CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

ISSN: 2215-2377

REVISTA JUDICIAL N° 111

Marzo 2014

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

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

Sumario

Presentación
Dr. Víctor Pérez Vargas 5

EL ARBITRAJE INTERNACIONAL DESDE LA PERSPECTIVA DE LA SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
Dra. Anabelle León Feoli 7

EL ARBITRAJE SOCIETARIO. ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO ENTRE ESPAÑA Y COSTA RICA
Dra. Mª Inmaculada Rodríguez Roblero 15

EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN EN MATERIA TRIBUTARIA Y SU PROTECCIÓN MULTINIVEL EN EL ESCENARIO EUROPEO, Y EN EL COSTARRICENSE
Dr. Víctor Orozco Solano 45

ANÁLISIS DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO PAR CONDITIO CREDITORUM EN RELACIÓN CON LOS CRÉDITOS PRIVILEGIADOS
M.Sc. Jorge Jiménez Bolaños 65

LA TEORÍA DE LA INDIVIDUALIZACIÓN EN LOS PROCESOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL. COMENTARIO DE LA SENTENCIA 7-F-2012 DE LA SALA PRIMERA DE CASACIÓN
LL.M. Yuri López Casal 85

EL DEBIDO PROCESO EN LA JURISPRUDENCIA DEL COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LA ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS
M.Sc. Alfonso Chacón Mata 93

LA CONTAMINACIÓN VISUAL EN LA NORMATIVA COSTARRICENSE UN ENCUADRE CRITICO DE LA LEY ORGÁNICA DEL AMBIENTE Y SU REGLAMENTACIÓN
M.Sc. Álvaro Sagot Rodríguez 139

DAÑO, RESPONSABILIDAD Y REPARACION AMBIENTAL EN LA JURISPRUDENCIA COSTARRICENSE
M.Sc. Mario Peña Chacón 159

ENTORNO EMPRESARIAL COMO NÚCLEO PROBLEMÁTICO ESPECÍFICO EN EL DERECHO PENAL. REFLEXIÓN CRÍTICA A LA COYUNTURA ACTUAL
Licda. Soledad Cortés Sandí 187

LA "DECLARATORIA DE GUERRA" COMO INSTITUCIÓN JURÍDICA EN LAS CONSTITUCIONES DE AMÉRICA LATINA. UN ANÁLISIS COMPARATIVO
Lic. Adolfo Felipe Constenla Arguedas.....201

LA CLÁUSULA DE LA NACIÓN MÁS FAVORECIDA Y LA EFICACIA ANTE TERCEROS DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES
Lic. Carlos German Pantoja Murillo.....215

LA REDUCCIÓN DEL ESPACIO TERRITORIAL DE LAS ÁREAS SILVESTRES PROTEGIDAS
Lic. Esteban Soler Aira.....233

PANORAMA ACTUAL DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL EN COSTA RICA Y LA LEY 8937
Licda. Tatiana Avendaño Solano.....263

LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS PARA LA COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS. NECESIDAD DE SU RATIFICACIÓN EN COSTA RICA
Dr. Víctor Pérez Vargas.....279

PRESENTACIÓN

Dr. Víctor Pérez Vargas

La Revista Judicial, ha tenido una amplia difusión nacional e internacional, en su versión digital, gracias a las comunicaciones electrónicas actuales y, particularmente, gracias a la página de Internet de la Escuela Judicial de la Corte Suprema de Justicia (http://sitios.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/Publicaciones02.html), bajo la acertada dirección del Dr. Marvin Carvajal Pérez. Muchos de los destinatarios suelen reenviar la revista a sus contactos, por lo que el efecto multiplicador resulta incalculable. Igualmente, muchos abogados nos han informado haberla recibido de otros colegas. Agradecemos a todos ellos, y especialmente al Doctor Arturo Fournier Facio y a los Licenciados José Alberto Cabezas Dávila y Lázaro Boitman, su contribución en beneficio de la circulación de la revista.

Presentamos, en esta ocasión, estudios sobre Arbitraje, Derecho Tributario, Obligaciones, Derecho Procesal, Derechos Humanos, Derecho Ambiental, Derecho Penal, Derecho Internacional y Derecho de la Contratación Comercial Internacional.

En el campo del arbitraje contamos con tres valiosos aportes: de la Dra. Anabelle León Feoli, Doctora en Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Ex-Viceministra de Trabajo y Seguridad Social, Ex-Magistrada de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, profesora universitaria, con la exposición que realizó en el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica, titulada EL ARBITRAJE INTERNACIONAL DESDE LA PERSPECTIVA DE LA SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA; de la Dra. Mª Inmaculada Rodríguez Roblero, Ex-Coordinadora del Centro Internacional de Arbitraje, Mediación y Negociación (CIAMEN) de la Universidad CEU San Pablo de Madrid, con EL ARBITRAJE SOCIETARIO. ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO ENTRE ESPAÑA Y COSTA RICA, charla impartida también en el citado Centro de Conciliación y Arbitraje, el cual ha venido desarrollando una encomiable labor en la formación de árbitros, bajo la acertada dirección de la Licenciada Zoila Rosa Volio Pacheco y, finalmente, brindamos, el estudio de la Licda. Tatiana Avendaño Solano, PANORAMA ACTUAL DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL EN COSTA RICA Y LA LEY 8937.

En los otros campos mencionados, participan: el Dr. Víctor Orozco Solano, Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla-La Mancha, Letrado Sala Constitucional, Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica con EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN EN MATERIA TRIBUTARIA Y SU PROTECCIÓN MULTINIVEL EN EL ESCENARIO EUROPEO, Y EN EL COSTARRICENSE, y en el costarricense; el M.Sc. Jorge Jiménez Bolaños, profesor de Derecho Privado y Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, con ANÁLISIS DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO PAR CONDITIO CREDITORUM EN RELACIÓN CON LOS CRÉDITOS PRIVILEGIADOS; el Máster en Derecho Civil (LL.M.) de la Ruprecht-Karls Universität de Heidelberg, Yuri López Casal, con LA TEORÍA DE LA INDIVIDUALIZACIÓN EN LOS PROCESOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA 7-F-2012 DE LA SALA PRIMERA DE CASACIÓN; el M.Sc. Alfonso Chacón Mata, profesor de Derechos Humanos en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, con EL DEBIDO PROCESO EN LA JURISPRUDENCIA DEL COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LA ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS; el M.Sc. Álvaro Sagot Rodríguez, Máster en Derecho Ambiental por la Universidad del País Vasco, académico en Universidad Nacional de Costa Rica (UNA) en la Escuela de Ciencias Ambientales, profesor en Maestría de derecho ambiental del País Vasco, España y profesor de la Maestría en Desarrollo Sostenible de la Universidad de Costa Rica con LA CONTAMINACIÓN VISUAL EN LA NORMATIVA COSTARRICENSE. UN ENCUADRE CRITICO DE LA LEY ORGÁNICA DEL AMBIENTE Y SU REGLAMENTACIÓN; el 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) con DAÑO, RESPONSABILIDAD Y REPARACION AMBIENTAL EN LA JURISPRUDENCIA COSTARRICENSE; la Licda. Soledad Cortés Sandí con ENTORNO EMPRESARIAL COMO NÚCLEO PROBLEMÁTICO ESPECÍFICO EN EL DERECHO PENAL. REFLEXIÓN CRÍTICA A LA COYUNTURA ACTUAL; el Lic. Adolfo Felipe Constenla Arguedas, Asesor Parlamentario y Profesor de Historia del Derecho en la Universidad Escuela Libre de Derecho, con La “Declaratoria de guerra” como institución jurídica en las Constituciones de América Latina. Un análisis comparativo; el Lic. Carlos German Pantoja Murillo, quien es Abogado por la Universidad de Brasilia, Egresado del programa de Licenciatura en Estudios Latinoamericanos de la Universidad Nacional de Costa Rica 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, quien desde 1994 se desempeña como asesor parlamentario en la Asamblea Legislativa de Costa Rica, con LA CLÁUSULA DE LA NACION MÁS FAVORECIDA Y LA EFICACIA ANTE TERCEROS DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES y el Lic. Esteban Soler Aira con LA REDUCCIÓN DEL ESPACIO TERRITORIAL DE LAS ÁREAS SILVESTRES PROTEGIDAS.

Además, ofrecemos nuestra charla introductoria en el Congreso sobre la Convención de Naciones Unidas para la Compraventa Internacional de Mercaderías que se realizó en el Colegio de Abogados de Costa Rica, el 19 noviembre 2013. Esta Convención elaborada por UNCITRAL, que ya ha sido ratificada por ochenta países (entre ellos, los socios comerciales con los que tenemos un acuerdo preferencial), se encuentra en el plenario de nuestra Asamblea Legislativa. Su ratificación nos pondría al día en las reglas que ya rigen el comercio mundial y generaría seguridad jurídica en nuestras relaciones de importación y exportación, al dotar a las partes contratantes de un clausulado donde la eficacia jurídica es distribuida claramente, asignándose a ellas derechos, obligaciones, cargas, expectativas y demás situaciones jurídicas subjetivas, en modo equitativo, como reflejo de las más sanas prácticas del comercio internacional.

EL ARBITRAJE INTERNACIONAL DESDE LA PERSPECTIVA DE LA SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Dra. Anabelle León Feoli

El arbitraje en Costa Rica tiene raigambre constitucional. La Ley sobre Resolución Alterna de Conflictos y Promoción de la Paz Social, conocida como Ley RAC, que entró en vigencia en 1998, sin duda le dio un impulso importante, aún y cuando hemos de reconocer que la ciudadanía mantiene su preferencia por la justicia ordinaria, institucionalizada, quizás por la vinculación al proceso judicial que tuvo el arbitraje en sus orígenes, pues no solo fue parte de los procedimientos civiles, sino que además había participación e injerencia de la justicia estatal, unido al desconocimiento del arbitraje.

En esa línea, es notorio el desafío al que se enfrentó en su momento la Ley RAC, pero con todo y ello, encontró acogida en centros institucionalizados que la han ido posicionando en la cultura costarricense. A ese mismo desafío se encuentra ahora el Arbitraje Comercial Internacional: romper el molde conservador de acudir al medio tradicional de solución de conflictos, para dar paso a modalidades alternas para dirimir controversias.

La economía globalizada, por sus propias características, sobrepasa la capacidad de la legislación nacional y la respuesta de la justicia estatal, en los términos en que el tráfico mercantil lo demanda. La realidad impone nuevas relaciones que generan conflictos novedosos que exigen nuevas formas de solución.

A partir de la década de los 80, la fuerza del mercado inició un crecimiento vertiginoso. El Estado se repliega, minimiza sus funciones y empieza a cobrar fuerza una economía sin fronteras, dominada en buena medida por las empresas multinacionales que estandarizaron la prestación de bienes y servicios. Los países, de diferente forma, algunos de manera pacífica, otros no tanto, pasaron de un modelo de Estado benefactor, a uno liberal, con apoyo en el movimiento de capitales y producción, lo que supone un proceso dinámico, continuo, orientado a la supresión de barreas arancelarias y de integración hacia un único mercado. El 26% del producto interno bruto mundial, está en manos de 300 empresas multinacionales.

Tan real es el comercio internacional, como los conflictos que se presentan en sus relaciones. Vivimos una economía globalizada, cada vez más desregularizada, liberalizada y privatizada, a la que el derecho debe una respuesta. No en vano considérese la importancia de dos instrumentos de gran valía en este entorno internacional: La Convención sobre Reconocimiento y

Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros (suscrita en 1958, en New York, con el auspicio de las Naciones Unidas) y la Convención Interamericana sobre Arbitraje (suscrita en 1975, en Panamá, auspiciada por la OEA). En ambas se fomenta, en esencia, el reconocimiento de acuerdos arbitrales y la ejecución de laudos internacionales, además de armonizar las reglas básicas atinentes a la materia, facilitando la uniformidad de criterios jurídicos entre los distintos países que las suscribieron, contribuyendo a la certeza y seguridad de someterse a normas internas de los diferentes países. Casi cuarenta años después de la suscripción de la última de estas convenciones, pareciera necesario contar con nuevas herramientas.

En efecto, era necesaria una normativa que formalmente autorizara al país a ser sede de un arbitraje internacional, que regule en el ámbito comercial internacional relaciones como el suministro o intercambio de bienes o servicios, acuerdo de distribución, representación o mandato comercial, transferencia de créditos para su cobro, arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra (leasing), construcción de obras, consultoría, ingeniería, concesión de licencias, inversión, financiación, banca, seguros, acuerdo o concesión de explotación, asociaciones de empresas y otras formas de cooperación industrial o comercial, transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima, férrea o por carretera y transacciones inmobiliarias en general.

Estas nuevas relaciones se dan, por lo general, entre dos o más personas físicas o jurídicas, residentes en dos o más países, de la mano de una aliada incondicional: la tecnología, que permite nuevas formas de comunicarse y promocionarse (difusión masiva), contribuye a derribar fronteras, facilita la contratación en tiempo y forma real, donde lo presencial da paso a lo virtual. Sin duda, esta interconexión inmediata, de la que todos somos testigos, también repercute en el plano cultural, social, económico, político y jurídico.

Frente a esta realidad mundial y con el fin de atraer la inversión, los países se han visto obligados a uniformar legislaciones, simplificar procedimientos, facilitar regulaciones con apertura internacional. Los inversionistas exigen la solución de controversias con criterios de estandarización básica, similares en diversas latitudes, de manera tal, que les permita tener certeza y seguridad tanto en su desarrollo, como en su ejecución. Por eso la aprobación de una ley sobre arbitraje comercial internacional, es un pilar fundamental en el desarrollo económico de un país.

Nuestro país, aunque tardíamente, en mayo del 2011, aprobó la Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional, adoptando para ello la Ley Modelo de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, conocida como Ley Uncitral. Pese a esta dualidad normativa: nacional e internacional, con ámbitos de aplicación distinta, hay una importante similitud en lo que atañe a la intervención de los órganos judiciales, en las diferentes etapas del proceso arbitral.

Aunque a la fecha no se han presentado impugnaciones de procesos arbitrales internacionales ante los órganos judiciales, lo que impide contar con algún criterio jurisprudencial sobre lo resuelto en las diferentes etapas en que se autoriza su intervención, tampoco su participación difiere significativamente de la que hoy autoriza el

arbitraje nacional. Me refiero básicamente a: medidas cautelares, designación de árbitros y su recusación, definición de competencia, recepción de alguna prueba, varias causales de nulidad del laudo y su ejecución.

En ambas legislaciones, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia juega un rol importante, aunque como veremos, reducido en su ámbito competencial, contrario al que corresponde al Tribunal Arbitral, sobre todo, en lo que concierne a la nulidad del laudo. Por eso, conocer su criterio en aspectos medulares, podría vaticinar sus decisiones en materia de arbitraje internacional. En ese orden de ideas, me permito destacar con apoyo en diferentes pronunciamientos, algunos criterios que estimo de interés.

Para la Sala:

1.- El arbitraje es un nuevo modelo de administración de justicia, desligado del institucional, en el que la participación del órgano judicial se encuentra reducida a su mínima expresión, en respeto a la autonomía de la voluntad de las partes, que goza de protección constitucional (artículo 43 de la Carta Magna).

2.- El arbitraje tiene sus propios principios: privacidad, respeto a la autonomía de la voluntad, dispositivo, inmediación, celeridad (vía más expedita), economía procesal, debido proceso, seguridad, flexibilidad y una solución certera del conflicto (posibilidad de escoger los árbitros), hetero-compositivo y su fallo tiene autoridad de cosa juzgada material.

3.- Es una amenaza a la celeridad, el uso de prácticas dilatorias como el abuso de la excepción de incompetencia, cuestionamientos a la cláusula arbitral y recursos de nulidad en los que se pretende someter a la Sala en aspectos ajenos a su competencia. El ejercicio ilegítimo de cualquier recurso, repercute en el dictado del laudo y en su ejecución.

4.- La especialización es una fortaleza. La potestad de las partes de escoger a los árbitros, permite la designación de personas versadas en la materia propia del conflicto, resguardando la naturaleza de la controversia.

5.- A los árbitros se les debe exigir probidad, independencia e imparcialidad. Reconoce que es un régimen distinto del que se aplica en la justicia ordinaria, pero con el mismo trasfondo. Ante el vacío normativo, ha entrado a conocer de la recusación del pleno del Tribunal, siempre que los reglamentos de los centros de arbitraje no contemplen otra solución.

6.- El acuerdo arbitral debe ser escrito, expreso, inequívoco, preciso. Vincula en función de su contenido y no de su denominación. Es autónomo, al punto de que la nulidad del contrato no supone su nulidad. Delimita el objeto del proceso, la pretensión de las partes y la competencia del Tribunal. Lo ha extendido a terceros en casos de convenios marco y a grupos de interés económico. Este, a mi juicio, es un tema difícil de delimitar.

Definidos los principios generales conviene hacer un breve recorrido por las causales de nulidad previstas en la Ley RAC tratando de relacionarlas con las previstas en la Ley de Arbitraje Comercial Internacional.

1.- Cuando se haya dictado fuera del plazo, salvo si las partes lo han ampliado.

De manera unánime, ha dicho la Sala que el plazo para laudar lo fijan en primer término, las partes, en su defecto, en el caso del arbitraje institucionalizado, el Reglamento del Centro y en el ad-hoc, se han aplicado los plazos previstos en el Código Procesal Civil para el dictado de la sentencias, según se trate de árbitro unipersonal o colegiado, dado que la Ley RAC no tiene regulación al respecto.

Además de la posibilidad que tienen las partes para su prórroga, ha reconocido la existencia de circunstancias especiales de suspensión.

Ante algunas hipótesis de nulidad: falta de algún pronunciamiento, un vicio procesal subsanable, del proceso o de la propia sentencia, la mayoría de la Sala ha ordenado su devolución, para que en el plazo que en su propio fallo indique, el Tribunal Arbitral corrija el error y si es del caso retrotraiga sus efectos. La fijación de ese plazo depende de las circunstancias de cada situación, tales como el vicio que se debe corregir, el plazo que aún quedaba para laudar y la complejidad del asunto. La minoría creemos que ello no es posible por cuanto el Tribunal perdió su competencia desde el momento en que laudó y que el plazo para laudar por disposición de ley está predeterminado por las partes, además de que la Ley no contempla el reenvió.

En el **arbitraje internacional**, no se sanciona con nulidad el vencimiento del plazo para laudar. Incluso, a solicitud de una de las partes, el Tribunal Arbitral tiene la posibilidad de reanudar las actuaciones o de adoptar cualquier otra medida que elimine los motivos en que se fundamenta la nulidad invocada. (4)

2.- Se haya omitido pronunciamiento sobre asuntos sometidos al arbitraje sin cuya resolución resulte imposible la eficacia y validez de lo resuelto.

3.- Se haya resuelto sobre asuntos no sometidos a arbitraje; la nulidad se decretará en cuanto a los puntos resueltos que no habían sido sometidos al arbitraje, y se reservará lo resuelto si fuere posible.

Estas son dos hipótesis de incongruencia, una por omisión y otra por exceso de pronunciamiento. Para su determinación se debe cotejar el compromiso arbitral, el requerimiento, la demanda y su contestación con la parte dispositiva del laudo. Con frecuencia la parte recurrente pretende ingresar a las consideraciones del fallo, combatiendo la valoración probatoria y/o la aplicación del derecho.

En caso de que el Tribunal se exceda en su decisión, la ley autoriza a decretar una nulidad parcial, eliminando esa parte del pronunciamiento, siempre que no sea consecuencia directa de la decisión, como por ejemplo la devolución de las llaves al haberse acogido el desalojo.

Si por el contrario, hay omisión de pronunciamiento, la posición de la Sala está dividida, tal y como ya lo señalé.

Nótese la similitud de esta causal con la de la **Ley de Arbitraje Internacional**: *"que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que excedan los términos del acuerdo de arbitraje; no obstante si las decisiones del laudo que se refieren a las cuestiones al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, solo se podrán anular estas últimas."* (a.iii)

4.- La controversia resuelta no era susceptible de someterse a arbitraje.

Expresamente, se ha reconocido que es arbitrable la materia privada, patrimonial y disponible. En ese sentido, se ha aceptado la posibilidad de que el Estado acuda al arbitraje**,** salvo cuando esté de por medio el ejercicio de potestades de imperio, o de deberes públicos, bienes de dominio público dado que son indelegables, irrenunciables e imprescriptibles, como la temática relativa a sanciones pecuniarias, multas, tarifas, o lesividades.

En el **arbitraje internacional** de igual manera, se prevé como causal de nulidad el hecho de que el objeto de la controversia no sea susceptible de arbitraje. (b.i)

5.- Se haya violado el principio del debido proceso.

Se ha establecido que su quebranto se produce cuando se infringen normas esenciales e irrenunciables del procedimiento, y fases relevantes acordadas por las partes, siempre que se haya causado un perjuicio al reclamante quien además debió utilizar los remedios procesales para subsanarlo, porque de lo contrario, se entiende convalidado. Sin que sea una lista taxativa, ha calificado como tales, al derecho de defensa, la posibilidad de ofrecer prueba, igualdad de trato procesal, contradictorio, adecuada motivación.

Básicamente, su participación se limita a garantizar la correcta tramitación del arbitraje, no la decisión de fondo. Insiste en que es ajena a la solución de la controversia. Considera que la fundamentación debe ser razonable y razonada, además de permitir la ejecución del laudo. Ha señalado que no basta la simple discrepancia con la decisión arbitral. Por el contrario, en un par de ocasiones en que ha anulado señaló que había una ausencia total de fundamentación o esta era contradictoria o incomprensible, lesionando así el debido proceso y el derecho de defensa.

De manera reiterada ha señalado que el recurso de nulidad, analiza y resuelve sobre la base del laudo, no del caso concreto, en orden a los agravios planteados, lo que responde a la voluntad de las partes de sustraerse de la justicia ordinaria y limita su competencia a las causales previstas en la Ley, al mismo tiempo de afianzar los principios dispositivo y congruencia que aplican en el proceso arbitral.

En el **arbitraje internacional** de igual manera, es posible anular el laudo cuando la parte no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos. (a.i.i)

6.- Se haya resuelto contra normas imperativas o de orden público.

Este es un concepto jurídico indeterminado, flexible, dinámico, difícil de definir e identificar. Con frecuencia se invoca el quebranto de normas procesales por ser de esa naturaleza, tratando de desconocer que en el arbitraje, las partes pueden definir el procedimiento o acogerse al del Centro al que previamente decidieron acudir. Se ha dicho que son aquellas normas que por

ser de aplicación obligatoria no pueden ser sustituidas ni alteradas, imponiéndose de modo absoluto a la voluntad de las partes. Son una barrera infranqueable a la capacidad de disposición, a la autonomía de la voluntad que se subordina a la vigencia de los intereses de la sociedad. Podría configurarse la causal al someterse al arbitraje materia no disponible, o bien, el uso de fundamentos jurídicos contrarios a la legislación.

En el **arbitraje internacional,** procede la nulidad si el laudo es contrario al orden público de Costa Rica. (b.i.i)

7.- El tribunal carecía de competencia para resolver la controversia

Se ha ligado con la existencia del convenio o compromiso arbitral o bien con la materia que se somete a arbitraje.

En el primer supuesto, por falta de compromiso arbitral, ya sea porque no existe o bien, porque no alcanza a alguna de las partes. En el otro, por el objeto (materia no disponible), sometido a arbitraje

En **arbitraje internacional** es posible anular cuando la composición del tribunal o el procedimiento no se han ajustado al acuerdo entre las partes. (bi.i.)

Entonces, es claro que la posición de la Sala, de cara al arbitraje internacional, a hoy, con la composición actual podría eventualmente llegar a ser predecible. Hay a mi juicio solo una causal que en apariencia, resulta novedosa:

“ Que alguna de las partes que suscribe el compromiso está afectada por alguna incapacidad.”

Y digo en apariencia, porque sin duda, frente a una incapacidad debidamente acreditada, estimo que afectaría de manera directa el consentimiento que conformaría el acuerdo arbitral que es, a su vez, la base del proceso arbitral.

De esta manera, podría llegar a ser posible desde el punto de vista jurídico, ofrecer a quienes acudan al arbitraje internacional una posición clara y reiterada de la Sala, en punto a las casuales de nulidad del laudo.

Pero esto sin duda, no es suficiente, pues como país, incluida la Sala Primera, debemos asumir con seriedad el compromiso que garantice una correcta implementación y funcionamiento del arbitraje comercial internacional en Costa Rica.

1.- Debemos aprender de la experiencia de los Estados más desarrollados en la temática, para rescatar sus aciertos e incorporarlos a nuestra realidad mediante una adecuada adaptación.

2.- Precisa impulsar publicaciones, cursos, foros de discusión. Se debe fomentar la capacitación y especialización de quienes tienen injerencia en el tema: empresarios, comerciantes, juristas, abogados, árbitros, funcionarios judiciales, académicos, para enfrentar los nuevos retos que impone el mundo globalizado, sus relaciones, conflictos y soluciones.

3.- Ofrecer un adecuado funcionamiento de los diversos servicios que se requieren para la correcta implementación y funcionamiento del arbitraje, tales como aeropuertos, infraestructura vial, telecomunicaciones, seguridad personal, acceso a los servicios institucionales.

4.- Tener claridad de que estamos frente a un modelo distinto y novedoso, en el que se conocen controversias de personas que están separadas por distancia, cultura, idioma, jurisdicción, sistemas legales, condiciones que también se pueden presentar en la composición del Tribunal Arbitral.

5.- Se deben respetar los principios básicos establecidos en la Ley de Arbitraje Comercial Internacional, a saber: antiformalismo, procedimiento flexible, escogencia de árbitros, objetivo, celeridad (tácticas dilatorias), eficiente, confidencialidad en la etapa arbitral, especialización, flexibilidad a tono con la libertad de comercio.

6.- Las partes, sus abogados y los jueces, debemos tener claro que al igual que en el arbitraje doméstico, el nuevo modelo predica el cabal reconocimiento y respeto al acuerdo arbitral, cuya acreditación escrita se amplía a tono con la tecnología y las características de la relación. Y desde luego, la independencia del derecho sustantivo que escogieron (las partes) para la solución de la controversia.

7.- Se deberán reconocer las particularidades del arbitraje internacional en punto a aspectos precisos que la Ley señala: idioma, nacionalidad de los árbitros y abogados y su no incorporación al respectivo colegio profesional; la posibilidad de que el Tribunal defina el procedimiento, incluyendo la determinación, admisibilidad, pertinencia, valor de las pruebas y la aplicación de las leyes sustantivas (ajenas a las costarricenses), que las partes acordaron aplicar.

8.- Las instancias judiciales que nos involucramos en diferentes etapas del proceso arbitral, debemos tener claro que la celeridad es un mandato, plasmado específicamente en la aprobación de la Ley, por lo que deberemos hacer lo propio por responder con prontitud.

Bueno, creo que vamos a coincidir en que no podemos ni renunciar ni postergar nuestra responsabilidad y compromiso. Si las fronteras se abrieron, si las relaciones comerciales trascienden nuestro país, si el derecho también se transforma como indiscutiblemente ha sucedido, sus operadores no podemos desconocer esta realidad. Por el contrario, debemos asumir el compromiso que las circunstancias nos demandan y la historia nos juzgará.

EL ARBITRAJE SOCIETARIO. ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO ENTRE ESPAÑA Y COSTA RICA[1]

Dra. Mª Inmaculada Rodríguez Roblero[2]

Coordinadora
Centro Internacional de Arbitraje, Mediación y Negociación (CIAMEN)
Universidad CEU San Pablo, Madrid

RESUMEN: El arbitraje societario cuenta con una regulación expresa en el ordenamiento español. Se trata de una materia que ha evolucionado paulatinamente en la doctrina, la jurisprudencia y como resultado se ha plasmado en la Ley. No ha sido pacífica su regulación, y ha habido posturas importantes tanto a favor como en contra de este reconocimiento. El presente artículo intenta comparar el ordenamiento español y el costarricense en el estado actual de sus legislaciones y dilucidar si el arbitraje societario es una vía válida y eficaz para resolver los conflictos que se presenten en el seno de las sociedades de capital costarricenses.

INTRODUCCIÓN

Hoy en día se puede considerar al Arbitraje como un medio universalmente aceptado para resolver las controversias jurídicas, y específicamente los conflictos intrasocietarios, con fundamento en la libertad de los ciudadanos y en la autonomía de la voluntad. El arbitraje es un mecanismo alternativo a la jurisdicción que brinda a los socios y a la sociedad las mismas garantías que el proceso judicial, beneficiándose especialmente de la celeridad del procedimiento y de la especialización de los árbitros.

1 Charla impartida el día 20 de agosto de 2013 en el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica.

2 Contacto: inmaculada.rodriguezroblero@gmail.com

En Costa Rica, el arbitraje está regulado como un derecho constitucional en el artículo 43 de la Constitución Política, al decir expresamente que "toda persona tiene derecho a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, aun habiendo litigio pendiente", posibilitando la vía arbitral como mecanismo para resolver válidamente las controversias entre sujetos privados, siempre de forma voluntaria[3].

A pesar de la afirmación anterior, el arbitraje es un instituto del Derecho que ha generado conflictos ahí donde se ha presentado. Existen y existirán, tal y como ha habido siempre, quienes lo defienden y quienes en cambio no lo consideran un medio adecuado y eficaz para resolver, dentro del marco de este estudio en concreto, los conflictos societarios. Detrás de estas posturas hay muchas filosofías y tendencias personales que hacen que concepciones como la libertad, la autonomía de la voluntad, el contractualismo, el Estado como único garante de los derechos de los ciudadanos, entre otras, hagan que se considere más o menos admisible este medio alternativo de resolución de conflictos. Esto que afirmo es comprobable tanto empíricamente como por las diversas posturas jurisprudenciales y doctrinales, a nivel interno como a nivel internacional, lo que ha llevado a que la doctrina y la jurisprudencia haya profundizado a lo largo de estos últimos años en la naturaleza jurídica de esta institución[4].

El arbitraje es un instituto de Derecho con naturaleza que se podría definir como pluridisciplinar. Abarca cuestiones tanto del Derecho civil como procesal, mercantil e internacional. Es una institución "viva", que debe evolucionar al ritmo del tráfico jurídico, so pena de quedarse desfasada. Pero para que esta evolución sea acorde con las necesidades de un mundo en constante cambio debe contar con una regulación conforme a estas necesidades. Así, la normativa arbitral debe ser una regulación de mínimos, sin que represente una atadura a la propia naturaleza de esta institución, dándole herramientas para desenvolverse en un sistema jurídico complejo y a la vez permitiéndole adaptarse rápidamente a los cambios que se presenten[5]

En este artículo pretendo hacer un análisis de las reformas que la nueva Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado (en adelante Ley 11/2011), ha introducido en el Arbitraje Estatutario, reconocimiento por otra parte importantísimo para la práctica y la seguridad

3 En este sentido ver Sentencia 10352, de 22 de noviembre de 2000, de las 2:58horas, de la Sala Constitucional; votos2307-95, de 9 de mayo de 1995; y voto nº 1079-93, 2 de marzo de 1993, de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Costa Rica.

4 RODRÍGUEZ ROBLERO, MI, *Impugnación de acuerdos sociales y arbitraje,* Editorial Bosch, Madrid, 2010; GUASP, J., *El arbitraje en el derecho español. Su nueva regulación conforme a la Ley de 22 de diciembre de 1953,* Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1956, pág. 13; MUÑOZ PLANAS, J.M., "Algunos Problemas del arbitraje en materia de Sociedades Mercantiles", en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje a Rodrigo Uría*, Madrid, 1978, pág. 434; MUÑOZ PLANAS, J., MUÑOZ PAREDES, J., "Impugnación de acuerdos de Junta General mediante Arbitraje", Capítulo 63, en *Derecho de Sociedades: Libro en Homenaje a Fernando Sánchez Calero,* Volumen II, Mc Graw Hill, Madrid 2002, pág. 1993.

5 RODRÍGUEZ ROBLERO, MI., *Impugnación de Acuerdos Sociales y Arbitraje,* ob.cit., pág. 391.

jurídica en este campo, aplicando estas experiencias a la normativa y jurisprudencia arbitral costarricenses.

BREVE REFERENCIA A LA EVOLUCIÓN DEL ARBITRAJE SOCIETARIO EN ESPAÑA

En España, antes del siglo XX no había habido ninguna oposición al arbitraje en materia societaria. Al contario; el arbitraje era la forma normal de resolver las cuestiones de naturaleza mercantil, y específicamente para resolver los conflictos que surgieran en el seno de las sociedades.

Fue hasta el siglo pasado, con la Ley de 1951 en la que se modifica el régimen jurídico de las Sociedades Anónimas y se establece un procedimiento especial para la impugnación de acuerdos sociales,y con la Ley de Arbitraje de Derecho Privado de 1953, que surge una nueva doctrina y jurisprudencia que se podría calificar de anti-arbitralista.

Esta parte de la doctrina sostenía que al tener la resolución de la contienda efectos para todos los accionistas, no era posible dejar en manos de los litigantes los derechos ajenos, además de defender que no cabían acuerdos puramente privados con base a concesiones recíprocas sobre cuestiones relativas a si un acuerdo se adecua o no a la Ley o a los estatutos, o si vulnera los intereses sociales.

Esta línea la siguió también el Tribunal Supremo, cambiando su criterio y pasando a rechazar la arbitrabilidad de las controversias relativas a los acuerdos sociales, sentando una clara jurisprudencia en contra, al considerar que el arbitraje no brindaba las garantías procesales necesarias para resolver este tipo de conflictos. En contra del arbitraje societario hubo quienes alegaron también que la regulación de la impugnación de acuerdos sociales implicaba normas imperativas que hacían que no fuera posible disponer de esta materia, por lo que se estaría ante materia inarbitrable; lo que hizo que por mucho tiempo en las cláusulas arbitrales estatutarias se excluyera de forma expresa la impugnación de acuerdos sociales.

Posteriormente, principalmente tras la reforma del Derecho de Sociedades Anónimas (1989) y de Sociedades de Responsabilidad Limitada (1995) y la desaparición del proceso especial para la impugnación de acuerdos sociales, corrientes más favorables al arbitraje establecieron límites, aunque sin excluir totalmente el arbitraje como vía alternativa a la jurisdicción para la resolución de las impugnaciones de los acuerdos sociales. Se llegó a considerar que únicamente serían arbitrables las impugnaciones de los acuerdos sociales que fueran anulables, porque no había afectación a los intereses de terceros, con una legitimación activa para impugnarlos muy limitada y por tanto con sus efectos "controlados". De igual forma se afirmó que sólo serían arbitrables aquellos acuerdos que afectaran los intereses individuales de los socios y no si se afectaran los intereses colectivos o de terceros; y, también, se sostuvo que el arbitraje sería realmente eficaz cuando se tratara de Sociedades Anónimas o de Sociedades de Responsabilidad Limitada con características de pequeñas, cerradas o de carácter familiar.

A finales del siglo pasado hubo un cambio de tendencia como continuación de estas corrientes "aperturistas" al arbitraje. La primera en pronunciarse en este sentido

fue la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante DGRN) con su Resolución de 19 de febrero de 1998, en su fundamento de Derecho tercero al analizar la negativa del registrador a inscribir una cláusula estatutaria en que se sujetaba a arbitraje la solución de determinados conflictos sociales, con base en "la falta de idoneidad de una norma de tal naturaleza como fuente de un convenio arbitral, en cuanto no puede vincular a terceros que no hayan sido parte en el contrato".

La DGRN se pronunció en contra de esta afirmación y dijo que un "convenio arbitral inscrito configura la posición de socio, el complejo de derechos y obligaciones que configuran esa posición, en cuyo caso toda novación subjetiva de la posición de socio provoca una subrogación en la del anterior, aunque limitado a las controversias derivadas de la relación societaria. No puede, por último, desconocerse que en un supuesto con evidentes analogías, el de los conflictos entre las cooperativas y sus miembros, la sumisión estatutaria a arbitraje aparece expresamente prevista por el legislador [artículo 163.1, b) de la Ley de Cooperativas de 2 de abril de 1987]".

En la misma Resolución afirma también la DGRN que"la exclusividad de la vía judicial para la impugnación de los acuerdos sociales, si bien goza de un reiterado respaldo jurisprudencial (cfr. SSTS de 15 de octubre de 1956, 27 de enero de 1968, 15 de octubre de 1971, 21 de mayo de 1970), está pendiente de confirmación tras las últimas reformas legales, tanto de la legislación de arbitraje como de la societaria, y hoy día es doctrinalmente cuestionada en base a diversos argumentos".

Siguiendo estos planteamientos, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 355/1998, de 18 de abril, en su fundamento de Derecho segundo reconoció la posibilidad indudable"de incluir una cláusula de convenio arbitral en los estatutos de una sociedad mercantil, los cuales quedan integrados en el contrato, (…) pese a que en los últimos tiempos, ciertas posiciones doctrinales lo han discutido".

Así mismo, el Tribunal Supremo mantuvo que tras las reformas legales se debía volver a la doctrina más antigua favorable al arbitraje, estimando que "en principio, no quedan excluidas del arbitraje y, por tanto, del convenio arbitral la nulidad de la junta de accionistas ni la impugnación de acuerdos sociales; sin perjuicio, de que si algún extremo está fuera del poder de disposición de las partes, no puedan los árbitros pronunciarse sobre el mismo, so pena de ver anulado total o parcialmente su laudo. Se tienen en cuenta varios argumentos: la impugnación de acuerdos sociales está regida por normas de «iuscogens» pero el convenio arbitral no alcanza a las mismas, sino al cauce procesal de resolverlas; el carácter imperativo de las normas que regulan la impugnación de acuerdos sociales, no empece el carácter negocial y, por tanto, dispositivo de los mismos; no son motivos para excluir el arbitraje en este tema, ni el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985\1578, 2635 y ApNDL 8375) que se refiere a jurisdicción nacional frente a la extranjera, ni el artículo 118 de la Ley de Sociedades Anónimas (RCL 1989\2737 y RCL 1990\206) que se refiere a la competencia territorial, ni se puede alegar, bajo ningún concepto, el orden público, como excluyente del arbitraje".

Tras esta evolución de la jurisprudencia y de la doctrina fue lógico un cambio legislativo y se promulgó la Ley 60/2003, de Arbitraje (en adelante LA), favoreciendo y difundiendo la cultura arbitral. Esta Ley incorporó cambios importantes que reavivaron el debate sobre esta institución y sobre la arbitrabilidad de ciertas materias, como por ejemplo del arbitraje societario.

En los años posteriores, tanto la doctrina como la jurisprudencia siguieron evolucionando y fue necesario que se promulgara la Ley 11/2011, eliminando, ya definitivamente, los prejuicios anti-arbitrales que aún subsistían, normalizando el arbitraje como un procedimiento plenamente válido y legalmente reconocido, sin que sea visto como un competidor de la justicia estatal, sino más bien como un colaborador con la labor de los jueces, siendo dos procedimientos que deben ayudarse y coexistir pacíficamente[6].

EL ARBITRAJE SOCIETARIO EN LA LEY 11/2011ESPAÑOLA Y SU REGULACIÓN EN EL ORDENAMIENTO COSTARRICENSE

Es necesario hacer una aclaración previa desde el punto de vista metodológico antes de comenzar este estudio. Existe una diferencia muy importante en cuanto a la regulación del arbitraje entre Costa Rica y España.

Costa Rica cuenta con un sistema dualista de regulación del arbitraje: la Ley 7727, de 9 de diciembre de 1997, Resolución Alterna de Conflictos y Promoción de la Paz Social (en adelante RAC), la cual regula todo lo referente con el arbitraje doméstico; y la Ley 8937, Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional (en adelante Ley 8937), que regula evidentemente el arbitraje comercial internacional. Al contrario, en España el arbitraje cuenta con una regulación monista, es decir, la misma Ley 60/2003 regula el arbitraje nacional y el internacional.

Por este motivo, aunque el arbitraje en el ámbito societario se podría encuadrar como un tema de arbitraje doméstico o nacional, para este estudio tendremos en cuenta tanto la normativa que regula en Costa Rica la vertiente nacional como la internacional del arbitraje, ya que el arbitraje como institución de Derecho y sus principios generales se encuentran plasmados en ambas leyes.

Regulación del arbitraje societario

En España, de acuerdo con la Exposición de Motivos de la Ley 11/2011, con esta Ley se pretendió aclarar las dudas existentes en relación con el arbitraje estatutario en las sociedades de capital. Esta modificación reconoce la arbitrabilidad de los conflictos que en ella surjan y se opta por exigir una mayoría legal reforzada para introducir en los estatutos sociales una cláusula de sumisión a arbitraje. Además, se opta por el arbitraje institucional para esta materia, exigiendo que la impugnación de los acuerdos sociales, así como la designación de los árbitros sean llevadas a cabo por una institución arbitral.

En España, el artículo único de Modificación de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, en el apartado tres dice expresamente:

Tres. Se introducen dos nuevos artículos 11 bis y 11 ter con la siguiente redacción:

6 COHEN, D., *Arbitrage et société,* Librairie Générale de droit et de jurisprudence, E.J.A., 1998, Paris, pág. 327.

Artículo 11 bis. Arbitraje estatutario

1. Las sociedades de capital podrán someter a arbitraje los conflictos que en ellas se planteen.
2. La introducción en los estatutos sociales de una cláusula de sumisión a arbitraje requerirá el voto favorable de, al menos, dos tercios de los votos correspondientes a las acciones o a las participaciones en que se divida el capital social.
3. Los estatutos sociales podrán establecer que la impugnación de los acuerdos sociales por los socios o administradores quede sometida a la decisión de uno o varios árbitros, encomendándose la administración del arbitraje y la designación de los árbitros a una institución arbitral.

Artículo 11 ter. Anulación por laudo de acuerdos societarios inscribibles

1. El laudo que declare la nulidad de un acuerdo inscribible habrá de inscribirse en el Registro Mercantil. El "Boletín Oficial del Registro Mercantil" publicará un extracto.
2. En el caso de que el acuerdo impugnado estuviese inscrito en el Registro Mercantil, el laudo determinará, además, la cancelación de su inscripción, así como la de los asientos posteriores que resulten contrarios con ella.

En Costa Rica, no existe actualmente una regulación similar de esta materia, pero esto no implica que no pueda optarse por esta vía para resolver los conflictos societarios.

El Código de Comercio costarricense (Ley 3284, de 30 de abril de 1964, en adelante C.Com) solamente tiene un artículo dedicado a la vía para resolver los conflictos, que esel único que podría generar dudas en cuanto a la posibilidad de optar por la vía arbitral como un medio posible, legal y eficaz para resolver los conflictos societarios.

El artículo 179 C.Comafirma que para resolver las acciones de nulidad de los acuerdos será competente el Juez del domicilio de la sociedad. Esta norma, desde mi punto de vista, no constituye un límite para poder optar por el arbitraje para resolver la impugnación de acuerdos, sino que se trata de una norma de ordenación judicial administrativa, en el sentido de ordenar el órgano competente para conocer el asunto dentro de la estructura judicial, pero no impide que se pueda optar por la vía arbitral si las partes así lo han querido.

Ya la jurisprudencia costarricense ha reconocido que el arbitraje y la jurisdicción estatal no se oponen entre sí, sino que más bien se complementan en forma paralela[7].Así, la Sentencia 10352, de 22 de noviembre del 2000, de las 2:58 horas, de la Sala Constitucional afirma que "la irrenunciabilidad de la jurisdicción costarricense, no puede ser entendida como una prohibición para acudir al arbitraje, porque éste es un derecho fundamental […] La naturaleza del arbitraje es jurisdiccional, puesto que es un proceso que emana directamente de la Constitución Política, como un medio idóneo y alterno para que las personas terminen sus diferencias patrimoniales, cuyas decisiones finales tiene las características y

7 Sibaja Guillén, LE., "Comentario sobre el acuerdo arbitral internacional en Costa Rica", en *Revista Judicial,* Costa Rica, nº99/2011. En este sentido también se encuentra el Voto nº 2307-95, de 9 de mayo de 1995 de la Sala Constitucional, al expresar que el arbitraje es un método alternativo y no excluyente de la jurisdicción, sino que es una vía más que el ordenamiento pone a disposición de los ciudadanos para resolver sus conflictos.

la misma fuerza de la cosa juzgada material, puesto que los laudos son obligatorios para las partes y ejecutorios por los medios procesales comunes e imperativos […]".

Materia arbitrable

La reforma operada en España en el año 2011 ha establecido los criterios generales que aseguran la validez del sometimiento a arbitraje de los conflictos societarios en general y de la impugnación de los acuerdos de la junta general de las sociedades de capital en específico.

Como primer elemento caracterizador, podemos mencionar que el objeto del arbitraje deberá ser un derecho disponible relativo a la relación societaria.

De esta forma, los derechos que importan para determinar si estamos o no ante un arbitraje societario, y por lo tanto con el fin de poder determinar su arbitrabilidad, no son los derechos extra-societarios (por ejemplo, los derechos de un socio como acreedor de la sociedad), aunque evidentemente sean socios los titulares de los mismos, sino que estos derechos deben tener su origen en las relaciones que surgen del contrato social.

La elección de la vía arbitral lo que comporta es una disposición de la acción y no del Derecho, por tanto no va en contra del carácter imperativo o de orden público de la norma. Las partes podrán, en materia societaria, disponer de la vía por medio de la cual quieren resolver sus controversias, no así de la normativa que ha de ser aplicada de igual modo tanto en el proceso jurisdiccional como en el arbitral, ya que las normas inderogables no pueden ser eliminadas a través de un acuerdo privado.

En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) 72/2005, de 16 de marzo, en su fundamento de Derecho tercero sostiene que el único límite a la arbitrabilidad en el Derecho societario es la impugnación de acuerdos sociales contrarios al orden público. Dice que "este límite del orden público no puede identificarse con normas imperativas, y por tanto no dispositivas, pues en ese caso, sobre todo en materia de sociedades, apenas tendría aplicación el arbitraje siempre que se discutiera la vulneración de una norma de *ius cogens*, ya que casi toda la Ley de Sociedades Anónimas goza de este carácter imperativo. La concurrencia de normas imperativas en la controversia, lejos que excluir el arbitraje lo que impide es que la controversia sea resuelta por los jueces o, en su caso, por los árbitros al margen de dichas normas o contrariándolas. Y así, mientras quepa el desistimiento, la renuncia o la transacción dentro del proceso –cuyo límite viene marcado no solo por el art. 1814 CC sino también por el interés u orden público y el perjuicio para tercero (art. 6.2 CC)-, cabe imaginar una disposición anticipada para que esta controversia se dirima por medio de arbitraje. Por otra parte, en la medida en que el pacto arbitral afecta al medio a través del cual se va a resolver la controversia, y no a la regla aplicable al caso, carece de relevancia que el acuerdo sea impugnado por ser nulo o anulable (...). El único caso de indisponibilidad previsible, al que se refieren el art. 2.1 LAP, la STS 18 abril de 1998, y los propios estatutos de la sociedad, afectaría a la impugnación de acuerdos nulos por ser contrarios al orden público, pues en este caso la acción no estaría sujeta a ningún plazo de caducidad ni existiría restricción en la legitimación".

Pero, en Derecho societario, no se requiere de una protección específica especial por parte del ordenamiento, y en todo caso, el mismo ordenamiento pone a disposición de los interesados los medios adecuados para acudir ante la justicia en caso de que se diera alguna violación al orden público, a través de la acción de anulación del laudo (artículo 41.f LA); por lo que no es necesario establecer límites *a priori* en este sentido.

En Costa Rica, también los conflictos que puedan surgir en el seno de una sociedad de capital serán diferencias de carácter patrimonial, y tal y como establecen los artículos 2 y 18RAC, y el artículo 37 de la Ley 8937, se trata de materia disponible y por tanto arbitrable.

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, en su Resolución 531/96,de las 15:15 horas, del 30 de enero de 1996, se ha pronunciado también en el sentido de considerar la materia patrimonial como materia evidentemente disponible y por tanto arbitrable, al afirmar que "el contenido esencial de este derecho se traduce en laposibilidad o facultad de toda persona de elegir, para dirimir unconflicto de interés puramente patrimonial o disponible, entrela jurisdicción o tutela judicial (artículo 41 de la ConstituciónPolítica) y el arbitraje o, incluso, los otros modos de resolucióñalterna de conflictos. Esta facultad no se ve siquiera diezmadao restringida aunque penda de ser finalmente conocido yresuelto un litigio ante los Tribunales de la República. A partirde su núcleo esencial queda suficientemente claro queninguna persona puede ser obligada a renunciar a someteruna controversia de interés a un tribunal arbitral o compelidopara ello, puesto que, se trata de un derecho de libertad paraelegir entre los distintos modos de solución de un diferendopatrimonial".

En España, en materia societaria en específico, el art. 11 bis 1 LA dice que se pueden someter a arbitraje "los conflictos que en ellas se planteen". Esto quiere decir que todos los conflictos societarios constituyen materia arbitrable, ya que versan sobre materia disponible y además la Ley así lo ha establecido.

A modo de ejemplo, se pueden enumerar como posibles conflictos societarios, los que giren en torno a la constitución de la sociedad (acciones de responsabilidad contra quienes actuaron en nombre de la sociedad antes de su inscripción, responsabilidad de los fundadores, nulidad de la sociedad);las aportaciones dinerarias y no dinerarias y su desembolso, a los dividendos pasivos y a las prestaciones accesorias; las impugnaciones de acuerdos de la junta general y del consejo de administración, incluyendo las aprobaciones de cuentas; los derechos de los socios (voto, información, asistencia, representación, privilegios); la responsabilidad de los administradores (acción social, acción individual); la convocatoria de la junta general y del consejo de administración; la impugnación de una fusión u otra operación societaria, siempre que los estatutos de la sociedad absorbente, de la sociedad de nueva creación o de la sociedad supérstite incluyan la sumisión a arbitraje; la separación y exclusión de socios; los conflictos que versen sobre la valoración de las participaciones o las acciones y sobre su transmisión.

Límite objetivo: las sociedades de capital

Los nuevos artículos introducidos en la Ley de Arbitraje española no hacen ninguna distinción en cuanto al tipo societario que pueda optar por el arbitraje como vía para

resolver sus conflictos, sino que únicamente habla de sociedades de capital. Por este motivo se deben entender incluidas todas las sociedades de capital: las Sociedades de Responsabilidad Limitada, las Sociedades Anónimas y las Sociedades Comanditarias por Acciones (artículo 1 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de Julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, en adelante LSC)[8].

Por tanto, de acuerdo con la regulación actual ya no tienen sentido las discusiones que se planteaban sobre si solamente era posible incluir la cláusula arbitral en los estatutos de las Sociedades de Responsabilidad Limitada o "pequeñas" Sociedades Anónimas, excluyendo a las sociedades abiertas o cotizadas. Por lo que tampoco habría diferencia en introducir la cláusula arbitral en una sociedad abierta (gran Sociedad Anónima o cotizada) o en una sociedad cerrada (Sociedad Limitada, Nueva Empresa o "pequeña" Sociedad Anónima), ya que ambas se rigen por el principio de autonomía de la voluntad y por tanto de auto-organización. Además, no existe un tratamiento diferenciado en la Ley dependiendo si estamos frente a una Sociedad Anónima abierta o cerrada, cuyos estatutos están inscritos en el Registro Mercantil y, al igual que todas las demás cláusulas estatutarias, la cláusula arbitral vinculará a la sociedad y a todos los socios.

Quienes hacían este planteamiento alegaban que el grado de importancia del elemento personal y la solidaridad de intereses era lo que hacía que fueran las Sociedades de Responsabilidad o las "pequeñas" Sociedades Anónimas las únicas propicias para contener una cláusula arbitral en sus estatutos, con el mismo límite de la disponibilidad de la materia objeto del arbitraje. En estas sociedades, de base personalista, la sociedad como persona jurídica está vinculada a las vicisitudes de los socios y el interés social está íntimamente relacionado con el interés común de ellos y no con un interés "independiente" de la persona jurídica en sí. Las características propias de las sociedades cerradas hacían que fuesen la sede "adecuada" para insertar en sus estatutos una cláusula arbitral para resolver sus futuros conflictos intrasocietarios; sin que hubiera problemas ni de oponibilidad de la cláusula arbitral y posteriormente del laudo, como tampoco de legitimación para

8 Recientemente existe una Propuesta de Código Mercantil elaborada por la sección de Derecho Mercantil de la Comisión de Codificación que ha vuelto -otra vez- a restringir el arbitraje en las sociedades cotizadas, limitándolo a las sociedades cerradas y exigiendo para las sociedades de personas la aprobación por todos los socios del convenio arbitral estatutario.LA CLÁUSULA ESTATUTARIA DE ARBITRAJE se regula en el *Artículo 213-20. Arbitraje estatutario* y dice:

1. *Salvo en el caso de las sociedades cotizadas, los estatutos podrán establecer que las controversias o conflictos que se susciten en la interpretación y en la aplicación de las normas en ellos contenidas, las impugnaciones de los acuerdos sociales por socios o por administradores, el ejercicio de la acción social de responsabilidad por la sociedad o por los socios contra los administradores o liquidadores o contra quienes hubieran ostentado cualquiera de estas condiciones y cualesquiera otros conflictos de naturaleza societaria se resolverán mediante arbitraje de Derecho por uno o varios árbitros, encomendándose la administración del arbitraje y la designación de los árbitros a una institución arbitral.*
2. *En las sociedades personalistas, la introducción en los estatutos de una cláusula de sumisión a arbitraje requerirá el consentimiento de todos los socios; en las sociedades de capital, el voto favorable de, al menos, dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones sociales o a las acciones en que se divida el capital social.*

Disponible en: http://www.lamoncloa.gob.es/NR/rdonlyres/12842461-F730-40AB-8CB4-9242D1AF8553/240135/Propuesta_codigo_mercantil.pdf

impugnar, ya que estos procedimientos afectan únicamente a la sociedad y al socio involucrado o, en su caso, a todos los socios, pero por sus características esenciales, serían todos ellos plenamente identificables y sus consecuencias serían "controlables".

En el caso de las grandes sociedades de capital bursátil o cotizadas que presentan un matiz "público", se sostenía que requerían de una protección o tutela especial de los intereses de los accionistas a través de normas imperativas, ya que en ellas confluyen intereses muy variados que trascienden al orden público económico. Mantenían que estas características hacen que los socios tengan reducida la disponibilidad de la materia, además de que generalmente las controversias que se suscitan afectan no sólo a los intereses personales de un accionista, sino que también al interés colectivo o al propio interés social, concluyendo que se trataba de materia no susceptible de arbitraje. Esta doctrina no negaba rotundamente la arbitrabilidad de los conflictos intrasocietarios mediante arbitraje si existía una cláusula arbitral estatutaria que vinculaba a todos los socios. Si la cláusula arbitral no violaba la Ley, el orden público o las normas imperativas, no tenía por qué ser considerada como una amenaza a la condición de socio, ya se considerara esta con un amplio grado de personalismo o con un matiz más objetivo e impersonal. Además, la práctica ha demostrado que son muchos los conflictos que en este tipo de sociedades se resuelven mediante arbitraje, incluso cuando se encuentra la cláusula arbitral en pactos parasociales, principalmente porque la cuantía del procedimiento hace que el procedimiento arbitral compense desde el punto de vista económico, así como por la celeridad y la confidencialidad, ya que no interesa ni que los pactos ni sus efectos sean ampliamente conocidos[9].

En Costa Rica habrá que tener en cuenta los artículos 17, 75 y siguientes, y 102 y siguientes C.Com, limitando las sociedades de capital a la Sociedad Anónima y a la Sociedad de Responsabilidad Limitada, aunque la regulación actual de esta última la sitúe como un híbrido entre una sociedad de personas y una sociedad de capital.

Para el resto de sociedades, con carácter de sociedades de personasen Costa Rica, no habría tampoco(al no existir regulación que excluya esta posibilidad), problema para introducir una cláusula arbitral en sus estatutos como vía para resolver los conflictos que pudieran presentarse, desde su fundación o posteriormente, pero siempre conforme a las normas establecidas para la adopción de acuerdos y respetando la voluntad de sus socios.

Introducción de una cláusula arbitral estatutaria

Una cláusula arbitral estatutaria es un instrumento recomendable para relaciones que se pretende que sean duraderas, al fomentar una actitud positiva para continuar con la buena marcha de una sociedad y, aunque exista algún tipo de conflicto, se podrá solucionar mientras se continúa con el desarrollo normal del negocio.

La cláusula compromisoria inserta en los estatutos de una sociedad es el acuerdo por el que los socios se comprometen a someter

9 RODRÍGUEZ ROBLERO, M.I., *Impugnación de Acuerdos Sociales y Arbitraje*, ob.cit., págs. 133 y siguientes.

a un árbitro los futuros conflictos que puedan surgir entre ellos, o entre ellos y la sociedad, por razón de ésta.

Las convenciones extra-estatutarias (por ejemplo, los pactos parasociales o el reglamento interno de la junta), con una naturaleza puramente contractual, solamente vinculan a quienes han sido parte. No son oponibles ni a la sociedad misma ni a futuros adquirentes de derechos sociales, a menos que expresamente lo acepten. Por lo que si se quiere que la cláusula arbitral tenga la publicidad necesaria y vincule eficazmente a la sociedad y a todos sus socios deberá estar expresamente en los estatutos sociales.

La cláusula arbitral en las sociedades de capital puede estar presente desde el inicio en los estatutos originarios (artículo 19.19 C. Com), o puede ser introducida con posterioridad mediante un acuerdo concreto.

El apartado dos del artículo 11 *bis*LA constituye el mayor logro de la reciente reforma legal española, desde el punto de vista del arbitraje societario. Este apartado regula la posibilidad de introducir una cláusula arbitral en los estatutos sociales a través de un acuerdo de al menos 2/3 de los votos correspondientes a las acciones o participaciones en que se divida el capital social.

Este ha sido un tema muy debatido en la doctrina mercantilista durante los últimos años, habiéndose reflejado también en el trámite legislativo de la Reforma operada en España en el año 2011; ya que una parte representativa de la misma sostenía que el acuerdo para introducir una cláusula arbitral en los estatutos sociales debía de ser aprobado por unanimidad y no por mayoría.

Este dilema gira en torno a que en la Ley de Arbitraje se exige que en el convenio arbitral se exprese la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica (artículo 9.1 LA).

En primer lugar, quienes defendían que para la introducción sucesiva de una cláusula arbitral en los estatutos de una sociedad se requería de un acuerdo unánime por parte de sus socios, consideraban que la cláusula arbitral no podía ser valorada como una mera modificación estatutaria, ya que creían que a través de la vía arbitral se estaba privando a los socios de la tutela jurisdiccional de sus derechos y esa privación no podía dejarse solamente al poder decisorio de la mayoría. Sostenían estos autores que el convenio arbitral únicamente vinculaba a quien expresara realmente su voluntad "inequívoca" de comprometer (tal y como exigía el antiguo artículo 5.1 de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje), considerando que falta esa voluntad cuando un socio no está conforme con dicho acuerdo, manifestándolo a través de su voto en contra o de su abstención. Se suponía que no habían manifestado su voluntad de aceptar la cláusula arbitral tampoco aquellos socios que no hubieran estado presentes en la Junta y quienes hubieran votado en blanco. Esta parte de la doctrina consideraba la cláusula arbitral como una imposición de nuevas obligaciones, para lo que sería necesario el consentimiento de los interesados.

A pesar de esta postura, otra parte de la doctrina -con la que me identifico plenamente-, y fue la que predominó en la Reforma, considera que deberá expresarse el consentimiento a través de un acuerdo mayoritario de los socios.

El procedimiento de adopción de una cláusula arbitral debe ser tal y como se establece en el apartado dos del artículo 11 *bis* de la Ley 60/2003. Una sociedad de capital es una colectividad, por lo que la única forma de expresar efectivamente su voluntad es a través de un acuerdo que se aprobará por las reglas de la mayoría, ya que si se exigiera un acuerdo unánime, se estaría dando a cada socio un derecho de veto que no es concebible para el desarrollo normal de la vida de una sociedad de capital, con una estructura corporativa, en la que su organización y el funcionamiento interno se rigen al margen del *intuituspersonae*, con una separación entre el patrimonio de la sociedad y el de los socios que la componen.

La incorporación de la cláusula de arbitraje a los estatutos sociales de forma sucesiva no debe ser vista como un perjuicio para los derechos de los socios y por tanto no se puede exigir la unanimidad, siempre que se apruebe a través de una manifestación de voluntad "idónea", y ésta lo será cuando se exprese a través de un acuerdo aprobado con el quórum y las mayorías correspondientes a las modificaciones estatutarias, sin exigir más requisitos que el de su constancia en el Registro Mercantil. De igual modo, el artículo 28 LSC, faculta expresamente a incluir en la escritura todos los pactos y condiciones que los socios fundadores juzguen conveniente establecer, siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores del tipo social escogido, por lo que, según la doctrina mayoritaria, hay que entender que todos aquellos pactos o condiciones que afecten la condición de socio, son cláusulas estatutarias en su más genuino sentido; y por tanto, deberán adoptarse a través del régimen colegiado previsto en la Ley, lo que por supuesto se aplica a la cláusula arbitral.

En Costa Rica será necesario analizar el caso de la Sociedad de Responsabilidad Limitada y la Sociedad Anónima de manera separada.

El artículo 97 del C. Com costarricense regula la mayoría necesaria para la modificación estatutaria en una Sociedad de Responsabilidad Limitada. Se establece que será necesaria la unanimidad para el cambio del objeto social y para cuando se imponga una mayor responsabilidad a los socios.Para el resto de acuerdos de modificación de los estatutos se requerirá el voto favorable de las ¾ partes del capital social.

Este es un elemento muy importante, ya que los argumentos que se han debatido en España sobre la necesidad o no de la unanimidad para la adopción del convenio arbitral estatutario podrían ser trasladados a Costa Rica si se considera que la introducción de un pacto arbitral en los Estatutos sociales podría entenderse como una imposición de mayor responsabilidad para los socios.

En este punto hay que volver a los argumentos esgrimidos en los que se afirma que el arbitraje no constituye una disposición de los derechos de los socios, sino que únicamente se está disponiendo de la vía por medio de la cual se pretende la tutela de los mismos, por lo que se consideraría que la introducción de una cláusula arbitral en los estatutos como un acuerdo más del funcionamiento de la vida de la sociedad, y no como un acuerdo que implica una mayor responsabilidad de los socios ni que modifica el objeto social. Por lo tanto, se puede afirmar que el acuerdo para la introducción de la cláusula arbitral en la Sociedad de Responsabilidad Limitada deberá hacerse a través del voto favorable de las ¾ partes del capital social.

El caso de las Sociedades Anónimas es diferente y no generaría ningún tipo ni de duda ni de conflicto por su naturaleza esencial de sociedad de capital. La adopción de una cláusula arbitral estatutaria deberá hacerse en asamblea general extraordinaria debidamente constituida y con las mayorías establecidas por la Ley. Esto es, deberá estar representado, para que se considere legalmente reunidas en primera convocatoria, por lo menos ¾ partes de las acciones con derecho a voto y aprobarse mediante el voto válidamente emitido de más de la mitad de la totalidad de las acciones representadas. En el caso de que la asamblea se reuniera en segunda convocatoria, se constituirá válidamente cualquiera que sea el número de acciones representadas, y las resoluciones habrán de tomarse por más de la mitad de los votos presentes (artículos 153, 156.a, 170 y 171 C.Com).

Por otra parte, ahondando más en las particularidades del Derecho costarricense en esta materia, el artículo 32 *bis* C.Comregulataxativamente el derecho a retirarse de la sociedad y a obtener el reembolso de sus acciones para los disidentes de determinados acuerdos sociales: prórroga de plazo social, traslado de domicilio social al extranjero, transformación o fusión que generen un aumento de responsabilidad y también cuando la sociedad no ha repartido dividendos teniendo utilidades durante dos periodos consecutivos o que ha cambiado el giro de su actividad de modo que le cause perjuicio.

Ciertas posturas anti-arbitrales podrían considerar que el arbitraje podría causar un perjuicio a los socios disidentes del acuerdo de adopción de la cláusula arbitral estatutaria, y en este punto, mediante una interpretación muy extensiva,se podría intentar asemejar el Derecho costarricense con la normativa italiana que regula estamateria (*Decreto Legislativo* 5/2003, de 17 de enero)[10].

El derecho de receso/separación de los socios ausentes o disidentes constituye el paso de una posición que garantizaba la integridad del capital social y, de forma indirecta, de los acreedores, a la tutela, *in priminis*, del miembro individual de la sociedad. Lo que se pretende con esta posibilidad es permitirle al socio salir de la sociedad, sustrayéndose a la decisión tomada por la mayoría y contraria a sus intereses, con la posibilidad de servirse de la amenaza de recurrir a tal opción como un elemento disuasorio. Un poder así en manos del socio individual puede, de un lado, exaltar la libertad, pero de otro lado puede minar la estabilidad patrimonial de la sociedad, y por ende en detrimento, sobre todo, de los acreedores[11].

En concreto en Italia, para la introducción o supresión sucesiva de la cláusula arbitral estatutaria será necesaria que dicha modificación sea aprobada por una mayoría cualificada de ⅔ del capital social en asamblea extraordinaria, incluso en las sociedades de personas para las que se requiere la unanimidadpara cualquier otra modificación estatutaria. Esta medida

10 Disponible en: http://www.studiolegalescarselli.com/norme%20complementari%20sul%20 processo%20civile/d.lgs.%2017%20gennaio%202003%20n.%205.pdf

11 LIBERIO, C., "Delibera di acquisto di azioni proprie: poteri cautelari di sospensione e possibilità di recesso del socio", en http://www.juidicium.it/news/ ins_19_01_06/Liberio%20proc.%20soc..html, 19 enero 2006, [fecha de consulta 2 febrero 2007], pág. 3.

del legislador italiano tiene como finalidad hacer más difícil tanto la introducción como la supresión de la misma y así proteger a la minoría[12]. Además, se prevé que los socios ausentes o disidentes puedan ejercitar el derecho de separación, como medida extrema pero eficaz para la tutela del socio, dentro de los noventa días siguientes[13].

El derecho de separación permite a los socios desvincularse de forma voluntaria y unilateral de la sociedad por las decisiones de la mayoría que implican una alteración de las bases esenciales por las que el socio ingresó en la sociedad[14]. Las causas legales de separación de los socios están reguladas de forma taxativa, aunque es posible que en los estatutos se establezcan otrascausas distintas de separación. Dentro de estas últimas es donde se podría, si se quisiera dar esta opción, introducir la posibilidad de que en caso de adoptar una cláusula arbitral durante la vida de la sociedad, los socios que no estuvieran de acuerdo con ella podrán ejercitar su derecho de separación y el plazo establecido para ello[15].

A pesar de la práctica italiana, en España se ha dicho, razonamiento plenamente aplicable a Costa Rica, que otorgar el derecho de separación a los socios que no estén de acuerdo con la introducción posterior de una cláusula arbitral en los estatutos sociales "puede parecer desproporcionada si se cuenta con una disciplina adecuada para el arbitraje estatutario, que contemple, esto es, sus especificidades. Sobre todo, en el contexto del ordenamiento español, teniendo en cuenta que un remedio tan extremo en relación con la garantía que pierden los terceros tras la obligada reducción de capital que supone, no está previsto en nuestras leyes para modificaciones que afectan de un modo mucho más sustancial al núcleo de la condición jurídica de socio"[16].

12 PETRAZZINI, B., "Delle modificazioni dello statuto", en *Il nuovo diritto societario: d.lgs. 17 gennaio 2003, nº6, d.lgs. 17 gennio 2003, nº5, d.lgs. 11 aprile 2002, nº61,* dir. G. Cottino y otros, Zanichelli Editore, Bologna, 2004, pág. 1382; SANGIOVANNI, V., "Arbitrato societario, società di capitali e categorie di investitori", en, http://www.judicium.it, 28 de septiembre de 2007, [fecha de consulta 23 de octubre de 2007], pág. 4; SANGIOVANNI, V., "Le clausole compromissorie statutarie nel nuovo diritto societario italiano", en Foro Padano, II, Milano, 2005, págs. 24 y ss.; BOGGIO, L., « Quale disciplina per l'arbitrato irrituale statutario ? », en *Rivista di Diritto Societario,* nº 4/2007, G. Giappichelli Editore, Torino, 2007, pág. 74.

13 CHIOMENTI, F., "La revoca delle deliberazioni assembleari", en *Saggi di diritto commerciale*, dir. G. Ferri, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1969, pág. 139; BORIO, G., *L'arbitrato commerciale internazionale*, Giuffrè Editore, Milano, 2003, pág. 13; ALLOTI, V., "Clausola arbitrale statutaria", en *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale,* coord. L. Ponti, R. Torino, Vol. XXII, Società, T. I, UTET, Torino, 2005, pág. 405; SASSANI, B., GUCCIARDI, B., "L'arbitrato societario", en http://www.judicium.it., 13 arbril 2007, [fecha de consulta 13 marzo 2008], págs. 5 y ss.; SANGIOVANNI, V., "Le clausole compromissorie statutarie nel nuovo diritto societario italiano", ob.cit., pág. 28; BLANDINI, A., "La clausola compromissoria nell'arbitrato societario: sul vincolo della designazione degli arbitri a cura di soggetto estraneo", en *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto generale delle Obligazioni,* Anno CV, nº 7-8-9, Casa Editrice Dr. Francesco Vallardi, Bologna, 2007, págs. 602 y ss.

14 VIERA GONZÁLEZ, J., "Derecho de Separación (SA Y SRL)", en *Diccionario de Derecho de Sociedades,* dir. C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006, págs. 490 y ss.

15 Por el principio de autonomía de la voluntad, se pueden configurar nuevas causas de separación y exclusión de los socios, pero esto deberá hacerse de forma detallada en los Estatutos. Deberá determinarse el modo de acreditar la existencia de la causa de separación, la forma y el plazo dentro del cual habrá de ejercitarse este derecho. BOLAS ALFONSO, J., "La autonomía de la voluntad en la configuración de las Sociedades de Responsabilidad Limitada", en *Revista de Derecho Privado,* Editoriales de Derecho Reunidas S.A., Madrid, Febrero 2006, pág. 141.

16 GALLEGO SÁNCHEZ, E., "Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad", en *Revista de Derecho de Sociedades,* nº 32, Thomson Reuters, 2009, pág. 61.

Por tanto, en el estado actual de la legislación costarricense, considero que la cláusula arbitral debe ser tratada como cualquier otra cláusula estatutaria y, en caso de modificación de los estatutos debe llevarse a cabo por el mecanismo ordinario ya que no supone ningún perjuicio grave para los socios ni se les está privando de ningún derecho[17].

Arbitraje Institucional y de Derecho

En España, los socios podrán escoger, dependiendo de la estructura societaria y del tipo de conflictos a los que podrán enfrentarse, si quieren que sus conflictos sean resueltos por uno o varios árbitros, y la Ley impone que deberá encomendarse la administración del arbitraje y la designación de los árbitros a una institución arbitral (artículo 14 LA).

El arbitraje institucional, en contraposición con el arbitraje *ad hoc*, es aquél arbitraje en el que la administración y el desarrollo del procedimiento se encomienda a una institución especializada, la cual cuenta con una infraestructura y una organización propia que le permitirá cumplir con los requisitos establecidos en la Ley para el correcto desempeño de sus funciones. Para el caso de España, deberá ser conforme al artículo 14 LA[18], y para el caso de Costa Rica, deberá adecuarse al capítulo IV RAC y al Reglamento al Capítulo IV de la Ley sobre Resolución Alterna de Conflictos y Promoción de la Paz Social.

La institución a la que se dirigen las partes deberá ser seria y transparente en todo lo referente al nombramiento y especialización de los árbitros, brindando también estabilidad al procedimiento, quitando cargas y dispensando al árbitro y a las partes de trámites administrativos o burocráticos, permitiéndoles centrarse en su labor, brindando un servicio de calidad y con garantías; siendo la vía óptima para el arbitraje societario.

Finalmente, en España,la Ley no restringe el uso del arbitraje de equidad como se pretendía en un inicio en el Anteproyecto. El artículo 34 LA permite a las partes optar por un arbitraje de equidad si así lo prefieren, aunque para ello deban mencionarlo expresamente.

En Costa Rica, al igual que en España, se establece la presunción a favor del arbitraje de Derecho en el artículo 19 RAC, exigiendo que los árbitros sean abogados en ejercicio. Este requisito es una particularidad del Derecho costarricense y de la realidad de este país que permite combinar la profesión de abogado con otras prácticas jurídicas como las de notario, profesor universitario, etc.; lo que en otros ordenamientos se

17 OLAIZOLA MARTÍNEZ, F., "El arbitraje societario en los tiempos de la globalización", en *Anuario de Justicia Alternativa. Derecho Arbitral,* nº 7/2006, Tribunal Arbitral de Barcelona, J.M. Bosch Editor, Barcelona, págs. 48 y ss.; CAMPO VILLEGAS, E., "Temas del arbitraje societario vistos por un notario", en *La Notaría. Especial Derecho Privado y Arbitraje. Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje,* nº 47-48, Collegi de Notaris de Catalunya, Barcelona, 2007, pág. 42; GALLEGO SÁNCHEZ, E., "Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad", ob.cit., pág. 61.

18 Artículo 14 LA: Arbitraje Institucional: 1. Las partes podrán encomendar la administración del arbitraje y la designación de árbitros a: a) Corporaciones de Derecho público y Entidades públicas que puedan desempeñar funciones arbitrales, según sus normas reguladoras. b) Asociaciones y entidades sin ánimo de lucro en cuyos estatutos se prevean funciones arbitrales. 2. Las instituciones arbitrales ejercerán sus funciones conforme a sus propios reglamentos. 3. Las instituciones arbitrales velarán por el cumplimiento de las condiciones de capacidad de los árbitros y por la transparencia en su designación, así como su independencia.

podría considerar como una regulación corporativista que no tendría sentido si limitara el acceso a otros profesionales igualmente cualificados.

Por tanto, a pesar que se pueda optar tanto por un arbitraje de Derecho como por un arbitraje de equidad para resolver los conflictos societarios, se puede afirmar que en materia societaria, el arbitraje de Derecho es la opción que debe de primar con el fin de realizar una tutela efectiva y eficaz de los socios y de los intereses sociales, ya que la normativa a aplicar y los efectos que tendrá deben ser analizados por personas con los suficientes y probados conocimientos técnicos, con el fin de garantizar la eficacia de sus decisiones.

Publicidad Registral

La intervención de los registros correspondientes puede darse en varias fases de un procedimiento arbitral: en la inscripción del convenio arbitral, en caso de ser necesaria la anotación de medidas cautelares o en el momento de la inscripción del laudo.

En un momento inicial será indispensable la inscripción del convenio arbitral. Si se quiere optar por una cláusula arbitral estatutaria deberá inscribirse al igual que el resto del contenido de los Estatutos Sociales.

La correspondiente inscripción del pacto estatutario en el Registro Mercantil es un mecanismo que asegura la publicidad que este tipo de normativa interna de la sociedad requiere para ser realmente eficaz frente a quienes lo suscribieron y asegura su eficacia erga omnes frente a todos los socios (presentes o futuros). Incluso, si en los estatutos se contiene una cláusula arbitral, la eficacia del laudo que se dicte y por el cual se anule un acuerdo social, en condiciones análogas a las que produciría una sentencia judicial, afectará a todos los socios aunque no hubieren litigado (artículos 18, 19 y 175 C.Com).

El artículo 24 del Reglamento del Registro Público costarricense, N°26771-J (en adelante Reglamento del Registro), regula la materia inscribible en el Registro Mercantil, estableciendo que se inscribirá lo indicado en el artículo 235 C.Com y cualquier otro acto o contrato que por Ley o reglamento se indicare. Por tanto, y conforme también con el artículo 49.j del Reglamento del Registro, este artículo no establece una regulación taxativa de instrumentos inscribibles, sino solamente los que requieren obligada inscripción, siendo posible también la inscripción de otras cuestiones, como en este caso, la cláusula arbitral estatutaria.

Una vez surgida la controversia, podría ser necesaria la anotación de una medida cautelar, alegando y acreditando razones de urgencia o de necesidad, con el fin de asegurar la posterior ejecución del laudo recaído y que no se veanlas partes impedidas o encuentren dificultades en su ejecución por situaciones producidas durante la pendencia del procedimiento correspondiente.

En el caso de las medidas cautelares, el Reglamento del Registro Mercantil español (Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, en adelante RRM) permite la anotación preventiva de una demanda de impugnación de acuerdos sociales y de la suspensión, durante la tramitación del proceso, de un acuerdo impugnado, facultad

con la que cuentan también los árbitros y deberán ejercitar a través de laudos parciales ad hoc(artículos 23 LA; 155, 156 y 157 RRM). En cambio, en Costa Rica de acuerdo con el artículo 52 RAC, los árbitros deberán solicitar a la autoridad judicial competente las medidas cautelares que considere necesarias, no pudiendo dictarlas ellos de oficio. En el mismo sentido, de acuerdo con los artículos 17 y siguientes de la Ley 8937 los árbitros sí están facultados para otorgar medidas cautelares, pero sus órdenes no constituirán títulos ejecutivos, ni podrán revestir la forma de laudo.

Otro momento en el que el Registro juega un papel especial es en la inscripción de los acuerdos sociales o de cualquier otro acto societario que requiera de inscripción para su eficacia y validez.

Por otra parte, en España, el artículo 11 ter LA, sobre “Anulación por laudo de acuerdos societarios inscritos”, exige la inscripción en el Registro Mercantil del laudo que anule un acuerdo social inscribible y la publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil de un extracto del mismo; al igual que se permite y exige para las sentencias judiciales. En el caso de que el acuerdo impugnado ya estuviese inscrito, se establece como el laudo determinará su cancelación y de los posteriores asientos que resulten contradictorios.

Por último, la Ley de Arbitraje española añade la posibilidad de que se solicite la protocolización notarial del laudo, cosa que cualquiera de las partes puede pedir a los árbitros, antes de su notificación, comprometiéndose a asumir los costes que pudiera representar. Esta posibilidad también se encuentra regulada en Costa Rica a través del artículo 61 RAC.

La eficacia o el alcance subjetivo de la cláusula arbitral estatutaria

La sociedad y los socios

Están vinculadas por una cláusula arbitral, al igual que lo estarían por cualquier contrato, las personas físicas o jurídicas con capacidad de obrar, que estén en pleno ejercicio de sus derechos civiles y sean socios de la sociedad de capital que la contiene.

Cuando la cláusula arbitral se incluye en los estatutos sociales se convierte en una norma de autogobierno de la sociedad y sus socios en sus relaciones recíprocas, por lo que es evidente su vinculación a la misma. Los socios al adquirir la acción o participación social se han adherido a los instrumentos contractuales que rigen el funcionamiento de la sociedad de la que pretenden formar parte y, si dentro de ellos está una cláusula compromisoria, estarán vinculados por ella. Tanto los socios fundadores como los nuevos socios estarán sometidos automáticamente a los estatutos ya que de una u otra forma han expresado su voluntad de aceptarlos, con los derechos y las obligaciones que éstos conllevan, sin ningún tipo de diferencia de trato con relación a los demás socios.

En el caso de cesión de la condición de socio, el nuevo socio adquiere la situación jurídica que tenía el socio cedente “en su integridad, en su pleno *status*”, sin precisarse de un nuevo consentimiento de la cláusula arbitral, ya que éste lo prestaron en su momento los socios fundadores (artículo 106 LSC). El consentimiento del nuevo socio está implícito en la adquisición de esta condición. En este sentido se encuentra también el artículo 28 del C.Com al equiparar la responsabilidad de los nuevos socios a la de los demás.

Los herederos

Los herederos tienen un régimen especial en cuanto a su vinculación por la cláusula arbitral. Al igual que los cesionarios, están vinculados por la cláusula arbitral no porque éstos sean o no socios, sino porque ostentan un interés jurídico legítimo societario que han de hacer valer frente a la sociedad y de acuerdo con sus reglas, aun cuando no adquieran la condición de socios, de acuerdo con el artículo 1257 Código Civil español (en adelante CC), vinculando a las partes del contrato y no a terceros.

Se considera que los herederos quedan sometidos a la cláusula arbitral sin necesidad incluso de su aceptación, aun cuando no fuesen socios, ya que entran en la misma posición que el causante en todos aquellos asuntos activos y pasivos que no fueran de carácter personalísimo y se extingan por su muerte (artículos 659 y 661 CC). Tal y como regula la Ley de Sociedades de Capital en el artículo 110.1 “la adquisición de alguna participación social por sucesión hereditaria confiere al heredero o legatario la condición de socio”. Por tanto, no es necesaria una aceptación del causahabiente expresa de la cláusula compromisoria, quedando automáticamente vinculado por ella, por ser el procedimiento que válidamente el causante había aceptado para resolver los conflictos intrasocietarios.

En Costa Rica este supuesto hay que analizarlo para el caso específico de las Sociedades de Responsabilidad Limitada. El artículo 88 C.Com establece que para la incorporación de herederos o legatarios del socio fallecido, será necesario cumplir con los requisitos de la cesión de cuotas a terceros, lo que implica el consentimiento previo y expreso de la unanimidad de los socios, salvo que se haya establecido en los Estatutos que bastará con la mayoría que no puede ser menor a ¾ partes del capital social. Estos requisitos deberán cumplirse para poder adquirir la condición de socio, pero al igual que en España, el artículo 521 del Código Civil costarricense establece que “La sucesión comprende todos los bienes, derechos y obligacionesdel causante, salvo los derechos y obligaciones que, por ser meramentepersonales, se extinguen con la muerte”. Por tanto, el heredero quedará vinculado, no porque se devenga o no socio, sino por los derechos que adquiere sobre las participaciones del causante.

Los titulares de derechos reales

Por su parte, los titulares de derechos reales sobre acciones o participaciones sociales, tales como usufructuarios o acreedores pignoraticios, estarán vinculados por la cláusula arbitral en la medida en que puedan y pretendan ejercitar los derechos sociales frente a la sociedad. Aunque, hay quien sostiene que estos titulares de derechos reales sobre las acciones o las participaciones solamente estarían vinculados a la cláusula arbitral en la medida en que los estatutos, además de los derechos económicos que les corresponden, les atribuyeran también derechos políticos, como el derecho de voto, de información o de impugnación de acuerdos sociales. En éste último caso sí estarían vinculados a la cláusula arbitral por las normas de autogobierno, pero en la medida en que son “terceros” con respecto a la sociedad y no se subroguen en la posición del socio, no quedarán subsumidos en el ámbito subjetivo de la cláusula arbitral porque la cualidad de socio, con todos sus derechos y obligaciones, reside en el nudo propietario (artículos 126 y siguientes LSC; 95 y 139 bis C. Com).

Los administradores, los auditores/ fiscales y los liquidadores

La eficacia de la cláusula arbitral frente a los administradores, los auditores/ fiscales y los liquidadores es clara cuando expresamente conste su consentimiento, al hacer explícito en la cláusula arbitral esta extensión de la eficacia subjetiva o a través de un consentimiento expreso de cada uno de ellos.

La vinculación a la cláusula arbitral de los administradores sociales es propia de su encargo (artículos 225 y siguientes LSC). Pero en aras de la seguridad jurídica y de la previsibilidad propia de nuestro Derecho, la vinculación de los auditores y de los liquidadores no será automática, sino que se requiere de una previsión expresa en la cláusula arbitral estatutaria, independientemente de si en ellos confluye la condición o no de socio, la cual los vinculará a partir de la aceptación de su nombramiento; por lo que si no están de acuerdo en aceptar someter sus controversias a un proceso arbitral tendrán la opción de no aceptar su designación.

Este mismo razonamiento será de aplicación para los fiscales de la sociedad en Costa Rica, si se ha optado por el sistema de vigilancia establecido en los artículos 193 y siguientes C.Com.

Para el caso de los liquidadores, el artículo 210 C.Com establece que serán los administradores y los representantes legales de la sociedad quienes ejerzan este encargo, por lo que en este caso, sí que estarán vinculados a la cláusula arbitral que conste en los Estatutos.

Los administradores sociales son los encargados, según el artículo 188 C.Com de dictar los estatutos y los reglamentos de la sociedad, por lo que deberán cumplirlos con la diligencia del mandatario y hacerlos cumplir (artículo 189 C.Com). Esto implica que estarán vinculados por ellos desde la aceptación de su cargo, sin necesidad de una aceptación expresa de la cláusula arbitral (también artículos 89 y siguientes C.Com).

Los terceros

Por último, hay que aclarar que, en general, aunque el laudo produzca, en ciertas ocasiones, efectos indirectos frente a terceros, esto no quiere decir que los terceros estén sometidos a la cláusula arbitral, ni que la materia que afecta los intereses de éstos sea disponible.

Así, los terceros no podrán verse vinculados por la cláusula arbitral estatutaria porque no son parte del convenio arbitral y por tanto deberán acudir a la jurisdicción como medio para garantizar su tutela judicial efectiva. Por tanto, el árbitro es juez solamente para las partes y no cuenta con ningún tipo de poder frente a terceros con respecto al procedimiento. Su misión tendrá un efecto relativo a las partes únicamente, las cuales libremente han optado por esta vía como alternativa a la jurisdiccional; pero el laudo, en cuanto a su existencia, será oponible a todos.

En el caso de los obligacionistas, como terceros acreedores de la sociedad, en principio no se verán vinculados por la cláusula arbitral. A pesar de lo anterior,

hay quien afirma que aquellos que tienen obligaciones convertibles en acciones, al tener, por ejemplo, derecho de suscripción preferente o de impugnación de acuerdos sociales, aunque son terceros, son potencialmente socios y, por lo tanto, sí estarán vinculados por el convenio arbitral.

En este puntoes necesario analizar los "bonos de fundador" en las Sociedades Anónimas, como especialidad propia del Derecho costarricense.

Los bonos de fundador se encuentran regulados en los artículos 116.d, 118, 119, 148, 149, 150 y 151 C. Com. Estos instrumentos mercantiles confieren a sus titulares el derecho de percibir una participación en las utilidades que en ellos se expresa y por el tiempo que ellos indiquen. Dicha participación no podrá exceder del 10% de las utilidades anuales ni extenderse por más de 10 años.

Estos títulos confieren un derecho patrimonial a sus tenedores, sin otorgarle ningún tipo de derecho político añadido al que ya tienen como accionistas de la sociedad. Al ser accionistas de la sociedad no habría duda alguna sobre su vinculación al pacto arbitral estatutario, pero si dejaran de ser accionistas y conservaran los bonos de fundador, podrían darse diversas situaciones que procederemos a analizar.

La primera interpretación se podría centrar en el carácter que le otorga la Ley de semejanza con los títulos valores, considerándolos documentos independientes y por tanto se podría considerar merosobligacionistas de la sociedad y por tanto terceros, por lo que no estarían vinculados por la cláusula arbitral para resolver los conflictos que se pudieran generar en torno a los bonos, a menos que expresamente lo aceptaran todas las partes interesadas, o se haya introducido expresamente en ellos.

La segunda posible interpretación sería más coherente con la causa y la finalidad de los bonos de fundador. Si la cláusula arbitral se introdujo en la escritura constitutiva, en coherencia con la función desempeñada como fundadores de la sociedad y la finalidad de los bonos, mantendrían los bonos su vinculación con la cláusula arbitral inserta desde un inicio como norma de funcionamiento social para resolver todos los conflictos que puedan surgir en torno a dicha relación societaria. Incluso, si la cláusula arbitral fuera introducida con posterioridad a la fundación, también los vincularía, a menos que se establezca una referencia expresa que indique que solamente se resolverá mediante arbitraje los conflictos que surjan y que tengan su causa en hechos posteriores a la aprobación del convenio arbitral.

Otro supuesto interesante a considerar sería, al establecer la Ley que se regularán bajo la normativa propia de los títulos valores, si en el mismo bono se estableciera una cláusula arbitral para resolver los conflictos que pudieran surgir, lo que sería materia plenamente disponible y arbitrable.

Por otra parte, resulta interesante tratar el supuesto de los grupos de sociedades. Ante un grupo de sociedades será necesario analizar cada caso en concreto para poder determinar si la cláusula arbitral inserta en los estatutos de una sociedad del grupo (filial o matriz) vinculará a las otras sociedades pertenecientes al grupo, o si se trata de un tercero ajeno a este tipo de acuerdo, ya sea en sus relaciones internas o en sus relaciones con terceros.

Desde el punto de vista jurídico puede considerarse que no puede oponerse la cláusula arbitral a aquella sociedad que no la haya firmado, pero desde un punto de vista económico la vincularía automáticamente, por la unidad de dirección y de actuación real con la que funcionan en el mercado.

En primer lugar, el razonamiento jurídico nos lleva a destacar que cada sociedad cuenta con su propia personalidad jurídica, autonomía patrimonial y limitación de la responsabilidad como regla general. Además, por la naturaleza contractual de la cláusula arbitral, su extensión a otra sociedad únicamente será posible cuando la voluntad de las partes de someterse a arbitraje resulte suficientemente probada, ya que, en principio, sólo podrá quedar vinculada una sociedad que ha otorgado personalmente su consentimiento.

Pero en cuanto a los grupos de sociedades y su particular forma de actuar en el comercio, esta manifestación concreta que se exige para probar la voluntad de la sociedad no firmante de quedar vinculada por el contrato arbitral puede manifestarse a través de diversas formas, como sería, por ejemplo, la participación activa de la matriz en la vida de la filial, o cuando la otra sociedad (filial o matriz) ha participado en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato, haciendo pensar a la contraparte que ésta también es parte contractual, o que en caso de surgir alguna controversia ésta sociedad no suscriptora, por el hecho de su participación en cualquiera de los momentos antes enunciados, iba a quedar sujeta a la misma. Pero la interpretación de la voluntad de la sociedad, o de su conducta durante la negociación puede resultar peligrosa y puede crear mucha inseguridad jurídica. Será necesario, por tanto, hacer un análisis de caso por caso de la voluntad de las partes para poder determinar si se puede o no realizar la extensión de la cláusula arbitral, en aras de la seguridad jurídica.

En cualquier caso, con el fin de no desvirtuar la institución arbitral, la extensión de los efectos de una cláusula arbitral a un sujeto que no ha sido parte, como sería una sociedad del grupo, debe ser la excepción, debiendo justificarse suficientemente. Por lo que por regla general se aplicará el principio de relatividad de los contratos en sus relaciones con terceros, sin poder implicar a sociedades del grupo no firmantes (arbitraje externo); y en el caso de alegar la cláusula compromisoria en conflictos entre miembros del grupo (arbitraje interno), lo mejor sería que ésta se encuentre en un reglamento interno al que se han adherido las demás sociedades pertenecientes al grupo, para así verse efectivamente vinculadas por ella.

La cláusula arbitral en los pactos parasociales y en el reglamento interno de la junta general: eficacia subjetiva limitada

La cláusula arbitral como instrumento esencial para el arbitraje intrasocietario también se puede encontrar en otros documentos societarios, tales como son los pactos parasociales o el reglamento interno de la junta general; pero las cláusulas de este tipo carecerán, en principio, de la eficacia subjetiva que tiene aquella que se encuentra en los estatutos sociales.

En los pactos parasociales que afecten a una sociedad cotizada es posible estipular una cláusula arbitral, pero se verá matizada y condicionada por la falta de publicidad

registral, lo que implica que sólo vinculará a los socios que los suscribieron (artículo 1257CC) y a sus herederos, sin vincular a la propia sociedad, los demás socios, los socios sucesivos, ni al resto de personas que tengan relación con la sociedad, a menos que lo acepten expresamente. Además de que carecen de la publicidad necesaria para vincular a todos los socios y a la sociedad, no es el instrumento adecuado para contener la cláusula arbitral. Por lo que aunque nada impide que se perfeccione un convenio arbitral entre ciertos socios en un pacto parasocial, éste tendrá una naturaleza privada y estará regido por el principio de libertad de forma, por lo que no podrá acceder al Registro Mercantil ni tener la publicidad que una cláusula de este tipo requiere.

Por otra parte, otro instrumento societario en el que se puede incluir una cláusula arbitral es el reglamento de la junta general. Los reglamentos internos de la junta de una sociedad de capital tienen como función facilitar la ejecución de las normas estatutarias y el funcionamiento de la sociedad a través de la concreción o complementación de las normas estatutarias.

En el supuesto que el reglamento interno de una junta general contuviera una cláusula arbitral sería éste un supuesto de una cláusula arbitral por referencia, siempre que se hiciera una reseña expresa de ella en los estatutos (artículo 9.4 LA), vinculando a los socios presentes y futuros, cuando éste también se encuentre inscrito. Este razonamiento se basa en que el funcionamiento de una sociedad no está únicamente en la escritura constitutiva, por lo que no es indispensable que la cláusula compromisoria se encuentre allí. Lo que se exige como presupuesto de validez para una cláusula arbitral por referencia es que ésta tenga incidencia en el documento principal y, si ahí no constara la cláusula, que se haga referencia expresa a ésta. Por tanto, esta parte de la doctrina considera que si el reglamento de una junta general de una sociedad cotizada contuviera una cláusula arbitral para el sometimiento de los conflictos societarios, y en especial de la impugnación de acuerdos sociales, se podría entender que dicha cláusula sería vinculante para todos los socios (presentes y futuros), ya que ha sido aprobada junto con el reglamento interno por los accionistas, en una junta general con el quórum ordinario previsto, siendo además un acuerdo inscribible en el Registro Mercantil y objeto de comunicación a la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

Pero en contra de la postura antes enunciada, otra parte de la doctrina defiende que cuando la cláusula arbitral se encuentra en un documento extra societario tiene como ventaja la flexibilidad, pero está privada de una parte de su eficacia. Las convenciones extra-estatutarias, con una naturaleza puramente contractual, solamente vinculan a quienes han sido parte. No son oponibles ni a la sociedad misma ni a futuros adquirentes de derechos sociales, a menos que expresamente lo acepten. Por lo que si se quiere que la cláusula arbitral tenga la publicidad necesaria y vincule eficazmente a la sociedad y a todos sus socios deberá estar expresamente en los estatutos sociales, ya que, además, si llegase a haber contradicción entre los estatutos y el reglamento interno, debe entenderse que prevalecen los estatutos.

Otras normas que facultan expresamente incluir una cláusula arbitral en los estatutos sociales

El ordenamiento positivo español cuenta también con otras normas que facultan expresamente la inclusión de una cláusula arbitral en los estatutos de determinadas sociedades. Tal es el caso de la Ley de Sociedades Cooperativas española y valenciana, los Estatutos Orientativos de la Sociedad Limitada Nueva Empresa o la Ley de Sociedades Profesionales. En este punto también es importante hacer, aunque sea de una forma breve, referencia al Derecho comparado y proyectado, ya que éstos nos aportan luces en cuanto a la regulación de esta materia.

La Ley estatal 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, en su disposición adicional décima regula la expresa admisión de la arbitrabilidad de la impugnación de acuerdos asamblearios, “dado el carácter negocial y dispositivo de los acuerdos”. Con esta Ley se reconoce expresamente el arbitraje societario cooperativo, y tiene como fin evitar cualquier incertidumbre que pueda surgir a la hora de interpretar una cláusula de sumisión a arbitraje, las cuales son muy frecuentes en la práctica estatutaria. También, en el artículo 10.2.m de la Ley 8/2003, de 24 de marzo, de Cooperativas de la Comunidad valenciana, se establece entre el contenido mínimo de los estatutos la cláusula de sometimiento a arbitraje cooperativo. Este se encuentra regulado en el artículo 123.1.b de la misma Ley, en el cual el convenio arbitral es requisito previo para poder solucionar por esta vía las controversias surgidas entre entidades cooperativas, o entre éstas y sus socios o sus miembros. Podrá efectuarse el arbitraje tanto de Derecho como de equidad y el laudo tendrá los mismos efectos que una sentencia judicial.

En segundo lugar, existe un beneplácito al arbitraje en los Estatutos orientativos de la Sociedad Limitada Nueva Empresa, aprobados por Orden del Ministerio de Justicia 1445/2003, de 4 de junio, cuando en su artículo 15 establece que toda cuestión que se suscite entre los socios, o entre éstos y la sociedad, con motivo de las relaciones sociales, podrá ser resuelta mediante arbitraje que deberá ser formalizado por las prescripciones legales.

La Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales en el artículo 18 establece la posibilidad de que las controversias derivadas del contrato social que surjan entre los socios, entre los socios y los administradores, y entre cualesquiera de éstos y la sociedad, incluidas las relativas a la separación, exclusión y determinación de la cuota de liquidación, sean sometidas a arbitraje, de acuerdo con las normas reguladoras de la institución.

El Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los Protocolos familiares, reformó los artículos 114.2.c) y 175.2.c) del Reglamento del Registro Mercantil, y admitió expresamente que tanto las Sociedades Anónimas como las Sociedades de Responsabilidad Limitada pudieran incluir entre los pactos que son posibles al amparo de la autonomía de la voluntad cláusulas arbitrales para resolver los conflictos societarios. Este Real Decreto expresamente excluye de su aplicación a las Sociedades cotizadas.

El Derecho comparado también nos brinda modelos de regulación de la cláusula arbitral

en el seno de las sociedades de capital. Tal es el caso de Francia e Italia. En Francia, el artículo L721-3 del Código de Comercio permite expresamente a las partes, al momento de contratar, acordar someter a arbitraje las controversias que surjan entre ellas relativas a las sociedades comerciales. Y el artículo L721-5 *in fine* del mismo Código de Comercio, faculta a los socios a establecer en los estatutos la posibilidad de someter a arbitraje los conflictos que surjan, entre ellos, por razón de la sociedad. Éste último elemento es el que debe tenerse siempre presente para valorar o no su arbitrabilidad: si el conflicto ha surgido o no por razón de la sociedad. Las diferencias que surjan en el seno de una sociedad podrán, de acuerdo a estas normas, ser sometidas a la vía arbitral. Pero el árbitro, al igual que el juez, no podrá interferir ni en los asuntos de la gestión social ni para solucionar la oposición de dos grupos de socios, que debe ser resuelta entre ellos, a menos que se trate de algún tipo de abuso; ya que este aspecto no entra dentro de su misión jurisdiccional.

Por su parte, la legislación italiana también cuenta con una regulación específica para el arbitraje societario. El artículo 34.1 D. Leg. 5/2003 en atención a la *Legge 3 ottobre 2001, n. 366*, regula únicamente el arbitraje societario que tenga su causa en una cláusula arbitral inserta en el acto constitutivo o en los estatutos, quedando excluido de esta normativa el arbitraje que tenga su fundamento en un compromiso arbitral *ad hoc*. Para el resto de situaciones que no tengan su causa en una cláusula estatutaria, como podrían ser las que se encuentren en pactos parasociales o en un compromiso arbitral *ad hoc*, se deberá hacer uso del Derecho arbitral general regulado en los artículos 806 y siguientes del Código Procesal Civil italiano.

Por otra parte, en el Derecho proyectado europeo se opta también por el arbitraje societario como mecanismo útil y eficaz para resolver los conflictos que surjan entre la sociedad y sus socios, e incluso, si así lo prevén, en sus relaciones con los administradores.

Tal es el caso de la Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Privada Europea[19]. Mediante enmienda se solicitó a la Comisión agregar al texto del Proyecto de Estatuto un nuevo artículo 42 (*bis*) en el que se regule la cláusula compromisoria (la cláusula arbitral estatutaria), con el fin de permitir que los conflictos intrasocietarios sean resueltos por este medio alternativo a la jurisdicción, dando así su confianza al arbitraje como un medio válido y solvente, que brinda la garantías suficientes para el tráfico jurídico. La enmienda que pretende introducir la posibilidad de optar por el arbitraje societario se justifica en el mismo texto como que la previsión del arbitraje, como medio alternativo a la jurisdicción para la resolución de conflictos, es particularmente oportuna para este tipo de Sociedades Privadas Europeas por su naturaleza de sociedad cerrada y por la dimensión de transnacional que obtendrá. Por un lado, esta sociedad cuenta con un grado de autonomía muy amplio para determinar sus aspectos patrimoniales y organizativos, lo que le permite introducir, sin ningún tipo de problema, una cláusula de este tipo; y, por otro lado, el arbitraje se

19 El Proyecto de Estatuto de la Sociedad Privada Europea y su tramitación puede consultarse en: http://europa.eu/legislation_summaries/internal_market/businesses/company_law/ mi0007_es.htm

plantea como un medio eficaz para evitar los conflictos internos y los estados de bloqueo en el funcionamiento interno de la sociedad, lo cual puede tener consecuencias muy importantes para una sociedad de este tipo. También al ser esta una sociedad pensada para las sociedades cerradas, en las que la liquidación de sus participaciones sociales puede ser muy difícil, el recurso al arbitraje aparece como un medio realmente idóneo para ella.

CONCLUSIONES

En España, la reforma efectuada en el año 2011 ha pretendido fomentar la cultura jurídica y la conciencia ciudadana y de las empresas de las ventajas del arbitraje, dotando a la Ley de solidez jurídica y potenciando esta institución. A través de ella se han desmantelado las posturas antiarbitrales que subsistían en materia societaria. Aquellas que tenían su fundamento en la imperatividad de las normas que regulan esta materia y, en específico, la impugnación de los acuerdos sociales, se han presentado como no adecuadas. Que una materia esté regulada por normas imperativas no es óbice para impedir su arbitrabilidad, ya que el árbitro, en este caso, deberá aplicar esas mismas normas imperativas al igual que lo haría un juez, sin equiparar el arbitraje con la arbitrariedad[20].

La posibilidad de procedimientos paralelos, uno arbitral y otro judicial, o que no puedan participar terceros, no son tampoco argumentos determinantes para la exclusión del arbitraje. En el primer caso se deberán aplicar las reglas de la acumulación de acciones (artículos 71 y siguientes de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en adelante LEC; y 123 y siguientes Código Procesal Civil de Costa Rica, en adelante CPC) o de prevalencia de procedimientos en el tiempo (artículo 79 LEC). En el segundo caso, cuando el procedimiento sea instado por un tercero no vinculado por la cláusula arbitral y no se haya adherido tampoco a él mediante un convenio arbitral *ad hoc*, es evidente que prevalecerá el procedimiento judicial iniciado por él, pero esto no determina que la materia no sea arbitrable, sino que no será, en ese asunto en concreto, la vía adecuada para resolver este conflicto, ya que el árbitro carecerá de competencia para resolver ese litigio. Será, al igual que ocurre en el ámbito judicial, un problema de competencia entre dos sujetos capaces de resolver un determinado conflicto, pero no de arbitrabilidad o disponibilidad de la materia.

Cuando existan terceros involucrados en el litigio, tampoco esto es una razón suficiente para considerar que estamos ante materia no disponible y por tanto inarbitrable. Es evidente que un tercero no está vinculado por la cláusula arbitral y el laudo tampoco lo vinculará, pero como tampoco una sentencia. El tercero si quiere hacer valer sus derechos mediante un procedimiento arbitral podría hacerlo si las partes del convenio arbitral se lo permitieran; pero si no se diera el caso y la Ley le concediera legitimación para impugnar (acuerdos nulos), podrá el tercero

20 GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad”, ob.cit., pág. 71; SÁNCHEZ CALERO, F., *La junta general en las sociedades de capital,* Thomson-Cívitas, Cizur Menor, 2007, pág. 427; CARAZO LIÉBANA, M., *El arbitraje societario*, ob.cit., págs. 140 y ss.; Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) nº 355/1998, de 18 de abril; SAP de Pontevedra (Sección 6ª) número 431/2003, de 10 de febrero, fundamento de Derecho segundo; Resolución de la Dirección General del Registro y del Notariado de 19 de febrero de 1998.

instar el procedimiento de impugnación ante la jurisdicción ordinaria, no existiendo problemas ni de litispendencia ni de cosa juzgada con relación al procedimiento arbitral por no haber identidad de sujetos, aunque el objeto y la causa sean los mismos (artículos 222 y 421 LEC). Por tanto, si un tercero se pudiera ver afectado por un procedimiento arbitral podrá ser invitado a participar en él y así podría hacer valer sus derechos, siempre y cuando todas las partes del convenio arbitral (la sociedad y los socios) estén conformes con esto por el principio de autonomía de la voluntad que rige el procedimiento arbitral y su origen contractual, que no se puede obviar cuando se suscribe la cláusula arbitral.

También podrá el tercero no aceptar participar del procedimiento arbitral y simplemente limitarse a acatar lo que en él se resuelva; o si no ha tenido conocimiento del procedimiento arbitral y ha habido buena fe por su parte, la sociedad debería hacerse responsable por los posibles daños que se le pudieran causar, al igual que ocurriría con cualquier otro sujeto conforme a los principios generales que rigen la responsabilidad extracontractual (artículos 1089 y 1887 CC; 1047 y siguientes Código Civil costarricense) .

Por su parte, el cambio jurisprudencial y posteriormente legal favorable al arbitraje se ha debido a la consideración de que la tutela judicial prevista en el artículo 24 de la Constitución Española puede obtenerse también a través de un proceso arbitral y por creer que se trata de materia libremente disponible por las partes[21]. En este sentido, ya se había pronunciado el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), en la Sentencia nº 776/2007, de 9 de julio, fundamento de Derecho tercero, cuando dice que: "el arbitraje es un medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados, lo que constitucionalmente lo vincula con la libertad como valor superior del Ordenamiento".Así, el arbitraje es un equivalente jurisdiccional, dotado con las garantías de un proceso judicial, en el que la Ley ha previsto un sistema objetivo para salvaguardar la imparcialidad y la independencia de los árbitros, que si no se respetara acarrearía la nulidad del laudo que se dictara (artículos 9, 17 y 41 LA; 13 LEC; 64 y siguientes RAC y 619 y siguientes CPC).

Lo que no puede tolerarse bajo ninguna circunstancia es que el arbitraje se utilice como una vía de escape a la legalidad y que quienes decidan acudir al arbitraje lo hagan con la intención de alargar el procedimiento, intentando que no se aplique el Derecho correspondiente o haciendo que el arbitraje se convierta en una especie de primera instancia o como un simple mecanismo de entorpecimiento del procedimiento judicial. Ante estas situaciones, las Cortes Arbitrales deberán intentar que las partes se pongan de acuerdo en el procedimiento, en primer lugar reconociendo la competencia de la Corte Arbitral, y luego la forma y el procedimiento que se ha de seguir, con el fin de que no haya dudas o se entorpezca el procedimiento teniendo que acudir otra vez a la jurisdicción, algo que en principio es contrario a la naturaleza propia de esta institución jurídica.

21 SÁNCHEZ CALERO, F., *La junta general en las sociedades de capital,* Thomson-Cívitas, Cizur Menor, 2007, pág. 428; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., "La arbitrabilidad de un Derecho estatutario de separación por "justa causa" en una Sociedad Anónima. En torno a la STC 9/2005, de 17 de enero de 2005", en *Revista Derecho de Sociedades,* nº 26, 2006-1, pág. 289; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., "XVI Tópicos anti-arbitrales y un modelo de convenio arbitral en estatutos", ob.cit., pág. 246.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

ÁLCÁZAR VILLALOBOS, JP., CAMPOS MORA, CA., *Derecho Indígena y Resolución Alterna de Conflictos*, Tesis de grado para optar por el título de Licenciados en Derecho, dir.M. Moreno Buján, UCR, 2009.

ALLOTI, V., "Clausola arbitrale statutaria", en *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale,* coord. L. Ponti, R. Torino, Vol. XXII, Società, T. I, UTET, Torino, 2005, págs. 379-412.

BARONA VILAR, S., "Arbitraje en España: a la búsqueda de un lugar adecuado en el marco de la justicia", en *Arbitraje y Justicia en el siglo XXI,* dir. S. BARONA VILAR, Thomson Cívitas, Estudios sobre Arbitraje, Pamplona, 2007, págs. 25-58.

BLANDINI, A., "La clausola compromissoria nell'arbitrato societario: sul vincolo della designazione degli arbitri a cura di soggetto estraneo", en *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto generale delle Obligazioni,* Anno CV, nº 7-8-9, Casa Editrice Dr. Francesco Vallardi, Bologna, 2007,págs. 585-612.

BOGGIO, L., « Quale disciplina per l'arbitrato irrituale statutario ? », en *Rivista di Diritto Societario,* nº 4/2007, G. Giappichelli Editore, Torino, 2007.

BOLAS ALFONSO, J., "La autonomía de la voluntad en la configuración de las Sociedades de Responsabilidad Limitada", en *Revista de Derecho Privado,* Editoriales de Derecho Reunidas S.A., Madrid, Febrero 2006, págs. 113-143.

BORIO, G., *L'arbitrato comérciale internazionale*, GiuffrèEditore, Milano, 2003.

BOTANA AGRA, M., "Acerca de la sumisión a arbitraje de la impugnación de acuerdos de sociedades anónimas", en *Derecho de los Negocios,* nº 100/1999, págs. 9-20.

CAMPO VILLEGAS, E., "El arbitraje en las sociedades mercantiles", en *Revista Jurídica de Catalunya,* nº 2, ANY XCVII, Ilustre Collegid'avocats de Barcelona, Acadèmia de Jurisprudència de Catalunya, Barcelona, 1998, págs. 313-349.

—, "Temas del arbitraje societario vistos por un notario", en *La Notaría. Especial Derecho Privado y Arbitraje. Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje,* nº 47-48, Collegi de Notaris de Catalunya, Barcelona, 2007, págs.13-56.

CARAZO LIÉBANA, M., *El arbitraje societario,* Editorial Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2005.

CARRERA GIRAL, J., CARRERA LÁZARO, E., *Ley de Sociedades Anónimas: Interpretación jurisprudencial,* Vol. II, 4ª ed., Editorial Bosch, Barcelona, 1991.

CENTRO DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA EN LÍNEA, Universidad de Costa Rica, Colegio de Abogados, *Informe de investigación CIJUL: Principios que rigen el arbitraje.*

CHILLÓN MEDINA, J., "Visión del arbitraje internacional: de la regulación unitaria a la consideración de un ordenamiento singular", en *Métodos Alternativos de Solución de Conflictos: Perspectiva Multidisciplinar,* dir.M.

CHIOMENTI, F., "La revoca delle deliberazioni assembleari", en *Saggi di diritto commerciale*, dir. G. Ferri, Dott. A. GiuffrèEditore, Milano, 1969.

GONZALO QUIROGA, M., *Métodos alternativos de solución de conflictos: perspectiva multidisciplinar,* Universidad Rey Juan Carlos, Editorial Dykinson, Madrid, 2006, págs. 247-264.

COHEN, D., *Arbitrage et société,* Librairie Générale de droit et de jurisprudence, E.J.A., 1998, Paris.

CREMADES, B., "L'Espagne étrenne une nouvelle loi sur l'arbitrage", en *Revue de l'arbitrage,* 1989, págs. 189-213.

—, "El arbitraje societario", en *Revista de la Corte Española de Arbitraje,* Consejo Superior de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de España, Madrid, 2000-2001, págs.13-38.

CUCARELLA GALIANA, L., *El procedimiento arbitral (Ley 60/2003, 23 diciembre, de arbitraje),* Publicaciones del Real Colegio de España Bolonia, StudiaAlbornotiana, dir. E. Verdera y Tuells, LXXXVII, Zaragoza, 2004.

DAMIÁN MORENO, J., ARIZA COLMENAREJO, M., *Impugnación de Acuerdos de Sociedades Anónimas (adaptado a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil),* nº 46, Editorial Colex, Madrid, 2000.

FERNÁNDEZ DEL POZO, L., "XVI Tópicos anti-arbitrales y un modelo de convenio arbitral en estatutos", en *Revista de Derecho de Sociedades*, nº 24, Editorial Aranzadi, Navarra, 2005, págs. 239-255.

—, "La arbitrabilidad de un Derecho estatutario de separación por "justa causa" en una Sociedad Anónima. En torno a la STC 9/2005, de 17 de enero de 2005", en *Revista Derecho de Sociedades,* nº 26, 2006-1, págs. 269-309.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, A., "El Reglamento de Arbitraje Comercial Internacional del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica", en *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, nº3/2011, pp. 797-811.

FERNÁNDEZ-ROZAS, JC., BENEYTO, JM, STAMPA, G., VERDERA, E., *Jurisprudencia española de arbitraje. 60 años de aplicación de arbitraje en España,* MI RODRÍGUEZ ROBLERO (coord.), Thomson-Reuters Aranzadi, Navarrra, 2013.

GALLEGO SÁNCHEZ, E., "Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad", en *Revista de Derecho de Sociedades,* nº 32, Thomson Reuters, 2009, págs. 43-77.

GASPAR LERA, S., *El ámbito de aplicación del arbitraje,* Editorial Aranzadi, Pamplona, 1998.

GONZALO QUIROGA, M., "Situación actual del arbitraje en España como método alternativo de solución de conflictos", dir. M. GONZALO QUIROGA, Universidad Rey Juan Carlos, Editorial Dykinson, Madrid, 2006, págs. 207-234.

GUASP, J., *El arbitraje en el derecho español. Su nueva regulación conforme a la Ley de 22 de diciembre de 1953,* Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1956.

HINOJOSA SEGOVIA, R., "La nueva Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre): consideraciones generales", en *La nueva Ley de arbitraje,* Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, págs. 297-364.

LIBERIO, C., "Delibera di acquisto di azioni proprie: poteri cautelari di sospensione

e possibilità di recesso del socio", en http://www.juidicium.it/news/ ins_19_01_06/Liberio%20proc.%20soc.html, 19 enero 2006, [fecha de consulta 2 febrero 2007].

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.T., "Impugnación de acuerdos de las Juntas Generales de las Sociedades Anónimas y arbitraje (STS 18 de abril de 1998)", en *Revista de Sociedades,* nº 11, 1999, págs. 335-362.

MERCHÁN ÁLVAREZ, A., *El Arbitraje. Estudio histórico jurídico,* Universidad de Sevilla, Sevilla, 1981.

MUÑOZ PLANAS, JM., "Algunos Problemas del arbitraje en materia de Sociedades Mercantiles", en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje a Rodrigo Uría*, Madrid, 1978, págs 380-495.

MUÑOZ PLANAS, J., MUÑOZ PAREDES, J., "Impugnación de acuerdos de Junta General mediante Arbitraje", Capítulo 63, en *Derecho de Sociedades: Libro en Homenaje a Fernando Sánchez Calero,* Volumen II, Mc Graw Hill, Madrid 2002, págs.1977-2029.

OLAIZOLA MARTÍNEZ, F., "El arbitraje societario en los tiempos de la globalización", en *Anuario de Justicia Alternativa. Derecho Arbitral,* nº 7/2006, Tribunal Arbitral de Barcelona, J.M. Bosch Editor, Barcelona, págs. 9-65.

OLIVENCIA RUIZ, M., *Arbitraje: una justicia alternativa. (Una visión histórica desde la nueva ley). Una contribución con motivo del XXV Aniversario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba,* Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 2006.

PETRAZZINI, B., "Delle modificazioni dello statuto", en *Il nuovo diritto societario: d.lgs. 17 gennaio 2003, nº6, d.lgs. 17 gennio 2003, nº5, d.lgs. 11 aprile 2002, nº61,* dir. G. Cottino y otros, ZanichelliEditore, Bologna, 2004.

PERALES VISCASILLAS, P., *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral, Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario,* Thomson Aranzadi, Navarra, 2005.

RODRÍGUEZ ROBLERO, M.I, *Impugnación de Acuerdos Sociales y Arbitraje*, Editorial Bosch, Barcelona, 2010.

—,"El Arbitraje Societario en la nueva Ley de Arbitraje 11/2011, de 20 de mayo, de reforma a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado", en *Revista Derecho de Sociedades,* nº 37/2011, Editorial Aranzadi, pp. 103-118.

—,*"Comentario de* Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Vigésimo primera) nº 457/2009, de 1 de octubre de 2009 (*Ñabe S.L. Menuce S.A y Saecan S.A.*)", en *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, Vol. III, 2010 (2), Iprolex, pp. 594-596.

—, *"*Comentario del Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Vigésimo octava) nº 45/2010, de 22 de marzo de 2010 (*Business ProcessOutsourcing, S.L. y Global Sales solutions Line, S.L. / Howard Management, S.L .y BPO SolutionsSpain, S.L.*)", en *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, Vol. IV, 2011 (2), Iprolex, pp. 553-561.

—, *"*Comentario deSentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Primera)

nº 614, de 19 de octubre de 2010 (*Ibérica Marítima Barcelona, S.A. e Ibérica Marítima Tarragona, S.A. / Ibérica TankerChartering, S.L.*)", en *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, Vol. IV, 2011 (2), Iprolex, pp. 575-580.

SÁNCHEZ CALERO, F., *La junta general en las sociedades de capital,* Thomson-Cívitas, Cizur Menor, 2007.

SÁNCHEZ DE LA TORRE, A., "El origen del arbitraje: una hipótesis", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense,* nº 73, curso 1987-1988, dir. E. Verdera Y Tuells, Madrid, 1988, págs. 353-375.

SANGIOVANNI, V., "Arbitrato societario, società di capitali e categorie di investitori", en, http://www.judicium.it, 28 de septiembre de 2007, [fecha de consulta 23 de octubre de 2007].

— "Le clausole compromissorie statutarie nel nuovo diritto societario italiano", en Foro Padano, II, Milano, 2005, págs. 2-28.

SASSANI, B., GUCCIARDI, B., "L'arbitrato societario", en http://www.judicium.it., 13 arbril 2007, [fecha de consulta 13 marzo 2008].

SIBAJA GUILLÉN, LE., "Comentarios sobre el acuerdo arbitral internacional en Costa Rica", en *Revista Judicial,* Costa Rica, nº99/2011.

VERDERA Y TUELLS, E., "La Ley 60/2003, de Arbitraje, y la modernización del arbitraje comercial en España", en *La nueva Ley de arbitraje,* Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, págs. 13-64.

VIERA GONZÁLEZ, J., "Derecho de Separación (SA Y SRL)", en *Diccionario de Derecho de Sociedades,* dir. C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006, pp. 490-504.

XIOL RÍOS, J., "El arbitraje y los Tribunales de justicia", en *La Notaría. Especial Derecho Privado y Arbitraje. Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje,* nº 47-48, Collegi de Notaris de Catalunya, Barcelona, 2007, págs. 71-83.

EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN EN MATERIA TRIBUTARIA Y SU PROTECCIÓN MULTINIVEL EN EL ESCENARIO EUROPEO, Y EN EL COSTARRICENSE.

Dr. Víctor Orozco Solano[1].

I. Introducción.

En términos generales, el propósito de estas notas es examinar el objeto y los alcances del principio de igualdad y de no discriminación en materia tributaria, tanto en el escenario europeo como en el costarricense, con el fin de determinar en qué medida la tutela jurisprudencial de este principio guarda o no algún grado de similitud en ambos sitios. En este orden de ideas, normalmente se ha entendido que el principio de no discriminación en materia tributaria puede ser visto desde dos perspectivas, una jurídica y otra política: en el primer caso, designa una paridad de posiciones que excluye cualquier privilegio de clase, raza o religión, teniendo en cuenta que los contribuyentes se encuentran en iguales circunstancias y ante el mismo régimen fiscal; en el segundo, supone la obligación de contribuir a las cargas públicas en igual medida, de acuerdo con la capacidad contributiva de cada persona. En el primer caso, de acuerdo con Víctor Uckmar, las exigencias del principio de igualdad se traducen en el principio de generalidad de la imposición[2].

Con el propósito anterior, en esta pequeña investigación será desarrollado el contenido del principio de no discriminación en materia tributaria y sus alcances en la jurisprudencia de los distintos Órganos Jurisdiccionales a los cuales se ha encomendado la protección de los derechos fundamentales en el ámbito europeo; es decir, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el marco de las competencias que han sido atribuidas por los Estados a la Unión (sea el derecho comunitario); el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a quien se ha encomendado la protección de los derechos reconocidos en el Convenio para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de Roma de 4 de noviembre de 1950, desde una perspectiva del derecho internacional y, finalmente, el Tribunal Constitucional Español, a quien se ha adscrito (entre otras cosas) el monopolio del rechazo sobre aquellas acciones y omisiones de las autoridades públicas que desconocen el texto de la Norma Fundamental, la interpretación última y privilegiada de las disposiciones constitucionales, así como la defensa de los derechos fundamentales mediante el recurso de amparo.

---

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

2 Véase Uckmar, V., Principios comunes del derecho constitucional tributario, Temis, Sociedad Anónima, Bogotá, 2002, pág. 59.

Pero los alcances del principio de no discriminación en materia tributaria no son exclusivos del escenario europeo. Por el contrario, si se revisa con detenimiento la jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de la República de Costa Rica es posible encontrar varios casos en los cuales el Tribunal Constitucional costarricense ha potenciado los alcances de este principio, así como de otros derechos y principios fundamentales que componen, de acuerdo con la Sala, la justicia constitucional tributaria, motivo por el cual deben ser observados de manera preceptiva por los operadores jurídicos en el ejercicio de sus atribuciones. Entre los elementos que en el sistema costarricense componen la justicia tributaria es posible mencionar, y sin ánimo de realizar una enumeración exhaustiva: el principio de generalidad, el principio de reserva de ley, el principio de capacidad económica y no-confiscatoriedad, así como el que ahora nos ocupa, el de no discriminación, el cual justamente constituye una concreción particular del principio de igualdad con respecto a la materia tributaria.

Con el fin de ilustrar los alcances del principio de no discriminación en materia tributaria, se han escogido varios casos emblemáticos de cada uno de los tribunales aludidos, pero sin ánimo de realizar una revisión exhaustiva de toda su jurisprudencia, lo que excede los límites propios de un trabajo de este tipo. Lo anterior también nos obliga a repasar, aunque de manera breve, el objeto y los alcances del principio de igualdad, del cual el principio de no discriminación en materia tributaria constituye un caso particular de aplicación. No se trata por ello de agotar todos los casos o los supuestos en los cuales se ha perfilado los alcances del principio aludido, sino potenciar algunos ejemplos que sirvan para identificar algunos rasgos similares en la manera en que los tribunales conocen ese tipo de asuntos, todo lo cual se hará a continuación.

II. El objeto y los alcances del principio de igualdad y de no-discriminación: el caso particular de la materia tributaria.

Como se puede suponer, el principio de igualdad ha sido proclamado en diversos instrumentos jurídicos, entre ellos, en el artículo 14 del Convenio para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de Roma de 4 de noviembre de 1950, en el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en el artículo 14 de la Constitución Española de 1978, así como en el artículo 33 de la Constitución Política de la República de Costa Rica de 1949, aunque de manera diversa. Sin embargo, en todos esos casos, se ha aludido a aquellas situaciones y supuestos en los cuales se debe conferir el mismo trato frente a situaciones idénticas o similares, así como uno diferenciado con respecto a casos distintos. Pero también se traduce el principio de igualdad en la proscripción de cualquier tratamiento discriminatorio con respecto a una persona o grupo de individuos, los cuales han sido despojados de su dignidad personal, tras ser utilizados como "*meros instrumentos*" para la consecución de determinados objetivos a partir de esa distinción.

Ahora bien, desde un punto de vista lógico, Pérez Luño sostiene que el concepto de igualdad designa la coincidencia o la equivalencia parcial entre seres diferentes,

motivo por el cual debe ser distinguido de la identidad, que entraña semejanza absoluta de un ente consigo mismo, y de la semejanza, que se refiere a la mera afinidad o aproximación entre dos entes. En este orden de ideas, la dimensión lógica de la igualdad se desglosa en tres características:

- *la primera*, una noción que exige partir, de manera constitutiva, de una pluralidad de personas, objetos o situaciones, razón por la que se alude siempre a dos o más entes entre los cuales se pone de relieve la condición de ser iguales[3];
- *la segunda*, una dimensión relacional, que se explicita en las relaciones bilaterales o multilaterales;
- *la tercera*, una relación de igualdad que se hace manifiesta justamente en la comparación de los entes entre los cuales se predica[4].

Sobre los alcances del principio de igualdad, la doctrina ha advertido acerca de la evolución histórica que ha tenido, desde una concepción original en la cual lo que se pretendía era suprimir la sociedad estamental (en que cada grupo social poseía un estatuto jurídico distinto: nobles, militares, clérigos y comerciantes), hasta el sentido que adquirió en el siglo XX, no sólo de igualdad ante la ley, sino más bien de perseguir otro tipo de igualdades como la social y la económica[5], al invertir el esquema y los postulados clásicos del principio, a través de los mecanismos de discriminación positiva.

De esta forma, en este desarrollo histórico del principio de igualdad es posible distinguir dos vertientes que engloban los alcances de su contenido, sea: una perspectiva formal y que se traduce en la exigencia de igualdad ante la ley, y otra material, que permite conceder un tratamiento diferenciado a ciertos individuos menos privilegiados para lograr su equiparación con otras personas. Se trata entonces de conceder ciertas ventajas u oportunidades ha determinados grupos o personas que de otra manera quedarían relegados a partir de la concepción formal del principio de igualdad.

Así, y de acuerdo con Pérez Luño, la vertiente formal del principio de igualdad tiene a su vez cuatro postulados básicos:

- la igualdad ante la ley como exigencia de generalidad: motivo por el cual todos los ciudadanos deben ser regidos por las mismas disposiciones jurídicas, e idénticas para todos;
- la igualdad ante la ley como exigencia de equiparación: en cuya razón se debe conceder el mismo trato a ciertas circunstancias o situaciones que, si bien no son coincidentes, sus diferencias no son irrelevantes para el disfrute o el ejercicio de determinados derechos

3 Sobre el particular, Francisco Rubio Llorente ha comentado: *"el segundo término de nuestra expresión, la igualdad, designa un concepto relacional, no una cualidad de una persona, de un objeto (material o ideal), o de una situación, cuya existencia pueda ser afirmada o negada como descripción de esa realidad aisladamente considerada; es siempre una relación que se da al menos entre dos personas, objetos o situaciones. Es siempre resultado de un juicio que recae sobre pluralidad de elementos (en el caso límite, al menos una dualidad), los términos de la comparación, entre los cuales debe existir al mismo tiempo alguna diversidad, aunque sólo sea espacial y/o temporal, pues de otro modo, como es obvio, no cabría hablar de pluralidad. La diferencia, al menos numérica, entre los elementos comparados es condición de posibilidad del juicio de igualdad"*. Véase Rubio Llorente, F., La forma del poder. Estudios sobre la Constitución, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pág. 608.

4 Véase Pérez Luño, A. E., Dimensiones de la Igualdad, Madrid, Dykinson, 2007, págs. 18-19.

fundamentales, a partir de las mismas disposiciones jurídicas;

- la igualdad ante la ley como exigencia de diferenciación, que se traduce en la obligación de conceder un tratamiento distinto a aquellos casos que ciertamente son distintos; de lo que se trata, según el mismo autor, es de evitar el uniformismo (es decir, en implementar una exigencia de igualación con respecto a casos diferentes) y,
- la igualdad ante la ley como exigencia de regularidad del procedimiento, que se refiere a exigencias estructurales y que afecta determinadas condiciones o cualidades que deben aparecer en el proceso de formación de las leyes. De lo que se trata en este marco es de asegurar o implementar una garantía de regularidad en los procedimientos de aplicación de las normas[6].

Por su lado, en lo que atañe a la vertiente material del principio de igualdad, y al establecimiento de medidas de discriminación positiva para lograr la equiparación real de ciertos grupos, Marc Carrillo menciona como ejemplo la Ley francesa No. 59-569, de 8 de julio de 1999, de igualdad entre hombre y mujer, que sin duda constituye un caso relevante en el establecimiento de cuotas para el acceso a la representación política, que exigió incluso una reforma a la Constitución Política de la República Francesa de 1958, tras la decisión tomada por el Consejo Constitucional No. 98-407 de 14 de enero de 1999, que declaró inconstitucional la paridad de sexos contenida en la Ley relativa a la forma de elección de los consejeros regionales y de los consejeros de la Asamblea de Córcega y de funcionamiento de los Consejos regionales[7].

Cabe mencionar que el principio de igualdad también ha sido enunciado como uno de

5 Ver Díez-Picazo, L. M., Sistema de Derechos Fundamentales, Tercera Edición, sede Derechos Fundamentales y Libertades Públicas, Thomson-Cívitas, 2008, Madrid, págs. 196-197.

6 Véase Pérez Luño, A. E., Dimensiones de la Igualdad, op. cit., págs. 22-36.

7 Ver Carrillo, M., Coutas e Igualdad por razón de sexo: una reforma constitucional y un caso singular, en Estudios de Derecho Constitucional, Homenaje al Profesor Dr. D. Joaquín García Morillo, Coordinador Luis López Guerra, Tirant lo blanch, Valencia, 2001, pág. 164-165. Otro caso interesante en materia de discriminación positiva sin duda lo constituye la decisión adoptada por el Tribunal de Justicia el 17 de octubre de 1995, en el asunto Eckhard Kalanke contra Freie Hansestadt Bremen, en la cual se consideró: "*Pues bien, una normativa nacional que garantiza la preferencia absoluta e incondicional de las mujeres en un nombramiento o promoción va más allá de una medida de fomento de la igualdad de trato y sobrepasa los límites de la excepción establecida en el apartado 4 del artículo 2 de la Directiva. 23 Además, procede añadir que un sistema de dicha naturaleza, en la medida en que pretende establecer una igualdad de representación de la mujer en relación con el hombre en todos los grados y niveles de un servicio, sustituye la promoción de la igualdad de oportunidades contemplada en el apartado 4 del artículo 2 por su resultado, que sólo podría alcanzarse a través de la aplicación de dicha igualdad de oportunidades. 24 Por consiguiente, procede responder al órgano jurisdiccional nacional que los apartados 1 y 4 del artículo 2 de la Directiva se oponen a una normativa nacional que, como sucede en el presente asunto, en caso de candidatos de distinto sexo que concurren a una promoción con la misma capacitación, concede automáticamente preferencia a las candidatas femeninas en los sectores en los que las mujeres están infrarrepresentadas, considerando que existe infrarrepresentación cuando las mujeres no cubren al menos la mitad de los puestos en cada uno de los grados de la categoría de personal de que se trate y sucede lo mismo en todos los niveles de función previstos en el organigrama*."

los valores superiores del ordenamiento jurídico, cuyo punto de partida siempre es la Constitución. De ahí justamente que el Tribunal Constitucional Español lo haya catalogado en su decisión No. 9/1981 como uno de los valores que la Constitución proclama, dirigido a ordenar la convivencia y a informar al ordenamiento jurídico, ejerciendo sobre él una función interpretativa[8]. De este modo, Díaz Revorio considera "*rechazable cualquier intento de negar el carácter de "valor superior" a la libertad, la justicia, la igualdad o el pluralismo político; no parece admisible basarse en el supuesto significado o naturaleza de alguno de estos conceptos para excluir una calificación que deriva de la propia Constitución[9]".*

En este orden de ideas, y en lo que toca en concreto al principio de no discriminación, Santamaría Arinas ha comentado que su lucha encuentra *"fundamento en el principio de igualdad ante la Ley que ha sido siempre uno de los postulados básicos del constitucionalismo y cuyo bien jurídico protegido es la idéntica dignidad de todos los miembros del cuerpo político"*[10]. Por su lado, Francisco Fernández Segado, al comentar los alcances del artículo 14 de la Convenio para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de Roma de 4 de noviembre de 1950, ha señalado que "*no impide una diferencia de trato si ésta se basa en una apreciación objetiva de circunstancias de hecho esencialmente diferentes y si, inspirándose en el interés público, vela por un justo equilibrio entre la salvaguarda de los intereses de la comunidad y el respeto y de los derechos y libertades garantizados por el Convenio"*[11]. Así, una situación discriminatoria se produce cuando se realiza la distinción entre dos individuos de manera arbitraria, al punto que se ha desconocido la dignidad de la persona afectada.

De modo que el principio de igualdad puede ser concebido no sólo como un derecho individual de cada persona a exigir el mismo tratamiento con respecto a situaciones análogas (evitándose cualquier tipo de discriminación de toda clase), sino también impone con respecto al legislador la prohibición de establecer diferencias normativas que puedan considerarse

8 Véase Cabellos Espiérrez, M. A., El principio de igualdad, en Manual de Derecho Constitucional, Aparicio Pérez M. A. y otra, Coordinadores, Atelier, Libros Jurídicos, pág. 656.

9 Véase Díaz Revorio, F. J., Valores Superiores e Interpretación Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, págs. 114-115.

10 Ver Santamaría Arinas, R., y otros, Convenio Europeo de Derechos Humanos, Comentario Sistemático, Lasagabaster Herrante, I., Director, Segunda Edición, Cívitas-Thomson Reuters, Pamplona, 2009, pág. 14.

11 Véase Fernández Segado, F., El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Revista Vasca de Administración Pública, 1989, número 25.

discriminatorias. En este orden de ideas, el Tribunal Constitucional Español, en su decisión No. 75/1983 de 3 de agosto de 1983, dispuso: "*resulta indispensable que exista una justificación objetiva y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, cuya exigencia deba aplicarse en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo estar presente por ello una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida, y dejando en definitiva al legislador con carácter general la apreciación de situaciones distintas que sea procedente diferenciar y tratar desigualmente, siempre que su acuerdo no vaya contra los derechos y libertades protegidos en los artículos 53.1 y 9.3 de la Constitución, ni sea irrazonada".*

Una exigencia similar se puede encontrar en el caso particular de la materia tributaria, motivo por el cual el legislador no puede introducir privilegios o desigualdades discriminatorias entre los que se encuentran en la misma situación de hecho. Pero ello no impide, sin embargo, la posibilidad de establecer distinciones acordes con el principio de igualdad cuando atiendan a fines lícitos, o cuando esas normas posean una estructura coherente, bajo la valoración del principio de proporcionalidad[12]. Lo anterior ha sido explicado por Miranda Pérez de la siguiente manera: "*el principio de igualdad fiscal exige la igualdad de tratamiento en la ley y en la aplicación de la ley a todos los sujetos contribuyentes sin introducir diferencias debidas a su situación personal o a las relaciones que existen entre ellos; los podemos comprender en sentido negativo, como la eliminación de discriminaciones en situaciones parecidas o equivalentes. En el plano normativo, se concreta en la obligación de regular de idéntico modo las situaciones de igualdad y de manera diferente las situaciones desiguales"*[13].

Sobre el particular, Mata Sierra insiste en que el principio de igualdad en el ámbito tributario impone al legislador la obligación de un mismo tratamiento con respecto a quienes permanecen en idéntica situación. En virtud de lo anterior se puede señalar que este principio se aplica con respecto a quienes tienen la condición de ciudadanos españoles, como a los residentes. De este modo y siguiendo a la misma autora, el enjuiciamiento de cualquier norma a la luz del principio de igualdad tiene como punto de partida, por una parte, que en la medida normativa cuestionada se haya introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas y, por otra, que las situaciones subjetivas que quieran compararse sean efectivamente homogéneas o equiparables entre sí, es decir, que el término de comparación no resulta arbitrario o caprichoso[14].

12 Ver Mata Sierra, M. T., El principio de igualdad tributaria, Aranzadi Thompson Reuters, 2009, pág. 72.
13 Véase Miranda Pérez, La no discriminación fiscal en los ámbitos internacional y comunitario, J. M. Bosch, M y México Universitario, Barcelona y Ciudad de México, 2005, pág. 173.
14 Ver Mata Sierra, M. T., El principio de igualdad tributaria, op. cit, págs. 72-74.

III. La protección multidimensional de los derechos fundamentales (y, en concreto, del principio de no discriminación en materia tributaria), en el escenario europeo.

En el escenario europeo actual, y por la actividad desarrollada tanto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y a lo interno de cada Estado, por los Tribunales Constitucionales en los lugares donde así se ha establecido, es innegable la existencia de una protección multidimensional de los derechos fundamentales y, en concreto, del principio de igualdad y de no discriminación en materia tributaria. Así, en lo que atañe al plano internacional (es decir al ámbito regional europeo), los derechos fundamentales han sido proclamados en el Convenio para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de Roma de 4 de noviembre de 1950, así como sus protocolos, los cuales a su vez son aplicados y protegidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Como se puede apreciar, la protección de los derechos fundamentales en el ámbito del Tribunal de Justicia de la Unión Europea requiere un poco más de desarrollo, lo cual también excede los propósitos de esta investigación. Inicialmente los tratados constitutivos de la unión europea no recogían catálogo alguno de derechos fundamentales, ni hacían referencia a la sujeción de las instituciones y a los agentes comunitarios. Esta laguna que se planteaba a finales de los años sesenta en el derecho comunitario con respecto a la tutela de los derechos fundamentales, y ante la presión ejercida por el Tribunal Constitucional Federal Alemán y la Corte de Constitucionalidad Italiana, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea asumió el compromiso, en palabras de Luis María Díez-Picazo, "*de que las instituciones y agentes comunitarios están obligados a respetar los derechos fundamentales de los particulares, tanto al aprobar normas, como al aplicar tales normas a casos concretos"*[15]. Por lo anterior, y en vista que los tratados constitutivos de la unión no contenían ninguna declaración de derechos, ni siquiera indirectamente, "*el Tribunal de Justicia reconoció los derechos fundamentales calificándolos de principios generales de derechos*[16]".

Un ejemplo de lo anterior sin duda es la sentencia adoptada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el mencionado asunto "*Internationale Handelsgesellschaft",* sentencia de 17 de diciembre de 1970 (supra- mencionada), en que se dijo: "*que la alegación de violaciones de los derechos fundamentales, tal como están formulados por la Constitución de un Estado miembro, o de los principios de una estructura constitucional nacional no puede afectar la validez de un acto de la Comunidad o a su efecto en el territorio de dicho Estado. 4. Considerando que, sin embargo, es preciso examinar si no se ha infringido ninguna garantía análoga, inherente al Derecho comunitario. que, en efecto, la observancia de los derechos fundamentales es parte integrante de los principios generales*

15 Ver Díez-Picazo, L. M., Sistema de Derechos Fundamentales, op. cit, pág. 180.
16 Sobre todo lo anterior véase Díez-Picazo, L. M., Sistema de Derechos Fundamentales, op. cit, pág. 180.

del derecho, cuyo respeto garantiza este Tribunal de Justicia; que la salvaguardia de dichos derechos, aunque se inspire en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, debe ser garantizada en el marco de la estructura y de los objetivos de la Comunidad; que procede, pues, examinar a la luz de las dudas manifestadas por el Verwaltungsgericht si el régimen de garantías habría menoscabado los derechos fundamentales cuyo respeto debe garantizarse en el ordenamiento jurídico comunitario"[17].

Esa construcción jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea con posterioridad fue oficializada, otorgándole el valor de norma de derecho comunitario primario en el Tratado de Maastricht de 1992, en cuyo artículo 6.2 se dispuso: "*La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan 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, y tal y como resultan de las tradiciones comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario"*[18]. Lo anterior por los problemas que se suscitaban ante la falta de reconocimiento de derecho positivo del valor de los derechos fundamentales en el ámbito del derecho comunitario. Además, en el Tratado de Lisboa, se ha dado una nueva redacción al artículo 6 del TUE, el cual ha quedado como sigue:

> "***Artículo 6.-*** *La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados.*
> *Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados.*
> *Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones.*"

De esta forma, en la mencionada disposición la unión reconoce los derechos que han sido proclamados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007.

Ahora bien, en lo que atañe a la protección de los derechos fundamentales a lo interno del territorio español, el artículo 53.2 de la Constitución le adscribe al Tribunal Constitucional la competencia para conocer de los amparos constitucionales, por el se protegen las libertades y los derechos reconocidos en el artículo 14 y en la Sección primera del Capítulo II de esa Norma Fundamental, más la objeción de conciencia consagrada en el artículo 30 ídem. Sobre el particular, la doctrina española ha considerado que el recurso de amparo tiene

17 En términos similares pueden ser mencionados los siguientes pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea STJ Stauder de 12 de noviembre de 1969 y Nold de 14 de mayo de 1974.
18 Ver Díez-Picazo, L. M., Sistema de Derechos Fundamentales, op. cit, pág. 182.

3 funciones capitales en ese ordenamiento: de instrumento de protección de los derechos y libertades señalados por la Constitución; como medio de control sobre la aplicación de los preceptos constitucionales por parte de los Jueces y Magistrados y; la última, para determinar mediante la interpretación el alcance y significado de las normas constitucionales[19].

De lo anterior se ha entendido que el recurso de amparo en el ordenamiento español tiene un carácter híbrido, pues tiene por fin no sólo la protección particular y subjetiva del derecho fundamental menoscabado, sino también la defensa objetiva de la Constitución[20]. Esta vertiente ha sido reforzada con la aprobación de la reforma a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (aprobada por LO 6/2007 de 24/5), según la cual el recurrente debe justificar la especial trascendencia de la demanda para que sea admitida.

Una vez efectuados algunos comentarios sobre la manera en que los derechos fundamentales son protegidos tanto en el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, así como ante el Tribunal Constitucional Español (y, en suma, sobre la tutela multidimensional de estos derechos en el ámbito europeo), a continuación serán analizados los criterios sostenidos por esos Órganos Jurisdiccionales con respecto al principio de no discriminación en materia tributaria, tratándose de determinar algunos rasgos similares. Con ese propósito, se han escogido algunos casos emblemáticos que ha resuelto cada Tribunal sobre la materia que nos ocupa, sin ánimo de hacer una revisión exhaustiva de ellos, pero procurándose distinguir las líneas jurisprudenciales que ha sentado cada uno.

1. En el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Como se ha expuesto con anterioridad, el principio de no discriminación en materia tributaria se infiere con toda claridad del artículo 14 del Convenio para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de Roma de 4 de noviembre de 1950, así como en el artículo 1º del Protocolo No. 12, los cuales a su vez son aplicados y protegidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Este órgano jurisdiccional ha dictado algunas sentencias muy relevantes en la protección del principio de no discriminación en materia tributaria. Una de ellas, de acuerdo con Martínez Muñoz, es la sentencia dictada en el caso *Darby contra Suecia,* en que se discutía la existencia de una situación discriminatoria por motivos de residencia. Así, en este caso el recurrente, quien era un trabajador finlandés que laboraba en Suecia sin poseer residencia, se vio obligado a pagar el impuesto eclesial a la Iglesia Luterana en virtud de una modificación legal, pese a que nunca ha pertenecido a ella. Pues bien, en esta decisión el Tribunal Europeo de Derechos Humanos le dio la razón al actor, al considerarse que no había ninguna razón legítima que justificara ese trato diferenciado con respecto a los no miembros de esa

19 Ver García Morillo J. y otros, Derecho Constitucional, Séptima Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, págs. 502-503.
20 Véase González-Trevijano Sánchez, P. J., El Tribunal Constitucional, Aranzadi, Sociedad Anónima, Navarra, España, 2000, pág. 121.

Iglesia que son residentes en Suecia, motivo por el cual no debía pagar la tributación[21].

Por su lado, en el caso *Van Raalte contra Holanda*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos valoró si la existencia de una discriminación por motivos de género en el ámbito tributario estaba justificada o no. En este orden, el actor era un ciudadano holandés soltero y sin hijos que debía pagar determinadas cotizaciones por prestaciones familiares, mientras que las mujeres (en similares condiciones) se encontraban exentas de la tributación. En este caso, el Tribunal concluyó que no existía ninguna situación objetiva que justificase la obligación del actor, y consideró vulnerados los alcances del derecho protegido en el artículo 14 del Convenio.

Un fallo especialmente controvertido ha sido el adoptado por el Tribunal en el asunto *Galeotti Ottieri della Ciaja contra Italia,* en el cual se concluyó acerca de la inexistencia de vulneración de las disposiciones del Convenio, pese a los alcances del principio de capacidad económica, que obliga a los Estados a tener en consideración la renta de los individuos para establecer mecanismos progresivos de tributación. En este caso, sin embargo, "*de acuerdo con la normativa reguladora de este Impuesto, el tipo de gravamen se determinaba tomando en consideración la herencia como un todo y sin atender a la participación de cada heredero en la misma, por lo que, en consecuencia, se primaba a aquellos que obtenían la herencia en calidad de único heredero sobre los que compartían una masa hereditaria considerable*"[22]. De esta manera, al valorar la normativa cuestionada frente a los alcances del derecho proclamado en el artículo 14 ídem, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos determinó que no era arbitraria, y que más bien podía ser concebida dentro del margen de apreciación que goza cada Estado para someter a más tributación las herencias de mayor contenido económico[23].

Es claro que en las decisiones aludidas el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado cual es el contenido esencial del principio de no discriminación en materia tributaria, pero fuertemente matizado con el criterio del margen de apreciación que ciertamente le ha permitido al Tribunal de Estrasburgo admitir ciertas situaciones en las cuales claramente se han soslayado los alcances este principio, como lo es en el asunto *Galeotti Ottieri della Ciaja contra Italia,* en el cual se ha conferido el mismo tratamiento respecto de situaciones completamente distintas, al pretender

21 Véase Martínez Muñoz, Y., La aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos en materia tributaria: Un análisis jurisprudencial, Aranzadi, 2002, Navarra, pág. 126.

22 Véase Martínez Muñoz, Y., La aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos en materia tributaria: Un análisis jurisprudencial, op. cit., pág. 124.

23 Sobre la decisión emitida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *Galeotti Ottieri della Ciaja contra Italia*, Martínez Muñoz ha considerado que *"la medida estatal adoptada no es el medio adecuado para conseguir dicho fin, puesto que se convierte en una manera de someter a tributación de una forma diferente a contribuyentes que poseen la misma capacidad económica.(…), la progresividad del Impuesto debe ir referida a cada heredero en concreto y no a la herencia en su totalidad que, por otro lado, no es el sujeto pasivo*". Ver Martínez Muñoz, Y., La aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos en materia tributaria: Un análisis jurisprudencial, op. cit., pág. 124.

calcular el monto que debe pagar cada heredero con el de la herencia total, no así por el que le corresponde a cada uno.

De ahí que en esa decisión el Tribunal Europeo de Derechos Humanos debió prescindir del aludido criterio del margen de apreciación y conceder a cada individuo un tratamiento acorde con su capacidad económica, para determinar el monto que debía pagar cada uno por concepto de impuestos, al percibir la herencia aludida. Lo anterior, sin embargo, no ha sido realizado por el Tribunal, motivo por el cual ha admitido un tratamiento discriminatorio por parte del Gobierno italiano a cada uno de ellos, contrario a su dignidad personal.

2. En el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Pero en el ámbito del derecho comunitario, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha emitido muchas sentencias en las cuales claramente ha desarrollado los alcances del principio de no discriminación en materia tributaria (actualmente proclamado en los artículos 110 a 113 del Tratado de Lisboa), de las cuales en esta oportunidad se comentarán algunos casos relevantes. Uno de ellos sin duda alguna es el asunto CJ-562/07, en el cual se declaró que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 56 CE y 40 del Acuerdo sobre el Estado Económico Europeo, de 2 de mayo de 1992, al tratar de forma diferente, hasta el 31 de diciembre de 2006, las ganancias patrimoniales obtenidas en España según que los sujetos pasivos fuesen residentes o no residentes.

En esta decisión, el Tribunal de Justicia señaló que si bien en materia de impuestos directos, la situación de los residentes y de los no residentes en un Estado no son comparables, y el hecho de que un Estado miembro no permita a un no residente acogerse a determinadas ventajas fiscales que concede a un residente no es, por regla general, discriminatorio, es distinto el caso de la tributación de las ganancias patrimoniales resultantes de la transmisión de bienes que hayan permanecido en el patrimonio del contribuyente durante más de un año, en la cual la circunstancia de ser residente o no incide sobre la aplicación de la normativa tributaria, la cual sin embargo establece una distinción que para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea es ilegítima y así lo declara.

En otro caso (el asunto C-540/07) el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declaró que la República Italiana ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 56 CE, apartado 1, al someter a los dividendos distribuidos a sociedades domiciliadas en otros Estados miembros a un régimen fiscal menos favorable que el aplicado a los dividendos distribuidos a sociedades residentes, con menoscabo del principio de no discriminación en materia tributaria. De otro lado, en la sentencia de 11 de octubre de 2007, dictada en el asunto *Erika Waltraud Ilse Hollmann contra Fazenda Pública*, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea señaló, en términos similares a la decisión anterior, que el artículo 56 CE debe interpretarse en el sentido que se opone a una normativa nacional que, como la controvertida en ese litigio, somete a las plusvalías resultantes de la cesión de un bien inmueble situado en un Estado miembro, en ese caso, Portugal, por uno residente en otro Estado miembro a una carga fiscal superior a la aplicada por este mismo tipo de

operación a las plusvalías obtenidas por un residente en el Estado en el que está situado el inmueble[24].

Es claro que en todas las decisiones anteriores el Tribunal de Justicia ha declarado incompatibles frente al derecho de la unión todas aquellas disposiciones que establecen una distinción injustificada en el ejercicio de la obligación tributaria entre dos o más situaciones que son equiparables. De modo que en estos casos, dicho Órgano Jurisdiccional ha desarrollado el principio de igualdad y de no discriminación en materia tributaria, en términos bastante similares a como lo ha efectuado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En este sentido, la única diferencia que ha sido encontrada entre ambos desarrollos jurisprudenciales consiste en la inexistencia, por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, del criterio del margen de apreciación de los Estados para relativizar los alcances del aludido principio. En efecto, en el marco del derecho tributario y de los principios que lo informan, ha sido la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea la que lo ha potenciado en todos sus extremos, con el fin de facilitar los procesos de integración entre los países miembros de la unión.

Esta finalidad, sin embargo, no informa la actividad del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (a quien se ha encargado del Convenio para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de Roma de 4 de noviembre de 1950), el cual como se sabe rige en 47 países con culturas muy distintas, en un escenario relativamente pequeño de territorio como lo es el continente europeo, en la que el TEDH se ha servido del criterio del margen de apreciación para adaptar y ponderar el contenido de los derechos proclamados en el Convenio frente a la realidad de los Estados miembros. Ello hace que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos frente al principio de no discriminación en materia tributaria sea casuística y que relativice sus alcances para no generar profundas distorsiones a lo interno de los Estados que han suscrito el Convenio para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, como se dio en el asunto *Galeotti Ottieri della Ciaja contra Italia,* en el cual lo que se pretendía era

24 En este sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea decidió: "*De lo anterior se deriva que, conforme a las disposiciones pertinentes del CIRS, la base imponible correspondiente a las plusvalías obtenidas no es la misma para los residentes y para los no residentes. En el supuesto de obtención de plusvalías por la venta de un mismo inmueble situado en Portugal, pesa sobre los no residentes una carga fiscal superior que la que se aplica a los residentes, de tal modo que la situación en que se encuentran los primeros es menos favorable que la de estos últimos. 38. En efecto, mientras que para los no residentes se aplica un tipo del 25 % sobre la base imponible correspondiente a la totalidad de las plusvalías obtenidas, sólo se tiene en cuenta la mitad de dicha base en el caso de los residentes, lo que les permite disfrutar sistemáticamente de una carga fiscal inferior por este concepto, con independencia de cuál sea el tipo impositivo que se aplique a la totalidad de sus rendimientos, puesto que, conforme a las observaciones presentadas por el Gobierno portugués, la tributación de la renta de los residentes queda sujeta a una escala de tipos progresivos que prevé un escalón superior del 42 %. 39. Por consiguiente, una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal termina por hacer menos atractiva la transferencia de capitales para los no residentes, al disuadirlos de efectuar inversiones inmobiliarias en Portugal y, por lo tanto, otras operaciones relativas a estas inversiones, como la venta de inmuebles. 40. En consecuencia, debe declararse que la reducción al 50 % de la base imponible correspondiente a las plusvalías obtenidas por los sujetos pasivos residentes en Portugal, que no se aplica a los no residentes, supone una restricción a los movimientos de capitales prohibida por el artículo 56 CE*".

someter a tributación aquellas herencias más sustanciosas de acuerdo con el principio de progresividad[25], sin tener en consideración la capacidad económica de cada uno de los herederos.

Es claro que este tipo de circunstancias no son ponderadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea a la hora de valorar si en una determinada situación se ha vulnerado el principio de no discriminación, pues en lugar de valorar las circunstancias culturales de cada Estado, más bien tiene en consideración los objetivos propios de la integración, y de facilitar la libre circulación de personas, bienes y mercancías a lo interno de la unión, para potenciar los alcances del aludido principio.

3. En el Tribunal Constitucional Español.

Ahora bien, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español también es posible encontrar algunos casos en los cuales dicho Órgano Jurisdiccional ha desarrollado los alcances del principio de igualdad y de no discriminación en materia tributaria. En este sentido, el primer punto que debió enfrentar el Tribunal era la manera de resolver los amparos en que se reclama la vulneración de los principios proclamados en los artículos 14 y 31.1 del Texto Constitucional. Sobre el particular, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español ha distinguido entre el principio de igualdad ante la ley, proclamado en el artículo 14 constitucional, y el de igualdad tributaria, plasmado en el artículo 31.1 de la Constitución[26], considerándose que: "*son reflejo del valor superior consagrado en el artículo 1, pero no tienen la misma eficacia*"[27].

De esta manera, ha sostenido el Tribunal Constitucional Español que: "*mientras el derecho reconocido en el artículo 14 está tutelado por el recurso de amparo, por el contrario la protección de la igualdad como principio inspirador del sistema tributario reconocido en el artículo 31 no tiene cabida en el citado recurso. Ello obliga a diferenciar las violaciones específicas y autónomas del derecho a la igualdad ante la Ley reconocido en el artículo 14 de las que afecten a la igualdad y los restantes principios inspiradores del sistema tributario a que alude el artículo 31.1."; y* también: "*la vulneración del artículo 14 de la Constitución por la ley tributaria sólo se producirá, eventualmente, cuando arbitrariamente se establezcan discriminaciones entre contribuyentes entre los cuales no media ninguna razón objetiva de diferenciación. Lo que nos indica, en suma, a las que se refiere el artículo 14 y, de otro, las que contempla en el artículo 31.1 CE en relación con el principio de igualdad, basadas en razones objetivas atinentes a la renta o a los ingresos de los sujetos*"[28].De lo anterior no podemos concluir, de acuerdo con Mata Sierra, que el recurso de amparo no sea un instrumento eficaz para proteger el derecho de igualdad en materia tributaria, sino más bien se desprende la cautela del Tribunal Constitucional a la hora de utilizar el derecho consagrado por el artículo 14 de la Constitución Política para reclamar cualquier vulneración del principio de igualdad tributaria[29].

25 Ver Martínez Muñoz, Y., La aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos en materia tributaria: Un análisis jurisprudencial, op. cit., pág. 124.
26 Véase Mata Sierra, M. T., El principio de igualdad tributaria, op. cit, págs. 188-189.
27 Ver el auto del Tribunal Constitucional Español No. 97/1993 de 22 de marzo de 1993.
28 Véase el auto del Tribunal Constitucional Español No. 97/1993 de 22 de marzo de 1993.
29 Ver Mata Sierra, M. T., El principio de igualdad tributaria, op. cit, pág. 189.

Pero si se reconoce que el principio de igualdad y de no discriminación en materia tributaria constituye una concreción particular del valor y del principio general de igualdad, como se ha indicado desde el inicio de esta exposición, es evidente que toda infracción al primero puede ser estimada como una violación del segundo, justamente al encontrarse vinculados en una relación de género a especie. De modo que debería ser admitido por el Tribunal Constitucional cualquier recurso de amparo en que se alegue la lesión del principio de igualdad y de no discriminación en esta materia (siempre que verdaderamente suponga una vulneración de este tipo), justamente en cuanto puede constituir asimismo una infracción del derecho consagrado en el artículo 14 de la Constitución. Lógicamente, una vez que el recurso de amparo ha sido admitido por el Tribunal Constitucional para ser conocido por el fondo, debe entonces examinar si en esa situación particular se ha vulnerado o no el derecho aludido.

Lo contrario nos llevaría a considerar que este tipo de violaciones a derechos fundamentales no son objeto de protección por la vía del amparo, por encontrarse dentro de la Constitución alguna otra norma referida concretamente al principio aludido, fuera de los que son susceptibles del amparo constitucional. Esta tesis no nos parece aceptable, no sólo porque el derecho de igualdad disfruta desde una perspectiva formal de la condición de derecho fundamental, en tanto se puede plantear un recurso de amparo por la vía aludida, sino también por la mencionada relación entre el principio de igualdad en términos generales y de no discriminación en materia tributaria, de género a especie. De modo que el segundo constituye entonces una concreción del primero referido a la materia que ahora nos ocupa, que debería dar lugar a la admisión del amparo en cualquier caso. En todo caso, la vía siempre queda abierta en los casos de la cuestión o el recurso de inconstitucionalidad.

Ahora bien, en lo que toca al contenido del principio de igualdad y de no discriminación en materia tributaria, el Tribunal Constitucional Español ha admitido la posibilidad de brindar un tratamiento diferenciado, siempre que esta distinción esté provista de una justificación objetiva y razonable, pues de lo contrario se produce una discriminación al particular. En este orden de ideas, en la sentencia No. 209/1988 de 19 de noviembre el Tribunal señaló: "*las diversas normativas son conformes a la igualdad cuando cabe discernir en ellas una finalidad no contradictoria con la Constitución y cuando, además, las normas de las que la diferencia nace muestran una estructura coherente, en términos de razonable proporcionalidad, con el fin así perseguido. Tan contraria a la igualdad es, por lo tanto, la norma que diversifica por un mero voluntarismo selectivo como aquella otra que, atendiendo a la consecución de un fin legítimo, configura su supuesto de hecho, o las consecuencias jurídicas que se le imputan, en desproporción patente con aquel fin, o sin atención alguna a esa necesaria relación de proporcionalidad".*

Pues bien, una vez desarrollados los alcances del principio de igualdad y de no discriminación en materia tributaria, a continuación será expuesta la manera en que ha sido tratado por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica, en el ejercicio de su actividad jurisdiccional.

IV.- Los alcances del principio de no discriminación en la jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica.

Con anterioridad a la reforma parcial de la Constitución Política de la República de Costa Rica realizada en 1989, el artículo 10 constitucional le atribuía a la Corte Suprema de Justicia la facultad de declarar, por votación no menor de dos tercios del total de sus miembros, la inconstitucionalidad de las disposiciones del Poder Legislativo y de los Decretos del Poder Ejecutivo que vulneraban el Derecho de la Constitución, en tanto que encomendaba a la Jurisdicción ordinaria los juicios de inconstitucionalidad contra los demás actos del Poder Ejecutivo[30]. También se había atribuido a la Corte Suprema de Justicia la competencia para conocer de los hábeas corpus[31]. De otra parte, en el año 1950 fue dictada la Ley de Amparo, la cual (como se indicará más adelante) atribuía a los tribunales penales la competencia para conocer estos procesos en primera instancia, en tanto que los asuntos planteados contra los actos y las omisiones del Presidente de la República y de los Ministros debían ser conocidos por la Corte Suprema de Justicia, atribuyéndose con posterioridad esa competencia a la Sala Primera de Casación de la Corte[32].

Luego, por medio de la Ley No. 7128 de 18 de agosto de 1989, se reformaron los artículos 10, 48, 105 y 128 de la Constitución Política, y mediante la Ley No. 7135 de octubre de 1989 (la Ley de la Jurisdicción Constitucional) fueron derogadas la Ley de Hábeas Corpus de 1932, la Ley de Amparo de 1950 y los artículos 962 y 969 del Código de Procedimientos Civiles y el Capítulo IV del título IV del Nuevo Código Procesal Civil, en las cuales se regulaba el trámite de los procesos de hábeas corpus y de amparo, así como la acción de inconstitucionalidad[33], todo lo cual dio cabida a la instauración de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Así, en la actualidad la Ley de la Jurisdicción Constitucional regula la actuación de este órgano jurisdiccional; y son ocho los procedimientos que instaura o desarrolla, con el propósito de hacer valer la superioridad normativa de la Constitución. Tales son:

- el recurso de amparo contra sujetos de derecho público, y contra sujetos de derecho privado en una posición de poder: que tienen por fin garantizar el pleno goce de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución y en los Instrumentos Internacionales en Derechos Humanos aplicables en Costa Rica;

30 Véase Ortiz Ortiz, E., Justicia Administrativa Costarricense (Cuatro Estudios), Litografía e Imprenta Lil, Sociedad Anónima, San José, 1990, págs. 57-58.

31 Véase Hernández Valle, R., El recurso de amparo en Costa Rica, en el Derecho de amparo en el mundo, Coordinadores Fix-Zamudio, H., y Ferrer Mac-gregor, E., editado por la Universidad Nacional Autónoma de México, el Editorial Porrúa, Argentina y la Fundación Konrad –Adenauer- Stiftung, México, 2006, pág. 257.

32 Ver Hernández Valle, R., El recurso de amparo en Costa Rica, en el Derecho de amparo en el mundo, Coordinadores Fix-Zamudio, H., y Ferrer Mac-gregor, E., op. cit., pág. 257.

33 Véase Álvarez Molina, M., El Ámbito de Competencia de la Sala Constitucional de Costa Rica en materia de amparo: Límites y Alcances de la tutela efectiva de los derechos fundamentales frente a las competencias de la Jurisdicción ordinaria. Una visión jurídica práctica del problema, en La tutela de los Derechos Fundamentales en Costa Rica por medio del Recurso de Amparo (con jurisprudencia), Investigaciones Jurídicas, Sociedad Anónima, San José, 2007, pág. 135.

- el recurso de hábeas corpus: dedicado a la protección de la libertad personal;

- del derecho de rectificación o respuesta: creado con el propósito de salvaguardar el disfrute del derecho reconocido en el artículo 29 de la Constitución Política y 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el cual constituye una subespecie del recurso de amparo;

- la acción de inconstitucionalidad: mediante la cual se busca no sólo controlar la adecuación de las normas al Derecho de la Constitución, sino la omisión de las autoridades públicas con poder normativo que la violentan y, en general, de toda situación que no pueda ser reconducida a los procedimientos anteriores;

- la consulta legislativa facultativa o preceptiva de constitucionalidad: en virtud de los cuales la Sala formula una opinión consultiva previa en cuanto a la conformidad con el Derecho de la Constitución de los proyectos legislativos;

- la consulta judicial facultativa o preceptiva de constitucionalidad: aplicable (en el supuesto de la facultativa) cuando el juez tuviere dudas fundadas sobre la constitucionalidad de una norma o acto que deba aplicar, o de un acto, conducta u omisión que deba juzgar en un caso sometido a su conocimiento[34];

- los conflictos constitucionales: por medio de los cuales la Sala conoce los conflictos de competencia que pueden suscitarse entre los poderes constitucionales del Estado;

Así, mediante la substanciación de estos procesos, la Sala Constitucional determina la superioridad normativa de la Constitución y la adecuación de todos los actos al Derecho de la Constitución. Ahora bien, en lo que toca a la protección del principio de igualdad y de no discriminación en materia tributaria, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha dictado varias sentencias en las cuales claramente ha desarrollado el objeto y los alcances de este principio, así como de los otros que componen la justicia constitucional tributaria, entre ellos, los de generalidad, capacidad económica, no–confiscatoriedad, reserva de ley y el de prohibición de la doble imposición. Lo anterior, a partir de lo dispuesto en el artículo 18 de la Constitución Política de la República de Costa Rica que establece la obligación de los costarricenses de observar la Constitución y las leyes, servir a la patria, defenderla y contribuir para los gastos públicos[35].

De ahí que todos los costarricenses tienen la obligación de contribuir al pago de los gastos públicos. Este deber, sin embargo, no es ilimitado sino que está sujeto al cumplimiento de los principios que integran la justicia constitucional tributaria, los cuales

34 Artículo 102 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

35 Sobre el particular, en la sentencia No 4237-97 de 22 de julio, la Sala Constitucional señaló: "VIII).- El artículo 18 de la Constitución Política dispone que es obligación de los costarricenses contribuir para los gastos públicos, lo que significa que tal deber se cumple por medio de los tributos que el Estado establezca o autorice, según sea el caso y que en todo caso, deben fundamentarse en los principios generales del Derecho Tributario, que están implícitos en esa norma. Por ello se dice que el tributo debe ser justo, basado en la contribución de todos según su capacidad económica y debe responder a los principios de igualdad (analizado en los Considerandos anteriores) y progresividad. Este último principio responde a una aspiración de justicia, que se refleja en la máxima de que pague proporcionalmente más impuestos quienes cuentan como un mayor nivel de renta, lo que lleva implícito, desde luego, el principio de la interdicción del tributo confiscatorio."

se desprenden la interpretación armónica de los derechos protegidos en los artículos 11, 18, 33, 40 y 121 inciso 12) de la Constitución Política de la República de Costa Rica[36]. De este modo, y en el caso particular del principio que ahora nos ocupa, la Sala Constitucional en la sentencia transcrita supra (No. 4237-97) valoró la conformidad con el Derecho de la Constitución del trato que la Ley del Impuesto sobre la Renta brinda a los agentes de seguros, en relación con el principio de igualdad ante las cargas tributarias o de isonomía. En dicha sentencia, la Sala estimó fundada la posibilidad de establecer categorías o grupos de contribuyentes con base en parámetros objetivos, que permiten considerar al sujeto pasivo de la obligación tributaria parte de una generalidad (persona física o jurídica que realiza una actividad lucrativa, trabajador dependiente, jubilado o pensionado, etc.), con lo que se respeta el principio de igualdad dentro de cada categoría, dado que si éstas son determinables con base en parámetros definidos de modo imparcial, es, precisamente, porque existen circunstancias que justifican la diferenciación entre sujetos que obviamente no se encontraban en la misma situación. En dicha sentencia se dijo:

IX).- Dicho todo lo anterior, la Sala estima que el trato que la Ley del Impuesto Sobre la Renta le da a los agentes de seguros, no resulta ser inconstitucional, ni por violación del principio de igualdad, por no estar ellos en la misma situación de hecho de los demás empleados o funcionarios públicos; ni en cuanto al principio de igualdad frente a las cargas públicas, según lo que se ha venido diciendo y por ello, se impone declarar sin lugar la acción en todos sus extremos...**»**

En esta sentencia también se puso de manifiesto la imposibilidad de conferir el mismo trato a un particular que debe producir las rentas necesarias para el ejercicio de su actividad, cubrir todos los gastos que ésta acarrea, y asumir los riesgos propios de aquélla (que es el caso de quien se encuentra en la categoría de "*sujetos con actividades lucrativas*") que a los que obtienen las rentas por la prestación de sus servicios en forma dependiente, ya que éstos últimos no están en una situación igualitaria, en tanto todos los implementos necesarios para la producción de la renta no corren por su cuenta, sino por la del empleador, a lo cual debe agregarse el hecho de que en ambas situaciones, el

36 Los artículos 11, 18, 33, 40 y 121 inciso 12) de la Constitución Política de la República de Costa Rica, disponen:
"*Artículo 11.- Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad. Están obligados a cumplir los deberes que la ley les impone y no pueden arrogarse facultades no concedidas en ella. Deben prestar juramento de observar y cumplir esta Constitución y las leyes. La acción para exigirles la responsabilidad penal por sus actos es pública.*
La Administración Pública en sentido amplio, estará sometida a un procedimiento de evaluación de resultados y rendición de cuentas, con la consecuente responsabilidad personal para los funcionarios en el cumplimiento de sus deberes. La ley señalará los medios para que este control de resultados y rendición de cuentas opere como un sistema que cubra todas las instituciones públicas."
"*Artículo 18.- Los costarricenses deben observar la Constitución y las leyes, servir a la Patria, defenderla y contribuir para los gastos públicos*."
"*Artículo 33.- Toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana*."
"*Artículo 40.- Nadie será sometido a tratamientos crueles o degradantes ni a penas perpetuas, ni a la pena de confiscación. Toda declaración obtenida por medio de violencia será nula.*"
"*Artículo 121.- Además de las otras atribuciones que le confiere esta Constitución, corresponde exclusivamente a la Asamblea Legislativa:*
13) Establecer los impuestos y contribuciones nacionales, y autorizar los municipales;"

hecho generador del tributo se manifiesta de manera diferente, pues por un lado se gravan los ingresos del trabajo personal dependiente, la jubilación o la pensión, y por el otro, la actividad de personas físicas que realizan actividades lucrativas, por lo que no puede pretenderse su asimilación; y de allí que, resulta no sólo razonable, sino lo que más se ajusta al valor justicia que deriva de la Constitución, que a quien debe procurarse los medios para la producción de la renta, se le permita hacer las deducciones correspondientes.

Tales son, pues, los alcances del principio de igualdad de trato a los sujetos pasivos de la obligación tributaria o de isonomía, según los cuales el Legislador puede establecer distintas categorías tributarias de contribuyentes, siempre que se sustente en criterios objetivos para ello, y bajo la observancia del principio de generalidad, en cuya virtud no se puede imponer un deber tributario únicamente a un particular estrictamente considerado, sino a una generalidad de contribuyentes[37].

V. Conclusiones.

Pues bien, en este trabajo se ha desarrollado la manera en que el principio de igualdad y de no discriminación en materia tributaria ha sido protegido, tanto en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en el marco regional de las disposiciones del Convenio para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de Roma de 4 de noviembre de 1950), como por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en el ámbito del derecho comunitario) y por el Tribunal Constitucional Español, con respecto a las competencias que le han sido conferidas por la Constitución y las leyes procesales que regulan la actividad de este Órgano Jurisdiccional; lo anterior dentro de la tutela multidimensional o multinivel de los derechos fundamentales en el escenario europeo.

Así, en este trabajo se han escogido algunas sentencias de cada Tribunal, de las cuales se infiere las líneas escogidas por esos Órganos en el ejercicio de sus atribuciones. De este

37 A mayor abundamiento, en la sentencia No. 2197-92, de 11 de agosto de 1992, la Sala Constitucional señaló: *"III- Desde el punto de vista de la doctrina del Derecho Tributario, sus principios jurídicos más importantes son: a) el de legalidad de la tributación, conocido también, como reserva de ley; o lo que es lo mismo, la exclusiva regulación de la actividad tributaria por la ley formal; b) el principio de igualdad ante el impuesto y las cargas públicas, que alude a la necesidad de asegurar el mismo tratamiento a quienes se encuentren en análogas situaciones (concepto relacionado más con la materialidad, que con la formalidad); este principio permite la formación de distintas categorías, en la medida que éstas sean razonables, lo que a su vez exige que sea con total exclusión de discriminaciones arbitrarias; c) el de generalidad, que implica que no deben resultar afectadas con el tributo, personas o bienes determinados singularmente, pues en tal supuesto los tributos adquieren carácter persecutorio o de discriminación odiosa o ilegítima. Dicho en otra forma, el tributo debe estar concebido de tal forma, que cualquier persona, cuya situación coincida con la señalada como hecho generador, será sujeto del impuesto. Para el caso concreto no hay duda que el tributo fue autorizado por una ley y lo que procede es analizar si la diferenciación alegada por la accionante y que proviene de la ley de patentes referida, es razonable o si por el contrario, crea una discriminación arbitraria contra ella"*. En sentido similar sentencias número 0580-95, 2197-92, 5749-93 y 0633-94.

modo, en el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es particularmente relevante el criterio del margen de apreciación, que le ha permitido a este Tribunal matizar los alcances del principio aludido frente las circunstancias culturales del país en que se pretende aplicar el Convenio. Lo anterior, sin embargo, no ocurre en el marco del derecho comunitario ni en el ejercicio de las competencias que voluntariamente han sido cedidas por los Estados a la Unión. En este orden de ideas, bien se puede decir que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha perfilado con mayor profundidad los alcances del aludido principio, con el fin de facilitar los procesos de integración que se desarrollan en el continente (ahora reforzados con la entrada en vigencia del Tratado de Lisboa, el pasado 1 de diciembre de 2009), en que se persigue asegurar la libre circulación de personas, capitales, bienes y mercancías, motivo por el cual debe ser aplicado este principio por sobre cualquier otra normativa que impida la consecución de los fines aludidos, al conferirse respecto de varias situaciones una distinción desprovista de una justificación razonable.

Es claro entonces que ambos Tribunales no han desarrollado de la misma manera el principio aludido. En este sentido, tampoco lo ha realizado el Tribunal Constitucional Español, el cual a partir de lo dispuesto en los artículos 14 y 31 de la Constitución Española de 1978, ha inadmitido algunos recursos de amparo en los cuales se ha reclamado la vulneración de este derecho (expresamente previsto en el artículo 31 ídem), pese a que se trata en el fondo de una concreción particular del principio de igualdad, proclamado en el artículo 14 ídem. De modo que en todos los casos en que se discuta una afectación del principio de igualdad y de no discriminación en la materia que ahora nos ocupa, ello también se verifica con respecto al principio de igualdad en términos generales, motivo por el cual deberían ser admitidos esos asuntos por el Tribunal Constitucional, para que conozca sobre su posible afectación.

Pero estos comentarios jurisprudenciales han sido precedidos con un breve desarrollo doctrinal sobre el contenido y los alcances del principio de igualdad y de no discriminación en términos generales y también lo que supone con motivo de la materia tributaria. No es este el momento ni la ocasión para repetir lo expuesto brevemente con anterioridad, sino solamente insistir en el sentido que el derecho de igualdad en la actualidad comprende más situaciones que las originalmente concebidas como tales, a tal grado que es posible incluso introducir ciertas distinciones entre personas o grupos de individuos menos aventajados, para lograr su equiparación real con los demás. Se trata entonces de las conocidas técnicas de discriminación positiva, cuya compatibilidad con el Derecho de la Constitución no admite mayor objeción.

Finalmente, se ha expuesto en este trabajo la manera en que la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica ha desarrollado los alcances del principio de igualdad y de no discriminación en materia tributaria, así como de los demás principios que componen la justicia constitucional tributaria, a saber: los de generalidad, capacidad económica, no–confiscatoriedad, reserva de ley y el de prohibición de la doble imposición. También se puede concluir que, ante las amplísimas posibilidades que en el sistema costarricense disfruta todo particular para acudir ante la Justicia Constitucional, la Sala es el

Órgano que tiene mayores posibilidades de perfilar los alcances del principio aludido, en términos bastante extensos, si se compara con los anteriores.

Cabe preguntarse en razón de todo lo expuesto si, en primer lugar, el principio de igualdad y de no discriminación en materia tributaria constituye o no un derecho fundamental y, en segundo, si ha recibido tutela o protección jurisdiccional en el escenario europeo y en el costarricense. Por todo lo expuesto, una respuesta positiva se impone en ambos casos, aunque sea distinto el alcance con el cual ha sido desarrollado por cada uno de los tribunales.

ANÁLISIS DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO PAR CONDITIO CREDITORUM EN RELACIÓN CON LOS CRÉDITOS PRIVILEGIADOS

M.Sc. Jorge Jiménez Bolaños

Objetivos

OBJETIVO GENERAL

Analizar el concepto par conditio creditorum dentro del proceso concursal de acreedores.

OBJETIVOS ESPECIFICOS.

Analizar el concepto par conditio creditorum en relación con los créditos privilegiados en los procesos concursales insolvencia y quiebra.

Conocer la regulación jurídica que tienen los créditos privilegiados en el ordenamiento jurídico Costarricense haciendo una comparación con la legislación Española.

Metodología

Método cualitativo –descriptivo.
Análisis de legislación y jurisprudencia en la búsqueda de resultados que cumplan con los objetivos propuestos.

INTRODUCCIÓN

A continuación se desarrollara un tema que tiene vital importancia en nuestro tiempo y se refiere a la par conditio creditorum, regla básica que se aplica cuando un deudor tiene varias deudas , los acreedores se presentan en posición de igualdad y con los mismos derechos al cobro de sus créditos ante su deudor.

El presente trabajo tiene como propósito desarrollar el concepto de la par conditio creditorum, sus antecedentes históricos cual es su tratamiento actual, con ese propósito se consultarán diversos autores que tratan el tema, así como diversas sentencias de nuestros tribunales de Justicia.

Aclaramos desde ya que el estudio de esta figura se realiza en relación con la aplicación de la regla mencionada en el concurso de acreedores en los procesos de insolvencia o quiebra.

Finalmente se hará un análisis de si el principio de la condición de igualdad se cumple en la práctica, para ello se analizará el concepto de crédito privilegiado frente al concepto de acreedor común.

Breve Reseña Histórica

Para entender el momento histórico en el que se inicia el concepto par conditio creditorum debemos primero profundizar, en los orígenes de la obligación civil romana, cuáles fueron sus antecedentes ¿cómo resolvieron los romanos la situación de pluralidad de acreedores y el pago de todos ellos en caso de insolvencia del deudor?

La figura más antigua ,relativa al instituto de la obligación en el Derecho Romano es la sponsio , rito antiquísimo que se basaba en la fuerza religiosa de un juramento ante los dioses, luego es sustituida en las doce tablas por un deber laico fundamentándose en el oportere que era un deber civil reconocido por el ordenamiento y permitía la ejecución civil a través de la legis actio per iudicis arbitrive postulationem.

La sponsio pasó de tener una vinculación religiosa a tener una vinculación jurídica. El sponsor quedaba vinculado a la actio del receptor, de igual forma o en forma paralela, siguió el nexum, el modo en que el deudor se emancipaba a sí mismo del acreedor entrando en su mancipiun y por ello el deudor era nexus obligatus, en esta época primitiva el deudor respondía con su persona siendo el vínculo un vínculo material.

"Originariamente no se distinguía entre la responsabilidad penal y la civil. Tanto el ladrón como el que había pedido prestada una suma de dinero estaban obligados con su propia persona y reducidos a la condición servil, el deudor comprometía su propio cuerpo y este era dice Bonfante "el objeto de la obligación "El acreedor podía apoderarse de él azotarlo con verga y aun venderlo como esclavo."

Posteriormente la ley Poetelia Papiria (326 a C) marcó una etapa fundamental de esta evolución, abolió el nexum ,o sea, la vinculación corporal del deudor. Poco a poco fue sintiéndose lo inadecuado de la objetivación de la obligación en la persona del deudor; en lugar de la responsabilidad de la persona fue apareciendo la del patrimonio. Desaparece así de la mente de los juristas romanos la vinculación del deudor, su sumisión a la voluntad y poder del acreedor."[1]

En el mismo sentido Borda nos indica "Las consecuencias del nexum son mal conocidas. Se sabe sin embargo, que eran muy rigurosas. En virtud del contrato y sin juicio, el deudor que no pagaba estaba sometido a la manus injecto especie de toma de cuerpo ejercida por el acreedor y que necesitaba la intervención del magistrado. Desde entonces, el deudor declarado nexus estaba a merced del acreedor, que podía encadenarle y tratarle como a su esclavo de hecho y sino de derecho. El nexus no se libertaba más que con la ayuda de un pago especial acompañado de la solemnidad de la aes et libra . Con la lex poetelia posteriomente se pasó a un vínculo iuris. No obstante, el concepto de obligación de los romanos era limitado y solo correspondía a determinadas situaciones típicas. Se tipificaron determinadas convenciones bilaterales a través de los conceptos del actum, el gestum y el contractum. Al final el término contrahere fue el concepto por el que giraron las obligaciones bilaterales, bajo la idea de la constitución de relaciones jurídicas en forma voluntaria."[2]

Posteriormente cuando se dejó de lado el nexum material a partir de las doce tablas y principalmente con la lex poetelia Paria del 326 a.c quedaba abierto el camino hacia el vinculum iuri, no obstante no se llegó al grado de abstracción requerida y solo aparecen determinados hechos típicos como constitutivos de obligaciones como el actum, el gestum y el contractum.[3]

1. Borda Guillermo Tratado de Derecho Civil obligaciones I quinta edición, editorial Perrot, Buenos Aires, pag 240
2. Borda G. op cit pag 240.
3. Construcción conceptual de Torrent A. Derecho Privado Romano,. 331.

No existió en el derecho Romano un procedimiento de quiebra semejante al moderno. Así "superado el terrible procedimiento de ejecución sobre la persona del deudor (manus , iniectio), la ley Poetelia señala el tránsito de ejecución personal al sistema de ejecución patrimonial (non corpus debitoris sed bona obnoxia).Los acreedores son puestos en posesión de todo el patrimonio del deudor que ha sido condenado (iudicatus)o ha confesado sus deudas (confesus) o no ha comparecido por la causa que fuera (fuga,ocultación,rebeldía). Esta missio in bonna del derecho romano se asemeja a la quiebra en el dato de que la puesta en posesión de los bienes del deudor no se hace a favor de un solo acreedor sino en beneficio de todos los que concurran al procedimiento.

Aparece así la institución masa de acreedores como colectividad sometida al principio de igualdad de trato (par conditio creditorum).

"Los severísimos efectos personales de la missio in bona se remedian finalmente con la institución de la cessio bonorum, el deudor puede eludir la prisión y la nota de infamia, declarando en forma solemne ante el magistrado que pone sus bienes a disposición de los acreedores cediéndoselos para que se cobren los créditos con el producto de la venta. De este modo se pasa a una verdadera satisfacción por equivalente desapareciendo la ejecución personal y la infamia. Junto a estas ventajas tiene el deudor la de ver asegurados lo recursos necesarios para su subsistencia (beneficium competentiae).[4]

La teoría de los privilegios tuvo su origen en Roma, allá se reconocieron ciertas preferencias generales nacidas de la calidad del sujeto (el fisco, los municipios, los menores, la dote del conyugue) o bien la naturaleza del crédito (gastos funerarios, reparación de navíos, construcción etc). Luego aparecieron ciertos privilegios especiales que asumieron la forma de hipotecas legales, es decir, eran creadas por la ley y no por la voluntad de las partes." [5]

Se deduce como característica en todo el sistema concursal romano, su esencia predominantemente privada, ya que se atribuyen las facultades de administración y enajenación de los bienes a los propios acreedores sin una intervención decisiva del órgano estatal es decir del magistrado, sin embargo es de notar que a través de la cesión que hace el deudor de sus bienes a todos los acreedores permite que estos entren en situación igualitaria al cobro de las deudas.

Derecho Intermedio

A esta época pertenece la concepción jurídica pública de la quiebra. No solo en el derecho Franco-como Kohler afirma-sino en el derecho estatutario italiano domina el principio publicista, quizá como consecuencia del gran rigor que caracteriza al procedimiento de quiebra: se parte de la idea de que el quebrado es un defraudador y de que al estado incumbe la represión del hecho ilícito de la quiebra, como finalidad a la que va unida la satisfacción de los acreedores.

4 Garriguez. J Curso de derecho mercantil ,Tomo v reimpresión de la sétima edición editorial temis Bogota Colombia 1987.
5. Borda .G op cit pag 240

"En el antiguo derecho español se advierte el influjo simultaneo del sistema Romano y del medieval. En las leyes de Partida se regula la cessio Bonorum y las acciones revocatorias, pero acentuado, frente al derecho romano,la intervención judicial, que predomina también ,sin duda por influencia del derecho Franco,en la lex Visigothorum. La cession Bonorum tiene lugar ante el juez y este es quien cuida de la enajenación de los bienes y de la distribución de su importe entre los acreedores."[6]

El derecho medieval se ve influenciado por el derecho Franco y por el auge del comercio.

Tal vez podríamos destacar dos línea importantes en este época: 1- La sustitución del derecho privado por la intervención estatal y por ello la adquisición de un carácter público y 2- La distinción entre la insolvencia de los comerciantes y no comerciantes. Ello por el auge que tuvo el comercio ya en esa época. Características propias que aún se conservan con algunos matices en el derecho Moderno.

Garantía genérica patrimonial

Concepto.

Antes de profundizar en el concepto Par Conditio Creditorum es preciso detallar que se entiende por Garantía Genérica Patrimonial, pues al fin y al cabo el patrimonio del deudor responde de las deudas contraídas por éste. Bajo el principio de la garantía genérica patrimonial. los acreedores tienen de garantía para el pago de sus créditos la totalidad del patrimonio del deudor, estos es bienes muebles, inmuebles, derechos, acciones, dinero, títulos valores, en fin todo lo que tenga un valor económico o pueda ser valorado económicamente.

Un aspecto importante de la obligación jurídica, consiste en la juridicidad del vínculo entre acreedor y deudor, en virtud del cual ante el incumplimiento del deudor, el acreedor, tiene la facultad de dirigirse contra el patrimonio del deudor, para exigir el valor de la prestación incumplida más los daños y perjuicios producidos por el incumplimiento. Respondiendo así, todo su patrimonio[7], quedando a salvo claro está, esa parte del patrimonio del deudor que según la ley es inembargable.[8]

La garantía genérica patrimonial se basa en el principio de que el patrimonio es prenda común de los acreedores, es recogido en el código civil costarricense en el articulo 981, el cual señala "Todos los bienes que constituyen el patrimonio de una persona responden al pago de sus deudas Sin embargo, las cláusulas de inembargabilidad son válidas cuando hubieren sido impuestas en los términos y condiciones del artículo 292".[9]

Rogel Vide sobre el particular nos dice, lo siguiente "El artículo 1911 del Código Civil uno de los más importantes de dicho cuerpo legal y de todos los demás del ordenamiento jurídico español, establece, como regla general, el principio de la responsabilidad patrimonial universal, al indicar que el deudor responde, del cumplimiento de las obligaciones que asume, con todos sus bienes presentes y futuros."[10]

"Garantía del derecho del acreedor es todo lo que asegura su satisfacción y como quiera que el deudor responde con su patrimonio del cumplimiento de la Obligación, es éste patrimonio la garantía genérica básica para aquel."[11]

6 Garriguez. J op cit pag 11 y 12..

7 En la opinión de Diez Picazo el patrimonio del deudor constituye el soporte de la responsabilidad del mismo para el cumplimiento de todas sus obligaciones. Es pues, la base común de garantía de todos los acreedores y el común objeto del poder de agresión por parte de ellos." Diez Picazo. L Sistema de Derecho Civil editorial Tecnos , Madrid España, 1976 primera edición pag 186.

El patrimonio es concebido como el conjunto de bienes de una persona, su noción jurídica aparece concretada en la nota a ese precepto, que lo considera la universalidad jurídica de sus derechos reales y de sus derechos personales, bajo la relación de un valor pecuniario.-

La par conditio creditorum

Concepto.

A continuación se analizara el principio par conditio creditorum desde la óptica de la insolvencia o quiebra del deudor y de la aplicación de dicho principio al conjunto de acreedores. La condición de igualdad de los acreedores del deudor en un proceso concursal reviste vital importancia para efectos de que se dé una repartición justa del activo. Por ello en las siguientes páginas hablaremos de la aplicación de este principio sobre todo dentro de los procesos concursales.

INSOLVENCIA DEL DEUDOR.

Puede suceder que la totalidad del patrimonio del deudor deba responder frente a varias deudas de diferentes acreedores y más, puede suceder que su patrimonio no alcance a cubrir o solventar las deudas de

8 Según el artículo 984 del código civil Costarricense no pueden perseguirse ,por ningún acreedor ,y en consecuencia no podrán ser embargados ni secuestrados en forma alguna:
- Los sueldos en la parte que el código de trabajo los declare inembargables, las jubilaciones, pensiones y beneficios sociales del deudor y las pensiones alimenticias. El menaje de casa del deudor artículos de uso domestico y ropa necesarios para su uso personal de él, su conyugue y de los hijos .Los libros maquinas y útiles necesarios para la profesión u oficio del deudor, los útiles e instrumentos del artesano o agricultor. Los alimentos que existan en poder del deudor, los derechos puramente personales como el uso y habitación etc.

9 Código Civil Costarricense .

10 Rogel Vide. C Estudios de Derecho Civil obligaciones y contratos editorial Reus, Madrid España,2008,pag 9.

11 Albaladejo. M ,Derecho Civil II Derecho de Obligaciones volumen primero cuarta edición, Librería Bosch Barcelona, pag 203.

todos. Cuando esto sucede, es decir, que el deudor no tiene suficiente solvencia para pagar sus créditos, cae en una situación que se conoce como insolvencia. En tal situación la ley señala la necesidad que todos los acreedores concurran ante un proceso concursal de insolvencia o de quiebra al pago de sus créditos.

Ante esta situación debemos aclarar que si el deudor es civil no comerciante el procedimiento a aplicar es el de insolvencia civil y si es comerciante entonces el procedimiento es el de quiebra. La insolvencia civil se da cuando el deudor no tiene patrimonio suficiente para hacer frente a sus obligaciones, y debe ser pedida por dos o más acreedores (ver en ese sentido jurisprudencia nacional del Tribunal Superior segundo civil, al pie de página).[12]

Broseta Pond nos dice sobre la insolvencia lo siguiente:

"poseyendo el deudor una pluralidad de acreedores, se encuentra en una situación de insolvencia patrimonial o sea cuando el número y el valor de sus bienes no posibilita el pago voluntario o coactivo a todos sus acreedores. Porque en este estado patrimonial del deudor, la mera aplicación del sistema de ejecuciones singulares y aisladas por sus acreedores, conduciría al injusto resultado de que tan solo pudieran cobrar unos pocos, normalmente los más cercanos al deudor, o los primeros en ejecutar volatilizando en su beneficio y en perjuicio de los restantes la garantía patrimonial del deudor, la cual, por el contrario, debe operar a favor de todos los acreedores." De allí la necesidad lógica y jurídica de que se promueva un proceso concursal.

La insolvencia del deudor que posee una pluralidad de acreedores exige, pues un procedimiento de ejecución concursal o colectivo a favor de todos ellos, salvo el derecho privilegiado de algunos, porque todos deben cobrar y soportar en común el quebranto patrimonial de su deudor."[13]

Para que la ejecución colectiva o concursal cumpla con el objetivo de liquidar el patrimonio del deudor y se paguen de manera justa y equitativa la gran masa de acreedores, el concurso deberá cumplir con varios principios:

12 "La resolución apelada rechazo la gestión de la promovente para que se declare en estado de insolvencia al señor S.V.E., por no haberse demostrado que existen dos o más ejecuciones pendientes en su contra .El apelante dice en sus agravios que el artículo 886 del código civil permite la apertura del concurso por gestión de uno o varios acreedores y que esta es una norma especial que prevalece sobre la procesal aplicada por el juzgado. Al respecto debe decirse que el apelante no lleva razón, pues ambas normas no son excluyentes, sino que se complementan de tal manera que si bien es cierto que el artículo 886 del código civil establece que la declaratoria de concurso procede por la gestión de un único acreedor ese acreedor, de acuerdo con el artículo 760 del Código procesal civil debe demostrar que existen dos o más ejecuciones pendientes contra su deudor. II. En esta instancia ,para cumplir con el requisito indicado, la promovente aporto la certificación de la resolución mediante la cual se fijaron las costas personales del proceso , la cual se dicto en el mismo expediente en donde se dicto la sentencia que sirve de base a la solicitud de insolvencia .Sin embargo, eso no varía la situación ,pues no se trata de deudas diferentes ,sino que el cobro de costas es un aspecto accesorio del cobro de la deuda principal….La razón de ser del requisito que establece el artículo 760 ya mencionado, es que no puede haber concurso sino existen al menos dos acreedores y ese requisito no se llena con el aporte de la certificación aludida."(Tribunal superior segundo civil, sección segunda Voto numero 87 de las 10:45 hrs del 22 de abril de 1997).

13 Broseta Pond . M Manual de derecho Mercantil ,editorial tecnos,Madrid,1978,tercera edición pag 637

Para Broseta Pond el concurso se caracteriza pues por la presencia de tres principios fundamentales:

1. El de la universalidad patrimonial, es decir el patrimonio del deudor como una Universalidad deberá responder ante todos los acreedores por las deudas contraídas.

2. El de la colectividad o generalidad de acreedores, todos los acreedores deberán y podrán apersonarse ante el concurso para exigir el pago de su crédito.

3. Y el denominado principio de la comunidad de perdidas, que significa al posibilidad de establecer un porcentaje de pago a los acreedores pero no la totalidad, tiene relación esto con la quita legal o perdón que hagan los acreedores a una parte de la deuda.

Consideramos importante destacar entonces como principios que rigen los procesos concursales los siguiente:

1. El carácter universal del patrimonio como garantía común de los acreedores, que quiere decir que todos los acreedores pueden cobrar su crédito en el patrimonio del deudor como una universalidad.

2. La concurrencia de todos ellos al proceso concursal, manteniéndose en un pie de igualdad (**pars conditio ómnium creditorum**), sin perjuicio de que se considere la existencia de diversas categorías de acreedores, es decir en aquellos casos en que existencia de créditos con privilegios.

3. La protección adecuada del crédito. Que se realiza a través del proceso concursal y mediante un curador.

4. La conservación de la empresa en marcha, en cuanto supone una organización destinada a la producción de bienes o la prestación de servicios, con el consiguiente interés general en la preservación de la fuente de trabajo que ella signifique. Importante, si se toma en cuenta el impacto social que implica el cierre de una empresa y la pérdida de empleos.

5. La protección del comercio en general a través de la inhabilitación del concursado.[14]

La par conditio creditorum es uno de los principios rectores del proceso concursal. Significa que todos los acreedores se presentan dentro del concurso en condición de igualdad para el cobro de sus créditos.

La par conditio creditorum busca resolver el problema que se presenta cuando en una situación jurídica determinada, más de un acreedor concurre al pago de su crédito sobre el patrimonio del deudor que se encuentra en situación de insolvencia.

La pregunta sería, ¿cómo deberán ser pagados? El que llega primero se le paga de primero? Como regula nuestro Código Civil y otros ordenamientos jurídicos este problema? ¿Tendrán algunos acreedores

14 Construcción Conceptual realizada a partir de Atilio Anibal Alterini Derecho de obligaciones civiles y comerciales cuarta edición, Abeledo Perrot 2010.Buenos Aires Argentina, pag 263.

preferencia o privilegios para ser pagados antes?

Todas estas preguntas las iremos respondiendo de seguido.

Para Alfonso de Cossío cuando un sujeto se encuentra obligado a responder ante diversos acreedores se presenta el problema de que los bienes no sean suficientes para responderle a todos, lo que llevaría a la pregunta de qué forma habrán de pagarse tales créditos sobre el patrimonio del deudor y en qué medida unos afectarían a otros. Dos principios son los que vendrían a resolver estas interrogantes el de concursu partes fiunt que quiere decir que el reparto debe de ser proporcional del valor de los referidos bienes entre los distintos créditos del concurso ,y el otro prior tempore potior iuris que significa que deberá irse satisfaciendo cada uno de los créditos por el riguroso orden de su antigüedad" No obstante el mismo autor señala que aun admitiendo estos principios el derecho establece unos criterios de distribución mucho más complicados pues hay distinción entre créditos amparados por crédito real, créditos privilegiados y créditos ordinarios".[15]

En principio, en el decir de Diez Picazo "Todos los acreedores son de igual condición frente al patrimonio del deudor común. Este principio puede enunciarse diciendo que todos los acreedores quirografarios tienen derecho a concurrir al proceso concursal en paridad de condiciones para reclamar y percibir sus respectivos créditos en condiciones igualitarias. "La consecuencia más importante de esta premisa se produce en aquellos casos en que el patrimonio del deudor es insuficiente para dar satisfacción a todos los acreedores. No puede admitirse que los acreedores más despiertos, más veloces o más diligentes cobren por entero en perjuicio de los demás"[16]

El conjunto de acreedores que se presentan dentro del concurso al cobro de su crédito forman una agrupación de interesados en el mismo procedimiento de ejecución, todos los acreedores tiene el mismo interés en aumentar la masa de bienes del quebrado y defenderla contra las reclamaciones mal fundadas, por eso deben estar unidos. A esta comunidad de intereses la ley ha concedido algunos atributos de la personalidad jurídica con carácter provisional y como medio para la mejor realización de su fin: el reparto equitativo del patrimonio del deudor entre sus acreedores.

"Quienes son los acreedores de la masa? Lógicamente nos dice Garrigues serán aquellos a quienes afecte el procedimiento y la solución de la quiebra. En este caso están los acreedores quirografarios o comunes, es decir, los que por no tener ningún derecho de preferencia ni ninguna garantía real especial ven convertido su crédito en un simple derecho al dividendo. **Sobre ellos actúa en todo su rigor el principio de la par conditio creditorum." El subrayado es nuestro[17].**

La par conditio creditorum , significa pues, la igualdad de trato para los acreedores tomando en cuenta a todos y cuando el patrimonio es insuficiente se acude a las

15 Cossío de .A Instituciones de derecho Civil , parte general, alianza editorial, parte general, primera edición 1977Alianza Universidad textos.pag 334
16 Diez Picazo op cit pag 187
17 Garrigues.J op cit pag 39

reglas del pago a prorrata este principio lo tenemos regulado en el artículo 982 del Código Civil Costarricense .[18]

Sin embargo es importante destacar que para Puig Brutau la regla general de que del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros…no exige necesariamente que todos los acreedores puedan concurrir sobre el patrimonio del obligado en igualdad de condiciones. No sólo destacan los acreedores dotados de un derecho de garantía real (prenda, hipoteca, anticresis) sino que por razones de política jurídica la ley señala un orden de preferencia de unos acreedores personales frente a otros de la misma clase."[19]

Lo anterior quiere decir que aun dentro del marco teórico de la responsabilidad patrimonial universal, hay bienes concretos afectos al cumplimiento de determinadas obligaciones, créditos que tiene un tratamiento privilegiado.

"Los créditos dichos hacen que sus titulares sean acreedores preferentes, dignos de mejor trato que los ordinarios, razón por la cual la **máxima par est conditio creditorum –** con la ley del dividendo que lleva aparejada –solo es predicable respecto a créditos del mismo rango y siempre que no jueguen otras máximas, tales como prior in tempore, potior in iure o la contraria, que, en ocasiones también juega"[20]

Es decir la condición de igualdad o trato igualitario que propugna la Par Conditio Creditorum se refiere a acreedores de igual rango. De modo que los acreedores comunes no entrarán en igualdad de condiciones en relación con los acreedores con privilegio.[21]

El artículo 982 del Código Civil Costarricense en relación a éste tema señala "Si los bienes no alcanzan a cubrir todas las deudas, deberán pagarse estas a prorrata, a menos de tener alguno de los acreedores un motivo legal de preferencia."[22]

Que se entienden entonces por acreedores comunes? Pues serán todos aquellos que no tienen un privilegio señalado por la ley para el cobro de su crédito conocidos también como acreedores quirografarios.

Siendo así que si todos los acreedores son acreedores comunes, sin ningún privilegio todos entran en posición de igualdad al cobro de su crédito, sobre el patrimonio del deudor, sin embargo, si se diera el hecho de que algunos acreedores tuvieren privilegio o condición especial para el cobro de sus

18 Stella Bresciani Quiros , los procesos concursales en el sistema jurídico Costarricense editorial juritexto, primera edición, San José Costa Rica, 2010 pag 24.
19 Puig Brutau . J , Fundamentos de Derecho Civil, tomo I vol II tercera edición, derecho general de las obligaciones Boch casa editorial S:A Barcelona España ,484
20 Rogel Vide.C op cit pag 10.
21 Alfonso de Cossío es de la opinión comentando el Derecho Español que se establecen ciertos criterios de distribución mucho más complicados y así podemos distinguir entre créditos amparados por un derecho real de garantía ,créditos privilegiados y créditos ordinarios" Alfonso de Cossío op cit pag 334
22 El Código Civil italiano sobre el particular indica " articulo 2741 Concorso dei creditori e cause di prelazione.- I creditori hanno eguale diritto di essere soddisfatti sui beni del debitore ,salve le cause legittime di prelazione. Sono cause legittime di prelazione i privilegi ,il pegno e le ipoteche."

créditos entrarán entonces con preferencia para ser pagados sobre los acreedores comunes.

"Es un principio general que cuando una empresa entra en estado de cesación de pagos, en términos que den lugar a un proceso concursal,rige el principio de la par conditio creditorum. Conforme al mismo, todos los acreedores tienen la misma condición frente al patrimonio del deudor común. Ello impide realizar ejecuciones de manera individual y beneficiarse de los efectos de un embargo particular, en tanto que el patrimonio del deudor queda sujeto, en virtud del citado principio, a la ejecución colectiva. …Lo anterior impide legalmente acceder a la petición del incidentista , que si bien lleva razón en cuanto afirma que la tramitación del incidente es privilegiado, no ocurre lo mismo con su crédito, respecto del cual la legislación nacional no prevé ningún privilegio de carácter particular ,y de ahí que deba ser tratado como un crédito común al cual deba aplicarse plenamente el principio de par conditio creditorum comentado." [23]

Para aclarar un poco la situación podemos decir que privilegio se entiende como la preferencia de que, por disposición de la ley, gozan ciertos créditos para ser cobrados (o lo que es lo mismo, ciertas obligaciones para ser satisfechas) antes que otros, sobre los bienes del deudor o sobre algunos de ellos en particular."[24]

La jurisprudencia Costarricense aplica el concepto par conditio creditorum como situación de igualdad entre los acreedores, al respecto nos indica que l**a quiebra es un proceso de ejecución colectiva que pretende mediante la liquidación universal del patrimonio del deudor, la satisfacción del pasivo en su contra, el cual constituye un principio de igualdad ante los acreedores. Con él se pretende conceder a todos los acreedores un trato igualitario, tanto en lo que se refiere a la distribución de las pérdidas, como también en cuanto al pago proporcional de sus créditos y la asunción de gastos que conlleve el proceso falencial, ello con algunas variantes cuando se trata de acreedores que gozan de algún privilegio reconocido por la ley. Este principio lo encontramos en nuestro ordenamiento jurídico, propiamente en los artículos 982 del Código Civil, cuando señala: " si los bienes no alcanzan a cubrir todas las deudas, deberán pagarse éstas a prorrata, a menos de tener alguno de los acreedores un motivo legal de preferencia "; y el 885 del Código de Comercio que "... los acreedores comunes se pagarán a prorrata, sin distinción de fechas.** [25]

En el mismo sentido lo resuelve el Tribunal Superior Segundo Civil sección extraordinaria según podemos apreciar de la resolución que se detalla a continuación:

"Los procedimientos concursales garantizan el derecho de persecución que tiene los acreedores sobre la totalidad de los bienes presentes y futuros, muebles e inmueble del deudor, salvo los inembargables, en virtud del principio universal que el patrimonio del deudor es prenda común de sus acreedores. Es un derecho que pertenece a todos los acreedores y no a uno solo, que se concreta cuando el deudor, debido a su impotencia patrimonial, no ha cumplido con el pago de sus obligaciones a los acreedores y éstos se ven compelidos a iniciar acciones de ejecución universal o concurrente sobre la totalidad del patrimonio del deudor. La doctrina ha distinguido tres principios tradicionales que rigen en este tipo de procesos que son: Colectividad de acreedores, según el cual todos los acreedores que deseen adquirir la calidad de acreedor concurrente deben ejercitar sus derechos de conformidad con la ley concursal, la par condictio creditorum, que constituye el segundo principio que dispone que todos los acreedores concurren en un plano de igualdad, salvo las legítimas preferencias; y el tercero se refiere a la universalidad o integridad patrimonial por lo que todos los bienes de contenido patrimonial quedan afectados al concurso, salvo las excepciones que la ley prevé. [26]

Por último es importante traer a colación una sentencia de nuestra Sala de Casación en la que se aplicó el principio Par conditio creditorum ante la situación de un acreedor que presentó un proceso concursal de quiebra, y llegó luego a un arreglo con el deudor ,a raíz de este acuerdo el acreedor pidió el desistimiento de la petición de quiebra, pero la Sala aplicando el principio de igualdad de condiciones en el trato hacia los acreedores del concurso no acepto el desistimiento planteado. A continuación transcribo un extracto de dicha sentencia.

23 Sentencia :00700 expediente :01-000845-0185 CI del 14 de agosto del 2008 8:15 del Tribunal Primero Civi..
24 Albaladejo .M op cit pag 205
25 Tribunal Superior Segundo Civil

"En el proceso de quiebra se está ante una ejecución colectiva que es tal, cuando es universal, es decir, cuando atiende a la totalidad de los acreedores y de los bienes del deudor. Desde el punto de vista subjetivo presupone tiende a la realización del derecho de todos …Desde el punto de vista objetivo presupone la aprehensión y transformación de la totalidad de los bienes del fallido…….mediante tales procedimientos el patrimonio entero del deudor queda sujeto a la ejecución para la satisfacción ,en igualdad de condiciones ,de la totalidad de los acreedores por esto es característica de los procesos concursales considerar al patrimonio como un todo y no los bienes singulares individualmente considerados …..uno de los fines primordiales de los procedimientos de quiebra es el asegurar la igualdad de acreedores y evitar que unos logren mayor provecho que otros. Por esta razón como dijimos son constituidos en masa y por consiguiente privados del derecho de acción individual durante todo el plazo del proceso .Esa igualdad se presenta también en el proceso de quiebra ,en el hecho de que los acreedores serán pagados conforme a un dividendo proporcional a sus créditos y a los productos de la realización de los bienes constitutivos del patrimonio del fallido…. Esa igualdad es conocida en la doctrina con el nombre PAR CONDITIO CREDITORUM principio ese que ,puede resultar lesionado ,si por ejemplo se admite el desistimiento por parte del acreedor que solicito la declaratoria de quiebra ,luego de que el deudor le cancelo la obligación ya iniciado el procedimiento respectivo…"[27]

26 Sentencia:00239 expediente:06-000221-0640-CI del 8 de setiembre del 2006 al ser las 9:15 del Tribunal Segundo Civil sección extraordinaria.
27 Sala Segunda de la Corte de Costa Rica número 92 de las 9,05 hrs del 7 de mayo de 1993.

Análisis de los créditos privilegiados y la par conditio creditorum.

Tal y como lo mencionados antes los acreedores pueden ser privilegiados o quirografarios. Los privilegiados tienen derecho a ser pagados con preferencia a otros.Los quirografarios son acreedores que no gozan de privilegio alguno. Sus créditos llevan el riesgo de no poder ser cobrados, pues la ausencia de privilegio determina que sean percibidos en último término con el sobrante de los privilegiados.

La realidad de las situaciones indica, que por lo general, los quirografarios no llegan a percibir sus créditos en la ejecución colectiva del deudor. Por ello es conveniente prevalerse de un rango privilegiado mediante el establecimiento de una garantía real (hipoteca ,prenda) o de una garantía de terceras personas que comprometan su patrimonio junto al del deudor principal(fianza).

Características de los créditos privilegiados.

1. Legales

Los privilegios nacen de la ley no son creados por los particulares.

2. Son excepcionales

Dado que el principio o la regla es que todos los acreedores tienen iguales derechos respecto del patrimonio del deudor. Por ello mismo son de interpretación restrictiva, en la duda de si un crédito es o no privilegiado o si el privilegio se extiende o no a determinados bienes hay que admitir que no existe preferencia. La analogía no autoriza el reconocimiento de privilegios."[28] Esta situación rompe con la regla del necesario trato igualitario entre los acreedores a la hora de la distribución y pago de sus créditos en el concurso.

3. Son accesorios del crédito al cual se le reconoce preferencia.

4. Son indivisibles, la preferencia del crédito existe hasta tanto el crédito haya sido pagado íntegramente y no extingue por su pago parcial.

Por su parte Diez Picazo señala las siguientes características de los créditos privilegiados:

La legalidad, es decir, no existen otros privilegios que los señalados previamente en la ley.

Excepcionalidad: Los privilegios son excepciones al principio de igualdad de trato de los acreedores y por consiguiente las normas que los establecen son de interpretación restrictiva.

Y el de accesoriedad pues los privilegios son siempre facultades que acompañan necesariamente al derecho de crédito.[29]

Naturaleza Jurídica de los privilegios.

Para algunos autores se trata de derechos reales. Otros, la posición predominante según Borda, se trata de derechos personales ,dado que no se trata de una desmembración del dominio ,y porque teniendo los privilegios de carácter accesorio su naturaleza está determinada por la del crédito principal que es de naturaleza personal.

Borda siguiendo a Bonnecase considera que los privilegios constituyen un derecho subjetivo contra el deudor, que como tal puede ser calificado como real o personal son en verdad una cualidad de ciertos derechos en virtud del cual estos ostentan un grado de preferencia."[30]

Distintas clases de acreedores y su regulación en el derecho Costarricense

Tienen acción para exigir por las vías comunes separadamente del concurso el pago de sus respectivos créditos, con preferencia sobre todos los demás acreedores, excepto sobre los que lo sean de la masa; (ver artículo 990 del Código Civil) los que se detallan a continuación:

El Fisco y los municipios por los impuestos que correspondan al año precedente a la declaración de insolvencia, sobre el valor de las cosas sujetas a dichos impuestos.

El acreedor hipotecario sobre el valor de la cosa hipotecada.

El acreedor pignoraticio, sobre el precio de la cosa dada en prenda.

- Los acreedores que teniendo el derecho de retención, hayan usado de ese derecho sobre el valor de la cosa o cosas detenidas.

El arrendador de finca rustica o urbana, por el monto de los que por causa del arriendo se le adeude hasta la terminación de este, sobre el valor de los frutos de la cosa arrendada, existentes en la finca o en la masa y sobre el de todos los objetos con que el arrendatario la haya provisto.

Los créditos a que se refiere el artículo anterior (se refiere al citado anteriormente 993 del Código Civil) se excluyen entre si y caso de haber varios acreedores con privilegio especial sobre determinada cosa, deberán pagarse por el orden en que están expresados sus privilegios en dicho artículo.[31] Esto quiere decir que tratándose incluso de acreedores con privilegio sobre determinado bien estos se excluyen entre sí según el orden en que están establecidos. Si pagado un acreedor privilegiado sobre determinado bien sobrare algo, el sobrante se incorporara a la masa del concurso (art 995 Código Civil). En cambio es distinta la situación que señala el artículo 992 del mismo cuerpo legal citado al indicar que los créditos de la masa y los que ellos se equiparan no se excluyen entre sí y deben ser pagados en primer lugar,con todos aquellos bienes que no estén especialmente afectados a favor de un acreedor por el privilegio de su crédito.

En nuestro derecho los acreedores alimentarios son tenidos como acreedores con privilegio general sobre el patrimonio del deudor frente a los acreedores comunes, sin embargo cederían ante la jerarquía de preferencia que tiene los acreedores con privilegio especial sobre determinado bien. Lo mismo puede decirse de los acreedores

28 Borda.G op cit pag 242
29 Diez Picazo op cit pag 188.

30 Borda.G op cit pag 244.
31 Articulo 994 Código Civil Costarricense citado.

por créditos laborales, que son señalados por el código de Comercio en el articulo 886 como créditos privilegiados.[32] Según el artículo 33 del Código de trabajo los acreedores alimentarios tendrán preferencia incluso sobre los acreedores laborales.

Para finalizar esta parte es necesario el comentario del artículo 999 del Código Civil Costarricense que establece que entre los acreedores del Concurso el más antiguo en tiempo, según la fecha cierta del respectivo título, es preferido al posterior los créditos cuyos títulos no tengan fecha cierta serán todos iguales entre si y pospuestos a los créditos con títulos de fecha cierta. La antigüedad de un crédito se prueba por la fecha cierta inserta en él.

Nuestro ordenamiento jurídico en el caso de insolvencia establece el siguiente orden de preferencia para el pago.

1. Los acreedores con privilegio sobre determinado bien, sin embargo los acreedores privilegiados sobre determinado bien deben soportar los gastos a que se refiere el inc. 1 del artículo 990, en los que especialmente les aprovecha y proporcionalmente los que se hagan por interés común de todos los acreedores (segundo párrafo del artículo 992 del código Civil).
2. Los acreedores alimentarios y los laborales. Ver artículo 33 del Código de trabajo y artículo 171 del Código de Familia.
3. Los acreedores de la masa. (Ver artículo 990 del Código Civil).
4. Los acreedores comunes dependiendo de la antigüedad de su crédito.

Análisis de la par conditio creditorum en el Código de Comercio Costarricense.

El Código de Comercio Costarricense sobre los créditos privilegiados señala en su artículo 886 lo siguiente “Para el reconocimiento y el pago, los créditos se clasifican así: créditos con privilegio sobre determinado bien, créditos de los trabajadores[33], créditos de los arrendadores y arrendatarios, créditos de la masa y créditos comunes.”[34]

Todos los acreedores, excepción hecha de los separatistas, deben legalizar su crédito ante el juez respectivo y dentro del término que ese funcionario haya fijado.

Los créditos se pagaran en el orden en que están enumerados en el artículo anterior (se refiere al artículo 886) Solamente los que tienen privilegio sobre determinado bien se excluyen entre sí.[35]

El Código de comercio costarricense en su artículo 901 prácticamente establece el mismo orden, que señala el Código Civil en el

32 El artículo 33 del código de trabajo costarricense establece que las indemnizaciones concernientes a cesantía y preaviso (artículos 28,29y 31) procederán también cuando el patrono liquide o cese en sus negocios voluntariamente o no. En caso de insolvencia, concurso, quiebra, embargo, sucesión u otros similares gozaran los créditos que por estos conceptos correspondan a los trabajadores de un privilegio especialísimo sobre todos los demás acreedores de la masa ,excepto los alimentarios .

33 Código de trabajo articulo 33

34 Es importante hacer mención de los artículos 169,171,242,245 del código de familia en el sentido de determinar como crédito privilegiado las deudas alimentarias.

35 Código de comercio art 887.

artículo 993, orden en virtud del cual deberán ser pagados los créditos privilegiados sobre determinado bien, dentro de la quiebra.[36]

Los privilegios que señala el artículo anterior (901) se excluyen entre si y caso de haber varios acreedores con privilegio especial sobre determinada cosa deberá pagarse en el orden en que están expresados sus créditos en dicho artículo.[37]

El Código de Comercio establece que la declaratoria de quiebra fija de modo irrevocable la situación de los acreedores haciendo cesar el curso de los intereses corrientes o moratorios frente a la masa, y produce el vencimiento y exigibilidad de todas las obligaciones del deudor. Los acreedores comunes se pagaran a prorrata, sin distinción de fechas.[38]

Es interesante comentar que el Código de Comercio Costarricense en el artículo 885 no hace distinción entre los acreedores comunes en cuanto a fechas. Esto quiere decir que todos entran en igualdad de condiciones al pago a prorrata sin diferenciarlos en cuanto a cuanto a su antigüedad, cosa que si hace el Código Civil al discriminar por fechas a los acreedores estableciendo que los créditos cuyos títulos no tengan fecha cierta serán pospuestos a los acreedores con títulos de fecha cierta. [39]

De todo lo anterior podemos concluir que según nuestro Código de Comercio tendrán privilegio para ser pagados de primero los acreedores con privilegio sobre determinado bien, después los acreedores por créditos alimentarios y laborales, los créditos de los arrendadores y arrendatarios créditos de la masa y por últimos los créditos comunes.

Análisis de la par conditio creditorum y concurso de acreedores en el Derecho Español.

Es interesante indicar que la legislación Española regula lo referente al concurso de acreedores mediante una ley especial, la ley concursal. (20/2003 ver BOE).

Esta ley da un nuevo tratamiento, al difícil tema de los efectos de la declaración de concurso sobre los actos realizados por el deudor en periodo sospechoso por su proximidad a ésta.

Según la ley concursal citada el presupuesto subjetivo, lo constituye:

1. La declaración de concurso procederá respecto de cualquier deudor, sea natural o jurídica.
2. El concurso de la herencia podrá declararse en tanto no haya sido aceptada pura y simplemente.
3. No podrán ser declaradas en concurso las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de derecho público.

36 El artículo citado señala como acreedores con privilegio sobre determinado bien el fisco y los municipios, el acreedor hipotecario, el acreedor pignoraticio ,los acreedores que tiene derecho de retención, el arrendados de fincas rusticas o urbanas, por lo que se le deba por causa del arrendamiento.

37 Código de comercio art 902.

38 Art 885 Código de comercio Costarricense.

39 Articulo 999 Código Civil Costarricense.

4. La declaración de concurso en caso de insolvencia del deudor común.

5. Se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no pueda cumplir regularmente sus obligaciones exigibles.

6. Si la solicitud de declaración de concurso la presenta el deudor, deberá justificar su endeudamiento y su estado de insolvencia, que podrá ser actual o inminente. Se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones.

7. Si la solicitud de declaración de concurso la presenta un acreedor ,deberá fundarla en titulo por el cual se haya despachado ejecución o apremio sin que del embargo resultaren bienes libres bastantes para el pago …..[40]

Es la sección tercera de la ley Concursal la que regula lo referente a clasificación de los créditos.

Los artículos 89, 90, 91,92, determinan lo que se conoce como créditos privilegiados, ordinarios y créditos subordinados etc.

El articulo 89 indica “1- Los créditos incluidos en la lista de acreedores se clasificarán, a efectos del concurso, en privilegiados, ordinarios y subordinados. 2- Los créditos privilegiados se clasificaran a su vez en créditos con privilegio especial, si afectan determinados bienes o derechos y créditos con privilegio general, si afectan a la totalidad del patrimonio del deudor. No se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en ésta ley. 3- Se entenderán clasificados como créditos ordinarios aquellos que no se encuentran clasificados en esta ley como privilegiados ni como subordinados. [41]

El pago de los acreedores se encuentra regulado en el artículo 154 de la ley concursal española, que señala que antes de proceder al pago de los créditos concursales, la administración deducirá de la masa activa los bienes y derechos necesarios para satisfacer los créditos contra ésta.

Sin embargo en el inc. tercero indica que las deducciones para atender el pago de los créditos contra la masa se harán con cargo a los bienes y derechos no afectos al pago de créditos con privilegio especial.

Una vez pagados los créditos contra la masa y con cargos a los bienes no afectos a privilegio especial se atenderá al pago de los créditos con privilegio general. Posteriormente se pagaran los créditos ordinarios según lo señala el artículo 157. Luego se pagaran los créditos subordinados. Según artículo 92 de la citada ley.

Visto lo anterior los créditos ordinarios y subordinados quedan en total desventaja en relación con los demás acreedores, de tal manera que la máxima Par Conditio Creditorum se ve burlada.

40 Ley concursal Española ,20/2003. Boletín Oficial Español
41 Ley concursal Española Boletín Oficial Español 20/2003.

Es interesante mencionar las observaciones que hace el Catedrático Carlos Rogel Vide[42] cuando analiza el concurso de acreedores y conditio par creditorum en la ley concursal española.

El citado catedrático nos indica:

El artículo 1911 del Código Civil (refiriéndose al Código Civil español) "uno de los más importantes de dicho cuerpo legal y de todos los demás del ordenamiento jurídico español, establece, como regla general, el principio de la responsabilidad patrimonial universal, al indicar que el deudor responde, del cumplimiento de las obligaciones que asume, con todos sus bienes presentes y futuros.”

Dentro del marco teórico de la responsabilidad patrimonial universal, hay bienes concretos afectos al cumplimiento de determinadas obligaciones, que no al de otras, habiendo, asimismo, créditos que tiene un tratamiento privilegiado.

"3- Existen acreedores preferentes, dignos de mejor trato que los ordinarios razón por la cual la **máxima par est conditio creditorum** – con la ley del dividendo que lleva aparejada –solo es predicable respecto a créditos del mismo rango y siempre que no jueguen otras máximas, tales como prior in tempore, potior in iure o la contraria, que, en ocasiones también juega.”

“4- Sabida la superación de la diversidad de instituciones concursales para comerciantes y no comerciantes que la ley 20/2003 consagra justificándola, entre otras razones y en su exposición de motivos ,por la desaparición del carácter represivo de la insolvencia mercantil, no tiene razón de ser alguna el mantenimiento de clasificaciones diversas de créditos-relevantes a la hora de la concurrencia de los mismos y de la prelación entre unos y otros-,en función de que estemos en presencia de un concurso de acreedores o de una ejecución singular”

"5- Solo podrán ver satisfecho plenamente su créditos, en el mejor de los casos, los acreedores privilegiados, sabidos los muchos créditos pre concursales existentes, créditos que, en no pocas ocasiones, agotan el patrimonio del deudor”

Incluso, **en concurrencia de créditos de la misma especie coincidentes si cabe sobre el mismo objeto, tampoco se aplica siempre la regla “par est conditio creditorum” sino que se juega, en los quirografarios, por ejemplo, con la diversa máxima “prior in tempore potior in iure”, en tanto que en los refaccionarios, se juega precisamente con la inversa, lo cual es lógico.”** [43] El subrayado es nuestro.

42 Rogel Vide.C op cit pag 31,32.
43 La jurisprudencia Española ha declarado que en materia concursal rigen los principios de limitación de los privilegios de Derecho público y de par condicio creditorum [igual condición de los acreedores], y la postergación en el cobro para los denominados créditos subordinados; (c) los recargos tienen carácter accesorio de la obligación y este carácter no se limita a los intereses, pues el recargo ejecutivo y el recargo de apremio excluyen y sustituyen los intereses moratorios a partir del inicio del periodo ejecutivo, razón por la cual, en la medida en que coinciden, realizan la misma función;
La legislación concursal obliga a estar a la fecha del nacimiento de la obligación y la fijación de este momento como determinante del carácter concursal o contra la masa del crédito correspondiente constituye una garantía del mantenimiento del principio de igualdad entre los acreedores del concursado. Este principio no puede verse alterado en función de la mejor adaptación a los principios del Derecho tributario, los cuales deben ceder (como de hecho ceden, en el propio ámbito tributario, cuando se establecen plazos especiales para el ingreso) para hacer posible el cumplimiento de los principios del Derecho concursal sobre igualdad entre los acreedores y restricción de los privilegios que se les reconocen. Sentencia nº 589/2009 de TS, Sala 1ª, de lo Civil, 20 de Septiembre de 2009

Según la posición del autor citado la par conditio creditorum como regla en el cual deben entrar los acreedores en condición de igualdad dentro del concurso de acreedores, se desvirtúa ante la situación de créditos preferentes o con privilegios. Incluso la condición de igualdad se desvirtúa aun tratándose de créditos quirografarios o comunes algunos más antiguos que otros .

Consideraciones finales

1. El patrimonio del deudor es prenda común de los acreedores. Ante el incumplimiento de sus obligaciones el deudor deberá responder con su patrimonio de las deudas contraídas.

2. En caso de que el deudor no tenga solvencia económica para responder frente a sus acreedores de modo que cae en estado de insolvencia, se abre un proceso concursal para efectos de que los acreedores logren el pago de sus respectivos créditos en paridad de condiciones.

3. La par conditio creditorum significa que los acreedores entran en igualdad de condiciones para el pago de sus créditos, sin embargo eso no significa tratar de forma igual a desiguales. La regla es tratar a iguales que estén en las mismas condiciones. No obstante lo anterior existen diferentes tipos de acreedores que como vimos en los diferentes ordenamientos jurídicos tiene una situación de privilegio frente a los demás.

4. En el caso de nuestro país por ejemplo serán créditos privilegiados los acreedores con garantía real, el derecho de retención, los créditos alimentarios, los créditos laborales tendrán preferencia para ser pagados sobre los acreedores comunes.

5. La legislación española regula lo referente al concurso de acreedores en una ley muy moderna y especial que rige a partir del 2003 .En esta ley como vimos clasifica los créditos en créditos ordinarios, créditos privilegiados y créditos subordinados.

6. Nuestra legislación necesita uniformar criterios mediante una ley especial y moderna que regule en forma unitaria lo referente al concurso de acreedores y el orden de los créditos dentro del concurso según su privilegio o clase tanto en materia civil como comercial.

7. En nuestro Derecho ocurre una situación similar, en el tanto existan créditos con preferencia a ser pagados, los créditos comunes, después de un proceso largo y costoso tendrán mucha suerte si recuperan tan siquiera un porcentaje del crédito debido los acreedores quirografarios.

8. Considero necesario una revisión completa de nuestras leyes que regulan los concursos de acreedores, sobre todo para unificar su tratamiento en una sola ley especial, que haga más ágil y expedito el proceso concursal.

9. El orden de prelación en que deben ser pagados los acreedores en el proceso de insolvencia o quiebra, establece la condición de igualdad de los acreedores, pero que se encuentran en un mismo rango. De allí que los acreedores en si no son tratados en igualdad de condiciones y el principio de par conditio creditorum se ve burlado y en la práctica aplicado como una excepción en vez de ser la regla. Al final los acreedores comunes no son pagados debidamente en virtud de acreedores con una mayor preferencia.

Si aplicáramos la par conditio creditorum en su esencia significaría que todos los acreedores sin distinción de preferencia deben ser pagados a prorrata o proporcionalmente a su crédito.

10. Por otra parte la crítica que hace Rogel Vide es aplicable también a nuestro Derecho, pues en definitiva la suerte de los acreedores comunes es casi nula ante la presencia de créditos con preferencia. Debería darse una revisión a las reglas relativas al derecho de los acreedores con privilegio sobre el patrimonio de los acreedores comunes estableciendo una porcentaje de reserva forzoso a favor de estos últimos.

11. Podemos concluir que los objetivos tanto generales como específicos del presente trabajo se cumplieron.

Bibliografía.

ALBALADEJO, Manuel. Derecho Civil II: Derecho de Obligaciones. Volumen

Primero. Quinta Edición. Librería Bosch. Barcelona, España. 1980.

ALTERINI, Atilio; Aníbal y otros. Derecho de Obligaciones: Civiles y Comerciales.

Segunda Edición Actualizada. Abeledo – Perrot. Buenos Aires, Argentina.
1998.

BRENES CÓRDOBA, Alberto. Tratado de las Obligaciones. Ediciones Juricentro. S.A. San José, Costa Rica. 1977.

BLASCO GASCO Derecho Civil Obligaciones y contratos editorial Tirant lo Blanch 1998.

COSSIO ALFONSO Instituciones de Derecho Civil Alianza Universidad primera edición 1975.

DÍEZ - PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil. Volumen II.
Editorial Tecnos. Madrid. España. Cuarta edición 1983.

FERNANDO MONTERO PIÑA Obligaciones primera edición Premia editores 1999.

LACRUZ BERDEJO, José Luis. Elementos de Derecho Civil II. Librería Bosch. Segunda Edición, Tomo II. Vol. I. Barcelona, España, 1985.

LINO RODRÍGUEZ - ARIAS BUSTAMANTE. Derecho de Obligaciones. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, España. 1965.

MANAVELLA Carlos Las relaciones Jurídicas Obligatorias Instituto de

Investigaciones Jurídicas Collegium Academicum ,San José Costa Rica, enero 1982.

MANUEL BROSETA PONT Manual de Derecho Mercantil editorial tecnos, 1978.pag 396

PEREZ VARGAS Víctor Derecho Privado cuarta edición litografía e imprenta Lil S.A 2013.

ROGEL VIDE CARLOS, RUGGIERO DE ROBERTO Instituciones de Derecho Civil

Tomo dos volumen primero Instituto editorial Reus.

SALAS MURILLO EVELYN Y JAIME BARRANTES GAMBOA Código Civil Biblioteca Jurídica Dike primera edición 2002.

SANCHO REBULLIDA Francisco Voz Obligación, publicado en Gran enciclopedia Rialp ediciones, Madrid 1973 p 174-190.

Códigos

CODIGO CIVIL ESPAÑOL

LEY CONCURSAL ESPAÑOLA Documento BOE-A-2003-13813.ley 20/ 2003.

CODIGO DE COMERCIO COSTA RICA

CODIGO CIVIL COSTA RICA

CODIGO CIVIL ITALIANO.

LA TEORÍA DE LA INDIVIDUALIZACIÓN EN LOS PROCESOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL. COMENTARIO DE LA SENTENCIA 7-F-2012 DE LA SALA PRIMERA DE CASACIÓN

M. Sc. Yuri López Casal (Heidelberg)

1. Introducción

Las consecuencias procesales que tiene la concurrencia de regímenes jurídicos de responsabilidad civil son de muy diversa índole y en la doctrina del Derecho Procesal Civil han sido objeto de álgido y controversial debate. Algunas de esas consecuencias tienen incidencia directa en temas tales como la acumulación de pretensiones, la litispendencia, la denominada “mutatio libelli” y la cosa juzgada.

La base de esos interesantes y polémicos temas descansa en el concepto de la causa petendi. Como es bien sabido, los sujetos, el objeto y la causa petendi son los tres elementos constitutivos de la pretensión. La pregunta clave es: ¿Cómo está conformada la causa petendi? La doctrina del Derecho Procesal Civil ha contestado esa pregunta de dos maneras diferentes y opuestas entre sí: Por un lado, se encuentra la llamada teoría de la sustanciación, la cual preconiza que la causa petendi está conformada, únicamente, por los hechos, es decir, por los acontecimientos históricos narrados por las partes, fundamentalmente en sus escritos de demanda y contestación de demanda y las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que esos sucesos acaecieron. Por otro lado, está la denominada teoría de la individualización, de acuerdo con la cual la causa petendi está conformada por los hechos de la demanda, definidos y caracterizados como se indicó anteriormente, más el fundamento o calificación jurídica invocada en ella.

Tradicionalmente, la jurisprudencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia ha sido partidaria de la teoría de la sustanciación y, por este motivo, ha creado y alimentado una concepción rígida, tajante y absoluta sobre la aplicación del llamado principio “iura novit curia”, principio de acuerdo con el cual el Juez es soberano para aplicar el Derecho al caso sometido a su conocimiento y decisión, independientemente de si las normas jurídicas que él considera aplicables coinciden o no con el fundamento jurídico que las partes del proceso, pero especialmente el actor, quien es el que pretende el resarcimiento de los daños y perjuicios en los procesos por responsabilidad civil, hubiesen invocado en la demanda, en la contestación de la demanda, en la reconvención y en la réplica.

El presente trabajo consiste en el comentario de una reciente sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, que es la **número 7-F-S1-2012 de las 9:05 horas del 12 de enero de 2012,** en la cual, sin decirlo así expresamente el más alto tribunal civil del

país, nos parece que la Corte de Casación aplicó la teoría de la individualización en lugar de la teoría de la sustanciación y en vez de haber casado la sentencia de segunda instancia por incongruente y haber ordenado el reenvío al Tribunal de segunda instancia para que éste volviera a dictar la sentencia conforme a Derecho, lo que hizo fue desestimar el recurso de casación interpuesto por el demandado e imponerle la obligación de pagar daños y perjuicios con base en normas jurídicas que nunca fueron invocadas por el demandante y que, por lo tanto, nunca fueron conocidas por el demandado quien, con toda razón, alegó haber sido víctima de incongruencia de la sentencia de segundo grado y de violación de su derecho de defensa en juicio.

2. Las teorías de la individualización y de la sustanciación.

De acuerdo con la teoría de la individualización, el demandante debe correlacionar los hechos en los que funda la demanda con las concretas normas jurídicas que, según él, respaldan o acuerpan sus pretensiones materiales. Como se puede apreciar, para los seguidores de esta teoría no es suficiente la pura invocación o narración de los hechos, sino que, además de eso, es necesario calificarlos jurídicamente, o sea, citar las normas jurídicas que sustentan el petitum de la demanda. Como el actor debe calificar esos hechos a la luz de las normas sustantivas, cualquier modificación en el Derecho aplicable cambia la causa petendi, lo cual implica, desde la perspectiva del Juez, que el administrador de justicia no puede proponer, en su sentencia, una calificación jurídica diversa a la esgrimida por el actor, sino que deberá sujetarse estrictamente a aquélla en la que se fundamenta la demanda. Caso contrario, la sentencia sería incongruente, porque el Juez emitiría su veredicto fuera de los límites en los cuales quedó trabada la litis y afectaría el debido proceso y el derecho de defensa del demandado, quien se vería sorprendido e inerme ante la variación oficiosa del fundamento o calificación jurídica que el actor citó en su demanda.

Por su parte, la teoría de la sustanciación preconiza que la causa petendi está conformada, única y exclusivamente, por los hechos, es decir, por los acontecimientos históricos que, en determinadas condiciones de modo, tiempo y lugar, mueven al actor a plantear su demanda ante los Tribunales de Justicia para obtener la tutela de su lesionada esfera jurídica. A diferencia de la teoría de la individualización, la teoría de la sustanciación coloca el énfasis en el conjunto de hechos afirmados por el actor como fundamento de su pretensión, de manera que el Juez queda vinculado a esa plataforma fáctica, pero no al fundamento ni a la calificación jurídica que el actor le hubiese dado. Las partes procesales asumen, pues, el deber procesal de alegar los hechos constitutivos, modificativos o extintivos de la pretensión y el Juez se encarga de traducir esos hechos y subsumirlos en las normas del Ordenamiento Jurídico que den solución al caso concreto sometido a decisión jurisdiccional. De este modo, queda claro que la potestad del Juez en la aplicación del Derecho es sumamente amplia, al tener que investigar y aplicar la norma jurídica que estime pertinente y no está vinculado al fundamento o calificación jurídica que las partes del proceso le hubiesen expuesto en los actos y momentos procesales oportunos. La modificación judicial del fundamento o calificación jurídica de la pretensión material no implica un cambio de la causa petendi, de manera que la sentencia dictada en esas circunstancias no sería incongruente y las partes no podrían alegar indefensión ni violación del debido proceso. (sobre el concepto, características y consecuencias de estas teorías ver Díez-Picazo, Luis. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Tomo V. La responsabilidad civil extracontractual, 2011, página 224).

3. El caso concreto resuelto por la Sala Primera en su sentencia número 7-F-S1-2012 de las 9:05 horas del 12 de enero de 2012

La síntesis fáctica fue la siguiente: “El 21 de abril de 2007, Y. D. H. B., en ese entonces menor de edad, visitó el P. N. D. en compañía de su novio y varios familiares. Entre otras, en horas de la tarde, hizo uso de la atracción acuática denominada “El Reventazón”. Al dejarla, se quejó de un fuerte dolor en el hombro izquierdo, por lo que fue llevada a la enfermería del parque para recibir atención. De ahí, luego de aplicársele un anti-inflamatorio líquido en la zona afectada, fue remitida al Hospital México, donde se le diagnosticó una fractura de la clavícula izquierda no desplazada. El señor M. Á. H. H., padre de la joven Y. D., interpone el presente proceso ordinario contra la A. H. N. N. (en adelante la Asociación). Pretende se condene a la accionada a pagarle a su hija “(…) los daños que ha sufrido como consecuencia directa de la lesión y quebradura de su clavícula izquierda (…)”, los cuales desglosa de la siguiente manera: ¢30.000.000,00 por la “(…) discapacidad parcial permanente y pérdida de movilidad de su brazo izquierdo, además el dolor que ha tenido que soportar durante su prolongada convalecencia (…)”; ¢15.000.000,00 por daño moral; ¢20.000.000,00, en concepto de “perjuicios” que “(…) consisten en que la pérdida de movilidad pone (sic) en riesgo el sueño de mi hija de convertirme (sic) en médico cirujana (…)”; los intereses al tipo legal sobre toda suma que se otorgue desde la fecha del accidente y hasta su efectivo pago; y ambas costas del proceso. La Asociación interpuso las defensas previas de falta de: competencia territorial, capacidad y la defectuosa representación, las cuales fueron rechazadas interlocutoriamente. Contestó en forma negativa la demanda y opuso las excepciones de falta de: derecho, interés, legitimación activa y pasiva. El Juzgado, acogió la falta de derecho, rechazó las demás defensas y declaró sin lugar la demanda en todos sus extremos. Resolvió, además, sin especial condenatoria en costas. El Tribunal revocó el fallo del A quo, únicamente en cuanto acoge la excepción de falta de derecho en su totalidad y declaró sin lugar la demanda en todos sus extremos. En su lugar, denegó parcialmente esa defensa en cuanto a los extremos de daño moral. Condenó a la accionada al pago 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. El apoderado especial judicial de la Asociación formula recurso de casación.

4. La casación por razones procesales interpuesta por la parte demandada

El apoderado especial judicial de la parte demandada interpuso recurso de casación por razones procesales contra la sentencia

de segundo grado y lo basó en el siguiente agravio: “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.

5. La decisión de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia con respecto a la casación por razones procesales interpuesta por la parte demandada

La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia desestimó el recurso de casación por razones procesales interpuesto por la asociación demandada con base en las siguientes consideraciones: “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 implicativo 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 apersone 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".

Con base en la transcripción literal anterior, se colige que, para la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, la casación por razones procesales interpuesta por la parte demandada no podía ser acogida porque el actor, en el hecho número doce de la demanda, incluyó la mención de que, en su criterio, a la parte demandada le cabía responsabilidad civil objetiva. Debido a eso, según la Sala Primera de casación, el demandado sí tuvo conocimiento del tipo de responsabilidad civil (objetiva) que le atribuyó el actor y como tuvo la oportunidad de combatir esa atribución y calificación jurídica, el demandado no podía aducir que la sentencia de segunda instancia había sido incongruente ni que se le hubiera causado indefensión.

Hay varios aspectos relevantes que surgen de esa decisión. En primer lugar, se infiere que, en este caso concreto, la Sala Primera de Casación optó por aplicar la teoría de la individualización y no la teoría de la sustanciación, que es su teoría predilecta, porque la ha utilizado en otros casos anteriores, en los cuales ha dicho, muy claramente, que la causa petendi está constituída, únicamente, por los hechos de la demanda. **(al respecto ver Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia número 1442 de las 9:35 horas del 24 de noviembre de 2011)**. En efecto, si se examina con detenimiento la redacción del hecho número doce de la demanda del actor, que fue la base para la desestimación de la casación por razones procesales interpuesta por la parte demandada, se colige que, junto con las circunstancias fácticas narradas por la parte actora en ese hecho, aparece una concreta calificación jurídica, cual es la mención expresa de la frase ***"responsabilidad civil objetiva de su actividad".*** Se concluye, pues, que la causa petendi de la demanda, en este particular caso concreto, está conformada o compuesta por los acontecimientos históricos acaecidos en especiales circunstancias de modo, tiempo y de lugar más la calificación jurídica del específico tipo de responsabilidad civil que la actora le endilgó a la parte demandada. Tal modo de concebir la causa petendi es característico y definitorio de la teoría de la individualización y no de la teoría

de la sustanciación, que es la que siempre ha sostenido la jurisprudencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. En segundo lugar, sinceramente no basta que el actor hubiese incorporado, en el hecho doce de su demanda, la calificación jurídica de "responsabilidad civil objetiva de su actividad" para que, por esa simple mención, el demandado hubiera tenido la capacidad sobrenatural de adivinar, suponer o intuir que el actor le estaba atribuyendo responsabilidad civil objetiva con base en el numeral 35 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor. Definitivamente se le causó indefensión al demandado, pues el actor nunca invocó, como fundamento jurídico de su pretensión resarcitoria de daños y perjuicios, el especial régimen jurídico de responsabilidad civil objetiva que estatuye esa norma jurídica y, debido a ello, el demandado no tuvo la posibilidad de defenderse y de cuestionar porqué no se configuraban los requisitos constitutivos de ese régimen de responsabilidad civil objetivo y tampoco pudo alegar y probar las causales de exoneración de responsabilidad civil ínsitas en la norma legal pluricitada. Si el actor, libre y voluntariamente, basó su pretensión de resarcimiento de daños y perjuicios en los numerales 21, 1045 y 1048 del Código Civil, pues era su deber procesal demostrar los requisitos constitutivos de los tipos de responsabilidad civil que contempla el Código Civil en esas normas. En tercer lugar, los criterios de imputación jurídicos que establecen los artículos 1045 y 1048 del Código Civil son muy diferentes del que establece el numeral 35 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor **(al respecto ver Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia número 200-F-S1 de las 9:40 horas del 16 de febrero de 2012)**, de modo que la simple mención, en uno de los hechos de la demanda, de que el demandado era objetivamente responsable por los daños y perjuicios ocasionados al actor, no permite variar o intercambiar, indiscriminadamente, dos diferentes regímenes jurídicos de responsabilidad civil objetiva como lo son el estatuído en los párrafos 4 y 5 del numeral 1048 del Código Civil y el que contempla el artículo 35 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor.

6. Consideraciones finales

Quizás la conclusión más concreta que se obtiene del anterior análisis de la sentencia número 7-F-S1-2012 de las 9:05 horas del 12 de enero de 2012 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia consiste en la sorpresiva e inusual adopción, para la solución del caso concreto, de la teoría de la individualización en lugar de la teoría de la sustanciación, que es la que siempre ha seguido la jurisprudencia de la Sala Primera de Casación. La utilización tácita de la teoría de la individualización permitió a la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia desestimar el recurso de casación por razones procesales interpuesto por la parte demandada porque, de ese modo, logró justificar, con una cuestionable y superficial coherencia, la decisión de segunda instancia consistente en atribuirle al demandado responsabilidad civil objetiva con base en el artículo 35 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor.

No es válido ni tampoco aceptable que la Corte de Casación haya aplicado, a un caso concreto, la teoría de la individualización en tanto que, para otros casos similares, en

los cuales puede haber más de un régimen jurídico de responsabilidad civil que acuerpa o respalda la pretensión de resarcimiento de daños y perjuicios deducida por el damnificado, se decante por la teoría de la sustanciación. Dado que se trata de teorías diferentes y contrapuestas entre sí, con consecuencias procesales distintas, sumamente delicadas y determinantes, las cuales dependen de que se siga una posición o la otra, se necesita ser claro y coherente sobre cuál teoría de la causa petendi se sostiene y se aplica para dar solución a los casos en los que cuales subyace la posibilidad de aplicar más de un régimen jurídico de responsabilidad civil.

Finalmente y con el mayor de los respetos, nos parece que la parte demandada tenía razón con respecto al motivo en el que sustentó su recurso de casación por razones procesales. Esto por dos razones: Por un lado, porque la parte actora nunca invocó, como fundamento jurídico de su demanda, el numeral 35 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, de modo entonces que el demandado nunca tuvo la posibilidad de externar su posición al respecto, de cuestionar la configuración de ese régimen jurídico de responsabilidad civil objetivo ni de ofrecer pruebas tendentes a demostrar la inexistencia de sus requisitos constitutivos y la existencia de las causales de exoneración de ese tipo de responsabilidad civil. Es decir, quedó en estado de indefensión y, con ello, se lesionó su derecho constitucional de defensa en juicio (Artículos 39 y 41 de la Constitución Política). Por otro lado, la simple y superficial mención que hizo el actor, en el hecho número doce de su demanda, de que a la parte demandada le cabía responsabilidad civil objetiva, era insuficiente para que el demandado, como lo sostuvo finalmente la Sala Primera de Casación, lograra adivinar o presentir que existía la posibilidad de que se le pudiera endilgar la responsabilidad civil objetiva que establece el artículo 35 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor. Exigirle al demandado que adivinara o previera esa posibilidad, sin que el actor hubiera hecho la más mínima invocación o referencia a ese específico régimen de responsabilidad civil objetiva, podría interpretarse como una forma sutil de privilegiar el derecho de reparación integral del daño sobre el derecho de defensa que la Constitución Política y las leyes le garantizan al presunto autor de la acción u omisión dañosa. Debido a ello, la teoría de la individualización es la que, verdaderamente, permite un debate justo, leal, equilibrado y transparente entre los titulares de ambos derechos, al punto de que si el damnificado por el daño considera que puede pretender la reparación o la indemnización con base en múltiples y diferentes regímenes jurídicos **(sistema opcional)**, pues entonces podrá hacer uso del instituto procesal de la acumulación subsidiaria de pretensiones, prevista en el artículo 123 del Código Procesal Civil, tal y como se ha realizado en otros casos parecidos **(al respecto ver Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia número 421-F-S1-2013 de las 14:50 horas del 9 de abril de 2013).**

“EL DEBIDO PROCESO EN LA JURISPRUDENCIA DEL COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LA ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS”

M. Sc. Alfonso Chacón Mata
Profesor de Derechos Humanos,
Facultad de Derecho,
Universidad de Costa Rica

INTRODUCCIÓN

Las siguientes líneas conllevan la intencionalidad de mostrar los principales alcances definitorios del <<*due process o law*>> como dirían los países angloparlantes o para nuestro medio, las garantías del *Debido Proceso,* en el marco de la jurisprudencia emanada por el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas. En esta oportunidad, hemos escogido al menos seis descriptores o variables específicas que forman parte de la garantía en examen, así como sesenta y cinco resoluciones del Comité, atinentes a dichos tópicos. Esta escogencia somos consientes, puede generar cuestionamientos en referencia a la validez o pertinencia de los parámetros de escogencia, más sin embargo nos adelantamos a este tipo de inferencias aduciendo que la selección se ha hecho basada en tres criterios: (i) Necesidad de caracterizar globalmente la variable aludida, escogida por su importancia y aporte al derecho como disciplina; (ii) Convencimiento que las resoluciones del Comité de Derechos Humanos que vamos a exponer, ayudarán a contar con una perspectiva comparada de la tutela del debido proceso en el ámbito del sistema universal de protección de los derechos humanos y, (iii) Claridad de las resoluciones escogidas, que nos permitan así, marcar tendencias e ilustrar nuevos caminos sobre la observancia de este derecho humano, de tan vital trascendencia.

Como una consideración preeliminar al margen, es importante acotar que para los efectos de este ensayo hablamos de “jurisprudencia” no en sentido estricto, en el entendido que esta función se relaciona como comúnmente ha sido o usual en la doctrina jurídica, con órganos investidos de juricidad y vinculancia en sus decisiones, como sería la competencia soberana e inalienable que tienen los propios Estados de declarar el derecho vigente. Más bien, nos referimos a aquellas resoluciones construidas por un órgano independiente y especializado como sería el Comité de Derechos Humanos, derivado del consenso de las partes al obligarse en el marco de la suscripción de un tratado internacional, asumiendo derechos y obligaciones singularizadas a través del cumplimiento de normas bajo el principio del *Pacta Sunt Servanda.* Los informes de casos emanados por el Comité, no dejan de ser resoluciones concretas destinadas a producir efectos jurídicos en el Estado aludido, pero que carecen de efecto vinculante o compulsivo. No obstante, su aporte como constructo caracterizador de los alcances de la garantía del debido proceso, es de vital trascendencia para clarificar y conminar

a la comunidad internacional en general, a cumplir y respetar los alcances del PIDCP.

Ahora bien, empezamos este recuento haciendo una breve alusión del órgano principal para la tutela correctiva de los derechos civiles y políticos, sea el Comité de Derechos Humanos. Al respecto, una vez terminada la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Comisión de Derechos Humanos –hoy Consejo de Derechos Humanos-, se abocó a redactar proyectos de pactos internacionales. Para el año de 1954, se habían terminado los textos preliminares del "Pacto de Derechos Civiles y Políticos" (PIDCP) y del "Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales" (PIDESC), siendo enviados a la Asamblea General para ser revisados artículo por artículo en cada uno de sus períodos de sesiones, desde 1955 hasta 1966. Finalmente, los dos Pactos y el Protocolo Facultativo fueron aprobados por la Asamblea General el 16 de diciembre de 1966; el Pacto de derechos civiles por 106 votos contra ninguno y el Protocolo facultativo a este Pacto, por 66 votos contra 2, y 38 abstenciones[1].

Se hace imperioso acotar que la mayoría de las disposiciones establecidas en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), han sido enunciadas en la Declaración Universal de Derechos Humanos. Así nos encontramos que se tutelan en ambos instrumentos internacionales, derechos tales como el de la *prohibición de tortura y penas crueles*[2]*; la prohibición de esclavitud*[3]*; la detención o prisión arbitraria*[4]*; o la libertad de conciencia*[5]*,* solo por poner algunos ejemplos. Con respecto al carácter absoluto y las limitaciones del Pacto mismo, éste instrumento reseña las propias limitaciones y restricciones admisibles: "…se puede decir que en general el Pacto prevé que los derechos no podrán ser objeto de más restricciones que las previstas por ley y que sean necesarias para la protección de la seguridad nacional, el orden público, la moral, la salud pública o los derechos y libertades de terceros"[6].

El PIDCP establece un procedimiento de informes como método principal de aplicación internacional. La diferencia principal entre los dos Pactos desde un inicio, consiste en que con arreglo al Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Consejo Económico y Social, asistido por la Comisión de Derechos Humanos –hoy Consejo de Derechos Humanos- y por los organismos especializados, constituye el mecanismo de aplicación. En cambio, conforme al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, esa función es desempeñada por el Comité de Derechos Humanos[7].

Todos los Estados partes dentro del Pacto, están obligados a presentar informes sobre aquellas disposiciones que se hayan adoptado,

1. Organización de las Naciones Unidas (ONU). "Mecanismos para los Derechos Humanos**"**, folleto informativo número 1, Organización de las Naciones Unidas, Ginebra, 1988.
2. "Declaración Universal de Derechos Humanos", art 5 ; "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos", art. 7.
3. Artículo 4 y artículo 8 respectivamente.
4. Artículo 9 en ambos instrumentos.
5. Artículo 18 en ambos instrumentos.
6. ONU, Op Cit, pp 106-107.
7. Véase artículo 28 y siguientes de este tratado.

para resguardar los derechos enunciados dentro del tratado, a nivel doméstico. Tales informes deberán presentarse ante el citado Comité de Derechos Humanos, órgano que los deberá estudiar y analizar, transmitiendo informaciones y observaciones a los propios Estados. Existe además otro procedimiento de control, consistente en un sistema de comunicaciones de Estado a Estado, (control recíproco en el cumplimiento del Pacto) el cual es optativo y se opera solamente cuando un Estado parte reconoce la competencia del Comité de Derechos Humanos para recibir y examinar tales comunicaciones.

Por último, el Pacto prevé la creación de un órgano adicional; si un asunto sometido al Comité no se resuelve a satisfacción de las Partes interesadas. Para ello, el Comité de Derechos Humanos puede, previo consentimiento de las partes, nombrar una "Comisión Especial de Conciliación" integrada por cinco personas aceptables por los Estados partes interesados.

Además del sistema de informes, comunicaciones y procedimiento de conciliación; existen los denominados **"Protocolos Facultativos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos".** En la actualidad se han aprobado dos Protocolos, entrando el primero en vigor, durante la misma fecha de aprobación del Pacto, en 1966. Este protocolo estipula que todo Estado parte en el Protocolo conoce la competencia del Comité de derechos Humanos para recibir y examinar las comunicaciones de individuos sometidos a su jurisdicción y que pretenden ser víctimas de una violación por parte de un Estado suscriptor del Pacto, en cuanto a los derechos establecidos dentro del tratado. Dos grupos de trabajo, establecidos de acuerdo con los artículos 62 y 89 de su reglamento, se reúnen antes de cada período de sesiones del Comité. El grupo de trabajo establecido en virtud del artículo 89 tiene como función, hacer recomendaciones al Comité, sobre el cumplimiento de las condiciones de admisibilidad en relación con las comunicaciones/quejas individuales recibidas de conformidad con el Protocolo Facultativo.

El Segundo Protocolo Facultativo, fue destinado a abolir la pena de muerte, adoptándose el 15 de diciembre de 1989, entrando en vigor el 11 de julio de 1991.

Desde la perspectiva internacional comparada, traemos a colación lo vertido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando caracteriza al *debido proceso legal* de la siguiente manera:

> "En opinión de esta Corte, para que exista "debido proceso legal" es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. Al efecto, es útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal. El desarrollo histórico del proceso, consecuente con la protección del individuo y la realización de la justicia, ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales. Son ejemplo de este carácter evolutivo del proceso los derechos a no autoincriminarse y

> a declarar en presencia de abogado, que hoy día figuran en la legislación y en la jurisprudencia de los sistemas jurídicos más avanzados. Es así como se ha establecido, en forma progresiva, el aparato de las garantías judiciales que recoge el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al que pueden y deben agregarse, bajo el mismo concepto, otras garantías aportadas por diversos instrumentos del Derecho Internacional"[8]

Nuestra Sala Constitucional en Costa Rica, ha delineado fidedignamente desde sus inicios, la esencia o composición de lo que debe entenderse por *Debido Proceso.* La sentencia se remonta a un amparo interpuesto por un funcionario público, a quien se le lesiona el derecho de información y de defensa, por no habérsele permitido rendir su declaración con su abogado ante la Sección de Vialidad. En ese sentido, en la sentencia N°15-90 de las 16:45 horas de 5 de enero de 1990, los Señores Magistrados caracterizaron el asunto de la forma siguiente: "... el derecho de defensa garantizado por el artículo 39 de la Constitución Política y por consiguiente el principio del debido proceso, contenido en el artículo 41 de nuestra Carta Fundamental, o como suele llamársele en doctrina, principio de 'bilateralidad de la audiencia' del 'debido proceso legal' o 'principio de contradicción' (...) se ha sintetizado así: a) Notificación al interesado del carácter y fines del procedimiento; b) derecho de ser oído, y oportunidad del interesado para presentar los argumentos y producir las pruebas que entienda pertinentes; c) oportunidad para el administrado de preparar su alegación, lo que incluye necesariamente el acceso a la información y a los antecedentes administrativos, vinculados con la cuestión de que se trate; ch) derecho del administrado de hacerse representar y asesorar por abogados, técnicos y otras personas calificadas; d) notificación adecuada de la decisión que dicta la administración y de los motivos en que ella se funde y e) derecho del interesado de recurrir la decisión dictada." "... el derecho de defensa resguardado en el artículo 39 ibídem, no sólo rige para los procedimientos jurisdiccionales, sino también para cualquier procedimiento administrativo llevado a cabo por la administración pública; y que necesariamente debe dársele al accionante si a bien lo tiene, el derecho de ser asistido por un abogado, con el fin de que ejercite su defensa..."[9].

Finalmente, es menester indicar que la importancia que reviste la temática revisada

8. Corte IDH. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal**.** Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999**.** Serie A No. 16, párrafo 117.
9. Posteriormente, la jurisprudencia ha desarrollado valiosos antecedentes, entre los cuáles destacamos las siguientes resoluciones: SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Voto No 747-91 de las 14:19 del diecinueve de abril de 1991; ver en el mismo sentido la sentencia N° 5516-96 de las 18:06 del dieciséis de octubre de 1996; SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Voto No 1739-92, de las 11:45 del primero de julio de 1992. Ver punto G) del Considerando X de la citada sentencia; SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Voto Nº 2945-94 de las ocho horas con doce minutos del diecisiete de junio de mil novecientos noventa y cuatro; SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, San José, Voto No 5469-95 de las 18:03 horas del cuatro de octubre de 1995; SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Voto Nº 5596-96, de las 15:15 minutos del veintidós de octubre de 1996; SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**.** Voto Nº 2001-01545, a las 09:31 del veintitrés de febrero del 2001; SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Voto Nº 13140-2003 de las 14:37 del doce de noviembre del 2003.

en este artículo, para nuestros efectos jurídicos, consiste en la aplicabilidad de los preceptos jurisprudenciales emanados del Comité de Derechos Humanos en el sistema jurídico costarricense. Al respecto, el Alto Tribunal desde sus orígenes[10], ha señalado en términos generales que este ámbito del Derecho en nuestro ordenamiento jurídico, a diferencia de los otros instrumentos del Derecho Internacional, no tienen únicamente un valor superior a la Ley de acuerdo con el artículo 7° constitucional, sino que sus disposiciones, en la medida en que brinden mayor cobertura, protección o tutela de un determinado derecho, deben prevalecer por sobre éstos; lo anterior teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Política. Por su parte, en la sentencia N° 3435-92 y su aclaración, N° 5759-93 esta Sala reconoció que "*los instrumentos de Derechos Humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman por sobre la Constitución*"[11].

En este trabajo, haremos mención de siete grandes temas en los que hemos considerado se ventilan tópicos jurisprudenciales de suma importancia que congloban la garantía denominada "Debido Proceso". Básicamente, los asuntos harán mención del artículo 14 del PIDCP, que se constituye en la base sobre la que recae el desarrollo jurisprudencial ulterior, que estamos destacando en estas líneas. Sobre dicha prerrogativa, el Comité ha dicho que es de naturaleza particularmente compleja y en él se combinan diversas garantías con diferentes ámbitos de aplicación: "La primera oración del párrafo 1 establece una garantía general de igualdad ante los tribunales y cortes de justicia, que rige con independencia de la naturaleza de las actuaciones ante estas instancias. La segunda oración de este mismo párrafo consagra el derecho de las personas a ser oídas públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, si se enfrentan a una acusación de carácter penal o si se trata de determinar sus derechos y obligaciones de carácter civil. En estas actuaciones la prensa y el público sólo pueden ser excluidos de las vistas públicas en los casos especificados en la tercera oración del párrafo 1. Los párrafos 2 a 5 del artículo prevén las garantías procesales de que disponen las personas acusadas de un delito. El párrafo 6 establece un derecho sustantivo a la indemnización cuando se haya producido un error judicial"[12].

10. SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Voto No 1147-90 de las 16:00 hrs del 21 de setiembre de 1990. Así, en la sentencia aludida, en que se declaró la inconstitucionalidad del artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial para reconocer a un abogado sentenciado su derecho a la jubilación, se dijo que las normas internacionales de derechos humanos:
"tienen, no sólo el rango superior a la ley ordinaria que les confiere el artículo 7 de la Constitución sino también un amparo constitucional directo que prácticamente los equipara a los consagrados expresamente por la propia Carta Fundamental, al tenor del artículo 48 de la misma (reformado por ley N. 7128 de 18 de agosto de 1989); entre esos derechos, concretamente, los reconocidos en los artículos 25, 28 y 30 –así corregidos los que se invocan en la acción- del Convenio sobre la Seguridad Social, N. 102 de la OIT"
11. SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Voto No 2313-95 de las 16:18 hrs. de 9 de mayo de 1995.
12. Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, "Observación general Nº 32 del Comité de Derechos Humanos: El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y la corte de justicia (art. 14)", documento CCPR/C/GC/32 (2007), párrafo 3.

Procedemos a destacar cada una de las vertientes recogidas en este trabajo las cuáles hemos destacado en temas tales como el contradictorio; el valor de las probanzas; defensa técnica; régimen de impugnaciones y motivación de los actos; el proceso y sus actores; entre otros tópicos que hemos considerado de sumo interés para ser analizados a lo largo del presente trabajo.

I. EL PRINCIPIO DE LA BILATERALIDAD-CONTRADICTORIO

Empezamos por esta importante prerrogativa, tratando de determinar algunos parámetros que ha establecido el Comité de Derechos Humanos al respecto. Entre las muchas variables que pudimos haber escogido para caracterizar el *Principio de Bilateralidad y Contradictorio,* escogimos repasar en esta oportunidad en torno a la igualdad procesal de armas; la importancia de la audiencia oral y la bilateralidad tratándose de juzgamientos militares.

1.1 Principio de Bilateralidad e Igualdad de Armas

En este primer tema a desarrollar, empezamos aduciendo que en un caso ventilado ante el Comité de Derechos Humanos, se denuncia al estado finlandés por haber permitido el Tribunal de Apelación, la explotación forestal y la construcción de caminos en la zona de Kariselkä, comprensiva de los mejores terrenos hibernales. Los autores de la comunicación pretenden que fueron violados los párrafos 1 y 2 del artículo 14 del Pacto por la parcialidad con que el Tribunal de Apelación prejuzgó el resultado del caso y quebrantó el principio de igualdad de condiciones i) al permitir la celebración de vistas orales y no permitir la realización de una inspección del lugar y ii) al tener en cuenta información fundamental sin permitir que la parte contraria formulara observaciones al respecto.

También sostienen que la sentencia del Tribunal de Apelación que les impuso el pago de las costas judiciales tras el fallo favorable obtenido en primera instancia equivale a prevenciones y, en efecto, impide que otros miembros de la tribu *sami,* invoquen los derechos consagrados en el Pacto para defender su cultura y su sustento.

Al respecto, el Comité hace notar que los tribunales tienen la obligación fundamental de garantizar la igualdad entre las partes, y dar, en particular, la posibilidad de oponerse a todos los argumentos y pruebas presentados por la otra parte. El Tribunal de Apelación recurrido declara que tuvo un "motivo especial" para tener en cuenta las comunicaciones concretas hechas por la otra parte y que le pareció "manifiestamente innecesario" invitar a la otra parte a dar una respuesta.

En estas condiciones, los autores quedaron privados de la posibilidad de responder a la documentación presentada por la otra parte, que el Tribunal tuvo en cuenta para llegar a una decisión favorable a la parte que presentaba las observaciones. El Comité considera que estas circunstancias ponen de manifiesto que el Tribunal de Apelación no dio una plena oportunidad a cada parte para impugnar las comunicaciones de la otra y violó así el principio de la igualdad ante los tribunales y el principio de un juicio equitativo enunciados en el párrafo 1 del artículo 14 del Pacto[13].

13. Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación Nº CCPR/C/73/D/779/1997 : Finlandia, español, párrafo 7.4, 07 de noviembre del 2001.

1.2 La Audiencia Oral como manifestación del Principio de Bilateralidad

Otro asunto que se hace digno de mencionar, consiste en la importancia de la audiencia oral como una manifestación propia de la bilateralidad. Al respecto, en un caso sometido al Comité, el autor alega ser víctima de una violación del Pacto porque afirma que fue privado del derecho a un juicio público, con audiencia pública, con asistencia obligatoria del defensor y del ministerio público, según lo establecido en el Código de Procedimiento Penal de su país, Colombia, que entró a regir el 1º de julio de 1992 y recuerda la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos en el caso *Elsa Cubas contra el Uruguay* y *Alberto Altesor contra el Uruguay,* el cual concluyó que había en ambos casos violación del artículo 14, párrafo 1 del Pacto porque el juicio se celebró en su ausencia, a puerta cerrada y sin sentencia pública.

El autor sostiene que los procedimientos que se iniciaron en su contra se llevaron a cabo solamente por escrito, excluyendo toda audiencia tanto oral como pública. El Estado Parte no refuta estas alegaciones, sino que ha meramente indicado que los fallos fueron hechos públicos. Al respecto, el Comité observa que, para satisfacer los derechos de la defensa garantizados en el párrafo 3 del artículo 14 del Pacto, especialmente sus disposiciones d) y e), todo juicio penal tiene que proporcionarle al acusado el derecho a una audiencia oral, en la cual se le permita comparecer en persona o ser representado por su abogado y donde pueda presentar evidencia e interrogar a los testigos. Teniendo en cuenta que el autor no tuvo tal audiencia durante los procedimientos que culminaron en el fallo condenatorio y la imposición de la pena, el Comité concluye que hubo violación del derecho del autor a un juicio justo, de conformidad con el artículo 14 del Pacto[14].

La otra dimensión que se hace imperiosa tutelar en la fase oral, se encuentra inserta entre las garantías mínimas de un proceso penal previstas en el apartado 3 del artículo 14 del PIDCP, que se refiere al derecho de toda persona a ser informada en una lengua que comprenda, de la acusación formulada contra ella (apartado (a))[15].

1.3 El Principio de Bilateralidad y los tribunales militares

Finalmente, hemos encontrado un importantísimo antecedente, que involucra el marco sobre el que debe ejercerse la función del contradictorio, tratándose de personas civiles y jurisdicciones militares[16]. Nos referimos al Caso *Ebenezer Derek Mbongo Akwanga* contra Camerún (2011) y a manera de resumen, se trata de un activista camerunés que fue un activista político y líder de la Liga de la Juven-

14. Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación Nº CCPR/C/75/D/848/1999, *Caso Rodríguez vs Colombia*, original:español, 20 de septiembre de 2002, párrafos 3.3 y 7.3.
15. Organización de las Naciones Unidas (ONU), Comité de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, "Observación General N º 13: Igualdad ante los tribunales y el derecho a un juicio justo y público ante un tribunal competente establecido por la ley (art. 14)", 13 de abril de 1984, párrafo 8.
16. La función de los tribunales de juzgamiento especial –como sería el caso de los militares-, será analizada en Infra punto 6.4, letra e) de este mismo trabajo.

tud del Camerún Meridional (SCYL) e hizo campaña pacífica por los derechos de la gente de Camerún del Sur . Por sus convicciones y participación en este tipo de actividades, fue arrestado, encarcelado y torturado. Asimismo, fue sometido a la jurisdicción militar siendo civil, en un juicio sin garantías de toda índole (falta de traductor; cargos variados durante la comparecencia; aplicación de leyes retroactivamente), por lo que el 10 de diciembre de 1997, el autor presentó un recurso ante el Tribunal Supremo para impugnar la jurisdicción de los tribunales militares y solicitando que el juicio se estableciera bajo la jurisdicción de derecho común y en una lengua que pudiera entender. Sin embargo, el recurso no se había resuelto y seguía estando como pendiente cuando el asunto se elevó ante el Comité de Derechos Humanos.

El Comité adujo que el Estado Parte debe demostrar cómo los tribunales militares, son una garantía para asegurar la plena protección de los derechos del acusado con arreglo al artículo 14 PIDCP. Se considera que en el presente caso, el Estado Parte no demostró la razón o necesidad de recurrir a un tribunal militar era necesario, y "Al comentar sobre la gravedad de los cargos contra el autor, no ha indicado por qué los tribunales ordinarios civiles u otras formas alternativas de tribunales civiles, eran inadecuados para la tarea de tratar Copn su caso. Tampoco la mera invocación de la celebración del juicio militar, de acuerdo con disposiciones de derecho interno constituye un argumento en virtud del Pacto, que apoye acudir a dichos tribunales. La incapacidad del Estado Parte para demostrar la necesidad de recurrir a un tribunal militar en este caso, significa que el Comité no necesita examinar si el tribunal militar ofrece todas las garantías del artículo 14"[17].

Los miembros del Comité de Derechos Humanos, (Chanet, Amin Fathalla, Majodina, Motoc, Rodley y Waterval), en su voto razonado, reiteran que los tribunales militares no deben, en principio, ser competentes para juzgar a civiles, sin embargo llegan a "suavizar" su posición, como se verá más adelante. Estiman que las funciones militares entran en el marco de una organización jerárquica y están sujetas a las reglas de disciplina que son difíciles de reconciliar con la independencia de los jueces se pide en el artículo 14 del Pacto y se reafirma en los *Principios de Bangalore*, sobre la independencia del poder judicial. Además, siempre que los Estados adopten los tribunales militares competencia para juzgar a personas no militares, deberán explicar en sus informes de conformidad con el artículo 40 del Pacto, o en una comunicación con arreglo al Protocolo Facultativo, sobre las razones de peso o circunstancias excepcionales que les obligan a establecer excepciones al principio establecido anteriormente. En todos los casos, los tribunales militares al juzgar a las personas acusadas de un delito penal deben garantizar a dichas personas de los derechos reconocidos en el artículo 14 del Pacto.

Una posición disidente es expuesta por el miembro del Comité, el jurista y profesor argentino FABIÁN SALVIOLI, puesto que

17. Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación Nº CCPR/1813/2008, *Caso Ebenezer Derek Mbongo Akwanga vs Camerún,* español, original: inglés, 22 de marzo del 2011, párrafo octavo. Cfr: Esta es una postura que se ha reiterado en la jurisprudencia del Comité, Ver Comunicación N º 1172/2003, *Caso Madani vs Argelia*, dictamen aprobado el 28 de marzo de 2007, párr. 8.7.

sostiene que en esta decisión, el Comité ha perdido una clara oportunidad para declarar que el enjuiciamiento de civiles por tribunales militares es incompatible con el artículo 14 del Pacto, y para corregir este aspecto regresivo de los derechos humanos. Desde su óptica "Una lectura atenta del artículo 14 indicaría que el Pacto no llegan incluso a sugerir que la justicia militar puede ser aplicada a los civiles. Artículo 14, que garantiza el derecho a la justicia y al debido proceso, no contiene una sola referencia a los tribunales militares. En numerosas ocasiones - y siempre con consecuencias negativas en cuanto a derechos humanos se refiere - Estados han empoderado a los tribunales militares para juzgar a civiles, pero el Pacto no dice absolutamente nada sobre el tema". Continúa ahondando sobre las anteriores reflexiones, indicando categóricamente lo siguiente:

"7. La jurisdicción militar, tal como se aplica en todo el mundo desde la segunda guerra mundial, con resultados trágicos, ha dado lugar, sin excepción, al afianzamiento de la impunidad de los militares acusados de violaciones masivas graves de los derechos humanos. Por otra parte, cuando el sistema de justicia penal militar se aplica a los civiles, el resultado es condenas sobre la base de los procedimientos viciados por los abusos de todo tipo, en la que no sólo el derecho a la defensa se convierten en una quimera, pero mucha de la evidencia se obtiene por medio de la tortura o de trato cruel e inhumano.

8. El Pacto no prohíbe el uso de tribunales militares, ni es la intención de esta opinión para pedir su eliminación. La competencia de la justicia penal militar debe, sin embargo, mantenerse dentro de límites adecuados si se quiere que sea totalmente compatible con el Pacto: *ratione personae*, la justicia militar debe aplicarse a personal militar en servicio, nunca a civiles o militares retirados; *ratione materiae*, los tribunales militares debe ser competente para conocer de los delitos, faltas disciplinarias, nunca causas ordinarias y violaciones de derechos humanos, ciertamente no. Sólo bajo estas condiciones puede ser jurisdicción militar compatible con el Pacto".

En primer lugar, de nuestra parte nos adherimos a lo dicho por SALVIOLI, en el sentido que estamos hablando de una *justicia excepcional*, en función de los sujetos hacia los cuáles va encaminada. Segundo, los fueros militares están limitados para causas propias de la disciplina del oficio, más nunca debe ser una instancia en la que se traten de encubrir la comisión de delitos y causas ordinarias o de justicia común, para juzgar a particulares.

Para finalizar este acápite, el hecho que el Comité no considerara necesario examinar más a fondo, a falta de una justificación por el Estado Parte de la necesidad de tratar a la víctima en un tribunal militar siendo un civil, es un tema pendiente en la necesidad urgente de una respuesta clara y apropiada de la Comisión de Derechos Humanos. Su valoración es un aporte que se hace indispensable para la garantía plena de la contradicción, independientemente de la postura o parecer de los Estados. Más bien en este caso, al solicitársele a las mismas partes que atemperen o interpreten la aplicación del artículo 14 del PIDCP, nos vamos a encontrar ineludiblemente con la **Doctrina del Margen de Apreciación.** Hacemos un paréntesis para explicar que

esta doctrina es producto de los órganos de control establecidos en el *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales*, como lo fue la antigua y fenecida Comisión Europea (CEDH) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) –que si continua en funciones-.

Concretamente, el número de Estados Partes y la diversidad de sociedades nacionales, en las que se aplica el Convenio Europeo, genera una tensión permanente entre universalismo y diversidad cultural en materia de derechos humanos y entre intereses individuales e intereses de la comunidad o del Estado. La *Doctrina del Margen de Apreciación* pretende dar respuesta a tales interrogantes y surge como un instrumento de conciliación entre diferentes intereses contrapuestos al momento de aplicar e interpretar la normativa internacional, siendo un desarrollo jurisprudencial que no deriva explícitamente del Convenio Europeo o de otros tratados internacionales[18].

DEL TORO HUERTA nos aduce que de conformidad con la doctrina apuntada, *"las autoridades tienen un cierto margen de apreciación en la apreciación en la aplicación e interpretación de las normas internacionales, así como en el establecimiento de ciertos límites y restricciones permitidas por el propio ordenamiento internacional, teniendo presentes sus propias circunstancias"*[19]. Para el caso que estamos analizando, se ha dejado a los Estados Partes que visualicen según su fuero jurisdiccional interno, la aplicabilidad de la garantía derivada del artículo 14 del PIDCP, poniendo en entredicho lo que implica el **Principio de Subsidiariedad**[20] en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

De nuestra parte aunque entendemos el contexto en el que surge esta doctrina, atendiendo principalmente al crisol jurídico y sobre todo cultural y político de la Europa contemporánea, no somos partícipes de darle la libertad a los Estados para que gradúen o atemperen por su propia cuenta, las obligaciones derivadas de un tratado internacional de derechos humanos. Precisamente estos instrumentos, poseen su dinámica interpretativa particular, de carácter evolutivo y no restrictivo en lo que a la vigencia de los derechos humanos se

18. DEL TORO HUERTA, (Mauricio Iván) **"El Principio de Subsidiariedad en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos con especial referencia al Sistema Interamericano",** págs 34-35 en BECERRA RAMÍREZ, (Manuel) coordinador "La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento", Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2007.
19. Ibíd, pág 35.
20. Sobre este particular, hemos dicho que tratándose de la protección internacional de los derechos humanos, hablar de subsidiariedad de dicho foro internacional, implica potenciar un efecto inmediato jurisdiccional "hacia afuera". Es decir, en defecto del ordenamiento interno se recurre a las prerrogativas y garantías dadas en el entrono protector superior e inmediato, como sería el internacional. Véanse al respecto nuestro estudio en CHACÓN MATA, (Alfonso) **"Breve Reseña del Derecho Internacional de los Derechos Humanos"**, en Anuario Mexicano de Derecho Internacional Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, UNAM, México D.F., Vol IX, 2009. *Cfr:* ABREGÚ, (Martín) **"La aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por los tribunales locales: una introducción"**, ABREGÚ, (Martín) y COURTIS, (Christian) "La Aplicación de los Tratados Internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales", Proyecto Regional de Justicia, Dirección Regional para América Latina y el Caribe. (DRALC), Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), Buenos Aires, Editores del Puerto s.r.l, segunda edición 1998.

refiere. No sería posible entonces, dejar a discreción estatal la instrumentalización de las provisiones sustantivas en materia de derechos humanos –entiéndase como se debe interpretar y justiciabilizar el derecho; su operatividad y aplicaciones a grupos y colectividades; etc.-, puesto que sería un retroceso en el avance y codificación del derecho que nos ocupa, pasando a manos de las autoridades infractoras, la manera en que debe efectivizarse el derecho conculcado. Ese sería en el fondo, el objetivo práctico que conlleva este margen apreciativo: una licencia para incumplir las obligaciones derivadas de un tratado internacional.

II. GENERALIDADES EN TORNO AL VALOR DE LAS PRUEBAS

Sobre este particular, hemos encontrado una serie de pronunciamientos interesantes del Comité en estudio, que atañen al valor y dimensión del elenco probatorio en el marco de un proceso jurisdiccional. Al respecto, vamos a transcribir y analizar lo dicho en relación a tres situaciones de primer orden: la carga de la prueba; la evacuación de pruebas en el proceso y si una instancia como el Comité, puede valorar o examinar nuevamente las pruebas a solicitud del denunciante.

2.1 La <<carga>> de la prueba

Con relación al primer tópico referenciado, la carga como prueba atribuible al actor se constituye en una situación que a todas luces es prohibida por el mismo PIDCP. Al respecto basta con reseñar el siguiente antecedente: "En el presente caso, los hechos expuestos por el autor demuestran claramente que el Tribunal Supremo actuó de una manera arbitraria y parcial respecto de las denuncias de tortura del hijo del autor durante su retención preliminar, debido al rechazo sumario e inmotivado de las pruebas, documentadas adecuada y claramente por el autor, de que fue torturado. Por ello, el tribunal procedió a imponer la carga de la prueba al autor, si bien el principio general consiste en que recae en la acusación demostrar que la confesión no fue extraída con coacción. El Comité llega a la conclusión de que el trato que recibió el Sr. Kurbonov durante su retención preliminar y la forma como los tribunales abordaron posteriormente sus alegaciones a este efecto constituyen violación del artículo 7 y del párrafo 1 del artículo 14 del Pacto. A la luz de esta conclusión, el Comité considera innecesario examinar por separado la denuncia formulada en relación con el artículo 10"[21]. Termina concluyendo el órgano evaluador, que se han infringido también los derechos del hijo del autor reconocidos en el apartado g) del párrafo 3 del artículo 14, puesto que fue coaccionado para que se declarara culpable de un delito.

2.2 La <<evacuación>> de la prueba

En alusión a la evacuación de pruebas, un compareciente denuncia que de conformidad con el artículo 14 del Pacto, no tuvo la oportunidad de interrogar al testigo principal acerca de las pruebas, no compareció el perito y no se llamó a otros testigos. Aunque los esfuerzos por localizar a éste testigo,

21. Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación Nº CCPR/C/86/D/1208/2003, *Caso Kurbonov vs Tajikistan*, español, original: inglés, 19 de abril del 2006.

fueron infructuosos por razones que el Estado Parte no ha explicado, se dio mucha importancia a su declaración, aunque el autor no pudo interrogarlo.

Además, el tribunal de *Orlov* no dio razón alguna del hecho de haber negado la solicitud del autor de que se hiciera comparecer al perito y se llamara a otros testigos: "El conjunto de esos factores hace que el Comité llegue a la conclusión de que los tribunales no respetaron el requisito de equidad entre la acusación y la defensa en la presentación de pruebas y de que eso constituyó una denegación de la justicia. En consecuencia, el Comité llega a la conclusión de que se violaron los derechos que amparan al autor en virtud del artículo 14"[22]. Puede colegirse fácilmente, como se violenta en este caso, la posibilidad de interrogar a *prima-facie* a los testigos, como prueba susceptible a examinar en el debate celebrado. En el marco de una audiencia prevista para evacuar prueba, no es factible entonces, limitar la posibilidad de interrogar testigos o incluso ir más allá; la limitación sin razón alguna de presentar otro tipo de probanzas.

2.3 La valoración nuevamente de los hechos por el Comité de D.H.

El tercer y último aspecto a determinar en este apartado, consiste en la posibilidad que tiene el Comité de Derechos Humanos, de examinar y valorar nuevamente los hechos o probanzas ventiladas en los tribunales. Al respecto este órgano colegiado ha dicho lo siguiente:

> "De conformidad con su jurisprudencia, el Comité recuerda que, en términos generales, corresponde a los tribunales nacionales examinar los hechos y las pruebas en una causa determinada. Cuando examina alegaciones de que se ha violado el artículo 14 a este respecto, el Comité sólo está habilitado para determinar si la condena ha sido arbitraria o ha supuesto una denegación de justicia"[23].

22. Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación Nº CPR/C/81/D/815/1998: Federación Rusa, español, original inglés, párrafo 9.3, 18 de agosto del 2004.
23. Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación Nº CCPR/C/86/D/1010/2001: Bélgica, español, original:francés, 26 de abril del 2006, párrafo 9.3. Con respecto a la jurisprudencia resolutiva del Comité en esta materia, pueden verse los siguientes antecedentes: Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación general Nº 32, Op Cit, párrafo 18; Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación Nº CCPR/C/93/D/1456/2006, original español, 02 de setiembre del 2008. En este último documento, se realiza la siguiente valoración: *"8.3 El Comité recuerda que, según su reiterada jurisprudencia, la valoración de hechos y pruebas es una cuestión que corresponde, en principio, a los tribunales nacionales, a menos que fuera manifiestamente arbitraria o constituyera una denegación de justicia. El Comité observa que la Audiencia Provincial analizó detenidamente todas y cada una de las pruebas presentadas por la acusación, de forma individual y razonada. La valoración de las pruebas realizada por la Audiencia Provincial fue revisada detenidamente, a su vez, por el Tribunal Supremo, el cual concluyó que había sido razonada y suficiente. Concretamente, en lo relativo a la prueba considerada como fundamental por la autora, a saber, la grabación videográfica de la menor por parte del equipo técnico del Juzgado de Familia, el Comité observa que dicha prueba también fue detenidamente analizada por la Audiencia Provincial, que la consideró insuficiente, en atención a las circunstancias en que se había practicado y a la corta edad de la menor.* ***El Comité considera que no le corresponde pronunciarse sobre la idoneidad de los argumentos esgrimidos por la Audiencia Provincial para descartar la suficiencia de la prueba presentada, una vez comprobada la detallada motivación de los mismos y la coherencia en la línea argumental utilizada. Por todo ello el Comité considera que no hay base suficiente para concluir que los tribunales nacionales actuaron arbitrariamente en la valoración de las pruebas****"* (SUBRAYADO NUESTRO)

Esta línea jurisprudencial vertida por el Comité, implica que no puede realizarse una reproducción de pruebas, en razón de lo que se conoce en doctrina como la imposibilidad que tienen los foros internacionales de constituirse en una *"cuarta instancia"*. La premisa básica de esa fórmula es que el Comité de Derechos Humanos, al igual que otros foros similares –p.e. Comisión Interamericana de Derechos Humanos u otros comités convencionales-, no puede revisar las sentencias dictadas por los tribunales nacionales que actúen en la esfera de su competencia y aplicando las debidas garantías judiciales, a menos que considere la posibilidad de que se haya cometido una violación de la Convención.

La "fórmula de la cuarta instancia" fue elaborada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el caso de *Clifton Wright* (Resolución No. 29/88, del 14 de septiembre de 1988), un ciudadano jamaiquino que adujo un error judicial que dio lugar a una sentencia de muerte en su contra. El sistema nacional no preveía un trámite de impugnación de sentencias determinadas por errores judiciales, lo que dejó al Sr. Wright desprovisto de recursos. En ese caso, la Comisión estableció que no podía actuar como "una cuarta instancia cuasi-judicial" con facultades para revisar las sentencias de los tribunales de los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos. No obstante, la Comisión Interamericana declaró fundados los hechos aducidos por el peticionario y determinó que el mismo no pudo haber cometido el crimen. En consecuencia, la Comisión llegó a la conclusión de que el Gobierno de Jamaica había violado el derecho del peticionario a la protección judicial, lo que constituye una violación a sus derechos fundamentales, porque el procedimiento judicial interno no permitía corregir el error judicial. En otras oportunidades, igualmente ha precisado que no cuenta con elementos de juicio que le permitan inferir, de las actuaciones judiciales, acciones u omisiones que tiendan a caracterizar violaciones al debido proceso bajo la Convención Americana. La protección judicial que reconoce la Convención comprende el derecho a procedimientos justos, imparciales y rápidos, que brinden la posibilidad, pero nunca la garantía, de un resultado favorable.[24] Así, la interpretación de la ley, el procedimiento pertinente y la valoración de la prueba es, entre otros, el ejercicio de la función de la jurisdicción interna, que no puede ser remplazado por la CIDH.[25]

III. DEFENSA TÉCNICA-PERSONAL DEL IMPUTADO

Este acápite presenta una serie de pronunciamientos emanados del Comité de Derechos Humanos, que estructuran los alcances del derecho a la defensa y los diferentes alcances que penden sobre esta garantía. Básicamente se hará referencia a la defensa letrada o defensa material y como

24. Comisión Interamericana de Derechos Humanos-CIDH Informe Nº 39/96 (Caso 11.773), *S. Marzioni, vs Argentina,* 15 de Octubre de 1996; Comisión Interamericana de Derechos Humanos-CIDH Informe No. 48/98 (Caso 11.403), *Carlos Alberto Marín Ramírez vs Colombia*, 29 de septiembre de 1998, párrafo 42; Comisión Interamericana de Derechos Humanos-CIDH. Informe 58/08 (Caso 12.122), *Armando Sosa Peceros y otros vs Perú,* 24 de julio de 2008.
25. Comisión Interamericana de Derechos Humanos-CIDH, Informe N°39/05 (Petición 792/01), Carlos Iparraguirre y Luz Amada Vásquez de Iparraguirre vs Perú, 26 de abril del 2005.

la carencia de ésta, es un obstáculo para las garantías del debido proceso en su vertiente de derecho a una justa y adecuada defensa (conocido como "igualdad de armas"). Se procederá entonces, a destacar las grandes tendencias encontradas al respecto en la jurisprudencia de estudio.

3.1 Necesidad y alcances de la defensa personal

La defensa personal se encuentra contemplada en el apartado d) del párrafo 3 del artículo 14 del Pacto, que dispone que toda persona acusada de un delito tiene derecho "a defenderse personalmente o a ser asistida por un defensor de su elección". Los dos tipos de defensa no se excluyen mutuamente. Las personas que son asistidas por un abogado conservan el derecho a actuar por sí mismas, a ser oídas y a dar su opinión sobre los hechos. Al mismo tiempo, el Comité considera que el texto del Pacto es claro en todos los idiomas oficiales, por cuanto dispone que el acusado se puede defender él mismo "o" con la asistencia de un defensor de su elección, tomando como punto de partida el derecho a defenderse personalmente. Al respecto, continúa aduciendo el Comité, "De hecho, el acusado que tenga que aceptar contra sus deseos a un defensor en quien no confía tal vez ya no esté en condiciones de defenderse personalmente de manera eficaz, ya que el defensor no estaría cumpliendo la función de adjunto. Así pues, el derecho a defenderse personalmente, que constituye una piedra angular de la justicia, se puede infringir cuando se designa defensor de oficio al reo sin que lo desee"[26].

Partiendo de ambas posibilidades de defensa permitidas, se concluye la existencia de un deber de asistencia letrada. Al respecto, en otra resolución el Comité acreditó que aunque se le asignó letrado al imputado, éste no compareció en el interrogatorio ni en la vista sobre la detención. En su jurisprudencia, el Comité ha puesto en claro que incumbe al Estado Parte velar por que la asistencia de los defensores de oficio garantice una representación eficaz. El Comité se remite a su jurisprudencia anterior según la cual en todo momento del proceso penal se debe contar con asistencia letrada. En consecuencia, el Comité considera que los hechos expuestos ponen de manifiesto una violación del apartado d) del párrafo 3 del artículo 14 del Pacto[27].

Teniendo claro que es obligación de los Estados suscriptores, brindar asistencia letrada o profesional en el marco de un juicio justo, conviene preguntarse que sucede si

26. Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación Nº CCPR/C/86/D/1123/2002, español, original:francés, 18 de abril de 2006, párrafo 7.3.
27. Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación Nº CCPR/C/76/D/852/1999, *Borisenko vs Hungría*, español, original: inglés, 6 de diciembre de 2002. Cfr: En otra oportunidad el mismo Comité declaró inadmisible una queja, debido a que el autor había a invocado una violación de sus derechos de defensa en virtud del artículo 14, párrafo 3 (b) del Pacto, ya que inmediatamente después de su detención, la policía se negó a permitir que un familiar o conocidos del autor, presente en la estación de policía después de su detención, para que actúe como su representante, o que le diera la posibilidad de designar a un abogado. El Comité observa que el autor estuvo representado por un abogado en el juicio, y que no se desprende de la documentación de que dispone que los actos de investigación se llevaron a cabo antes del inicio del juicio contra el autor. En estas circunstancias, el Comité considera que los hechos que tiene ante sí no demuestran que los derechos del Sr. Levinov a la defensa que se han violado en el presente caso.

el servicio no es de la calidad u oficiosidad requerida. En ese sentido, se cuentan de igual manera con amplios pronunciamientos de la Comisión, los cuáles pasamos a destacar sus líneas generales:

i) En la resolución de *Campbell contra Jamaica*, se tienen sendas conclusiones en relación al asunto de interés. En primer lugar, se ha alega la mala calidad de su defensa, debido a que durante el juicio le impidió gozar de un juicio imparcial. Se ha mencionado en particular que, presuntamente, el abogado no entrevistó a la novia del autor, y que no contra interrogó debidamente a los testigos de cargo en relación con el procedimiento seguido en la rueda de identificación y en relación con la presunta confesión verbal del autor. Al respecto, el Comité recuerda su doctrina constante de que el Estado Parte no puede ser considerado responsable por presuntos errores del abogado defensor, a menos que fuera o debiera haber sido obvio para el juez que el comportamiento del abogado era incompatible con los intereses de la justicia.

En el sistema comparado, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha establecido en el *Caso Landrigan*, que en materia de pericia profesional del abogado, la falta de acceso a la revisión de las circunstancias atenuantes que podrían haber favorecido al imputado y resultado en una sentencia más leve que la pena capital, resultan violatorias de su derechos a la justicia y al riguroso debido proceso que corresponde en tales casos.

> "En definitiva, la CIDH concluye que la falta de acceso a una defensa efectiva y la negativa de revisión de la condena a muerte de Jeffrey Landrigan, que fue impuesta en virtud de un procedimiento declarado inconstitucional por la Suprema Corte de Estados Unidos, constituyen hechos violatorios de los derechos a la justicia y al debido proceso garantizados, respectivamente, en los artículos XVIII y XXVI de la Declaración Americana" [28].

ii) Asimismo, el Comité de Derechos Humanos aduce que de conformidad con el apartado d) del párrafo 3 del artículo 14 del PIDCP, que el tribunal debe garantizar que la defensa que lleva a cabo el abogado defensor no sea incompatible con los intereses de la justicia[29]. Caracterizando aún más la citada normativa, en otro caso se cuestionó que el profesional aducía que no existía fundamento para el recurso, y al respecto *"Si bien no incumbe al Comité poner en duda la competencia profesional del abogado, considera que en una causa por un delito punible con la pena capital, en que el abogado del acusado admite que no hay fundamento para el recurso, el tribunal debe cerciorarse de que el abogado haya consultado con el acusado y le haya informado de ello. Si no lo ha hecho, el tribunal debe garantizar que el acusado sea informado y tenga la oportunidad de contratar*

28. Comisión Interamericana de Derechos Humanos-CIDH, Informe No. 81/11 (Caso 12.776), *Jeffrey Timothy Landrigan vs Estados Unidos*, 21 de julio de 2011, párrafo 45.
29. Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación Nº CCPR/C/64/D/618/1995, *Caso Campbell vs Jamaica*, español, original:inglés, 3 de noviembre de 1998., párrafos 7.4 y 7.5. Véanse, entre otros, los dictámenes del Comité en los casos Nos. 734/1997 (Anthony McLeod c. Jamaica), aprobado el 31 de marzo de 1998, párr. 6.3; y 537/1993 (Paul Anthony Nelly c. Jamaica), aprobado el 17 de julio de 1996, párr. 9.5.

a otro abogado. El Comité opina que, en el caso en cuestión, el Sr. Daley debería haber sido informado de que su abogado no iba a presentar razones en apoyo de su recurso, para poder así examinar las otras opciones que le quedaran abiertas. El Comité llega a la conclusión de que ha habido una violación del apartado d) del párrafo 3 del artículo 14, en lo que concierne al recurso del autor. Habida cuenta de lo anterior, no hay necesidad de que el Comité examine la denuncia del autor de que ello equivale a una violación del apartado b) del párrafo 3 del artículo 14, en relación con la preparación del recurso"[30].

Finalmente, vamos a reparar en torno a la oportunidad de defensa óptima que debe tenerse ante un abogado, y al respecto en un asunto sometido a su conocimiento, el Comité de Derechos Humanos consideró que aunque los autores alegaron que no hablan español, el Estado Parte no les proporcionó traducciones de muchos documentos que hubieran necesitado para mejor entender las acusaciones contra ellos y organizar su defensa; esta situación no es lesiva para las reglas del Debido Proceso. El Comité se refiere a su jurisprudencia anterior Dictamen del caso Nº 451/1991, *Harward c. Noruega,* aprobado el 15 de julio de 1994, párrafos 9.4 y 9.5. y recuerda que el derecho a un juicio imparcial no significa que cuando un acusado no entienda el idioma empleado en el tribunal tenga derecho a que se le proporcione una traducción de todos los documentos pertinentes en una investigación penal, siempre que dichos documentos se pongan a disposición de su abogado[31].

Por otra parte y siempre dentro de este mismo orden de ideas, es impensable comenzar un juicio en ausencia de abogado[32]; o tratar de interrogar y reconstruir los hechos sin presencia del citado profesional[33].

3.2 Detención e incomunicación del Imputado

Para el Comité de Derechos Humanos, es vital que si una persona es detenida, debe ser informada en el momento de su detención, de las razones de ésta, a la vez que se le debe notificar sin demora la acusación, siendo llevado a la orden de un juez si procediese de acuerdo a las leyes vigentes[34]. Para ahondar más en la necesidad de aplicar la celeridad en la presentación de las causas ante juez competente, el Comité ha encontrado absolutamente desproporcionado, el hecho que se tenga a una persona detenida en prisión y que entre este acto y el inicio del juicio contra ésta, transcurran siete años y ocho meses[35].

30. Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación Nº CCPR/C/63/D/750/1997, español, original:inglés, 3 de agosto de 1998.
31. Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación Nº CCPR/C/59/D/526/1993, *Caso Michael Hill vs España*, español, original:inglés, 23 de junio de 1997, párrafo 14.1.
32. Véase el apartado 3 del párrafo 10 del dictamen respecto de la comunicación Nº 223/1987 (Frank Robinson c. Jamaica), aprobado el 30 de marzo de 1989. El comienzo del juicio en ausencia del abogado infringió los derechos que los apartados b) y d) del párrafo 3 del artículo 14 confieren al autor.
33. Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación Nº CCPR/C/78/D/781/1997, *Caso Garyverdy versus Ucrania*, español, original:inglés, 18 de septiembre de 2003.
34. Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación Nº CCPR/C/82/D/1110/2002, *Caso Rolando vs Filipinas*, español, original:inglés, 8 de diciembre de 2004, párrafo 5.5.
35. Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación Nº CCPR/C/60/D/533/1993, *Caso Elahie vs Trinidad y Tobago*, español, original:inglés, 19 de agosto de 1997, párrafo 8.2.

El Comité ha observado igualmente que el derecho a ser informado de la acusación "sin demora", exige que dicha información se proporcione al imputado tan pronto como posea la carga de la prueba, una autoridad competente. Este derecho a la celeridad, debe surgir cuando, en el curso de una investigación, un tribunal o una autoridad del ministerio público decida adoptar medidas procesales contra una persona sospechosa de un delito o la designe públicamente como tal. Los requisitos específicos del artículo 14, apartado 3 (a) del PIDCP -referentes a la indicación de los motivos de la detención practicada-, podrán satisfacerse formulando la acusación ya sea verbalmente o por escrito, siempre que la información indique, tanto la ley como los supuestos hechos en que se basa[36].

Capital relevancia merece el hecho que el Comité del PIDCP ha reafirmado en su jurisprudencia, que la prisión preventiva debe ser la excepción, y que debe concederse la libertad bajo fianza, salvo cuando exista la posibilidad de que el acusado pueda esconderse o destruir pruebas, influir en los testigos o abandonar la jurisdicción del Estado Parte. Asimismo, cuando se redactó el párrafo 1 del artículo 9 del PIDCP, se confirma que no se debe equiparar el concepto de "arbitrariedad" con el de "contrario a la ley", sino que debe interpretarse de manera más amplia a fin de incluir elementos de incorrección, injusticia, imprevisibilidad así como lo que es contrario a la legalidad. Ello significa que la prisión provisional consiguiente a una detención lícita debe ser no sólo lícita sino además razonable en toda circunstancia[37].

Entre los derechos más elementales del imputado, nos encontramos con el de haber sido detenido únicamente durante un plazo razonable y contar con la posibilidad de comunicarse con su defensor. Precisamente en un asunto sometido al Comité, se valoran ambos supuestos. Con respecto al primer asunto, el Comité recuerda que el derecho a ser llevado "sin demora" ante una autoridad judicial significa que el tiempo no debe exceder de unos pocos días y que, de por sí, la detención en régimen de incomunicación puede violar el párrafo 3 del artículo 9. En el presente caso, el hijo del autor fue detenido en régimen de incomunicación durante 40 días. A falta de una explicación del Estado Parte, el Comité considera que las circunstancias revelan una violación de la normativa invocada[38].

Por otra parte, la incomunicación del imputado que no le permitió reunirse con un defensor de su elección, como producto de la incomunicación es una violación manifiesta al apartado b) del párrafo 3 del artículo 14. A falta de una explicación del Estado Parte, "… el Comité considera que los hechos que se le han presentado sobre la incomunicación del hijo del autor durante un período de 40 días revelan una violación de esta disposición del Pacto"[39].

36. Organización de las Naciones Unidas (ONU), **"Observación General N º 13…"**, Op Cit, párrafo 9.
37. Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación Nº CCPR/C/86/D/1085/2002, *Caso Bund contra Argelia,* español, original:francés, 16 de mayo de 2006, párrafo 8.3.
38. Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación Nº CCPR/C/85/D/1042/2001, *Caso Boimurodov vs Tajikistan*, español, original:inglés, 16 de noviembre de 2005, párrafo 7.4.
39. Ibíd, 7.5.

3.3 Preparación idónea de la defensa letrada

Merece especial atención, conocer lo dicho por el Comité de Derechos Humanos, en relación a la variable de carencia de tiempo para presentar una defensa adecuada del imputado. Ya el Comité ha emitido abundante jurisprudencia en relación a este tema, indicando que el derecho de un acusado a disponer de tiempo y medios adecuados para la preparación de su defensa es un elemento importante de la garantía de un juicio justo y una consecuencia del principio de igualdad de oportunidades[40].

Para determinar lo que constituye "tiempo suficiente" es necesario evaluar las circunstancias individuales de cada caso. En un caso sometido a la revisión del Comité, se discutió que la defensa del juicio se preparó el primer día del mismo. La documentación que tuvo ante sí el Comité, reveló que uno de los abogados designados por el tribunal pidió a otro abogado que lo sustituyera. Además, otro abogado asignado para representar al autor se retiró el día anterior al juicio; cuando el juicio estaba a punto de comenzar, a las diez horas, el abogado del autor pidió un aplazamiento hasta las catorce horas, con el fin de poder asegurar la asistencia profesional y entrevistarse con su cliente, puesto que las autoridades carcelarias no le habían permitido visitarlo la noche anterior. El Comité observa que el juez, que estaba empeñado en tramitar el cúmulo de casos pendientes en el calendario del tribunal, accedió a la solicitud. Así, después de que se hubo seleccionado al jurado, el abogado dispuso sólo de cuatro horas para buscar un asistente y comunicarse con el autor, cosa que sólo pudo hacer brevemente. En opinión del Comité esto es insuficiente para preparar adecuadamente la defensa en un caso de pena capital. Además, de la información disponible se desprende que ello afectó la posibilidad del abogado de determinar qué testigos serían llamados a declarar. En opinión del Comité, esto constituye una violación de los apartados b) y e) del párrafo 3 del artículo 14 del Pacto[41].

En otro caso sometido al Comité, éste determinó que si el abogado o el autor estima que no estaba adecuadamente preparado, siempre podían haber pedido un aplazamiento. Además, no hay indicios de que la decisión del abogado defensor de no pedir la comparecencia de otros testigos no se basaba en el ejercicio de su criterio profesional, o que, si se hubiera solicitado la comparecencia de la madre y de las hermanas del autor como testigos, el juez no lo hubiera autorizado. En consecuencia, dictaminó que carecía de fundamento toda decisión de que se hayan infringido los apartados b) y e) del párrafo 3 del artículo 14 durante el proceso[42].

40. Véanse las comunicaciones Nos. 253/1987 (*Paul Kelly c. Jamaica*), observaciones aprobadas el 8 de abril de 1991, párr. 5.9 y 283/1988 (*Aston Little c. Jamaica*), observaciones aprobadas el 1º de noviembre de 1991, párr. 8.3.
41. Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación Nº CCPR/C/47/D/282/1988, *Caso Leaford Smith versus Jamaica*, español, original:inglés, 12 de mayo de 1993, párrafo 10.4.
42. Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación Nº CCPR/C/50/D/330/1988, español, original:inglés, 26 de abril de 1994, párrafo 11.4.

3.4 Defensa letrada en <<Pena de Muerte>>

Una situación que nos merece total interés, es lo concerniente a lo dicho por el Comité en relación a los sentenciados a la Pena Capital o de Muerte. Al respecto, dicho órgano establece que en un juicio en que pueda imponerse la pena de muerte, como era la situación en que se encontraba cada uno de los autores, el derecho a la defensa es inalienable y debe observarse en todos los casos y sin excepción. Ello implica el derecho a estar presente en el juicio, a ser defendido por un abogado de su propia elección y no ser obligado a aceptar que se le designe un abogado de oficio[43].

Tan importante es observar este precedente, que el Comité resolvió desfavorablemente contra un Estado Parte que no demostró adoptar todas las medidas razonables para que los autores estuviesen presentes en todo momento en el juicio, pese a su presunta conducta perturbadora. Tampoco garantizó el Estado Parte que cada uno de los autores estuviese defendido en todo momento por un abogado de su elección[44].

Por otra parte, el Comité afirma que debe facilitarse asistencia letrada a todo acusado de un delito punible con la pena capital. Ello se aplica no sólo al juicio en el tribunal de primera instancia sino también a toda vista preliminar relacionada con el proceso[45]. Ahondando más sobre este particular, en el *Caso Wright contra Jamaica*, el Comité opinó que la imposición de la pena de muerte al término de un juicio en el que no se han respetado las disposiciones del Pacto, constituye, si no cabe otra apelación contra la sentencia, una infracción del artículo 6 del Pacto. Como el Comité señaló en su Observación General 6 (Véase el documento CCPR/C/21/Rev.1, pág. 7, párr. 7.), el precepto de que una pena de muerte puede sólo imponerse con arreglo a la ley y no en contra de lo dispuesto en el Pacto significa que deben observarse las garantías procesales prescritas en el mismo, en particular el derecho a un juicio justo por un tribunal independiente, la presunción de inocencia, las garantías mínimas de la defensa, y el derecho a que un tribunal superior reexamine la condena y la pena. En el presente caso, dado que la sentencia definitiva de muerte fue dictada sin que el Sr. Wright tuviera representación letrada en la

43. Esta postura viene desde larga data en la jurisprudencia del Comité, véanse, entre otros, los dictámenes del Comité respecto de las comunicaciones Nos. 52/1979, Sadías de López c. el Uruguay, (dictamen aprobado el 29 de julio de 1981) y 74/1980, Estrella c. el Uruguay (dictamen aprobado el 29 de marzo de 1983). Véase también 232/1987, Pinto c. Trinidad y Tobago, dictamen aprobado el 20 de julio de 1990.
44. Por consiguiente, el Comité concluye que los hechos del caso revelan una violación del apartado d) del párrafo 3 del artículo 14. Véase el caso en Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación Nº CCPR/C/62/D/623/1995, *Caso Domukovsky versus Georgia*, español, original: inglés, 29 de mayo de 1998.
45. *"En el caso en examen, el Estado Parte no ha impugnado la afirmación del autor de que no estuvo representado durante las vistas preliminares, sino que ha declarado solamente que no hay indicación alguna de que se hubiera solicitado un abogado. (…) El Comité considera que, cuando el autor compareció en la vista preliminar sin un representante legal, el juez de instrucción debería haber garantizado la representación legal del autor, si éste así lo deseaba. El Comité informa al autor de su derecho a tener representación legal y concluye, por lo tanto, que la falta de representación legal del autor en la vista preliminar constituyó una violación del apartado d) del párrafo 3 del artículo 14 del Pacto".* Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación Nº CCPR/C/64/D/592/1994, *Caso Johnson vs Jamaica*, español, original:inglés, 25 de noviembre de 1998, párrafo 10.2. Cfr: Ver en el mismo sentido Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación Nº CCPR/C/81/D/867/1999, *Caso Daphne vs Guyana*, español, original:inglés, 19 de agosto de 2004, párrafo 6.3.

audiencia preliminar, sin la debida observancia del requisito de que el acusado sea juzgado sin dilación debida, ni tuviera una defensa adecuada en apelación, ha habido también una transgresión del artículo 6 del Pacto[46].

Prosiguiendo con otro sonado caso, *Erroll Johnson igualmente contra Jamaica*, el Comité reitera que la imposición de una pena de muerte al término de un juicio en el que no se hayan respetado las disposiciones del Pacto, y que ya no sea recurrible en apelación, constituye una violación del artículo 6 del Pacto. Como el Comité señaló en su Observación General Nº 6, la norma de que una sentencia de muerte sólo puede imponerse con arreglo a la ley y no en contra de las disposiciones del Pacto significa que "deben observarse las garantías de procedimiento prescritas en el mismo..." Dado que la sentencia definitiva de muerte en el presente caso se dictó sin haber cumplido los requisitos de un juicio justo establecidos en el artículo 14, procede llegar a la conclusión por parte del órgano colegiado que nos ocupa, que se ha violado el derecho amparado en el artículo 6 del Pacto. Al respecto se enuncia que con arreglo al apartado a) del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto, el autor tiene derecho a un recurso efectivo: El Comité, enterado de la conmutación de la pena capital del autor el 16 de marzo de 1995, considera que un recurso entrañaría el estudio por las autoridades de Jamaica, de la posibilidad de una pronta liberación del autor. El Estado Parte está obligado a garantizar que no se produzcan en el futuro violaciones análogas[47].

IV. EL RÉGIMEN DE IMPUGNACIONES

La jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos ha sido profusa en este particular, situación que quedará evidenciada en el examen que realizaremos en este apartado. En el marco de la jurisprudencia comparada de derecho internacional de los derechos humanos, la Corte Interamericana ha considerado 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[48].

4.1 Agotamiento de Recursos

Según la jurisprudencia constante del Comité sólo se necesitan agotar aquellos recursos que tengan posibilidades de prosperar. Esta postura va muy de la mano por la esgrimida

46. Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación Nº CCPR/C/55/D/459/1991, *Caso Wright vs Jamaica*, español, original:inglés, 8 de noviembre de 1995, párrafo 10.6.
47. Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación Nº CCPR/C/56/D/588/1994, *Caso Erroll Johnson contra Jamaica*, español, original:inglés, 5 de agosto de 1996, párrafos 9 y 10.
48. Corte IDH. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica**.** Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 107, Sentencia de 2 de julio de 2004, párrafo 158.

igualmente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que al efecto ha dicho lo siguiente en relación a la <<idoneidad>> del recurso:

> "El artículo 46.1.a) de la Convención remite "a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos". Esos principios no se refieren sólo a la existencia formal de tales recursos, sino también a que éstos sean adecuados y efectivos, como resulta de las excepciones contempladas en el artículo 46.2.
>
> Que sean adecuados significa que la función de esos recursos, dentro del sistema del derecho interno, sea idónea para proteger la situación jurídica infringida. En todos los ordenamientos internos existen múltiples recursos, pero no todos son aplicables en todas las circunstancias. Si, en un caso específico, el recurso no es adecuado, es obvio que no hay que agotarlo. Así lo indica el principio de que la norma está encaminada a producir un efecto y no puede interpretarse en el sentido de que no produzca ninguno o su resultado sea manifiestamente absurdo o irrazonable"[49].

Asimismo, el Comité ha entendido que las <<posibilidades de prosperar>> con las que cuente un recurso, tienen relación directa con los requisitos y posibilidades que impone la legislación procesal interna. En este sentido, ha examinado un caso en el que tanto el autor como el Estado Parte aceptan el texto de la sentencia del Tribunal Supremo, en el que consta que existe una prohibición legal que impide al Tribunal Constitucional volver a realizar una evaluación de los hechos y de las pruebas producidas en la primera instancia. El Comité consideró en consecuencia, que el recurso de amparo no tenía posibilidades de prosperar en relación a la alegada violación del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto y que el autor ha agotado los recursos internos en relación a dicha presunta violación[50].

4.2 Principio de Doble Instancia

Seguimos aduciendo que el Comité ha recordado que aunque el procedimiento de apelación puede no ser automático, el derecho de apelación previsto en el párrafo 5 del artículo 14 impone al Estado Parte el deber de volver a examinar a fondo, tanto desde el punto de vista de la suficiencia de pruebas como desde el punto de vista jurídico, la condena y la pena de forma que el procedimiento permita examinar debidamente la naturaleza del caso[51]. A falta de explicaciones del Estado Parte, el Comité entiende que, al no haber posibilidad de que una instancia superior revise en apelación la sentencia del Tribunal Supremo dictada en primera instancia, no se cumple plenamente con lo dispuesto en el

49. Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras**.** Serie C No. 4, Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. párrafos 63 y 64.
50. Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación Nº CCPR/C/82/D/1101/2002, José Alba Vs España, original:español, 15 de noviembre de 2004, párrafo 6.5. Véase en el mismo sentido a Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación Nº CCPR/C/82/D/1073/2002, original:español, *Caso Terron vs España*, 15 de noviembre de 2004.
51. Véanse *Caso Maryam Khalilova c. Tayikistán*, comunicación Nº 973/2001, dictamen aprobado el 30 de marzo de 2005; *Caso Domukovsky y otros c. Georgia*, comunicaciones Nos. 623 a 627/1995, dictamen aprobado el 6 de abril de 1998; y *Caso Saidova c. Tayikistán*, comunicación Nº 964/2001, dictamen aprobado el 8 de julio de 2004.

párrafo 5 del artículo 14. Por consiguiente se ha violado esa disposición[52].

Merece especial atención, un precedente del mismo Comité en un caso anterior (Comunicación No. 1095/2002, *Caso Gomariz c. España*, dictamen de 22 de julio de 2005, párr. 7.1), en el que concluyó que la ausencia del derecho a revisión por un tribunal superior de la condena impuesta por un tribunal de apelación, después de que la persona hubiera sido declarada inocente por un tribunal inferior, constituía una violación del artículo 14, párrafo 5 del Pacto[53]. Estamos hablando ni más ni menos de la posibilidad de ejercer el recurso de casación, el cuál ha debe permitir una revisión holística del fallo sometido y en ese sentido, en el *Caso Cesario Gómez contra España*, el Comité concluye que la inexistencia de la posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena del autor fueran revisadas íntegramente, como se desprende de la propia sentencia de casación y más bien se limita a revisar los aspectos formales o legales de la sentencia, no cumple con las garantías que exige el párrafo 5, artículo 14, del Pacto. Por consiguiente, concluye que al autor le fue denegado el derecho a la revisión del fallo condenatorio y de la pena, en violación a la normativa en cuestión[54]. Estamos hablando ni más ni menos que la casación por la forma o por el fondo únicamente, no es compatible con el PIDCP, siendo una posición coherente con el precedente esbozado por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para el *Caso Herrera Ulloa contra Costa Rica*, veredicto en el que externó lo siguiente:

> "De acuerdo al objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de los derechos humanos,

52. Véanse por ejemplo, *Caso Maryam Khalilova vs Tayikistán*, comunicación Nº 973/2001, dictamen aprobado el 30 de marzo de 2005; Aliev c. Ucrania, comunicación Nº 781/1997, dictamen aprobado el 7 de agosto de 2003; *Caso Robinson vs. Jamaica*, comunicación Nº 223/1987, dictamen aprobado el 30 de marzo de 1989; *Caso Brown vs. Jamaica*, comunicación Nº 775/1997, dictamen aprobado el 23 de marzo de 1999. *Cfr:* La comunicación CCPR/C/92/D/1351-1352/2005 (Hens vs España) dictada el 18 de abril del 2008, relata como en el sistema comprado de tutela del derecho a recurrir en alzada, existen posiciones disímiles. A manera de ejemplo, se relata el hecho de cómo tres individuos que fueron condenados junto con los autores interpusieron una demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, denunciando la violación del principio de legalidad penal, del derecho a un juez imparcial y del derecho a la segunda instancia. El 30 de noviembre de 2004, la Corte decidió que la alegación relativa a la violación del derecho a la doble instancia era inadmisible por ser manifiestamente infundada y ordenó que el resto de las alegaciones fueran puestas en conocimiento del Estado Parte. La Corte consideró que, respecto de la sentencia del Tribunal Supremo, los demandantes habían interpuesto un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, beneficiándose así de un recurso ante la instancia nacional más alta.1 (párrafo 2.11). Los recurrentes sostienen que se violó el párrafo 5 del artículo 14 del Pacto debido a que al haber sido condenados por el tribunal ordinario de mayor jerarquía, no gozaron del derecho de que su sentencia y condena fueran revisadas por un tribunal superior. Indican que uno de los jueces del Tribunal Constitucional razonó su voto encontrando que había habido una violación del artículo 14, párrafo 5, del Pacto (párrafo 3.1).
53. "7.1 El artículo 14, párrafo 5, del Pacto reconoce el derecho de toda persona declarada culpable de un delito a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley. El Comité recuerda que la expresión "conforme a lo prescrito por la ley" no tiene la intención de dejar la existencia misma del derecho a la revisión a la discreción de los Estados Partes. Al contrario, lo que debe entenderse por "conforme a lo prescrito por la ley" son las modalidades de acuerdo con las cuales la revisión por un tribunal superior debe llevarse". Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación Nº CCPR/C/84/D/1095/2002, *Caso Gomariz vs España*, original:español, 26 de agosto de 2005.
54. Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación Nº CCPR/C/69/D/701/1996, *Caso Cesario Gómez vs España*, original:español, 11 de agosto de 2000, párrafo 11.1.

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 (*Cfr. Caso Baena Ricardo y otros*. *Competencia, supra* nota 115, párr. 77; *Caso Maritza Urrutia*, *supra* nota 7, párr. 117; y *Caso Juan Humberto Sánchez, supra* nota 20, párr. 121)"[55].

Conviene revisar como visualiza el Comité de Derechos Humanos, la posibilidad de enmienda que realice el juez casacionista, que puede equivaler a generar la denominada reforma en perjuicio. Hemos encontrado un antecedente en el que la condena por el tribunal inferior fue confirmada por el Tribunal Supremo y adicionalmente, esta última instancia jurisdiccional aumentó la pena impuesta con respecto al mismo delito. Al respecto, el Comité observa que en los sistemas legales de muchos países los tribunales de apelación pueden rebajar, confirmar o aumentar las penas impuestas por los tribunales inferiores y para el caso que nos ocupa, el órgano jurisdiccional de alzada consideró a diferencia del inferior, que el imputado era autor y no simplemente cómplice del delito de apropiación indebida. Al respecto, "…el Comité considera que la sentencia del Tribunal Supremo no modificó de manera esencial la caracterización del delito, sino que reflejó meramente que la valoración por parte del Tribunal de la gravedad de las circunstancias del delito conllevaba la imposición de una pena mayor. Por consiguiente, no existe fundamento para afirmar que se haya producido, en el caso presente, una violación del artículo 14, párrafo 5 del Pacto"[56].

No obstante lo expuesto, existe otra jurisprudencia que tiene como situación

55. Corte IDH, Caso Herrera Ulloa vs Costa Rica, Op Cit, párrafo 161. Continúa el fallo en cuestión indicando lo siguiente:
"164. La posibilidad de "recurrir del fallo" debe ser accesible, sin requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho.
165. Independientemente de la denominación que se le de al recurso existente para recurrir un fallo, lo importante es que dicho recurso garantice una examen integral de la decisión recurrida.
(….)
167. En el presente caso, los recursos de casación presentados contra la sentencia condenatoria de 12 de noviembre de 1999 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. Esta situación conlleva a que los recursos de casación interpuestos por los señores Fernán Vargas Rohrmoser y Mauricio Herrera Ulloa, y por el defensor de éste último y apoderado especial del periódico "La Nación", respectivamente (*supra* párr. 95. w), contra la sentencia condenatoria, no satisficieron los requisitos del artículo 8.2 h. de la Convención Americana en cuanto no permitieron un examen integral sino limitado.
168. Por todo lo expuesto, la Corte declara que el Estado violó el artículo 8.2.h. de la Convención Americana en relación con los artículos 1.1 y 2 de dicho tratado, en perjuicio del señor Mauricio Herrera Ulloa".
56. Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación Nº CCPR/C/86/D/1156/2003, *Caso Pérez vs España*, original:español, 18 de abril de 2006.

fáctica la siguiente: el Tribunal Supremo condenó al autor por un delito de falsedad en documento mercantil, cargo del que había sido absuelto en primera instancia, y que recalificó el delito de apropiación indebida como delito continuado, por lo que se consideró que no procedía la prescripción del mismo. Con base a estas consideraciones, dicho tribunal revocó parcialmente la sentencia de primera instancia y aumentó la pena impuesta, sin posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena fueran revisados por un tribunal superior conforme a la ley. Al respecto, el Comité consideró que los hechos que tiene ante sí constituyen una violación del párrafo 5 del artículo 14. ¿Cuál es la diferencia entonces entre este precedente y el anteriormente expuesto? La respuesta la proporciona el mismo Comité:

> "7.2 El Comité toma nota de las alegaciones del autor en el sentido de que su condena en casación por dos cargos de los que fue absuelto en primera instancia, y la consecuente agravación de su pena, no pudieron ser revisadas por un tribunal superior. Recuerda que la ausencia del derecho a revisión por un tribunal superior de la condena impuesta por un tribunal de apelación, después de que la persona hubiera sido declarada inocente por un tribunal inferior, constituye una violación del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto. (2) 8. El Comité, actuando en virtud del párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, considera que los hechos que tiene ante sí revelan una violación del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto.
>
> (…)
>
> 9. A tenor de lo dispuesto en el apartado a) del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto, el Estado Parte debe proporcionar al autor un recurso efectivo que permita la revisión del fallo condenatorio y la pena por un tribunal superior. . El Estado Parte tiene la obligación de tomar las disposiciones necesarias para que en lo sucesivo no ocurran violaciones parecidas". (SUBRAYADO NUESTRO)[57]

Concluimos a la luz de lo dicho, que los tribunales superiores o de alzada pueden modificar sentencias inclusive en perjuicio del favorecido en primera instancia; solamente que de suscitarse esta situación, el justiciable necesita una <<tercera instancias recursiva>>, que en este caso serían los tribunales casacionsitas, para que el perjudicado pueda revisar su asunto, toda vez que salió airoso en un inicio y su condición está siendo revocada.

Por último y para finalizar este apartado, se conoce con respecto a un caso en el que el autor era brigada del ejército español. Con fecha 26 de marzo de 1999 fue condenado por el Tribunal Militar Territorial Segundo, por el delito de desobediencia, a la pena de 10 meses de prisión y suspensión de empleo, cargo público y derecho a sufragio. El autor sostiene que se ha violado el derecho a que su sentencia y condena sean examinadas por un tribunal superior. Indica que por las especiales características del recurso de casación, la Sala no puede entrar a conocer en plenitud ni revisar todo lo actuado en primera instancia, sino que debe limitarse únicamente a analizar

57. Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación Nº CCPR/C/88/D/1325/2004, original español, 13 de noviembre de 2006.

los motivos invocados por el recurrente para establecer si están o no conforme a derecho. El autor indica que la Sala solamente puede entrar a conocer de aquellas infracciones que se hayan producido en la sentencia, no puede conocer con plenitud los "derechos"(sic), debiendo limitarse al examen de los motivos invocados por el recurrente para determinar si pueden prosperar o no. Según el autor, no existe una doble instancia en el sentido del artículo 14, párrafo 5, del Pacto.

El Comité dictamina en el sentido que la que la cuestión principal en el proceso penal contra el autor era la evaluación de su capacidad para cumplir con sus obligaciones militares, lo que implica una evaluación de hechos. Con vista en los comentarios del Estado Parte sobre la naturaleza del recurso de casación, en particular que el tribunal de segunda instancia se limita al examen de si las conclusiones a que llega el tribunal de primera instancia son o no arbitrarias o constituyen una denegación de justicia. Como el Comité ha decidido en anteriores comunicaciones, e incluso contra el mismo Estado recurrido[58], este sometimiento limitado del caso al tribunal superior no es compatible con las exigencias del artículo 14, párrafo 5. Por lo tanto, el Comité concluye que el autor es víctima de una violación del artículo 14, párrafo 5, del Pacto[59].

4.3 Recursos Extraordinarios

En el presente caso, el Comité observa que, según está redactada la última oración de la sentencia de 4 de mayo de 1994, "el fallo es definitivo y no cabe presentar recurso de reposición ni de apelación". También observa en su pronunciamiento, que el Estado Parte no impugna que la presentación de un recurso de reposición constituya un recurso extraordinario que depende de la facultad discrecional del Presidente del Tribunal Supremo, el Fiscal General o sus adjuntos.

Por consiguiente, el órgano colegiado opina que en esas circunstancias dicha posibilidad no constituye un recurso que deba agotarse a los efectos del apartado b) del párrafo 2 del artículo 5 del Pacto.

Además, recordando su decisión en el caso Nº 701/1996[60], el Comité recuerda que el párrafo 5 del artículo 14 supone el derecho a una revisión de hecho y de derecho por un tribunal superior. Considera que la solicitud para interponer un recurso de reposición no constituye el derecho a que el fallo y la condena de una persona sean revisados por un tribunal superior que se prevé en el párrafo 5 del artículo 14 del Pacto[61].

58. Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos Comunicación No. 986/2001, *Caso Sineiro Fernández vs España*, decisión de 7 de agosto de 2003; Comunicación No. 1007/2001 *Caso Semey vs España*, decisión de 30 de julio de 2003; Comunicación No. 1101/2002, *Caso Alba Cabriada c. España*, decisión de 1 de noviembre de 2004.
59. Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación Nº 1104/2002, original:español, *Caso Martínez versus España*, 25 de mayo del 2005, párrafo 7.
60. Comité de Derechos Humanos, *Caso Cesario Gómez Vásquez c. España*, Op Cit.
61. Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación Nº CCPR/C/86/D/1156/2003, *Caso Pérez vs España*, original:español, 18 de abril de 2006, párrafo 7.2.

V. LA MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES

En relación a la necesidad de motivar las resoluciones dictadas por los entes con potestades públicas, el Comité igualmente se ha pronunciado contundentemente. Este imperativo va muy ligado al ejercicio recursivo o impugnativo, que detallábamos en el punto anterior. No concebimos una resolución satisfactoria al interés de las partes y a la posibilidad de acrecentar la justicia, si no va precedida de una adecuada motivación; situación que igualmente es compartida por el Comité y existen precedentes dictados en esa dirección.

5.1 Necesidad de motivar las resoluciones judiciales de "Alzada"

A manera de referencia, en el caso de un empresario de restaurantes de origen egipcio en Suecia, se le impuso cárcel por evasión fiscal, siendo que el Comité toma nota de la denuncia del autor en el sentido de que el derecho que le reconoce el párrafo 5 del artículo 14 de que el fallo condenatorio y la pena que se la ha impuesto sean sometidos a un tribunal superior ha sido conculcado, porque el Tribunal de Apelación no indicó en su decisión los motivos por los que no admitió a trámite su recurso de apelación contra el tribunal de distrito. Se toma de que la decisión de no admitir el recurso fue adoptada por unanimidad por tres magistrados de carrera y que posteriormente esa decisión fue recurrida y sometida al examen de la Corte Suprema, aunque sólo en cuanto al procedimiento. El Comité recuerda su jurisprudencia en el sentido de que los Estados partes, si bien con arreglo al párrafo 5 del artículo 14 están en libertad de fijar las modalidades de la apelación, tienen la obligación de reexaminar en profundidad el fallo condenatorio y la pena impuesta.

En el caso de autos, el Tribunal de Apelación no expone ninguna razón de fondo para explicar por qué consideraba evidente que el recurso de apelación no prosperaría, lo que pone en duda que se haya procedido a reexaminar en profundidad la sentencia condenatoria y la pena impuesta al autor. Se considera que, en las circunstancias del caso, el hecho de que no hubiera un fallo debidamente motivado aunque sea en forma sucinta [, que justifique la decisión del tribunal de que la apelación no prosperaría,] obsta al ejercicio efectivo del derecho a la revisión de la sentencia condenatoria, conforme al párrafo 5 del artículo 14 del Pacto. El Comité de Derechos Humanos, actuando en virtud del párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, considera que los hechos que tiene ante sí ponen de manifiesto una violación del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto[62].

Para complementar aún más lo externado anteriormente, el mismo Comité ha dicho en su Observación General Nº 32, lo siguiente:

> "49. El derecho a la revisión del fallo condenatorio sólo puede ejercerse efectivamente si la persona declarada culpable tiene derecho a acceder a un dictamen debidamente motivado y por escrito en el tribunal de primera instancia y, como mínimo en el primer tribunal de apelación cuando el derecho interno prevea varias instancias de apelación, también a otros documentos, como la trascripción de las actas del juicio, que sean necesarios para que pueda ejercer efectivamente el derecho a apelar"[63].

62. Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación Nº CCPR/C/93/D/1542/2007, español, original:inglés, 2 de septiembre de 2008.

5.2 Necesidad de razonar fallo por escrito

De igual manera, se lo somete un asunto en el que el Comité tiene que decidir si el hecho de que el Tribunal de Apelaciones no presentara un fallo razonado por escrito violó alguno de los derechos del autor reconocidos en el PIDCP. Al respecto, el inciso c) del párrafo tercero y el párrafo quinto del artículo 14, garantizan a la persona declarada culpable de un delito el derecho a que el fallo condenatorio y la pena sean sometidos a "un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley". El Comité, habiendo observado que el hecho de que no se emitió un fallo razonado por escrito eliminaba realmente la posibilidad de presentar un recurso ulterior, concluye también que se ha violado el derecho del autor, conforme a los párrafos 3 c) y 5 del artículo 14, a ser juzgado sin indebida demora y a que la sentencia impuesta sea sometida a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley[64].

VI. PROCESO DE JUZGAMIENTO: JUECES E IMPARCIALIDAD

En este último apartado, vamos a desentrañar las implicaciones jurisprudenciales que ha dado el Comité de Derechos Humanos, a la labor jurisdiccional desde un punto de vista amplio. La garantía de juicio justo y acorde con los parámetros de una judicatura enfocada a buscar la verdad real de los hechos, son aspectos que se tornan vitales en el marco del debido proceso. Procedemos sin mayor trámite a reseñar importantes aportes que ha proporcionado el Comité en este sentido.

6.1 La demora o dilación en el juicio

Una persona afectada denuncia una violación del párrafo 3 del artículo 9 y del apartado c) del párrafo 3 del artículo 14 del PIDCP, por la excesiva demora en someterlo a juicio, hecho que no se produjo hasta dos años y cinco meses después de su detención. El Comité concluye que el propio Estado Parte ha admitido que un retraso de dos años y cinco meses entre la detención y el juicio es un plazo más largo de lo deseable, pero sostiene que no se ha producido una violación del Pacto, debido a que durante

63. ONU, Comité de Derechos Humanos, "Observación General Nº 32 (…)", Op Cit, párrafo 49.
64. Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación Nº CCPR/C/50/D/333/1988, *Caso Lenford Hamilton versus Jamaica*, español, original:inglés, 23 de marzo de 1994.

este tiempo se desarrolló una investigación preliminar, en los primeros meses después de su detención. El órgano en cuestión opina que la simple afirmación de que un retraso no constituye una violación no es una explicación suficiente. El Comité considera que si el Estado Parte no ofrece ninguna justificación del retraso, dos años y cinco meses para someter a juicio a un acusado es un plazo que no se ajusta a las garantías mínimas exigidas en el Pacto. Por ello, y teniendo en cuenta las circunstancias del caso, el Comité estima que se ha producido la citada violación[65].

A *contrario sensu*, en otro caso sometido, esta vez el Comité si encontró una demora injustificada ante una dilación de 11 años en el proceso judicial de primera instancia y de más de 13 años hasta el rechazo de la apelación, violando el derecho del autor a ser juzgado sin dilaciones indebidas, según señala el apartado c) del párrafo 3 del artículo 14 del Pacto. Asimismo, el Comité igualmente considera que la simple posibilidad de lograr compensación después, e independientemente de un juicio que ha sido indebidamente prolongado no constituye un remedio efectivo:

> "El Comité toma nota que el Estado Parte ha constatado expresamente que el proceso contra Alfonso Ruiz Agudo tuvo una duración desmedida, y que ello fue declarado en las vías judiciales internas pero no ha dado ninguna explicación que pueda justificar el motivo de dicha dilación. El Comité recuerda su posición reflejada en su Observación general sobre el artículo 14, en la que se dispone que todas las etapas de las actuaciones judiciales deben tener lugar sin dilaciones indebidas, y que a fin de hacer efectivo este derecho, debe contarse con un procedimiento para garantizar que se logre ese propósito en todas las instancias"[66].

6.2 Imparcialidad del Juez y Tribunales

El Comité distingue dentro del requisito de imparcialidad, dos aspectos o dimensiones. En primer lugar, los jueces no deben permitir que en su parecer influyan sesgos o prejuicios personales, ni tener ideas preconcebidas sobre el asunto de que conocen, ni actuar de manera alguna que promueva indebidamente los intereses de una de las partes en detrimento de la otra. En segundo lugar, el tribunal también debe parecer imparcial a un observador razonable. Estos dos aspectos se refieren a los elementos subjetivo y objetivo de la imparcialidad, respectivamente[67].

Conviene referirse entonces a la imparcialidad del juzgador como órgano unipersonal o colegiado que dicta y declara el derecho vigente, en el marco de las más completas garantías; así como a la imparcialidad del proceso o juicio mismo, en el que se van a

65. Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación Nº CCPR/C/63/D/617/1995, *Caso Anthony Finn vs Jamaica*, original:español, 19 de agosto de 1998, párrafo 9.4.
66. Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación Nº CCPR/C/76/D/864/1999, original:español, 29 de noviembre de 2002, párrafo 9.2.
67. Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación Nº CCPR/C/93/D/1437/2005, *Caso Jenny VS Austria*, español, original:inglés, 5 de agosto de 2008, párrafo 9.3. Cfr: Ver en igual sentido a Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación Nº CPR/C/94/D/1122/2002, *Caso Laguna vs España*, original:español, 3 de noviembre de 2008, párrafo 9.5.

llevar a cabo todos los actos prejudiciales y judiciales si fuere el caso hasta llegar a la motivación de una resolución final.

Para abordar el primer tópico, el mismo Comité caracteriza aún más al elemento subjetivo, aduciendo que "la imparcialidad del juez debe presumirse en tanto no se pruebe lo contrario". A este respecto, este órgano se refiere cuando se quiso cuestionar el grado de imparcialidad, referente a la valoración de las pruebas en el Tribunal Regional, en particular del hecho de que este órgano judicial aceptase la versión de los hechos del Dr. W. a la vista de la prueba documental que sugería que el autor había dado su aprobación a la liquidación global. El Comité llega a la conclusión de que los antecedentes presentados no ponen de manifiesto la falta de imparcialidad subjetiva del juez en el presente caso[68].

Un interesante antecedente se suscitó en el mismo Comité, en relación con la posible parcialidad o no de un juez que conoció en instancia una causa, que se presume podía tener interés directo, por ser igualmente funcionario docente universitario. Nos referimos al *Caso Laguna contra España*, en el que el Comité estima que, dado que el magistrado ponente era empleado de la Universidad (una de las partes en el proceso ante el Tribunal Superior de Justicia de Murcia) en donde fungía como profesor asociado, la autora pudo razonablemente albergar dudas sobre la imparcialidad del tribunal. El Comité considera que, en estas circunstancias, las aprensiones de la autora sobre la imparcialidad del juez se encuentran objetivamente justificadas, y, en consecuencia, no se puede considerar que haya existido un tribunal imparcial en el sentido del artículo 14, párrafo 1, del Pacto. Al respecto, se concluye lo siguiente:

> "El Comité de Derechos Humanos, actuando en virtud del párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, considera que los hechos que tiene ante sí ponen de manifiesto una violación del párrafo 1 del artículo 14 del Pacto.
>
> De conformidad con las disposiciones del artículo 2, párrafo 3, inciso a) del Pacto, el Estado Parte está obligado a asegurar a la autora un recurso efectivo. El Estado Parte tiene la obligación de tomar las disposiciones necesarias para que en lo sucesivo no ocurran violaciones parecidas"[69]

Para aderezar más el caso, hubo un Voto en Disidencia de los miembros del Comité, Sres. Edwin Johnson López y Rafael Rivas Posada, quienes a contrapelo de la opinión mayoritaria del Comité, consideran que el hecho que la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia estaba integrada por tres magistrados, uno de los cuales actuó como magistrado ponente de la sentencia que la autora cuestiona; no es óbice para decretar la parcialidad de la instancia juzgadora: "En nuestra opinión, del mero hecho de que el magistrado ponente fuera profesor asociado de la Universidad de Murcia, no puede colegirse

68. Comité de Derechos Humanos, *Caso Jenny VS Austria*. Op Cit, párrafo 9.4.
69. Comité de derechos Humanos, *Caso Laguna vs España*, Op Cit, párrafos 9.8,10 y 11.

que el Tribunal, que revisó la puntuación otorgada a la autora por una comisión de dicha institución, haya sido parcial. No cabe suponer que el magistrado, quien fungía como profesor en el departamento de derecho procesal de la Universidad, pudiera albergar prejuicios o tener algún interés personal en el otorgamiento de una plaza de ayudante en el departamento de química inorgánica a una candidata o a otra". Continúan destacando su tesis, indicando que "Tan remota e improbable es la conexión que el magistrado, quién seguramente era consciente de las causas de recusación establecidas por la ley española, no consideró excusarse del pleito por no tener interés directo ni indirecto en el mismo".

Concluyen que es una circunstancia común que los jueces dicten clases en universidades, donde imparten sus conocimientos y comparten experiencias, adquiridos en el ejercicio de sus funciones. A falta de otros elementos, las circunstancias mencionadas por la autora no justifican plena y objetivamente sus aprensiones de imparcialidad del Juez. Aun reconociendo que en ciertas circunstancias la apariencia de parcialidad puede ser tal que viole el derecho a un juicio imparcial por un tribunal independiente e imparcial, en el presente caso los hechos no equivalen a una violación del articulo referido del PIDCP.

Siguiendo aún más en torno a este tópico, el mismo Comité se ha pronunciado con respecto a que la imparcialidad del tribunal y la publicidad de las actuaciones, son importantes aspectos del derecho a un juicio justo en el sentido del párrafo 1 del artículo 14 del PIDCP:

> "La "imparcialidad" del tribunal supone que los jueces no deben tener ideas preconcebidas en cuanto al asunto de que entienden y que no deben actuar de manera que promuevan los intereses de una de las partes. En los casos en que la ley estipula los motivos para recusar a un juez, corresponde al tribunal considerar ex officio esos motivos y reemplazar a los miembros del tribunal a los que se haya recusado. Normalmente, no se puede considerar que un juicio viciado por la participación de un juez que, conforme a los estatutos internos, debería haber sido recusado, es un juicio justo o imparcial en el sentido del artículo 14"[70]

La Corte Europea de Derechos Humanos ha señalado que la imparcialidad tiene aspectos tanto subjetivos como objetivos, a saber: Primero, el tribunal debe carecer, de una manera subjetiva, de prejuicio personal. Segundo, también debe ser imparcial desde un punto de vista objetivo, es decir, debe ofrecer garantías suficientes para que no haya duda legítima al respecto. Bajo el análisis objetivo, se debe determinar si, aparte del comportamiento personal de los jueces, hay hechos averiguables que podrán suscitar dudas respecto de su imparcialidad. En este sentido, hasta las apariencias podrán tener cierta importancia. Lo que está en juego es la confianza que deben inspirar los tribunales a los ciudadanos en una sociedad democrática y, sobre todo, en las partes del caso[71].

70. Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación Nº CCPR/C/46/D/387/1989, *Caso Karttunen vs Finlandia*, español, original:inglés, 5 de noviembre de 1992, párrafo 7.2.
71. Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso de Pabla KY v. Finlandia*, Juicio del 26 de junio del 2004, párrafo. 27; y Corte Europea de Derechos Humanos., *Caso de Morris v. Reino Unido,* Juicio del 26 de febrero del 2002, párrafo 58.

Con respecto a la consabida aspiración de <<juicio imparcial>>, se hace menester indicar que dicho concepto en los términos del párrafo 1 del artículo 14 del PIDCP, incluye también otros elementos como los siguientes:

a. Principio de igualdad de oportunidades;
b. Principio de Procedimiento Contradictorio y
c. Principio de actuación expedita[72]

En el *Caso Sandra Frei contra Colombia*, el Comité encontró que no estaba convencido de que se hayan cumplido los requisitos de igualdad de oportunidades y de actuación expedita. Al respecto, justifica su parecer de la siguiente manera:

> "Es digno de notar que cada acción emprendida por la autora ante los tribunales tardó varios años en ser vista y que las dificultades para la comunicación con la autora, que no reside en el territorio del Estado Parte, no pueden justificar tales demoras, pues la autora estaba jurídicamente representada en Colombia. El Estado Parte no ha explicado los motivos de esas demoras. Por otra parte, las acciones emprendidas por el ex marido de la autora y por las hijas de ésta o en su nombre se vieron y resolvieron de manera considerablemente más rápida. Como el Comité ha señalado en su decisión sobre admisibilidad, la índole misma de las actuaciones judiciales sobre tuición o sobre el acceso de un padre divorciado a sus hijos requiere que las cuestiones que han suscitado la denuncia sean resueltas con prontitud. El Comité opina que, habida cuenta de las demoras en la solución de las acciones emprendidas por la autora, dicha prontitud no se ha dado"[73].

6.3 Los "Jueces sin Rostro"

Sobre esta temática, existen abundantes pronunciamientos del Comité, sobre todo en los antecedentes basados en el Perú y Colombia que han implementado este tipo de actuación jurisdiccional, en el sentido que los juicios ante tribunales especiales integrados por jueces anónimos son incompatibles con el artículo 14 del Pacto. En esta situación, los acusados desconocen quienes son los jueces que les juzgan, y la posibilidad de que los acusados preparen su defensa y se comuniquen con sus abogados tropieza con obstáculos inaceptables.

Además, este sistema no garantiza un aspecto fundamental de un juicio justo de conformidad con el significado del artículo 14 del Pacto: el de que el Tribunal deba tanto ser, como parecer ser independiente e imparcial. En el sistema de juicios con "jueces sin rostro", ni la independencia ni la imparcialidad de los jueces están garantizadas, ya que el tribunal, establecido *ad hoc*, puede estar compuesto por militares en servicio activo. En opinión del Comité, ese sistema tampoco asegura el respeto a la presunción de inocencia, garantizado en el párrafo 2 del artículo 14. En las circunstancias del caso, el Comité

72. Véanse los dictámenes sobre Comité de Derechos Humanos, Comunicación Nº 203/1986 (Muñoz c. Perú), párr. 11.3; y Comunicación Nº. 207/1986 (Morael c. Francia), párrafo 9.3.
73. Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación Nº CCPR/C/53/D/514/1992, *Caso Sandra Frei vs Colombia*, español, original:inglés, 26 de abril de 1995, párrafo 8.4.

concluye que se han violado los párrafos 1, 2 y 3(b) y (d) del artículo 14 del Pacto[74].

Un denunciante colombiano, aduce que fue procesado y condenado en primera y segunda instancia por tribunales compuestos por jueces sin rostro, sin las garantías debidas de audiencia pública y contradicción, en particular, sin permitirle estar presente y defenderse en el juicio, directamente o a través de su representante, y sin posibilidad de interrogar al testigo de cargo. Al respecto, el Comité recuerda que, para satisfacer los derechos de la defensa garantizados en el Pacto, todo juicio penal debe proporcionar al acusado el derecho a una audiencia oral, en la que se le permita comparecer en persona o a través de representante legal y donde pueda presentar las pruebas que estime pertinentes e interrogar a los testigos. Teniendo en cuenta que el autor no tuvo tal audiencia durante los procedimientos que culminaron en el fallo condenatorio y la imposición de la pena, se concluye que existió una violación del derecho del autor a un juicio justo, de conformidad con el artículo 14 del Pacto[75].

Para el caso peruano, una denunciante reitera las mismas situaciones expuestas en el caso anterior (su proceso se llevó a cabo en audiencias privadas; el tribunal estaba compuesto por jueces sin rostro cuya recusación no era posible; no pudo comunicarse con su abogado durante los siete días que permaneció incomunicada), además que los policías que intervinieron en la investigación no fueron llamados a declarar en calidad de testigos, al no permitirlo el Decreto Ley 25475, para culminar el penoso cuadro fáctico para las garantías procesales requeridas, su abogado no tuvo la posibilidad de contrarrestar a los testigos que habían declarado en la etapa de investigación policial. En las circunstancias del caso el Comité concluye que existió igualmente una violación del referido artículo 14 del Pacto, que se refiere al derecho a un proceso con las debidas garantías, tomado en su conjunto[76].

6.4 La función jurisdiccional del juez

Vamos a tratar de establecer algunas vicisitudes inherentes a la función jurisdiccional que despliegan los jueces. Conviene iniciar este punto indicando que en aras de la transparencia y eficacia requeridas para tutelar fidedignamente los derechos humanos al interior de cada país, los modelos de organización y selección de jueces no han sido inmunes a problemáticas de muy diversa índole que afectan tanto su independencia y proyección propia, con relación al poder político expresado principalmente en quienes ejercen las riendas gubernamentales. BERGALLI, nos compara diferentes modelos judiciales diciéndonos que modelos de organización como el

74. Véase el Informe anual del Comité correspondiente a 1996 (A/51/40), párrs. 350 y 363. sobre el tercer informe periódico del Perú y en sus observaciones finales de 6 de noviembre de 1996 sobre el mismo informe; véase el Doc. CCPR/C/79/Add.72 (18 de noviembre de 1996); en especial el dictamen Nº 577/1994, párr. 8.8, *Víctor Polay Campos c. el Perú* aprobado el 6 de noviembre de 1997.
75. Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación Nº CCPR/C/87/D/1298/2004, original:español, 10 de agosto de 2006, párrafo 7.2.
76. Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación Nº CCPR/C/85/D/1126/2002, *Caso Carranza vs Perú*, original:español, 17 de noviembre de 2005, párafo 7.5.

anglosajón y el italiano (en consecuencia de éste, también el español) tienen resueltos los problemas de selección de modo diferente. Mientras en el primero las técnicas de selección están más condicionadas por el poder político que en el segundo, en aquél la independencia se garantiza por la conciencia, difundida en la sociedad, del alto valor que se les reconoce a los jueces y no por las garantías jurídicas del tipo de las que han sido introducidas, con una eficaz aplicación en Italia. En cambio, modelos como el francés, que parece ser mucho más dependiente de los poderes políticos en sus organizaciones judiciales, exhiben mecánicas de selección diferentes aunque en la práctica ninguna de ellas garantiza la eficiencia de jueces y magistrados[77].

En todo caso, sea cual fuere el modo de su selección, nombramiento o incorporación al aparato judicial, el juez pronuncia el Derecho en los casos sometidos a su conocimiento, por encargo de la comunidad jurídica, que se encarna en el Estado. Al respecto, se ha dicho entonces que *"El juez deviene obligado al resolver cada caso jurídico particular, tomando en consideración las convicciones y la voluntad soberana de la comunidad jurídica en la forma en que se encuentra expresada en el Derecho positivo vigente, establecida, precisamente, por su poder soberano de ordenación jurídica*"[78]. Esta situación por si misma, debe ponderarse con las siguiente digresión: la delegación soberana que realiza la comunidad política o en dogmática constitucional el denominado *poder constituyente*, a los órganos de representación y ejecución política conocidos como *poder constituido*, construye una relación sinalagmática entre representados y representantes. En esta dinámica, los jueces vienen a ser abanderados de la imparcialidad y garantía dispuesta en las cartas políticas, como un mecanismo de salvaguarda y credibilidad de la ciudadanía hacia este tipo de poder judicializador.

Vamos a abordar a la luz de la jurisprudencia del Comité, los respectivos pronunciamientos que atañen a tres facetas propias de la función de dictar el derecho vigente, que tienen los jueces encargados de la normalización y el orden. Nos referimos a la posibilidad de juzgamiento ante tribunal especial en detrimento del Principio de Juez Natural; la necesaria estabilidad en el puesto del juzgador y cuál debe ser el antídoto contra sus arbitrariedades.

a) Juzgamiento ante <<Tribunal Especial>>

Una interesante relación se suscita entre los párrafos 1º y 3º del artículo 14 en conjunción con el artículo 26 del PIDCP. En un caso sometido al Comité, el denunciante afirma que la orden de la Fiscalía del Estado, de que fuera juzgado por el Tribunal Penal Especial, violó el principio de equidad y total igualdad de condiciones enunciado en los párrafos 1 y 3 del artículo 14. El autor de la comunicación

77. BERGALLI, (Roberto) **"La quiebra de los mitos: Independencia judicial y selección de jueces"** pág 154 en Revista Nueva Sociedad No 112 "América Latina, la justicia como deuda", Caracas Venezuela, Editorial Nueva Sociedad marzo-abril 1991.
78. ESPINAL IRÍAS, (Rigoberto) **"Los jueces y la responsabilidad para la vigencia de un Estado de Derecho**", pág 37 en ESPINAL IRÍAS, (Rigoberto) et.al. "El juez y la defensa de la democracia: Un enfoque a partir de los derechos humanos", San José Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1993.

se queja de haber sido situado en posición de grave desventaja en comparación con otras personas acusadas de delitos análogos o de los mismos delitos, que han sido juzgadas en cambio por los tribunales ordinarios y que, por consiguiente, se han podido beneficiar de un mayor conjunto de posibles salvaguardias. Pone de relieve que, el juicio por un jurado y la posibilidad de efectuar exámenes preliminares de los testigos habrían sido particularmente importantes. La evaluación del crédito de varios testigos relevantes habría sido el objeto principal de su causa. Así, pues, afirma que ha sido retenido arbitrariamente y tratado con desigualdad en sus derechos procesales, pues la Fiscalía del Estado no ha dado ninguna razón o justificación

Para el Comité, "la pretensión de que se ha violado el requisito de igualdad ante los tribunales y cortes de justicia, que dispone el párrafo 1 del artículo 14, equivale a la afirmación del autor de la comunicación de que se ha violado su derecho con arreglo al artículo 26 a la igualdad ante la ley y a igual protección de ésta. La decisión de la Fiscalía del Estado de formular la acusación ante el Tribunal Penal Especial tuvo como resultado que fuera objeto de un procedimiento judicial especial ante un tribunal especialmente constituido. Esta distinción privó al autor de la comunicación de ciertos procedimientos en virtud del ordenamiento jurídico interno, al separarlo de otras personas acusadas de delitos parecidos en los tribunales ordinarios"[79]. Prosigue afirmando que dentro de la jurisdicción del Estado Parte, el enjuiciamiento por un jurado en particular se considera una salvaguardia importante, a disposición por lo general de los acusados. En virtud del artículo 26, el Estado Parte debe, pues, demostrar que la decisión de enjuiciar a una persona con arreglo a otro procedimiento estaba basada en motivos razonables y objetivos. Para el caso sometido, el Comité señala que el ordenamiento del Estado Parte, en la Ley sobre los delitos contra la seguridad del Estado, tipifica cierto número de delitos que pueden ser competencia del Tribunal Penal Especial según decisión facultativa de la Fiscalía del Estado. Se dispone también que cualquier otro delito podrá ser juzgado por un tribunal penal especial si la Fiscalía del Estado considera que los tribunales ordinarios son "inadecuados para garantizar una administración efectiva de la justicia". El Comité considera problemático que, incluso en la hipótesis de que sea aceptable un sistema penal doble para ciertos delitos graves siempre que sea imparcial, el Parlamento, por disposición legislativa, defina algunos delitos graves que estarán comprendidos dentro de la jurisdicción del Tribunal Penal Especial según decisión facultativa ilimitada de la Fiscalía del Estado ("considere apropiado"), y proceda a permitir, como en el caso del autor, que cualquier otro delito también sea juzgado de este modo si la Fiscalía del Estado considera inadecuados los tribunales ordinarios.

No se han de comunicar los motivos de la decisión de que el Tribunal Penal Especial sería "adecuado" o de que los tribunales ordinarios serían "inadecuados" y en el

79. Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación Nº CCPR/C/71/D/819/1998, *Caso Kavanagh vs Irlanda*, español, original:inglés, 26 de abril de 2001, párrafo 10.2.

presente caso no se han comunicado al Comité los motivos de la decisión. Además, la revisión judicial de las decisiones de la Fiscalía del Estado está restringida efectivamente a las circunstancias más excepcionales y casi imposibles de demostrar. Finalmente, el Comité considera que el Estado Parte no ha conseguido demostrar que la decisión de enjuiciar al autor ante el Tribunal Penal Especial se basaba en fundamentos razonables y objetivos. En consecuencia, el Comité llega a la conclusión de que se ha violado el derecho del autor establecido en el artículo 26 a igualdad ante la ley y a igual protección de la ley[80].

b) Derecho del Juez a la estabilidad

En el *Caso Pastukhov contra Bielorrusia*, un juez recurre al Comité en busca de justicia, en el sentido de haber sido cesado de sus funciones a pesar que había sido elegido por un período de once años, a partir del 28 de abril de 1994.

El Estado infractor adujo la existencia del Decreto presidencial Nº 106, de 24 de enero de 1997, como fuente jurídica que le permitió realizar este acto; situación que fue objetada por el denunciante debido a que no se basó en la sustitución del Tribunal Constitucional por un nuevo tribunal –que es la causal de cese que permite-, sino que se refirió al autor en persona, y que la única razón aducida en el decreto presidencial para destituir al autor fue la finalización de su mandato como magistrado del Tribunal Constitucional, lo que evidentemente no había sucedido.

En esas circunstancias, el Comité considera que la destitución del autor de su cargo como magistrado del Tribunal Constitucional varios años antes de la expiración del mandato para el que fue nombrado constituye un ataque a la independencia judicial y no respeta el derecho de acceso del autor, en condiciones generales de igualdad, a la administración pública de su país. Por consiguiente, se ha inflingido el apartado c) del artículo 25 del Pacto, leído conjuntamente con el párrafo 1 de su artículo 14, relativo a la independencia del poder judicial, así como lo dispuesto en el artículo 2 de dicho instrumento[81].

En el sistema interamericano, se ha fallado un asunto que tiene antecedentes similares al estudiado, como sería el *Caso Apitz Barrera y otros contra Venezuela* (2008). A manera de muy breve recuento, la demanda se relaciona con la destitución de tres ex-jueces de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo (en adelante "la Corte Primera"), el 30 de octubre de 2003, por haber incurrido en un error judicial inexcusable al conceder un amparo cautelar que suspendió los efectos de un acto administrativo que había negado el registro de una compraventa. El caso reviste un interés sumamente vigente, al conjugar variables políticas, ideológicas y legales, pasando por la <<independencia del juez>> y su importancia para el mantenimiento del régimen democrático, aunque en el caso se enfatiza más el aspecto de la carencia de

80. Ibíd, párrafo 10.3.
81. Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación Nº CCPR/C/78/D/814/1998, *Caso Pastukhov vs Bielorrusia*, español, original:inglés, 17 de septiembre de 2003, párrafo 7.3.

motivación o fundamentación, así como la proporcionalidad de la sanción consistente en el despido[82].

La Corte Interamericana acredita que el órgano disciplinario judicial que destituyó a los ex-magistrados, tuvo su origen en un proceso de transición constitucional que se inició en 1999 con el establecimiento de una Asamblea Nacional Constituyente, que tras declarar la existencia de una "crisis institucional" y la necesidad de una "reorganización de todos los órganos del poder público", aprobó el 15 de diciembre de 1999 la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Dos semanas después de la adopción de la nueva Constitución la Asamblea Constituyente emitió un decreto de "Régimen de Transición del Poder Público", por el cual se creó una instancia a la que se le atribuyó provisionalmente, entre otras atribuciones, "la competencia disciplinaria judicial que corresponde a los Tribunales disciplinarios, de conformidad con el artículo 267 de la Constitución […] hasta que la Asamblea Nacional apruebe la legislación que determine los procesos y tribunales disciplinarios".

Lo cierto del caso fue que los tres juzgadores fueron destituidos por un error acaecido en funciones propias de su cargo, Para la Corte Interamericana, aún cuando existiera una declaración de error judicial inexcusable por parte de un órgano de revisión, debe analizarse la gravedad de la conducta y la proporcionalidad de la sanción. Este tipo de revisión exige una motivación autónoma para determinar la existencia de una falta disciplinaria[83]. Continúa el Tribunal Interamericano, manifestando lo siguiente:

> "88. La Corte considera que en este proceso disciplinario era necesario el análisis del error judicial inexcusable como ilícito disciplinario, lo cual exigía, en primer lugar, una motivación relacionada con la idoneidad de las presuntas víctimas para el ejercicio del cargo.
> 89. En segundo lugar, tanto la acusación de la IGT como la decisión de la CFRSJ tenían que dar razones sobre la gravedad de la falta supuestamente cometida por los miembros de la Corte Primera y sobre la proporcionalidad de la sanción propuesta y finalmente adoptada.
> (…)
> 91. Al no haber ocurrido lo anterior, la situación real fue que el proceso disciplinario terminó siendo de mero trámite. Por consiguiente, la Corte considera que el Estado incumplió con su deber de motivar la sanción de destitución, violando con ello las "debidas garantías" ordenadas en el artículo 8.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de los señores Apitz, Rocha y Ruggeri".

82. Corte IDH. Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 182, Sentencia de 5 de agosto de 2008, párrafo 86. En similar sentido esta Corte Interamericana ordenó que una pena fuera aplicada en forma proporcional a la naturaleza y gravedad del delito que se perseguía, tomando en cuenta las circunstancias atenuantes y agravantes que pudieran concurrir en el caso. *Cfr. Caso Raxcacó Reyes Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 133.
83. Corte IDH. Caso Apitz Barbera y otros (…),Op Cit.

c) Arbitrariedades del Juzgador en la tramitación de pruebas

El Comité ha tenido en cuenta su jurisprudencia en el sentido de que en general incumbe a los tribunales de los Estados Partes en el Pacto la evaluación de los hechos y las pruebas en un caso concreto, salvo que pueda determinarse que la evaluación fue claramente arbitraria o constituyó una delegación de la justicia. En un caso en particular, el Comité observa que la jueza condenó al autor considerando, entre otras cosas, que las declaraciones de la presunta víctima, aunque hechas fuera del tribunal, no constituían simple testimonio de oídas. En adición, la jueza no admitió como prueba la declaración jurada de desistimiento de la presunta víctima, pero admitió su primera declaración, pese a que ambas fueron igualmente confirmadas por testigos que no conocían personalmente los hechos. Finalmente, el autor tuvo que hacer frente a pruebas dudosas y aún a pruebas que no se presentaron en el tribunal (la apariencia juvenil del testigo de 21 años y la minoría de edad de la presunta víctima). En esas circunstancias, el Comité considera que la selección de pruebas admisibles hecha por el tribunal, especialmente en ausencia de pruebas confirmadas por la presunta víctima, y la evaluación de ellas, fueron claramente arbitrarias, en violación del párrafo 1 del artículo 14 del Pacto[84].

Otro asunto que merece la pena reparar sobre él, radica en los errores en la sentencia y si ello puede ser considerado como una arbitrariedad judicial. En el mencionado *Caso Laguna contra España*, respecto de la existencia de errores en las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, el Comité toma debida nota de los argumentos de la actora en cuanto a que las sentencias contienen un error aritmético al haberse redondeado ciertos puntajes en forma desigual y en su perjuicio. Asimismo, el Comité toma nota de las observaciones del Estado Parte, en el sentido de que dichos errores están contenidos en un *obiter dictum* de la decisión del Tribunal y que no afectan el resultado de la evaluación efectuada por la comisión de valoración, que la sentencia en definitiva confirma. El Comité de expertos del PIDCP observa que, efectivamente, el auto del 31 de octubre de 1997 contiene errores en ciertos cálculos que el Tribunal efectuó con el objeto de aclarar su decisión anterior. Sin embargo, considera que dichos cálculos se efectuaban a mayor abundamiento, en argumentos complementarios e hipotéticos, que de ninguna manera niegan el sentido de la sentencia, que es el de confirmar la decisión de la comisión de valoración. Resume así su posición en torno a los anteriores hechos:

> "El Comité estima que, si bien dichos errores pudieron haber creado cierta insatisfacción en la autora, no bastan para tachar de manifiestamente arbitraria a una sentencia razonada y que analiza en detalle la puntuación otorgada a las participantes del concurso. En consecuencia, habida cuenta de que no existió desigualdad en el proceso de selección para acceder al puesto de ayudante, el Comité no considera necesario discutir el carácter de función pública de dicho puesto y decide que no existe fundamento para afirmar que

84. Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación Nº CCPR/C/84/D/1089/2002, español, original:inglés, 5 de agosto de 2005, párrafo 7.2.

se haya producido, en el presente caso, una violación del inciso (c) del artículo 25 del Pacto"[85].

CONSIDERACIONES FINALES

Una vez llegados a esta etapa de conclusiones, hemos pretendido a lo largo de estas líneas establecer algunos paralelismos propios del debido proceso en las resoluciones del Comité de Derechos Humanos, previsto en el PIDCP. Los descriptores destacados nos alertan en relación a aspectos funcionales del procedimiento en general, que van inicialmente desde definir que se entiende por **bilateralidad**; la importancia de la oralidad y el contradictorio, con la finalidad de contar con un mecanismo capaz de dotar de una idea más exacta de cómo sucedieron las situaciones que objetan las partes. De igual manera, la abstracción de los tribunales militares del conocimiento de las causas comunes, es igualmente un postulado de garantización absoluta del debido proceso.

Posteriormente, en el ámbito del **tratamiento de la prueba** se hace conveniente llegar a los siguientes hallazgos: en primer lugar, la carga de la prueba si bien es un postulado axiomático endilgable al actor, no debe llegar a puntos inverosímiles como sería el hecho de demostrar situaciones que en muchas oportunidades suelen ser de difícil verificación (p.e. las torturas). Asimismo, la negativa a evacuar prueba de todo tipo, imponiendo límites a la libertad probatoria, atenta contra el espíritu del artículo 14 del PIDESC. Se debe dejar claro además, que los tribunales internacionales de carácter contencioso u órganos de verificación cuasi-contencioso, no son espacios para evacuar nuevamente la prueba que no pudo ser alegada o recibida inclusive, en el foro interno. Solamente debe tratarse de un vicio grosero e inaudito, para pensar que las instancias de juzgamiento internacionales, puedan acoger la pretensión en este sentido.

Con relación a la **defensa técnica del imputado**, hemos visto y analizado su importancia como piedra angular del esquema o garantía de defensa. Si bien es cierto que el imputado o encausado cuenta con la defensa para su situación personal, según la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos no es necesario que la misma sea efectiva, a diferencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que si ha considerado la violación a las garantías del debido proceso, por omisión o inefectividad de la defensa letrada. Por otra parte, la detención que se vaya a realizar, debe ceñirse a un tiempo razonable, sin una incomunicación prolongada, teniendo el cuidado que se le presten las oportunidades de defensa particular o gratuita por el Estado. La variable del tiempo de preparación adecuado para una "defensa idónea", se hace imperiosa igualmente como garantía propia del debido proceso. Se concluye este acápite enfatizando que el acceso a la defensa es tan necesario, que su observancia debe darse hasta en los condenados a <<pena de muerte>>.

En otro orden de cosas, el **régimen de impugnaciones** según lo ha entendido el Comité de Derechos Humanos, es entendido sobre todo, como aquel que sea oportuno e idóneo para los fines de la defensa del justiciable. Se habla que el recurso debe

85. Comité de Derechos Humanos, *Caso Laguna vs España*, Op Cit, párrafos 9.2 y 9.3.

tener <<posibilidades de prosperar>>, aludiendo un claro interés en el sentido que su ejercicio no sea nugatorio o ineficaz dentro del mismo ordenamiento jurídico. La garantía de la doble instancia o recurso de alzada, se torna vital si hablamos de una facultad de revisión que tiene el órgano superior judicial, con respecto a lo actuado por su inferior.

Las **motivaciones de las resoluciones** o de lo actuado por las instancias decisorias, es de carácter trascendental para el debido proceso. En este sentido, la jurisprudencia examinada del Comité, es clara en establecer que los fallos deben ser absolutamente justificados, sobre todo si el interesado espera recurrirlo; a la vez que deben motivarse por escrito, invocando las razones para adoptar una determinada decisión, dentro de un espíritu de publicidad y rendición de cuentas que es acorde con el instrumento internacional en estudio.

Especial interés reviste en la jurisprudencia resolutiva del Comité en examen, lo concerniente al **poder juzgador**, entendido desde una perspectiva amplia: la estabilidad e independencia del juez; la afrenta para la justicia que constituye la función judicial dilatoria, así como la práctica malsana de los denominados "jueces sin rostro". Hemos visto abundantemente, posturas que vienen a caracterizar las anteriores variables, pero sobre todo nos interesa ahondar en una de ellas. Nos referimos a la función jurisdiccional del juez y como a la luz del Pacto, están prohibidas aquellas prácticas que menoscaben el juzgamiento regular y común, a través de *tribunales especializados* o sustraídos de la jurisdicción habitual.

El juez es susceptible entonces, de importantes poderes de maniobra que le facultan actuar con independencia y sin ingerencias externas, más debe ser cauto y ajustarse al cumplimiento de la ley en todos sus extremos. El poder juzgador debe ser equilibrado cuando se trate de admisión de pruebas y cómo la denegación o arbitrariedad en la evacuación de estas, constituye un quebranto al PIDCP.

Finalmente, nos queda externar que este breve estudio comparativo pretendió aportar al conocimiento del derecho patrio, aquellas líneas principales de orden jurisprudencial, capaces de destacar variables que estimamos sumamente importantes, en lo que al debido proceso se refiere. Los operadores jurídicos tienen a su alcance un espacio de apropiamiento mayor, de la jurisprudencia internacional relativa a protección de derechos fundamentales como sería la garantía aludida a lo largo de estas líneas.

BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA:

a) Libros y revistas

ABREGÚ, (Martín) **"La aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por los tribunales locales: una introducción"**, ABREGÚ, (Martín) y COURTIS, (Christian) "La Aplicación de los Tratados Internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales", Proyecto Regional de Justicia, Dirección Regional para América Latina y el Caribe. (DRALC), Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), Buenos Aires, Editores del Puerto s.r.l, segunda edición 1998.

BERGALLI, (Roberto) **"La quiebra de los mitos: Independencia judicial y selección de jueces"** en Revista Nueva Sociedad

No 112 “América Latina, la justicia como deuda”, Caracas Venezuela, Editorial Nueva Sociedad marzo-abril 1991.

CHACÓN MATA, (Alfonso) **“Breve Reseña del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”**, en Anuario Mexicano de Derecho Internacional Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, UNAM, México D.F., Vol IX, 2009.

DEL TORO HUERTA, (Mauricio Iván) **“El Principio de Subsidariedad en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos con especial referencia al Sistema Interamericano”,** págs 34-35 en BECERRA RAMÍREZ, (Manuel) coordinador “La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento”, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2007.

ESPINAL IRÍAS, (Rigoberto) **“Los jueces y la responsabilidad para la vigencia de un Estado de Derecho**”, en ESPINAL IRÍAS, (Rigoberto) et.al. “El juez y la defensa de la democracia: Un enfoque a partir de los derechos humanos”, San José Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1993.

Organización de las Naciones Unidas (ONU), Comité de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, “Observación General N º 13: Igualdad ante los tribunales y el derecho a un juicio justo y público ante un tribunal competente establecido por la ley (art. 14)”, 13 de abril de 1984.

Organización de las Naciones Unidas (ONU). “Mecanismos para los Derechos Humanos**”**, folleto informativo número 1, Organización de las Naciones Unidas, Ginebra, 1988.

b) Jurisprudencia y resoluciones nacionales e internacionales

Comisión Interamericana de Derechos Humanos-CIDH Informe Nº 39/96 (Caso 11.773), *S. Marzioni, vs Argentina,* 15 de Octubre de 1996.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos-CIDH Informe No. 48/98 (Caso 11.403), *Carlos Alberto Marín Ramírez vs Colombia*, 29 de septiembre de 1998.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos-CIDH, Informe N°39/05 (Petición 792/01), Carlos Iparraguirre y Luz Amada Vásquez de Iparraguirre vs Perú, 26 de abril del 2005.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos-CIDH. Informe 58/08 (Caso 12.122), *Armando Sosa Peceros y otros vs Perú,* 24 de julio de 2008.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos-CIDH, Informe No. 81/11 (Caso 12.776), *Jeffrey Timothy Landrigan vs Estados Unidos*, 21 de julio de 2011.

Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras**.** Serie C No. 4, Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988.

Corte IDH. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal**.** Serie A Nº 16, Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999.

Corte IDH. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica**.** Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 107, Sentencia de 2 de julio de 2004.

Corte IDH. Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 182, Sentencia de 5 de agosto de 2008.

Corte Europea de Derechos Humanos, Caso de Morris vs. Reino Unido*,* Juicio del 26 de febrero del 2002.

Corte Europea de Derechos Humanos, Caso de Pabla KY vs. Finlandia, Juicio del 26 de junio del 2004.

Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación Nº 223/1987, *Caso Robinson vs. Jamaica*, dictamen aprobado el 30 de marzo de 1989.

Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación Nº CCPR/C/46/D/387/1989, *Caso Karttunen vs Finlandia*, español, original:inglés, 5 de noviembre de 1992.

Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación Nº CCPR/C/47/D/282/1988, *Caso Leaford Smith versus Jamaica*, español, original:inglés, 12 de mayo de 1993.

Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación Nº CCPR/C/50/D/333/1988, *Caso Lenford Hamilton versus Jamaica*, español, original:inglés, 23 de marzo de 1994.

Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación Nº CCPR/C/50/D/330/1988, español, original:inglés, 26 de abril de 1994.

Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación Nº CCPR/C/50/D/333/1988, *Caso Lenford Hamilton versus Jamaica*, español, original:inglés, 23 de marzo de 1994.

Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación Nº CCPR/C/53/D/514/1992, *Caso Sandra Frei vs Colombia*, español, original: inglés, 26 de abril de 1995.

Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación Nº CCPR/C/55/D/459/1991, *Caso Wright vs Jamaica*, español, original:inglés, 8 de noviembre de 1995.

Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación Nº CCPR/C/53/D/514/1992, *Caso Sandra Frei vs Colombia*, español, original:inglés, 26 de abril de 1995.

Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación Nº CCPR/C/56/D/588/1994, *Caso Erroll Johnson contra Jamaica*, español, original:inglés, 5 de agosto de 1996.

Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación Nº CCPR/C/59/D/526/1993, *Caso Michael Hill vs España*, español, original:inglés, 23 de junio de 1997.

Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación Nº CCPR/C/60/D/533/1993, *Caso Elahie vs Trinidad y Tobago*, español, original:inglés, 19 de agosto de 1997.

Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, comunicaciones Nos. 623 a 627/1995, *Caso Domukovsky y otros c. Georgia*, dictamen aprobado el 6 de abril de 1998.

Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación Nº CCPR/C/62/D/623/1995, *Caso Domukovsky versus Georgia*, español, original: inglés, 29 de mayo de 1998.

Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación Nº CCPR/C/63/D/750/1997, español, original:inglés, 3 de agosto de 1998.

Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación Nº CCPR/C/64/D/618/1995, *Caso Campbell vs Jamaica*, español, original:inglés, 3 de noviembre de 1998.

Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación Nº CCPR/C/64/D/592/1994, *Caso Jonson vs Jamaica*, español, original:inglés, 25 de noviembre de 1998.

Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación Nº CCPR/C/63/D/617/1995, *Caso Anthony Finn vs Jamaica*, original:español, 19 de agosto de 1998.

Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, comunicación Nº 775/1997, *Caso Brown vs. Jamaica*, dictamen aprobado el 23 de marzo de 1999.

Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación Nº CCPR/C/69/D/701/1996, *Caso Cesario Gómez vs España*, original:español, 11 de agosto de 2000.

Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación Nº CCPR/C/73/D/779/1997 : Finlandia, español, párrafo 7.4, 07 de noviembre del 2001.

Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación Nº CCPR/C/71/D/819/1998, *Caso Kavanagh vs Irlanda*, español, original:inglés, 26 de abril de 2001

Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación Nº CCPR/C/75/D/848/1999, *Caso Rodríguez vs Colombia*, original:español, 20 de septiembre de 2002.

Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación Nº CCPR/C/76/D/852/1999, Borisenko vs Hungría, español, original: inglés, 6 de diciembre de 2002.

Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación Nº CCPR/C/76/D/864/1999, original:español, 29 de noviembre de 2002

Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación No. 1007/2001 *Caso Semey vs España*, decisión de 30 de julio de 2003.

Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación

No. 986/2001, *Caso Sineiro Fernández vs España*, decisión de 7 de agosto de 2003.

Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación Nº CCPR/C/78/D/814/1998, *Caso Pastukhov vs Bielorrusia*, español, original: inglés, 17 de septiembre de 2003.

Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación Nº CCPR/C/78/D/781/1997, *Caso Garyverdy versus Ucrania*, español, original:inglés, 18 de septiembre de 2003.

Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación Nº CPR/C/81/D/815/1998: Federación Rusa, español, original inglés, párrafo 9.3, 18 de agosto del 2004.

Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación Nº CCPR/C/81/D/867/1999, *Caso Daphne vs Guyana*, español, original: inglés, 19 de agosto de 2004.

Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación No. 1101/2002, *Caso Alba Cabriada c. España*, decisión de 1 de noviembre de 2004.

Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación Nº CCPR/C/82/D/1101/2002, *Caso José Alba vs España*, original: español, 15 de noviembre de 2004.

Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación Nº CCPR/C/82/D/1073/2002, original: español, *Caso Terron vs España*, 15 de noviembre de 2004.

Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación Nº CCPR/C/82/D/1110/2002, *Caso Rolando vs Filipinas*, español, original: inglés, 8 de diciembre de 2004.

Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, comunicación Nº 973/2001, *Caso Maryam Khalilova c. Tayikistán*, dictamen aprobado el 30 de marzo de 2005.

Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación Nº 1104/2002, original: español, *Caso Martínez vs España*, 25 de mayo del 2005.

Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación Nº CCPR/C/84/D/1089/2002, español, original: inglés, 5 de agosto de 2005

Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación Nº CCPR/C/84/D/1095/2002, *Caso Gomariz vs España*, original: español, 26 de agosto de 2005.

Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación Nº CCPR/C/85/D/1042/2001, *Caso Boimurodov vs Tajikistan*, español, original: inglés, 16 de noviembre de 2005.

Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación Nº CCPR/C/85/D/1126/2002, *Caso Carranza vs Perú*, original:español, 17 de noviembre de 2005.

Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación Nº CCPR/C/86/D/1208/2003, *Caso Kurbonov*

vs Tajikistan, español, original: inglés, 19 de abril del 2006.

Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación Nº CCPR/C/86/D/1010/2001: Bélgica, español, original:francés, 26 de abril del 2006.

Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación Nº CCPR/C/86/D/1123/2002, español, original:francés, 18 de abril de 2006.

Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación Nº CCPR/C/86/D/1156/2003, *Caso Pérez vs España*, original:español, 18 de abril de 2006.

Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación Nº CCPR/C/88/D/1325/2004, original español, 13 de noviembre de 2006.

Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación Nº CCPR/C/86/D/1156/2003, *Caso Pérez vs España*, original:español, 18 de abril de 2006.

Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación Nº CCPR/C/87/D/1298/2004, original:español, 10 de agosto de 2006.

Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación Nº CCPR/C/86/D/1085/2002, *Caso Bund contra Argelia,* español, original:francés, 16 de mayo de 2006.

Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación general Nº 32 del Comité de Derechos Humanos: El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y la corte de justicia (art. 14), documento CCPR/C/GC/32 (2007).

Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación Nº CCPR/C/93/D/1542/2007, español, original: inglés, 2 de septiembre de 2008.

Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación Nº CCPR/C/93/D/1456/2006, original español, 02 de setiembre del 2008.

Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación Nº CCPR/C/93/D/1437/2005, Caso Jenny VS Austria, español, original:inglés, 5 de agosto de 2008.

Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación Nº CPR/C/94/D/1122/2002, *Caso Laguna vs España*, original: español, 3 de noviembre de 2008.

Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación Nº CCPR/1813/2008, *Caso Ebenezer Derek Mbongo Akwanga vs Camerún,* español, original: inglés, 22 de marzo del 2011.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Voto No 1147-90 de las 16:00 hrs del 21 de setiembre de 1990.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Voto No 747-91 de las 14:19 del diecinueve de abril de 1991.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Voto No 1739-92, de las 11:45 horas del primero de julio de 1992.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Voto Nº 2945-94 de las 08:12 horas del diecisiete de junio de 1994.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, San José, Voto No 5469-95 de las 18:03 horas del cuatro de octubre de 1995.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Voto No 2313-95 de las 16:18 horas del nueve de mayo de 1995.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Voto N° 5516-96 de las 18:06 horas del dieciséis de octubre de 1996.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Voto Nº 5596-96, de las 15:15 horas del veintidós de octubre de 1996.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**.** Voto Nº 2001-01545, de las 09:31 hors del veintitrés de febrero del 2001.

LA CONTAMINACIÓN VISUAL EN LA NORMATIVA COSTARRICENSE. UN ENCUADRE CRITICO DE LA LEY ORGÁNICA DEL AMBIENTE Y SU REGLAMENTACIÓN

M. Sc. Álvaro Sagot Rodríguez[1]

"Ahora estamos regresando a la gran comunidad planetaria y cósmica.
Nos fascina el verdor de la selva, nos detenemos ante
la majestuosidad de las montañas, nos extasiamos con el cielo estrellado …
Nos negamos a rebajar la Tierra a un conjunto de recursos naturales
o a una reserva físico- química de materias primas"
Leonardo Boff

Introducción

Consideramos que definir el concepto "*contaminación visual"* o "*paisaje no agradable"*, es un tanto difícil, dado que estos son constructos con una buena carga de subjetivismo, puesto que lo que para unos es horrible, para otros pudiera estar relativamente bien, o al menos tolerable.

Lo anterior lo apreciamos aún más si del paisaje en ciudades o espacios urbanos hablamos. La verdad, en el campo de lo subjetivo, todo depende de factores inconscientes, ideas de referencia; así como percepciones históricas y sociales. Tengamos presente por ejemplo, que cuando la Torre Effiel se construyó en el París de 1889, mucha gente expresó que era una ofensa a la estética[2] y hoy en día se considera por "muchísimas personas" un escenario apreciado de visitar y disfrutar ¿o será acaso que las mercadotecnia y la propaganda turística nos habrán hecho creer que esta obra es una belleza? En fin, las opiniones son diversas y ello es lo que es definitivo.

Por otro lado, cuando hacemos referencia a espacios naturales, tales como un bosque primario o en regeneración, un lago, un humedal, o una playa virgen, "creo" que existe una gran coincidencia -dentro de lo subjetivo- en caracterizar a esos escenarios como algo vital de mantenerlo en condiciones prístinas, por la magia y encanto que envuelven, amén de la necesidad de que estos espacios existan para así proteger la biodiversidad que ahí habita, que al final nos incumbe a la especie humana; pues todos somos parte de un gran ecosistema.

Es claro, conforme a lo anterior, que cuando hablamos de contaminación visual, no podemos dejar de lado el tema "paisaje"; se

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

2 http://torreeiffel.free.fr/historiatorreeiffel.html

dice sobre la definición de éste: "… *es un concepto que se utiliza de manera diferente por varios campos de estudio, aunque todos los usos del término llevan implícita la existencia de un sujeto observador y de un objeto observado (el terreno) del que se destacan fundamentalmente sus cualidades visuales y espaciales*.[3] Conforme a lo anterior, tenemos que el término paisaje siempre lleva como elementos obligatorios el que exista, primero un predio y segundo, un individuo que evalúa el mismo y lo que esta persona piense será definitivamente una expresión que tiene una gran carga de ideas moldeadas por su experiencia personal y el grupo en el que se encuentre[4].

Actualmente el bien jurídico paisaje no contaminado es uno protegido por el derecho a un ambiente sano ecológicamente equilibrado; por así externarse en diferentes instrumentos internacionales, también recordemos que la Constitución Política de Costa Rica lo defiende al integrar los numerales 50[5] y 89[6] así como también la doctrina nacional[7] e internacional[8] y los magistrados de la Sala Constitucional[9] lo han reconocido como tal.

Sobre el tema, nos expone el tratadista nacional Hernández Valle (1998): "*La protección de la belleza del paisaje está íntimamente relacionada con la defensa de la riqueza ecológica del país. Por ello, proteger la naturaleza desde el punto de vista estético no es comercializarla ni transformarla en mercancía, sino más bien educar al ciudadano para que aprenda a apreciar la vista por el valor agregado. En efecto, desde el punto de vista psíquico e intelectual, el estado de ánimo depende también de la naturaleza, por lo que al convertirse el paisaje en un espacio útil de descanso y tiempo libre, es obligación del Estado y de todos los ciudadanos preservarlo y conservarlo*."

Conforme a lo anterior y la sensibilización que la sociedad toma de los temas ambientales, más personas cada vez se preocupan por defender eso que no se puede tocar, pero que nos llena de gozo y esperanza; cuando por ejemplo admiramos unas montañas verdes o cuando nos sentimos mal, al ver vertederos de basura o ríos contaminados, o ciudades caóticas o rígidas y sin alma, llenas de smog, escandalosas luces led y

3 http://es.wikipedia.org/wiki/Paisaje

4 Señala Claudio Caneto (2000): "*Cada grupo humano tiene una percepción propia del espacio que ocupa y que de una forma u otra le pertenece la imagen del grupo es el resultado de la superposición y acumulación de imágenes personales*…"

5 Artículo 50: "*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*."

6 Artículo 89 constitucional: "*Entre los fines culturales de la República están: proteger las bellezas naturales, conservar y desarrollar el patrimonio histórico y artístico de la Nación* ".

7 Peña, Mario. La tutela jurídica del paisaje. Revista Judicial número 96, junio 2010, San José, Costa Rica y Hernández Valle, Rubén. Constitución Política de la República de Costa Rica, comentada y concordada. Editorial Juricentro. Costa Rica. 1998. Entre otros.

8 Loperana Rota, Demetrio. El derecho al medio ambiente adecuado. Editorial Civitas S.A. 1998. España. Y Fernández Latorre, Francisco. Análisis Jurisprudencial en materia de Paisaje y Turismo. Implicaciones prácticas. http://huespedes.cica.es/aliens/gimadus/20/06_francisco_fernandez_latorre.html Entre otros.

9 Votos No. 1993-3705 y No. 2003-6324, entre otros.

concreto. Un entorno opresivo, como este señalado supra, conlleva a tener escenarios contaminados visualmente y algunos autores incluso de forma negativa han externado que dada la intangibilidad y la imposibilidad de cuantificación de la contaminación visual, poco es lo que se puede hacer. Otros, aún más fatalistas, como el arquitecto Alexander Tzonis señalan que el asunto es tan complejo y que estamos inmersos en un ambiente tan degradado, que no existen ni valores, ni posibilidades de poder hacer mejoras, o proteger o mantener ambientes estéticamente agradables, pues los humanos ya caímos en una especie de espiral irreversible, que nos eliminó el criterio y el norte. Señala Tzonis (1977): "*Resulta de todo punto imposible para un diseñador que vive en una sociedad opresiva captar y proyectar las organización física de un ambiente no opresivo*."[10]

Pero no obstante lo anterior, nos parece que en la sociedad actual, progresivamente nos hemos querido separar del atavismo antropocentrísta donde sólo el factor de crecimiento económico[11] cuenta y hemos tratado de introducirnos al paradigma ecocéntrico, para dentro de él, buscar paisajes estéticamente agradables y menos contaminados. Es precisamente en ese impase que estamos entrando en la fase de las preguntas y de la búsqueda de respuestas proactivas, por ello, cada vez de manera más frecuente se escucha el clamor de profesionales y de la gente común que dice: ¿cuándo podemos hablar de contaminación al paisaje? ¿qué es contaminación visual y cómo la controlamos? ¿Existen instrumentos para cuantificar la contaminación visual? Lo expuesto, pues tal y como lo señala Leonardo Boff (2002), estamos despertando y a su vez negando a considerar esta Tierra por sus elementos biofísicos separados y estamos tratando de religarnos[12] con la biodiversidad de nuevo.

Lo anterior ha obligado a tener que llegar a regulaciones jurídicas para poner coto al descontrol paisajístico y a lo que yo llamo la violencia escénica, como sinónimo de contaminación visual. Aragonés y Amérigo (2000) nos señalan: "*los estudios sobre*

10 En esa línea, incluso para el historiador y ecologísta Murray Bookchin (1974), la vida actual es ilógica y sin sentido por causa de las mismas contradicciones sociales. Dice él: "*la sociedad con la que ahora nos enfrentamos en numerosos países no es racional, sino racionalizada: una sociedad administrada excesivamente y movilizada burocráticamente hasta un punto tal que amenaza con asfixiar los últimos vestigios de individualidad, personalidad y unidad si bien es cierto que no podemos regresar a la polis clásica o al pueblo tradicional, igualmente lo es que el afán marxista o liberal de una sociedad tecnocrática administrada centralmente y basada en el gigantismo urbano e industrial tiende a producir un mundo de egoístas que no solamente carecen de todo poder para modificar la sociedad, sino incluso de la capacidad espiritual para cambiarse a sí mismos.*"

11 A nuestro concepto los humanos hemos transformado el ambiente únicamente en razón de satisfacer superfluas necesidades consumistas y poco ha importado la eliminación de la biodiversidad que lo anterior conlleva. La mayoría de los centros urbanos actuales son un efecto del antropocentrismo y su crecimiento economisista, donde no ha importado talar bosques, o eliminar sitios de recarga acuífera y hacer ciudades hacinadas, con tal de ir expandiéndose y obtener mano de obra barata. Boff (2002) señala que el antropocentrismo afirma: "*que todo en la historia de 15.000 millones de años, tiene razón de ser únicamente en razón del ser humano por consiguiente, todo culmina con él. Nada tiene valor intrínseco, nada posee alteridad y sentido sin él. Todos los seres están a su disposición en orden a realizar sus deseos y proyectos. Son de su propiedad y dominio. Se imagina como un punto aislado y único fuera de la naturaleza y por encima de ella. Con arrogancia se puede dispensar de respetarla*…"

12 Religarnos significa para Leonardo Boff el relacionarnos con el "todo" de nuevo. Dice Boff (2002) : "… *todos los seres vivos están inter-ligados por ello siempre religados entre sí; el uno necesita del otro para existir. En razón de este hecho existe una solidaridad*…"

evaluación estética y/o calidad visual del paisaje surgen en el ámbito geográfico anglosajón, fundamentalmente, a partir de los años sesenta (del siglo pasado) impulsados esencialmente en su nacimiento desde instancias políticas". Justifican lo anterior de la siguiente manera: " … *Dos son los factores que explican su génesis por un lado, el desarrollo de una agricultura altamente capitalista mecanizada que comenzó a afectar, entre muchas cosas, a la morfología del paisaje agrario destinado a transformarse abruptamente o desaparecer a menos que se tomaran una serie de medidas protectoras respecto al mismo; por otro, el crecimiento general de las demandas recreacionales de la población que condujo a la necesidad de planificar y proteger, con lugares de ocio y esparcimiento, las áreas de notables valores escénicos*…" Por nuestra parte, agregaríamos una tercera situación que ha motivado la necesidad de crear instrumentos técnicos y legales para tratar de reducir los efectos negativos de la sociedad posmoderna, que fuera la de tratar de ordenar los diferentes centros urbanos ya establecidos, que de por sí eran y son caóticos, por haber crecido muchas veces de manera espontánea, o con escasa planificación y ordenamiento territorial.

Precisamente en razón de los factores enunciados y que estamos en este año celebrando los 18 años del dictado de la Ley Orgánica del Ambiente[13] (LOA), hemos considerado oportuno analizar las regulaciones que salen de esta ley respecto a la contaminación visual.

En este trabajo, estaremos yendo de lo general a lo particular y por ello primero veremos la normativa internacional, luego lo que ha señalado nuestra jurisprudencia constitucional sobre la violencia escénica y finalmente lo emanado de la LOA y la reglamentación que resultó de esa ley[14].

I. Normativa internacional ambiental del paisaje

Existen una serie de declaraciones y convenciones internacionales, que han tratado directa o indirectamente el tema del debido resguardo que le debemos al paisaje, lo cual quiere decir, como adelantábamos supra, que el mismo es definitivamente un bien jurídico tutelado y reconocido a nivel internacional sin lugar a dudas.

Desde los principios previstos en declaraciones internacionales, tenemos que tanto en la Declaración de Estocolmo de 1972[15], como en la de Río 92[16] se previó como instrumento de protección ambiental la ordenación del medio, asunto que conlleva implícitamente un claro deber de resguardar

13 Ley No. 7554 de 4 de octubre de 1996.

14 Aclaramos, que si bien somos conocedores que existe normativa reglamentaria en algunas municipalidades en sus planes reguladores, o en otros cuerpos normativos, centraremos este análisis en la LOA y su reglamento, Decreto Ejecutivo No. 35860-MINAET de 26 de febrero de 2010.

15 Principio 2: "*Los recursos naturales de la tierra incluidos el aire, el agua, la tierra, la flora y la fauna y especialmente muestras representativas de los ecosistemas naturales, deben preservarse en beneficio de las generaciones presentes y futuras, mediante una cuidadosa planificación u ordenación, según convenga*."

16 Principio 11: "*Los Estados deberán promulgar leyes eficaces sobre el medio ambiente. Las normas ambientales, y los objetivos y prioridades en materia de ordenación del medio ambiente, deberían reflejar el contexto ambiental y de desarrollo al que se aplican*."

los diferentes escenarios o paisajes donde la biodiversidad se asienta, lo cual es sinónimo de una racionalidad ambiental que se debe implementar y manifestar en políticas y leyes en defensa de los entornos por parte de los Estados.

Asimismo, en instrumentos vinculantes más puntuales, se ha reconocido el paisaje equilibrado expresamente, por ejemplo en el Convenio para la Protección de la Flora, de la Fauna y de las Bellezas Escénicas Naturales de los países de América de 1949, que señala en el artículo V: "*I.*

Los Gobiernos contratantes convienen en adoptar o en recomendar a sus respectivos cuerpos legislativos competentes, la adopción de leyes y reglamentos que aseguren las protección y conservación de la flora y la fauna dentro de sus respectivos territorios y fuera de los parques nacionales y reservas nacionales, monumentos naturales y de las reservas de regiones vírgenes... 2. Los Gobiernos contratantes convienen en adoptar o en recomendar a sus respectivos cuerpos legislativos la adopción de leyes que aseguren la protección y conservación de los paisajes, las formaciones geológicas extraordinarias y las regiones y los objetos naturales de interés estético o valor histórico o científico."

Hay que tener claro, que este convenio -y los otros que se dirán- trata expresamente la protección del paisaje natural, es decir, pareciera que excluye o deja al descubierto el entorno urbano o el rural, pero en todo caso, es valedero lo contemplado, pues existe una manifiesta necesidad de no hacer cambios del uso del suelo en sitios que son espacios vitales y sensibles para la biodiversidad silvestre a efecto de detener la degradación de estas áreas que casi se han convertido en islas dentro de los ecosistemas urbanos.

Por su parte, en la Convención Relativa a los Humedales de importancia Internacional especialmente como hábitat de aves acuáticas de 1971, se remarca el deber estatal de proteger los humedales por su valor, no sólo en biodiversidad, sino por su función estética.

En la Convención para la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural que data de 1972, se establecen regulaciones tendientes a proteger el paisaje natural. En el Artículo 1. Se señala: "*A los efectos de la presente Convención se considerará patrimonio cultural: Los monumentos: obras arquitectónicas, de escultura o de pintura monumentales, elementos o estructuras de carácter arqueológicos, inscripciones, cavernas y grupos de elementos, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia, del arte o de la ciencia. Los conjuntos: grupos de construcciones, aisladas o reunidas, cuya arquitectura, unidad e integración en el paisaje, le dé un valor universal excepcional, desde el punto de vista de la historia, del arte o de la ciencia, Los lugares: obras del hombre y obras conjuntas del hombre y la naturaleza, así como las zonas, incluidos los lugares arqueológicos, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista histórico, estético, etnológico o antropológico*".

En su artículo 2 se dice: "*A efectos de la presente Convención se considerará "patrimonio natural": Los monumentos naturales constituidos por formaciones físicas y biológicas o grupos de estas formaciones que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista estético*

o científico. Las formaciones geológicas y fisiográficas y las zonas estrictamente delimitadas que constituyan el hábitat de especies animales y vegetales amenazadas, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista estético o científico. Los lugares naturales o las zonas naturales estrictamente delimitadas, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista de la ciencia, de la conservación o de la belleza natural."

En la Convención Interamericana para la Protección y Conservación de las tortugas marinas de 1997 se señala que existe un deber de los firmantes de tratar de restaurar sitios en las zonas costeras a favor de las tortugas; asunto que por su puesto conlleva a tener que proteger los escenarios, para evitar la contaminación visual y la lumínica en las playas de anidamiento a efecto de que estas no se conviertan en paraderos turísticos donde se construyan casas de verano, condóminos y hoteles. Dice en este instrumento en el artículo IV, sobre las medidas a tomar: "*c. En la medida de lo posible,* ***la restricción de las actividades humanas*** *que puedan afectar gravemente a las tortugas marinas, sobre todo durante los períodos de reproducción, incubación y migración; d. La* ***protección, conservación y, según proceda, la restauración del hábitat*** *y de los lugares de desove de las tortugas marinas, así como el establecimiento de las limitaciones que sean necesarias en cuanto a la utilización de esas zonas mediante, entre otras cosas****, la designación de áreas protegidas***..." (el resaltado es nuestro)

También tenemos a la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre de 1974 y la Convención de la Diversidad Biológica de 1995, que defienden los diferentes habitad, de los distintos animales o aves del orbe y por ende existe una protección tácita del paisaje natural.

Por último, pero de vital trascendencia, tenemos que existe la interesantísima recomendación aprobada en la Conferencia General de la UNESCO en la doceava sesión en París, el 12 de diciembre de 1962, que reconoce la importancia del

paisaje en diferentes escenarios y no sólo en lo natural[17]. Ésta habla de medidas de protección a los diferentes paisajes naturales y señala que los ambientes rurales y urbanos que están ya de por sí degradados, deben ser especialmente protegidos y que se deben establecer las medidas de mitigación necesarias y todo lo anterior, nos resulta de gran valor, pues marca una abierta diferencia con los instrumentos supra expuestos, que como hemos dicho, tienden a dar protección a los escenarios naturales solamente.

Es obvio, jurídicamente hablando, que nuestros representantes políticos y los operadores de justicia deberían tener claro todo lo anterior, a la hora de establecer directrices, reglamentos, leyes o sentencias, pero lamentablemente ello no siempre ocurre y por tanto vivimos en una violencia escénica tal y como lo ha tenido que resolver en muchas ocasiones la Sala Constitucional tal y como veremos en la siguiente sección.

II. Normativa y jurisprudencia constitucional sobre el paisaje

Dentro del título VII de nuestra Constitución Política, que se refiere a la Educación y Cultura, reza el numeral 89:

"*Entre los fines culturales de la República están: proteger las bellezas naturales,*

17 Señala esta recomendación: "*Considerando que, en todas las épocas, la acción del hombre ha causado a veces daño a la belleza y al carácter de lugares y paisajes que constituyen el ambiente natural de su existencia, empobreciendo de esta suerte el patrimonio cultural y estético e incluso vital de regiones enteras en todas las partes del mundo,*
Considerando que con el cultivo de nuevas tierras, el desenvolvimiento a veces anárquico de los centros urbanos, la ejecución de grandes obras y la realización de vastos planes de organización e instalación industrial y comercial, las civilizaciones modernas han acelerado este fenómeno que hasta el pasado siglo había sido relativamente lento,
Considerando que este fenómeno tiene repercusiones no solo en el valor estético de los lugares y paisajes naturales o creados por el hombre sino también en el interés cultural y científico que ofrece la vida salvaje,
Considerando que, por su belleza y carácter, la protección de paisajes y lugares definidos en la presente recomendación es necesaria para la vida del hombre, para el que son un poderoso regenerador físico, moral y espiritual y contribuyen a la vida artística y cultural de los pueblos como lo muestran muchos ejemplos universalmente conocidos,
Considerando además que los lugares y paisajes constituyen un factor importante de la vida económica y social de muchos países, así como un elemento importante de las condiciones de higiene de sus habitantes,
Reconociendo, sin embargo, que conviene tener en cuenta las necesidades de la vida colectiva, su evolución y el rápido avance del progreso técnico,
Considerando, en consecuencia, que es sumamente oportuno y urgente estudiar y adoptar las medidas necesarias para proteger la belleza y el carácter de los lugares y paisajes dondequiera y siempre que sea aun posible
Aprueba, hoy once de diciembre de 1962, la presente recomendación.
La Conferencia General recomienda a los Estados Miembros que apliquen las presentes disposiciones y adopten para ello, mediante leyes nacionales, o de otra manera, las medidas encaminadas a poner en práctica, en los territorios de su jurisdicción, las normas y principios formulados en la presente recomendación. La Conferencia General recomienda a los Estados Miembros que pongan la presente recomendación en conocimiento de las autoridades y organismos encargados de la protección de los lugares y paisajes y de la ordenación del territorio, de los organismos encargados de la protección de la naturaleza, del fomento del turismo, y de las organizaciones de la juventud. La Conferencia General recomienda a los Estados Miembros que le presenten, en las fechas y en la forma que ella determinará, informes relativos a la aplicación que hayan dado a la presente recomendación. DEFINICIÓN 1. A los efectos de la presente recomendación, se entiende por protección de la belleza y el carácter de los lugares y paisajes, la preservación y, cuando sea posible, la restitución del aspecto de los lugares y paisajes naturales, rurales o urbanos debidos a la naturaleza o a la mano del hombre que ofrecen un interés cultural o estético o que constituyen medios naturales característicos…"

conservar y desarrollar el patrimonio histórico y artístico de la Nación …"[18]

Lo anterior ha servido de marco de referencia junto con instrumentos internacionales para desarrollar el tema de la protección al paisaje; la Sala Constitucional por ejemplo ha expuesto: "*La Convención para la Protección de la Flora, de la Fauna y de las Bellezas Escénicas Naturales de los Países de América" se promulgó con el fin de proteger y conservar en su medio ambiente natural, ejemplares de todas las especies y géneros de su flora y su fauna indígenas, y de proteger y conservar los paisajes de incomparable belleza, las formaciones geológicas extraordinarias, las regiones y los objetos naturales de interés estético o valor histórico o científico. El Decreto Ejecutivo número 22482-MIRENEM, se dicta como parte de los compromisos de conservación y protección mencionados, adquiridos por el país a la hora de suscribir la Convención, y pretende como lo señala su artículo 1, armonizar los intereses del visitante con los de preservación y perpetuidad del Parque. Obviamente en la mayoría de los casos, ambos intereses se encuentran enfrentados, de tal forma que la única forma de armonizarlos es a través de regulaciones racionales que busquen el equilibrio entre ambos … En ese sentido, son válidas todas las limitaciones que por razón de horario, cantidad de personas, normas de conducta, etcétera, impone el reglamento, porque se consideran racionales y necesarias para lograr la armonía entre esos intereses. No son inconstitucionales por lo tanto, los argumentos señalados … porque constituyen limitaciones razonables al ejercicio del derecho de uso y disfrute del parque y responden entre otras cosas, a los deberes de conservación y protección de los recursos naturales, contenidos en la Convención y en el artículos 50 y 89 de la Constitución Política*." Voto 2309-95

El artículo 89 visto debe ser integrado -como se aprecia en el voto citado- con lo dispuesto en el 50, previsto en el título V de la Constitución Política, que establece el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado y de la conjunción de ambas normas emana la defensa de los diferentes tipos de paisajes, sean urbanos, rurales o naturales[19] en Costa Rica.

Nuestra Sala Constitucional ha expuesto sobre la importancia de protegernos de la contaminación visual lo siguiente: "*Desde el punto de vista psíquico e intelectual, el estado de ánimo depende también de la naturaleza, por lo que también al convertirse el paisaje en un espacio útil de descanso y tiempo libre es obligación su preservación y conservación. Aspecto este último que está protegido en su artículo 89 constitucional ... Proteger la naturaleza desde el punto de vista estético no es comercializarla no transformarla en mercancía, es educar al ciudadano para que aprenda a apreciar el paisaje por su valor intrínseco*"[20]

18 Artículo 89 de la Constitución Política de Costa Rica.

19 Hay que hacer ver que no analizaremos el paisaje acuático, entendido este como aquel que se encuentra bajo el mar, lagos y ríos y que envuelve todo un mundo mayor que el terrestre. La zona marina costarricense es 13 veces mayor que la terrestre por ejemplo. Este tema deberá ser analizado posteriormente obligatoriamente, pues no hay estudios hasta donde conocemos y menos aún instrumentos internacionales o jurisprudencia nacional. Los humanos pensamos que sólo existe el paisaje terrestre y la contaminación visual terrestre, pero cuando se es buzo uno se da cuenta de la majestuosidad que hay debajo del agua.

20 Voto Constitucional 1394-94.

Asimismo ha señalado: "*El término "bellezas naturales" era empleado al momento de promulgarse la Constitución (7 de noviembre de 1949) que hoy se ha desarrollado como una especialidad del derecho; el derecho ambiental que reconoce la necesidad de preservar el entorno no como un fin cultural únicamente, sino como una necesidad vital de todo ser humano. En este sentido, el concepto de un derecho al ambiente sano, supera los intereses recreativos o culturales que también son aspectos importantes de la vida en sociedad, sino que además constituye un requisito capital para la vida misma. Ningún resultado racional puede producir la negación de nuestra fragilidad como seres animados, dependientes del entorno para nuestra subsistencia y la de generaciones futuras*"[21]

En la misma línea ha dispuesto: "*.... La Sabana es un bien demanial que está por ley al servicio de objetivos muy específicos como la recreación, el disfrute de los paisajes escénicos y la conservación del ambiente en beneficio de todos ... Estima esta Sala que la Dirección recurrida y en general el Estado debe respetar y velar por el acatamiento de esa normativa, pues no debe obviarse que hoy más que antes el acelerado desarrollo urbano ha generado la necesidad de que se creen y protejan amplias zonas verdes que sirvan no solo como pulmones de las ciudades y con ello proteja el medio ambiente, sino que además sirvan para el esparcimiento*". Voto 2001-3967

Es manifiesto, que como la defensa del paisaje deviene del derecho humano a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, la protección del mismo permite una legitimación totalmente amplia y por ello, no existen restricciones procesales para presentar amparos o acciones administrativas o judiciales generales en esa línea. En este sentido nuestra Sala Constitucional ha dicho: " *Cualquier persona se encuentra legitimada, de conformidad con el articulo 89 en relación con el 21, 10 y 48 de la Constitución Política y 33 de la Ley de Jurisdicción Constitucional, para interponer el amparo en defensa del derecho de la conservación de los recursos naturales del país. A pesar de no existir un perjuicio directo y claro para el accionante como en el caso concreto del Estado en contra de un particular, todos los habitantes, en cuanto a las transgresiones al artículo 89 de la Constitución Política, sufren un perjuicio en la misma proporción que si se tratara de un daño directo, por lo que se considera que existe en su favor un interés que los faculta a accionar para proteger ese derecho a mantener un equilibrio natural en el ecosistema.*"[22]

Sobre un caso concreto, donde se valoró la subjetividad en la que estamos inmersos se dijo: "…*El proyecto pasa de tener cuatro hectáreas y media a tener catorce hectáreas y media, de forma que no es la clase de ampliación que uno eximiría del EsIA. Si bien es cierto que al momento de construirse la primera fase del proyecto no se exigía el EsIA, cuando se construyó la segunda fase ya la Ley Orgánica del Ambiente había entrado en vigencia, y sin embargo no se hizo un estudio de impacto ambiental, ni siquiera se sometió a un proceso de evaluación de*

21 Voto Constitucional 6240-93.

22 Voto Constitucional 1700-93.

impacto ambiental, de forma que tratándose de un proyecto resultante de casi quince hectáreas de techos blancos sobre el valle de Orosi, con un gran impacto sobre el paisaje y dada la cantidad de productos agroquímicos que se utilizarían, no se justificaba del todo tratarlo como una ampliación, sino que evidentemente debía tratarse como un proyecto nuevo que debió ser valorado como unidad operativa, ya que nunca antes fue evaluado por la SETENA. La SETENA manifiesta conocer la alta tecnología con que funciona el proyecto de cuatro hectáreas y media pero eso no justificaba eximir del EsIA, sobre todo y especialmente por el impacto que tendría sobre paisaje del valle de Orosi, la empresa no escapa de responsabilidad sobre este aspecto, ya que conociendo el impacto visual que tendrían los techos blancos sobre el paisaje del valle no tomó las medidas necesarias para diseñar un proyecto que mitigara correctamente ese impacto negativo… " Voto: 2003-6324.

Sobre el tema de la contaminación visual por publicidad, los magistrados constitucionales externaron: "*Las regulaciones establecidas en el decreto ejecutivo aquí impugnado tienen como fin planificar la publicidad en la vía pública en virtud que, caso contrario ésta podría tener un efecto asfixiante y no solo lesionar el derecho a la vida sino provocar un deterioro paisajístico, lesionando así lo estipulado en el artículo cuarenta y cincuenta constitucionales; es por ello que lo que pretende la administración es que los carteles o los rótulos se encuentren debidamente colocados e iluminados, y en ningún momento el reglamento en sí, impide en forma absoluta su colocación sino lo que contiene es una limitación de orden técnico que garantiza la seguridad en la conducción de vehículos, salvaguarde a los transeúntes, y preserve el desarrollo del paisaje como parte del medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado. El Estado mediante la aplicación del ordenamiento jurídico defenderá y preservará ese derecho en busca de un mayor bienestar para todos los habitantes de la Nación y el ambiente es patrimonio común de todos los habitantes*…" Voto 6515-02

Como ha quedado remarcado con los extractos de votos supra citados, tenemos claros tres aspectos, siendo el primero que todo paisaje es relevante para el derecho en Costa Rica; segundo, que su protección emana desde la más alta jerarquía nacional, con reconocimiento incluso de instrumentos internacionales y tercero; que nuestros magistrados han desarrollado e integrado la protección a las bellezas escénicas del numeral 89 constitucional, con el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado que tenemos todos los seres vivos, situación que amplía grandemente el espectro para poder considerar la contaminación visual cuando hablemos de daños al paisaje urbano, rural, o natural.

III. Del paisaje, la contaminación visual, la Ley Orgánica del Ambiente y su reglamentación[23]

La LOA, en términos generales es una ley base o marco, que desde 1996 vino a introducir aspectos ambientales relevantes al ordenamiento jurídico patrio y que además creó oficinas donde se destaca la Secretaría Técnica Nacional Ambiental (SETENA) que es la competente para otorgar o rechazar los permisos ambientales que deben considerar el paisaje, o el Tribunal Ambiental Administrativo que juzga las conductas activas o pasivas que generan daños ambientales o la contaminación visual.

Este cuerpo normativo dedicó el capítulo XV al tema de la contaminación y de manera innovadora nos generó un artículo sumamente interesante que da pie a este ensayo, que es la norma 71 que refiere a la contaminación visual.

El artículo 71 señala: "*Contaminación visual: Se considerarán contaminación visual, las acciones, obras o instalaciones que sobrepasen, en perjuicio temporal o permanente del paisaje, los límites máximos admisibles por las normas técnicas establecidas o que se emitan en el futuro*."

Esta norma, a nuestro concepto, es de avanzada pues nos reconoce, siguiendo las tendencias internacionales establecidas por ejemplo en los diferentes instrumentos, como las convenciones citadas en la sección segunda de este trabajo, con carácter de ley este tipo de contaminación, misma que había pasado de lado, por irresponsabilidad legislativa, o a lo mejor por ser considerada por nuestros legisladores -ignorantemente- que era de seguro algo sumamente abstracto, o peor aún, intrascendente.

Ahora, si bien es cierto que la norma 71 sólo enuncia la contaminación visual, hay que ver que ella se complementa con la definición de contaminación prevista en el artículo 59 también de la LOA. Señala este último numeral: "*toda alteración o modificación del ambiente que pueda perjudicar la salud humana, atentar contra los recursos naturales o afectar el ambiente general de la Nación*" Es decir, que toda contaminación

---

23 Es importante aclarar que existen normas sobre protección del paisaje en diferentes cuerpos normativos como por ejemplo en la Ley de Construcciones que prohibió pintar rótulos en rocas o árboles que pudieran afectar el paisaje (artículo 32) (Decreto Ley No. 833 de 4 de noviembre de 1949) . Asimismo, el Reglamento para el Control Nacional de Fraccionamientos y Urbanizaciones dice que toda obra debe considerar el paisaje y las inmediaciones (artículo I.3) (Sesión No. 3391 del 13 de diciembre de 1982 En el artículo 3 inciso g de la Ley de Planificación Urbana se dice que el Plan de Desarrollo Urbano deberá propiciar la conservación y disfrute de la sitios arquitectónicos y del paisaje natural (Ley No. 4240 de 15 de noviembre de 1968). En el Reglamento de Derechos de Vía y Publicidad exterior se dice en el nominal 1, que es un deber el proteger el paisaje para evitar la contaminación visual y se dan definiciones sobre lo que debe considerarse como paisaje natural, urbano o interurbano o rural en el ordinal 2. (Decreto Ejecutivo No. 29253-MOPT de 20 de diciembre de 2000) En la Ley de Tránsito por las Vías Públicas Terrestres y Seguridad Vial en el artículo 227 se dice que se debe considerar la publicidad, sin desmejorar el paisaje, pues la misma (la publicidad) es importante para el comercio. (Ley No. 9078 del 4 de octubre del 2012) El Reglamento General de Procedimientos de Evaluación de Impacto Ambiental artículo 3 inciso 5 define la palabra ambiente y se incluye dentro de este término al paisaje. Es importante hacer notar todo la normativa citada y otra más que existe en la misma línea, tienen en común que al final de cuentas no establecen instrumentos para valorar, cuantificar o medir técnicamente lo que es la contaminación visual. (Decreto Ejecutivo No. 31849-MINAE-S-MOPT-MAG-MEIC de 24 de mayo del 2004.)

visual de relevancia y consecuencias jurídicas, es aquel evento ambiental hecho por los humanos; que se constituye por la alteración o modificación al paisaje que pueda perjudicar la salud humana y atentar contra la biodiversidad. Por ello, prácticamente toda acción u omisión generada por las personas o la Administración que transforme el paisaje debería ser considerado como contaminación visual, salvo que hubiera pasado por el tamiz de la SETENA y se hubiese obtenido el respectivo permiso ambiental, donde se establecieran las medidas de mitigación necesarias. Lo anterior lo decimos; pues cuando vemos la normativa que rige a esa oficina técnica, nos encontramos la siguiente definición de daño ambiental: "*Daño Ambiental: Impacto ambiental negativo, no previsto, ni controlado, ni planificado en un proceso de Evaluación de Impacto Ambiental (evaluado ex –ante), producido directa o indirectamente por una actividad, obra o proyecto, sobre todos o cualquier componente del ambiente*[24]*, para el* ***cual no se previó ninguna medida*** *de prevención, mitigación o compensación y que implica una alteración valorada como de alta Significancia de Impacto Ambiental (SIA)*"[25]. (El destacado es nuestro)

Aparte comentario le debemos al ordinal 72 de la LOA que dice: "*Conservación del paisaje: La autoridad competente promoverá que los sectores públicos y privados participen en la conservación del paisaje. Cuando para realizar una obra se necesite afectarlo, el paisaje resultante deberá ser por lo menos, de calidad igual que el anterior*"

Esta norma deja un inobjetable sin sabor de subjetividad, pues no se aclara lo que se debe interpretar por la frase que dice que *el paisaje resultante deberá ser por lo menos de calidad igual que el anterior.* Creemos que la frase citada genera gran incertidumbre y que a la fecha no se sabe cuánto será eso que los legisladores consideran como *por lo menos de calidad igual que el anterior*. La hipótesis de esta norma no es similar a lo dispuesto en el numeral 71, que nos habla sobre la contaminación visual, pues podría no haber contaminación visual, pero sí un cambio en la calidad del paisaje si pensamos en la transformación de un barrio rural, con casas de adobe y su pulpería, en un condominio de 3 plantas con decenas de apartamentos, pero lleno de jardines, árboles endémicos y fuentes. Por otro lado, se podría decir que al haber un cambio en las condiciones perceptivas y una modificación en la tenencia del suelo, una transformación como la relatada podría ser conllevar a contaminación visual poniendo en balance del antes y el después, dado que se pudiera haber perdido el alma de un barrio para convertirlo en un conglomerado de casas bonitas, pero que conllevan a perdida de tradiciones e identidad cultural entre otras cosas. La enseñanza de lo anterior, es que cada caso debería ser analizado detenidamente, usando técnicas y metodologías modernas de valoración para poder hacer desarrollo sustentable y un mundo más inclusivo.

24 El Reglamento General de Procedimientos de Evaluación de Impacto Ambiental establece como definición de la palabra ambiente en el artículo 3 inciso 5 lo siguiente: "*Ambiente: Son todos los elementos que rodean al ser humano, elementos geológicos (roca y minerales); sistema atmosférico (aire); hídrico (agua: superficial y subterránea); edafológico (suelos); bióticos (organismos vivos); recursos naturales****, paisaje*** *y recursos culturales, así como los elementos socioeconómicos que afectan a los seres humanos mismos y sus interrelaciones*."

25 Artículo 3 inciso 26 del Reglamento General de Procedimientos de Evaluación de Impacto Ambiental, Decreto Ejecutivo No. 31849-MINAE-S-MOPT-MAG-MEIC de 24 de mayo del 2004.

No obstante lo dicho en el párrafo anterior podemos afirmar que en sumatoria los artículos 71 y 72 nos parecen innovadores en el tanto obligan a no causar contaminación visual y a conservar lo que existe en términos generales. Además, esas normas obligan a que las instituciones públicas y la sociedad civil a tener que actuar en defensa del derecho a una paisaje agradable, procurando ir de manera progresiva aumentando los parámetros técnicos y científicos que conlleven a la protección de un entorno estéticamente agradable, que no perjudique a la salud pública y la biodiversidad envuelta.

Tal y como hemos citado, ya nuestra Sala Constitucional ha tomado medidas donde incluso algunas de ellas han conllevado a modificar permisos ambientales, pues desde la SETENA no valoraron oportunamente el que no se diera la contaminación visual. Propiamente en el voto constitucional 06324-93 se dispuso: "*Se declara con lugar el recurso por contaminación visual de la belleza escénica del valle de Orosi. En consecuencia se dispone: a) se ordena a la Secretaria Técnica Nacional Ambiental en la persona de su Secretario General Eduardo Madrigal Castro o a quien ocupe ese cargo tomar inmediatamente las medidas necesarias y suficientes para suprimir la contaminación visual producida por los techos blancos de la empresa Pelarica, S.A…"*

Consideramos que uno de los aspectos que motivan esa resolución judicial nacieron por una falta de visión desde la SETENA, que no comprendió las significancia de una contaminación visual por ser un asunto "novedoso" para la sociedad costarricense y además, en esto pudo haber colaborado -dolosa o culposamente- el responsable ambiental del proyecto que no aportó la información necesaria a la oficina estatal referida. Lo anterior, pues la misma reglamentación de SETENA permite -incluso a la fecha- que situaciones como las citadas ocurran al establecer normas muy subjetivas, tal y como lo sería la prevista en el artículo Art. 3.4.2 del Reglamento General de Procedimientos de Evaluación de Impacto Ambiental que dice : "… *El desarrollador y consultor ambiental* ***deberán indicar si se produce o no*** *afectación del paisaje* ***y marcar*** *la casilla correspondiente*" (El destacado es nuestro).

Es claro, que no es técnico y objetivo que exista una norma que deje a la subjetividad del evaluador privado, contratado por una empresa, el que se tenga que tomar una decisión que podría generar contaminación visual. Externamos lo anterior, pues aunque es un presupuesto básico el que los consultores deben actuar con ética y profesionalismo, lastimosamente no siempre ello ocurre y el ejemplo quedó manifiesto en el caso ocurrido en el Valle de Orosi y la empresa que generó con sus techos contaminación visual. Además, hoy en día la técnica ha avanzado a niveles que permiten establecer modelos sobre el impacto visual a la estética del escenario que permiten valorar más allá que lo que la norma 3.4.2 del Reglamento General de Procedimientos de Evaluación de Impacto Ambiental señala, al decir que la persona responsable ambiental, podrá decidir unilateralmente frente una fría matriz en su computadora, si existe o no posibilidad de afectación al paisaje, marcando una simple casilla con una x la casilla del "sí" o del "no".

Independientemente de lo anterior, que requería una modificación reglamentaria, tenemos que la norma 71 de la LOA señalaba

desde el 1996, una orden al Poder Ejecutivo para se tuvieran que dictar normas claras y técnicas para medir la contaminación visual, pero ello no ha ocurrido a la fecha[26] y si bien tenemos artículos dispersos sobre todo de rango reglamentario tendientes a protegernos de este tipo de contaminación, hoy por hoy estamos a la libre[27] y en manos de lo que desde la SETENA, o los responsables ambientales contratados por empresas privadas quieran hacer.

En ese orden de ideas, es importante comentar que para el año 2008, con un grupo de mis estudiantes de la Universidad Nacional de Costa Rica (UNA), del curso de Política y Legislación Ambiental en la Escuela de Ciencias Ambientales, se optó como trabajo final redactar y presentar un recurso de amparo contra el Poder Ejecutivo para obligarlo a tener que reglamentar el numeral 71 de la LOA, pues a ese año -sea 13 años después de emitida la LOA- aún no se habían aclarado los alcances legislativos de la frase: "… *los límites máximos admisibles por las normas técnicas establecidas o que se emitan en el futuro*."

La Sala constitucional declaró con lugar ese recurso y dispuso: *"… IV.- Del análisis del caso este Tribunal verifica que la Ley Orgánica del Ambiente fue publicada en la Gaceta número 215 del trece de noviembre de mil novecientos noventa y cinco, de manera que, el Poder Ejecutivo desde hace trece años tenía la obligación legal de conformidad con los artículos 11 y 194 de la Constitución Política de regular el contenido del artículo 71 de la ley 7554, referente a la contaminación visual… Por tanto: Se declara con lugar el recurso por la omisión del Poder Ejecutivo de reglamentar el artículo 71 de la Ley Orgánica del Ambiente… De conformidad con el artículo 49 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional se concede al Poder Ejecutivo el plazo de dos meses contados a partir de la notificación de ésta resolución para que proceda a la reglamentación…*"

Lo anterior significaba avanzar o progresar a una etapa interesante tendiente a eliminar la subjetividad, o al menos aminorar los efectos de la contaminación visual en la toma de decisiones. Luego del término perentorio de dos meses otorgado, se presionó para que se hiciera el decreto y desde Presidencia y el Ministerio de Ambiente y Energía (MINAE) se dispuso pedir a la Universidad de Costa Rica (UCR) que conformara un equipo interdisciplinario de profesionales para que hiciera la propuesta respectiva. La comisión se conformó y el producto fue presentado a la Dirección de Gestión de Calidad Ambiental (DIGECA) del MINAE[28]

La Comisión fue hecha y se elaboró una guía cuyo objeto buscaba el establecimiento de los límites máximos admisibles y los lineamientos técnicos generales para la corrección y prevención de la contaminación

26 No obstante el Decreto Ejecutivo No. 35860-MINAET de 26 de febrero de 2010, tal y como comentaremos más adelante.

27 Ver cita al pie de página No. 15

28 De hecho de esta situación existe como referencia el oficio del 20 de agosto DIGECA 662-2009 donde la directora de la oficina, señora María Guzmán insta a al Dr Allan Astorga de la Escuela de Geología de la UCR, para que reuniera con ella para explicar qué tipo de producto o trabajo esperaban recibir sobre la reglamentación a la contaminación visual, luego del voto constitucional de mis estudiantes.

visual[29], así como las bases metodológicas y de procedimiento a cumplir por las diferentes entidades públicas y privadas para la gestión del paisaje y su conservación.

Señalaba la propuesta que el ámbito del reglamento incluía todos los espacios naturales, las áreas urbanas, periurbanas y rurales, y los litorales e insulares y alcanzaba tanto a los espacios terrestres como a las aguas interiores y marítimas. Se aplicaba tanto a los paisajes considerados notables, como a los paisajes cotidianos y a los degradados.

Disponía por ejemplo: "*Las construcciones habrán de adaptarse al ambiente en que se sitúen. No se admitirán actuaciones individuales que distorsionen el cromatismo, la textura y las soluciones constructivas de los edificios o del conjunto en el cual se ubiquen*." "*… No se permitirá que la situación o dimensiones de los edificios, los muros, los cierres, las instalaciones, el depósito permanente de los elementos y materiales o las plantaciones vegetales rompan la armonía del paisaje rural o urbano tradicionales, o desfiguren su visión*…" "*Las nuevas edificaciones deberán armonizar con las construcciones tradicionales y con los edificios de valor etnográfico o arquitectónico que existieran en su entorno inmediato. Además, deberán tener todos sus parámetros exteriores y cubiertas terminadas, empleando formas, materiales y colores que favorezcan una mejor integración paisajística, sin que ello suponga la renuncia a lenguaje arquitectónico alguno*."

Rescatable también era la norma que exponía: "*Las construcciones que se proyecten se adecuarán a la pendiente natural del terreno, de modo que ésta se altere en el menor grado posible y se propicie la adecuación a su topografía natural, tanto del perfil edificado como del parcelario, de la red de caminos y de las infraestructuras lineales*" "*…No serán viables desde el punto de vista de impacto paisajístico los crecimientos urbanísticos y construcciones verticales individuales sobre elementos dominantes o en la cresta de las montañas, cúspides del terreno y bordes de acantilados salvo cuando forme parte del crecimiento natural de núcleos urbanos preexistentes que se encuentren en alguna de tales situaciones y no se modifique sustancialmente la relación del núcleo con el paisaje en el que se inserta, así como las obras de infraestructura y equipamientos de utilidad pública que deban ocupar dichas localizaciones*…"

Sobre el paisaje agropecuario señalaba: "*En general, se mantendrá el paisaje agropecuario tradicional y característico de los espacios rurales por su contribución a la variedad de paisaje e integración en el de las áreas urbanizables previstas, permitiendo aquellos cambios que garanticen su integración paisajística. En estos casos se respetará la aptitud forestal de los espacios geográficos según su capacidad de uso*"

Sobre la visualización y modelamiento del paisaje decía: "*Se preservarán los hitos y elevaciones topográficos naturales –tales como laderas, cerros, montañas, sierras,*

29 Ver Segura, A., Ramírez, J.E., Pujol, R., Jankilevich, C., Vega, W., Arce, R., Gutierrez, G., Fernández, E., Astorga, A. Reglamento de contaminación visual y conservación del paisaje. Informe de Comisión, Universidad de Costa Rica, Comisión de Rectoría para Reglamento del Paisaje, 11p. y 5 anexos, 2009.

cauces naturales y cualquier otro de análoga naturaleza– manteniendo su visibilidad y reforzando su presencia como referencias visuales del territorio y su función como espacio de disfrute escenográfico. A tal efecto no serán viables ambientalmente las transformaciones de cualquier naturaleza que alteren o empeoren la percepción visual de tal condición…"

Sobre las vallas y la publicidad urbana decía: "*Se prohíbe la colocación y mantenimiento de anuncios, carteles y vallas publicitarias, excepto los que tengan carácter institucional o fin indicativo o informativo, con las características que fije, en su caso, la administración competente o, tratándose de dominio público, cuente con expresa autorización demanial y no represente un impacto paisajístico*"

En cuanto a los instrumentos de regulación del paisaje externaba esta propuesta: "*Los instrumentos para la protección, ordenación y gestión del paisaje son los siguientes: a) Plan de Acción Territorial de Paisaje de orden regional y local. b) Estudios de Paisaje. c) Estudios de Integración Paisajística*" Valga señalar, que en la normativa se incluía una detallada metodología para hacer estos estudios.

Decía lo elaborado por los expertos de la UCR: "*Los instrumentos para la protección, ordenación y gestión del paisaje, tienen las siguientes funciones: 1.Contribuir a definir los objetivos para un desarrollo sostenible donde coexista desarrollo y preservación de los valores paisajísticos. 2. Identificar los rasgos medioambientales, culturales y visuales de una localidad valorados por la población. 3. Definir la capacidad de un lugar para absorber el cambio y el desarrollo sin dañar los valores de su paisaje*"

Como situación novedosa se dispuso que existieran la elaboración de modelos que explicaran a la sociedad civil el antes y el después. Señalaba en este sentido la norma: "*En los estudios de Integración paisajística: a) Se utilizarán, tanto en su documentación como en el proceso de proyecto, técnicas de modelización y previsualización que permitan controlar el resultado de la acción que se proyecta. b) Las técnicas de simulación visual tienen por objeto predecir la relación de una actuación y su entorno, ayudando a la visualización de las modificaciones propuestas antes de que lleguen a realizarse, permitiendo la elaboración de alternativas que pueden ser analizadas en su totalidad y comparadas en la toma de decisiones c) La documentación gráfica ilustrará de forma clara, realista y entendible por un público no especializado el cambio producido en el paisaje a causa de la nueva actuación y la efectividad de las medidas de integración propuestas …*"

La reglamentación era tan perfecta y buscaba crear seguridad jurídica que incluso señalaba: "*Se entenderá que una actuación no está integrada en el paisaje y, produce impacto paisajístico y visual cuando se den una o varias de las siguientes circunstancias: a-Bloquea o genera un efecto adverso sobre algún Recurso Paisajístico o daña o destruye recursos paisajísticos de valor alto o muy alto. b- Crea deslumbramientos o iluminación que afectan a recursos visuales. c- Disminuye la integridad en la percepción de un elemento del patrimonio cultural, o afecta negativamente su significado histórico. d- Difiere y contrasta significativamente del entorno donde se ubica y reduce el valor visual del paisaje por su extensión, volumen, composición, tipo, textura, color, forma, etc. e- Domina, alterando negativamente, la composición del paisaje o sus elementos percibido desde un Punto de Observación Principal*"

Entregado el producto al MINAE, dicha propuesta de reglamento fue presentada al expediente constitucional por parte del entonces ministro del MINAET don Jorge Rodríguez Quirós mediante escrito fechado 23 de noviembre del 2009[30] para que los magistrados verificaran que el Estado recurrido estaba cumpliendo con lo ordenado.

No obstante lo anterior, luego del excelente esfuerzo de los profesionales de la UCR, el Poder Ejecutivo siguiendo extraños e injustificados motivos, optaron desestimar todo ese trabajo y dictaron el reglamento que actualmente rige, denominado: Reglamento para la prevención de la contaminación Visual, sea el Decreto Ejecutivo No. 35860-MINAET de 26 de febrero de 2010[31].

Esa normativa señala falsamente en su artículo primero que tiene por objetivo el disponer los lineamientos técnicos necesarios generales en la evaluación ambiental, para prevenir los efectos de la contaminación visual; posteriormente, luego de establecer algunas definiciones remite sin una razón lógico jurídica al reglamento de desarrollo sostenible de los planes reguladores cantonales que cuenten con viabilidad ambiental y al reglamento de SETENA que establece los índices de fragilidad ambiental. Es decir desde el inicio el Poder Ejecutivo, dispone en lugar de establecer las metodologías y los instrumentos necesarios que era acatar la orden judicial de la Sala Constitucional y evadiendo la obligación legal dispuesta en la norma 71 de la LOA; que para cada plan regulador que se haga, se establecerán medidas sobre contaminación visual pertinentes[32].

Véase que por ejemplo en el artículo 5 simplemente dice: "*Todas las municipalidades, en sus respectivos planes reguladores cantonales, deberán respetar los lineamientos técnicos generales establecidos en este reglamento y en el resto de la regulación existente en la materia, para la prevención de la contaminación visual*" Pero resulta que este reglamento no establece lineamientos técnicos de ningún tipo; a diferencia como vimos de la propuesta que elaboró la UCR citados supra.

En los artículos del 6 al 8 se señala que las vallas publicitarias deberán estar acorde con lo que establezcan los planes reguladores, o con el reglamento de los Derechos de Vía y Publicidad Exterior, Decreto Ejecutivo No. 29253-Mopt del 20 de diciembre de 2000.

En el artículo 9 indica que quienes hagan proyectos de infraestructura deberán tomar en cuenta "*las guías ambientales para la evaluación de impacto ambiental y guías de buenas prácticas ambientales*"

En la norma 10 se dice sobre la fiscalización y control de la contaminación que esa será una

---

30 Oficio DM 2154 -2009.

31 Publicado en La Gaceta No. 69 de 12 de abril del 2010.

32 Artículo 4 del reglamento: "*El desarrollo de actividades obras y proyectos se regirá por lo indicado en el Reglamento de desarrollo sostenible de los planes reguladores cantonales, que cuenten con viabilidad ambiental, y conforme a lo estipulado en el Decreto No 32967 del 20 de febrero del 2006, titulado Manual de instrumentos técnicos para el proceso de Evaluación de Impacto Ambiental*."

labor que corresponderá (genéricamente) “a las autoridades”

Finalmente el nominal 11 establece que en caso de incumplimiento se aplicará la normativa prevista en la LOA en los artículos 99[33], 100[34] y 101[35].

Se pudo observar que el reglamento se limitó a remitir a otras normas reglamentarias, que no establecen metodologías o instrumentos para valorar y cuantificar la contaminación visual. Es manifiesto que ni siquiera se llegó a establecer categorías sobre paisaje natural, urbano, rural y maneras de preservar esos espacios. La pregunta que nos hacemos, luego de leer este reglamento, que remite en tantas ocasiones a los planes reguladores es ¿qué pasa si no existen los respectivos planes reguladores costeros o cantonales, o si los existentes por antiguos no contemplan medidas? Pues la respuesta que salta es que el asunto queda desregularizado. Podríamos afirmar, que con esta norma se incurrió en una clara violación al principio de progresividad[36] en materia ambiental, pues no hubo avance alguno al haberse dejado sin posibilidad de implementar técnicas novedosas de modelamiento del paisaje o instrumentos que permitieran llevar la contaminación visual a plataformas objetivas que generaran defensa del derecho a un paisaje no contaminado, como lo señalan los instrumentos internacionales o el numeral 50 en relación con el 89 constitucional, o la jurisprudencia nacional de la Sala IV.

Resulta evidente que nunca existió un animus de venir a crear una normativa expresa y objetiva que previniera la contaminación

33 Artículo 99.- Sanciones administrativas: Ante la violación de las normativas de protección ambiental o ante conductas dañinas al ambiente claramente establecidas en esta ley, la Administración Pública aplicará las siguientes medidas protectoras y sanciones: a) Advertencia mediante la notificación de que existe un reclamo. B) Amonestación acorde con la gravedad de los hechos violatorios y una vez comprobados. C) Ejecución de la garantía de cumplimiento, otorgada en la evaluación de impacto ambiental. D) Restricciones, parciales o totales, u orden de paralización inmediata de los actos que originan la denuncia. E) Clausura total o parcial, temporal o definitiva, de los actos o hechos que provocan la denuncia. F) Cancelación parcial, total, permanente o temporal, de los permisos, las patentes, los locales o las empresas que provocan la denuncia, el acto o el hecho contaminante o destructivo. G) Imposición de obligaciones compensatorias o estabilizadoras del ambiente o la diversidad biológica. H) Modificación o demolición de construcciones u obras que dañen el ambiente. I) Alternativas de compensación de la sanción, como recibir cursos educativos oficiales en materia ambiental ; además, trabajar en obras comunales en el área del ambiente. Estas sanciones podrán imponerse a particulares o funcionarios públicos, por acciones u omisiones violatorias de las normas de esta ley, de otras disposiciones de protección ambiental o de la diversidad biológica.

34 Artículo 100.- Legislación aplicable La legislación penal, el Código Penal y las leyes especiales establecerán las figuras delictivas correspondientes para proteger el ambiente y la diversidad biológica.

35 Artículo 101.- Responsabilidad de los infractores Sin perjuicio de las responsabilidades de otra naturaleza que les puedan resultar como partícipes en cualquiera de sus formas, los causantes de las infracciones a la presente ley o a las que regulan la protección del ambiente y la diversidad biológica, sean personas físicas o jurídicas, serán civil o solidariamente responsables por los daños y perjuicios causados. Solidariamente, también responderán los titulares de las empresas o las actividades donde se causen los daños, ya sea por acción o por omisión. Igual responsabilidad corresponderá a los profesionales y funcionarios públicos que suscriban una evaluación de impacto ambiental contra las disposiciones legales o las normas técnicas imperantes o no den el seguimiento debido al proceso, originando un daño al ambiente o a la diversidad biológica.

36 Mario Peña(2012) define el principio de progresividad de la siguiente manera: "*principio de progresión o progresividad, conlleva siempre una obligación positiva de hacer que se traduce en "progreso" o "mejora continua en las condiciones de existencia". Aquí el imperativo manda a "hacer", el Estado debe "moverse hacia delante" y generar progresivamente la ampliación de la cobertura y protección ambiental mediante medidas graduales y escalonados*…”

visual, por lo que podríamos afirmar que con este reglamento o sin él; estamos exactamente igual, lamentablemente, de ahí que podamos afirmar que contamos con una buena ley, pero con un reglamento deficiente que hace que se siga manteniendo la situación de subjetividad.

CONCLUSIONES GENERALES

Podemos iniciar diciendo que cada vez más existe una necesidad humana de preservar sitios agradables estéticamente hablando.

Es vital tratar de que incorporar las líneas genéricas marcadas por instrumentos internacionales que regulan el paisaje a nuestra normativa patria, para así crear instrumentos técnicos y científicos que nos hagan defender, garantizar y preservar el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

Es claro que la normativa de la LOA sobre la contaminación visual es de avanzada, pues obliga con carácter expreso a que el paisaje; sea urbano, rural o natural tenga que ser protegido.

La normativa reglamentaria que existe a la fecha, no satisface las necesidades básicas para que objetivamente se pueda proteger el ambiente y paisaje, dado que no consiguió avanzar a establecer técnicas o metodologías que nos lleven abandonar la subjetividad. Recordemos por ejemplo el artículo 3.4.2 del Reglamento General de Procedimientos de Evaluación de Impacto Ambiental que dice: “… *El desarrollador y consultor ambiental deberán indicar si se produce o no afectación del paisaje y marcar la casilla correspondiente*”

Fue una sin razón de parte del Poder Ejecutivo escuchar a los asesores que no permitieron que la reglamentación propuesta desde la UCR, llegara a ser una norma que nos rigiera.

Es claro, que al no adoptarse la propuesta novedosa de reglamento, luego del voto constitucional, el Poder Ejecutivo violentó el principio de progresividad en materia ambiental.

Estamos de acuerdo en que si previo a acoger la propuesta existieran mejoras propuestas desde la sociedad civil o el mismo Poder Ejecutivo, lo elaborado por los expertos de la UCR se tuviera que haber modificado, pero de ahí a eliminar todo y dejarnos con la normativa que finalmente se emitió es algo irracional.

El Poder Ejecutivo a nuestro criterio está en desobediencia a la Autoridad, por incumplir el fallo de la Sala Constitucional.

No es posible hacer un mundo más inclusivo e integral cuando se tiene un Poder Ejecutivo que antes de trascender e innovar, prefiere los esquemas jurídicos tradicionales, que nos tienen con paisajes degradados en clara agresión escénica.

Somos del criterio que hubo intereses muy fuertes de empresarios de la construcción, que no permitieron que se avanzara, estableciendo una normativa acorde con el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

BIBLIOGRAFÍA

Aragonés, Juan Ignacio y Amérigo, María. Psicología ambiental. Ediciones Pirámide. Madrid. 2000.

Boff, Leonardo. Ecología: grito de la Tierra, grito de los pobres. Editorial Trotta. Madrid. 2002.

Caneto, Claudio. Geografía de la percepción urbana. Lugar Editorial. Buenos Aires. 2000.
Hernández Valle, Rubén. Constitución Política de la República de Costa Rica, comentada y concordada. Editorial Juricentro. Costa Rica. 1998.

Loperana Rota, Demetrio. El Derecho al medio ambiente adecuado. Editorial Civitas S.A. España. 1998.

Bookchin, Murray. Los límites de la ciudad. Ediciones H Blume. Madrid. 1974.

Peña, Mario. La tutela jurídica del paisaje. Revista Judicial número 96, Costa Rica, San José, junio, 2010.

Peña, Mario. El Principio de no regresión ambiental a la luz de la jurisprudencia constitucional costarricense", Revista Judicial, No. 103, San José, marzo, 2012.

Pol Irrútia, Enric. Psicología del medio ambiente. Editorial Oikos-Tau S.A. Barcelona. 1981.

Segura, A., Ramírez, J.E., Pujol, R., Jankilevich, C., Vega, W., Arce, R., Gutierrez, G., Fernández, E., Astorga, A. Reglamento de contaminación visual y conservación del paisaje. Informe de Comisión, Universidad de Costa Rica, Comisión de Rectoría para Reglamento del Paisaje, 11p. y 5 anexos, 2009.

Tzonis, Alexander. Hacia un entorno no opresivo. H. Blume Ediciones. Madrid. 1977.
Sitios Web consultados

http://torreeiffel.free.fr/historiatorreeiffel.html

http://es.wikipedia.org/wiki/Paisaje

http://huespedes.cica.es/aliens/gimadus/20/06_francisco_fernandez_latorre.html

DAÑO, RESPONSABILIDAD Y REPARACIÓN AMBIENTAL EN LA JURISPRUDENCIA COSTARRICENSE

M. Sc. Mario Peña Chacón[1]

"Cuando el hombre está en paz con la naturaleza se encuentra en paz consigo mismo y así integra su paz con la creación que lo antecede" Juan Pablo II.

Los principios de prevención, precaución, contaminador pagador y reparación o solución a la fuente, necesitan verse reforzados por normas procesales y precedentes jurisprudenciales que permitan su correcta y efectiva aplicación en los procesos donde se discute la responsabilidad por daño ambiental.

Es claro que la prevención es el principio fundamental y la vez, la regla de oro tanto para el derecho de daños como en el derecho ambiental. Frente al daño nace la obligación de reparar, frente al riesgo nace la de prevenir. La experiencia indica que siempre será menos costoso prevenir que recomponer el daño al ambiente, esto por las singulares particularidades de este tipo especial de daño. Se debe prevenir aún el daño que es científicamente incierto, recayendo el deber de reparación en aquel o aquellos sujetos que por acción u omisión hayan participado en su consecución, siendo el deber de la Administración Pública prevenir el daño al ambiente y perseguir, por todos los medios posibles, a los sujetos culpables de su detrimento, así como buscar su reparación, debiendo además abstenerse de realizar acciones y omisiones en su funcionamiento que lleguen a afectarlo, pues de ser así, sería responsable de la reparación ambiental y de indemnizar los derechos subjetivos vulnerados a sus administrados.

Para poder darle cumplimiento a lo anterior, lo ideal sería que los procesos donde se ventile la responsabilidad por daño ambiental cuenten al menos con un sistema de legitimación procesal abierto donde se reconozcan los intereses difusos y colectivos, con normas especiales para su correcta integración y conformación; también es necesario dotar de mayores poderes al juez para la toma de medidas cautelares de forma expedita e inmediata que prevenga el posible daño o en su caso, paralice sus efectos, aún en aquellos supuestos científicamente inciertos; en la medida de lo posibles la carga de la prueba debería invertirse recayendo en aquella parte procesal a la que se le achaca el daño, y cuando esto no sea posible, debería acudirse a la efectiva colaboración de todos

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

los afectados recayendo la carga en aquella parte procesal a la que le sea menos oneroso su evacuación; se le debe dar especial valor a la prueba indirecta de presunciones, a la prueba científica-técnica, y a la utilización de la sana crítica racional en su valoración; las sentencias ideales son aquellas con eficacia erga omnes cubriendo a todos los que se encuentren en idéntica situación fáctica, y cuya ejecución, por motivos del interés público ambiental, sea aún oficiosa.

Lastimosamente, Costa Rica aún carece de una jurisdicción ambiental especializada que permita una correcta y efectiva aplicación de los principios de la responsabilidad por daño ambiental. A raíz de lo anterior, debemos acudir a una serie de normas procesales, en su mayoría no "ambientalizadas", que se encuentran dispersas y fragmentadas por el entero ordenamiento jurídico y a la vez, conformarnos con dirimir las controversias de carácter ambiental en una serie de jurisdicciones que no fueron concebidas para tratar este tipo de situaciones tan complejas. Ante este panorama, han sido los distintos Tribunales de Justicia y en especial, las Salas de la Corte Suprema de Justicia, los llamados a interpretar, integrar y delimitar toda esta serie de normas dispersas y vacíos procesales existentes, llegando a asumir un rol verdaderamente preponderante que les ha permitido llevar a buen puerto los procesos donde se discute la responsabilidad por daño ambiental.

I. DAÑO AMBIENTAL.

Definición. "El daño ambiental, se apreciará en la alteración externamente inducida a los sistemas, inhabilitándolos, perjudicándolos en la materialización de sus imprescindibles funciones de apoyo a los ecosistemas menores. Este cambio puede provenir de agentes extraños al hombre, o de una acción humana (lo que hoy se denomina "contaminación"). De allí que, se ha definido como toda pérdida, disminución o menoscabo significativo inferido al ambiente, o a uno o más de sus componentes. Son de difícil reparación, y en algunas ocasiones, por ejemplo, cuando se trata de la pérdida de especies, son irreparables. Siempre se deberán tutelar los daños que se hayan perpetrado". Voto número 675-2007 de las 10:00 horas del 21/09/2007, Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

Características. "El daño ambiental, afecta la biodiversidad, los ecosistemas y hasta la salud, puede originarse de diferentes fuentes, sin embargo en lo que resulta de interés analizar en este proceso, lo es el generado por intervención del hombre. Ese daño puede ser provocado individualmente o por una pluralidad, condición ésta última que consecuenta la responsabilidad de cada uno de los agentes que lo provocan o lo hacen posible, puede provenir tanto de conductas particulares o del Estado y sus instituciones, estos últimos por acción u omisión, lícita o ilícita, o bien producirse de una sola conducta o bien de una pluralidad de ellas, efectuadas simultáneamente o a través del tiempo. En nuestro país la flora y los recursos forestales han sido declarados de interés público, conforme los numerales 1 y 3 -de Conservación de la Vida Silvestre y el numeral 1 de la ley Forestal, que establece como función esencial y prioritaria del Estado, velar por la conservación, protección y administración de los bosques naturales". Sentencia número 4399-2010 de las 10:40 horas del 14/12/2010, Tribunal Contencioso Administrativo Sección IV.

Categorías. "En vista de lo expuesto, se debe distinguir entre daños al ambiente y daños a través del ambiente. Este último se basa en la responsabilidad patrimonial tradicional: daños personales y económicos. El otro por el contrario, se refiere al daño ambiental per se. En conclusión, se pueden identificar dos categorías: 1) El ecológico o ambiental propiamente dicho. Afecta la flora y fauna, el paisaje, el aire, el agua, el suelo, es decir, el ambiente. Es el que sufre el ecosistema, inhibiéndolo en sus funciones naturales. No se ubica sobre ningún bien de pertenencia individual. Es el perjuicio o detrimento soportado por los elementos de la naturaleza o el ambiente, sin recaer en una persona o cosas jurídicamente tuteladas. Se trata de un daño al ambiente, ya sea mediante su alteración o destrucción parcial o total, afectando en forma mediata la calidad de vida de los diversos seres vivientes del planeta. 2) Los particulares. Son aquellos que por un impacto ambiental se derivan luego en personas o bienes individuales. Esta categoría resulta asimilable a las tradicionales hipótesis de daño, ya reconocidas por el Ordenamiento Jurídico. Si bien recibe la atención judicial como si se tratara de un daño ambiental, las reglas para atribuir responsabilidades y establecer su resarcimiento, no difieren sustancialmente de las clásicas del derecho. En estos casos, se trata de un daño a las personas o a las cosas por una alteración del medio a causa del obrar humano. No es un daño directo al ambiente, sino a las personas o a las cosas, por una alteración del primero". Voto número 675-2007 de las 10:00 horas del 21/09/2007, Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

Daño moral colectivo o daño social. "En principio, habrá tres tipos 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. 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. Cuando un daño ambiental se ha producido, independientemente de la causa -voluntaria o accidental-, el principio de reparación, conocido como "in natura", exige que no quede a elección la forma de realizarla". Voto número 675-2007 de las 10:00 horas del 21/09/2007, Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

Imprescriptibilidad del daño ambiental puro o de incidencia colectiva. Derechos fundamentales irrenunciables. "… el derecho a la salud deriva directamente del derecho a la vida (Artículo 21 de la Constitución Política) y ni si quiera su propio titular puede renunciarlo, mientras que el de vivir en un ambiente equilibrado (ordinal 50 de la Constitución) es un derecho social, por su naturaleza irrenunciable conforme al artículo 74 ibídem. Por el contrario, la caducidad a que se refiere la citada norma de la ley de esta jurisdicción esa aplicable solamente a aquellos derechos puramente patrimoniales u otros cuya violación puede ser válidamente consentida". Voto número 6898-1997 de las 18:06 horas del 22/10/1997,

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Imprescriptibilidad del daño ambiental puro o de incidencia colectiva. **Imprescriptibilidad del demanio público**. "El dominio público se encuentra integrado por bienes que manifiestan por voluntad expresa del legislador, un destino especial de servir a la comunidad, al interés público. Estos son los llamados bienes demaniales, bienes o cosas públicas, que no pertenecen individualmente a los particulares, que están destinados a un uso público y sometidos a un régimen especial, fuera del comercio de los hombres, razón por la cual, están afectados por su propia naturaleza y vocación. En consecuencia, esos bienes pertenecen al Estado en el sentido más amplio del concepto, están afectados por su propia naturaleza, la que invariablemente es esencial en virtud de norma expresa. Estos se caracterizan por ser inalienables, imprescriptibles, inembargables, no pueden ser hipotecados ni ser susceptibles de gravamen en los términos del Derecho Civil y la acción administrativa sustituye a los interdictos para recuperar el dominio." Voto 2725-1994 de las 15:18 horas del 09/06/1994, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Imprescriptibilidad del daño ambiental puro o de incidencia colectiva. Imprescriptibilidad del demanio público. "En los términos de nuestra Constitución Política, el patrimonio nacional se conforma por los bienes definidos en los artículos 6, 50, 89 y 121 inciso 14) constitucionales; son 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, el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, el patrimonio histórico y artístico de la Nación, las fuerzas que puedan obtenerse de las aguas del dominio público en el territorio nacional, los yacimientos de carbón, las fuentes o yacimientos de petróleo, sustancias hidrocarburadas, depósitos de minerales radioactivos, servicios inalámbricos -lo que modernamente se conoce como espacio electromagnético-, ferrocarriles, muelles y aeropuertos que estén en servicio. Es importante señalar que estos bienes gozan de especial protección, de manera que no son susceptibles de ser apropiados por particulares y ni siquiera por la Administración Pública; ni ser destinados a fines distintos de los que determinan su propia esencia y naturaleza" "…De acuerdo con lo que se ha venido exponiendo, la especial naturaleza del patrimonio nacional, tiene como particularidad la necesaria e indisoluble vinculación al uso público de los bienes que el concesionario -sea público o privado- destine o requiera para su desarrollo y explotación, de manera tal que éstos se entienden definitivamente incorporados al demanio público y gozan, por tal razón, de las características propias de este régimen, de ser inembargables, imprescriptibles e inalienables". Voto número 10466-2000 de las 10:17 horas del 24/11/2000, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Imprescriptibilidad del daño ambiental puro o de incidencia colectiva. Patrimonio Natural del Estado. Acciones para su protección no caducan. "El acto impugnado, como se ha dicho, se refiere a la inscripción registral de un bien inmueble que forma parte del patrimonio forestal del Estado; el cual, además, está incluido dentro de los límites de la Reserva Forestal, Zona Protectora y Parque Nacional, todos denominados Juan

Castro Blanco (hecho probado antecedido con la letra u), no objetado por el recurrente). En consecuencia, integra el dominio público propiedad del Estado (véanse los artículos 261 y 262 del Código Civil; así como las leyes nos. 4052 del 19 de enero de 1968, 4465 del 25 de noviembre de 1969; y los Decretos Ejecutivos números 4965-A del 26 de junio, 5387-A del 28 de octubre, ambos de 1975; 18763-MIRENEM del 12 de septiembre de 1988 y 22669 del 2 de noviembre de 1993) revistiendo la característica de inalienable e imprescriptible. Ergo, las acciones para su protección no pueden estar sujetas a plazos de caducidad". Voto número 619-F-S1-2011 de las 9:10 horas del 26/05/2011, Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

Prescripción del daño ambiental individual (daños a través del ambiente) de efectos continuados. "De esta suerte, sería necesario tomar en cuenta también que la lesión argüida (afectación de la salud física y mental de los vecinos por motivo de la operación de la referida terminal de autobuses) sería de efecto continuado, en la medida que se repite día con día, de donde tampoco cabría el alegato de la preclusión del derecho". Voto número 6898-1997 de las 18:06 horas del 22/10/1997, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Prescripción del daño ambiental individual (daños a través del ambiente) cuyos efectos son perceptibles con posterioridad a la acción u omisión que los ocasionó. "Se reclama la responsabilidad por el incumplimiento contractual, al no entregarse la casa adquirida con las especificaciones implícitas en el contrato. Los daños y perjuicios se produjeron, según la causa alegada por el coactor y la coactora, como consecuencia del terremoto del 22 de diciembre de 1990. Antes, no se conocían los vicios ocultos de la edificación, ni tampoco habían sufrido lesión alguna en sus intereses. Por ello, los accionantes no podían ejercer alguna acción. El Tribunal Superior incurrió en quebranto del artículo 874 del Código Civil, al estimar que el término de la prescripción comenzaba a contarse desde la fecha en la cual se firmó la escritura de compraventa. Aquí, al igual que en dicha ocasión, se trata de situaciones desconocidas por los actores, quienes ignoraban los supuestos vicios por los cuales reclaman. Estos -en lo concerniente al presente caso- según se alega, se manifestaron con el sismo del 22 de diciembre de 1990, cuando se dieron los daños que debieron reparar. Ergo, antes no podía correr plazo alguno de prescripción o caducidad. La presente acción versa sobre la responsabilidad contractual por incumplimiento del vendedor, cuyo plazo de prescripción es de diez años. Al momento de notificarse la presente acción, no había transcurrido ni siquiera un año desde el terremoto del 22 de diciembre de 1990. En consecuencia, cabe acoger el recurso interpuesto y anular, en cuanto a este extremo, la sentencia del Tribunal". Voto número 77-1995 de las 3:30 horas del 12/07/1995, Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

Prescripción del daño ambiental individual (daños a través del ambiente) cuyos efectos son perceptibles con posterioridad a la acción u omisión que los ocasionó. "Del sílabo de hechos probados fijado por los tribunales de instancia, resulta, en primer lugar, la intervención quirúrgica practicada el 15 de diciembre de 1979; sucesivamente, se dan una serie de padecimientos por parte de la señora [...]

y, finalmente, en 1985, a raíz de abscesos perianales, ocurre el hallazgo de la aguja olvidada, causante de los padecimientos sufridos por la actora. Hasta ese momento, los efectos dañinos del descuido en la atención del parto de 1979 estaban manifestándose, cuando, sorpresivamente, se descubrió la causa de los males sufridos por ella [...]. Es entonces cuando se integran los extremos de la responsabilidad civil, al producirse el hallazgo, sin el cual aquélla no se configuraba. Antes de ello, la causa del mal era ignorada por la actora y por los médicos de la misma institución demandada; entretanto, continuaba produciéndola el daño en su integridad física y emocional. Por ende, es desde esa fecha cuando comienza a correr el plazo de prescripción...". Voto número 29-1993 de las 14:30 horas del 14/05/1993 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

II. RESPONSABILIDAD POR DAÑO AMBIENTAL

Legitimación para acceder a la justicia ambiental. " … el presupuesto procesal de la legitimación tiende a extenderse y ampliarse en una dimensión tal, que lleva necesariamente al abandono del concepto tradicional, debiendo entender que en términos generales, toda persona puede ser parte y que su derecho no emana de títulos de propiedad, derechos o acciones concretas que pudiera ejercer según las reglas del derecho convencional, sino que su actuación procesal responde a lo que los modernos tratadistas denominan el interés difuso, mediante el cual la legitimación original del interesado legítimo o aún del simple interesado, se difunde entre todos los miembros de una determinada categoría de personas que resultan así igualmente afectadas por los actos ilegales que los vulneran. Tratándose de la protección del ambiente, el interés típicamente difuso que legitima al sujeto para accionar, se transforma, en virtud de su incorporación al elenco de los derechos de la persona humana, convirtiéndose en un verdadero «derecho reaccional», que, como su nombre lo indica, lo que hace es apoderar a su titular para «reaccionar» frente a la violación originada en actos u omisiones ilegítimos. Es por ello que la vulneración de ese derecho fundamental, constituye una ilegalidad constitucional, es decir, una causal específica de amparo contra los actos concretos o normas autoaplicativas o, en su caso, en la acción de inconstitucionalidad, contra todas las normas o contra los actos no susceptibles de amparo, e incluso, contra las omisiones, categoría ésta que en el caso del derecho al ambiente se vuelve especialmente importante, porque al tratarse de conservar el medio que la naturaleza nos ha dado, la violación más frecuente se produce por la inercia de las autoridades públicas en realizar los actos necesarios para protegerlos. La Jurisdicción Constitucional, como medio jurídicamente idóneo y necesario para garantizar la supremacía del Derecho de la Constitución es, además de supremo, de orden público esencial, y ello implica, en general, que una legitimación mucho más flexible y menos formalista, es necesaria para asociar a los ciudadanos al interés del propio Estado de Derecho de fiscalizar y, en su caso, restablecer su propia juridicidad". Voto número 3705-93, de las 15 horas del 30/06/1993, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Legitimación para acceder a la justicia ambiental. "El concepto "toda persona" utilizado por el constituyente, no puede asimilarse a titular de derecho subjetivo en sentido estricto. "Toda persona" es, todo habitante, vecino, ciudadano, física o jurídica, pública o privada, es en fin, cualquiera que ve lesionado su derecho a un ambiente sano. Por esa razón, en su defensa y protección, se debe favorecer una tutela suficientemente amplia, a fin de no inoperativizar la norma o limitar sus alcances. En ese sentido, la simple falta de relación directa o de perjuicio, en tesis de principio, no puede conducir a una pérdida de la legitimación para quien posee un derecho reconocido a nivel constitucional. Si se aceptara, en el derecho ambiental, la tesis tradicional de la legitimación, entendida como la aptitud de ser parte en un proceso concreto, donde no toda persona con capacidad procesal puede figurar en ese carácter, sino sólo quienes se encuentren en determinada relación con la pretensión, tal y como se expuso, conllevaría a vaciar de contenido esa norma". Voto número 675-2007 de las 10:00 horas del 21/09/2007, Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

Legitimación para reclamar daño ambiental colectivo en vía contencioso administrativa. Intereses difusos y colectivos. "Conforme a la supra citada norma constitucional, toda persona se encuentra legitimada para denunciar el daño ambiental y reclamar su reparación, la tutela del ambiente cuenta con una amplia legitimación procesal, al referirse a un derecho de la tercera generación, tratándose de intereses difusos o de acción popular, lo que permite en el primer presupuesto que el ciudadano pueda accionar tanto en su nombre, para requerir una indemnización individual, así como de accionar en nombre de la colectividad, lo que constituye según la doctrina la reparación del daño ambiental en su estado puro. El daño ambiental colectivo, puede ser requerido por cualquier persona, en nombre de la colectividad, a fin de lograr la reparación del daño ambiental. Aunado a lo anterior el numeral 10, inciso c) del Código Procesal Contencioso Administrativo, establece la legitimación activa, para quienes invoquen la defensa de intereses difusos y colectivos". Sentencia número 4399-2010 de las 10:40 horas del 14/12/2010, Tribunal Contencioso Administrativo Sección IV.

Legitimación para ejercer acción de recomposición y/o indemnizatoria por daño ambiental. "En consecuencia, cualquier persona que alegue estar afectada por un daño ambiental, pertenece a la parte material titular del interés difuso y estará legitimada para ser parte activa en el proceso judicial que se inicie en protección del ambiente. De acuerdo con el parámetro constitucional, producido un daño ambiental, en cualquiera de sus dos vertientes, se concede acción para obtener la reparación del ambiente, lo que no obsta al ejercicio de la acción indemnizatoria. Para lo primero debe deducirse la "acción ambiental" -recurso de amparo o vía ordinaria -; para lo segundo, la "acción indemnizatoria" -ejecución de sentencia o vía ordinaria" "…Es por ello que la legitimación para actuar, que se tiene en uno u otro caso, solo variará en el petitum del proceso: si el daño es personal, en el sentido de que aminora el patrimonio individual, se estará en presencia de una petición para sí. Por el contrario, si el patrimonio apropiable individualmente no se reduce, sino aquel que tiene por el hecho de vivir en sociedad, se estará ante una petición para la colectividad, es decir, a favor de los bienes ambientales, que de paso, benefician al individuo en su concepción socializada. En este último supuesto, habría un derecho constitucional

lesionado, que debe ser procesalmente protegido. Es por ello que en esta materia se amplía la legitimación activa, cuando la pretensión material del actor sea la protección de intereses difusos o por acción popular, permitiéndose la posibilidad de actuar en juicio no en nombre propio o de otros, sino en nombre y beneficio de todos, dentro de los límites de dicho objeto. En consecuencia, en procesos como el presente, cualquier persona lo puede incoar, aunque no sea afectado de manera directa, donde la acción no se interpone en nombre propio sino a nombre del colectivo." "…Ello significa que, si bien la acción por daño al colectivo puede ser ejercida por cualquier persona, quien puede percibir las sumas por ese concepto es, en principio, la "sociedad en general", o en su caso algún "grupo indeterminado de personas", en cuanto damnificados directos". "…Se debe entender que la obligación jurídica que surge es de reparar al ambiente, y por ello, el particular no puede incorporar en su pretensión que le sean girados esos montos". Voto número 675-2007 de las 10:00 horas del 21/09/2007, Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

Acceso a la información ambiental contenida en expedientes del Tribunal Ambiental Administrativo. "Sin embargo, el ejercicio de dicho derecho, tal y como se apuntó supra, no puede concebirse de manera absoluta, sino que, por el contrario, de forma limitada y sujeto a una serie de excepciones, por lo que no toda información relacionada con el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, puede ser facilitada por las autoridades públicas" "…Esta Sala Constitucional ha considerado que los derechos a la intimidad, el honor y la imagen, constituyen límites al derecho a la información. De igual forma, uno de los pilares básicos del Estado de Derecho y, por consiguiente, del Derecho Administrativo sancionador, lo constituye la presunción de inocencia". "… mientras dicha instancia no haya decidido en forma definitiva un determinado asunto, el estado de los expediente se encuentra en etapa de investigación y, por lo tanto, la información ahí contenida se considera de índole confidencial". Voto número 7789-2010 de las 15:00 del 28/04/2010 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Acceso a la información ambiental contenida en expedientes del Tribunal Ambiental Administrativo. Excepciones. "**…** no obstante, en criterio de esta Sala, dichas limitaciones y excepciones expuestas en el considerando anterior, operan salvo que en el expediente administrativo sancionador conste alguna información (v.gr. piezas específicas como informes o documentos) de interés público y general que no se encuentre en ninguna base de datos, archivo o registro de la Administración Pública, en cuyo caso cualquier ciudadano podrá ejercer el derecho ad extra por no contar tales datos en ninguna otra base. Por consiguiente, únicamente, en dichos casos, la Administración, sea, para el proceso bajo estudio, el Tribunal Ambiental Administrativo, se ve compelido a brindar información, reservando, concomitantemente, el resto del expediente administrativo". "… cualquier persona, sea física o jurídica, que se apersone a algún procedimiento administrativo tramitado ante dicha instancia indicando las razones de hecho y de derecho por las cuales solicita ser parte del mismo, será tenido como coadyuvante, a efecto que manifieste lo que corresponda, aporte prueba, participe en las diferentes diligencias administrativas y si es del caso, participe, incluso, en la audiencia oral y privada". Voto número 7789-2010 de las 15:00 del 28/04/2010 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Potestad sancionatoria. Tribunal Ambiental Administrativo. "La Ley Orgánica del Ambiente, confiere además plenas facultades al Tribunal Ambiental Administrativo, para imponer sanciones por las infracciones a dicha Ley, previa interposición del procedimiento administrativo correspondiente. Es éste un órgano competente para dirigir un procedimiento cuya finalidad sea sentar responsabilidades específicas por el daño ocasionado al medio ambiente. Evidentemente, como cualquier procedimiento sancionatorio, es menester que se de amplia aplicación de los principios informantes de los derechos de defensa y debido proceso, de tal suerte que la empresa a quien se acusa de ocasionar el daño pueda probar que ella no ha sido la responsable". Voto número 1669-2000 de las 14:51 horas del 18/02/2000, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Potestad sancionatoria. Tribunal Ambiental Administrativo. Inaplicabilidad del Principio Non bis in idem. "Por otra parte, la Sala ha reconocida la potestad sancionatoria de la Administración, en este caso, en manos del Tribunal Ambiental Administrativo, cuyo ámbito de atribuciones se limita a conocer de las infracciones al ordenamiento jurídico administrativo en materia ambiental, claramente separado de la materia penal" "… En consecuencia, corresponde reiterar la línea jurisprudencia de este Tribunal Constitucional en el sentido que un mismo hecho puede dar lugar tanto a responsabilidad penal, civil, como administrativa. Por ende, las autoridades del Tribunal Ambiental Administrativo poseen competencias suficientes para conocer y resolver, en sede administrativa, las denuncias establecidas contra todas las personas, públicas o privadas, por violaciones a la legislación de protección al ambiente (artículo 111 de la Ley Orgánica del Ambiente). Esa situación no implica, por sí misma, una infracción a los derechos fundamentales de los recurrentes". Voto número 9690-2008 de las 10:15 horas del 13/06/2008, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Potestad sancionatoria. Inaplicabilidad del Principio Non bis in idem. "Debe recordarse que un mismo hecho, puede acarrear distintos tipos de responsabilidad (civil, penal, administrativa), que pueden ser conocidas bajo las reglas propias de los distintos ramos del derecho, por procesos diferentes y ante distintos órganos jurisdiccionales, no implicando en ningún momento que la exoneración de responsabilidad en una vía, conlleve que necesariamente se exima de responsabilidad en otra". Sentencia 19-2009 de las 11:59 horas del 13/02/2009, Tribunal Contencioso Administrativo, sección X.

Potestad sancionatoria. Aspectos indemnizatorios. Litispendencia. "Así las cosas, el mero hecho de que a la vez se siga un proceso penal y un procedimiento disciplinario no entraña violación alguna del Principio de "non bis in idem", y así debe declararse. En efecto, aunque el inciso c) del artículo 111 de la Ley Orgánica del Ambiente efectivamente fija la competencia del Tribunal Ambiental para fijar —siempre en sede administrativa— las indemnizaciones que puedan originarse en relación con los daños producidos por violaciones de la legislación tutelar del ambiente y los recursos naturales, esto no es más que un corolario dentro de la competencia general del Tribunal, y nada

le impide al recurrente oponerse al cobro dicho alegando que tal determinación se está efectuando en la acción civil resarcitoria". Voto número 14076-2004 de las 9:28 horas del 10/12/2004, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Resolución Alternativa de Conflictos. Imposibilidad de la Administración de renunciar o comprometer competencias públicas irrenunciables. "… el compromiso o el arbitraje tienen que recaer, si no versan sobre la conducta de la Administración regulada por el derecho privado, sobre la regulada por el derecho público, dado que en estos dos son los únicos segmentos de la actividad de la Administración. Esto es importante entenderlo bien, porque en el campo del derecho administrativo la Administración es titular de competencias públicas irrenunciables, de origen y contenido fijado por ley o por reglamento. Es obvio que la Administración no puede renunciar ni comprometer el ejercicio de sus funciones públicas por virtud de un pacto que lo obligue a abandonar en manos de un tercero (el árbitro) el criterio sobre la legalidad y la conveniencia de su ejercicio". Voto número 623-2002 de las 15:50 horas del 14/08/2002, Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

Resolución Alternativa de Conflictos. Facultades de la Administración Pública para conciliar diferencias patrimoniales de naturaleza disponible. "La acción es inadmisible por improcedente, en tanto los accionantes pretenden que se declare inconstitucional la posibilidad de acudir a mecanismos alternos de resolución de conflictos para los sujetos de Derecho Público, por tratarse "directa o indirectamente de asuntos regulados por el Derecho Público." En primer término debe hacerse notar que esta pretensión, escapa del contenido de la contratación en cuestión, que se refiere a una de las facultades que la propia Constitución Política -en su numeral 43- tiene reconocida, de manera genérica, tanto para particulares como para sujetos de derecho público, en tanto se reconoce respecto de "toda persona" a fin de que puedan "terminar sus diferencias patrimoniales, por medio de árbitros, aun habiendo litigio pendiente", esto es, a recurrir a formas alternativas para arreglar las diferencias patrimoniales de naturaleza disponible, como lo son el diálogo, la negociación, la mediación, la conciliación el arbitraje y otras técnicas similares**.** Así, la única condición o limitación que se establece lo es que se trate de asuntos patrimoniales disponibles, lo cual implica que no resulta posible la aplicación de este mecanismo cuando implique o comprometa el ejercicio de potestades de imperio". Voto número 15095-2005 de las 3:01 horas del 02/11/2005, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Resolución Alternativa de Conflictos. Facultades de la Administración Pública para conciliar diferencias patrimoniales de naturaleza disponible. "La Constitución Política otorga a las personas de derecho, sean públicas y/o privadas, la facultad de solucionar sus diferencias a través de procesos no jurisdiccionales, mediante lo que se ha denominado resolución alternativa de conflictos, dentro de los cuales se incluyen la conciliación, la mediación y el arbitraje, como derecho derivado del numeral 43 del texto constitucional". Voto número 069-2005, de las 11:10 horas del 09/02/2005, Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

Resolución Alternativa de Conflictos. Entidades legitimadas dentro de la Administración Pública. "Y cabe advertir, como ya lo hicimos, que mediante interpretación, tanto de esta Procuraduría como de la Contraloría General, se ha considerado que tanto la Administración centralizada como la descentralizada, incluidas las corporaciones territoriales municipales, están autorizadas a acudir tanto al arbitraje como a la transacción". Dictamen 219-2009 del 13/08/2009, Procuraduría General de la República.

Resolución Alternativa de Conflictos. Competencias del Tribunal Ambiental Administrativo en materia conciliatoria. "… no es competencia del Tribunal Ambiental administrativo proponer o realizar la conciliación que pueda darse sobre la indemnización del daño ambiental que se haya determinado luego de un procedimiento administrativo ante dicho órgano. Lo que podría autorizar (homologar) lo sería el acuerdo conciliatorio que suscriban las partes". Dictamen 219-2009 del 13/08/2009, Procuraduría General de la República.

Carácter objetivo. Interpretación constitucional del artículo 101 de la Ley Orgánica del Ambiente. "En el Derecho ambiental se ha dado un planteamiento distinto a la responsabilidad, de tal suerte que se ha evolucionado de un sistema de responsabilidad por culpa a uno de responsabilidad por riesgo, lo que significa una mayor cobertura, pues dicha responsabilidad surgiría aún cuando no medie culpa del transgresor, si la actividad por éste desempeñada se estima riesgosa y, no obstante, asume ese riesgo, con una consecuencia dañosa para el ambiente. Se trata de un nuevo concepto de responsabilidad, donde lo que priva es el criterio objetivo sobre el subjetivo, puesto que para su surgimiento, es irrelevante si se actuó o no con culpa; basta con que el daño haya sido efectivamente ocasionado, para que de inmediato surja la consecuente responsabilidad. Así las cosas, en muchas ocasiones no es posible determinar, ni al culpable, ni la norma legal infringida, pues en la mayoría de los casos el daño es producto de una omisión, pero ciertamente se perjudica a terceras personas o Estados, las o lo que necesariamente son objeto de indemnización. La responsabilidad por daño ambiental, se asimila entonces a la responsabilidad por riesgo, lo que permite una mayor cobertura para establecer responsabilidades contra sujetos concretos, con el fin de remediar los daños ocasionados por sus explotaciones industriales o de otra clase. Esta responsabilidad objetiva, no toma en consideración la conducta del sujeto, pues lo que importa es el daño producido y, por ende, siempre será responsable el individuo, con independencia de cualquiera que haya sido su participación volitiva en el hecho. El punto radica más que todo en la creación de un riesgo, de donde se colige que el que con su actividad o su inactividad produce un daño o pone en riesgo la integridad de la ecología y del medio ambiente, ha de responder de él. La responsabilidad por daño ambiental es fundamentalmente resarcitoria, más que restitutiva, ya que en la mayoría de los casos el daño producido es ya irreparable y sólo resta exigir al causante un resarcimiento económico. Dentro de este contexto es que debe entenderse el contenido del artículo 101 de la Ley Orgánica del Ambiente". Voto número 1669-2000 de las 14:51 horas del 18/02/2000, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Carácter objetivo. Principio General del Derecho. "La responsabilidad derivada de daños causados a la naturaleza, sea ésta

proveniente de una actividad agraria o de cualquier otro tipo, universalmente siempre se ha considerado como una responsabilidad de carácter objetiva. Este principio general de derecho ha sido admitido ampliamente en las últimas reformas a la Constitución donde se introdujo el derecho a un ambiente sano y ecológico equilibrado, y el legislador lo ha asumido aún antes de esas reformas, reiterándolo ampliamente después, para encontrarse en todo el sector ambiental del ordenamiento jurídico. Desde los más remotos documentos jurídicos este criterio siempre ha imperado porque no puede obligarse a la víctima a probar el nexo de causalidad, como sí acontece para la responsabilidad subjetiva, si el agente dañoso ha asumido un riesgo, aún cuando sea bajo una dimensión de una actividad lícita, si dentro de sus posibles efectos se pueden incluir el causarle un mal a terceros…" "… No se trata de la responsabilidad subjetiva prevista en el numeral 1045 del Código Civil, porque en tal hipótesis el damnificado debe probar el nexo causal entre la acción del agente dañino y los perjuicios sufridos. En la objetiva la simple existencia del daño reputa la responsabilidad en el agente dañino de haber sido el causante de ese daño, y por tal quien deberá indemnizar los daños y perjuicios causados con su conducta. Esto no deriva de un acto arbitrario sino de pura lógica, pues quien, incluso en una conducta lícita, asume un riesgo donde exista peligrosidad, debe responder por todo cuanto daño pueda causar esa peligrosidad". Voto número 398-2001 de las 4:00 horas del 06/06/2001, Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

Carácter objetivo. Distinción con la responsabilidad por omisión. "Que conforme con lo indicado al inicio del considerando quinto, ya comentado, existió de parte de los aquí actores, la violación de los artículos 98 y 101 de la Ley Orgánica del Ambiente, se cometió por omisión; forma de responsabilidad que en sentido estricto, no puede confundirse con la figura de la responsabilidad objetiva , que es precisamente la que existe con independencia de toda culpa por parte del sujeto responsable ; 4) Que no obstante lo anterior y que al inicio del considerando quinto de la sentencia, se habla de una forma de responsabilidad ambiental, por omisión, más adelante (en el mismo considerado quinto, a partir del párrafo que inicia con la frase: " La normativa indicada es clara") se da un "salto lógico" y se comienza a hablar de responsabilidad objetiva, que según la doctrina es "(…) la determinada legalmente sin hecho propio que constituya deliberada infracción actual del orden jurídico ni intencionado quebranto del patrimonio ni de los derechos ajenos" (así la entrada de dicho concepto, en el Diccionario Jurídico Elemental de Guillermo Cabanellas de Torres, actualizado por Guillermo Cabanellas de las Cuevas –Editorial Heliasta, Buenos Aires, 16ª. Edición, 2003, p. 352); 5) El hecho que en la sentencia cuestionada se haya dado el "salto lógico" mencionado, no la invalida, por cuanto, como vimos, la responsabilidad de parte de los actores, existió, razón por la cual los actos administrativos que se cuestionan en este proceso, son ajustados a derecho". Sentencia número 19-2009 de las 11:59 horas del 13/02/2009 del Tribunal Contencioso Administrativo, Sección X.

Carácter objetivo. Materia de quemas. "La normativa de quemas e incendios siguen el criterio de la responsabilidad objetiva. La culpa se presume en quien creó las condiciones del daño por haber asumido el riesgo de perjudicar a terceros con la quema o el incendio. Los daños y perjuicios ocasionados son a su cargo. El damnificado está exento de probar la culpa. La carga de la prueba sobre la ausencia de culpa corresponde a quien quemó e incendió. Es una presunción iuris tantum. Sería eximente de responsabilidad la fuerza mayor, la culpa de la víctima o el hecho de un tercero". Voto número 112-1995 de las 15:50 horas del 11/10/1995, Sala Primera Corte Suprema de Justicia.

Carácter objetivo. Materia de quemas. "La asunción en los riesgos y la infracción a las normas sobre quemas, causando daños a los demás, conlleva a la responsabilidad objetiva. Sin duda los representantes de la demandada crearon condiciones de riesgo. Así el fuego se trasladó a los fundos colindantes. Sin contar con la autorización respectiva y sin avisar a los vecinos, ello debe subrayarse, se procedió a quemar. Una vez más se hizo uso de medios primitivos para desplegar una actividad altamente riesgosa, en detrimento del equilibrio ecológico". Voto número 38 de las 15:00 del 19 de abril de 1996, Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

Carácter objetivo. Administración Pública. "...para establecer así la responsabilidad directa del Estado sin necesidad de probar previamente que el daño se produjo por culpa del funcionario o de la Administración, exigiendo para la procedencia de la indemnización que el daño sufrido sea efectivo, evaluable e individualizable en relación con una persona o grupo – artículo 196 -. Estableció que la Administración sería responsable por todos los daños que causara su funcionamiento legítimo o ilegítimo, normal o anormal, salvo fuerza mayor, culpa de la víctima o hecho de un tercero –artículo 190 -, y la obligación de reparar todo daño causado a los derechos subjetivos ajenos por faltas de sus servidores cometidas durante el desempeño de los deberes del cargo o con ocasión del mismo, utilizando las oportunidades o medios que ofrece, aún cuando sea para fines o actividades extrañas a dicha misión – artículo 191". Voto número 132-1991 de las 15:00 del 14/08/1991, Sala Primera Corte Suprema de Justicia.

Carácter objetivo. Acción civil resarcitoria en la vía penal. "El tribunal de juicio absuelve al encartado en aplicación del principio in dubio pro reo, pero condena a la demandada civil en aplicación de la responsabilidad objetiva y con fundamento en el artículo 1045 del Código Civil. En el presente caso surge la responsabilidad objetiva, cuyo punto de partida no es la acción del sujeto sino más bien el desarrollo de actividades industriales, comerciales, agrícolas que aunque lícitas, son causas generadoras de riesgo y fuente potencial de daños. Su fundamento no es subjetivo, sino más bien objetivo en la medida que el interés central no es sancionar o castigar, sino reparar. Progresivamente, el nuevo derecho de daños, con criterios solidaristas, se orienta hacia la objetivación de la responsabilidad y toma en cuenta otros criterios basados en valoraciones económicas, sociales, etc., que impone que el daño sufrido no sea asumido exclusivamente por la víctima y pueda ser trasladado económicamente a un tercero. La idea se centra no ya en sancionar o castigar al autor de la conducta antijurídica, sino en la necesidad de que el daño sea reparado" "… El fundamento de este tipo de responsabilidad es el reconocimiento social de que ciertas actividades, aún siendo lícitas (por lo que no es requisito el ser antijurídicas) y necesarias dentro del desarrollo social y tecnológico

actual, que no puede ni debe ser obstruido, pero que, concomitantemente generan un riesgo -como entidades productoras de eventuales daños- el cual desde luego no debe ser asumido por la víctima o sus allegados, sino más bien por aquel que se beneficia de la actividad riesgosa o de la tenencia de una fuente productora de peligro. Esas empresas, generadoras de peligro para la comunidad y de beneficio para su dueño, constituyen un medio a través del cual se produce el daño a la víctima. De manera que como causante del perjuicio, se encuentran obligados a repararlo". Voto 493-2004 de las 10:20 horas del 20 de mayo de 2004, Tribunal Superior de Casación Penal.

Inversión de la carga de la prueba. Regla general en materia ambiental. "En primer término, conviene precisar, que en materia ambiental se produce una inversión en la carga de la prueba, por disposición expresa del cardinal 109 de la Ley de Biodiversidad, el cual, a la letra establece: "*La carga de la prueba, de la ausencia de contaminación, degradación o afectación no permitidas, corresponderá a quien solicite la aprobación, el permiso o acceso a la biodiversidad o a quien se le acuse de haber ocasionado daño ambiental."* De ahí que no sea de recibo el argumento en el sentido de que debió advertirse esta inversión desde la audiencia preliminar, por cuanto es claro que su aplicación deriva del propio texto legal, y no de una decisión del Tribunal". Voto 1469-F-S1-2011 de las 9:00 horas del 30/11/2011, Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

Inversión de la carga probatoria. Regla procedimental fundamental en materia ambiental. "Téngase presente también que tampoco en este proceso jurisdiccional, los actores instaron de forma efectiva el reconocimiento sobre el inmueble, ni aportaron otra prueba -testimonios, fotografías, vídeos- que permitieran determinar que en el momento de los hechos, el daño ambiental podía producirlo, cualquier otro sujeto. Así, en la especie, no se causó gravamen, ni indefensión alguna a los actores, por cuanto ellos a pesar de haber podido desarrollar actividad procesal, para demostrar los hechos que le interesaban, no la desplegaron como correspondía. En cuanto a la inversión de la carga probatoria, establecida en el art. 109 de la Ley Orgánica del Ambiente, esta es una regla procedimental fundamental en materia ambiental que por lo indicado, no se aplicó indebidamente en el presente caso". Sentencia número 19-2009 de las 11:59 horas del 13/02/2009 del Tribunal Contencioso Administrativo, Sección X.

Inversión de la carga probatoria. Situaciones de riesgo y peligrosidad. "Si una persona manipula pólvora, o cualquier tipo de material inflamable, sea en una fábrica, en una actividad comercial, o por su propia diversión, en caso de ocurrir un siniestro con efectos en cualquier vecino, no ha de ser el damnificado el llamado a probar el nexo de causalidad entre la conducta ejercida y el daño causado, más bien el ordenamiento jurídico parte de la culpabilidad de quien asumió el riesgo y la peligrosidad, y solo para eximirlo de la responsabilidad podría probar no ser el responsable directo del daño causado, así la carga de la prueba se invierte, y los eximentes, como por analogía podría aplicarse para el ámbito ambiental, serían los previstos en la Ley General de la Administración Pública donde también se prevé la responsabilidad objetiva del Estado, siendo ellos "fuerza mayor", "culpa de la víctima" o "hecho de un tercero"

(artículo 190)". Voto número 398-2001 de las 4:00 horas del 06/06/2001, Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

Inversión de la carga probatoria. Materia de quemas. "La normativa de quemas e incendios siguen el criterio de la responsabilidad objetiva. La culpa se presume en quien creó las condiciones del daño por haber asumido el riesgo de perjudicar a terceros con la quema o el incendio. Los daños y perjuicios ocasionados son a su cargo. El damnificado está exento de probar la culpa. La carga de la prueba sobre la ausencia de culpa corresponde a quien quemó e incendió. Es una presunción iuris tantum. Sería eximente de responsabilidad la fuerza mayor, la culpa de la víctima o el hecho de un tercero". Voto número 112-1995 de las 15:50 horas del 11/10/1995 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

Inversión de la carga probatoria. Procedimientos ante el Tribunal Ambiental Administrativo. "La Ley Orgánica del Ambiente, confiere además plenas facultades al Tribunal Ambiental Administrativo, para imponer sanciones por las infracciones a dicha Ley, previa interposición del procedimiento administrativo correspondiente. Es éste un órgano competente para dirigir un procedimiento cuya finalidad sea sentar responsabilidades específicas por el daño ocasionado al medio ambiente. Evidentemente, como cualquier procedimiento sancionatorio, es menester que se de amplia aplicación de los principios informantes de los derechos de defensa y debido proceso, de tal suerte que la empresa a quien se acusa de ocasionar el daño pueda probar que ella no ha sido la responsable". Voto 1669-2000 de las 14:51 horas del 18/02/2000, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Inversión de la carga probatoria. Materia agroambiental. Principio precautorio. "En materia agroambiental, además de los presupuestos explicados en el considerando anterior, rige el denominado principio precautorio. Este principio, del cual hasta ahora se ha enfocado como parte del derecho de fondo en materia ambiental, viene a ser llamado como un nuevo presupuesto de aplicación para este tipo especial de medidas cautelares, junto con el peligro de demora y la apariencia del buen derecho. Tiene efectos procesales, pues amplía la legitimación activa para solicitar la medida cautelar y revierte la carga de la prueba (onus probandi) a favor del medio ambiente y la salud de las personas". Voto número 106-2008 de las 3:30 horas del 13/02/2008, Tribunal Agrario.

Inversión de la carga probatoria. Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Principio Precautorio. "Una consecuencia procesal que produce la aplicación del principio precautorio, es la inversión de la carga de la prueba, aspecto que está expresamente regulado en el artículo 109 de la Ley de Biodiversidad, que dispone: *"La carga de la prueba, de la ausencia de contaminación, degradación o afectación no permitidas, corresponderá a quien solicite la aprobación, el permiso o acceso a la biodiversidad o a quién se le acuse de haber ocasionado daño ambiental",* norma que debe verse en estrecha relación el artículo 5 de la misma Ley, que señala que lo establecido en esa legislación servirá de marco de interpretación del resto de las normas que regulan la materia objeto de dicha Ley. Esto quiere decir que en materia ambiental se rompe el clásico esquema de que "quién demanda debe probar", y adquiere un papel preponderante la teoría

de la carga dinámica de la prueba, según la cual, "se traslada la carga a quién, a raíz de su situación personal, se halla en mejores condiciones para acercar la probanza al proceso, sin que importe si es el actor o el demandado" (sobre la carga dinámica de la prueba puede consultarse la sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia N° 212-2008 de las 8:15 horas del 25 de marzo del 2008). Esta posición es aceptada por la doctrina del derecho ambiental, que en ese sentido ha indicado lo siguiente: *"En el proceso ambiental, especialmente en función del principio precautorio, se produce una modificación en la carga de la prueba de encuadre clásico (según la cual es principio "que todo el que alega un hecho como pretensión o defensa tiene la carga de probarlo") y cobra vida, en función de la precaución, la doctrina de las cargas dinámicas probatorias como paliativo para aligerar la ímproba tarea de producir pruebas diabólicas que, en ciertos supuestos, se hacían recaer sin miramientos sobre las espaldas de alguna de las partes (actor o demandado), por malentender las sacrosantas reglas apriorísticas de distribución de la prueba. Finalmente, las modificaciones señaladas en el ámbito del proceso ambiental imponen hablar de un "verdadero derecho procesal ambiental", sea considerado como una rama autónoma o no; y la complejidad científico-técnica de los casos ambientales, que demandan soluciones inéditas a problemas también inéditos, imponen como mecanismo superador de las estructuras tradicionales del derecho la conveniencia de contar con fueros especializados en la materia ambiental como garantes de la aplicación efectiva del principio de precaución".* (Martínez, María Paulina. "El principio precautorio". En Protección Ambiental, Argentina, 2008, p. 122). Sentencia número 4399-2010 de las 10:40 horas del 14/12/2010, Tribunal Contencioso Administrativo Sección IV.

Inversión de la carga probatoria. Acción civil resarcitoria dentro del proceso penal. "En realidad, con esto la responsabilidad objetiva se resume en una ventaja a favor del lesionado que significa una inversión de la carga de la prueba, en el sentido de que éste queda exonerado de la carga de probar la culpa o dolo del causante del daño y tampoco requiere probar su falta de culpa, a diferencia de los casos de responsabilidad subjetiva". Voto número 493-2004 de las 10:20 horas del 20/05/2004, Tribunal Superior de Casación Penal.

Carácter solidario. Obligación de fijar porcentaje de responsabilidad. "No solo la empresa demandada es responsable por prestar un servicio de fumigación a la finca colindante sembrada de arroz, en forma negligente e imprudente, sin la pericia del caso, provocando el daño acusado por la sociedad actora. También es responsable (…), piloto de la avioneta, pues debió realizar su trabajo con la debida pericia, diligencia y prudencia. En función de su labor se encontraba en la obligación de adoptar una serie de medidas tendientes a evitar daños como el acaecido. Concretamente el Reglamento de Aviación Agrícola establece en sus artículos 56, 59, 60, 61, 67, 68, 71 y 75 una serie de reglas para el piloto, basadas en factores como el viento, colindancias, tipo de químico, tipo de plantación, etc. Recayendo la responsabilidad sobre el piloto ante el incumplimiento de las mismas, pero en éste, por las especiales circunstancias solo es un 30%". Voto número 398-2001 de las 4:00 horas del 06/06/2001, Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

Carácter solidario. Obligación de fijar porcentaje de responsabilidad. Reglas vigentes sobre Responsabilidad Civil del Código Penal de 1941. "Sobre el tema es de suma importancia en aplicación de las Reglas Vigentes sobre Responsabilidad Civil del Código Penal de 1941 de Costa Rica, artículo 135, limitó porcentualmente la responsabilidad del Estado por la actuación de dos de sus servidores, estableciendo: "El Tribunal de Juicio al resolver determina la responsabilidad para el Estado estimando que la "... responsabilidad se origina, conforme a lo dispuesto por el artículo 191 antedicho, que nos dice que la Administración deberá reparar todo daño causado a los derechos subjetivos ajenos por falta de sus servidores, cometidas durante el desempeño de los deberes del cargo o con ocasión del mismo, utilizando las oportunidades o medios que ofrece, aún cuando sea para fines o actividades o actos extraños a dicha misión..." Y si bien es cierto los señores (…) y (…) fueron eximidos de responsabilidad penal y civil, también lo es que el Estado deber responder por el daño que ellos causaron, pues es innegable que con su actuar causaron daños y perjuicios al actor civil, pero de ello no son responsables dado que no fueron originados por dolo o culpa; no así el Estado, que si debe responder por los mismos al tenor del artículo 191 citado, ya que Don (…) sufrió un daño especial y anormal, producto de los funcionarios dichos, quienes quizá, si hubieran recibido instrucción por parte del Estado, no habrían actuado como lo hicieron, de ahí que tal ente debe responder en forma proporcional por los daños y perjuicios sufridos por Don (…); pero, como ya se dijo, dicha responsabilidad debe ser limitada hasta en un máximo del veinticinco por ciento de tales extremos...". Voto número 216-2000, de las 12:00 horas del 17/03/2000, Tribunal Superior de Casación Penal.

Omisión. "En cuanto respecta a la posición del Estado, que es lo que por lo pronto interesa, el derecho fundamental al ambiente comienza por imponer límites a su actuación, límites que, en concreto, han de considerarse y fijarse según los casos; porque lógicamente el Estado, obligado a garantizar, defender, y preservar ese derecho, no puede menos que omitir determinadas intervenciones suyas que incidan en el medio ambiente, aunque fuesen lícitas o estuviesen destinadas a perseguir finalidades legítimas (como es el caso por ejemplo, de la explotación de depósitos de petróleo y otras sustancias hidrocarburadas), si es que como resultado de ellas aquel derecho padece o puede padecer en la integridad que la Constitución reconoce". Voto número 3248-2002 de las 14:47 horas del 09/04/2002 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Omisión. Inmueble con función ecológica. "Téngase presente que existe responsabilidad por omisión de los propietarios de inmuebles, que no hayan impedido que se haya cometido el daño ambiental, por aplicación directa de la frase del artículo 101 de la Ley Orgánica del Ambiente, cuyo texto ya citamos, no apreciándose la imprecisión alegada. Aún más, en el caso de los propietarios de una propiedad inmueble que cumple una función ecológica, como es en la que se produjo el daño ambiental, no se encuentra que no exista una aplicación a supuestos no aplicados por el legislador, sino más bien que las resoluciones administrativas cuestionadas, se cumplió con los propósitos de la ley, que son establecer un régimen de responsabilidad amplio, cuando se

enfrente el daño ambiental. Tampoco, la existencia de una forma de responsabilidad por comisión (la cometida por (…), excluye la responsabilidad por omisión de los aquí actores" Sentencia número 19-2009 de las 11:59 horas del 13/02/2009 del Tribunal Contencioso Administrativo, Sección X.

Omisión. Bienes de dominio público. "El artículo 11 de la Ley de Zona Marítimo Terrestre establece que todo manglar independientemente de su extensión constituye zona pública y, por tanto, un bien demanial no susceptible de apropiación por parte de los particulares y no era factible llevar a cabo dentro de él ninguna actividad de desarrollo que implicara menoscabo para el medio ambiente. Por lo tanto, en el caso de estudio esta empresa resulta responsable solidariamente con el autor material de las obras en virtud de la responsabilidad civil in vigilando e in eligendo. Ciertamente, quien contrata a una persona para que realice labores en su nombre debe tener la vigilancia debida para que las actuaciones de su trabajador no perjudiquen el derecho ajeno. Aunado a ello, la elección del encargado de la gestión de una empresa deber ser acertada pues la realización de actos por parte de aquel en detrimento de los derechos de terceras personas genera responsabilidad civil. Incluso en el caso de estudio debe indicarse que el artículo 101 de la Ley Orgánica del Ambiente establece también dicha responsabilidad civil solidaria por omisión". Sentencia número R-48-P-06 de las 16:30 horas del 01/03/2006 del Tribunal de Juicio de Puntarenas.

Hecho lícito. "En la objetiva la simple existencia del daño reputa la responsabilidad en el agente dañino de haber sido el causante de ese daño, y por tal quien deberá indemnizar los daños y perjuicios causados con su conducta. Esto no deriva de un acto arbitrario sino de pura lógica, pues quien, incluso en una conducta lícita, asume un riesgo donde exista peligrosidad, debe responder por todo cuanto daño pueda causar esa peligrosidad" "…La responsabilidad derivada de daños causados a la naturaleza, sea ésta proveniente de una actividad agraria o de cualquier otro tipo, universalmente siempre se ha considerado como una responsabilidad de carácter objetiva. Este principio general de derecho ha sido admitido ampliamente en las últimas reformas a la Constitución donde se introdujo el derecho a un ambiente sano y ecológico equilibrado, y el legislador lo ha asumido aún antes de esas reformas, reiterándolo ampliamente después, para encontrarse en todo el sector ambiental del ordenamiento jurídico. Desde los más remotos documentos jurídicos este criterio siempre ha imperado porque no puede obligarse a la víctima a probar el nexo de causalidad, como sí acontece para la responsabilidad subjetiva, si el agente dañoso ha asumido un riesgo, aún cuando sea bajo una dimensión de una actividad lícita**,** si dentro de sus posibles efectos se pueden incluir el causarle un mal a terceros". Voto número 398-2001 de las 4:00 horas del 06/06/2001, Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

Hecho lícito. Teoría del riesgo. "En el presente caso surge la responsabilidad objetiva, cuyo punto de partida no es la acción del sujeto sino más bien el desarrollo de actividades industriales, comerciales, agrícolas que aunque lícitas, son causas generadoras de riesgo y fuente potencial de daños" "…El fundamento de este tipo de responsabilidad es el reconocimiento social de que ciertas actividades, aún siendo lícitas (por lo que no es requisito el ser antijurídicas) y necesarias dentro del desarrollo social y tecnológico actual, que no puede ni debe ser obstruido, pero que, concomitantemente generan un riesgo -como entidades productoras de eventuales daños- el cual desde luego no debe ser asumido por la víctima o sus allegados, sino más bien por aquel que se beneficia de la actividad riesgosa o de la tenencia de una fuente productora de peligro. Esas empresas, generadoras de peligro para la comunidad y de beneficio para su dueño, constituyen un medio a través del cual se produce el daño a la víctima. De manera que como causante del perjuicio, se encuentran obligados a repararlo". Voto número 493-2004 de las 10:20 horas del 20 de mayo de 2004, Tribunal Superior de Casación Penal.

Hecho lícito. Administración Pública. "En cuanto respecta a la posición del Estado, que es lo que por lo pronto interesa, el derecho fundamental al ambiente comienza por imponer límites a su actuación, límites que, en concreto, han de considerarse y fijarse según los casos; porque lógicamente el Estado, obligado a garantizar, defender, y preservar ese derecho, no puede menos que omitir determinadas intervenciones suyas que incidan en el medio ambiente, aunque fuesen lícitas o estuviesen destinadas a perseguir finalidades legítimas (como es el caso por ejemplo, de la explotación de depósitos de petróleo y otras sustancias hidrocarburadas), si es que como resultado de ellas aquel derecho padece o puede padecer en la integridad que la Constitución reconoce". Voto número 3248-2002 de las 14:47 horas del 09/04/2002 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Causas eximentes de responsabilidad. "La normativa de quemas e incendios siguen el criterio de la responsabilidad objetiva. La culpa se presume en quien creó las condiciones del daño por haber asumido el riesgo de perjudicar a terceros con la quema o el incendio. Los daños y perjuicios ocasionados son a su cargo. El damnificado está exento de probar la culpa. La carga de la prueba sobre la ausencia de culpa corresponde a quien quemó e incendió. Es una presunción iuris tantum. Sería eximente de responsabilidad la fuerza mayor, la culpa de la víctima o el hecho de un tercero". Voto número 112-1995 de las 15:50 horas del 11/10/1995 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

Causas eximentes de responsabilidad. Situaciones de riesgo y peligrosidad. "Si una persona manipula pólvora, o cualquier tipo de material inflamable, sea en una fábrica, en una actividad comercial, o por su propia diversión, en caso de ocurrir un siniestro con efectos en cualquier vecino, no ha de ser el damnificado el llamado a probar el nexo de causalidad entre la conducta ejercida y el daño causado, más bien el ordenamiento jurídico parte de la culpabilidad de quien asumió el riesgo y la peligrosidad, y solo para eximirlo de la responsabilidad podría probar no ser el responsable directo del daño causado, así la carga de la prueba se invierte, y los eximentes, como por analogía podría aplicarse para el ámbito ambiental, serían los previstos en la Ley General de la Administración Pública donde también se prevé la responsabilidad objetiva del Estado, siendo ellos "fuerza mayor", "culpa de la víctima" o "hecho de un tercero" (artículo 190)". Voto número 398-2001 de las 4:00 horas del 06/06/2001, Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

Causas eximentes de responsabilidad. Materia de quemas. “La normativa de quemas e incendios siguen el criterio de la responsabilidad objetiva. La culpa se presume en quien creó las condiciones del daño por haber asumido el riesgo de perjudicar a terceros con la quema o el incendio. Los daños y perjuicios ocasionados son a su cargo. El damnificado está exento de probar la culpa. La carga de la prueba sobre la ausencia de culpa corresponde a quien quemó e incendió. Es una presunción iuris tantum. Sería eximente de responsabilidad la fuerza mayor, la culpa de la víctima o el hecho de un tercero”. Voto número 112-1995 de las 15:50 horas del 11/10/1995 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

Causas eximentes de responsabilidad. Administración Pública. “...para establecer así la responsabilidad directa del Estado sin necesidad de probar previamente que el daño se produjo por culpa del funcionario o de la Administración, exigiendo para la procedencia de la indemnización que el daño sufrido sea efectivo, evaluable e individualizable en relación con una persona o grupo – artículo 196 -. Estableció que la Administración sería responsable por todos los daños que causara su funcionamiento legítimo o ilegítimo, normal o anormal, salvo fuerza mayor, culpa de la víctima o hecho de un tercero –artículo 190 -, y la obligación de reparar todo daño causado a los derechos subjetivos ajenos por faltas de sus servidores cometidas durante el desempeño de los deberes del cargo o con ocasión del mismo, utilizando las oportunidades o medios que ofrece, aún cuando sea para fines o actividades extrañas a dicha misión – artículo 191”. Voto número 132-1991 de las 15:00 del 14/08/1991, Sala Primera Corte Suprema de Justicia.

Causas eximentes de responsabilidad. Culpa de la víctima. “Siendo que la accionante solicitó la indemnización de daños y perjuicios supeditando la misma a la eventual declaratoria de nulidad de los actos administrativos impugnados, y en vista de que éstos no han sido declarados como tales por esta autoridad, por no encontrar esta Cámara que los mismos padezcan de los vicios acusados en este proceso, lo procedente es rechazar este extremo de la demanda por ser accesorio de la pretensión principal anulatoria. De cualquier forma, la empresa actora ha reconocido en esta litis haber incumplido las medidas decretadas por la Administración en la resolución N°590-2001 de la Dirección de Geología y Minas, y en tal supuesto, no procedería conceder la pretensión resarcitoria intentada, en el tanto habría operado aquí una las causales de exclusión de la responsabilidad administrativa, cuál es la culpa de la víctima.” Sentencia número 53-2009 de las 15:20 horas del 30/06/2009, Tribunal Contencioso Administrativo, Sección IX.

Rol activo del juez en procesos ambientales. Principio Precautorio. “En íntima relación con esta variante procesal, la doctrina resalta el rol activo del Juez de frente a un asunto de carácter ambiental, y al respecto señala lo siguiente: “Pero fue la Ley N° 25.675 (LGA) la que consagró innovaciones inéditas en materia de potestades judiciales (ordenatorias e instructorias), otorgándole al enjuiciador un rol completamente activo e inquisidor como garante de la aplicación del principio precautorio en aquellos procesos en los que se busca la preservación del equilibrio natural (ver artículo 32 LGA), sin que ello implique quiebre alguno del principio de congruencia. (...) se concluye que no existen áreas inmunes a la fuerza normativa de la Constitución y

de las normas ambientales, particularmente la Ley General del Ambiente, que constituyen un orden público ambiental, que confieren amplias facultades, incluso de revisión de cuestiones hasta de índole técnica, que le permiten dar plena operatividad al principio precautorio en cada paso del iter procesal, en una tarea concreta y sin duda alguna macroscópica en pos del derecho a una efectiva tutela judicial efectiva.” (Martínez, p. 117). Este papel que la doctrina le asigna al Juez de frente a asuntos de carácter ambiental, no está disociado del modelo que la Constitución Política y el Código Procesal Contencioso Administrativo le otorgaron al Juez Contencioso Administrativo. La Ley de Biodiversidad, cuyas normas son aplicables a resto del ordenamiento en materia ambiental, dispone expresamente en su artículo 108 que “en materia de biodiversidad y mientras no exista jurisdicción ambiental, toda controversia será competencia exclusiva de la jurisdicción contencioso-administrativa”, excepto aquellos casos donde no medie un acto administrativo ni del dominio público”. Sentencia número 4399-2010 de las 10:40 horas del 14/12/2010, Tribunal Contencioso Administrativo Sección IV.

Medidas cautelares. Requisitos. Aplicación del principio precautorio. “Según se expone en la cita que hace el Tribunal, con ocasión del preámbulo sobre el principio precautorio, del precedente trascrito de la Sala Constitucional (voto no. 17747-2006 de las 14 horas 37 minutos del 11 de setiembre de 2006), “…al disponerse las medidas de restricción o intervención se debe respetar el principio de proporcionalidad, de modo que sean proporcionadas al nivel de protección y a la magnitud del daño potencial o eventual…”. En este sentido, procede el análisis de las censuras que tocan con ambos principios y el de razonabilidad. En la sentencia impugnada, se hace alusión a otros antecedentes de la Sala Constitucional (votos nos. 1250-99, 9773-00, 1711-01, 3880,03, 6322-03, 1923-2004), para justificar que, en el caso concreto, la medida cautelar tomada por la Administración, no está afecta de nulidad absoluta. Ello, por cuanto con el principio precautorio y en in dubio pro natura, el Estado puede adoptar acciones anticipadas, necesarias para proteger y conservar el ambiente y la salud de las personas, cuando exista riesgo de afectación para aquellos”. Voto número 90-F—S1-2011 de las 8:50 horas del 03/02/2011, Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

Medidas Cautelares. Razonabilidad y Proporcionalidad. **Prevalencia del interés público ambiental**. “El acto que se impugna participa de las características apuntadas en considerandos anteriores, es decir, se trata de una medida cautelar orientada a proteger un bien jurídico de rango constitucional e internacional, cuál es el medio ambiente, debiendo tenerse claro que los parámetros establecidos en el ordenamiento jurídico para la toma de estas medidas son especiales, rescatándose lo dicho antes, en el sentido de que , la toma de acciones por parte del Estado deben estar dirigidas siempre en favor del ambiente, aún y cuando existiere duda de si el disfrute del derecho del particular, que resultaría limitado con la medida, fuere la causa directa de la posible afectación del elemento que se ve comprometido”. Sentencia número 53-2009 de las 15:20 horas del 30/06/2009, Tribunal Contencioso Administrativo, Sección IX.

Medidas cautelares. Razonabilidad y Proporcionalidad. Aplicación Principio Precautorio. **Jurisdicción Agraria**. “De la anterior norma se extraen varios aspectos importantes. Primero, consagra como deber de los Estados, y por ende, de los Administradores de Justicia, la aplicación de medidas cautelares para la no degradación del ambiente. Segundo, es que permite que la aplicación y determinación de estas medidas eficaces pueden ser de oficio. Tercero, y más importante, a raíz del principio indubio pro natura , el presupuesto de periculum in mora está expresamente regulado al hablar de un daño grave e irreversible y se redimensiona dicho presupuesto de aplicación sobreponiéndolo a falta de criterios científicos que puedan determinar el fumus bonis iuris o verosimilitud del buen derecho. Bajo esta inteligencia, aún en caso de duda de que se esté produciendo daño ambiental, deben dictarse las medidas más adecuadas para evitarlo” “…En virtud del principio precautorio, en caso de duda o de certeza científica sobre si se está cometiendo daño ambiental, es deber del juzgador agrario aplicar las medidas cautelares típicas o atípicas necesarias para evitar un menoscabo a los recursos naturales. Es la esencia de las medidas cautelares agroambientales”. Voto número 106-2008 de las 3:30 horas del 13/02/2008, Tribunal Agrario.

Medidas cautelares. Vía Administrativa. “En punto a este, es lo cierto que, aún tratándose de un impacto negativo esperado y no de un daño ambiental consumado, las autoridades administrativas deben observar la debida diligencia para ejercer las acciones protectoras del recurso hídrico, frente a situaciones de peligro, riesgo presente, inminente o potencial, o duda de eventuales situaciones que lo afecten. Así ocurrió en el sub-júdice, sin que tuviese que mediar advertencia expresa a la concesionaria, de que era menester respetar áreas de protección, según lo dispuesto en el precepto 33 de la Ley Forestal. Ello es así, no solo, como lo expone el Tribunal, porque no cabe excepcionarse de los alcances y aplicación de las normas jurídicas, argumentándose su desconocimiento, sino también, porque el giro normal de la empresa concesionaria, precisamente, la lleva al deber de observar la correcta diligencia de mantenerse informada de las disposiciones protectoras del ambiente, en especial, del recurso hídrico, lo mismo que de acatar en forma estricta sus requerimientos. Al Estado, por su parte, se le asigna el deber de resguardo y conservación del ambiente sano y equilibrado, contando con la facultad para decretar medidas preventivas como la dispuesta, máxime mediando razones suficientes que autorizan y justifican aplicar el principio precautorio, lo mismo que criterios de proporción y razón, como de seguido se analizará”. Voto número 90-FS1-2011 de las 8:50 horas del 03/02/2011, Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

Medidas Cautelares. Tribunal Ambiental Administrativo. **Imposibilidad de revisión en vía constitucional**. “En el caso de examen, como en el fondo lo que pretende el recurrente, es establecer una impugnación en contra del acto administrativo mediante el cual el Tribunal Ambiental Administrativo le impuso una medida cautelar a la amparada, en razón del supuesto uso de un pozo, el cual según señala el petente, no tiene ninguna relación con la propiedad que alquila; resulta improcedente que esta Sala se pronuncie al respecto, pues con el hecho acusado no se lesionan, en forma directa, sus derechos fundamentales y por ende, no es en esta vía donde corresponde

dilucidar dicha disconformidad sino en la instancia respectiva, sea ante la propia autoridad recurrida, o bien en la jurisdicción ordinaria correspondiente. Cabe agregar, que la pretensión excede la naturaleza sumaria del recurso de amparo, proceso en el cual no es material ni razonablemente posible entrar a un complicado sistema probatorio o a un análisis de los hechos”. Voto número 14076-2004 de las 9:28 horas del 10/12/2004, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Manejo de prueba. Cadena de custodia. **Distinción entre responsabilidad penal y civil.** “Así las cosas, el argumento central del recurrente en cuanto a que se violó la cadena de custodia en relación con la recolección de muestras no resulta atendible. Tales principios son válidos para establecer la responsabilidad penal, no así para la responsabilidad civil donde aplican otros criterios”. Voto número 493-2004 de las 10:20 horas del 20/05/2004, Tribunal Superior de Casación Penal.

III. REPARACIÓN DEL DAÑO AMBIENTAL

Soluciones a adoptar. “En principio, habrán tres tipos 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. 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. Cuando un daño ambiental se ha producido, independientemente de la causa -voluntaria o accidental-, el principio de reparación, conocido como “in natura”, exige que no quede a elección la forma de realizarla” “… En el esquema de la tutela ambiental, no se desconoce que en virtud de su propia naturaleza, los daños llevan aparejada la obligación legal de reparar el causado -el que contamina paga y repara-. Esta obligación incluye los tres aspectos mencionados en líneas atrás: 1) La reparación “in natura” o reposición del ambiente dañado a su estado natural o situación anterior a la intervención. Es la forma ideal, pero muchas veces no es posible por el tipo de perjuicios que suelen producirse. 2) La indemnización por daños y perjuicios, como forma subsidiaria de hacer efectiva la reparación. 3) La posibilidad de cesación de la actividad o agente causante del menoscabo, aspecto relevante en los supuestos de contaminación continuada”. Voto número 675-2007 de las 10:00 horas del 21/09/2007, Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

Tipos de reparación: in natura y equivalente. “Independientemente de la naturaleza jurídica del sujeto beneficiario de la indemnización, ya sea público o privado, deberá destinarse a la reparación, reposición o restauración de los recursos naturales o ecosistemas deteriorados. En consecuencia, siempre debe buscarse, en primer orden, la posibilidad de regenerar el daño ambiental,

y así, como se ha dicho, favorecer la reparación “in natura”. Puede ser que ello se logre con obligaciones de hacer o con dinero, restituyendo el elemento dañado. De no lograrse, en segundo término, se debe velar por tomar medidas que estén en beneficio del ambiente como un todo. Esta posición se sustenta en el hecho de que el ecosistema es interactuado y, por tanto, aunque no se recupere de la primera forma, se restaura el sistema que se verá beneficiado en su conjunto. En efecto, si no es técnicamente posible, o sólo lo es en parte, la evaluación de los detrimentos causados a los recursos naturales tiene que basarse en el costo de soluciones alternativas que tengan como meta la reposición de recursos naturales equivalentes a los que se han destruido, con el objeto de recuperar el grado de conservación de la naturaleza y la biodiversidad. Este punto es importante porque se permite que el resarcimiento recaiga sobre otro componente del ambiente distinto del dañado, sin que se viole regla alguna con este proceder, porque en realidad se busca una equivalencia con lo destruido para rescatar la naturaleza”. Voto número 675-2007 de las 10:00 horas del 21/09/2007, Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

Prevalencia de la reparación in natura. “Volver las cosas al estado anterior en aquellos supuestos en que sea total o parcialmente factible, esto es, recomponer el “hábitat” o el equilibrio de los valores ecológicos (p. ej., poblar de nuevo un río en caso de depredación), es la solución prevalente de la ciencia jurídica. La equivalencia dineraria no tiene sentido alguno frente a este tipo de daño, porque no podrá por sí, acrecentar el bien lesionado. Ese pago, nunca podrá cambiar uno por otro, sino que obligatoriamente se tiene que invertir en la reparación del ecosistema”. “…No es entonces difícil concluir que la reparación del daño ambiental puro debe ser, en lo posible, “ in natura ”. “…Cuando un daño ambiental se ha producido, independientemente de la causa -voluntaria o accidental-, el principio de reparación, conocido como “in natura”, exige que no quede a elección la forma de realizarla”. Voto número 675-2007 de las 10:00 horas del 21/09/2007, Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

Prevalencia de la reparación in natura. Principio de irreductibilidad de los bosques. “Pensar que el deber de protección del suelo forestal ¾y de otros elementos del bosque¾ termina por cualquiera de los hechos indicados, se traduciría en la promoción de actividades ilícitas lesivas del medio ambiente, para sustituir la ecología por explotaciones agrícolas o de otra naturaleza, con lo que no habría protección verdadera; es decir, el espacio ocupado por los bosques es irreductible por esas vías (principio de irreductibilidad del bosque). De este modo, cualquiera que lesione el bosque con tala o incendios con el propósito de cambiar el destino del terreno, o cualquiera que pretenda obtener provecho de desastres naturales que dañen el suelo forestal, debe comprender que no hay forma posible de cambiar el destino del suelo, y que el Estado hará cuanto sea para recuperar el bosque”. Voto número 366-2003 de las 11:54 horas del 05/05/2003, Tribunal Superior de Casación Penal.

Naturaleza jurídica de las indemnizaciones por daño ambiental colectivo o puro. “No existe suficiente regulación sobre este tipo de responsabilidad, en tanto la legislación vigente no toma en cuenta sus características específicas y los problemas para reclamar su reparación. Sin embargo, visto que el control

ambiental importa a toda la comunidad, lo lógico es que se destinen a recomponerlo. De tal forma que, en atención a las particulares características del daño ambiental puro, la indemnización fijada debe ser pública y así los fondos provenientes de su pago, en las diferentes instancias, permitiría dedicar ese dinero a la reparación “in situ” de los recursos afectados o al financiamiento de otros proyectos ambientales suplementarios en esas zonas. Por tal motivo, estima esta Sala que, el monto por la indemnización del daño ambiental puro o a la colectividad se constituye en un fondo público, que pertenece a todos (numerales 8 y 9 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República). Ello significa que, si bien la acción por daño al colectivo puede ser ejercida por cualquier persona, quien puede percibir las sumas por ese concepto es, en principio, la “sociedad en general”, o en su caso algún “grupo indeterminado de personas”, en cuanto damnificados directos”. Voto número 675-2007 de las 10:00 horas del 21/09/2007, Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

Titular de la indemnización. “Ello significa que, si bien la acción por daño al colectivo puede ser ejercida por cualquier persona, quien puede percibir las sumas por ese concepto es, en principio, la “sociedad en general”, o en su caso algún “grupo indeterminado de personas”, en cuanto damnificados directos. “…Se debe entender que la obligación jurídica que surge es de reparar al ambiente, y por ello, el particular no puede incorporar en su pretensión que le sean girados esos montos”. Voto número 675-2007 de las 10:00 horas del 21/09/2007, Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

Titular de la indemnización. “… si bien el actor (…), se encuentra legitimado para accionar, no o está para la administración de la suma que se fijen para la atención y reparación, dicha suma deberá ser depositada en la caja única del Estado, en una cuenta cliente creada específicamente para tal fin, misma que deberá ser identificada con el objeto y destino para lo que fue creada y el titular de la cuenta será el Ministerio de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones, el que deberá destinar la suma fijada exclusivamente para ejecutar las obras de reparación y restauración de la zona afectada”. Sentencia número 4399-2010 de las 10:40 horas del 14/12/2010, Tribunal Contencioso Administrativo Sección IV.

Control y fiscalización. “Impera el principio de que quien tiene la facultad para dictar la resolución, también la tiene para hacerla efectiva, siempre en resguardo de los principios de economía, celeridad y eficacia. El control y fiscalización de lo estatuido en una sentencia judicial, se convierte entonces, en uno de los presupuestos necesarios para que un Estado de Derecho se garantice sus pilares fundamentales, entre ellos, la justicia pronta y cumplida, que a su vez contempla el deber de ejecutar plenamente lo decidido por el juzgador”. “… Sería inaceptable que una sentencia quede en letra muerta y nunca sea llevada a la realidad, aniquilando sus efectos. Por eso, el juez cumple una función de garante, y se encuentra obligado a velar por la plena y efectiva ejecución, tanto de forma ágil como real”. Voto número 675-2007 de las 10:00 horas del 21/09/2007, Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

Control y fiscalización. Destino de la indemnización. “Este dinero, constituido como fondo público, tal y como ya se indicó, deberá depositarse a favor del Estado, correspondiéndole al juzgador

determinar cuál órgano o ente público debe administrarlo. La tutela ambiental justifica soluciones expeditivas, porque se está ante un patrimonio de todos y el deterioro ambiental progresa de modo casi exponencial. Las soluciones tradicionales son inapropiadas para detenerlo, por lo que el juez debe actuar sus poderes para suplir la laguna jurídica, que aparece a partir de la legislación que dispone, que el Estado ejerce su soberanía sobre el ambiente y los recursos naturales del país (artículo 6 de la Constitución Política), pero sobre la indemnización de este tipo de daños, no se prevé la forma, el destino, su control y quién debe hacerse cargo de la reparación ambiental. A partir de lo anterior, el pago por la indemnización debe ser cancelado por los sujetos declarados responsables, que será destinado a la recomposición y reparación de los daños a los bienes ambientales de la sociedad. "…Corresponde a esta Sala determinar a cuál órgano o ente público se deben dirigir, con el fin de destinarlos a proyectos de restauración y reparación del río Siquiares. Al respecto, estima este órgano colegiado que, por la especialidad de la materia, los recursos técnicos y profesionales con que cuenta el Ministerio de Ambiente y Energía, para el caso en concreto, según sus particularidades y características propias, resulta el idóneo para llevar a cabo esa tarea. Del mismo modo, manteniendo como premisa la ejecución efectiva del fallo constitucional, es de rigor crear un mecanismo de naturaleza presupuestario que beneficie y potencie al máximo los principios de eficiencia, eficacia, celeridad y economía, por lo que, la suma dispuesta por el Tribunal Contencioso Administrativo que condenó solidariamente a la Cooperativa y al Estado, se deberá depositar en la Caja Única de este último (numerales 66 de la Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos, 83 y 84 de su Reglamento), en una cuenta cliente creada específicamente para tal fin, cuyo titular será el Ministerio de Ambiente y Energía, quien deberá destinarlo para ejecutar obras de reparación y restauración, en forma exclusiva, a proyectos sobre el río Siquiares. Al haberse concluido que ese pago es fondo público, en aras de garantizar un manejo responsable de las finanzas públicas, es pertinente la utilización de esta herramienta financiera, la que ayudará a alcanzar los objetivos y metas ambientales en una forma efectiva, y para esto se requiere el apoyo del órgano rector del Sistema de Administración Financiera. De este modo, se insiste, para agilizar el recibo y administración de la condena, deberá depositarse en esa cuenta separada, con la identificación del origen y del destino al cual esta afecto. Por tal razón, en lo concerniente al Estado, deberá el Ministerio de Hacienda, a quien se comunicará esta resolución, tomar las previsiones financieras en el título presupuestario correspondiente". Voto número 675-2007 de las 10:00 horas del 21/09/2007, Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

Control y fiscalización. Destino de la indemnización. "Respecto a los codemandados: Estado y SINAC, deberá el Ministerio de Hacienda realizar la previsión presupuestaria de las sumas que se lleguen a establecer en ejecución de sentencia, a fin de garantizar la disposición presupuestaria para hacer efectiva la citada reparación. Además, deberá la empresa (…S.A). colaborar y permitir todas las actividades tendientes a la reparación aquí ordenada. Se ordena comunicar la presente sentencia al Ministerio de Hacienda, al Área de Servicios Públicos Generales y

ambientales de la Contraloría General de la República, al Área de Derecho agrario-ambiental de la Procuraduría General de la República y a la Defensoría de los Habitantes, para que realicen la fiscalización, control y seguimiento del proceso de reparación del daño, de acuerdo a sus competencias". Sentencia número 4399-2010 de las 10:40 horas del 14/12/2010, Tribunal Contencioso Administrativo Sección IV.

Control y fiscalización. Materia penal ambiental. "Esto es, en el caso de autos deben desaparecer la actividad agrícola del lugar donde corresponde regenerar el bosque, ya sea que lo haga el condenado en cumplimiento de la cláusula por la que se le otorga ¾casi como incentivo¾ el beneficio de ejecución condicional de la pena, ya sea por la acción del Estado; los funcionarios responsables de la ejecución verán por la eficacia del fallo de mérito". Voto número 366-2003 de las 11:54 horas del 05/05/2003, Tribunal Superior de Casación Penal.

Control y fiscalización. Vigilancia del cumplimiento plan reparador en materia penal ambiental. "Los reclamos no pueden prosperar: no es al juzgador a quien le corresponde la tarea de vigilar el cumplimiento del plan reparador acordado por las partes al admitir la suspensión del proceso a prueba, sino que ello es tarea exclusiva de una oficina especializada adscrita a la Dirección General de Adaptación Social, a la cual incluso le corresponde remitir informes constantes al juzgador. Si bien existe obligación del Estado de velar por la protección del medio ambiente, lo mismo que asegurar su restauración, recuperación y rehabilitación cuando se ha suscitado un daño ambiental, tal labor no le compete al juzgador en este caso, sino que para ello existen otras instancias estatales a las que se les ha encomendado esta función". Voto número 425-2011 de las 9:50 horas del 30/09/2011, Tribunal de Casación Penal del Tercer Circuito Judicial de Alajuela.

Control y fiscalización. Lineamientos de la Contraloría General de la República."Para reparaciones por daños al ambiente deben ingresar a la caja única del Estado en cuentas separadas por tener un destino o finalidad determinada en sentencia administrativa o judicial. Ello se complementa con la obligación de presupuestar dichos ingresos en los períodos correspondientes para asignarlos -previa planificación de las instituciones responsables-, a los programas o proyectos relacionados con materia ambiental en cumplimiento de las disposiciones del tribunal de que se trate". "…De igual forma, en el caso de las instituciones autónomas, semi-autónomas, empresas públicas, municipalidades, en caso de ser designadas por los tribunales correspondientes como responsables de dar cumplimiento al destino de dichos fondos, pueden recibir los depósitos de los recursos que se originen por indemnizaciones por daños ambientales en sus respectivas cuentas bancarias. Al gozar de amplias facultades para disponer de los ingresos aprobados en sus presupuestos, se deben cumplir con las disposiciones del proceso presupuestario establecidas en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y la Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos". "…De esta manera, la responsabilidad sobre el destino de dichos fondos recae en las entidades u órganos que son designados por el tribunal administrativo o judicial, en cuyas resoluciones deben definirse claramente los parámetros a seguir para la efectiva reparación de los bienes ambientales afectados". DAGJ-1249-2008,

12/08/2008, Contraloría General de la República.

Importancia de establecer en resoluciones finales y sentencias condenatorias la finalidad de las indemnizaciones y entidad responsable de otorgarle destino indicado. “Sobre el particular, es de particular importancia que los tribunales administrativos y judiciales tengan claro su papel en la determinación del daño social ambiental de modo que al imponer sanciones de tipo indemnizatorio se indique la finalidad ambiental que debe atenderse, así como el órgano o entidad pública responsable de darle el destino señalado.” “…En caso de que se dirijan los dineros al Ministerio de Ambiente y Energía, éste en su condición de ente rector del sector ambiente debe velar porque los dineros que ingresen a sus programas, cuya fuente sea el pago de indemnizaciones, se destinen a la reparación o al resarcimiento del ambiente, específicamente del daño causado que dio origen a la indemnización”. “…En resguardo de los bienes y fondos de la Hacienda Pública, debe indicarse que las indemnizaciones fijadas tanto por las autoridades administrativas como judiciales deben garantizar que el monto establecido cumpla con la finalidad resarcitoria. Por lo tanto, es preciso que en las resoluciones administrativas condenatorias de personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, se defina el destino a dichos recursos”. DAGJ-1249-2008, 12 de agosto de 2008, Contraloría General de la República

Imposibilidad de manejo de fondos provenientes de indemnizaciones por daño ambiental por parte del Tribunal Ambiental Administrativo. “Debe recordarse que la disposición de fondos públicos exige la titularidad de potestades suficientes en el ámbito presupuestario; en el caso de los órganos desconcentrados sin personería jurídica no podrían recibir dineros directamente dado que no pueden tener un presupuesto independiente del presupuesto de la República, de allí que tampoco podrían ejecutar directamente los recursos”. DAGJ-1249-2008, 12/08/2008, Contraloría General de la República.

ENTORNO EMPRESARIAL COMO NÚCLEO PROBLEMÁTICO ESPECÍFICO EN EL DERECHO PENAL. REFLEXIÓN CRÍTICA A LA COYUNTURA ACTUAL

Licda. Soledad Cortés Sandí

¨Los fundamentos del ordenamiento jurídico deben, sin embargo, cuadrar bien si es que deben construir una realidad social estable”

Günther Jakobs
“Punibilidad de las personas jurídicas”

1. ASPECTOS GENERALES DEL ANÁLISIS CRIMINOLÓGICO

Dentro de la dogmática penal, se ha tratado de segmentar como rama del derecho penal, una nueva disciplina denominada derecho penal económico. Acuñando la importancia del quehacer económico en un mundo globalizado, donde concurren grandes empresas. El dinamismo del mercado es cada vez más complejo y movido. Sin duda, las leyes del mercado han cambiado, transformando el mundo donde se desarrollan.

Un fuerte discurso doctrinario impulsa la autonomía de este “*derecho penal económico*”. El alemán, Klaus Tiedemann, uno de los máximos exponentes de este discurso, ha elaborado un interesante tratado donde trata de afirmar total validez y significancia a tal independencia. Arrogando su creación a Rinck en una obra publicada en Alemania en 1971, llamada “*Begriff und Prinzipien des Wirtschaftsrechts*” (Cfr. con Tiedemann, 2010, pág. 58). Rinck, establece que hay una diferencia de su objeto, la particularidad de su método y una finalidad propia de investigación.

En la actualidad, el derecho penal se enfrenta a nuevos retos. El dinamismo y complejidad de los mercados de bienes y servicios, ha creado nuevos núcleos delictivos, y las ciencias criminales, deben enfrentarse y responder a tales cambios.

Lo cierto es que la legislación existente no ha bastado para solucionar las contrariedades de la realidad sobrevenida. Sin embargo, tampoco debe darse una solución apresurada, que atente contra principios y garantías edificadores del Estado de Derecho.

Bien lo afirma (Feijoo Sánchez., Cuestiones actuales del derecho penal económico, 2009. Pp. 2) la empresa como organización representa un problema central para la moderna teoría del delito. Es menester identificar estos núcleos problematicos,

verificar si con la dogmática y legislaciones vigentes, son suficientes para solventar este tipo de delitos.

Desde que en 1940, el sociólogo estadounidense Edwin H. Sutherland, en su artículo denominado "*White- Collar Criminality",* publicado en la revista American Sociological Review, presentó un primer esbozo sobre la criminalidad económica, describiendo algunas características de los delincuentes de cuello blanco, se generó un cambio radical en la forma de visión de la criminología.

En esta exposición Sutherland, demuestra cómo hasta la fecha, sólo se habían penado delitos como robos o asaltos que eran cometidos, únicamente, por los estratos sociales bajos. Estos presentaban características diferentes, en virtud de que los delincuentes provenían de barrios difíciles, condiciones de pobreza extrema, etc.

Señala, también, como los llamados delincuentes de cuello blanco, quienes visten de una determinada forma, llevan una vida muy "*sofisticada y ejecutiva*", han tenido la oportunidad de tomar estudios en una universidad, de hecho tienen una profesión, y provienen de familias económicamente estables, es justo esta clase de delincuencia que más dinero obtiene, además, que provoca daños a un mayor número de personas.

A pesar, de que es la criminalidad que tiene mayor incidencia en la economía de un país por completo, es la que menos se ataca[1]. Comenta Sutherland que los delincuentes de cuello blanco están separados administrativamente de otros delincuentes, y en gran medida como consecuencia de ésta no se consideran como verdaderos delincuentes por sí mismos, el público en general, o los criminólogos no los ven como delincuentes, como sucedería con los "asociales" de los estratos sociales más bajos.

Estas teorías pioneras de la delincuencia económica, demostraron para la época, que al lado de los delitos conocidos y tradicionales, existía otro grupo de delincuencia, que acarrea daños millonarios en la economía de los Estados, y que era necesario combatirlos.

Según la exposición de Sutherland, existen elementos importantes para encontrar un tipo de delincuencia que se encontraba hasta esa fecha (1940), y pone de relieve que hay un tipo de crimen, donde los autores son privilegiados en contraposición de los crímines cometidos por delincuentes de estratos sociales más bajos.

Esta clase de delincuente de cuello blanco que se identifica con los delitos económicos, presentan algunas características que se pueden denominar privilegiadas, son quienes en su ejercicio profesional, y su posición dentro de la estructura de una empresa tienen contacto con fuentes económicas, y por tanto, más capacidad de control y dominio. Esto teniendo la precaución de no incurrir en estigmatizaciones inadecuadas.

Sin embargo, el mayor problema para el derecho penal, se ha dado en la forma en

1 Una razon adicional para creer que se posee un derecho punitivo muy selectivo.

como se están manipulando sus principios y presupuestos, con tal de hacer de que alcancen la realidad económica y empresarial.

2. *CONFRONTACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA DOCTRINA DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO*

En el estado actual de la teoría del derecho penal económico, ni siquiera existe consenso, en la delimitación del entorno del derecho penal económico, tampoco en la fundamentación de las características especiales que justifiquen su separación de la rama principal.

Diversos tipos penales, tocantes a temas tributarios, ambientales, del derecho al consumidor, a la libre competencia, productos alimenticios y agrícolas, aduaneros, informáticos, etc. se han tratado de cobijar dentro de esta doctrina, volviendo difícil la determinación de los bienes jurídicos que se pretenden resguardar.

El principio de legalidad exige que el supuesto de hecho de cualquier delito, se determine con precisión y deba estar específicamente tipificado por una ley penal previa.

El principio de legalidad le solicita al legislador del derecho penal la existencia de una descripción diáfana sobre las conductas que se quieran penar.

Evidentemente, existe una imposibilidad material de realizar una descripción exhaustiva sobre todas las conductas que puedan suceder en un determinado delito. Esta imposibilidad surge por motivo de que resultan innumerables los casos que se suscitan, y es insostenible describir todas las posibles contingencias en la norma penal. A lo sumo se aspira a la existencia, de una precisa descripción de la conducta ilícita, con contenidos generales que permitan entender *grosso modo* el comportamiento que se pretende penar.

Por ejemplo, si el tipo penal, se limita a decir, se impondrá una pena privativa de libertad, a quien administre de manera fraudulenta una empresa o a quien la represente, sería totalmente inconstitucional, por la indefinición en la punibilidad, así como la restringida descripción sobre la conducta penada.

Es menester recordar que detrás del principio de legalidad está impregnada la necesaria garantía constitucional-penal de *"nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*", y este emblema debe resguardarse y protegerse por el impacto que tiene en las libertades de los ciudadanos.

El principio de legalidad se conforma como un filtro, ante el poder punitivo, es un límite a la persecución penal. Se podría decir que es un colaborador para que el ciudadano no quede desprotegido ante un poder ilimitado. Describiendo la conducta previamente, da seguridad al sistema. Así, (Roxin C., Derecho Penal Parte General, 1997, pág. 138) menciona, sobre este principio, que ayuda a evitar la punición arbitraria y no culpable sin ley.

Del principio de legalidad derivan presupuestos pilares del derecho penal en un Estado democrático y de derecho, tales como la prohibición de analogía, la prohibición de retroactividad, y la negativa a la creación de

leyes penales indeterminadas e imprecisas, sin un contorno estricto que impida a los ciudadanos saber cuál conducta puede ser ilícita, además de que impide que se active la persecución ante cualquier hecho.

No es suficiente con la determinación de la conducta, aunado debe existir una pena legalmente determinada antes del hecho. El juez solo debe encargarse de valorar la conducta antijurídica y determinar la pena en el marco que la misma lege certa le específica ("*nullum crimen, nulla poena sine lege certa"*). Explica (Roxin C. , Derecho Penal Parte General, 1997, pág. 140) "*hay que fijar qué conducta infringe el bien común de modo intolerable".*

Particular atención debe tenerse con este principio en los delitos económicos, pues presentan una tendencia real a la remisión de sus normas a otros preceptos extrapenales, requiriendo una comprobación (o conceptualización previa) de infracciones en normas mercantiles, bancarias, laborales, tributarias, ambientales, administrativas. Si hay dos características, que definan a los tipos de los delitos económicos, es gran cantidad de elementos normativos que poseen, y la segunda su abuso de leyes penales en blanco.

Las denominadas "leyes penales en blanco", remiten a disposiciones extrapenales; dichas remisiones son las que integran y precisan el supuesto de hecho de la ley penal. Es frecuente y casi inevitable en materia penal económica, cuya naturaleza, se caracteriza por la mayor movilidad, especialización y complejidad, en comparación con el Derecho Penal nuclear (Lascano, Los principios constitucionales del derecho penal económico. Globalización y armonización del derecho penal económico., 2008), sin embargo, las transgresiones que se pueden provocar de tal abuso puede tener impactos prejuiciosos en la aplicación del derecho, tales como el tratamiento del error.

Las normas "*remitidas*", además, de poseer un carácter extrapenal, muchas tienen una fuerte cantidad de elementos normativos. De forma tal, que llenan o completan el vacío dejado por el legislador, haciendo que el tipo contenido en el Código Penal quede incompleto. (Lascano, Los principios constitucionales del derecho penal económico. Globalización y armonización del derecho penal económico, 2008) expresa que en el caso de los elementos normativos (para interpretarlos) se tiene que hacer una valoración para lo cual resulta inevitable, muchas veces, recurrir a los conocimientos de otras áreas del Derecho y sus respectivas normas, y no se puede solicitar que el sujeto activo tenga tales características.

Lo cierto es que existe un vacío en el tipo penal en las leyes en blanco, y se busca el elemento faltante fuera del tipo. Justamente, la remisión sirve para llenarlo, afirmar (Abanto Vásquez, 2008) muchas veces se trata de un vacío esencial de la norma, que no permite conocer los elementos básicos de la conducta típica.

Con esto el legislador se despreocupa, y las regulaciones penales de alguna manera se van rellenando con la actividad reglamentaria que le corresponde al poder ejecutivo. Aunque, ya algunos autores han advertido sobre la probable inconstitucionalidad y choque de intereses, que resulta de atribuir a otro poder, que no sea el legislativo, la posibilidad de dictar normas de carácter punitivo.

Aunado a lo anterior, algunas leyes penales en blanco pueden presentar vicios de inconstitucionalidad, si no son tratadas con la especial precaución que merecen. Por ello, es menester que la ley defina de manera adecuada la conducta, así como una clara delimitación de los presupuestos de punibilidad, en aras de proteger la necesaria taxatividad que informa al derecho penal, y los presupuestos del principio de legalidad que tan caro le ha costado a la ciencia criminal.

Los cuestionamientos teóricos sobre las leyes penales en blanco no pretenden satanizar su creación; sin embargo, no se debe olvidar que la ley remitida, debe asumir los elementos que cualquier ley criminal contiene, abordando elementos mínimos de punición, como el verbo núcleo, los elementos accesorios y clarificadores de la tipificación, extremos de la pena y calidad (Chirino Sánchez, 2013), que permitan al ciudadano conocer realmente cuál es la conducta prohibida.

Sí se debe recalcar, que el abuso a las remisiones de ley, crea una indefinición, volviendo concurrentes las lagunas legales, dejando al aplicador del derecho, la difícil tarea de definir la punibilidad y la conducta típica.

Hay autores que advierten la total contrariedad de las leyes penales en blanco, así Mezger (en Strafrecht, ein Lehrbuch (1949) citado por Bacigalupo, en La problemática constitucional de las leyes penales en blanco y su repercusión en el Derecho penal económico, 2000) quien manifiesta:

> "*jurídico-penalmente la forma especial de la legislación mediante leyes penales en blanco carace de significación (…) la complementación necesaria es siempre parte esencial del tipo. El tipo complementado, sin embargo, cumple precisamente la misma función que cualquier otro tipo".*

Evitar caer en puniciones arbitrarias e indeterminaciones de las conductas típicas, debe ser el camino por mirar cuando se crean leyes penales en blanco para los delitos económicos. El enfoque debe dirigirse a cumplir cabalmente con los requerimientos de la *lege certa*, en la necesaria precisión de la descripción de cada conducta dentro de las normas que se crean, donde los ciudadanos reconozcan, cuáles conductas son punibles dentro del Código Criminal, evitando provocar desconocimientos, por parte de la ciudadanía, de la antijuridicidad material y formal de la conducta ilícita, y respetando los principios de "*nullum crimen, nulla poena sine lege certa", "nullum crimen, nulla poena sine lege stricta", "nullum crimen, nulla poena sine lege praevia",* todos que informan el principio de legalidad.

La significancia real del tema radica en poner en la balanza del equilibrio los presupuestos que participan dentro de esta problemática. Por un lado, no es recomendable dejar desprotegidos bienes jurídicos que sostienen la economía de un país, la transparencia en las operaciones bursátiles, la protección de los consumidores, o el medio ambiente (como lo hacen los tipos del llamado derecho penal económico). Empero, por otro lado, no se debe caer en indeterminaciones que busquen comprender todas las conductas punitivas posibles, arriesgando principios pilares en la edificación del derecho penal "nuclear".

Para los teóricos y aplicadores del derecho penal, la revisión sobre la legalidad de

cada ley penal en blanco, será un asunto casuístico necesario. Así, se abordará el tema desde la constitucionalidad de la norma, en la aplicación misma de cada tipo, se irá examinando artículo por artículo de cada Código Penal, para conocer si estas remisiones no rozan con los presupuestos y principios que informan al derecho penal, o bien, crean lagunas interpretativas que causen error a las personas.

3. SOBRE LOS BIENES JURÍDICOS PENALMENTE TUTELADOS EN LOS DELITOS ECONÓMICOS

La complejidad de la organización social requiere de la protección de una serie de instituciones que son decisivas para la realización del individuo (Arroyo Zapatero, Derecho penal económico y constitución). No todos los bienes jurídicos que una sociedad tiene pueden ser protegidos mediante el derecho penal, por eso la tutela penal sólo se resguarda para algunos de estos bienes, de acuerdo con su significancia para la convivencia humana, o bien, en el marco que la Constitución Política o Carta Magna que cada país otorga. Independientemente de la tesis sobre bienes jurídicos, que se siga, se afirma, de manera unánime, que los bienes jurídicos, tienen la función de permitir una convivencia pacífica de la humanidad, y de ahí la transcendencia por resguardarlos.

La delimitación de los entes tutelados en el marco del llamado derecho penal económico, ha sido un tema poco claro, con indicios de querer prescindir por completo de alguna protección, (al menos) remota de bienes jurídicos. La pretenciosa protección penal tocante a bienes jurídicos supraindividuales, colectivos, que albergan intereses, tanto del Estado como de todos los sectores sociales, e individuos, provocan que el margen de (in) definición sea tan extenso, que ni siquiera sus seguidores logran determinar qué se puede incluir bajo estas frases, quiénes son las víctimas y qué lesiona el justiciable o imputado.

No se puede olvidar que el referido bien jurídico, constituye legitimación para el derecho penal, al menos, una parte de doctrina lo ha considerado de ésta manera. De ahí la relevancia de estudiar con detenimiento los efectos de la omisión de protección de bienes jurídicos en las normas penales. Dicha tesis toma como punto de referencia primario, la lesión a un bien jurídico, o al menos conductas próximas a una lesión, de modo tal que se evitan la creación desmesurada de delitos carentes de una verdadera lesión, también, se estaría obligando al legislador a realizar una verdadera fundamentación de cara a la introducción de nuevas leyes criminales.

Incluso, posiciones como la de Jakobs, quien afirma otra legitimación para el derecho penal, desde la fundamentación de la vigencia de la norma, consideran la importancia delimitar la creación de normas observando lesiones reales a bienes jurídicos. Así, (Jakobs G., ¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?, 2003, pág. 42). *“El derecho penal ya no garantiza la existencia de los bienes jurídicos en sí, sino sólo que las personas no ataquen a esos bienes” (…)* también afirma que *“El derecho penal no sirve para la protección de bienes contra ciertos ataques”.*

Mantiene la protección de la vigencia a aquellas normas que prohíben la afectación

a un bien jurídico. De tal forma, se deben descartar aquellas normas que no protegen ningún bien jurídico, especialmente aquellas que protegen convicciones morales.

Adscribirse a una u otra tesis, dirige necesariamente, para las normas de los “*delitos económicos*”, a delimitar los bienes jurídicos que se pretenden proteger, pues lo más nocivo, sería ampliar el contorno de bien jurídico hasta abstracciones indefinibles, donde se le otorgue toda la responsabilidad al aplicador del derecho de definir el baremo de manera arbitraria, o bien, el legislador no tenga ningún límite en la creación de normas criminales para una sociedad determinada.

Algunas posiciones doctrinarias, consideran que los bienes jurídicos se adecuan a requerimientos constitucionales, y son normas que vía constitucional, la misma sociedad ha estimado tutelar por su relevancia. Verbigracia, la posición de Roxin, quien destaca una tesis donde la Constitución Política sea el marco rector para la creación de bienes jurídicos penalmente protegidos[2]. “*Hay diversos principios que son constitucionales y que es necesario proteger o resguardar por medio del derecho penal*” (Roxin C. , Derecho Penal Parte General, 1997, pág. 56).

Los precursores de la teoría, que resguardan bienes jurídicos colectivos o supraindividuales, son especialmente inespecíficos en lo que quieren abrigar. Verbigracia, las explicaciones desprendidas por (Tiedemann, Manual de Derecho Penal Económico. Parte general y parte especial, 2010, pág. 55) “*en cuanto el derecho penal económico pretende defender los graves daños que este tipo de criminalidad le causa a la economía de un país”.*

Hassemer anunciaba desde 1995, la actitud tendiente a crear vaguedad en los bienes jurídicos, con la finalidad de apartar del camino, un requisito estorboso, que resultaba limitante en la creación de los tipos penales deseados. Menciona el citado autor

> *(…)”Ya en una primera aproximación vemos que las nuevas leyes en el ámbito de nuestro Derecho penal material (Parte Especial y leyes penales especiales) no tienen como objeto de protección sólo bienes jurídicos universales sino asimismo que estos bienes jurídicos universales están formulados de forma especialmente vaga (…) Se trata de una criminalización anticipada a la lesión del bien jurídico; de la protección del «bienestar» de los hombres «en un sentido puramente somático» en vez de la protección de la vida y la salud de las personas”* (Hassemer, Derecho penal simbólico y protección de bien jurídico, 1995)

Tiedemann, en un intento, por al menos, enmarcar cuáles tipos penales, corresponden al derecho penal económico, brinda un inventario de artículos, según la dimensión de diferentes legislaciones. Sin embargo, esta lista no es suficiente, a efectos de definir un contorno preciso sobre qué bienes jurídicos intenta proteger esta subárea del derecho penal.

---

2 La posición de creación de bienes jurídicos penales, teniendo como marco rector las disposiciones constituciones, también, la ha seguido la escuela de Frankfurt en Alemania. Así (Hassemer, Perspectivas del derecho penal futuro (Abstract), 1998)

Por supuesto, es aceptado que la realidad económica, le impone al derecho en general, problemas que se deben resolver de una manera adecuada y armónica con el ordenamiento jurídico. Sin arriesgar garantías y derechos que tienen todos los ciudadanos en un Estado de Derecho, y que sin ellas se restringe severamente la libertad.

Sin duda alguna, dentro de la actividad empresarial, se despliegan lesiones que impactan el mundo físico ya sea negativa o positivamente. Así, pueden afectar el entorno de las personas, su salud, a la economía del estado, al medio ambiente, etc. Un sinfín de ámbitos del mundo fáctico. De ahí la necesidad de darle un tratamiento adecuado al problema, porque no se pretende caer en una anomia, que cause lesiones irreparables a la sociedad en general.

Sin embargo, se observa, que la delimitación de los bienes jurídicos tiene repercusiones en otros principios rectores del derecho criminal, así el principio de subsidiariedad. El derecho penal se crea como un método fragmentario, pues no intenta proteger todos los posibles bienes existentes en la sociedad, sino más bien, aquellos que resultan relevantes[3]. Menciona (Cervini) que *"el Derecho penal sólo debe proteger "bienes jurídicos" no significa que* ***todo 'bien jurídico'*** *haya de ser protegido penalmente*" (la negrita no corresponde al original), y este es el fundamento del principio de subsidiaridad.

Queda claro, la legislación criminal no protege integralmente todos los bienes jurídicos, sino hasta donde alcanzan las normas, por eso es que puede hablarse del carácter fragmentario de la protección de los bienes jurídicos (Cfr. Castillo González, El bien jurídico penalmente protegido, 2008). Este enunciado presenta una relación estrecha con la concepción de última ratio, que recuerda la necesidad de utilizar el derecho penal sólo cuando resulta restrictamente menester. Exigiendo la búsqueda de medios menos lesivos, para controlar la protección de bienes jurídicos. Todo lo anterior, por la violencia y persecución que genera el derecho punitivo.

La tarea de la identificación de los bienes jurídicos en la creación de los delitos del derecho penal económico, ayudaría a establecer una relación entre los principios constitucionales y los parámetros que se intentan proteger, además, de lograr un sistema coherente y armónico, con la existencia de una verdadera finalidad para pretender penar una conducta. Como bien afirman los catedráticos, no se pueden crear bienes jurídicos tan abstractos que tornen arbitrario el sistema.

La carencia de un bien jurídico penalmente protegido, de muchos de los tipos penales provenientes del llamado derecho penal económico, se debe a su caracterización de delitos de peligro abstracto o delitos de infracción de deberes. La idea de estos tipos económicos es pretenciosa, se busca almacenar cualquier cosa en la descripción, así lo recuerda el profesor Lascano:

> *"Dentro de esta nueva subrama del Derecho Penal se encuentran agrupados hechos desvalorados socialmente de diferente naturaleza, con bienes jurídicos altamente difusos y distintos de los clásicos derechos patrimoniales".* (Lascano, Los principios constitucionales del derecho penal económico. Globalización y armonización del derecho penal económico, 2008)

Así, se llega a creer en la necesidad de creación de tipos penales carentes de un bien jurídico. Donde no ha previsto una relación de convivencia que tutelar, o simplemente derivan de una norma, o bien, surgen de un proceso de interpretación. Ejemplos de estos son los tipos penales provenientes del derecho penal de deberes[4] o de los que surgen de relaciones funcionales imposibles de fundamentarse constitucionalmente (Chirino Sánchez A. C., 2013). Como consecuencia, atentan vehemente contra el principio de lesividad y violan aquel dogma que sólo autoriza el ejercicio de la coerción penal frente a una conducta humana exteriorizada, que implique lesión o, al menos, puesta en peligro de un bien jurídico-penal.

Asimismo, la carencia de lesión a un bien jurídico, infringe los presupuestos del principio de proporcionalidad de la pena. Este principio recuerda que cada sanción penal impuesta, debe ser proporcional a la lesión creada. Evitando así, la imposición de penas draconianas desajustadas a la lesión causada. Este es otro límite al poder punitivo del Estado, que se logra vencer gracias a los tipos modelos carentes de un ente tutelado.
Estos hechos no son aislados, ni pertenecen sólo al derecho penal económico, más bien la tendencia del derecho moderno, es crear tipos con ausencia de bien jurídico, al parecer resultan muy adecuados para vencer recaudos de algunos principios que aún quedan en la dogmática, así eliminan principios al mismo tiempo que crean normas. Sin ente que proteger, el objetivo de estos tipos penales, es la prevención de riesgos, obedecen a delitos de mera actividad sin un resultado concreto, ni siquiera de un peligro concreto. Se trata de un derecho penal de peligrosidad, donde existe una invasión de los llamados tipos de peligro abstracto que no protegen otra cosa, sino una posibilidad de un riesgo que puede llegar a suceder a futuro, se trata de una hipótesis, de una potencialidad de un hecho que pueda llegar a suceder. La consecuencia directa llega a los límites del derecho criminal, que cada día se vuelven más difusos e ilimitados[5], cada vez más indeterminados.

No se trata de una mera abstracción, estas prácticas resultan peligrosas por la intervención excesiva que otorgan al poder punitivo del Estado, además, de encontrar grandes choques de constitucionalidad.

3 Depende de la tesis que se acoja, la relevancia puede seguir el referente de la constitución o bien, según las reglas de la sociedad donde subsisten.

4 El derecho penal económico se abastece (sin perjuicio de los delitos de peligro abstracto y delitos imprudentes) de delitos especiales, donde no existe una conducta concreta que reprochar, más bien se sanciona la simple infracción del deber impuesto por la norma. La simple transgresión de este deber puede llevar a constituir acción en el sentido jurídico penal.

5 Estas ideas, son pilares fundamentales del derecho penal, cimientos básicos que nunca deben perderse de vista. Algunos de estos principios resultan vulnerados como: los principios de intervención mínima, subsidiariedad y fragmentariedad del Derecho Penal, que le impiden, al Estado, castigar con pena privativa de libertad existiendo otros medios menos drásticos para enfrentar el problema acaecido. Estos principios al criterio de (Lascano, Los principios constitucionales del derecho penal económico. Globalización y armonización del derecho penal económico., 2008) se encuentra "en crisis" en la actualidad, pues el Derecho Penal Económico, lo que exige, en este ambiente de "huída hacia el Derecho Penal", es precisamente la criminalización de determinadas conductas, lo cual provoca no pocas tensiones con aquel postulado político-criminal de la Constitución.

Los bienes jurídicos que se tratan de tutelar mediante el derecho criminal económico, suelen ser como el mismo (Tiedemann, Manual de Derecho Penal Económico. Parte general y parte especial, 2010) afirma, "*son bienes jurídicos supraindividuales*". Los cuales se encuentran sometidos a los influjos de la globalización económica y resienten los flujos y reflujos de las crisis que azotan los mercados (Chirino Sánchez, 2013).

Cuanto más pródigamente se impulsa la abstracción del bien jurídico, cuanto más se aleja de ideas individualistas y concretas, más se difumina el contorno de la conducta que se pretende evitar, y mayor es la posibilidad de tener intervenciones innecesarias. (Hassemer, Perspectivas del derecho penal futuro (Abstract), 1998, pág. 3) expresa, que "*una verdadera delimitación del ente jurídico que se intenta proteger, ayuda a condicionar intromisiones y su intensidad a determinados presupuestos, minimizarlas y controlarlas".*

La intervención del poder penal se debe dar, empero, acaece una especial relevancia en que cada una de estas intromisiones sea simétrica al bien que intenta proteger. Aunado a este tema, debe hablarse de la proporcionalidad, entre la lesión y la pena impuesta. Ambas medidas que ayudan a evitar penas draconianas, donde se impide que el justiciable, pague la prevención general negativa de toda una población, también soslaya que la persecución se encamine a fines caprichosos.

A nivel primigenio se consideró que los delitos económicos, protegían los bienes patrimoniales, no obstante en la actualidad, un elevado número de tópicos se cobijan bajo este lema, sin que se determine el principio y el fin de su contenido. Se dice es la protección del mercado de bienes y servicios, o bien, afirma la doctrina española, se protege el orden socio-económico. Hay autores que aducen que la tutela transciende de la patrimonial y, por el contrario, pretende proteger bienes que provienen de la estabilidad de la economía de un Estado. El jurista (Lascano, Los principios constitucionales del derecho penal económico. Globalización y armonización del derecho penal económico, 2008, pág. 14) trata de puntualizar de la siguiente manera:

> *(…) "no todo ataque contra un bien jurídico con contenido patrimonial tendrá naturaleza de delito económico; por el contrario, para que una conducta socialmente disvaliosa revista la característica de delito económico, a la afectación de dicho interés patrimonial particular, será necesario acreditar su trascendencia negativa para el funcionamiento del mercado de intercambio de bienes y servicios".* (Subrayado no corresponde al original)

¿Trascendencia negativa para el funcionamiento de mercado? En definitiva darle forma a esta criatura amorfa, será una tarea que se está dejando en manos de los aplicadores del derecho, quienes de manera arbitraria podrán entender, según su libre albedrío, cualquier cosa que deseen entender sobre estos conceptos, tal y como se presenta en la interrogante realizada.

Para el autor Klaus Tiedemann, describe el concepto de derecho penal económico de la siguiente manera:

> *"el punto de vista basado en consideraciones dogmáticas penales de los bienes jurídicos tutelados se complementan mediante la protección de instrumentos del tráfico económico, que son utilizados abusivamente en los delitos económicos".* (Tiedemann, Manual de Derecho Penal Económico. Parte general y parte especial, 2010, pág. 56)

Estas explicaciones, demuestran el esfuerzo por ubicar el bien jurídico dentro de la problemática de la sociedad y el quehacer económico, sin embargo, la explicación resulta tan abierta, que no aporta mucho ni a la definición de derecho penal económico ni a los bienes jurídicos que se intentan proteger.

Por supuesto, se olvida el principio de reserva de ley y se atribuyen responsabilidades al Poder Ejecutivo que vía reglamentaria puede intervenir, haciendo regulaciones de cualquier naturaleza. Entonces, dos principios básicos del derecho penal se ven confrontados, la ya citada reserva legal, y la separación de poderes, donde cada uno tiene sus propias competencias y responsabilidades para actuar en un orden democrático, la potestad de crear leyes de la envergadura de un Código Punitivo, o cuestiones relevantes a la criminalidad, debe ser una competencia del Poder Legislativo, sin un traslado de funciones, que atente contra este principio que, además es de naturaleza constitucional.

Debe rescatarse que la creación de esta serie de tipos penales no ha sido orgánica, sino que responde a tipos difusos, que son complementados con la creación de otras leyes, que le brindan una definición. De tal forma, que la creación de esta clase de tipos no fue uniforme, quizá esto torne mayormente difícil la clasificación.

Así, por ejemplo, la denominación de empresa, o de representante legal, son conceptos que no se encuentra dentro de ningún Código Penal. Por esta razón, se remiten a otras leyes para encontrar su delimitación. Por ejemplo, muchos de los preceptos que abastecen normas tributarias, o de control de lavado de dinero, provienen de Reglamentos. De tal forma, se crea un efecto de bola de nieve, creando un sinfín de leyes penales en blanco, nublando la identificación de los tipos penales que se pretenden proteger, y acudiendo incesantemente a la creación de Reglamentos para regular temas de pertinencia criminal. Olvidando como dice (Foffani, 1999) que la importancia del bien jurídico es que nivela las contribuciones al hecho.

En la realidad actual, donde existe una sociedad compleja, compuesta por una organización estructurada en jerarquías, donde el componente más característico es la delegación de funciones, el común denominador es una estructura diversa con gran variedad de funciones e integrantes. Por este motivo, muchos teóricos se han replanteado la solución que brinda el derecho penal ante este nuevo panorama, *"el derecho penal nuclear y clásico convive hoy con un nuevo modelo de delincuencia asociado al funcionamiento de una empresa"* (Choclán Montalvo, 2006). En definitiva el imperativo categórico obliga a dar respuestas y soluciones.

Crear tipos penales que salvaguarden un bien jurídico, sin relajar los principios y garantías del derecho penal nuclear, son una necesidad que la realidad le impone a la materia penal. La convivencia humana misma, y su compleja organización empresarial, así como el manejo del mercado de los bienes y servicios, requieren constituir un marco de intervención del derecho criminal, apegado a los principios y garantías que siempre lo

han informado, sin relajar los derechos que posee cualquier justiciable en un Estado de Derecho.

No se debe olvidar que una intromisión desmedida e injustificada, del poder punitivo del Estado, atenta de manera vehemente contra la libertad misma de la ciudadanía. Se constituye en una poderosa herramienta, que puede acabar con la convivencia social pacífica, y exterminar hasta derechos humanos básicos trascendentales para la vida humana. De ahí el peligro de crear una subrama del derecho penal, donde se corra el riesgo de formar mamparas para edificar otros principios o relajar los que ya existen, permitiendo injustificada intervención estatal.

El problema no yace en fundar un “derecho penal económico” o denominarlo como se quiera, el núcleo de la discusión debe centrarse en no permitir que un simple eufemismo, sea fuente donde germinen nichos de relajación de principios y garantías indisponibles del derecho criminal. Los principios del derecho penal, son la Carta Magna de un ciudadano libre y del mismo delincuente como lo mencionaba desde hace mucho tiempo el autor von Liszt.

Nadie niega la importancia de que el Estado regule, el mercado del desarrollo económico[6]. Sería inaceptable que estos bienes jurídicos quedaran sin protección alguna (se demostró al inicio de este apartado, cómo la criminalidad económica genera ganancias multimillonarias y desfalcan instituciones sustanciales afectando a toda la población), empero, dicha protección debe elaborarse manteniendo los parámetros del derecho penal nuclear.

El aseguramiento de la libertad económica debe desarrollarse bajo el marco de los principios que siempre han abastecido al derecho punitivo, sin crear una rama separada, que busque afirmar características específicas que justifiquen un desprendimiento de los principios y garantías que existen en un Estado de Derecho.

- ***Excurso***

  La presentación anterior tiene como finalidad exponer algunos enunciados de la doctrina que trata de separar el derecho penal económico de su tronco nuclear. Todo esto analizado desde la reflexión crítica, pues como se comprobó, en definitiva, el mundo empresarial, durante las últimas décadas ha presentado cambios radicales que imponen nuevas realidades. El derecho debe responder al entorno, dando soluciones a los conflictos que se crean. No obstante, esta respuesta debe ser prudente, tomando de manera integral los preceptos del ordenamiento jurídico.

  La ciencia criminal, con su modalidad de amenaza, presenta la cara más fuerte de la política, y de ahí su frecuente utilización, como instrumento de poder, de enfrentamiento, para vencer todos los problemas sociales. No obstante, debe evaluarse que el derecho penal tiene un carácter fragmentario, justamente, por la represión y las lesiones que es capaz de efectuar.

  Este primer esbozo sobre la criminalidad económica demuestra que existen

6 En el mismo sentido puede verse (Arroyo Zapatero)

núcleos problemáticos, que son derivados del entorno empresarial. Empero, la solución no es buscar relajar y hasta erradicar algunos principios fundamentales de la sociedad, con el fin de buscar sanciones a cualquier costo.

Todo esto se desarrolla en una coyuntura, donde se visualiza al delincuente, desde lo que Jakobs denominó derecho penal del enemigo. Donde el criminal, no es una persona, más bien es un objeto de derecho, y por eso se puede abalanzar sobre él, con todo el peso de la persecución criminal. El Estado ya no busca el diálogo con la sociedad, mediante la comunicabilidad de la pena, más bien, crea una guerra contra el delincuente, contra estos enemigos de la sociedad.

Las repercusiones y efectos reales: creación de tipos penales carentes de bien jurídico tutelado, introducción desmedida de delitos de peligro abstracto, donde hay un adelantamiento en la persecución penal, además, de prescindir de una conducta concreta; lesionando como resulta evidente el principio de legalidad y tipicidad.

Dentro de todo este panorama, y en la urgencia por buscar una respuesta rápida para la sanción de estos entes empresariales, que tanto daño provocan, entra en consideración diferentes teorías, que se desarrollan más como una solución de emergencia que como un solución integral, evaluada desde los presupuestos integrales del derecho penal y la política criminal.

Bibliografía

Aller, G. (s.f.). *Aspectos dogmáticos y criminológicos de la delincuencia empresarial*. Recuperado el Febrero de 2013, de Facultad de Derecho. Universidad República. Uruguay: http://www.fder.edu.uy/contenido/penal/aller_delincuencia-empresarial.pdf

Arroyo Zapatero, L. Derecho penal económico y constitución . *Doctrina* .

Arroyo Zapatero, L. El principio de culpabilidad y sus plasmaciones. Reflexiones y propuestas para la construcción de una normativa europea . *Doctrina* .

Canció Meliá y Jakobs G. (2007). Derecho penal de enemigo. Argentina: Hammurabi .

Cervini, R. (s.f.). *Derecho Penal Económico. Concepto (integrado) y Bien Jurídico.* Obtenido de http://staticsp.atualidadesdodireito.com.br/lfg/files/2012/04/Derecho-Penal-Economico-Concepto-Integrado-y-Bien-Jur%C3%ADdico.pdf

Chirino Sánchez, A. (2007). El retorno a los delitos de peligro ¿Un camino posible hacia el derecho penal del enemigo? En J. L. (coordinador), *Justica penal y Estado de derecho. Libro Homenaje a Francisco Castillo* (págs. 145-160). San José, Costa Rica : Editorial Jurídica Continental.

Chirino Sánchez, A. (2013). Aspectos Fundamentales del Derecho Penal Económico. Un acercamiento desde la dogmática y la política criminal centroamericanas. En Chirino A. y Martínez H., *Ensayos sobre derecho penal económico y de empresa .* San José , San José, Costa Rica.

Chirino Sánchez, A. Seguridad ciudadana y prevención del delito. *Iusdoctrina*.

Choclán Montalvo, J. A. (2006). La responsabilidad de la persona jurídica y de los administradores por la actuación en su nombre. *Estudios de Derecho Judicial, 91*, 13-46.

Foffani, L. (17 de Diciembre de 1999). Criminalidad organizada y criminalidad económica. *Doctrina*.

Frisch, W. (1996). Responsabilidad penal de las empresas. En S. M.-M. Peña, & J. M. Bosch (Ed.), *Responsabilidad penal de las empresa y sus órganos, y responsabilidad por el producto* (págs. 99-127). Barcelona, España.

Hassemer, W. (1990-1991). El destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal "eficaz". *Estudios penales y criminológicos, Número 15* , 181-198.

Hassemer, W. (1995). *Derecho penal simbólico y protección de bien jurídico.* (E. J. Conosur, Ed.) Obtenido de Neopanopticum: http://neopanopticum.wordpress.com/2007/08/24/derecho-penal-simbolico-y-proteccion-de-bienes-juridicos-w-hassemer-2/

Hassemer, W. (1998). Perspectivas del derecho penal futuro (Abstract). *Revista Penal , 1*, 37-42.

Hassemer, W. (2001). *Introducción a la criminología.* Tirand lo Blanch.

Hirsch, H. J. (Setiembre a diciembre de 1993). La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas. *Anuario de derecho penal y ciencias penales, XLVI*, 1099-1124.

Hirsch, H. J. (enero-diciembre de 2008). Sistemática y límites de los delitos de peligro abstracto. *Revista latinoamericana de derecho*(9), 151-181.

Jakobs, G. (1992). Principio de Culpabilidad. *ADPCP, XLV*(III), 1051-1083.

Jakobs, G. (2003). ¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma? En E. M. (coordinador), *El funcionalismo en derecho penal. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs* (M. C. Meliá, Trad., págs. 41-90). Bogotá , Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Lascano, C. (2003). La insostenible "modernización del derecho penal" basada en la tolerancia cero desde la perspectiva de los países emergentes.

Lascano, C. (28 de Marzo de 2008). Los principios constitucionales del derecho penal económico. Globalización y armonización del derecho penal económico. *CIIDPE*.

Lascano, C. (2008). *Los principios constitucionales del derecho penal económico. Globalización y armonización del derecho penal económico.* Recuperado el Febrero de 2008, de Centro de investigación interdisciplinaria en derecho penal económico : http://www.ciidpe.com.ar/area4/principios%20constitucionales%20dpe.%20Carlos%20Lascano.pdf

Roxin, C. (1997). *Derecho Penal Parte General.* España: Civitas.Tiedemann, K. (1996). Responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Anuario de derecho penal*.

Tiedemann, K. (2010). *Manual de Derecho Penal Económico. Parte general y parte especial.* (M. A. Vásquez, Trad.) Valencia: Tirant lo Blanch.

LA "DECLARATORIA DE GUERRA" COMO INSTITUCIÓN JURÍDICA EN LAS CONSTITUCIONES DE AMÉRICA LATINA. UN ANÁLISIS COMPARATIVO

Lic. Adolfo Felipe Constenla Arguedas

Abogado, Asesor Parlamentario,
Profesor de Historia del Derecho
en la Universidad Escuela Libre de Derecho

1. Introducción

Señalaba el célebre político inglés Winston Churchill que: *"La guerra es una invención de la mente humana"*[1]. De igual forma, el poeta griego de la Antigüedad, Homero, indicaba que "*Los hombres se cansan antes de dormir, de amar, de cantar y de bailar que de hacer la guerra.*"[2]

Ambas nociones, mencionadas por estas notables personalidades, de épocas totalmente diferentes, mantienen plena vigencia aun en el siglo XXI.

Si bien es cierto, para el caso de la República de Costa Rica, esta posibilidad se ha encontrado alejada de nuestra realidad desde hace varias décadas, la "Declaratoria de guerra" es una institución jurídica que se presenta en la gran mayoría de las Constituciones Políticas de la región latinoamericana.

Mediante esta investigación, se pretende describir, inicialmente, en qué consiste el concepto de "Declaratoria de guerra", como mecanismo jurídico, para declarar el inicio de hostilidades entre dos sujetos de Derecho Internacional Público, particularmente, entre dos Estados.

Igualmente, se analizará, desde una perspectiva histórica, cómo ha sido el desarrollo de esa institución jurídica, desde la Antigüedad hasta la actualidad. En este último aspecto, se centrará el estudio en el régimen constitucional de América Latina. Adicionalmente, se verá quiénes son las autoridades que, normalmente, han sido asignadas para implementar la "Declaratoria de guerra".

Una vez teniendo claro ese aspecto, se observará la existencia o no de la figura de la "Declaratoria de guerra" en diversas legislaciones americanas, en particular el tratamiento del tema en las Constituciones Políticas argentina, boliviana, brasileña, colombiana, chilena, dominicana, ecuatoriana, guatemalteca, hondureña, mexicana, nicaragüense, paraguaya, peruana, salvadoreña y uruguaya. Por último, se analizará, de haber

1. http://www.citasyproverbios.com/frases.aspx?tema=Guerra&page=1
2. Ibid.

pruebas de su existencia, el concepto de "Declaratoria de guerra" en la historia constitucional costarricense.

Esto permitirá señalar, de existir esa figura en los ordenamientos jurídicos indicados, la presencia de rasgos comunes en el tratamiento de este mecanismo de inicio de hostilidades, en el contexto latinoamericano.

2. *Antecedentes y concepto de "Declaración de guerra"*

La "Declaración de guerra" es un enunciado formal, mediante un documento, que proviene de un Estado hacia otro, en donde el primero declara el inicio de hostilidades.[3]

La situación de guerra se da por el fracaso de la vía diplomática en la resolución de conflictos internacionales y representa la imposibilidad de lograr un acuerdo de paz entre dos o más naciones beligerantes.[4] Con esto, las partes llaman a la movilización de sus fuerzas armadas y a la iniciación de actos de guerra.

Las causas más comunes de una declaración de "estado de guerra", denominadas *Casus belli*, son:

- Agresión al territorio, bienes o patrimonio de ciudadanos
- Invasión, ocupación no autorizada o algún acto intrusivo
- Actos hostiles relevantes por parte de un país que malogren un tratado establecido o la convivencia armónica
- Incumplimiento de tratados
- Actos terroristas
- Amenaza evidente sobre el bien nacional
- Amenaza al orden interno[5]

2.1 La "Declaratoria de guerra" en la Antigua Roma

En la primera etapa del desarrollo de Roma, anterior incluso a la de la Monarquía Romana, el *pater familias* era el dueño legal del hogar y de todos sus miembros, la máxima autoridad familiar gracias a la Patria Potestad que tenía; él era la ley dentro de la familia y todos los miembros debían obediencia a sus decisiones.

En una sociedad patriarcal típica de la Antigüedad, él era el que trabajaba para sostener la casa y tomaba las armas, en caso necesario, para defenderla; por lo tanto, era la pieza sobre la que giraba toda la familia.[6]

Durante la etapa de la República (entre el 509 y el 27 a.C.), en la cual Roma se convierte en potencia económica y militar en el Mar Mediterráneo, al vencer al Imperio cartaginés, la "Declaratoria de guerra" pasa a ser un acto complejo, ya que requiere de la participación de los cónsules y del senado, para ser efectiva.

3. http://es.wikipedia.org/wiki/Guerra_justa
4. Ibid.
5. Ibid.
6. http://www.historialago.com/leg_01031_lafamilia_01.htm

Es así como Polibio, historiador griego, primero en escribir una historia universal, al explicar la hegemonía romana en la cuenca del Mediterráneo[7], indicaba que los cónsules:

"(…) mientras están en Roma y no salen de campaña con las legiones, tienen competencia sobre todos los negocios públicos (…), deliberan sobre asuntos urgentes y son ellos los que ejecutan íntegramente los decretos (…).Su potestad es casi absoluta en lo que concierne a preparativos bélicos y a la dirección de las campañas (...)[8]

En relación con el Senado, señalaba Polibio que: *"(...) es incumbencia del Senado enviar embajadas a países no italianos, cuando se necesita, ya sea para lograr una reconciliación, para hacer alguna demanda o para intimar una orden, para recibir la rendición de alguien o para declarar la guerra(…)"*[9]

Durante la etapa de fines de la República romana e inicios del Imperio (27 a.C. al 476 d.C.), Cicerón escribe el libro *De officiis (Sobre los deberes o De oficios)*, una obra filosófica que trata de los deberes a los cuales cada hombre debe atenerse, en cuanto miembro del Estado. La explicación más clara de la teoría de guerra se encuentra en el Libro 1, secciones 1.11.33 - 1.13.41, de esa obra.[10]

La obra estaba estructurada como un tratado de ética práctica, estrictamente ligada a la acción político-social, y establecía preceptos, lo que había sido desconocido en otras obras filosóficas ciceronianas, concebidas en forma de diálogo y con un tono más relativista. Por ello fue leído, por mucho estudiosos, como el intento de delinear una moral verdadera y propia para la clase dirigente romana, para tratar de impedir que el poder se concentrara en una sola persona.[11]

De lo indicado se observa cómo, en la Antigüedad, se reconocía que la "Declaratoria de guerra" evolucionó de ser un hecho jurídico que podía haber sido realizado por un "único individuo", como en el caso del "pater familias" con otras "gens", a ser (en un estadio de mayor organización política, como la etapa de la República romana), una potestad que debía ser ejercida conjuntamente entre los Cónsules (como máxima autoridad ejecutiva) y el Senado (como máxima autoridad legislativa).

2.2 La "Declaratoria de guerra" durante la Edad Media y el Renacimiento

Durante la Edad Media y el Renacimiento, se desarrolla la teoría de la "Guerra Justa" que menciona los aspectos que debían estar presentes para que el inicio de hostilidades tuviera un fundamento jurídico válido.

La teoría de la "Guerra Justa" es un concepto teológico- político desarrollado fundamentalmente por teólogos y juristas católicos y cuya definición ha constituido un esfuerzo serio para regular el derecho a la guerra, en la guerra y después de la guerra.[12]

7. http://es.wikipedia.org/wiki/Polibio
8. http://www.unav.es/hAntigua/textos/docencia/roma/practicas/didrom5.html
9. Ibid.
10. Ibid.
11. http://es.wikipedia.org/wiki/Guerra_justa
12. Ibid.

En la actualidad, este concepto es parte importante del Derecho Internacional Público. En torno a él se configura el *Ius ad bellum,* versión secular del pensamiento cristiano medieval sobre la guerra justa, el *Ius in bello* que concierne al comportamiento de los participantes en el conflicto y el *Ius post bellum*, a la fase terminal y los acuerdos de paz.[13]

En este orden de ideas, señalaba Santo Tomás de Aquino que:

"*Para que la guerra sea justa, se requiere:*

***(…) Primero**: La autoridad del príncipe bajo cuyo mandato se hace la guerra. No incumbe a la persona particular declarar la guerra, porque puede hacer valer su derecho ante tribunal superior; además, la persona particular tampoco tiene competencia para convocar a la colectividad, cosa necesaria para hacer la guerra. Ahora bien, dado que el cuidado de la república ha sido encomendado a los príncipes, a ellos compete defender el bien público de la ciudad, del reino o de la provincia, sometidos a su autoridad (…). Pues bien, del mismo modo que la defienden lícitamente con la espada material contra los perturbadores internos, castigando a los malhechores, a tenor de las palabras del Apóstol: «No en vano lleva la espada, pues es un servidor de Dios para hacer justicia y castigar al que obra mal», les incumbe también defender el bien público con la espada de la guerra contra los enemigos externos(…)" [14]*

San Agustín, por su parte, en el libro *Contra Faust,* indicaba: *«El orden natural, acomodado a la paz de los mortales, postula que la autoridad y la deliberación de aceptar la guerra pertenezca al príncipe»*.[15]

Fray Francisco de Vitoria, considerado el "padre" del Derecho Internacional Público moderno, en lengua española[16], quien desarrolló la teoría de la *"*guerra justa*",* afirmaba que:

> "(…) *cualquier república tiene derecho a declarar y hacer la guerra y, tercero, dice que el príncipe tiene la misma autoridad que la república(…)" [17]*

Domingo de Soto, fraile dominico y teólogo español, confesor del emperador Carlos V[18], quien escribió el tratado *De iustitia et iure*, mencionaba que:

> *"(…)Puesto que solo los jefes de Estado, que gozan de verdadera autoridad, tienen derecho para declarar y hacer guerra, los demás poderes y autoridades que viven bajo la autoridad del Jefe de Estado carecen de él*(…)".

Luis de Molina, sacerdote jesuita español, teólogo y jurista[19], decía que la guerra era asunto netamente jurídico y que:

13. Ibid.
14. Ibid
15. Ibid.
16. http://es.wikipedia.org/wiki/Francisco_de_Vitoria
17. http://es.wikipedia.org/wiki/Domingo_de_Soto
18. http://es.wikipedia.org/wiki/Luis_de_Molina
19. http://es.wikipedia.org/wiki/Guerra_justa

"(…) *es lícito a los reyes el "esgrimir la espada contra los malhechores y sediciosos de su Estado […] y pueden emplearla también en contra de los enemigos externos en defensa de sus súbditos". Esto no sólo es lícito hacerlo en las guerras defensivas sino, incluso, en las de carácter ofensivo, con el objeto de reclamar lo que haya sido arrebatado, el resarcimiento de daños o la venganza de injurias recibidas (…) El declarar la guerra es potestad de todo príncipe soberano por derecho natural, ya que este tipo de guerra, al estar a veces permitida por este derecho natural, es necesario que alguien tenga el poder suficiente para emprenderla. Así, "la guerra que (…) se declara sin legítima autoridad, no solamente es contraria a la caridad sino, también, a la justicia, aunque le asista una causa legítima" ya que esa declaración se hace sin una jurisdicción legítima, dando como resultado la obligación de restituir todos los daños que se causen* (…)" [20]

Tal y como se observa, durante la Edad Media y el Renacimiento, particularmente durante la etapa en la que se empieza a concentrar el poder en la figura de los monarcas, como máxima autoridad, se establece que la potestad de la "Declaratoria de guerra" reside, de forma exclusiva, en ellos, sin la participación de los parlamentos o las cortes en la toma de esta decisión que afectaba el destino del Estado.

20. http://es.wikipedia.org/wiki/Guerra_justa
21. Carta de la Organización de las Naciones Unidas, Artículo 1.
22. Ibid
23. Ibid

A continuación se analizará cómo se entiende la potestad de "Declaratoria de guerra" en la actualidad, con el propósito de, posteriormente, estudiar cómo se ha concebido en las constituciones políticas de la mayor parte de América Latina.

2.3 "Declaratoria de guerra" en la actualidad

En la actualidad, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, antes del inicio de hostilidades se requiere haber acudido ante ese Organismo Internacional, con el propósito de lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz.[21]

A pesar de esta obligación internacional, que deben cumplir los Estados, han existido, en la práctica, múltiples ocasiones en que se han iniciado hostilidades sin seguir ese procedimiento. En esos casos, este hecho jurídico-político se concreta mediante un documento formal.[22]

En la actualidad, este hecho jurídico-político se concreta mediante un documento formal.[23]

Este documento de "Declaración de estado de guerra" puede estar refrendado por la firma del gobernante o soberano, por el representante de los poderes del Estado, el

Senado o la Cancillería del país involucrado. Además, puede estar respaldado con la mención de los Tratados vigentes o disposiciones legales que se hubiesen establecido internacional o nacionalmente y que se entiendan vulnerados.[24]

3. *La "Declaratoria de guerra" en las constituciones políticas de América Latina*

Es aceptado, de forma pacífica, por la doctrina y la jurisprudencia constitucionales, que el ejercicio democrático en un Estado involucra, normalmente, la participación de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial.

De igual manera, se considera que, salvo casos cada vez más excepcionales, ese ejercicio debe ajustarse a límites indiscutibles, establecidos en las propias constituciones políticas. La Norma Fundamental de cada Estado no les permite actuar arbitrariamente a los diversos Poderes, sino que establece los parámetros que regirán su actuación.

Con base en las anteriores afirmaciones es que, en esta sección, se irán enunciando y analizando los procedimientos constitucionales que establecen las Constituciones Políticas argentina, boliviana, brasileña, colombiana, chilena, dominicana, ecuatoriana, guatemalteca, hondureña, mexicana, nicaragüense, panameña, paraguaya, peruana, salvadoreña y uruguaya.

Esto permitirá señalar, de existir esa figura jurídica en los ordenamientos jurídicos indicados, la presencia de rasgos comunes en el tratamiento de este mecanismo de manifestación del inicio de hostilidades, en el contexto latinoamericano.

3.1 Constitución Política de la República Argentina

En el caso de esta constitución, señala su Artículo 75:

"Artículo 75.- Corresponde al Congreso: (…) 25. Autorizar al Poder Ejecutivo para declarar la guerra o hacer la paz." [25]

3.2 Constitución Política de la República de Bolivia

En esta constitución, no se hace mención expresa a la "Declaratoria de guerra" sino que se habla de "declaratoria de estado de excepción", concepto que engloba, según la jurisprudencia, la calamidad, la emergencia o la guerra (Cita de la Sala Constitucional).

Así, menciona el Artículo 172 de ese cuerpo normativo:

> *"Artículo 172. Son atribuciones de la Presidenta o del Presidente del Estado, además de las que establece esta Constitución y la ley:*
>
> *(…) 26. Declarar el estado de excepción".* [26]

24. Ibid
25. http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/constudies.html
26. Ibid.

3.3 Constitución Política de la República Federativa del Brasil

Los Artículos 49 y 84 establecen:

> "Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:
> (…) II - autorizar o Presidente da República a declarar guerra(…)
>
> Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:
>
> XIX - declarar guerra, no caso de agressão estrangeira, autorizado pelo Congresso Nacional ou referendado por ele, quando ocorrida no intervalo das sessões legislativas, e, nas mesmas condições, decretar, total ou parcialmente, a mobilização nacional." [27]

En este caso se observa que se establecen condiciones diferentes, dependiendo de la situación. Primero se indica que el Presidente de la República solo podrá declarar la guerra, previa autorización del Congreso Nacional. Sin embargo, se establece que podrá hacerlo, sin esa autorización, cuando se produzca una agresión extranjera, en el período en que no sesiona el Congreso Nacional, de forma ordinaria.

3.4 Constitución Política de la República de Chile

El Artículo 32 de esta constitución se refiere al tema de la siguiente manera:

> "Artículo 32.- Son atribuciones especiales del Presidente de la República:
>
> 19º.- Declarar la guerra, previa autorización por ley, debiendo dejar constancia de haber oído al Consejo de Seguridad Nacional." [28]

En este caso es interesante observar que no existe participación del Poder Legislativo para la "Declaratoria de guerra", ni a priori ni a posteriori.

3.5 Constitución Política de la República de Colombia

Esta norma establece lo siguiente:

> *"Artículo 189.- Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa:*
>
> *(…) 6. Proveer a la seguridad exterior de la República, defendiendo la independencia y la honra de la Nación y la inviolabilidad del territorio, declarar la guerra con permiso del Senado, o hacerla sin tal autorización para repeler una agresión extranjera; y convenir y ratificar los tratados de paz, de todo lo cual dará cuenta inmediata al Congreso."* [29]

La norma de la Constitución colombiana sigue una línea de pensamiento semejante a la de la Constitución brasileña; sin embargo, se observa que, en Colombia, el que debe

27. Ibid.
28. Ibid.
29. Ibid.

autorizar es el Senado de la República y no el Congreso, es decir, la reunión de las dos Cámaras, como sucede en Brasil.

3.6 Constitución Política de la República del Ecuador

En esta Constitución no se encuentra ninguna norma específica sobre el tema de estudio.

3.7 Constitución Política de la República de El Salvador

Expresa la Norma Fundamental salvadoreña:

> "*Art. 131.- Corresponde a la Asamblea Legislativa:*
> *25. 1- Declarar la guerra y ratificar la paz, con base en los informes que le proporcione el Órgano Ejecutivo."* [30]

En este caso, es a la Asamblea Legislativa y no al Poder Ejecutivo a quien compete emitir la declaratoria para iniciar hostilidades.

3.8 Constitución Política de la República de Guatemala

No hay una norma especial que hable del tema en esta constitución.

3.9 Constitución Política de la República de Honduras

Establecen los Artículos 205 y 245 de esta constitución:

> **"***Artículo 205.- Corresponden al Congreso Nacional las atribuciones siguientes:*
> *(…)28. Declarar la guerra y hacer la paz.*
>
> *Artículo 245.- El Presidente de la República tiene a su cargo la administración general del Estado; son sus atribuciones;*
> *(…)17. Declarar la guerra y hacer la paz en receso del Congreso Nacional, el cual deberá ser convocado inmediatamente."*[31]

En este caso se asemeja a la fórmula de la constitución salvadoreña, ya que es el Poder Legislativo quien declara la guerra. Es solamente en tiempos de receso del Congreso que el Presidente de la República tiene esa potestad.

3.10 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Mencionan los artículos referidos al tema lo siguiente:

> ***"Artículo 73.-*** *El Congreso tiene facultad (…)*
> *(…) XII. Para declarar la guerra, en vista de los datos que le presente el Ejecutivo."*
>
> ***"Artículo 89.-*** *Las facultades y obligaciones del Presidente son las siguientes:*
> *(…) VIII. Declarar la guerra en nombre de los Estados Unidos Mexicanos, previa ley del Congreso de la Unión."*

30. Ibid.
31. Ibid.

En este caso se sigue la noción de que deben concurrir ambos poderes, Ejecutivo y Legislativo, para desarrollar el acto. El Ejecutivo informa al Congreso; este, de considerar válida la solicitud, emite una ley y el Presidente de la República declara la guerra en nombre del Estado.

3.11 Constitución Política de la República de Nicaragua

En esta constitución no se encuentra ninguna norma específica sobre el tema.

3.12 Constitución Política de la República de Panamá

En esta Constitución no se encuentra ninguna norma específica sobre el tema de estudio.

3.13 Constitución Política de la República del Paraguay

El caso de la Constitución paraguaya es muy interesante de analizar. Es la única constitución política de los países latinoamericanos estudiados que, expresamente, contiene una norma en la que se señala que ese Estado renuncia a la guerra, entendida como inicio de hostilidades dirigidas a otro Estado. Basa su postura en lo que establece el Artículo 1 de la Carta de las Naciones Unidas.[32]

Establecen los Artículos 144 y 238 de la Constitución paraguaya:

> "Artículo 144. - DE LA RENUNCIA A LA GUERRA
>
> La República del Paraguay renuncia a la guerra, pero sustenta el principio de la legítima defensa. Esta declaración es compatible con los derechos y obligaciones del Paraguay en su carácter de miembro de la Organización de las Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos, o como parte en tratados de integración."
>
> "Artículo 238. - DE LOS DEBERES Y DE LAS ATRIBUCIONES DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA
>
> Son deberes y atribuciones de quien ejerce la presidencia de la República:
> (...) 7. El manejo de las relaciones exteriores de la República. En caso de agresión externa, y previa autorización del Congreso, declarar el Estado de Defensa Nacional o concertar la paz; (…)".[33]

Cabe indicar que, en este caso, para ejercer la legítima defensa contra ataques extranjeros, lo que se declara es el Estado de Defensa Nacional, luego de la autorización del Congreso al Presidente.

32. Carta de las Naciones Unidas: " Artículo 1. Los Propósitos de las Naciones Unidas son: 1. Mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz; y lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz;(…)"
33. Ibid.

3.14 Constitución Política de la República del Perú

En esta constitución, menciona el Artículo 118:

> *"Artículo 118º.- Corresponde al Presidente de la República:*
> *16. Declarar la guerra y firmar la paz, con autorización del Congreso"* [34]

La Constitución peruana sigue la noción de que deben concurrir ambos poderes, Ejecutivo y Legislativo, para desarrollar el acto.

3.15 Constitución Política de la República Oriental del Uruguay

Indica el Artículo 84 de esta Norma Fundamental:

> *"Artículo 85.- A la Asamblea General compete:*
> *7º) Decretar la guerra y aprobar o reprobar por mayoría absoluta de votos del total de componentes de cada Cámara, los tratados de paz, alianza, comercio y las convenciones o contratos de cualquier naturaleza que celebre el Poder Ejecutivo con potencias extranjeras".*[35]
>
> Al igual que en el caso de las Constituciones salvadoreña y hondureña, en el caso uruguayo es el Poder Legislativo el que desarrolla la "Declaratoria de guerra".

Después de haber descrito la regulación de las diferentes legislaciones estudiadas, puede indicarse que, en América Latina, se siguen diversos modelos para hacer la "Declaratoria de guerra":

1. El modelo en el que la "Declaratoria de guerra" es un acto conjunto del Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo. Encontramos este caso en las constituciones argentina, brasileña, colombiana, mexicana y peruana.

2. El modelo en el que el Poder Ejecutivo tiene la potestad de realizar, de forma excepcional, la "Declaratoria de guerra" sin la participación del Poder Legislativo, cuando este último se encuentre en receso: casos de las constituciones brasileña, colombiana y hondureña.

3. El modelo en el que el Poder Ejecutivo actúa por sí mismo, sin participación del Poder Legislativo, para dictar la "Declaratoria de guerra", como en la constitución chilena.

4. El modelo en el que el Poder Legislativo es el que declara la guerra por sí mismo, sin participación del Ejecutivo: casos de las constituciones salvadoreña y uruguaya.

Algunas de las Constituciones Políticas que se observaron no contienen norma específica al respecto: las de Ecuador, Guatemala y Nicaragua.

34. Ibid.
35. Ibid.

4. La "Declaratoria de guerra" en las Constituciones Políticas que ha tenido Costa Rica, en su historia.

El tratamiento que le ha dado la normativa constitucional costarricense al tema de la "Declaratoria de guerra", antes de nuestra Constitución Política vigente, puede apreciarse en varias de ellas:

En la Constitución de la República Federal de Centroamérica de 1824 (Artículo 69, Inciso 16); en la Ley de Bases y Garantías de 1841 (Artículo 5, Inciso 1, Apartado 1); en la Constitución Política de 1848 (Artículos 53, Inciso 11, y 77, Inciso 9) ; en la Constitución Política de 1859 (Artículos 69, Inciso 6, y 110, Inciso 13); en la Constitución Política de 1869 (Artículos 67, Inciso 6, y 107, Inciso 13); Constitución Política de 1871 (Artículos 73, Inciso 6, y 102, Inciso 14).[36]

Actualmente, la Constitución Política vigente, del 7 de diciembre de 1949, debido a la proscripción del ejército como institución permanente (Artículo 12) y la posterior proclama de neutralidad perpetua, del 17 de noviembre de 1983, en Costa Rica no existe la posibilidad jurídica de la "Declaratoria de guerra". En su lugar, únicamente, y como defensa contra una agresión externa por parte de otro país, el Artículo 121, Inciso 6, establece que la Asamblea Legislativa autorizará al Poder Ejecutivo para declarar el estado de defensa nacional, solicitado por el Consejo de Gobierno (Artículo 147, Inciso 1). La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha confirmado lo anterior, al indicar que:

36. Ibid.

> *"La utilización de la fuerza y de las hostilidades en general contra otra nación sólo puede ser autorizada por el Gobierno de la República para la defensa del país, en los términos que lo indican el Artículo 121, Inciso 6, en relación con el 12 de la Carta Fundamental. La autorización para defender al país y para la realización de los actos que ella suponga es un acto material expreso - que no se puede presumir - y que tiene en el texto constitucional su regulación detallada. Fuera de este supuesto, no existe ninguna posibilidad constitucionalmente posible para que el Poder Ejecutivo autorice a los particulares la realización de actos hostiles. Sostener lo contrario, sin duda alguna, conllevaría la vulneración a los compromisos internaciones adquiridos por Costa Rica en relación con la paz y la seguridad internacionales(…) Al respecto es claro que el pueblo costarricense, cansado de una historia de muerte, enfrentamientos, de dictadores y marginación de los beneficios del desarrollo, eligió libre y sabiamente, a partir de mil novecientos cuarenta y nueve, recoger el sentimiento que, desde hace mucho acompañaba a los costarricenses, de adoptar la paz como valor rector de la sociedad. En esa fecha se cristaliza ese cambio histórico; se proclama un nuevo espíritu, un espíritu de paz y tolerancia. A partir de entonces simbólicamente el cuartel pasó a ser un museo o centro de enseñanza y el país adopta la razón y el derecho como mecanismo para resolver sus problemas interna y externamente. Asimismo, se apuesta por el desarrollo* humano y

proclamamos nuestro derecho a vivir libres y en paz. Ese día esta nación dio un giro; decidimos que cualquier costo que debamos correr para luchar por la paz, siempre será menor que los costos irreparables de la guerra. Esa filosofía es la que culmina con la "Proclama de neutralidad perpetua, activa y no armada" de nuestro país (…)" [37]

Una vez analizadas las diferentes Constituciones Políticas que han regido en Costa Rica y, observando, particularmente el tratamiento del tema de la "Declaratoria de guerra", pueden señalarse los siguientes aspectos:

- El tema fue desarrollado en varias de las Constituciones Políticas que existieron en Costa Rica en el siglo XIX y el siglo XX.

- En la mayoría de ellas, la "Declaratoria de guerra" se hacía como un acto jurídico en el que participaba el Poder Legislativo autorizando al Ejecutivo. En este sentido, se observa cómo se siguió la línea de pensamiento que se estableció en la Antigüedad, en Roma, en cuanto a la participación de ambos poderes en el desarrollo de este importante acto.

- En la actualidad, la Constitución Política costarricense, que data de 1949, le da un tratamiento al tema que impide que el país le declare la guerra a otras naciones. Las constituciones políticas de la República de Bolivia y la República del Paraguay establecen condiciones similares a la normativa nacional.

5. Conclusiones

1. El tema de la "Declaratoria de guerra" es una institución jurídica y política que encuentra sus orígenes en la Antigüedad. Es posible encontrar regulaciones al respecto, en la civilización occidental, desde la Roma Antigua.

2. En la primera etapa del desarrollo de Roma, anterior incluso a la etapa de la Monarquía Romana, el *pater familias* era el dueño legal del hogar y de todos sus miembros; era la máxima autoridad y tomaba las armas, en caso necesario, para defender la familia.

   Durante la etapa de la República (entre el 570 y el 44 a.C.), en la cual Roma se convierte en potencia económica y militar, la "Declaratoria de guerra" pasa a ser un acto complejo, ya que requiere de la participación de los cónsules y del senado, para efectuarse.

3. Durante la Edad Media y el Renacimiento, se desarrolla la teoría de la "Guerra Justa", la que menciona aspectos obligatorios para que el inicio de hostilidades tuviera un fundamento jurídico válido. En ese período histórico, particularmente durante la etapa en la que se empieza a concentrar el poder en la figura del monarca, como máxima autoridad, se estableció que la potestad de la "Declaratoria de guerra" residía, de forma exclusiva, en él, sin la participación de los parlamentos o cortes en la toma de esta decisión que afectaba los destinos del Estado.

4. En la actualidad, la "Declaratoria de guerra" se concreta mediante un documento formal. En este sentido, en la mayor parte de la normativa constitucional latinoamericana, puede observarse que se siguen diversos modelos para hacer la "Declaratoria de guerra": a) El modelo en el que es un acto conjunto del Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo; b) El modelo en el que el Poder Ejecutivo tiene la potestad de hacer la declaración, de forma excepcional, sin la participación del Poder Legislativo, cuando este se encuentre en receso; c) El modelo en el que el Poder Ejecutivo actúa por sí mismo, sin participación del Poder Legislativo; d) El modelo en el que es el Poder Legislativo el que declara la guerra por sí mismo, sin participación del Ejecutivo.

5. El tratamiento que le ha dado la normativa constitucional costarricense al tema de la "Declaratoria de guerra", antes de nuestra Constitución Política vigente, puede apreciarse en varias de ellas: Constitución de la República Federal de Centroamérica (1824), Ley de Bases y Garantías (1841) y Constituciones Políticas de 1848, 1859, 1869 y 1871.

La Constitución Política vigente, del 7 de diciembre de 1949, debido a la proscripción del ejército, como institución permanente (Artículo 12), y la posterior proclama de neutralidad perpetua, del 17 de noviembre de 1983, indican que en Costa Rica no existe la posibilidad jurídica de la "Declaratoria de guerra". En su lugar, y como defensa ante una agresión externa, se establece que la Asamblea Legislativa autorizará al Poder Ejecutivo para declarar el estado de defensa nacional, solicitado por el Consejo de Gobierno.

37. SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Voto 2004-09992, San José, a las catorce horas con treinta y un minutos del ocho de setiembre del dos mil cuatro.

6. Bibliografía

Clausewitz, C. von.-De la guerra, Madrid, La Esfera de los Libros, 2005

Contamine, P..-La Guerra en la Edad Media, Barcelona, Labor, 1984 Fuller, J.F.C..

Horowitz, I.L..-La idea de la guerra y la paz en la filosofía contemporánea, Buenos Aires, 1960

Walzer, M..-Guerra, política y moral, Barcelona, Paídos, 2001 Zin, H..-Sobre la guerra: la paz como imperativo moral, Barcelona, Debate, 2007

http://www.google.co.cr/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=8&ved=0CE4QFjAH&url=http%3A%2F%2Fwww.revistas.ucr.ac.cr%2Findex.php%2Fanuario%2Farticle%2Fdownload%2F3013%2F2923&ei=_t0sUoPkF43a8wS9kYC4BQ&usg=AFQjCNHBNUAEUC7b3oXn6wGifY2fujRZg&bvm=bv.51773540,d.eWU

http://www.citasyproverbios.com/frases.aspx?tema=Guerra&page=1

http://www.citasyproverbios.com/frases.aspx?tema=Guerra&page=1

http://www.historialago.com/leg_01031_lafamilia_01.htm

http://www.unav.es/hAntigua/textos/docencia/roma/practicas/didrom5.html

http://es.wikipedia.org/wiki/Guerra_justa

http://es.wikipedia.org/wiki/Francisco_de_Vitoria

http://es.wikipedia.org/wiki/Domingo_de_Soto

http://es.wikipedia.org/wiki/Luis_de_Molina

http://www.uam.es/personal_pdi/derecho/jarsey/3publicaciones/librodeclaraciondeguerra.pdf

http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/constudies.html

http://www.google.co.cr/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=8&ved=0CE4QFjAH&url=http%3A%2F%2Fwww.revistas.ucr.ac.cr%2Findex.php%2Fanuario%2Farticle%2Fdownload%2F3013%2F2923&ei=_t0sUoPkF43a8wS9kYC4BQ&usg=AFQjCNHBNUAEUC7b3oXn6wGifY2fujRZg&bvm=bv.51773540,d.eWU

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. 2004-09992, San José, a las catorce horas con treinta y un minutos del ocho de setiembre del dos mil cuatro

LA CLÁUSULA DE LA NACION MÁS FAVORECIDA Y LA EFICACIA ANTE TERCEROS DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES

Lic. Carlos German Pantoja Murillo[1*]

RESUMEN:

La aplicación efectiva de los Tratados tiene un área sobre la cual no existe uniformidad de criterios cual es el tema de la eficacia de estos instrumentos sobre terceros Estados. La Cláusula de la nación más favorecida ofrece un ejemplo que se remonta en la historia hasta alcanzar gran diversidad de aplicaciones y gozar de aceptación generalizada, siendo un caso típico de estipulación a favor de terceros Estados.

PALABRAS CLAVE:

Cláusula de la nación más favorecida (en adelante Cláusula NMF) – Eficacia de los tratados –Estipulación a favor de Tercero.

1. INTRODUCCIÓN

Dentro del vasto tema del derecho de los Tratados, uno de los aspectos que ofrece mayor interés es el de los efectos de estos instrumentos internacionales. Al tema, le dedican los especialistas en derecho internacional su atención, si bien que en el caso de los tratadistas de manera marginal. En nuestro caso, trataremos con detalle el efecto de los tratados fuera del ámbito de las partes contratantes, o sea la eficacia de estos cuerpos normativos internacionales, en lo que respecta a terceros Estados u organizaciones.

El artículo 34 de la Convención de Viena sobre derecho de los Tratados establece,

1. [*] Abogado por la Universidad de Brasilia. Egresado del programa de Licenciatura en Estudios Latinoamericanos de la Universidad Nacional de Costa Rica 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.

como regla general, acerca de los efectos de los tratados respecto de terceros Estados - es decir, aquellos que no son parte del tratado -, lo siguiente: “Un tratado no crea obligaciones ni derechos para un tercer Estado sin su consentimiento”.[2]

Existen tratados que creando o modificando situaciones jurídicas objetivas, producen en el seno de la comunidad internacional el efecto de la exhortación al reconocimiento. Otros, abiertamente, repercuten sobre terceros, no como normas jurídicas, sino como hechos consumados. Particularmente, cuando estos efectos trascienden a las partes contratantes es cuando más interés despierta esta materia para el jurista, vista la polémica evolución que la materia ha tenido. Es decir, cuando tenemos el caso de tratados que despliegan sus efectos sobre terceros, no como una situación de facto, sino en la hipótesis en que el tratado realmente opere como norma sobre terceros, sean estos determinados o determinables, sea en el sentido de conferirles derechos o en el sentido de obligarlos.

Haremos a continuación un abordaje general de la problemática que plantean estos efectos sobre terceros, poniendo especial énfasis en la Cláusula NMF, la que veremos en sus peculiaridades a fin de distinguirla de situaciones similares, del mismo género, pero cuyas características prioritariamente políticas, donde destaca la falta de un acuerdo previo, las diferencian de nuestro tema, de naturaleza predominantemente jurídica y caracterizada por la realización de un tratado que fundamenta el privilegio del Estado beneficiado.

Es útil ahondar en estos temas, pues es en la praxis, que el derecho se vivifica en el contacto con la realidad.

2.- LA EFICACIA DE LOS TRATADOS.

El vocablo Tratado proviene del francés “traiter”, negociar, y este del latín “tractus”. Los tratados se rigen mayoritariamente por el derecho internacional y solo algunos aspectos se norman con base en el derecho interno de los Estados que lo celebran. Así, a pesar de que en su origen histórico y procedimental el tratado es, como decía el maestro Andrés Bello, un “contrato entre naciones”. El impulso y desarrollo del Derecho Internacional ubican estos instrumentos jurídicos bajo la normativa de la Convención de Viena de 1969 y, principalmente, bajo la tutela de los principios del Derecho Internacional recogidos en ella. De este modo, el artículo 26 fija la premisa de que “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido

2. Citado por JIMENEZ DE ARECHAGA, Eduardo. *El Derecho internacional contemporáneo*. Editorial Tecnos, Barcelona. 1980. pág. 64. Dicha Convención se tramitó en Costa Rica como proyecto de ley bajo el expediente 11.848 en la Asamblea Legislativa y fue aprobada por medio de la ley N°6441. El 20 de mayo de 1980 el Presidente Carazo vetó la aprobación de esa convención aprobada el 16 de abril del mismo año. La argumentación del veto se fundamentó que la Asamblea Legislativa no tomó en cuenta las reservas que el Poder Ejecutivo formuló al firmarla, por razones de inconstitucionalidad, a los artículos 11, 12 y 25, no habiendo aprobado tampoco las reservas interpretativas (hoy llamadas cláusulas interpretativas) en relación a los numerales 27 y 38. Véase sobre el tema a JANA SÁENZ, Jaime *El derecho de los tratados y su régimen jurídico en Costa Rica*, p. 17 y 73 a 75). Finalmente, nuestro país aprobó esta convención, mediante la ley 7615 del 24 de julio de 1996.

por ellas de buena fe”. Esta cláusula no es otra cosa que la positivización del pilar básico del ordenamiento entre las naciones “pacta sunt servanda”[3] que expresa un principio apriorístico como lo es la necesaria confianza que surge del enunciado “los tratados se deben cumplir”. En caso contrario ¿Qué sentido tendrían los compromisos pactados?

Otro principio que afecta la eficacia de los tratados está contenido en el artículo 28 de la Convención de Viena de 1969, que alude a la aplicación de los Tratados en el tiempo, estipulando que “un Tratado no obligará a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del Tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir”.

El objeto fundamental de la negociación de un Tratado es la creación de normas jurídicas, generando con su suscripción y ratificación verdaderas obligaciones y recíprocamente nuevos derechos. Para conocer sus alcances debe examinarse el nuevo instrumento en su contenido, para someterlo luego a escrutinio y determinar su correspondencia en relación con otros instrumentos aplicables por principio de especialidad y en atención al ius cogens imperante en el ámbito de la respectiva negociación.

El prestigioso maestro francés Charles Rousseau[4] comienza el estudio de los efectos de los tratados fuera de las partes contratantes señalando el Principio de la relatividad de los tratados, que consiste en que “En principio los tratados sólo producen un efecto relativo, ya que no pueden perjudicar, ni beneficiar a terceros. Por la aplicación pura y simple de la regla *“res inter alias acta nec nocere nec procere potest*”, sus efectos jurídicos están estrictamente limitados a los Estados contratantes.

Sin embargo, señala el mismo autor, sería erróneo entender literalmente este principio, pues “se presentan casos en los que un tratado beneficia a terceros Estados o resulta obligatorio para ellos”. Así, en el primer caso, sea el de los Tratados que benefician a terceros Estados, tenemos las siguientes posibilidades:

1. Tratados que benefician “ipso facto” a terceros Estados. Entre ellos están los relativos a materias de telecomunicaciones, que benefician de modo inmediato y de pleno derecho a terceros Estados. También, el derecho de paso beneficia a todos, tanto a terceros Estados como a los signatarios. Ello se manifiesta especialmente en materia de comunicaciones fluviales y marítimas: su aplicabilidad *erga omnes*, es un principio fundamental del estatuto convencional de los estrechos y canales internacionales.

2. Tratados que benefician a terceros Estados en virtud de una estipulación previa. La estipulación puede tener alguna de estas dos prioridades:

   a) Un alcance económico o,
   b) Un objetivo prioritariamente político (caso en que podemos estar frente a una estipulación a favor de tercero o frente a la Cláusula NMF).

3. La referida regla “Pacta sunt servanda” reproduce la locución latina que expresa el principio según el cual los acuerdos deben cumplirse, fundamento frecuentemente invocado para respaldar la obligatoriedad de los Tratados.
4. Véase del autor su clásico *Derecho Internacional Público*. 3ª ed. Ed. Ariel, Barcelona, 1966. pág. 58 y 59.

Rousseau encasilla la cláusula NMF en la primera hipótesis. Por nuestra parte consideramos que, si bien se trata del uso más frecuente, más adelante veremos que, desde el siglo XIX era utilizada en Tratados sobre prácticas consulares o derecho sucesorio, entre otros, superando el ámbito económico.

En la actualidad, la cláusula NMF es de aplicación general en el campo de las relaciones internacionales y, aunque ella es más frecuentemente utilizada en los acuerdos comerciales, aduaneros y de integración económica, puede también ser utilizada en otro tipo de tratados, como por ejemplo los relativos a comunicaciones; medios de transporte; reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales extranjeros; protección de las propiedades industrial e intelectual; reconocimiento de estudios, títulos y grados universitarios, autorización a pescadores extranjeros para pescar en aguas nacionales; privilegios e inmunidades de misiones diplomáticas, consulares, procesales, derecho de heredar, prácticas comerciales extranjeras en territorio nacional, etc.

La "Cláusula de la nación más favorecida" es una cláusula en virtud de la cual dos Estados se comprometen a hacerse beneficiar del trato más favorable que hayan acordado, o que en lo sucesivo puedan acordar, a terceros Estados. Esta derogación de la regla *res inter alias acta* tiene un alcance limitado, puesto que el trato de la nación más favorecida sólo se extiende al Estado beneficiario en virtud de una disposición convencional previa, en cuya elaboración ha intervenido, directamente, como parte contratante.[5] Es en virtud de ese acuerdo previo que los beneficios otorgados en el futuro a otro Estado u organización por la parte concedente le serán otorgados de manera automática, a la parte suscriptora de la primer convención sin que tenga que participar en una nueva negociación. Por lo tanto, se trata de uno de los casos en que, vía un tratado como fuente escrita del derecho internacional, se estipula una de las formas de afectación de un tercero, a partir de la obligación de extender los efectos de un acuerdo futuro, que figura como supuesto en el instrumento previo.

La Cláusula NMF entonces, es aquella por la que un Estado o una organización

5. Justamente esta participación anterior sirve de fundamento a posiciones como la de SORENSEN, que argumenta que: "Los derechos adquiridos por los Estados en las llamadas "cláusulas de nación más favorecida de los tratados" no son verdaderos ejemplos de derechos a favor de terceros. Los beneficios de tales derechos los disfrutan en virtud de sus propios tratados, que contienen dichas cláusulas. Estos tratados –por decir así- tienen un contenido variable; y, según la cláusula, los derechos que confieren resultan aumentados si a un tercer Estado se le concede un tratamiento más favorable por tratados posteriores o, con mucha frecuencia, por cualquier otro medio". Vid. SORENSEN, Max. ***Manual de Derecho Internacional Público***. 2ª reimp. Fondo de Cultura Económica, México, 1981. p.235-236. Sobre el particular parece poco productivo debatir si el derecho surge por la firma previa de un tratado que contempló la Cláusula NMF o si es el nuevo acuerdo entre uno de ellos y otro Estado es el que fija el contenido de la nueva relación entre los Estados suscriptores originales, al trasladar el contenido del acuerdo modificador de las circunstancias originales a tener efectos que cambian lo pactado en el primer tratado. Ello por cuanto se trata de dos caras de la misma moneda. Sin el acuerdo original, el Estado que no firmó se acuerdo que fija mejores condiciones no tendría acceso a las mismas pues, por si mismo, resulta insuficiente para lograr esas mejores condiciones. Sin el acuerdo subsiguiente las condiciones pactadas continuarían prevaleciendo sin mejora. Lo que está fuera de toda discusión es que un acuerdo nuevo, innova en el marco de las relaciones bilaterales y sus efectos alcanzan, con fundamento en un acuerdo previo, a un Estado que no es parte de ese nuevo tratado con asidero en una obligación anterior asumida por uno de los firmantes y solamente respecto de él.

se compromete a otorgar a otro Estado u organización todos los beneficios que pueda otorgar posteriormente a otro Estado u organización. De este modo, las partes determinan sus obligaciones y derechos no solo describiéndolas, sino que utilizan un parámetro que cambiará según el contenido de los nuevos acuerdos que puedan suscribir y que incorporarán modificaciones que, se entiende por anticipado, se considerarán adicionadas al tratado anterior. Por lo tanto, como dice Reuter, "El tratado determina una parte de sus efectos por referencia a otro tratado".[6] A la vez implica, a contrario sensu, que ningún Estado puede exigir a otro el trato de NMF a menos que tenga una obligación jurídica que lo imponga y sobre los temas objeto de la cláusula (Ejusdem Generis) no puede exigirse más, salvo en virtud del contenido de una cláusula de NMF, es decir con arreglo a la disposición de un tratado en el cual se prometa el trato de NMF.

3. LA ESTIPULACIÓN A FAVOR DE TERCERO.

Está firmemente asentado que la estipulación a favor de Tercero es una institución de derecho interno. Según nos recuerda ROUSSEAU, [7] la práctica internacional se resiste, habitualmente, a admitir que los *pacta in favorem tertii*, puedan procurar no sólo ventajas, sino verdaderos derechos a terceros Estados.

Un recuento de la evolución de la doctrina internacionalista es hecho por el eminente ex-Juez de la Corte Internacional de Justicia, JIMENEZ DE ARECHAGA. Dice el profesor uruguayo que:

> "Cuando la Comisión de Derecho Internacional examinó este tema, dos escuelas de pensamiento se pusieron en evidencia. Según la primera, la estipulación para otro constituye la oferta de un derecho al tercer Estado y debe ser aceptada por este para llegar a ser efectiva; la fuente del derecho, como en el caso de las obligaciones, es el acuerdo colateral entre el tercer Estado y las partes del tratado original..."[8]

Según la otra escuela no hay nada en el Derecho Internacional que impida a dos o más estados crear efectivamente un derecho en favor de un tercer Estado, si así lo quieren, y siempre que esa intención exista, el tercer Estado tiene el derecho a invocar, directamente y por su cuenta, la disposición que le confiere ese derecho, el que no depende de ningún acuerdo colateral entre el tercer Estado y las partes del tratado, y por la tanto la negativa de la parte obligada a reconocer y cumplir el derecho conferido al tercer Estado constituiría una violación de la regla Pacta sunt servanda.

Uno de los rasgos característicos de la estipulación en favor de terceros es que el

6. Vid. REUTER, Paul. *Introducción al Derecho de los Tratados*. 2ª ed., México, Fondo de Cultura Económica-UNAM, 2001, p. 139.
7. Véase, ROUSSEAU, Charles. *Derecho Internacional Público*. 3a. ed., Ariel, Madrid. 1966. pág. 58.
8. Vid JIMENEZ DE ARECHAGA, op. cit. p.66 y 67. En el mismo sentido lo señala VARGAS CARREÑO, E. en su op. cit. pág. 146-147. Sobre el tema escribe REUTER que: "se propusieron dos teorías durante la discusión: una basada en el acuerdo colateral, la otra en la stipulation pour autrui. Mediante esta última los terceros beneficiarios disfrutarían estos derechos de inmediato, independientemente de su aceptación. La comisión estaba dividida sobre este punto, con una ligera mayoría a favor de la teoría del acuerdo colateral. (Vid REUTER nota 4. pág. 135)

tercer Estado puede indicar simplemente por su conducta -ipsis rebus et factis - su disposición a reclamar y ejercer el derecho estipulado en su favor".

Resulta evidente que la situación real es que el tercer Estado está aprovechándose de un derecho pre-existente y no celebrando un segundo acuerdo colateral. En una etapa posterior, la Comisión de Derecho Internacional cambió su enfoque en 1966 y abandonó la tesis del acuerdo bilateral, al suprimir el requerimiento del asentimiento expreso o implícito del tercer Estado beneficiario".

La disposición propuesta por la Comisión y aprobada en la Convención de Viena de 23 de mayo de 1969 dice:

> " ***Artículo 36:*** *Una disposición de un tratado dará origen a un derecho para un tercer Estado sí con ella las partes en el tratado tienen la intención de conferir ese derecho al tercer Estado o a un grupo de Estados al cual pertenezca, o bien a todos los Estados, y si el tercer Estado asiente a ello., Su asentimiento se presumirá, mientras no haya indicación en contrario, salvo que el tratado disponga otra cosa".*

La norma comprende desde la estipulación a favor de otro – inspirada en el derecho privado y compatible con el derecho de gentes – hasta la apertura de los tratados multilaterales a la adhesión.

Este texto sigue requiriendo el asentimiento del Estado beneficiario, pero se presume que tal asentimiento existe mientras no haya manifestaciones de la voluntad de dicho Estado que indiquen el deseo de rechazar el contenido de lo que se ha estipulado a su favor. Para JIMENEZ de ARECHAGA:[9]

"esta es una típica ficción jurídica, es decir, un procedimiento que da a un nuevo concepto jurídico la forma verbal del viejo concepto a fin de facilitar su absorción en el "corpus" de normas existentes. La presunción de asentimiento demuestra claramente que el "jus tertii" es creado por el tratado y que la conducta del Estado tercero al ejercitar ese derecho no constituye una expresión de asentimiento a un segundo acuerdo sino el acto de apropiarse de derechos que derivan directamente del tratado principal. El tercer Estado, que adquiere el derecho en virtud de la estipulación primitiva, tiene naturalmente la opción entre dos posibilidades: apropiarse del derecho o renunciar a él. Pero el derecho existe antes que haga esta elección."

A través de la estipulación a favor de terceros, se han ampliado los moldes clásicos de la institución contractual, de forma que sus efectos alcancen a terceros ajenos a la concertación del acuerdo, remediándose parcialmente la carencia en el mundo internacional de un legislador competente para dictar normas de derecho objetivo susceptibles de una aplicación generalizada.

4. ANTECEDENTES DE LA CLÁUSULA DE LA NACIÓN MÁS FAVORECIDA.

Los orígenes de la cláusula de la nación más favorecida se remontan al siglo XI. En la Edad Media, los comerciantes procuraban asegurarse ante todo un monopolio en la explotación de un mercado extranjero que,

9. Cfr. JIMENEZ DE ARECHAGA, E. op. cit. pág. 69.

por lo mismo, era un mercado difícil y distante. Pero, cuando el desarrollo del comercio hizo estériles esos esfuerzos y, por consiguiente, los comerciantes no consiguieron excluir a sus competidores de un determinado mercado, trataron de obtener al menos las mismas oportunidades que sus rivales. Así, a pesar de los celos y la competencia los mercaderes de las ciudades mercantiles de España, Francia e Italia se vieron obligados a conformarse con disfrutar de igualdad de oportunidades en los países extranjeros. La insistencia de las ciudades españolas y francesas del Mediterráneo consiguió que los príncipes árabes de África occidental concedieran a los mercaderes de esas ciudades franquicias en virtud de las cuales se les otorgaba el mismo tratamiento que a los ciudadanos de Venecia y, después, a los de Pisa, Génova, Ancona y Amalfi.

A fines del siglo XV las estipulaciones se ampliaron en el sentido de que los privilegios concedidos al beneficiario no se reducían ya a los otorgados a determinados países específicamente designados sino que se extendían a las ventajas concedidas a cualquier nación extranjera. Como ejemplos de tratados de este tipo moderno se cita el tratado comercial de 1486 entre Inglaterra y Bretaña y el tratado anglo-danés de 1490. [10] En el siglo XVII se utilizó la Cláusula en el Tratado comercial entre los Países Bajos y Suecia de Nimega en 1679 en los siguientes términos:

> "(las partes contratantes) ad minimum privilegiis, libertatibus, immunitatibus et concessionibus utantur, fruantur, parique favore in omnibus gaudeant, quibus amicissima quaevis gens extera utitur, fruitur gaudetque aut in posterum uti, frui aut gaudere possit."[11]

Poco después, en el tratado celebrado entre Inglaterra y Portugal el 29 de enero de 1692, la cláusula adopta la forma unilateral y en ella la nación más poderosa asegura para sí, a cambio de alguna concesión más o menos importante, el trato de la nación más favorecida. Así, especifica que "los súbditos de la Gran Bretaña disfrutarán de todas las inmunidades concedidas a los súbditos de cualquier otra nación aliada de Portugal".[12]

Como uno de los primeros antecedentes tenemos en el Tratado de cesión entre los Estados Unidos y Francia (la compra de

10. El primer informe del relator especial sobre NMF de la Comisión Jurídica Internacional hace una reconstrucción histórica con base en las siguientes obras: S. Basdevant, «Clause de la nation la plus favorisée», en A. G. de Lapradelle y J.-P. Niboyet, *Répertoire de droit international,* París, Recueil Sirey, 1929, t. III, págs. 464 y 468; A. Nussbaum, *A Concise History of the Law of Nations,* Nueva York, MacMillan, 1954, ed. rev., pág. 33; B. Nolde, «Droit et technique des traités de commerce» y «La clause de la nation la plus favorisée et les tarifs préférentiels», *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye, 1924* (II), t. 3, pág. 295, e *¡bid., 1932.* t. 39, pág. 5; G. Schwarzenberger, «The Most-Favoured-Nation Standard in British State Practice», *The British Yearbook of International Law, 1945,* Londres, Oxford University Press, vol. XXII, pág 97. Nuestro relato histórico se basa en este reporte excepto cuando se cita otra fuente.
11. Las partes contratantes "disfrutarán al menos los privilegios, franquicias, inmunidades y las concesiones que hagan uso y disfrutarán del favor de la igualdad del que haga uso una nación amistosa extranjera cualquiera, gozarán de igualdad al hacer uso actual o futuro (del trato) que puedan disfrutar"
12. Citado por G. P. Verbit, «Preferences and the public law of international trade: the end of most-favoured-nation treatment?», *en* Académie de droit international de La Haye, Colloque 1968: *Les accords de commerce international,* Leiden, Sijthoff, 1969, s. 19 a 56 cfr. USTOR, Endré. *Cláusula de la nación más favorecida. Doc. A/CN.4/213.* In. Anuario de la Comisión de Derecho Internacional. 1969. Vol. II, Documentos del 21° período de sesiones incluso el informe de la Comisión a la Asamblea General. Naciones Unidas, Nueva York, 1970. p.168.

Luisiana) del 30 de abril de 1803. En el artículo octavo se estipula que se dará a las naves de Francia el mismo trato de las naciones más favorecidas en los puertos del territorio objeto de la cesión.

La Convención destinada a regular el comercio entre los Estados Unidos y los Territorios de Su Majestad Británica, de fecha 3 de julio de 1815 también recoge un ejemplo antiguo de aplicación de la cláusula NMF. La parte pertinente del artículo II dice así:

> " [...] No se impondrán más derechos aduaneros ni derechos más onerosos a la importación a los Estados Unidos de cualesquier artículos que sean fruto, producto o manufactura de los territorios de Su Majestad Británica en Europa [...] que los que se pagan o deban pagarse sobre artículos análogos que sean fruto, producto o manufactura de cualquier otro país extranjero [...]."

La historia del derecho generalmente viene precedida de la historia de la economía y de la política. Varios autores citan como la Cláusula NMF sirvió de marco jurídico para perpetuar las desiguales condiciones en las que se negoció luego de la guerra del opio entre el Imperio Británico y el Chino. De hecho, Henry Kissinger cataloga dicha negociación de "esencialmente humillante" indicando que el tratado de Nanjing y el suplementario tratado de Bogue concedieron más al ganador que su predecesor, la Convención de Chuan-pi. [13]

Después del tratado Británico "El Presidente de los Estados Unidos John Tyler envió una misión a China para lograr concesiones similares para los estadounidenses, lo que sería conocido después como la política de "Puerta Abierta". El gobierno Francés negoció su propio tratado en términos análogos. Cada uno de esos países incluyó una "Cláusula NMF" que estipulaba que cualquier concesión ofrecida por China a otros países debía también ser otorgada al signatario" [14]

Incluso en el artículo 27 del Tratado de Versalles, impuesto a Alemania luego de la I Guerra Mundial, se obligo al vencido, sin reciprocidad alguna, a extender en forma simultánea a todos los países aliados, las ventajas que, respecto a la importación o exportación, o tránsito de mercaderías, conviniere conceder a cualquiera de ellos o

13. Vid. KISSINGER, Henry. *On China*. The Penguin Press, New York, 2011. p.53 y siguientes. En su relato menciona que, dentro de las condiciones impuestas, destacan el pago de una indemnización de $ 6 millones, la cesión de Hong Kong y la apertura de las costas por medio del Tratado de los puertos, incluyendo el derecho de disponer de misiones permanentes en las ciudades puerto y de negociar directamente con las autoridades locales, sin requerir de la Corte en Beijing. Adicionalmente incluyó el derecho de ejercer jurisdicción sobre sus nacionales residentes en los puertos "abiertos" de China, introduciendo en la negociación el principio de extraterritorialidad. Sin embargo, cada concesión china tendía a generar demandas adicionales de Occidente. Estos tratados son justamente abominados en la historia china como los primeros en una secuencia de "tratados desiguales", conducidos bajo la sombra de la fuerza militar extranjera.
14. El Tratado de Nanjing fue seguido por dos acuerdos complementarios con los ingleses en 1843. In addition, in July 1844 China signed the Además, en julio de 1844 China firmó el Treaty of Wanghia (Wangxia) with the Tratado de Wangsia (Wangxia) con losUnited States and in October the Estados Unidos y en octubre el Treaty of Whampoa (Huangpu) with Tratado de Whampoa (Huangpu) con France . Francia . Este período de la Puerta Abierta sirvió de base para incursiones posteriores, con consecuencias como la pérdida de la autonomía arancelaria, la extraterritorialidad (exención de la aplicación o jurisdicción de las leyes locales o de los tribunales), y la libre circulación de los misioneros. These arrangements made up a complex of foreign privileges by virtue of th

a otro país extranjero, en lo que podríamos llamar aplicación incondicional unilateral y sin compensación de la cláusula NMF.

Otro ejemplo destacable lo ofrece la Convención entre los Estados Unidos y Alemania del 14 de octubre de 1925, que establecía en su artículo 7°:

"Toda ventaja de cualquier clase que cualquiera de las Altas Partes Contratantes otorgue con respecto a cualquier artículo que sea fruto, producto o manufactura de cualquier país extranjero se concederá simultánea e incondicionalmente, sin necesidad de solicitud y sin compensación, a un artículo análogo que sea fruto, producto o manufactura de la otra Alta Parte Contratante."

La NMF no ha carecido de controversias.[15] Por ejemplo, en junio de 1932 se firmó la Convención de Ouchy, que fue negociada entre Bélgica y Luxemburgo y Holanda. En la Convención, los tres países acuerdan una reducción gradual de las barreras arancelarias y la creación de una unión aduanera. La convención fue basada en el Acuerdo de Oslo de 1930 y se adhería la reducción de las tarifas de comercio. Indica Viner que:

En virtud de este Convenio, negociado en Ouchy, pero firmado en Ginebra el 18 de julio de 1932…las Partes convinieron en que no se efectuarían aumentos en los derechos existentes, ni se aplicarían nuevos derechos sobre las importaciones entre ellos; en que no se impondrían nuevos derechos sobre las

15. Como ejemplo citamos los casos de Thomas W. Bartram contra William H. Robertson Estados Unidos de América: Corte Suprema, 23 de mayo de 1887 y de James F. Whitney y otros contra William H. Robertson (Recaudador del puerto de Nueva York) Estados Unidos de América: Corte Suprema, 9 de enero de 1888 en los que importadores de azúcar de Santa Cruz, protectorado danés y de la República Dominicana reclamaron que se les aplicara el mismo trato que los Estados Unidos estableció a favor de las Islas de Hawai. La Suprema Corte de los Estados Unidos decidió de manera similar ambos casos, declarando en el segundo que conforme al texto del tratado suscrito con la República Dominicana: *"No se impondrán más derechos aduaneros ni derechos más onerosos sobre la importación a los Estados Unidos de ningún artículo que sea fruto, producto o manufactura de la República Dominicana o de sus pesquerías, ni se impondrán más derechos aduaneros ni derechos más onerosos sobre la importación a la República Dominicana de ningún artículo que sea fruto, producto o manufactura de los Estados Unidos o de sus pesquerías, que los que se pagan o deban pagarse sobre artículos similares que sean fruto, producto o manufactura de cualquier otro país extranjero o de sus pesquerías".*
[...] El artículo 9 del Tratado celebrado con esa República [...] es análogo en el fondo al artículo 4 del Tratado concertado con el Rey de Dinamarca [...]. Es un compromiso de las partes contratantes de que no habrá legislación discriminatoria contra la importación de artículos que sean fruto, producto o manufactura de sus respectivos países en beneficio de artículos de carácter análogo importados de cualquier otro país. No tiene un alcance mayor. No se tuvo nunca el propósito de impedir concesiones especiales". Al amparo de estas concesiones especiales, declara la ley tributaria de aplicación obligatoria desconociendo las obligaciones basadas en los tratados pues al obligarse, interpreta el Tribunal, que no tuvo la intención de limitar la posibilidad de celebrar acuerdos con concesiones especiales. Fijando una doctrina que se ha mantenido en el tiempo, sostiene la igualdad entre Tratado y ley interna de acuerdo a la Constitución, la necesaria existencia de una ley interna que le de vida al tratado, la prevalencia de la norma más reciente y la facultad del Congreso de modificar por medio de ley posterior cualquier Tratado. Concluye fijando un canal político a la insatisfacción de cualquier Estado afectado. "*Si el país con el que se ha firmado el tratado no está satisfecho de las medidas del poder legislativo, puede presentar su queja al Jefe del poder ejecutivo y adoptar cualesquier otras medidas que considere indispensables para la protección de sus intereses [...].En tanto un Tratado celebrado por los Estados Unidos con cualquier nación extranjera pueda ser objeto de decisión judicial en los tribunales de ese país, está sujeto a cualesquier leyes que el Congreso pueda aprobar para su vigencia, modificación o derogación."*

importaciones procedentes de otros países con los que existieran relaciones convencionales a menos que tales Estados hubiesen aumentado previamente sus propias barreras comerciales; en que los derechos existentes sobre las importaciones entre ellos se reducirían en un 10 % por año, hasta que la reducción total alcanzara al 50% en que no se impondrían nuevas barreras que no fueran derechos de importación sobre las importaciones entre ellos y en que otros Estados podrían participar libremente en el Convenio y podrían hacerse extensivos sus beneficios a países no participantes si éstos cumplieran en la práctica con sus condiciones.[16]

Tanto Bélgica como Holanda tenían tratados comerciales que contenían la NMF con el Reino Unido y otros países. La Convención de Ouchy contenía una cláusula que no permitía que el Convenio entrara en vigor hasta que estos países hubiesen renunciado a esos derechos. En la Conferencia Económica del Imperio Británico en Ottawa de Julio-Agosto de 1932, el Reino Unido se opuso a la interpretación Belga-Holandesa de la NMF de la Convención de Ouchy. El rechazo del Reino Unido a renunciar a sus derechos como NMF se concretó en una resolución que declaraba que no se podía permitir que los acuerdos regionales derogaran obligaciones relativas a la aplicación de la cláusula NMF. Además, el hecho de que los Estados Unidos no respondiera a la solicitud de renuncia, hizo que la convención fracasara, sin siquiera haber entrado en operación.[17]

5. LOS ESFUERZOS DE CODIFICACIÓN.

Indica Vargas Carreño que: "por su importancia y complejidad, la Comisión de Derecho Internacional, y la Conferencia de Viena, decidieron que la Cláusula NMF debería ser objeto de una Codificación aparte, por lo cual su reglamentación no se encuentra contenida en la Convención sobre el Derecho de los Tratados".[18] En la práctica se realizaron varios esfuerzos por lograr un articulado que permitieran una aplicación para la mayoría parte de las cláusulas de NMF y para las cláusulas de trato nacional.

El tema de la Cláusula NMF fue tratado por primera vez por el Comité de Derecho Internacional en 1964, cuando se examinaba la cuestión de los tratados y los terceros Estados. Después de considerar la materia, el Comité

16. VINER, Jacob. *The Customs Union Ussue, Studies in the administration of international law and organization.* N° 10, Nueva York, Carnegie Endowment for International Peace, 1959, p. 30 y 31 cit. por USTOR, Endré. *Cláusula de la nación más favorecida. Proyecto de artículos con comentarios.* In. Anuario de la Comisión de Derecho Internacional. 1975. Vol. II, Documentos del 27° período de sesiones incluso el informe de la Comisión a la Asamblea General. Naciones Unidas, Nueva York, 1976. p.15.
17. La Convención fue revivida con el fin de la Segunda Guerra Mundial, por la creación del BENELUX. Eso debió también ser una inspiración para el memorándum del BENELUX de 1955, como fue presentado en la Conferencia de Messina de ese año. Vid. CLUTE, Robert, y Robert R. Wilson. *The commonwealth and favored- nation usage. In. The American Journal of International Law*, Vol. 52, No. 3, USA, July 1958, pág. 465. El artículo cita literalmente la resolución en estos términos: "that foreing countries wich had existing treaty obligations to grant most favoured nation treatment to the products of particular parts of the commonwealth could not be allowed to override such obligations by regional arrangements of the character in question". (que los países extranjeros que tenían obligaciones, producto de tratados existentes, de conceder el trato de nación más favorecida a los productos de determinadas partes de la mancomunidad, no se pueden permitirse anular tales obligaciones mediante acuerdos regionales del sujeto en cuestión).
18. Cfr. VARGAS CARRENO, Edmundo. *Introducción al Derecho Internacional*. Vol. I. Editora Juricentro, San José, 1979. pág. 146.

concluyó que la Cláusula NMF no sería considerada en la codificación de la Convención sobre derecho de los Tratados, dejándola para su consideración futura de manera apropiada como asunto sometido a un estudio especial.

En la 19° sesión, en 1967 el Comité le dedicó un lugar en su programa de trabajo. Por medio de la resolución 2272 (XXII) de 1 de diciembre de 1967, la Asamblea General recomienda que el Comité deberá estudiar el tema de la Cláusula NMF en el derecho de los Tratados.

El Comité analizó el tópico en sus sesiones 20°, 21°, 25°, 27°, 28°, y 30° en 1968, 1969, 1973, 1975, 1976 y 1978 respectivamente, el Comité designó al profesor hungaro Endre Ustor y luego a Nicolai A. Ushakov como relatores. También se elaboraron trabajos y reportes con información suministrada por Gobiernos y Organizaciones Internacionales por parte del Secretariado.

La Asamblea General, en resolución 31/97 del 15 de diciembre de 1976 acogió la primera redacción del elenco de artículos y recomendó al Comité que debería concluir una segunda redacción con los comentarios recogidos de los Estados miembros, de organismos de las Naciones Unidas con competencia sobre la materia y con organizaciones intergubernamentales interesadas.

En 1978 el Comité adoptó un elenco de artículos sobre la cláusula NMF y lo recomendó a la Asamblea General de la ONU para que fuera usado para una Convención sobre el tema. La Asamblea General no actuó con base en la recomendación y no tomó acción sobre el tema.[19] Sin embargo, diversos trabajos tanto de la ONU como de otros organismos buscan retomar el tema de la Codificación. Además, los estudios realizados por el Comité han sido la base de diversas resoluciones de tribunales internacionales sobre la materia.

Más recientemente, el Comité Jurídico Internacional retomó el tema tratándolo en sus últimas reuniones.[20]

19. En 1978, la Comisión de Derecho Internacional aprobó un proyecto de artículos sobre el tema de la cláusula de la nación más favorecida (cláusula NMF). El proyecto de 30 artículos elaborado por la Comisión abarcaba cuestiones como la definición de la cláusula NMF y el trato NMF (proyectos de artículo 4 y 5), el alcance de la cláusula, la base jurídica en derecho internacional del trato NMF, más convencional que consuetudinaria (proyecto de artículo 7), el alcance del trato NMF (proyectos de artículo 8, 9 y 10), el efecto de las cláusulas NMF condicionales e incondicionales (proyectos de artículo 11, 12 y 13), la fuente del trato que se ha de conceder en virtud de una cláusula NMF (proyectos de artículo 14 a 19), el momento en que nacen los derechos dimanantes de la cláusula NMF (proyecto de artículo 20), la terminación o suspensión de los derechos dimanantes de la cláusula NMF (proyecto de artículo 21) y la relación entre la cláusula NMF y un sistema generalizado de preferencias (proyectos de artículo 23 y 24), así como los casos especiales del tráfico fronterizo y del derecho de tránsito de los terceros Estados sin litoral La Asamblea General no tomó ninguna medida al respecto. En 2006, en el 58º período de sesiones de la Comisión de Derecho Internacional, el Grupo de Trabajo sobre el programa de trabajo a largo plazo debatió si debía reexaminarse la cláusula NMF e incluir el tema en el programa de trabajo a largo plazo, pero la Comisión no adoptó ninguna decisión al respecto. La Comisión solicitó entonces a los gobiernos que le transmitieran sus opiniones. Cfr. Naciones Unidas. *Informe de la Comisión de Derecho Internacional. 60º período de sesiones* (5 de mayo a 6 de junio y 7 de julio a 8 de agosto de 2008). Naciones Unidas, Nueva York, 2008. pág. 445. También pueden verse al respecto las siguientes actas de la Asamblea General. Res. 33/139 (1978), 35/161 (1980), y 40/65 (1985), y la decisión 43/429 (1988).
20. A partir de 2008 se formó un grupo de estudio para analizar el tema en la Comisión de Derecho Internacional. Otros organismos también se han centrado en este tema. La Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) ha elaborado un estudio sobre las cláusulas NMF, y lo mismo ha hecho la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), ambos citados en la bibliografía.

En virtud de esta falta de un texto de alcance internacional, es menester acudir a algunos convenios específicos y a la jurisprudencia internacional para, a partir de estas fuentes particulares, intentar establecer las líneas maestras que muestren los contornos de este instrumento.

Aunque Claudio BONNEFOY dijera que: "la Cláusula en sí tiene una naturaleza instrumental, que es sólo un mecanismo destinado a facilitar la negociación de las desagravaciones" su importancia ha crecido más allá de este ámbito alcanzando la extensión de otro tipo de ventajas no arancelarias en asuntos migratorios, fiscales, de inversión, consulares o educativos, derechos de herencia, y cautio judicatum solvy (caución por las costas). Esta expansión y su uso flexible le confieren una mayor trascendencia.

El interés que despierta este tipo de disposición por su utilidad en el mundo del comercio internacional es evidente. Puede constituirse en un instrumento para el multilateralismo pero también para la consolidación de bloques regionales y ello justifica de sobra el esfuerzo por sintetizar la función, las características y excepciones con las cuales normalmente se la ha utilizado.

Para el profesor VARGAS CARREÑO,[21] la cláusula NMF es aquella en virtud de la cual: "dos o más Estados se comprometen a beneficiarse recíprocamente del trato más favorable que hubieran acordado o que en el futuro acuerden a terceros Estados". Más recientemente se incluye en la definición a las organizaciones internacionales en su condición de sujetos del Derecho Internacional.

De este modo, cuando un determinado tercero, al que llamaremos beneficiario, sufre consecuencias directas de un tratado - generalmente bilateral - por fuerza de lo dispuesto en un tratado anterior, que lo vincula a una de las partes, denominada concedente. Tal perspectiva no se agota en el dominio de la Cláusula NMF, pues ya se indicó que se trata de una de las hipótesis de efecto sobre terceros de un tratado. Por considerarlo de valor didáctico veamos este ejemplo aplicado a la materia arancelaria:

Los Estados A y B celebran en 1975 un tratado de comercio en que se conceden favores mutuos, cada una de las partes promete gravar los productos originarios del otro con un arancel privilegiado. Queda establecido que si en el futuro uno de ellos viniese a tributar con un arancel aún menor los productos de cualquier otra nación, el co-pactante actual tendrá derecho inmediato de igual beneficio. Esto es, en líneas elementales, la Cláusula NMF. En 1990, B y C concluyen un tratado de igual género, de cuyo texto se desprende que los productos de C, cuando sean importados por B, tendrán un tratamiento tarifario más blando que el garantizado quince años antes a los productos de A. Tendremos entonces que A, conforme a la Cláusula NMF, recoge directamente los efectos benéficos del tratado firmado entre B y C, en el que él mismo no es parte. El beneficio se deriva del primer instrumento entre A y B donde la

21. Así según VARGAS CARREÑO, Edmundo. Loc. Cit.

cláusula indicada estaba consignada. [22] En este caso el primer instrumento es llamado "tratado Base".

Podemos entonces definir la Cláusula NMF como aquella estipulación que se inserta en muchos tratados internacionales, en virtud de la cual los signatarios se comprometen a concederse automáticamente en el futuro el mejor tratamiento que en una determinada materia puedan conceder cualquiera de ellos, a un tercer sujeto de Derecho Internacional. Surgida de los tratados comerciales se ha extendido posteriormente a otros tipos de tratados, en especial a aquellos en los que se concede determinados derechos individuales. A través de su evolución histórica ha experimentado muchas variaciones en cuanto a su interpretación y contenido. [23]

En materia comercial, la no discriminación se convirtió durante mucho tiempo en la médula del sistema internacional. Como efecto de esta vocación el artículo 1° del Acuerdo General sobre Aranceles y comercio (GATT) se llamó "Tratamiento general de nación más favorecida" con la intención de subrayar la orientación primaria de su eje de actuación. Se establecía que:

> "cualquier ventaja (…) concedida por cualquier parte contratante a cualquier producto (…) de cualquier otro país, será concedida inmediata e incondicionalmente a todo producto similar originario (…) de las demás partes contratantes (…)".
> Por su parte el artículo 2° refuerza esta orientación al disponer que: "*cada parte contratante concederá al comercio de las demás partes contratantes un tratamiento no menos favorable que el previsto en el (…) presente acuerdo*".

Llegado este punto, no parece aventurado decir con Ricupero[24] que la cláusula NMF, (MFN en inglés) "*sea la expresión positiva de la no discriminación, y la piedra fundamental sobre la cual fue edificado el régimen del GATT/OMC*". Se trata aquí, como ya adelantábamos, de un instrumento fundamental en el ejercicio del multilateralismo.

6. *PRINCIPIOS ORIENTADORES EN SU APLICACIÓN.*

Corrientemente, se reconocen varios principios que nortean la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida. Ellos se encuentran presentes en los diferentes casos de aplicación que reseñamos, por lo que creemos oportuno consignarlos.

El primero de los principios constantes es el de la gradualidad. Efectivamente, la aplicación de la Cláusula de la nación más favorecida se deriva de la constatación, por parte de las naciones contratantes, de

22. Sobre el ejemplo véase REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público. Curso elementar*. Editora Saraiva, São Paulo, 1989. p. 88.
23. Vid. MARTINEZ LAGE, Santiago y MARTINEZ MORCILLO, Amador. *Diccionario Diplomático Iberoamericano.* 2° ed., Instituto de Cooperación Iberoamericana, Madrid, 1993. p.34
24. Cfr. RICUPERO, Rubens. *Os Estados Unidos e o comércio mundial: protecionistas ou campeoes do livre-comercio*? In Revista Estudos Avançados, Vol. 16, N°46, Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo, Brasil , Dez. 2002. pág. 12.

la posibilidad, real y efectiva, de venir a conceder, en etapas subsecuentes de los procesos de negociación de instrumentos internacionales, condiciones, favores, ventajas o privilegios superiores a los que en el momento de la firma del tratado actual se quieren o se pueden dar.

El segundo de los principios está, como no podría dejar de ser, íntimamente relacionado al anterior. Se trata de la reciprocidad. Al tiempo que cada parte del tratado, está consciente de que ella misma puede venir en el futuro a conceder más de lo que en el momento se compromete a hacer o dar, también sabe que lo mismo puede ocurrir con su contraparte. Por ello, y en pie de igualdad, las partes esperan un comportamiento reciproco, en el sentido de que todas ellas saben que tendrán que extender el alcance de futuras concesiones mayores a las actuales al firmante del instrumento presente. Quedan entonces las partes con una expectativa de derecho común cual es la de tener acceso a una condición más favorable en el momento en que la contraparte otorgue ésta a un tercer Estado. El simple hecho de un trato más favorable es lo que se requiere para poner en marcha la operación de la cláusula. Este tratamiento puede basarse en un tratado, acuerdo o un acto unilateral, como una disposición legislativa o de otro tipo, o de mera practica. El Estado beneficiario, en razón de una cláusula NMF puede invocar la cláusula para también exigir los mismos beneficios que se extendieron a un tercer Estado. Dependiendo de la redacción de la cláusula NMF, el hecho de que el tercer Estado no se haya acogido a los beneficios que se le extendieron por parte del Estado anfitrión no exime a este Estado de la concesión de la obligación, en el marco de la cláusula NMF.

El tercero es el llamado principio Ejusdem Generis, cuyo contenido se perfila en ámbito de aplicación del derecho contenido, de tal manera que el Estado beneficiario no podrá invocar en virtud de la cláusula NMF otros derechos relativos al objeto de la cláusula que los que estén comprendidos en el ámbito de la misma.

Este principio circunscribe la aplicación de la cláusula NMF a aquellas materias sujetas a regulación por el tratado base. Por ejemplo, para McNair se explica la esencia de la regla de la forma gráfica siguiente:

> "Supongamos que una cláusula de la nación más favorecida contenida en un tratado comercial entre el Estado A y el Estado B dé derecho al Estado A a obtener del Estado B el trato que el Estado B conceda a cualquier otro Estado. Esta cláusula no daría derecho al Estado A a exigir al Estado B la extradición de un supuesto delincuente basándose en que el Estado B ha convenido en conceder la extradición de los supuestos delincuentes del mismo tipo al Estado C o si voluntariamente concede tal extradición. La razón de esto, que parece basarse en la intención común de las partes, reside en que la cláusula sólo opera respecto de la materia a que se referían los dos Estados cuando insertaron la cláusula en su tratado".[25]

25 A. D. McNair, *The Law of Treaties,* Oxford, Clarendon Press, 1961, pág. 287. Citado por USTOR, Endré. *Cláusula de la nación más favorecida. Proyecto de artículos con comentarios.* In Anuario de la Comisión de Derecho Internacional. Documento A/CN.4/266 1973. Vol. II. Documentos del 25° período de sesiones incluso el informe de la Comisión a la Asamblea General. Naciones Unidas, Nueva York, 1976. p. 102.

De este modo tenemos que por un tratado comercial no pueden ampararse beneficios relativos a inmunidades diplomáticas, o derechos aeronáuticos, sucesorios o sobre beneficios impositivos.

En materia de inversiones el principio ha sido clarificado por la decisión del caso Maffezini[26] y no ha cambiado en los muchos casos que le siguieron.

En materia del sujeto obligado debe verificarse que se trata de temas razonable y objetivamente comparables. El tratamiento previsto debe ser aplicado a situaciones objetivamente similares. Tratamientos diferentes están justificados a distintas partes que se encuentren en situaciones no asimilables.

En cuarto lugar tenemos el principio de aplicación sin perjuicio de la libertad de contratación. Si un país anfitrión le concede privilegios especiales o incentivos a un individuo a través de un contrato, él no adquiere la obligación, bajo la cláusula NMF, de tratar a otro inversionista de la misma manera. La razón es que el país anfitrión no se obliga, ni se le puede compelir a otorgar otro contrato de inversión individual. En este caso la libertad de contratación prevalece sobre la cláusula NMF. De este modo el inversionista extranjero que no entró dentro de un contrato no se encuentra en similares circunstancias con el tercer inversionista extranjero que sí concluyó el contrato negociado con el estado anfitrión. No se puede alegar discriminación, amparándose en la cláusula NMF. Este principio puede ser

26 El 18 de julio de 1997, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI o el Centro) recibió del señor Emilio Agustín Maffezini, nacional de la República Argentina (Argentina), una Solicitud de Arbitraje en contra el Reino de España (España). La solicitud se refiere a una controversia suscitada por el tratamiento que supuestamente recibió el señor Maffezini por parte de entidades españolas, en relación con su inversión en una empresa para la fabricación y distribución de productos químicos en la región española de Galicia. En su solicitud, el Demandante invoca las disposiciones del "Acuerdo para la promoción y la protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República Argentina" (el Acuerdo Bilateral sobre Inversiones o ABI Argentina- España). La solicitud también invocó, en aplicación de la cláusula de la nación más favorecida (CNMF) contenida en el Acuerdo Bilateral de Inversiones (ABI) ABI Argentina-España, las disposiciones de un acuerdo bilateral sobre inversiones suscrito entre la República de Chile y España de 1991. En vista de la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida incluida en el ABI entre Argentina y España y, por lo tanto, basándose en los arreglos más favorables contenidos en el ABI Chile-España, el Tribunal rechazó el argumento de España en el sentido de que el Demandante debería haber presentado el caso ante los tribunales españoles antes de someterlo a arbitraje internacional en virtud del Artículo X del ABI, y concluyó que el Demandante tenía derecho a someter a arbitraje la controversia sin recurrir primero a los tribunales españoles. En consecuencia tenemos que el tribunal no acepto las alegaciones de España en el sentido de que bajo el principio de ejusdem generis, este solo puede operar sobre aspectos de fondo y no sobre cuestiones de procedimiento o de jurisdicción. Destaca la UNCTAD que "*la decisión sobre jurisdicción en el caso Maffezini v. España resalta la posible aplicación del tratamiento de la cláusula NMF a los acuerdos entre inversores y Estado sobre solución de controversias, disposiciones que suscitaron un fuerte debate que hasta ahora no ha encontrado a una conclusión. El caso Maffezini fue el primero de una serie de decisiones arbitrales relativas a la aplicación de la cláusula de trato NMF a la importación de disposiciones de los tratados de solución de controversias entre Estados e inversionistas que se consideren más favorables por los reclamantes. Algunas de estas demandas se han ocupado de la ampliación del* ámbito de aplicación *de las disposiciones de los acuerdos solución de controversias, mientras que otros, como Maffezini contra España, se centran en la eliminación de un requisito previo al arbitraje*." (Vid. UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Most Favoured-Nation Treatment*. United Nations, Switzerland, 2010. p.3.)

matizado en virtud del acuerdo particular de los firmantes del instrumento internacional.

Finalmente tenemos la obligación de interpretar la cláusula NMF en armonía con los principios generales de interpretación de los tratados. Los tratados provisionales deben ser interpretados de acuerdo con la Convención de Viena de Derecho de los Tratados.[27]

7. *REFERENCIAS* BIBLIOGRAFICAS

BONNEFOY BACHELET, Claudio. *La Cláusula de la nación más favorecida y la integración fronteriza en el Tratado de Montevideo*. In Revista de Derecho Público. No.8, Santiago de Chile. 1967. págs. 111-117.

CLUTE, Robert, y Robert R. Wilson. *The commonwealth and favored- nation usage. In. The American Journal of International Law*, Vol. 52, No. 3, USA, July 1958, págs. 455-468.

GHOSH, Madanmohan, PERRONI, Carlo y WHALLEY, John. *The Value of MFN.* Cambridge, Massachusetts, National Bureau of Economic Research, 1998.

JANA SÁENZ, Jaime. *El derecho de los tratados y su régimen jurídico en Costa Rica*. San José, Mideplan, 1987.

KISSINGER, Henry. *On China*. The Penguin Press, New York, 2011.

JIMENEZ DE ARECHAGA, Eduardo. *El Derecho Internacional Contemporáneo*. Editorial Tecnos, Madrid, 1980.

27 Dice el artículo 31 de dicha Convención que la regla general de interpretación es**.** "*I. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.*
2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:
a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado:
b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado;
3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:
a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones:
b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado:
c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.
4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue ***la intención de las partes"****.* (El destaque no es del original) "*En ese tratamiento de la interpretación, (art.31-33) la Convención desdeña la regla principal, a menudo sobreentendida, de que cada tratado internacional deberá ser interpretado en buena fe, en concordancia con el sentido ordinario de los términos y su contexto a la luz del objeto y propósito del tratado. Aquí la Convención formula una decisión política en el prolongado y persistente debate entre aquellos que desean tomar el texto del tratado como la expresión auténtica de la voluntad y las intenciones de las partes y aquellos que preferirían el concepto del objeto del tratado sobre el texto. En la literatura, y ocasionalmente en las opiniones individuales de jueces internacionales, uno puede encontrar algún muy aislado ejemplo de este tipo de interpretación teleológica, propensa a abandonar completamente el texto como factor de control del proceso de interpretación, un fenómeno que ha dado lugar a una apreciable ansiedad política en sectores de muchos gobiernos.*" (Vid. ROSENNE, Shabtai. *A posteriori reflections on the Vienna Convention on the law of treaties.* In AA.VV. Estudios de Derecho Internacional. Homenaje al Profesor Miaja de la Muela. Vol. I., Madrid, Tecnos, 1979. P. 449.)

MARTINEZ LAGE, Santiago y MARTINEZ MORCILLO, Amador. *Diccionario Diplomático Iberoamericano.* 2° ed., Instituto de Cooperación Iberoamericana, Madrid, 1993.

OCDE. (Organisation for Economic Co-operation and Development) *MOST-FAVOURED-NATION TREATMENT IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW.* Working Papers on International Investment, Number 2004/2, (s.p.i.) September 2004.

PALACIOS TREVIÑO, Jorge. *Tratados. Legislación y práctica en México*. 4ª ed. Secretaria de Relaciones Exteriores de México-Universidad Iberoamericana. México, 2007.

REUTER, Paul. *Introducción al Derecho de los Tratados*. 2ª ed., México, Fondo de Cultura Económica-UNAM, 2001.

REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público. Curso elementar*. Editora Saraiva, Sao Paulo, 1989.

RICUPERO, Rubens. *Os Estados Unidos e o comércio mundial: protecionistas ou campeoes do livre-comercio*? In Revista Estudos Avançados Vol 16, N°46, Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo, Brasil , Dez. 2002. págs. 7-18.

ROSENNE, Shabtai. *A posteriori reflections on the Vienna Convention on the law of treaties.* In AA.VV. Estudios de Derecho Internacional. Homenaje al Profesor Miaja de la Muela. Vol I., Madrid, Tecnos, 1979. págs. 441-455.

ROUSSEAU, Charles. *Derecho Internacional Público*. 3aed. Ed. Ariel, Barcelona, 1966.

SORENSEN, Max. *Manual de Derecho Internacional Público*. 2ª reimp. Fondo de Cultura Económica, México, 1981.

United Nations. CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Most Favoured-Nation Treatment.* United Nations, Switzerland, 2010.

Naciones Unidas. Conferencia sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) "*Trato de la nación más favorecida*", publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con los acuerdos internacionales en materia de inversión. Documento de las Naciones Unidas UNCTAD/ITE/IIT/10 (vol. III), 1999.

Naciones Unidas. *Informe de la Comisión de Derecho Internacional. 60º período de sesiones* (5 de mayo a 6 de junio y 7 de julio a 8 de agosto de 2008). Naciones Unidas, Nueva York, 2008.

USTOR, Endré. *Cláusula de la nación más favorecida.* Doc. A/CN.4/213. In. Anuario de la Comisión de Derecho Internacional. 1969. Vol. II, Documentos del 21° período de sesiones incluso el informe de la Comisión a la Asamblea General. Naciones Unidas, Nueva York, 1970. p. 165 a 195.

USTOR, Endré. *Cláusula de la nación más favorecida. Proyecto de artículos con comentarios.* Documento A/CN.4/266. In Anuario de la Comisión de Derecho Internacional. 1973. Vol. II. Documentos del 25° período de sesiones incluso el informe de la Comisión a la Asamblea General. Naciones Unidas, Nueva York, 1976. p. 97 a 117.

USTOR, Endré. *Cláusula de la nación más favorecida. Proyecto de artículos con comentarios*. Documento A/CN.4/286. In Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1975. Vol. II. Documentos del 27° período de sesiones incluso el informe de la Comisión a la Asamblea General. Naciones Unidas, Nueva York, 1976. p.1 a 25.

VARGAS CARREÑO, Edmundo. *Introducción al Derecho Internacional*. Vol. I. Editorial Juricentro, San José, 1979.

LEGISLACIÓN.

COSTA RICA.

LEY Nº 7615 ***Aprobación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*** de 29 de agosto de 1996.

LA REDUCCIÓN DEL ESPACIO TERRITORIAL DE LAS ÁREAS SILVESTRES PROTEGIDAS

Lic. Esteban Soler Aira

Introducción

Las áreas silvestres protegidas, como bienes naturales que pertenecen a la nación, participan de los atributos propios del dominio público y están afectados a una finalidad de innegable utilidad general. Bajo sus diversas categorías de manejo, protegen ecosistemas, la diversidad biológica, los recursos genéticos y producen bienes y servicios para el desarrollo del país, pero enfrentan serias amenazas: la presión por el uso del suelo y los efectos de las actividades agrícolas y urbanas.

No obstante, la creación jurídica de un área silvestre protegida no necesariamente supone su existencia a perpetuidad, por lo que su tamaño puede ser reducido, en el tanto no implique una vulneración al derecho fundamental al ambiente. Es así como en nuestro ordenamiento jurídico el legislador, mediante el artículo 38 de la Ley Orgánica del Ambiente, ha reforzado el sistema de áreas silvestres protegidas, imponiendo como requisito necesario para la reducción de aquellas que pertenecen al patrimonio natural del Estado, la aprobación mediante ley y la realización previa de estudios técnicos que la justifiquen.

El presente trabajo se centra principalmente en el análisis del artículo 38 de la Ley Orgánica del Ambiente y los cuatro elementos que lo conforman: el patrimonio natural del Estado, las áreas silvestres protegidas, la reducción de un área protegida mediante la aprobación de ley de la República y la necesidad de realizar estudios técnicos previos. Además, se examinarán los dos casos donde ha operado la reducción del tamaño de un área silvestre protegida, como también la jurisprudencia de la Sala Constitucional que ha declarado la inconstitucionalidad, por infracción al artículo 50 constitucional, de leyes y decretos ejecutivos que modificaron el tamaño de un área silvestre protegida, al comprobarse el incumplimiento de los requisitos fijados en el artículo 38 de la Ley Orgánica del Ambiente.

El Patrimonio Natural del Estado

El artículo 121 inciso 14) del texto constitucional establece la existencia de bienes propios de la Nación y dentro de esos bienes, cuya conservación constituye un asunto de interés público ambiental,[1] se encuentran:

1. La Ley de Biodiversidad, Nº 7788 de 1998, expresa en su artículo 11 inciso 3º que para su aplicación deberá emplearse el criterio de interés público ambiental, según el cual el uso de los elementos de la biodiversidad deberá garantizar las opciones de desarrollo de las futuras generaciones, la seguridad alimentaria, la conservación de los ecosistemas, la protección de la salud humana y el mejoramiento de la calidad de vida de los ciudadanos.

- el ambiente, definido en el artículo 2 inciso a) de la Ley Orgánica del Ambiente como patrimonio común de todos los habitantes;
- la fauna y flora silvestre, expresada en los artículos 3 y 4 de la Ley de Conservación de la Vida Silvestre como de dominio público, que constituye un recurso natural renovable y que forma parte del patrimonio nacional; así como el artículo 6 de la Ley de Biodiversidad, que dispone que las propiedades bioquímicas y genéticas de los elementos de la biodiversidad silvestre son de dominio público;
- las aguas, que alude el artículo 1º de la Ley de Aguas número 276 de 1942, al señalar que son aguas del dominio público la de los mares territoriales, las lagunas y esteros de las playas, los lagos interiores de formación natural, los ríos y sus afluentes, manantiales y subterráneas, entre otras;
- la zona marítimo terrestre (ZMT), que constituye parte del patrimonio nacional que pertenece al Estado y cuya protección, así como la de sus recursos naturales, es obligación del Estado, y cuyo aprovechamiento está sujeto a las disposiciones de la Ley sobre la Zona Marítimo Terrestre, exceptuando, según el artículo 73 ibídem, los parques nacionales y reservas equivalentes,[2] que se rigen por otra normativa;[3] y
- el Patrimonio Natural del Estado,[4] en los términos de los artículos 13 a 18 de la Ley Forestal.

El concepto de patrimonio natural se encuentra definido en los artículos 13 al 18 de la Ley Forestal y es una expresión del derecho constitucional a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que parte del criterio subjetivo de pertenencia al Estado o a entes de la Administración Pública y que reconoce la importancia ecológica de los bosques, terrenos forestales o de aptitud forestal como componentes esenciales y primordiales de la riqueza natural; concebidos para la conservación y no para su

2. "Si bien técnicamente se ha dado a la expresión "**reservas equivalentes**" connotaciones más restringidas, en nuestro ordenamiento jurídico y, en concreto en la Ley sobre la Zona Marítimo Terrestre, se ha utilizado para aludir a todas las áreas silvestres protegidas, junto con los parques nacionales, que conforman el Patrimonio Forestal del Estado: reservas biológicas, zonas protectoras, reservas forestales, y refugios nacionales de fauna silvestre, las cuales son de carácter inalienable e inembargable, están sometidos a planes específicos de manejo público que garanticen la adecuada protección, conservación y uso racional de los recursos para un desarrollo sostenido". Procuraduría General de la República, Dictamen C-174-87. Véase también Sala Constitucional, Voto Nº 1822-98.
3. Cabe resaltar que, tanto las áreas silvestres protegidas como el resto de áreas boscosa y terrenos de aptitud forestal comprendidos en la zona marítimo terrestre, están excluidos del ámbito de regulación de la Ley Nº 6043 de 1977, Ley sobre la Zona Marítimo Terrestre, y por ende, de la competencia de las municipalidades. Se encuentran estas zonas sujetas a su propia legislación (la Ley Forestal), lo cual implica que su administración compete al MINAE a través del SINAC. La Procuraduría General de la República ha expresado que los bosques y terrenos forestales de la zona marítimo terrestre integran el patrimonio natural del Estado y se rigen por la Ley Forestal. Dictamen C-297-2004.
4. Este término es más amplio que **"patrimonio forestal del Estado"**, utilizado en los artículos 32 de las anteriores leyes forestales, Nº 7174 de 1990, Nº 7032 de 1986 y artículo 18 de la Nº 4465 de 1969, toda vez que abarca la protección y preservación del ecosistema boscoso (término definido en el artículo 3 inciso c) de la actual Ley Forestal). Igualmente, con la actual Ley Forestal Nº7575 de 1996 se cambió el concepto de reservas forestales de la función de producción de madera a la de conservación. No obstante, la Ley de Conservación de la Vida Silvestre aún mantiene ese término en su artículo 2º al expresar que se entiende por áreas oficiales de conservación de flora y fauna silvestre, aquellas áreas silvestres protegidas por cualquier categoría de manejo, áreas de protección del recurso hídrico y cualquier otro terreno que forme parte del *patrimonio forestal del Estado*.

explotación agrícola, industrial o comercial. El legislador afecta el patrimonio natural a los fines de la normativa forestal en bloque y le imprime en forma genérica, automática e inmediata -sin requerir un acto administrativo complementario, en razón de que constatada la presencia de las características naturales definidas por la Ley Forestal en los predios de los entes estatales es que se determina su incorporación automática- la condición de dominio público mediante los atributos jurídicos de la inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad.

La conservación y administración del Patrimonio Natural del Estado está confiada por ley al Ministerio del Ambiente y Energía (MINAE),[5] a través del Sistema Nacional de Áreas de Conservación (SINAC), según disponen los artículos 6 inciso a), 13 párrafo 2º y 14 de la Ley Forestal, y artículo 32, párrafo 2º de la Ley Orgánica del Ambiente.

Expresa el artículo 13 de la Ley Forestal que el patrimonio natural del Estado estará constituido por los bosques[6] y terrenos forestales[7] de las reservas nacionales,[8] de las áreas declaradas inalienables,[9] de las fincas inscritas a su nombre y de las pertenecientes a municipalidades, instituciones autónomas y demás organismos de la Administración Pública, excepto inmuebles que garanticen operaciones crediticias con el Sistema Bancario Nacional o ingresen a formar parte de su patrimonio.[10]

5. La Ley Orgánica del MINAE Nº 7152 de 1990, en su artículo 2 inciso a) establece que serán funciones del MINAE las siguientes: formular, planificar y ejecutar las políticas de recursos naturales, energéticas, mineras, y de protección ambiental del gobierno de la República, así como la dirección, el control, la fiscalización, promoción y el desarrollo en los campos mencionados. Asimismo, realizar y supervisar las investigaciones, las exploraciones técnicas y los estudios económicos de los recursos del sector.
6. El artículo 3 inciso d) de la Ley Forestal ofrece una definición de lo que se considera **bosque**, pero la Sala Constitucional estima que la definición de bosque en dicha ley es insuficiente y que tutela en forma deficitaria los bosques del país, con la agravante de que a partir de esta definición es que se producen las demás definiciones de los tipos de terreno que son objeto de la corta de los mismos (Voto Nº 3923-07). Por su parte, la Procuraduría General de la República dice que esta definición es restrictiva y excluye valiosos sistemas forestales (OJ-033-2011). Las críticas a esta definición deficitaria giran en torno a las superficies mínimas que constituyen bosque, las alturas de los individuos de las formaciones boscosas, la cobertura del suelo y el número de estratos.
7. Los **terrenos forestales** son las tierras ocupadas por ecosistemas boscosos, constituidos por bosques naturales intervenidos o no, los bosques secundarios, catívales, manglares y yolillales. En Decreto Ejecutivo Nº 36786-MINAET de 2011, *Manual para la clasificación de tierras dedicadas a la conservación de los recursos naturales dentro de la Zona Marítimo Terrestre en Costa Rica.*
8. El término **reservas nacionales** es definido en el artículo 11de la Ley de Tierras y Colonización Nº 2825 de 1961 que dice: "Mientras no se pruebe lo contrario, pertenecen al Estado en carácter de reservas nacionales: a), todos los terrenos comprendidos dentro de los límites de la República que no están inscritos como propiedad particular, de las municipalidades o de las Instituciones Autónomas; b), los que no están amparados por la posesión decenal; c), los que por leyes especiales, no hayan sido destinados a la formación de colonias agrícolas; y d), en general todos los que, no siendo propiedad particular, no están ocupados en servicios públicos". Por su parte, la Sala Constitucional en el Voto Nº 1056-09 ha dicho que "todas las tierras consideradas como reservas nacionales quedan afectadas en forma inmediata a los fines de la normativa forestal, la cual establece un régimen especial aplicable a todos los recursos forestales".
9. Por ejemplo, los bosques y terrenos forestales que están dentro de la Zona Marítimo Terrestre y dentro de la zona de 2000 metros de ancho a lo largo de las fronteras con Nicaragua y Panamá.
10. Aquí el artículo 13 se refiere a los bosques de propiedad particular sobre los que constituyen garantías reales para respaldar préstamos con bancos estatales y que le son adjudicados en proceso ejecutivo hipotecario, estableciéndose la excepción que permite a los bancos estatales recuperar los dineros con que financiaron dichas operaciones, al hacer efectivo sus créditos mediante el remate judicial del inmueble.

Por su parte, el artículo 15 de la Ley Forestal constata un criterio preventivo contra el deterioro de los recursos naturales y la utilización racional de la tierra en función de su vocación, al impedirle a los entes de la Administración Pública permutar, ceder, enajenar, entregar ni dar en arrendamiento los terrenos rurales[11] de su propiedad o bajo su administración sin que antes hayan sido clasificados por el MINAE.

La Procuraduría General de la República ha expresado que esta "clasificación" forestal no determina el ingreso del bien al régimen demanial, sino su permanencia, pues la propia Ley Forestal en sus artículos 13 y 14 demanializa los bosques y terrenos forestales o de aptitud forestal de los entes estatales al Patrimonio Natural del Estado de forma inmediata sin concurrencia de la Administración, toda vez que es una medida de corroboración protectora para impedir la salida anómala de los inmuebles forestales del Patrimonio Natural del Estado, y se configura como un acto de constatación y no de afectación.

Es con esta consideración que los actos dispositivos de fincas rurales sólo deben realizarse cuando se constate que tienen una vocación diferente de la forestal – como la agrícola o pecuaria- porque son absolutamente indisponibles, siendo que si la clasificación de una finca rural de una institución estatal pone de manifiesto que está cubierta de bosque o es de aptitud forestal, el ente no podrá enajenar el dominio.[12]

El Patrimonio Natural del Estado está integrado por dos importantes componentes:[13]

1) Las Áreas Silvestres Protegidas, cualquiera que sea su categoría de manejo, declaradas por Ley o Decreto Ejecutivo: reservas forestales, zonas protectoras, parques nacionales, reservas biológicas, refugios nacionales de vida silvestre, humedales y monumentos naturales.[14]

11. Para la Procuraduría General de la República (Dictamen C-321-2003) el término "**terreno rural"** es equivalente a "predio rústico" (empleado en la Ley de Jurisdicción Agraria Nº 6734) y que ha sido interpretada en sede agraria como "fundo agrario" y que según el Tribunal Agrario en Voto Nº 210-2000 están "dedicados o susceptibles de destinarse al ejercicio de actividades agrarias productivas, o a la conservación de bosque y manejo sostenible de actividades agroambientales".
12. Véase los siguientes pronunciamientos de la Procuraduría: OJ-129-2002, C-321-2003, OJ-14-2004
13. Véase Procuraduría General de la República, Dictamen C-321-2003, C-297-2004 y Sala Constitucional, Voto Nº 16975-08.
14 Ley Forestal, artículo 1 párrafo 2º y artículo 3 inciso i); Ley Orgánica del Ambiente Nº 7554 de 1995, artículo 32; Ley de Biodiversidad, artículos 22 y siguientes y 58, y su Reglamento, artículo 70; Ley del Servicio de Parques Nacionales Nº 6084 de1977, artículo 3 incisos d) y f), en relación con la Ley Orgánica del MINAE; Ley de Conservación de la Vida Silvestre Nº 7317 de 1992, artículo 82 inciso a).

2) Los demás bosques y terrenos forestales o de aptitud forestal[15] del Estado e instituciones públicas, que tienen una afectación legal inmediata.

En razón de la importancia que tienen los recursos forestales para la conservación de los suelos, la biodiversidad y el manejo sostenible de los recursos naturales, el Estado, con el fin de mantener y proteger las características ecológicas, geomorfológicas y estéticas de estas áreas,[16] solo puede, según dispone el artículo 18 de la Ley Forestal, realizar o autorizar en los terrenos de su patrimonio natural -tanto dentro de las áreas silvestres protegidas, como fuera de

15. Se consideran **terrenos de aptitud forestal** a aquellos suelos que sin contar con cobertura boscosa clasifiquen dentro de las Clases VII y VIII según la *Metodología para la Determinación de la Capacidad de Uso de las Tierras de Costa Rica*, Decreto Nº 23214-MAG-MIRENEM de 1994. La clase VII tiene limitaciones tan severas que sólo permiten el manejo del bosque natural primario o secundario y en las tierras denudadas debe procurarse el restablecimiento de vegetación natural. La clase VIII está compuesta de terrenos que no permiten ninguna actividad productiva agrícola, pecuaria o forestal, siendo por tanto, adecuada únicamente para la protección de recursos. Las tierras de la Clase VIII tienen utilidad sólo como zonas de preservación de flora y fauna, protección de áreas de recarga acuífera, reserva genética y belleza escénica.
La Sala Constitucional, en el Voto Nº 12716-12, declaró inconstitucional el artículo 2º del Decreto Nº 33957-MINAE-MAG del 2007, *Reforma a la Metodología para la Determinación de la Capacidad de Uso de las Tierras de Costa Rica*, que adicionó al Decreto Nº 23214, *Metodología para la Determinación de la Capacidad de Uso de las Tierras de Costa Rica*, un párrafo que definía como terrenos forestales o de aptitud forestal aquellos con una pendiente promedio superior al 75% y una profundidad no menor a 60 centímetros, por estar disminuyendo excesivamente o incluso vaciando de contenido la categoría del Patrimonio Natural del Estado en ese rubro, con perjuicio para los bienes públicos y reducción de las áreas públicas ambientales con afectación de su destino y violación de las normas y principios constitucionales del derecho fundamental al medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado. La desclasificación sin sustento técnico de terrenos que han sido calificados de aptitud forestal, que quebranta el principio preventivo contra el deterioro de los recursos naturales, y que significa eximirlos del régimen tutelar del Patrimonio Natural del Estado, roza con el principio del uso racional de los recursos, pues el daño ambiental causado será grave e irreversible, no solo por el empobrecimiento del suelo y las consecuencias mismas de la deforestación, sino porque los ecosistemas boscosos primarios tienen una importancia para la preservación de la diversidad biológica.
16. La Sala Constitucional, en el Voto Nº 4587-97, Considerando IV, reconoce que "la propiedad forestal es un tipo diferente de propiedad con características y particularidades propias y un régimen especial; la propiedad forestal se concibe fundamentalmente para conservar, no para producir ni ser parte del comercio de los hombres". La Procuraduría General de la República en su Dictamen C-339-2004, respecto a las actividades de ecoturismo y su infraestructura básica, recordó que en el Patrimonio Natural del Estado no podrán implicar corta de árboles, cambio de uso del suelo, ni aprovechamiento del recurso forestal. Véase artículos 2 y 58 de la Ley Forestal.

ellas- actividades o labores de investigación, capacitación y ecoturismo.[17]

Las Áreas Silvestres Protegidas

Para comprender la concomitancia que existe entre el patrimonio natural del Estado y las áreas silvestres protegidas, podemos partir de dos enunciados que revelan su relación de pertenencia común. Primero: algunos terrenos del patrimonio natural del Estado no forman parte de áreas silvestres protegidas. No todo el patrimonio natural del Estado forma parte de un área silvestre protegida porque existen bosques y terrenos forestales estatales que no han sido declarados por el Poder Ejecutivo o la Asamblea Legislativa como áreas silvestres protegidas bajo alguna de sus categorías de manejo. Segundo: algunas áreas silvestres protegidas no forman parte del patrimonio natural del Estado. No todas las áreas silvestres protegidas son patrimonio natural del Estado porque algunas son propiedad privada, mientras otras, son áreas marinas que no se conforman al concepto forestal definido en la Ley Forestal.

Las áreas silvestres protegidas[18] son necesarias para la conservación de

17. Mediante Decreto Ejecutivo Nº 26187-MINAE de 1997, se autorizó la instalación y mantenimiento de puestos de telecomunicaciones (torres y antenas de televisoras y radioemisoras) en áreas silvestres protegidas, constituidos únicamente por los espacios para la caseta que ubican los equipos de transmisión y la torre, en razón de que por su ubicación geográfica y altitud el Parque Nacional Volcán Irazú y la Reserva Forestal Cerro de la Muerte, entre otras, constituían los sitios del país que mejor permitían esas comunicaciones. En su momento, la Procuraduría General de la República dijo que el Estado podía otorgar en las áreas silvestres protegidas permisos de uso para puestos de telecomunicación siempre que no requirieran aprovechamiento forestal, ni se afectaran los ecosistemas, la vida silvestre, los suelos, los humedales y los sistemas acuíferos (OJ-144-2001). Este Decreto fue impugnado ante la Sala Constitucional y se adujo que violentaba el artículo 12 de la Ley de Creación del Servicio de Parques Nacionales que señalaba que “no pueden otorgarse concesiones de tipo alguno para la explotación de productos de los parques nacionales, ni otorgarse permiso para establecer otras instalaciones que las del Servicio”, por lo que estimaba se lesionaba consecuentemente el artículo 50 de la Constitución. Mediante Voto Nº 8945-05 La Sala Constitucional declaró sin lugar la acción señalando que se debía buscar el equilibrio adecuado ente el desarrollo del país en cuanto al uso racional de los recursos, siendo que en este caso no se había logrado determinar que con la posibilidad de establecer puestos de telecomunicación en un área protegida se estuviera lesionando el ecosistema, pues además se preveía normativamente que el permiso de uso {artículos 154 de la Ley General de la Administración Pública, 39 inciso i) de la Ley Forestal y 11 de su Reglamento que daban fundamento legal para autorizar puestos de telecomunicaciones en áreas silvestres protegidas} no podía desatender a su protección; y por otro lado, que era innegable que por la topografía, los lugares más adecuados para emitir las señales de comunicación en nuestro país, eran los más altos, que a su vez, coincidían con las áreas protegidas. Lo anterior permitió concluir, que era posible la coexistencia de ambos (protección de las áreas y desarrollo de la comunicación) sin que necesariamente implicara el detrimento de uno o la limitación del otro. Un equilibrio razonable.
    Acerca de la regulación de las actividades de investigación, capacitación y ecoturismo autorizadas por el artículo 18 de la Ley Forestal, véase el Decreto Nº 35868-MINAET de 2010, *Reglamentación del artículo 18 de la Ley Forestal Nº 7575 y modificación de los artículos 2 y 11 del Reglamento de la Ley Forestal Nº 7575, Decreto Ejecutivo Nº 25721-MINAE.*
18. Las áreas silvestres protegidas se definen en la legislación costarricense de la siguiente manera: Ley Forestal, artículo 3 inciso i): “Área silvestre protegida: Espacio, cualquiera que sea su categoría de manejo, estructurado por el Poder Ejecutivo para conservarlo y protegerlo, tomando en consideración sus parámetros geográficos, bióticos, sociales, económicos que justifiquen el interés público”. Ley de Biodiversidad, artículo 58: “Áreas silvestres protegidas. Las áreas silvestres protegidas son zonas geográficas delimitadas, constituidas por terrenos, humedales y porciones de mar. Han sido declaradas como tales por representar significado especial por sus ecosistemas, la existencia de especies amenazadas, la repercusión en la reproducción y otras necesidades y por su significado histórico y cultural. Estas áreas estarán dedicadas a conservación y proteger la biodiversidad, el suelo, el recurso hídrico, los recursos culturales y los servicios de los ecosistemas en general”.

la biodiversidad y están destinadas a mantener ecosistemas naturales operativos, actuando como refugios para las especies, mantienen procesos ecológicos incapaces de sobrevivir en los entornos terrestres y marítimos, y cumplen un papel como proveedores esenciales de servicios de ecosistemas.[19] Esos recursos y la diversidad biológica existente en las áreas silvestres protegidas producen bienes y servicios para el desarrollo económico del país.[20] Actúan como indicadores que nos permiten entender las interacciones humanas con el mundo natural; con frecuencia constituyen la última esperanza para impedir la extinción de muchas especies amenazadas; contienen rasgos de la historia y los procesos orogénicos del planeta y documentan la interrelación entre las actividades humanas y la naturaleza en los paisajes culturales; y las de mayor tamaño proporcionan un espacio para la evolución orgánica de las especies y su futura adaptación.[21] (Dudley, 2007).

Dispone el artículo 32 de la Ley Orgánica del Ambiente que corresponde al Poder Ejecutivo, por medio del MINAE, establecer las áreas silvestres protegidas en cualquiera de las categorías de manejo. Estas categorías[22] son: reservas forestales, zonas protectoras, parques nacionales, reservas biológicas, refugios nacionales de vida silvestre (RNVS)[23] –que pueden ser de propiedad estatal, de propiedad mixta[24] y propiedad privada- humedales, monumentos naturales y recientemente las reservas marinas y áreas marinas de manejo.[25] Estas categorías de manejo y las que se creen en el futuro serán administradas por el MINAE y el Sistema Nacional de Áreas

19. Alguno de estos servicios, según el artículo 3 inciso k) de la Ley Forestal son: mitigación de emisiones de gases de efecto invernadero, protección del agua para uso urbano, rural o hidroeléctrico, protección de la biodiversidad para conservarla y uso sostenible, científico y farmacéutico, investigación y mejoramiento genético, protección de ecosistemas, formas de vida y belleza escénica natural para fines turísticos y científicos.
20. El XVII Informe Programa Estado de la Nación de 2011, Capítulo 4, Armonía con la naturaleza, dice que la industria turística nacional relacionada con las áreas silvestres protegidas y su biodiversidad genera unos dos mil millones de dólares en divisas y contribuye con un 7% del PIB, un 23% de las divisas por exportaciones y cerca de un 13% de los empleos directos e indirectos. Pero las áreas silvestres protegidas enfrentan serias amenazas: una de ellas es la presión por la tierra y otra es la afectación por las actividades aledañas, principalmente agrícolas y urbanas.
21. La Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN) se opone a modificar las categorías de áreas protegidas para reducir la protección del medio ambiente y utilizarlas para abogar por propuestas de desarrollo insensible al medio ambiente en áreas protegidas. (Dudley, 2007).
22. Según datos hasta el 2009, las áreas silvestres protegidas se desglosan así: 28 parques nacionales, que comprenden el 12.33% del territorio continental; 8 reservas biológicas con 0.42% del territorio; 31 zonas protectoras con 3.09% del territorio; 9 reservas forestales con 4.24% del territorio; 75 RNVS con 4.67% del territorio, 13 humedales con 1.14% del territorio y 5 bajo otras categorías con el 0.17%; para un total de **26.28**% del territorio continental nacional con áreas silvestres protegidas. (Sistema Costarricense de Información sobre Biodiversidad, 2013).
23. Las RNVS se encuentran reguladas en los artículos 82 a 87 de la Ley de Conservación de la Vida Silvestre y en los artículos 150 a 178 de su Reglamento, Decreto Nº 32633-MINAE del 2005.
24. Aunque el Reglamento a la Ley de Conservación de la Vida Silvestre es su artículo 150 inciso b) refiere que son refugios de propiedad mixta aquellos en los cuales las áreas declaradas como tales pertenecen en parte al Estado y en otras son de propiedad particular, lo cierto es que en la práctica únicamente se crean este tipo de refugios en aquellas fincas colindantes con la zona marítimo terrestre. (Cedarena, 2006, p.16).
25. Estas dos nuevas categorías se establecen y definen en el artículo 70 incisos h) e i) del Decreto Ejecutivo Nº 34433-MINAE de 2008, *Reglamento a la Ley de Biodiversidad*, y el Decreto Nº 35369-MINAE de 2009 *Regulación de la nuevas categorías de manejo para las Áreas Marinas Protegidas, conforme al Reglamento de la Ley de Biodiversidad*.

de Conservación,[26] salvo los monumentos naturales, que de conformidad con el artículo 33 ibídem son administrados por las municipalidades respectivas.

La creación y conservación de las áreas silvestres protegidas, según el artículo 35 de la Ley Orgánica del Ambiente tiene como objetivos la conservación de los ambientes naturales representativos de las diferentes regiones y de los ecosistemas más frágiles, la salvaguarda de la diversidad genética de las especies silvestres, el aseguramiento del uso sostenible de los ecosistemas, la promoción de la investigación científica, la protección de las zonas acuíferas y las cuencas hidrográficas, la protección de los entornos naturales y paisajísticos de los sitios históricos y arquitectónicos, de los monumentos nacionales, sitios arqueológicos y lugares de interés histórico y artístico de importancia para la cultura y la identidad nacional.

Para su existencia deben cumplirse, de conformidad con el artículo 36 ibídem, los siguientes requisitos: a) estudios preliminares fisiogeográficos, de diversidad biológica y socioeconómicos que la justifiquen; b) definición de objetivos y ubicación del área; c) estudio de factibilidad técnica y tenencia de la tierra;[27] d) financiamiento mínimo para adquirir el área, protegerla y manejarla; e) confección de planos, y f) emisión de la ley o decreto respectivo.[28]

Como se puede apreciar, estamos frente a una competencia concurrente para establecer áreas silvestres protegidas, que puede ser ejercida por cualquiera de los dos Poderes del Estado y previamente establecida por mandato legal que da fundamento y sustento jurídico a la creación o establecimiento –igualmente la ampliación o extensión de su tamaño- de un área silvestre protegida mediante decreto ejecutivo, dado que el Poder Ejecutivo no puede actuar a través de la ley porque la función legislativa ha sido atribuida en exclusiva a la Asamblea Legislativa. Además, resulta ilógico que el Poder Ejecutivo estuviera imposibilitado en su actuación en resguardo del medio ambiente y hacer efectivo el contenido del artículo 50 constitucional, que traza como

26. El SINAC es creado por la Ley de Biodiversidad en su artículo 22 como sistema de gestión desconcentrado del MINAE y está constituido por unidades territoriales denominadas Áreas de Conservación, que integra las competencias en materia forestal, vida silvestre y áreas protegidas con el fin de dictar las políticas, la planificación y la ejecución de procesos dirigidos a lograr la sostenibilidad y el manejo de los recursos naturales, incluyendo la protección y conservación del uso de cuencas hidrográficas y sistemas hídricos.
27. La normativa nacional toma en cuenta que las necesidades humanas también deben ser valoradas frente a las necesidades de conservación. Tal es el caso del artículo 6º de la Ley Orgánica del Ambiente respecto a que el Estado debe fomentar la participación de los habitantes en la toma de decisiones y acciones tendientes a proteger y mejorar el ambiente. De igual modo el establecimiento de áreas y categorías tomará muy en cuenta los derechos previamente adquiridos por las poblaciones indígenas o campesinas y otras personas físicas o jurídicas subyacentes o adyacentes a ella, según apunta el último párrafo del artículo 58 de la Ley de Biodiversidad. Asimismo, el artículo 72 inciso h) del Reglamento a la Ley de Biodiversidad refiere que para la declaratoria, modificación o cambio de categoría de manejo de áreas silvestres protegidas, el informe técnico debe contener la consulta obligatoria a poblaciones indígenas o comunidades locales que puedan ser afectadas o impactadas
28. Esta competencia atribuible por ley al Poder Ejecutivo también se encuentra en la Ley del Servicio de Parques Nacionales en su artículo 13 que señala la posibilidad de crear un parque nacional por decreto ejecutivo, y en el artículo 2º de la Ley Forestal que faculta al Poder Ejecutivo, por medio del MINAE a establecer áreas protegidas, cualquiera que sea su categoría de manejo, en terrenos de dominio privado.

deber del Estado el de garantizar, defender y preservar el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.[29]

En terrenos de dominio privado[30] puede el Poder Ejecutivo, por medio del MINAE, decretar áreas silvestres protegidas en los términos del artículo 2º de la Ley Forestal, cualquiera que sea su categoría de manejo, en virtud de los recursos naturales existentes en el área que se desea proteger y quedarán sometidos en forma obligatoria al régimen forestal.[31] La norma abre la posibilidad al titular de estos terrenos a integrarlos voluntariamente – en cuyo caso se contempla una serie de incentivos para retribuir al propietario por los servicios ambientales generados al conservar su bosque- o permite la negociación entre las partes para la compra directa o cuando no haya acuerdo de partes, se pueda iniciar un proceso de expropiación.[32] Los terrenos particulares siguen guardando su régimen privado y no se consideran incluidos como parte de un área silvestre protegida estatal determinada, con las características correspondientes al domino público, hasta su efectiva compra o expropiación.

Tratándose de parques nacionales, reservas biológicas o refugios nacionales de vida silvestre estatales, el artículo 37 de la Ley Orgánica del Ambiente dispone que los terrenos sean adquiridos a título oneroso por compra directa, expropiación o ambos procedimientos, dado que no son susceptibles de ocupación privada por ser parte del patrimonio natural del Estado.[33] Para los casos de reservas forestales, zonas protectoras, refugios nacionales de vida silvestre mixtos y humedales, pueden también adquirirse por compra directa o expropiación, salvo que el propietario se someta voluntariamente al régimen forestal. En terrenos de las instituciones autónomas, semiautónomas y municipales, el Poder Ejecutivo tiene la potestad de declarar refugios nacionales de vida silvestre, previo acuerdo de estos, según disponen los

29. “Así, cuando el Poder Ejecutivo formula una declaratoria de este tipo, lo hace por expresa autorización legal y en acatamiento de sus deberes constitucionales para con el medio ambiente, por lo que no es el Decreto el que crea el régimen jurídico de las áreas protegidas, sino que únicamente es la vía que permite una célere y efectiva protección del ambiente, al dejar a los órganos técnicos competentes, la valoración de las razones de orden ambiental que llevan a la determinación de una zona de esta naturaleza.” Sala Constitucional, Voto Nº 8928-04. En este mismo sentido véase el Voto Nº 5399-93.
30. Las áreas silvestres protegidas, además de las estatales, pueden ser municipales, mixtas o de propiedad privada. Artículo 60 de la Ley de Biodiversidad.
31. El artículo 3 inciso g) de la Ley Forestal define el **régimen forestal** como un “conjunto de disposiciones y limitaciones de carácter jurídico, económico y técnico, establecidas por esta ley, su reglamento, demás normas y actos derivados de su aplicación, para regular la conservación, renovación, aprovechamiento y desarrollo de los recursos forestales”. Por su parte, la Sala Constitucional ha dicho que la afectación de un inmueble al régimen forestal tiene como fin no desarrollar en esa área ninguna actividad que ponga en peligro la flora y fauna existente en ella y que esa afectación implica un límite al ejercicio de los atributos del dominio en perjuicio del titular. Voto Nº 708-96.
32. Véase Sala Constitucional, Voto Nº 7137-07, Considerando VI, sobre la constitucionalidad del artículo 2 de la Ley Forestal.
33. Procuraduría General de la República, OJ-98-2009.

artículos 82 y 84 de la Ley de Conservación de la Vida Silvestre.[34]

La Reducción de la Superficie Mediante Ley

Antecedentes

Para la reducción de las áreas silvestres protegidas, el artículo 38 de la Ley Orgánica del Ambiente ordena que "la superficie de las áreas silvestres protegidas, patrimonio natural del Estado, cualquiera sea su categoría de manejo, sólo podrá reducirse por Ley de la República, después de realizar los estudios técnicos que justifiquen esta medida"**.**

La reducción de la cabida de un área silvestre protegida mediante una ley tiene su origen y antecedentes en tres normas. La primera de ellas, la Convención para la Protección de la Flora, Fauna y Bellezas Escénicas Naturales de América, Ley número 3763 de 1966, señala en su artículo 3º que los Gobiernos convienen en que los límites de los parques nacionales no serán alterados ni enajenada parte alguna de ellos sino por acción de la autoridad legislativa competente. La segunda norma, la derogada Ley Forestal, Ley número 4465 de 1969, disponía en su artículo 76 que una vez creado un parque nacional, no podía ser segregado parte alguna de él para objetivos distintos, sin previa aprobación de la Asamblea Legislativa. Por último, la Ley de Creación del Servicio de Parques Nacionales número 6084 de 1977, señala en su artículo 13 que los límites de un parque nacional no podrán variarse sino mediante una ley.

Estas tres normas tienen en común que la alteración o reducción mediante ley del área silvestre protegida a la que aluden, se circunscribe únicamente a los parques nacionales y no respecto a las otras categorías de zonas protegidas que constituían lo que en ese momento se denominaba como "patrimonio forestal del Estado".[35] Estas normas tampoco contemplan la exigencia de estudios técnicos previos que justifiquen la reducción del tamaño de un parque nacional.

A inicios de la década de los ochenta y con motivo de la crisis económica que afectó el país, el Poder Ejecutivo, alegando no disponer de medios económicos para realizar la compra de fincas en el Parque Nacional Palo Verde, dispuso, mediante Decreto Ejecutivo número 12765-A de 1981, segregar 7000 hectáreas de dicho parque, sustentado en un recién pronunciamiento de la Procuraduría General de la República.[36] Ante esto, y con

34. La Procuraduría General de la República, en su Dictamen C-210-2002, expresó que "aun cuando la Ley de Conservación de la Vida Silvestre deja irresuelto el problema sobre la forma de proceder si la entidad pública rehúsa la cesión del bien para realizar el nuevo destino, es evidente que no podría desentenderse del deber constitucional que tienen los Poderes Públicos de proteger los recursos naturales y el medio ambiente e incentivar la creación de áreas silvestres protegidas (artículos 50 de la Constitución y 60 de la Ley de Biodiversidad)".
35. El artículo 18 de la derogada Ley Forestal Nº 4465 de 1969 disponía que el Patrimonio Forestal del Estado estaba constituido por las Reservas Nacionales, Reservas Forestales, Parques Nacionales, Viveros Forestales del Estado, las Zonas Protectoras y Reservas Biológicas.
36. En el Dictamen C-129-1981, la Procuraduría dijo que si en un Decreto Ejecutivo de creación de un Parque Nacional se han incluido terrenos particulares que el Estado no desea o no está en capacidad de comprar o adquirir por expropiación, tales terrenos podían ser excluidos del respectivo Parque mediante Decreto Ejecutivo, bajo la argumentación de que los terrenos particulares no podían ser tenidos legalmente como parte integrante de un parque nacional mientras no fueran comprados o expropiados por el Estado.

el objetivo de evitar el desmembramiento de todo el sistema de parques nacionales, grupos conservacionistas promovieron la promulgación de la "Ley de Creación de Parques Nacionales y Reservas Biológicas que Ratifica como Leyes Decretos Creadores de Parques Nacionales y Reservas Biológicas" número 6794 de 1982, que ratificó como leyes de la República los decretos ejecutivos que crearon o ampliaron nueve parques nacionales y cinco reservas biológicas, y cuyo artículo 2º dispone expresamente que en ningún caso el Poder Ejecutivo podrá excluir de un parque nacional o de una reserva biológica, terreno alguno comprendido dentro de los límites señalados por el decreto ejecutivo que lo establezca. Se evidenció, por las razones señaladas por los impulsores de esta ley (véase el expediente legislativo número 9085), que el objetivo principal de la norma era limitar al Poder Ejecutivo en la posibilidad de que mediante decreto ejecutivo pudiera reducir el tamaño de estas dos categorías de áreas protegidas.

Con la promulgación de la Reforma a la Ley Forestal, número 7032 de 1986 (anulada totalmente por resolución de la Sala Constitucional, Voto número 546-90), se llenó el vacío de las normas que le precedieron y que únicamente tomaban en cuenta los parques nacionales y las reservas biológicas, ampliando la nueva Ley Forestal su cobertura a más categorías de manejo ("categorías de uso" según el artículo 10-i), e introdujo la obligatoriedad de realizar estudios técnicos que justifiquen la medida de reducir el tamaño de estas áreas protegidas. Disponía su artículo 40 que "el área de las reservas forestales, zonas protectoras, parques nacionales, refugios de vida silvestre, reservas biológicas del patrimonio forestal, sólo podrá ser reducida por ley de la República, previos los estudios técnicos correspondientes que justifiquen esta medida".

La actual Ley Orgánica del Ambiente inició su trámite en la Asamblea Legislativa bajo el expediente número 10.435 en 1987 y cuyo artículo 329 del texto original del proyecto de ley disponía que las áreas que integraban el sistema de parques nacionales (y en forma implícita las reservas biológicas), no podían ser segregadas salvo por medio de la Asamblea Legislativa. A diferencia de las innovaciones introducidas en el artículo 40 de la Reforma a la Ley Forestal en 1986, el texto del artículo 329 se refería únicamente a los parques nacionales y era omiso en cuanto a la necesidad de sustentar la reducción en estudios técnicos. En junio de 1995 se presentó una propuesta como texto sustitutivo, ahora bajo el numeral 32 del proyecto de ley. Su numeración es posteriormente trasladada al artículo 38 y en setiembre del mismo año apareció con su redacción actual. Lamentablemente, dentro del expediente legislativo no constan las explicaciones o justificaciones para acoger la redacción del texto sustitutivo que finalmente fue aprobado. El artículo 38 incorporó la obligatoriedad de realizar estudios técnicos que justificaran la decisión de reducir el tamaño de cualquier área silvestre protegida, independientemente de su categoría de manejo, patrimonio natural del Estado.

Las Áreas Silvestres Protegidas como Bienes Propios de la Nación

El régimen jurídico aplicable a los bienes de dominio público ordinario –que son la mayoría de los territorios, por disposición de ley o decreto ejecutivo- está regulado

en forma general por el artículo 121 inciso 14) de la Constitución, que dispone que los bienes propios de la Nación solo podrán salir definitivamente de su dominio por medio de autorización de la Asamblea Legislativa.[37] Las áreas silvestres protegidas, como bienes públicos ambientales que integran el patrimonio natural del Estado y que son de la exclusiva titularidad estatal y pertenencia a la Nación –por estar afectadas a una finalidad de indiscutible utilidad general- están comprendidas dentro de los bienes regulados en el artículo 121 inciso 14) de la Constitución Política y consecuentemente:

Primero**:** La enajenación, para el caso de un área silvestre protegida, patrimonio natural del Estado, se encuentra bajo la garantía del principio de reserva de ley, siendo que la reserva deviene en absoluta cuando sólo la propia ley formal puede disponer su regulación. En los términos previstos en el artículo 38 de la Ley Orgánica del Ambiente, sólo por ley emanada de la Asamblea Legislativa y previos estudios técnicos que justifiquen la medida, puede reducirse su área.[38] Por consiguiente, existe un impedimento absoluto de regular la reducción de la cabida de cualquier área silvestre protegida, patrimonio natural del Estado, mediante un acto normativo que no sea una ley formal; siendo improcedente la reducción por vía reglamentaria, la resolución judicial o la actuación administrativa mediante decreto ejecutivo.

Segundo**:** Se requiere de un acto legislativo expreso y concreto, de modo tal que no quede duda alguna de la voluntad del legislador de sustraer del demanio público un terreno determinado e individualizado. La Sala Constitucional ha expresado que no es posible una desafectación genérica o general y mucho menos la implícita, máxime cuando se trata de bienes que conforman el patrimonio natural del Estado,[39] y puntualizó en el Voto número 3821-02 de las 14:58 horas del 24 de abril del 2002 que “en esta materia no puede existir un ‘tipo de desafectación abierto’, que la Administración mediante actos suyos discrecionales, complete, señalándolos”. (Considerando VI). En igual sentido, en el Voto número 454-06 de las 14:55 horas del 25 de enero del 2006, dijo que “la desafectación de bienes de dominio público debe ser específica y concreta, en tanto nunca puede ser general”. (Considerando XIV)

Tercero**:** Que dada la naturaleza de esos bienes, toda norma que disponga su enajenación o su desafectación, deberá

37. La desafectación previa de un bien de dominio público es una consecuencia del principio de reserva de ley establecido en el artículo 262 del Código Civil que hace que sea absolutamente imposible el traspaso a título oneroso o gratuito, la posesión o gravación de un bien demanial sin antes haberse desafectado mediante ley. Dispone el artículo 262: “Las cosas públicas están fuera del comercio; y no podrán entrar en él, mientras legalmente no se disponga así, separándolas del uso público a que estaban destinadas”.
38. Véase los Votos de la Sala Constitucional Nº 13333-06, 2410-07 y 1963-12.
39. Tal es el caso de la acción de inconstitucionalidad interpuesta por la Procuraduría General de la República contra el *Reglamento para la Titulación en Reservas Nacionales* del 2002, del Instituto de Desarrollo Agrario y declarada con lugar por la Sala Constitucional mediante el Voto Nº 2063-07, que consideró, entre otras infracciones constitucionales, que toda disposición normativa que permita a la Administración titular bienes del dominio público que conforman el patrimonio natural del Estado, de manera genérica, para someterlas al régimen de dominio privado, es inconstitucional. Véase también los Votos Nº 10466-00, 11346-06, 2408-07 y 14772-10.

ser aprobada por el Plenario Legislativo y, en consecuencia, no puede ser delegado a una Comisión Permanente con Potestad Legislativa Plena. Este camino le está vedado según lo dispone expresamente el párrafo tercero del artículo 124 de la Constitución Política, que excepciona del conocimiento y aprobación por las comisiones permanentes los proyectos de Ley que impliquen el ejercicio de la facultad prevista en el inciso 14) del artículo 121, que incluye, en lo que interesa, la de decretar la enajenación de los bienes propios de la Nación. En el tanto no estén involucrados estos bienes de la Nación, podrá ser conocida por una comisión legislativa con potestad plena.[40] Así, la inobservancia de lo que dispone el párrafo tercero del artículo 124 constitucional produce un vicio en el procedimiento de aprobación legislativa, que como tal vicia de inconstitucionalidad una ley aprobada por una Comisión Permanente con Potestad Legislativa Plena, según lo dispone el inciso c) del artículo 73 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, número 7135 de 1989.

La Ley Forestal en su artículo 14 otorga a los bosques y terrenos forestales que conforman el patrimonio natural del Estado el carácter de bienes demaniales, y por lo tanto, son bienes pertenecientes a la Nación, que aun cuando para efectos registrales estos terrenos pueden ser inscritos a nombre de entes públicos como las municipalidades e instituciones autónomas, lo cierto es que estos bienes –sean áreas silvestres protegidas o recursos forestales que integran el patrimonio natural del Estado- no le pertenecen a ninguna entidad pública en particular, sino a la Nación, y por ello, su desafectación o enajenación solo podrá ser conocida por el Plenario de la Asamblea Legislativa.

La Obligatoriedad de los Estudios Técnicos

El Apego a las Reglas de la Ciencia y la Técnica

En sus pronunciamientos, la Sala Constitucional ha ido desarrollando principios constitucionales ambientales que han garantizado la tutela efectiva del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado y ha declarado la inconstitucionalidad, por infracción al artículo 50 constitucional, de leyes y decretos ejecutivos que modifican la cabida de un área silvestre protegida, al comprobar el incumplimiento del mandato legal establecido en el artículo 38 de la Ley Orgánica del Ambiente.

40. En el caso del Monumento Natural Parque Ecológico y Recreativo de Liberia, que fue creado por Decreto Ejecutivo Nº 26562-MINAE de 1997 con una cabida de 20 hectáreas y destinado a la conservación ecológica y cultural y administrado por la Municipalidad de Liberia, fue interpuesta una acción de inconstitucionalidad contra la Ley Nº 8136 de 2001 –cuyo conocimiento y aprobación fue delegado a la Comisión Plena Primera- que había autorizado al Estado para desafectar y segregar del uso del Parque un área de 2 hectáreas para donarlo a la Junta Directiva del Instituto Integrado Profesional de Educación Comunitaria, y cuyo destino era para la construcción de infraestructura del Instituto. La Sala Constitucional, mediante Voto Nº 11346-06 anuló la ley bajo el argumento de que el terreno que se desafectó del Parque Ecológico era un bien de la Nación que formaba parte del patrimonio natural del Estado, y que al estar comprendido dentro de los bienes regulados en el artículo 121 inciso 14) constitucional, no podía ser delegado su conocimiento a una comisión permanente con potestad legislativa plena, sino al Plenario legislativo, según lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 124 de la Constitución Política.

Uno de estos principios, con puntual incidencia sobre el tema aquí tratado, es el principio de la objetivación de la tutela ambiental,[41] que encuentra su sustento en la necesaria motivación en criterios objetivos, mediante la realización de estudios técnicos y científicos en las actuaciones del Estado en materia de tutela ambiental.

Esta exigencia se deriva directamente del artículo 50 constitucional y permite determinar el impacto que las obras, proyectos y actividades humanas puedan producir sobre el ambiente y la salud de las personas; lo que constituye una manifestación del principio de la vinculación a la ciencia y a la técnica que rige la materia ambiental. La omisión de los estudios ambientales tiene relevancia constitucional por la posible afectación al derecho fundamental a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado que implica la obligación del Estado de realizar la debida tutela del ambiente, los recursos que la conforman y la salud de las personas.

Con respecto a la necesidad de contar con un estudio técnico para justificar la reducción de superficie de las áreas silvestres protegidas, la Sala Constitucional, en el Voto número 7294-98 de las 16:15 horas del 13 de octubre de 1998, en la acción de inconstitucionalidad contra la modificación de los límites de la zona protectora Tivives, estimó lo siguiente:

> *De allí que, para reducir un área silvestre protegida cualquiera, la Asamblea Legislativa debe hacerlo con base en estudios técnicos suficientes y necesarios para determinar que no se causará daño al ambiente o se le pondrá en peligro y, por ende, que no se vulnera el contenido del artículo 50 constitucional. El principio de razonabilidad, en relación con el derecho fundamental al ambiente, obliga a que las normas que se dicten con respecto a esta materia estén debidamente motivadas en estudios técnicos serios, aún cuando no existiera otra normativa legal que así lo estableciera expresamente. A juicio de este Tribunal Constitucional, la exigencia que contiene el artículo 38 de la Ley Orgánica del Ambiente número 7554, en el sentido de que para reducir un área silvestre protegida por ley formal deben realizarse, de previo, los estudios técnicos que justifiquen la medida, no es sino la objetivación del principio de razonabilidad en materia de protección al ambiente*. (Considerando V)

El principio de la razonabilidad y proporcionalidad es de vital importancia en el Derecho Administrativo como límite al ejercicio de la discrecionalidad administrativa en los casos en que la Administración -especialmente cuando se trata de la tutela medioambiental- actúa en materia regida por la ciencia exacta y la regla técnica.[42] En este sentido, la Sala Constitucional ha precisado:

> *Como principio general de Derecho contenido en el artículo 16 de la Ley General de la Administración Pública, en ningún caso puede dictarse actos contrarios a reglas unívocas de la ciencia o de la tecnología [sic], o a principios elementales de justicia, lógica o conveniencia, conceptos que se resumen en la razonabilidad y proporcionalidad de la norma como parámetros de constitucionalidad.* (Voto número 5990-94, Considerando V)

Así, en los términos de los artículos 16 de la Ley General de la Administración Pública y 38 de la Ley Orgánica del Ambiente, las actuaciones estatales en materia ambiental deben fundarse y no pueden contradecir las reglas unívocas de la ciencia y la técnica en aras de lograr el derecho y goce pleno a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.[43] De manera que la Asamblea Legislativa no puede aprobar válidamente la reducción de la superficie de un área silvestre protegida sin contar antes con estudios técnicos (a cargo del SINAC) que justifiquen su decisión. Dicha actuación deviene contraria a la Constitución Política por violación del principio de razonabilidad constitucional en relación con el artículo 129 de la Constitución Política.[44]

Al ser el artículo 38 de la Ley Orgánica del Ambiente una norma protectora que establece una garantía a favor de las áreas silvestres protegidas y del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado reconocido en el artículo 50 constitucional, la Sala Constitucional ha trazado que: 1) el estudio técnico señalado en la norma es un requisito ineludible y esencial para la aprobación legislativa de reducción de un área protegida, que se desprende de los vocablos “solo podrá” y “después”, y cuyo incumplimiento trae aparejada la declaratoria de invalidez de la medida; 2) que se trata de un estudio conforme con la ciencia y la técnica, a fin de determinar el impacto de la medida legislativa en el ambiente y los ecosistemas; 3) que el estudio debe ser específico y versar sobre el área de reducción y su contexto, a fin de evaluar el impacto y emitir las recomendaciones para prevenir efectos negativos y plantear medidas de mitigación; 4) que el estudio tiene por finalidad justificar científicamente la medida, y 5) que el estudio tiene que ajustarse a las exigencias sustanciales del artículo 50 constitucional y tiene que demostrar cómo la medida que se toma, continua satisfaciendo el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.[45]

En consecuencia, el punto de partida para modificar la cabida de un área silvestre protegida debe ser su conformidad con la

41. También conocido como el principio de la vinculación a la ciencia y a la técnica. Véase Sala Constitucional, Votos Nº 7294-98, 2988-99, 1220-02, 6322-03, 14293-05, 2063-07, 17126-06, 8210-07.
42. Las decisiones que toma la Administración en materia ambiental -por estar regida por la ciencia exacta y las reglas de la técnica (según la ley de la causalidad), y en virtud de los conocimientos imprescindibles que aportan las diversas disciplinas de las ciencias físicas y naturales- son incompatibles con las potestades discrecionales de la Administración, que carece de hacer empíricamente lo que debe hacer técnicamente. Igualmente cabe sostener que la llamada discrecionalidad técnica es lógicamente imposible. (Ortiz, 2002, p. 92)
43. Por ejemplo, respecto a la conservación y uso sostenible de ecosistema y especies, el artículo 50 de la Ley de Biodiversidad expresa que las actividades humanas deberán ajustarse a las normas científico-técnicas emitidas por el MINAE y los demás entes públicos competentes para el mantenimiento de los procesos ecológicos vitales dentro y fuera de las áreas silvestres protegidas.
44. El principio general de inderogabilidad de normas para el caso concreto, que señala la obligatoriedad, según el artículo 129 constitucional -que por su rango constitucional es aplicable a todo el ordenamiento jurídico- que establece que las normas jurídicas obligan incluso a la autoridad que las ha dictado y que no puede dejar de aplicar una norma que se ha integrado al ordenamiento; todo lo cual significa que la Asamblea Legislativa debe observar la ley que ha dictado, y deriva en que si el legislador ha desarrollado garantías constitucionales a favor del ambiente y establece como exigencia para la reducción de un área silvestre protegida un estudio técnico que la justifique, tal disposición la vincula en virtud de dicho principio. Véase Sala Constitucional Votos 2009-95, 7294-98 y 13367-12.
45. Sala Constitucional, Voto Nº 13367-12.

ciencia y la técnica, que valoran objetivamente la justificación de las decisiones. La exigencia que contiene el artículo 38 de la Ley Orgánica del Ambiente de contar con los estudios técnicos y científicos que justifiquen la reducción de un área silvestre protegida, se constituye en un verdadero principio ambiental constitucional, de manera que su omisión es de relevancia constitucional.

La Justificación y los Criterios Técnicos

Si el dominio público[46] se justifica en la satisfacción del interés público, la desafectación de una porción de la extensión de un área silvestre protegida debe sustentarse, con igual razón, en el hecho de haber cesado el interés público que originó la afectación, que a su vez, depende de los objetivos y fines que inicialmente motivaron la creación del área protegida en los términos del artículo 35 de la Ley Orgánica del Ambiente, al haber perdido, al menos en parte, el interés ambiental que en su momento generó. Empero, si el área silvestre protegida cumple con sus objetivos de conservación y tienen plena vigencia las razones que justificaron su creación, y no media un interés público superior (por ejemplo, la seguridad nacional) que respalde su salida del patrimonio de la Nación, la reducción y desafectación sería del todo inconveniente. [47]

A grandes rasgos, para justificar la reducción de un área silvestre protegida, los estudios técnicos deben ser comprensivos (en los términos del artículo 72 del Reglamento a la Ley de Biodiversidad) y con el rigor científico y técnico suficiente que determinen cómo afecta la reducción del área los objetivos y fines de conservación del área protegida, que en su momento provocó el interés de protección y conservación, y cómo afecta la reducción al resto del área que permanece intacta, debiendo quedar demostrado que no se le causará daño ni se le pondrá en peligro.[48]

Antes de proceder a la reducción de un área protegida, hay que preguntarse: ¿está el área silvestre protegida cumpliendo con los objetivos de conservación? La respuesta está en la evaluación de la integridad

46. La noción de dominio público se constituye con base en los elementos determinantes de su titularidad (pertenece a una Administración pública), afectación (a un uso o servicio público) y su régimen jurídico especial (inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad).
47. La Procuraduría General de la República se ha pronunciado en contra de desafectar bienes medioambientales del dominio público nacional para atender necesidades específicas, como serían las de vivienda, que si bien configuran un problema social, menoscaba el interés público colectivo y no son una justificación suficiente para privar, en beneficio de unos pocos, al resto de nacionales del derecho a disfrutar de esos bienes, y abre el portillo para que otras poblaciones, en similares condiciones, reclamen para sí idénticos beneficios. Se daña al bien común al no mediar un interés público superior que respalde y justifique la salida de un bien del patrimonio natural del Estado, y por ello, la desafectación resulta del todo inconveniente. Además, por sus condiciones ecológicas de conservación, estos bienes no deben ser habitados. Véase Opinión Jurídica OJ-033-1997, OJ-058-1997 y OJ-004-2005.
48. Cualquier iniciativa de reducción del tamaño de un área silvestre protegida estatal debe considerar la normativa que preceptúa que son de interés público las actividades de los entes del Estado –en especial la del MINAE y SINAC- destinadas a proteger, conservar, mejorar y recuperar la diversidad biológica, el suelo, los recurso hídricos, los ecosistemas y el paisaje en general; así como incentivar la creación y consolidación de las áreas silvestres protegidas, y cuando exista daño ambiental, tomar las medidas para la restauración, recuperación y rehabilitación de los elementos de la biodiversidad dañada en estas áreas protegidas. Véase los artículos 46, 55 y 72 de la Ley Orgánica del Ambiente, y los artículos 51, 53, 54, 58, 60 y 61 de la Ley de Biodiversidad.

ecológica o viabilidad que permita medir las características biológicas, ecológicas y evolutivas que una especie, comunidad o ecosistema requiere para su mantenimiento en el tiempo y en el espacio, de manera que permita definir si procede la protección, la recuperación, la restauración, la investigación u otros usos del área silvestre protegida.[49]

El Reglamento a la Ley de Biodiversidad regula, de un modo general, lo concerniente a la declaratoria, modificación (entendida como aumento o reducción) o cambio de categoría de manejo de las áreas silvestres protegidas. En sus artículos 71 y 72 se dispone que para la modificación de un área silvestre protegida deberá elaborarse un informe técnico que estará coordinado por la instancia respectiva del Sistema Nacional de Áreas de Conservación, que recomendará la reducción del área protegida, tomando en cuenta, al menos, los siguientes criterios técnicos:

- la relevancia y fragilidad de los ecosistemas, poblaciones silvestres y atributos geológicos o geomorfológicos del área propuesta;
- las dimensiones estimadas de los ecosistemas más relevantes y sus atributos geológicos o geomorfológicos del área propuesta;
- el estado de conservación de estos ecosistemas y poblaciones silvestres, así como los atributos geomorfológicos o geológicos y potencial comprobado para la recuperación ecológica de los sitios degradados dentro del área propuesta;
- la relevancia de los bienes y servicios ambientales que suministra el área propuesta parar las comunidades locales y circunvecinas; y
- la consulta obligatoria a poblaciones indígenas o comunidades locales que puedan ser afectadas o impactadas con la reducción del área silvestre protegida.

Estructura Organizativa y Competencial

Territorialmente, el Sistema Nacional de Áreas de Conservación (SINAC) está dividido en once Áreas de Conservación bajo la supervisión general del MINAE, y cuya máxima instancia es el Consejo Nacional de Áreas de Conservación (CONAC) –integrado y presidido por el Ministro de Ambiente y Energía- con competencia en todo el territorio nacional. La administración de cada Área de Conservación se ejerce por medio de un Consejo Regional del Área de Conservación (CORAC).[50]

49. Un sistema ecológico mantiene su integridad o es viable cuando sus características ecológicas dominantes -composición, estructura, función, procesos ecológicos- ocurren dentro de rangos de variación naturales y son capaces de resistir y recuperarse de la mayoría de disturbios ambientales, ya sean de carácter natural o antrópico. (SINAC, 2007). Estudios recientes como el proyecto Grúas II llaman la atención sobre la existencia de zonas de gran riqueza natural que no están protegidas, y las debilidades de gestión invitan a explorar nuevos caminos para la profundización de los esfuerzos de conservación, e identificó vacíos de conservación de biodiversidad en un total de 283,322 hectáreas, un 5.6% de la superficie del territorio nacional. Grúas II es una iniciativa impulsada por el SINAC en conjunto con otros organismos, que pretende orientar las políticas nacionales de ordenamiento territorial utilizando el mejor conocimiento científico disponible, optimizando los esfuerzos nacionales para la conservación in situ de la biodiversidad terrestre, de agua dulce, costero-marina y marina del país.
50. Artículos 23, 24, 25, 27, 28, 29, 30 inciso 7) y 32 de la Ley de Biodiversidad, y artículos 9, 10, 12, 20, 21 y 26 del Reglamento a la Ley de Biodiversidad. Adicionalmente, cada Área de Conservación cuenta con un Comité Científico-Técnico cuya función es asesorar al CORAC y al director del Área en aspectos exclusivamente técnicos del manejo del área y en carácter de máximo órgano asesor para analizar, discutir y formular planes y estrategias que serán ejecutadas en el Área de Conservación.

Respecto a las iniciativas para reducir el tamaño de un área silvestre protegida, corresponde a los profesionales del Área de Conservación donde se encuentra el área protegida que se pretende reducir, la elaboración del informe técnico que contendrá la recomendación del caso. El informe técnico es puesto en conocimiento del CORAC y éste aprueba en primera instancia la iniciativa propuesta, que posteriormente se eleva al CONAC para su aprobación final, con la recomendación al Ministro del Ambiente y Energía, a quien le corresponde preparar y presentar el proyecto de ley.[51]

La Evaluación del Impacto Ambiental

Una de las características esenciales del Derecho Ambiental es que su objetivo es fundamentalmente preventivo, en tanto lo que se pretende es precisamente evitar que se produzcan daños al ambiente. Por ello son necesarias acciones que anticipen a cualquier actividad contaminante o degradante del ambiente, en lugar de limitarse a verificar e intentar a posteriori reparar los daños, que en muchos casos son irreversibles, porque no hay norma alguna que pueda reparar el daño ya hecho.

La jurisprudencia de nuestra Sala Constitucional[52] ha reconocido plenamente y le ha otorgado un valor importante a lo que la doctrina especializada ha denominado como principio preventivo,[53] que advierte que para evitar que las alteraciones producidas por la actividad humana constituyan una lesión al ambiente, en aquellas situaciones de riesgos claramente definidas e identificadas, o al menos como probables de causar daños al ambiente, la actividad causante debe ser prohibida, limitada o condicionada al cumplimiento de ciertos requerimientos. De esta forma, el principio preventivo obliga al Estado a procurar todo lo que sea necesario –dentro del ámbito permitido por la ley- a efecto de impedir que se produzcan daños irreversibles en el medio ambiente.[54] La Ley de Biodiversidad recoge en forma expresa en su artículo 11 inciso 1º el principio de prevención a modo de parámetro o criterio parar aplicar la normativa ambiental, al reconocer que es de vital importancia anticipar, prevenir y atacar las causas de la pérdida de la biodiversidad o sus amenazas.

Evitar las consecuencias perjudiciales es una exigencia de la racionalidad, y el procedimiento idóneo para evitar esas consecuencias no deseables es la evaluación

51. Aunque el CONAC es el órgano máximo y colegiado del SINAC, los artículos 22 y 25 de la Ley de Biodiversidad no le han conferido en forma expresa la potestad para crear nuevas áreas silvestres protegidas (artículos 32 y 37 de la Ley Orgánica del Ambiente y 2º de la Ley Forestal), su modificación o cambio de categoría o la preparación y remisión a la Asamblea Legislativa del proyecto de ley de reducción del tamaño de un área silvestre protegida (artículo 28 de la Ley General de la Administración Pública), pues dichas competencias se mantienen en exclusiva en el Ministro de Ambiente y Energía.
52. Véase Sala Constitucional, Votos Nº 6514-12, 5048-01, 1250-99, 5893-95, entre otros.
53. “La prevención es la regla de oro del derecho ambiental, frente al daño nace la obligación de reparar, frente al riesgo existe la obligación de prevenir. El Principio Preventivo prioriza toda acción del gobierno, de la sociedad civil, de las empresas privadas, tomando todas las prevenciones posibles para no generar las causas de posteriores problemas ambientales, utilizando los mejores medios técnicos y las acciones preventivas y correctivas”. (Aguilar e Iza, 2009, p. 37).
54. “Frente a riesgos ciertos, definidos y claramente identificados, resulta de aplicación el Principio Preventivo”. (Milano, 2005, p.150). En la prevención “se actúa frente a una amenaza cierta”. “Si el daño ocurrirá, actúa la prevención para detenerlo”. (Lorenzetti, 2011, p. 84).

del impacto ambiental[55] que ha establecido el numeral 17 de la Ley Orgánica del Ambiente y que tiene sustento en el artículo 50 de la Constitución. El estudio de impacto ambiental se concibe como un procedimiento técnico que permite detectar, prevenir, controlar, corregir, y mitigar una posible alteración ambiental con la consecuente afectación del ecosistema. Se diferencia del daño ambiental en la medida y el momento en que el impacto ambiental es evaluado en un proceso ex ante, de forma tal que puedan considerarse los aspectos de prevención y mitigación para disminuir su alcance en el ambiente.[56]

Acerca de la obligatoriedad de la evaluación del impacto ambiental, la Sala Constitucional en el Voto número 2063-07 de las 14:40 horas del 14 de febrero del 2007, puntualizó lo siguiente:

> *Asimismo, debe recordarse que para la desafectación del patrimonio forestal –lo que se traduce en la reducción o eliminación del área silvestre protegida-, sólo se puede hacer mediante ley de la República, después de realizarse los estudios técnicos previos (estudio de impacto ambiental) que justifique la medida, en los términos previstos en el artículo 38 de la Ley Orgánica del Ambiente*. (Considerando VIII)

Análisis de Sentencias de la Sala Constitucional en Casos por Vulneración de los

Artículos 50 Constitucional y 38 de la Ley Orgánica del Ambiente.

Corresponde ahora examinar los fallos de constitucionalidad en donde la Sala ha puntualizado que el incumplimiento de los requisitos del artículo 38 de la Ley Orgánica del Ambiente -como una manifestación de la obligación consagrada en el artículo 50 constitucional- entraña una lesión directa al ambiente y una desprotección de los recursos naturales. Ha enfatizado que las decisiones ambientales deben sustentarse y no contradecir las reglas unívocas de la ciencia y la técnica, mediante la realización de estudios técnicos previos, serios, suficientes y necesarios que deben justificarse a la luz de los parámetros de la razonabilidad y proporcionalidad y no como una mera formalidad, porque de lo contrario, se produce una violación a los principios de reserva legal, el de la objetivación de la tutela

55. “El Principio Preventivo es la fuente sobe la cual se erige la exigencia de evaluación de impacto ambiental”. (Milano, 2005, p.154).
56. El artículo 17 de la Ley Orgánica del Ambiente dice: “Evaluación de impacto ambiental. Las actividades humanas que alteren o destruyan elementos del ambiente o generen residuos, materiales tóxicos o peligrosos, requerirán una evaluación de impacto ambiental por parte de la Secretaría Técnica Nacional Ambiental creada en esta ley. Su aprobación previa, de parte de este organismo, será requisito indispensable para iniciar las actividades, obras o proyectos. Las leyes y los reglamentos indicarán cuáles actividades, obras o proyectos requerirán la evaluación de impacto ambiental”. La Ley de Biodiversidad en su artículo 7 inciso 18 define la evaluación del impacto ambiental de la siguiente manera: “Artículo 7. Definiciones. Esta ley deberá ser interpretada de acuerdo con las siguientes definiciones: (…) 18. Evaluación de impacto ambiental: Procedimiento científico-técnico que permite identificar y predecir cuáles efectos ejercerá sobre el ambiente una acción o proyecto específico, cuantificándolos y ponderándolos para conducir a la toma de decisiones. Incluye los efectos específicos, su evaluación global, las alternativas de mayor beneficio ambiental, un programa de control y minimización de los efectos negativos, un programa de monitoreo, un programa de recuperación, así como la garantía de cumplimiento ambiental”.

ambiental, el preventivo y el de no regresión, como garantías del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

Con la salvedad de la segregación de terrenos del Refugio Nacional de Vida Silvestre del corredor fronterizo norte para la creación de los puestos fronterizos de Peñas Blancas y Tablillas -que cumplieron con los requisitos del artículo 38 de la Ley Orgánica del Ambiente, pero cuya constitucionalidad no ha sido cuestionada- los legisladores y jerarcas del MINAE, como veremos, han gestionado o emitido leyes y decretos ejecutivos para reducir y desafectar extensiones territoriales de varias áreas silvestres protegidas, donde han promulgado la ley pero no constan los estudios técnicos que justifican esa medida, o como ha sucedido en la mayoría de los casos: la reducción del área mediante decreto ejecutivo, sin los estudios científicos y técnicos.

Hemos incluido los casos de la Ley de Titulación en Reservas Nacionales y el proyecto de ley de transformación del Instituto de Desarrollo Agrario (IDA) en el Instituto de Desarrollo Rural (INDER) (este último finalmente aprobado como Ley número 9036 de 2012), cuyos textos establecían los mecanismos para que terrenos del Patrimonio Natural del Estado y áreas silvestres protegidas salieran del dominio de la Nación, sin que expresamente señalaran una reducción y transmisión directa de propiedad, ni una desafectación, y al margen de la exigencia de un acto legislativo expreso y concreto para cada caso y sin el sustento en estudios técnicos que justificaran la reducción de la cabida y la enajenación de esos inmuebles, pero con el mismo resultado: la salida de estos terrenos del dominio estatal.

Segregación de Terrenos del Refugio Nacional de Vida Silvestre Frontera Norte para los Puestos Fronterizos de Peñas Blancas y Las Tablillas

Por la importancia que tiene como zona estratégica de seguridad de la Nación, la franja de dos kilómetros de ancho a lo largo de las fronteras con Nicaragua y Panamá se encuentran protegidas bajo el régimen de dominio público, según dispone el artículo 7 inciso f) de la Ley de Tierras y Colonización. También, por la importancia de esta zona como corredor biológico entre diferentes áreas silvestres protegidas nacionales, mediante Decreto Ejecutivo número 22962-Mirenem de 1994, fue declarado como Refugio Nacional de Vida Silvestre este corredor fronterizo con Nicaragua. Así, el carácter demanial del corredor fronterizo norte se vio doblemente reforzado por su declaratoria de refugio de vida silvestre, dado que mediante esta categoría de manejo ingresó al Patrimonio Natural del Estado.

Cuando se creó este Refugio de Vida Silvestre, no se tomó en cuenta que dentro de esta área ya existía la aduana y el puesto migratorio de Peñas Blancas, con un intenso tránsito de mercaderías y personas, y que además era la única vía legalmente habilitada hacia el extranjero y viceversa. Bajo esta consideración, se promulgó la Ley número 7774 de 1998 llamada “Segregación de Terrenos pertenecientes al Refugio de Vida Silvestre de la Frontera Norte”, para segregar 49 hectáreas de los terrenos del área de aduanas, migración y comercio pertenecientes al Refugio, ahora bajo la administración de la Municipalidad de Los Chiles.

El Dictamen previo elaborado por el MINAE señaló que debido a su nivel de intervención, el área de Peñas Blancas no poseía ningún ecosistema de especial interés para fines de conservación y protección, y avaló la segregación de las 49 hectáreas del Refugio, pero que se requería realizar algunas medidas mitigantes del impacto ocasionado por las actividades ahí desarrolladas. La ley fue aprobada por la Comisión Permanente con Potestad Legislativa Plena Tercera, por indicación del Informe Jurídico de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa.[57]

En forma similar y mediante Ley número 8803 de 2010, Ley para Regular la Creación y el Desarrollo del Puesto Fronterizo Las Tablillas, se segregó un área de 12.3 hectáreas del Refugio para habilitar un segundo puesto fronterizo migratorio y aduanal, cuya área segregada sería administrada por la Municipalidad de Los Chiles. El Informe Técnico de la Oficina Regional del Área de Conservación Arenal Huetar Norte del SINAC (de setiembre del 2007), expuso que dentro del área a segregar no existía ningún ecosistema de importancia, tipo humedal, bosque primario o secundario, ríos, quebradas etc. que se pudieran afectar con un posible desarrollo de infraestructura, pero recomendó un adecuado manejo de las aguas residuales, desechos sólidos, líquidos de alta peligrosidad para prevenir y evitar la contaminación sobre el resto del Refugio.[58]

La ley fue aprobada por el Plenario de la Asamblea Legislativa por indicación de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa, que consideró que la iniciativa no era delegable en una Comisión con potestad legislativa plena por estar dentro de las excepciones de delegación que establece el artículo 124, párrafo tercero constitucional, en razón de haber quedado desafectado de su uso actual y pasar a estar afectado a otro uso.[59]

La Ley número 7774 y la Ley número 8803 tienen en común que los terrenos segregados del Refugio Nacional Frontera Norte también se encontraban dentro de la zona inalienable del corredor fronterizo norte con Nicaragua, y por ende, se mantenían como zona de dominio público, por disposición expresa del artículo 7, inciso f) de la Ley de Tierras y Colonización. Lo que operó aquí fue una mutación demanial con un cambio de destino del terreno a un fin y uso público específico distinto del anterior (de conservación y protección a migratorio y aduanal) y la titularidad de su administración de una institución pública por otra (del MINAE a la Municipalidad de Los Chiles), pero conservando su naturaleza jurídica dentro del mismo régimen de dominio público, al estar afecto a un fin público dentro de la Administración Pública.

Por esta razón consideramos que no era necesario la aprobación de la Ley número 8803 por el Plenario de la Asamblea Legislativa, porque no se produjo una desafectación y enajenación o pérdida de la condición demanial de esas doce hectáreas de terreno segregados de la Reserva Nacional de Vida

57. Véase folios 9-12 y 18-26 del Proyecto de Ley expediente Nº 12815 de la Asamblea Legislativa, (1996).
58. La propuesta inicial del área a segregar del Refugio era por 236 hectáreas y fue presentada por un grupo de empresarios que conformaban la denominada Zona Económica Especial, pero el Informe Técnico del SINAC no la consideró viable y en su lugar recomendó la segregación de 12 hectáreas, tal y como apareció en el texto original del proyecto de ley.
59. Véase folios 55-57 y 76-94 del Proyecto de Ley expediente Nº 17244 de la Asamblea Legislativa, (2008).

Silvestre de la Frontera Norte, pudiendo ser aprobada, como sucedió con la promulgación de la Ley número 7774, por una Comisión Permanente con Potestad Legislativa.

Lo cierto es que los terrenos segregados para el puesto fronterizo Las Tablillas, con anterioridad a la creación del Refugio de Vida Silvestre de la Frontera Norte, ya estaban siendo intervenidos por el hombre para uso agropecuario y urbano rural; de modo que no se dio la segregación de un bosque o ecosistema único o frágil que hubiera implicado la ruptura de la continuidad en el flujo de especies de ese corredor biológico o que hubiera representado un riesgo para la conservación de ese ecosistema.

Caso Zona Protectora Tivives

Mediante sentencia de la Sala Constitucional número 7294-98, se declaró con lugar una acción de inconstitucionalidad interpuesta contra el artículo 71 de la Ley Forestal número 7575, cuyo texto modificaba los límites de la Zona Protectora Tivives, establecida mediante Decreto Ejecutivo número 17023-MAG de 1986, reduciendo su área de humedal y manglar en aproximadamente un 14%.

Constatado que la norma cuestionada no se encontraba respaldada por estudios técnicos, la Sala indicó que para reducir un área silvestre protegida cualquiera, y en cumplimiento con las exigencias contenidas en el artículo 38 de la Ley Orgánica del Ambiente, la Asamblea Legislativa debía hacerlo con base en estudios técnicos serios, suficientes y necesarios que determinaran que no le causaría daño al ambiente o se le pusiera en peligro, y por ello, que no se vulneraba el contenido del artículo 50 constitucional.

La Sala destacó que una vez declarada una determinada área como zona protectora por un acto del Estado, no puede éste, simplemente desafectarlo en todo o en parte, para proteger otros intereses -públicos o privados- en menoscabo del disfrute de un ambiente sano; pero el hecho de que una norma, del rango que sea, haya declarado como zona protectora una determinada área, no implicaba la constitución de una zona pétrea, -pues no toda desafectación de una zona protegida es inconstitucional- en el sentido de que, de manera alguna, su cabida pudiera ser reducida por una normativa posterior. No obstante, consideró que se debía tener presente que la declaratoria y delimitación de una zona protectora, en cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 50 constitucional, entrañaba una defensa del derecho fundamental al ambiente, y por ello, la reducción de cabida no debía implicar un detrimento o vulneración de ese derecho.

Caso Ley de Titulación de Tierras

Aquí, mediante Voto número 2988-99, la Sala Constitucional declaró inconstitucional –en acción interpuesta por la Procuraduría General de la República- el artículo 8 de la Ley de Titulación en Reservas Nacionales número 7599 de 1996, que autorizaba al IDA para titular tierras en reservas forestales, refugios nacionales de vida silvestre, zonas protectoras y limítrofes del país, a favor de los poseedores, autorizando al MINAE y a JAPDEVA a realizar los traspasos de los inmuebles.

La Sala destacó lo importante que resultaba la conservación de estas áreas frente a las diversas actividades del hombre, que vienen a alterar los ecosistemas y hábitats que se desarrollan en esos lugares, y se tuvo por

demostrado que la norma impugnada que facultaba la titulación de esas áreas recaía en un ámbito indiscriminado de aplicación sobre áreas incompatibles con la actividad humana.

También señaló que lo anterior no implicaba que el Estado no pudiera desafectar un área determinada, en virtud de que ya no se cumplían los fines para los cuales se le protegió, o que inclusive, se pretendiera titular zonas específicas. Sin embargo, solo podía hacerse donde existiera un estudio técnico previo que demostrara la naturaleza del área a titular y la posible convivencia tanto del hombre como del ecosistema, por lo que no se podía permitir que se titulasen áreas de esta naturaleza en forma indiscriminada, ya que esto iba contra las mismas políticas conservacionistas del ambiente que ha procurado el Estado en virtud de los cometidos ordenados por la Constitución Política y los Convenios Internacionales que ha suscrito.

Reafirmando la exigencia que contiene el artículo 38 de la Ley Orgánica del Ambiente respecto al deber de realizar estudios técnicos previos cuando se trata de la reducción de superficie de un área silvestre protegida, la Sala determinó que la desafectación de gran parte de la zona fronteriza tampoco resultaba constitucionalmente razonable, porque dejaba sin protección a bosques primarios, humedales y corredores biológicos, contrariando así las políticas de protección del medio ambiente que realizaba el Estado. Teniendo en cuenta que los fines de una norma deben ser proporcionados y razonables en virtud del objetivo que pretende lograr, así como de las consecuencias que pueden derivar de ella, no se podía permitir que por solucionar un problema social como el de la vivienda -a unas cuantas personas en este caso- se pusiera en peligro las áreas protegidas del país.

Caso Gandoca-Manzanillo, primera parte

Existe un largo historial de decretos ejecutivos relacionados con el Refugio Nacional de Vida Silvestre Gandoca- Manzanillo (REGAMA), respecto a una serie sucesiva de exclusiones e inclusiones de las llamadas zonas urbanas de Gandoca, Manzanillo y Puerto Viejo, de los linderos de dicho Refugio. El REGAMA fue creado mediante Decreto Ejecutivo número 16614-MAG en 1985 y estableció en su artículo 6º que las zonas urbanas de Gandoca-Manzanillo y Puerto Viejo quedaban excluidas de sus regulaciones. Posteriores decretos incluyeron y ampliaron, redujeron y excluyeron, y volvieron a incluir dentro del Refugio estas áreas urbanas, hasta que el último de ellos, el Decreto Ejecutivo número 34043-MINAE del 2007, terminó por excluir las áreas urbanas de Gandoca-Manzanillo y Puerto Viejo del REGAMA, quedando así reducida su cabida.

Mediante sentencia número 1056-09, la Sala Constitucional declaró con lugar una acción de inconstitucionalidad interpuesta contra el Decreto Ejecutivo número 34043-MINAE y anuló sus artículos 3, 4, 5 y 7, porque entrañaban la reducción del Refugio, al quedar las áreas urbanas de las comunidades de Gandoca, Manzanillo y Puerto Viejo, nuevamente excluidas de sus límites. Estimó que esta situación violentaba el principio de reserva legal porque la reducción del patrimonio forestal del Estado sólo podía operar por vía legal y no reglamentaria, dado que constitucionalmente se han establecido ciertas materias que por su trascendencia deben ser reguladas obligatoriamente por medio de una ley debidamente justificada

al efecto, como es el caso de la reducción de los límites de una zona protectora del patrimonio forestal del Estado.

La Sala también consideró que se violó el derecho a gozar de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado porque la reducción de un refugio de vida silvestre no sólo disminuía la posibilidad de gozar de ese derecho en la zona Gandoca-Manzanillo, sino porque desprotegía los recursos naturales de la zona, al haber dejado a las áreas urbanas de Gandoca, Manzanillo y Puerto Viejo a la libre explotación sin restricción alguna, toda vez que la propiedad forestal es un tipo diferente de propiedad con características y particularidades propias y un régimen especial, que se concibe fundamentalmente para conservar y no para producir ni ser parte del comercio de los hombres.

Caso de la Isla San Lucas

La Ley número 5469 de 1974 había otorgado la administración de la Isla San Lucas a la Municipalidad de Puntarenas y señaló como fin público para la misma el desarrollo de proyectos turísticos. Tiempo después, el Poder Ejecutivo, mediante Decreto Ejecutivo número 29277-MINAE de 2001, estableció un refugio nacional de vida silvestre (RNVS) en todo el territorio de la isla, con lo cual quedó afectada a los fines conservacionistas.

Posteriormente y mediante Decreto Ejecutivo número 34282-MINAE de 2008 se segregó y excluyó de los límites del RNVS Isla San Lucas una porción terrestre y una marina -25 hectáreas de tierra y 18 hectáreas de agua- donde el área excluida o liberada equivalía al 5.5% de la superficie terrestre del Refugio, no obstante que el Decreto –en su Apartado B)- ampliaba el Refugio en 210 hectáreas, que incluía porciones de agua y tierra en forma de islotes.

La Sala estimó en el Voto número 13099-10 que el Poder Ejecutivo no podía reducir estas áreas sin observar el procedimiento legislativo y fundamentarse en estudios técnicos; razón por la cual declaró parcialmente con lugar la acción para anular el artículo 1º apartado A) del Decreto en cuanto excluía del área protegida del RNVS el 5.5% del área actual para la protección del patrimonio cultural, por infracción a lo dispuesto en los artículos 11, 50 y 89 constitucionales, y no en cuanto a la adición del sector marino e islotes en el apartado B), que mantuvo vigente. Así, para declarar la inconstitucionalidad e infracción al artículo 50 constitucional, la Sala indicó que bastaba comprobar la inobservancia del numeral 38 de la Ley Orgánica del Ambiente, ya que no se cumplieron con todos los aspectos jurídicos formales y los estudios técnicos aplicables, al modificar la cabida del Refugio.

Caso Superposición del Área de la Reserva Indígena Guaymí de Osa con el Parque Nacional Corcovado

Mediante una acción de inconstitucionalidad se impugnó el Decreto Ejecutivo número 29957 del 2001, que ampliaba en poco más de 5000 hectáreas la zona de la Reserva Indígena Guaymí de Osa, provocando con ello una superposición geográfica parcial con el área correspondiente al Parque Nacional Corcovado y la reducción de su tamaño, la desprotección de la zona y una desafectación ilegal del dominio público.
Aun cuando la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas -apoyada en la Ley Indígena y las Convenciones de la OIT números 107 y 169- argumentó la irreductibilidad de las

reservas indígenas y el reconocimiento y reivindicación de las tierras tradicionales indígenas para justificar el Decreto de ampliación, la Sala Constitucional, en el Voto número 14772-10, consideró que de ningún modo podía modificarse el régimen jurídico anterior del Parque Nacional Corcovado en perjuicio del Patrimonio Natural del Estado,[60] toda vez que se estaba sustituyendo un régimen de protección y conservación que tiene un parque nacional, por un régimen de búsqueda de zonas para cultivo y agricultura, por lo que era clara la naturaleza incompatible del Decreto Ejecutivo impugnado con el área silvestre protegida.

La Sala precisó que la modificación del área del Parque Nacional Corcovado sólo podía hacerse de conformidad con lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley Orgánica de Ambiente, previo estudios técnicos y científicos que establecieran la viabilidad de un acto legislativo que desafectara un bien del Patrimonio Natural del Estado. Además, mediante el artículo 2º de la Ley número 6794, el legislador había reafirmado que sólo un acto legislativo de igual naturaleza podría modificar el destino público de protección y conservación como Patrimonio Natural del Estado, y por tal razón, la Ley número 6794 reafirmaba el criterio de especialidad para solventar el problema planteado de la antinomia normativa, cuya solución no solo se obtenía mediante el criterio jerárquico, sino también mediante el criterio cronológico y el de especialidad, al existir colisión de dos tipos de normas equivalentes o equiparables, siendo que en este sentido la especificidad de la Ley número 6794 desplazaba cualquier otra de naturaleza general, como la Ley Indígena, aun cuando ésta fuera posterior. De este modo, el Decreto Ejecutivo impugnado resultó inconstitucional por infracción al principio de reserva legal, y que dada la vocación pública del parque nacional, imponía la observancia de la Ley Orgánica del Ambiente.

Caso Transformación del IDA en el INDER

Mediante resolución número 1963-12, de las 13:50 horas del 15 de febrero de 2012, la Sala Constitucional respondió a un consulta facultativa de constitucionalidad interpuesta por diputados acerca del proyecto de ley, expediente legislativo número 17218, Transformación del Instituto de Desarrollo Agrario (IDA) en el Instituto de Desarrollo Rural (INDER), y dijo que resultaba contrario al Derecho de la Constitución el párrafo final del artículo 16 inciso h), respecto a la potestad prevista para que el MINAE pudiera autorizar al INDER “el uso de las áreas aptas para el desarrollo de proyectos ecoturísticos, de turismo rural comunitario o agroecológicos, dentro de áreas protegidas, previo estudio técnico correspondiente, excepto en parques nacionales o en reservas biológicas absolutas”. (Considerando XI)

Tal y como lo planteaban los legisladores, esta norma, en concordancia con las facultades legales del INDER, permitía la disminución del espacio territorial de las áreas silvestres protegidas o patrimonio natural del Estado sin una ley para cada caso concreto (como lo exige el artículo 38 de la Ley Orgánica del Ambiente) y que vistas las competencias

60. El Parque Nacional Corcovado fue creado mediante decreto ejecutivo en 1975, ampliado su tamaño por decreto en 1980 y ratificados como Ley de la República los decretos que crearon y ampliaron el Parque mediante Ley Nº 6794 de 1982. La Reserva Indígena Guaymí fue creada por decreto ejecutivo en 1985.

otorgadas al INDER, se podía provocar una disminución y menoscabo de las áreas silvestres protegidas y del patrimonio natural del Estado, al no contar con los requisitos dispuestos en el ordenamiento jurídico (la realización previa de estudios técnicos que justifiquen la medida y su aprobación mediante ley), que a fin de cuentas eran una manifestación de la obligación consagrada en el artículo 50 constitucional.[61]

Caso Gandoca-Manzanillo, segunda parte

Continuando con el largo y tortuoso historial del REGAMA, esta vez, mediante el mecanismo de la consulta facultativa de constitucionalidad, acerca del proyecto de ley tramitado bajo al expediente legislativo número 18207, Ley de Reconocimiento de los Derechos de los Habitantes del Caribe Sur, que consta de solo dos artículos, se alegó el incumplimiento a lo dispuesto por el artículo 38 de la Ley Orgánica del Ambiente, al haber excluido del REGAMA la mayor parte de la zona costera del régimen propio del RNVS y someterlo al régimen jurídico de la Ley sobre la Zona Marítimo Terrestre, aduciéndose que el estudio técnico en que se sustentó no era un estudio integral que permitiera justificar la reducción del refugio de vida silvestre y que además resultaba inadecuado para evaluar el impacto ambiental de la reducción sobre la zona costera del refugio.

La Sala, mediante Voto número 13367-12 de las 11:33 horas del 21 de setiembre del 2012, declaró inconstitucional el proyecto de ley por violación al artículo 50 constitucional, toda vez que se sustentaba en un estudio incompleto, al no determinar técnica y científicamente cuál era el impacto real sobre el ambiente, siendo ese un vicio de carácter esencial del procedimiento legislativo.[62]

Señaló que con los conceptos de “ambiente” “sano” y “ecológicamente equilibrado”, la norma constitucional había introducido la ciencia y la técnica en las decisiones ambientales –sean estas legislativas o administrativas- de tal manera que en los términos de los artículos 16 de la Ley General de la Administración Pública y 38 de la Ley Orgánica del Ambiente, las actuaciones ambientales debían fundarse y no podían contradecir las reglas unívocas de la ciencia y la técnica. También subrayó que los estudios técnicos son un requisito material, no una mera formalidad, por medio del cual se tenía que demostrar mediante análisis científico el grado de impacto negativo en el ambiente y las medidas recomendadas para menguar dicho impacto y así satisfacer las necesidades presentes, sin poner en peligro la capacidad de las generaciones futuras para atender sus propias necesidades.

Resulta relevante esta resolución porque

61. El proyecto de ley fue finalmente aprobado como Ley Nº 9036 de 2012 y el párrafo del artículo 16 inciso h) del proyecto de ley, declarado inconstitucional, fue excluido del texto actual.
62. La Sala Constitucional en su resolución ha sido puntual al advertir que el Criterio Técnico del Área de Conservación La Amistad Caribe omitió analizar y pronunciarse sobre el impacto del área por desafectar en los zonas marinas y continentales del Refugio; que tampoco examinó el impacto en el corredor biológico sobre los acuíferos y la vida silvestre ni determinó el valor ecológico de la zona por desafectar dentro de la totalidad del área silvestre protegida; que no planteó medidas o recomendaciones orientadas a disminuir cualquier impacto negativo sobre el Refugio en general; que no analizó el impacto en los humedales RAMSAR; y en general, que el estudio omitió demostrar cómo, a pesar de la reducción y la regresividad en los niveles de protección, se pudiera justificar plenamente que el Refugio continuaba conservándose sano y ecológicamente equilibrado.

reconoce, en su condición de parámetro constitucional, el principio de no regresión ambiental, que se precisó de la siguiente manera:

> *Del principio de progresividad de los derechos humanos y del principio de irretroactividad de las normas en perjuicio de derechos adquiridos y situaciones jurídicas consolidadas, recogido en el numeral 34 de la Carta Magna, se deriva el principio de no regresividad o de irreversibilidad de los beneficios o protección alcanzada. El principio se erige como garantía sustantiva de los derechos, en este caso, del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, en virtud del cual el Estado se ve obligado a no adoptar medidas, políticas, ni aprobar normas jurídicas que empeoren, sin justificación razonable y proporcionada, la situación de los derechos alcanzada hasta entonces. Este principio no supone una irreversibilidad absoluta pues todos los Estados viven situaciones nacionales, de naturaleza económica, política, social o por causa de la naturaleza, que impactan negativamente en los logros alcanzados hasta entonces y obliga a replantearse a la baja el nuevo nivel de protección. En esos casos, el Derecho a la Constitución y los principios bajo examen obligan a justificar, a la luz de los parámetros constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad, la reducción de los niveles de protección*. (Considerando V)

La sentencia también señaló que en aplicación de los principios de progresividad de los derechos humanos y el principio de no regresión de la protección ambiental, era constitucionalmente válido ampliar por decreto ejecutivo la extensión física de las áreas de protección, pero su reducción sólo se podía dar por ley y previa realización de un estudio técnico ajustado a los parámetros constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad, a las exigencias de equilibrio ecológico y de un ambiente sano, y al bienestar general de la población. De manera que se producía una violación de estos principios cuando el estudio técnico incumplía las exigencias constitucionales y técnicas requeridas.

La Sala consideró que la regresividad en los niveles de protección debía estar plenamente justificada en estudios con criterio científico que sustentara que la desafectación fuese una medida viable desde la perspectiva ambiental y en el marco de una política de desarrollo sostenible, porque de lo contrario, devendría en una transgresión del principio de no regresión y en una violación material del principio de inderogabilidad singular de las normas.

Conclusiones

La técnica demanial constituye un medio eficaz para la protección física y jurídica de los bienes que conforman las áreas silvestres protegidas que integran el patrimonio natural del Estado, que de la mano con un sólido y coherente desarrollo jurisprudencial de la Sala Constitucional a lo largo de estos años, resaltan la necesaria y obligada protección y preservación de la integridad de la naturaleza y sus recursos, como un componente esencial del medio ambiente y como un mecanismo adecuado para tutelar y mejorar la vida de todos.

Ciertamente, el tamaño de un área silvestre protegida puede ser reducido, dado que su

creación no implica la constitución a perpetuidad, pero sólo puede darse por ley previa específica para cada caso y bajo el supuesto de haber dejado de existir los objetivos y fines para los cuales fue creada o que exista un interés público superior a proteger.

Un área silvestre protegida puede crearse, ampliarse o cambiar de categoría mediante ley o decreto ejecutivo, pero la reducción de su área superficial se encuentra bajo la garantía del principio de reserva de ley y sólo se puede disminuir su cabida mediante ley formal expresa y concreta, pues no cabe una ley que lo decrete en forma genérica, abierta o implícita. Además, su enajenación o desafectación debe ser aprobada por el Plenario de la Asamblea Legislativa, no siendo posible su delegación en una Comisión Permanente con Potestad Legislativa Plena.

El artículo 50 constitucional consagra en forma expresa el derecho fundamental a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, del que se derivan el principio de la objetivación de la tutela ambiental o principio de la vinculación a la ciencia y la técnica, que se traduce en la necesidad de acreditar con estudios científicos y técnicos la toma de decisiones en materia ambiental, y el principio preventivo, del que se deriva la exigencia de realizar los estudios de impacto ambiental, que obliga al Estado y demás instituciones públicas a intervenir activamente en la protección del medio ambiente y los recursos naturales y a tomar las medidas necesarias para evitar que las alteraciones producidas por la acción humana no produzcan daños irreversibles en el medio ambiente.

Como se ha visto, los legisladores y los jerarcas del MINAE de las últimas administraciones han gestionado o emitido leyes y decretos ejecutivos para desafectar extensiones territoriales de varias área silvestres protegidas, donde se ha promulgado la ley pero no constan los estudios técnicos que justifiquen esa medida, o como ha sucedido en la mayoría de los casos: se desafecta mediante decreto ejecutivo y sin el respaldo de estudios técnicos, contraviniendo el artículo 38 de la Ley Orgánica del Ambiente y violentando principios constitucionales y de derecho ambiental. En este sentido, la jurisprudencia de la Sala Constitucional ha sido muy clara, coherente y uniforme en sus interpretaciones de la normativa y los principios que rigen la materia ambiental, reafirmando el requisito del artículo 38 de la Ley Orgánica del Ambiente respecto al deber de realizar estudios técnicos previos cuando se trata de la reducción de superficie de un área silvestre protegida, y su aprobación mediante ley.

Referencias

Aguilar, G. e Iza, A. (editores) (2009). *Derecho Ambiental en Centroamérica*. Tomo I. Gland, Suiza: UICN.

Cedarena. (2006). Evaluación del Marco Legal que afecta el manejo del Sistema de Áreas Protegidas de Costa Rica. *Identificación de Barreras Jurídicas*. *Informe Final*. Recuperado de www.sinac.go.cr/libreria/cedarena

Dudley, N. (editor) (2008). *Directrices para la Aplicación de las Categorías de Gestión de Áreas Protegidas*. Gland, Suiza: UICN. Recuperado de www.uicn.org/dbtw-wpd/edocs/paps-016-es.pdf

Ley de Reconocimiento de los Derechos de los Habitantes del Caribe Sur, Proyecto de Ley Expediente Nº 18207, Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, (2011).

Ley Orgánica del Ambiente de Costa Rica. Proyecto de Ley Expediente Nº 10435, Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, (1987).

Ley para Regular Área de Aduanas, Migración y Comercio en Peñas Blancas Segregada del Refugio de Vida Silvestre de la Frontera Norte. Proyecto de Ley Expediente Nº 12815, Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, (1996).

Ley para Regular la Creación y Desarrollo del Puesto Fronterizo Las Tablillas, Proyecto de Ley Expediente Nº 17244, Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, (2008).

Ley que ratifica todos los parques nacionales y reservas biológicas creadas por decreto ejecutivo. Proyecto de Ley Expediente Nº 9085, Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, (1981).

Lorenzetti, R. (2011). *Teoría del Derecho Ambiental*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.

Milano, A. (2005*). El Principio precautorio fuente del derecho constitucional*. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.

Ortiz, E. (2002). *Tesis de Derecho Administrativo*. Tomo I. San José, Costa Rica: Editorial Stradtmann.

Programa Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible. (2011). *Decimoséptimo Informe Estado de la Nación*. San José, Costa Rica. Recuperado de www.estadonacion.or.cr

Sistema Costarricense de Información sobre Biodiversidad. Información de áreas silvestres protegidas. CRBio. (2013). www.crbio.cr

Sistema Nacional de Áreas de Conservación (SINAC) del Ministerio de Ambiente y Energía (MINAE). (2007). GRUAS II: Propuesta de Ordenamiento Territorial para la conservación de la biodiversidad de Costa Rica. Volumen 1: *Análisis de Vacíos en la Representatividad e Integridad de la Biodiversidad Terrestre*. San José, Costa Rica. Recuperado de www.usegcr.com/es/documentos/…/doc…/13-gruas-ii-vol-i.html

PANORAMA ACTUAL DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL EN COSTA RICA Y LA LEY 8937[1]

Licda. Avendaño Solano Tatiana

Día a día es posible observar como se incrementan las relaciones comerciales entre diferentes países de todo el mundo, fenómeno que resulta lógico ya que el intercambio de bienes y servicios además de permitir que muchas naciones puedan obtener recursos que por sus propios medios es probable que no los alcancen, representa un importante instrumento para el crecimiento económico de los Estados a nivel global.

Las mencionadas relaciones se concretizan en el ámbito del derecho internacional, por medio de contratos ya sean bilaterales o multilaterales. Dichos contratos no siempre resultan claros o satisfactorios para todas las partes; por el contrario, en gran cantidad de estos surgen una serie de diferencias entre los intereses de ambas (quien ofrece un bien o servicio y quien lo recibe), quienes tienen la posibilidad de resolver las controversias de la manera en que se ha determinado previamente en el contrato; esto, específicamente en la clausula respectiva.

Cabe recordar, que al ser dichas relaciones propias del derecho privado se basan en una serie de principios dentro de los cuales destaca el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, manifestándose en el ámbito internacional en la libertad de contratar y regir los intereses privados por las leyes que elijan las partes[2]; libertad que se manifiesta al momento en que los sujetos dentro de la clausula respectiva determinan la vía en la cual pretenden solucionar las posibles diferencias; ya sea, bajo el sistema judicial de un determinado Estado, con lo cual se someten a su ordenamiento jurídico; o bien si deciden elegir un proceso de resolución alterna de conflictos (en adelante RAC).

En la actualidad, es posible determinar que son los procesos RAC, los que encabezan a nivel mundial el medio preferido de quienes a raíz de alguna condición establecida en un contrato comercial, desencadenan un conflicto de índole internacional. Adentrándose aun más, es importante destacar la relevancia que al día de hoy presenta uno de estos métodos en el país, como lo es el arbitraje comercial internacional.

Las razones recaen en distintos aspectos, relativos a circunstancias tanto formales como materiales; sin embargo, es necesario antes de entrar a estudiar el panorama del país al respecto, indicar inicialmente las razones por las cuales en la actualidad el sistema judicial de Costa Rica u otros Estados, no es

1. Ley de Arbitraje Comercial Internacional basada en la Ley Modelo de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, la cual fue decretada por la República de Costa Rica, entrando en vigor el 25 de mayo de 2011.
2. RODRÍGUEZ Nuria, LÓPEZ Carlos, Autonomía de la Voluntad, http://www.derechocomercial.edu.uy/ClaseOb02A.htm

el medio preferido o comúnmente electo por las partes para solucionar sus controversias.

Sin querer entrar a evaluar el sistema judicial del país u otras naciones, es importante establecer que en el caso en que se decida resolver la controversia por este medio, se presentarán dos o más sujetos (inversionistas, empresarios, etc.) provenientes de distintas naciones, estando alguno en la obligación de someterse a un ordenamiento jurídico distinto del que pertenece; lo que va a provocar una serie de posibles beneficios para la parte propia del Estado en donde se lleve a cabo el proceso judicial; situación que cabe aclarar de forma anticipada, no es planeada o malintencionada por la parte beneficiada o por los operadores del derecho del sistema judicial, sino que responde a condiciones naturales de la situación dada.

Los inversionistas o empresarios, cuando llevan a cabo negocios en territorio extranjero, suelen estar expuestos a un riesgo mayor, implicando eventuales asimetrías de poder frente a las autoridades locales, las dificultades para demandar al Estado receptor de la inversión y el incremento de los costos de transacción inherente a la gestión de estos eventuales conflictos, así como la posible falta de neutralidad e imparcialidad de las autoridades locales[3].

Evaluándolas brevemente de forma separada, es posible hablar inicialmente del hecho de que el juez como operador de derecho en el sistema judicial, se encarga de resolver una serie de conflictos que aunque responden por lo general a una sola materia, por ejemplo materia civil, la misma de igual forma contempla una diversa cantidad de situaciones en las cuales debe de dar solución, mismas que mantienen características y temas distintos; es decir, no se enfoca el juez únicamente en procesos de naturaleza comercial o relaciones de derecho internacional.

Esa situación, en un proceso comercial internacional resulta al inicio desfavorecedora para todas las partes de la controversia; ya que, los operadores del derecho por ende no poseen un conocimiento extensivo y actualizado de las prácticas del comercio, porque no tienen la capacitación constante sobre las tendencias y cambios en las formas en las que se llevan a cabo las relaciones comerciales y más aun, las novedosas técnicas para dar solución a los posibles conflictos; esto, debido a que están en la obligación de apegarse únicamente a lo que describe la ley del Estado que resulte aplicable al caso.

La situación descrita, se torna aun más difícil para una de las partes una vez que se desarrolle el proceso, ya que nace una ventaja de la parte nativa de este Estado, por ser quien conoce la cultura jurídica del mismo, caso contrario a sus oponentes, quienes en la mayoría de las ocasiones les resulta ajena.

Es menester aclarar, que al referirse a la cultura jurídica, se hace referencia a los modos de vida, hábitos y creencias, a la transmisión de formas de ver la vida, a los modos de pensar prevalecientes en la

3. BITTAN Moisés, “El Mundo”, *Arbitraje Internacional y Resolución de Conflictos*, disponible en http://www.elmundo.com.ve/firmas/moises-bittan/arbitraje-internacional-y-resolucion-de-conflictos.aspx

sociedad respecto del derecho[4]; aspectos que son propios de cada país en específico, independientemente del sistema de derecho o régimen político que sigan; por ende, aunque los países se rijan por el derecho codificado, o pertenezcan a un Estado democrático, siempre van a tener una cultura jurídica distinta, porque la aplicación del derecho difiere de un Estado a otro.

Esta situación, va a generar que la parte ajena a dicho sistema tenga inicialmente que entrar a conocer y a actuar en un sistema quizás muy distinto al suyo, que puede ser incluso anticuado respecto a las tendencias del derecho o en cuanto a temas de comercio internacional se refiere[5]. Esto podría llevar a la parte afectada, a que deba de contratar más abogados para poder llevar el caso o hacer que los suyos deban de estudiar a fondo la aplicación actual en los Tribunales de Justicia de ese país de la legislación respectiva.

Por último, es probable que la interpretación de la normativa sea asumida con mayor facilidad por la parte propia del sistema judicial, quien como resulta normal va a conocer la forma y sentido en que las autoridades del derecho han resuelto los casos similares que se han presentado, generando con esto una posible ventaja.

Adicional a las condiciones referidas, se dan otras que también se consideran un riesgo para la parte ajena al Estado en donde se lleva a cabo la controversia, que si bien es cierto no implican directamente al sistema judicial, pueden llegar a tener incidencia sobre este, se habla en ese sentido de los riesgos políticos emergentes y la inestabilidad jurídica.

En cuanto a estos supuestos, se conoce que para cualquier sujeto sea inversionista o no, el acudir a un sistema judicial ajeno, que además no sea estable en su política representa un riesgo importante, ya que existe la posibilidad de que en cualquier momento del litigio los ideales y formas de llevar a cabo la justicia del país, presenten cambios por supuestas visiones de los actuales o nuevos dirigentes, lo que podría ocasionar una serie de alteraciones en el ordenamiento jurídico del país, que interfieren de forma directa en el transcurso y el resultado del proceso, para lo cual no estaría el sujeto preparado y no sabría cómo actuar, pudiendo con eso vulnerársele sus derechos, sin ser considerado así por los dirigentes del sistema judicial.

En otro orden de ideas, pero siempre refiriéndose al hecho de someterse al sistema judicial de un país, se debe destacar el aspecto económico; la necesaria inversión que traería consigo para la parte ajena al sistema judicial el tener que desplazarse a un país quizás lejano con su equipo de abogados, con el fin de dar solución a los conflictos, lo cual como resulta típico para el sistema judicial sería en diversas ocasiones,

4. TORRES BUENROSTRO Elizabeth, Cultura, cultura jurídica y enseñanza del derecho: factores trascendentes de cambio social, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2011, marzo. http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/sufragio/cont/6/art/art4.pdf.
5. Es necesario recordar que el papel del abogado de cada parte incluye el estudio previo de las posibles legislaciones a aplicar en el caso de que se vaya a dar un conflicto, por lo que en el mencionado caso se debería de conocer con anticipación ambas legislaciones, resultando electa la más favorable para las partes.

ya sea para la celebración de audiencias, como para las actuaciones presenciales de los abogados en ciertas diligencias. Situaciones que implicarían invertir en hospedaje, alimentación, traslado, además de otros aspectos que resultan normales en todo proceso, como lo son el pago de los honorarios de los abogados, así como trámites administrativos entre otros.

En general, las situaciones supra citadas como se mencionó, no son gestionadas con mala fe, sino que responden a condiciones naturales pero que ponen en desventaja a una o varias de las partes del conflicto, por lo que han sido puntos medulares a tomar en cuenta para los sectores implicados, provocando a su vez que se cuestionen si es la vía judicial la más favorable para dar una solución a sus controversias de la manera más ágil y eficaz, dando como consecuencia que se prefiera la instauración de procesos en vías alternas como son los métodos RAC.

Si bien es cierto, al hablar de procesos RAC contamos con diferentes métodos, se sabe que el arbitraje ha tenido un importante uso a nivel mundial, en el caso de Costa Rica es posible hablar del mismo como un derecho constitucional otorgado desde 1859; sin embargo la primera normativa al respecto se decretó hasta el 9 de Diciembre de 1997, la Ley de Resolución Alterna de Conflictos y Promoción de la Paz Social (en adelante Ley RAC).

Dicha ley fue creada con el fin de promover en el país una cultura de paz y permitir que la justicia pronta y cumplida se lograra por la vía más expedita. Su uso ha sido importante en el país, permitiendo que se desarrollen gran cantidad de procedimientos arbitrales de manera ágil y sin los formalismos que poseen los procesos llevados a cabo ante el sistema judicial.

En vista del incremento en su uso, se planteó la necesidad de que el país avanzara y con esto se adoptó también una legislación para el ámbito internacional. Lo que se hizo efectivo el 25 de mayo de 2011, cuando entró en vigor la Ley de Arbitraje Comercial Internacional basada en la Ley Modelo de UNCITRAL (en adelante LACI).

Con dicha ley, se pretendió entre otros aspectos que el país lograra ofrecer a un sinnúmero de inversionistas, Estados, comerciantes, etc., un servicio de arbitrajes de alta calidad. Para hacerlo efectivo, se empezó con la legislación, la cual se considera al día de hoy, una de las más novedosas a nivel mundial; la misma, a excepción de pocos artículos que fueron cambiados, se basa en la Ley Modelo de UNCITRAL, con las enmiendas de año 2006, mismas que no han sido adoptadas por todos los países que acogieron la Ley Modelo con su texto original de 1985.

Dicha situación ha posicionado al país como uno de los vanguardistas en ese sentido, a tal punto que incluso se ha tomado en cuenta para realizar cambios en otras legislaciones. Ejemplo de esto es el texto del acta legislativa de Panamá, emitida por el diputado Raúl Hernández, en agosto del 2012[6], en donde se habla de la necesidad de reformar su ley sobre arbitraje comercial internacional, para

6. HERNÁNDEZ Raúl, exposición de motivos del anteproyecto de ley que regula el arbitraje comercial nacional e internacional en Panamá, *Asamblea Nacional de Panamá,* http://www.asamblea.gob.pa/apps/seg_legis/PDF_SEG/PDF_SEG_2010/PDF_SEG_2013/PROYECTO/2013_P_578.pdf

lo cual se adjunta una propuesta basada en las legislaciones más avanzadas en ese tema, tomando en cuenta las de Costa Rica, Perú, Francia y España.

Además de esta, se hablan de otras ventajas que el país mantiene para ofrecer una aplicación del arbitraje comercial internacional de alta calidad, y que resultan de sumo interés para las partes que suscriben una clausula. Es posible hablar de aspectos tanto formales como otros materiales, que si bien es cierto por sí solos no se determinan vinculantes, en conjunto pueden llegar a ser determinantes para acordar una sede arbitral.

Primeramente, en el caso de Costa Rica a nivel formal, además de la legislación, se destaca la solidez del ordenamiento jurídico, aspecto que reviste de seguridad a los procesos arbitrales. En nuestro país destaca el alto nivel de respeto hacia las leyes, los decretos y la jurisprudencia. En materia arbitral, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, mediante el Voto N° 2007-1153 de las catorce y cuarenta y siete horas, del 1° de agosto de 2007, "Sobre el carácter de sentencia de los laudos", otorgó a los laudos arbitrales el carácter formal y por ende vinculante para las partes:

> "…Tal y como lo indica la Procuraduría General de la República en su escrito, entre las características más sobresalientes de la figura del arbitraje está la de otorgar a las resoluciones finales que se dicten en los procesos (laudos), la fuerza de una sentencia dictada en un proceso jurisdiccional por lo que lo resulto no sólo es obligatorio para las partes sino, que además comporta la eficacia y validez de la cosa juzgada material…"

Es decir, si en el país se llegara a presentar un conflicto de carácter político o social, no conllevaría a una reforma legal acelerada en el ámbito estudiado, sin argumentos sustentables de fondo; por el contrario, se mantiene un alto nivel de estabilidad y seguridad al ser previamente delimitada la materia arbitral.

Otra ventaja importante que posee el país y va ligada a la anterior, es la independencia judicial y arbitral establecida. Dicha tarea la llevó a cabo la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, mediante el voto No 4–F–00, de 15:00 horas de 5 de enero de 2000[7], el cual no sólo delimita la injerencia de los tribunales en el ámbito arbitral, sino que también define la exclusividad de una ley diferente al Código Procesal Civil[8], destacando los principios constitucionales que así lo permiten, rezando:

> "En primer lugar debe tomarse en cuenta que el legislador se propuso desjudicializar

7. Citada por FERNÁNDEZ LÓPEZ Alberto, Algunos criterios relevantes sobre el arbitraje en Costa Rica tras la Ley No 8937 de 2011 "*Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*" España, 2011, Vol.: IV, p.: 16, consultada el 10 octubre de 2012.
8. Al establecer la exclusividad de regulación de una ley distinta al Código Procesal Civil, se evitó llegar a tener los problemas que actualmente se dan en el arbitraje doméstico, por vinculaciones de la Ley doméstica y dicho código, lo cual es justificado por algunos profesionales en derecho y no así por otros que lo desaprueban en su totalidad. Cabe recordar además, los inconvenientes surgidos en Francia, debido a que en los inicios del arbitraje comercial internacional, se fusionaba la práctica con el procedimiento establecido para los asuntos civiles, lo que ocasionó que los arbitrajes se revistieran de ineficacia, en especial por la clara violación a su naturaleza.

en lo posible el arbitraje, para que fuese efectivamente una alternativa a la justicia institucional. Consecuente con ello, es la prohibición de que los órganos judiciales puedan ser designados árbitros de equidad o de derecho (art. 25). En segundo lugar, para potenciar el arbitraje no sólo se le substrajo del Código Procesal Civil, donde no era sino un procedimiento más, sino que se autorizó a las partes para elegir libremente el procedimiento idóneo frente a la naturaleza del conflicto suscitado, con la única limitación de respetar los principios constitucionales de derecho de defensa y de contradicción (art. 39). En suma la asignación de nuevas competencias a la Sala no puede ser entendida sino como la única injerencia permitida por el legislador a los tribunales en una institución concebida para potenciar una alternativa real a la

> Administración de Justicia impartida por los órganos judiciales".(El subrayado no es original)

En dicho pronunciamiento quedó claro además el objetivo principal que la ley planteó, el lograr una armonización de las legislaciones nacionales[9], llenando así el vacío que existía sobre el tema; es decir, en general lo que se pretendió al adoptar el arbitraje, fue crear un sistema que no sólo mantenga un nivel de profesionalismo óptimo, sino también que logre descongestionar el sistema judicial; lo que significa una institución que sea absolutamente ajena al mismo.

En otro orden de ideas, es posible destacar una ventaja relevante del país en materia internacional, la ratificación de tratados internacionales con países de diferentes localidades a nivel mundial. Dicho aspecto resulta relevante en materia arbitral en dos sentidos, primeramente porque entre más tratados comerciales posea un país, mayor será el número de negocios que se darán en el territorio y con esto se apoyaría analogía que sugiere que entre más negocios se den en un país, mayor será su capacidad para solucionar los posibles conflictos que de estos surjan, tanto por la experiencia que posean, como por la cantidad de regulaciones que surjan al respecto.

Secundariamente, por la necesidad en materia arbitral de que la sede electa o considerada, mantenga tratados al menos bilaterales con el país en donde se deba de ejecutar el laudo dictado y que dichos tratados siempre sean respetados. Esto da a las partes un nivel de seguridad, ya que cerciora que el laudo sea ejecutado por el sometimiento previo expreso entre los Estados involucrados.

Cabe recordar en ese sentido, el caso de Venezuela durante el año 2012, cuando el expresidente Hugo Chávez indicó que se iban a desvincular del CIADI, haciéndolo efectivo el 25 de junio de ese mismo año. Las razones que indicó para ese entonces el mandatario se centraban en la falta de equidad ante los procesos llevados durante gran cantidad de años.

9 Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional basada en la Ley Modelo de la Comisión Nacional de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, *Revista Digital Procuraduría General de la República*, http://www.pgr.go.cr/revista/rev_ley.aspx?nRevista=21&nPar3=70344&nPar5=0&strPar2=L, 01 de julio de 2012

Por su parte la cancillería indicó:

El Gobierno Bolivariano ha actuado con el fin de proteger el derecho del pueblo venezolano a decidir las orientaciones estratégicas de la vida económica y social de la nación, sustrayéndolo de una jurisdicción internacional que ha fallado 232 veces a favor de los intereses transnacionales, en las 234 causas que ha conocido a lo largo de su historia[10]

Ahora bien, según explicó la Dra. Margarita Sánchez[11], durante el VI Seminario Sobre Arbitraje Internacional, de la Universidad Externado de Colombia en el pasado año 2012, dicho país ha sido involucrado como Estado ante inversionistas en treinta y seis casos, de los cuales veintinueve se encontraban para la fecha en estado pendiente y únicamente siete estaban concluidos, de los cuales dos se dictaron a favor de los inversionistas, uno a favor del Estado, uno fue transado y tres discontinuados)[12].

Lejos de entrar a considerar si fue cierta o no la situación de Venezuela, lo cierto es que generó a nivel internacional una imagen desfavorecedora por alterar la seguridad de los demás países suscritos y que además mantenían negocios con el país citado; en especial, tomando en cuenta que el anuncio sobre la decisión de desligarse del tratado se dio en enero y se hizo efectiva en el mes de junio del mismo año.

En otro orden de ideas, se habla de un panorama propicio del país en cuanto a aspectos secundarios, los cuales contribuyen fortaleciendo el perfil del país. Primeramente es posible destacar su idoneidad tanto territorial; es decir, la ubicación en la zona central del continente americano, con lo cual presenta el país como vía fácil de acceso para las partes que dentro del continente presenten un conflicto; así como, la ubicación idónea para llevar a cabo negocios provenientes de diversos países, por la facilidad de acceso de las mercaderías a la nación, ya sea por vía marítima, aérea o terrestre, con lo cual se fortalece la analogía previamente descrita.

En cuanto a la imagen del país, es posible destacar la imagen pacífica a nivel mundial, la cual se ha beneficiado en dos aspectos, por una parte gracias a la participación en conflictos internacionales, en donde se han otorgando herramientas para la solución pacífica de los mismos, ya sean estos propios del país o ajenos a este, así como la imagen de Costa Rica como un país seguro, en especial al ser comparado con otros estados a nivel centroamericano por ejemplo.

Tal y como quedó plasmado, el país cuenta con importantes aspectos que se consideran trascendentales para las partes; sin embargo, es necesario destacar que además de los aspectos citados, existen otros de igual importancia, en los cuales el panorama no

10 Diario El Universal, "Venezuela queda desvinculada desde hoy del CIADI", 25 de Julio de 2012, disponible en http://www.eluniversal.com/economia/120725/venezuela-queda-desvinculada-desde-hoy-del-ciadi

11 Abogada y especialista en estudios políticos, Master of Laws (LLM).

12 VI Seminario de Arbitraje Internacional, Universidad Externado de Colombia, 14 de septiembre de 2012. Universidad Externado de Colombia. http://www.uexternado.edu.co/esp/noticias/privado_contratos.html, consultado el 24 de mayo de 2013.

resulta alentador, sino más bien preocupante y se debe de trabajar de lleno en optimizarlos antes de pensar en desarrollar procesos arbitrales a gran y mediana escala.

Se puede destacar el desconocimiento del proceso arbitral a nivel nacional, lo cual si bien es cierto al inicio se podría creer que no tiene mayor relevancia, en la realidad podría implicar un rechazo y por ende una falta de uso, o en otros casos el uso sin informarse previamente a fondo sobre las características del mismo por falta de información y con eso la expansión a nivel nacional de una imagen errónea y no favorecedora, por las malas experiencias que se obtengan al descubrir durante el proceso sus principales características, las cuales difieren de los procesos judiciales, a los cuales la mayoría de sujetos están acostumbrados.

Al respecto es posible mencionar la experiencia de otros países a nivel mundial, tales como Perú, México, Estados Unidos, Francia, Inglaterra, entre otros, quienes mantienen un uso importante de los procesos impulsados por nacionales, con lo que se fortalece la institución y se expande posteriormente su reputación a otros países.

Tal fue el caso del Centro de Arbitraje de México, el cual según indican las estadísticas hasta el 31 de diciembre del 2012, el 71% de los casos se resolvieron, y los mismos en su totalidad no tuvieron laudos anulados, lo cual no se logra con facilidad[13]; además, se evidencia el carácter que como país se ha logrado mantener, ya que dentro del personal se distingue que el 98% de los árbitros son mexicanos (61% de los casos son asignados por las partes), y en cuanto a las partes del proceso el 94% corresponde a mexicanos.

En el caso de Costa Rica, resulta preocupante que el desconocimiento inicia en general al hablar de los procesos RAC, y centrándose en el arbitraje, además de esto se mantiene por parte de un pequeño sector de la población, un rechazo por las derrotas que han tenido al someterse a los mismos, las cuales empeoran en el momento en que una vez finalizado el proceso, se enteran que no pueden interponer recursos a las actuaciones del tribunal arbitral, como sí lo pueden hacer a las resoluciones dictadas por jueces en el sistema judicial. Es decir, descontentos que obedecen a una instauración de procesos sin conocer su metodología y estructura.

Ahora bien, es importante cuestionarse el por qué se da este desconocimiento del método; claramente, son los profesionales en derecho inicialmente, y más aun los profesionales dedicados a dicho campo, quienes tienen la obligación de educar a la ciudadanía al respecto.

Es en ese momento, en donde se descubre que incluso existe en ese sector un nivel de inexperiencia sobre qué es y cómo se lleva a cabo un proceso de arbitraje comercial internacional, con lo cual se llega quizás a la mayor carencia que enfrenta el país al respecto, la falta de profesionales en dicha área.

13 En especial en países del derecho codificado, en donde es posible recurrir a las decisiones dictadas en el sistema judicial, por lo que en los inicios de la práctica arbitral se comete el error de impugnar las decisiones de fondo del Tribunal Arbitral, pese a que no existe la posibilidad. Sin embargo es posible de eliminar con la educación del pueblo sobre el arbitraje. Consúltese en estadísticas del arbitraje CAM al 31 de Diciembre de 2012, *Centro de Arbitraje de México (CAM)*, http://www.camex.com.mx/index.php/arbitraje-cam/estadisticas.

Se puede indicar, que si bien es cierto el país cuenta con un sinnúmero de abogados, los que se dedican al área comercial internacional son pocos, y de los mismos, los que se encuentran capacitados para fungir como árbitros o abogados en un proceso del índole de un arbitraje internacional son escasos.

Adentrándose aun más en el tema, sobre la falta de preparación, es posible encontrar que quizás la raíz de tal carencia se ubica desde el inicio, es decir desde la formación de los profesionales en las carreras de derecho, por la falta de preparación extensa en la materia, lo cual no resulta justificable en la actualidad para los centros universitarios, en especial tomando en cuenta los beneficios que pueden traer a la economía y crecimiento profesional el incursionar en ese campo.

Dejando de lado los centros universitarios y entrando de lleno a los actuales profesionales, según la página del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Costa Rica, al año 2013 la lista de árbitros indica que hay 53 árbitros de derecho activos y 3 árbitros de equidad[14], para un total de 53 árbitros en su totalidad, en razón de que 3 de los estos fungen en ambos tipos de arbitraje.

Ahora bien, de esa cantidad cabe mencionar que no todos se encuentran en total capacidad para efectuar un arbitraje a nivel internacional, ya que un porcentaje de árbitros han fungido únicamente en procesos de orden nacional, no teniendo con esto experiencia en procesos a nivel internacional, por su desconocimiento en cuanto a la regulación; esto ya que cabe recordar que el país al poseer un sistema dualista, mantiene legislación distinta para los arbitrajes nacionales e internacionales.

Por otra parte, algunos profesionales citados en dicha lista, han indicado que no se encuentran laborando en ese campo, e incluso no tienen disposición para fungir por su dedicación como abogados en otras áreas del derecho, que se llevan a cabo ante el sistema judicial, lo cual si bien es cierto no es un impedimento, si requiere la mayor cantidad de tiempo y con esto la imposibilidad o complejidad para dedicarse a los procesos aquí tratados.

Dicha situación, resulta preocupante ya que no hay posibilidad alguna de ofrecer a todas las partes del proceso las facilidades que otras sedes con las cuales pretendemos competir sí ofrecen, por ejemplo una lista de árbitros amplia porque simplemente no se tiene, y segundo que ante el surgimiento de gran cantidad de casos, los árbitros no cumplan con la labor de la manera más rápida y eficiente, por la posible acumulación de estos, mismos que contrario a los procesos del sistema judicial no pueden acumularse por el hecho de que poseen una fecha fija para la culminación del proceso, y si se llegan a realizar actos posterior a dicho término se consideran nulos.

Con esto, la eficacia puede ponerse en juego, en especial porque el papel de un árbitro requiere realizar un importante análisis sobre varios aspectos que por lo general no son tan fáciles de llevar a cabo, lo que se refleja

14 Cámara de comercio de Costa Rica, centro de conciliación y arbitraje, disponible en: http://www.camara-comercio.com/centro-arbitros.php

incluso en la cuantía del proceso. Dichos aspectos, cabe recalcar pueden tornarse más ágiles cuando los profesionales encargados poseen gran experiencia; sin embargo en este aspecto, la realidad del país también es desalentadora.

Es posible destacar que son pocos los profesionales renombrados en el país y que se sabe poseen gran experiencia en el ámbito, en especial por la razón anteriormente descrita, el arbitraje comercial internacional es un tema relativamente nuevo en el país. Aunado al hecho de que son muy pocos los profesionales que tienen la oportunidad de recibir formación ya sea por medio de talleres, charlas, etc. Es decir, prácticamente se puede hablar que son los primeros casos los que enseñan al profesional a desempeñarse en un arbitraje.

Siempre en la misma línea de los profesionales, pero abarcando otros aspectos, es importante destacar el limitado nivel de conocimiento de idiomas de los profesionales que pretenden dedicarse a los arbitrajes. Si bien es cierto, según las estadísticas los procesos suelen llevarse en un alto porcentaje en inglés, francés o español, y de ahí hay porcentajes mucho menores en otros diversos idiomas, lo cierto es que el país al pretender ofrecer sus servicios a cualquier parte implicada en un proceso, está en la obligación de prepararse aun más en este aspecto.

Incluso a nivel internacional, se ha planteado dicho tema como un posible problema para que se dé la neutralidad, entendida como la distancia objetiva que existe entre el árbitro y cada una de las partes. Se ha indicado que el hecho de no mantener un mismo idioma cultural puede en gran medida ir en contra de dicho elemento, por las siguientes razones:

> "Pero, antes de todo, el árbitro tiene que ser muy modesto y evitar las trampas creadas por las palabras que nunca significan exactamente lo mismo, no solo en cada idioma, sino para cada persona… los actores del arbitraje internacional utilizan en el idioma del arbitraje palabras que tienen otras connotaciones en su idioma materno y que no logran trasmitir. Eso es la fuente de muchos malentendidos y de muchas decepciones. No se puede exigir de un árbitro que su neutralidad cultural le permita evitar esos malentendidos. Sólo se exige que tenga conciencia de su existencia.[15]"

De la misma forma, Gómez-Palacio se refiere a dicho aspecto de forma general, involucrando a todos los intervinientes del proceso, explicando que el idioma utilizado requiere de un conocimiento altamente especializado, el mismo define a las culturas y como se mencionó cada país mantiene una cultura única, por lo que el acudir a un proceso en un idioma diferentes del nativo, requiere más que un manejo fluido, requiere del conocer a las culturas y más aún del significado que cada una brinda a ciertas palabras que resultan ajenas a la rama jurídica, pero forman parte del idioma coloquial de las partes.

"En el arbitraje, el idioma que se utiliza es de alto nivel. No se trata de tener conocimientos

15 DERAINS YVES, la neutralidad cultural del árbitro Internacional, Revista Lima Arbitration, N°2-2007, http://www.limaarbitration.net/LAR2/texto.pdf, consultado el 24 de mayo de 2013.

elementales para darse a entender como un turista, sino por el contrario, manejar un amplio vocabulario (que inclusive demanda "slang" o giros idiomáticos), hacerlo con soltura argumentativa, al tiempo de entender perfectamente la postura de la contraparte, árbitros y testigos e inclusive poder expresarse sin graves problemas de pronunciación. Quien usa su lenguaje de origen y en muchos casos lenguaje único y materno, tiene una ventaja sobre aquel que lo ha aprendido como segundo idioma"[16].

Como se observa, es un tema ya discutido a nivel internacional, siendo un aspecto altamente relevante, por las consecuencias que podría ocasionar a la hora de llevar a cabo un proceso y con esto el posible beneficio o perjuicio que podría ocasionar en cuanto a la seguridad de las partes durante el proceso. En el país la mayor experiencia de los profesionales se ha dado en idioma español, y con partes locales o extranjeras pero que mantienen sus negocios dentro del país en la mayoría de los casos, por lo que se deberá de asumir el reto de prepararse mejor en los diferentes idiomas y más aun se deben de estudiar con antelación, las culturas de otros Estados.

Dentro del ámbito de la seguridad, es necesario tomar en cuenta otros aspectos, como lo es la legislación de orden interno, la cual si bien es cierto en inicio se considera paralela al proceso arbitral, sí podría llegar a interferir para poder llevarlo a cabo. En el caso de Costa Rica, resulta importante destacar el tema del desconocimiento que poseen algunos funcionarios de instituciones públicas, que deben de tener alguna injerencia de forma previa al inicio del proceso dentro del territorio nacional y que una vez iniciado se dé de forma fluida; es decir, sin sufrir las partes algunos atrasos o inconvenientes para desarrollarlo, ya sean estas antes, durante o después del proceso.

De forma previa al proceso, se puede hablar de la injerencia del área migratoria y de extranjería, lo cual posee deficiencias que giran en torno a la capacidad para otorgar de manera rápida los permisos de ingreso a los sujetos que se relacionan en un proceso arbitral tal y como el mismo lo demanda. El Estado costarricense, según la normativa de dicha área, debe de implementar una serie de herramientas que faciliten entre otros aspectos los negocios extranjeros que traen a la nación ingresos económicos, tal y como lo establece el artículo 1, del Reglamento de Empresas de la Dirección General de Migración y Extranjería, el cual reza:

> "La presente Ley regula el ingreso, la permanencia y el egreso de las personas extranjeras al territorio de la República, con fundamento en lo establecido en la Constitución Política, los tratados y los convenios internacionales debidamente suscritos, ratificados y vigentes en Costa Rica, con especial referencia a los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos. Así mismo, define los requisitos de egreso de las personas costarricenses".

Es decir, establece la posibilidad de ingresar al territorio a los sujetos a los cuales el

16 GÓMEZ Ignacio, Arbitraje comercial internacional: dos Culturas en estado de noviazgo y Posible matrimonio de conveniencia, *Gómez-Palacio Asociados*, México, 18 de setiembre de 2006, http://www.g-pasoc.com/Arbitraje%20Com.%20Int.%20edo.%20de%20noviazgo.pdf, p.: 17.

ordenamiento jurídico se los ha permitido por medio de la misma legislación; en el caso del arbitraje, cabe recordar que se encuentra como una posibilidad para los sujetos del territorio costarricense, según la Constitución Política y tratándose de un proceso a nivel internacional se debe de extender a sujetos fuera de los límites del Estado que participen en los mismos.

Por su parte la Ley 8937, plantea la posibilidad específica de dichos arbitrajes, por ende se debe de favorecer el ingreso a los sujetos que para esos fines lo requieran. Asimismo más adelante en el segundo considerando establece:

Que el artículo 7º, incisos 3) y 9) de la Ley General de Migración y Extranjería, dispone la obligación de implementar acciones conjuntas por medio de la coordinación interinstitucional, integrando a los extranjeros en los procesos económicos, así como la incorporación de medios tecnológicos que garanticen una prestación eficiente y transparente de los servicios brindados por la Dirección General de Migración y Extranjería, y la desconcentración y simplificación de estos, en función del usuario y sus necesidades. (El subrayado no es original)

Por esos motivos, se realizó en la normativa una clasificación de acuerdo a distintos parámetros, como la razón por la cual las personas pretenden ingresar al territorio costarricense y el tiempo por el cual pretenden permanecer en el mismo en el caso de no ser residentes.

En el tema del arbitraje, se conoce que el arribo al país sede por lo general se realiza justo antes de celebrar la audiencia y se suele egresar del país uno o dos días posterior a la misma. Asimismo dicha audiencia suele fijarse de acuerdo a la complejidad del proceso con anterioridad; sin embargo, por lo ágil que resulta el proceso no se habla de plazos muy extensos.

Dicho caso se encuentra contemplado en la sección cuarta “De los no residentes”, en lo referente a “La estancia”, por medio del artículo 128, inciso i), el cual reza:

> “…i) En caso que la persona extranjera sea invitada a participar como árbitro, abogado (a), testigo, perito o personal técnico dentro de procesos de arbitraje internacional que tengan como sede a Costa Rica, deberá aportar además de los requisitos anteriores, certificación por autoridad competente, donde se compruebe que la persona extranjera se encuentra inscrita y autorizada para desempeñar dicha función, indicando plazo y los Estados involucrados, en caso de ser un documento emitido en el exterior, deberá estar debidamente legalizado y autenticado o apostillado (el subrayado no es original)…”

Ahora bien, como se sabe en una situación como la de un arbitraje, no toda la eficacia depende de lo que está o no establecido en una ley, sino que llega a tener mayor peso la aplicación por parte de las instituciones en la realidad. Al respecto, hay que indicar que existen cuatro posibles inconvenientes que podrían afectar los procesos, primero el desconocimiento de la existencia del proceso arbitral en el personal de la institución supra citada, secundariamente se habla de la falta de manejo de la normativa de la institución por parte de los mismos trabajadores, además de los posibles cambios en el régimen por el cual los interesados podrían ingresar al país y por último la posible duración que podría tener el adjudicar los permisos a las personas involucradas en el proceso.

Al consultar al personal de la Institución por el posible régimen por el cual ingresarían todas las personas que se relacionan en un proceso arbitral, inicialmente se debía de explicar en qué consistía tal proceso, y al indicarles las potestades del árbitro de igual forma resultó necesario describir la figura arbitral, por lo que claramente se evidenció un desconocimiento del proceso en general.

Posteriormente, al explicar el proceso como tal y las figuras que intervienen, se indicó por parte de algunos personeros que por tratarse de estadías cortas, era posible permitir el ingreso bajo la modalidad de turistas, la cual da la posibilidad de permanecer en el territorio durante un plazo máximo de treinta días. En su defecto, indicaban al hablar de situaciones ligadas al comercio que podrían ingresar al país bajo la modalidad de empresarios (las partes), o por servicios profesionales (árbitros y abogados), sin embargo al platear la consulta sobre los testigos y terceros intervinientes no daban respuesta alguna.

Dicha situación, dejaba en claro que ni siquiera se maneja en todos los departamentos la posibilidad de ingreso de acuerdo al proceso arbitral que específicamente se encuentra establecido en la normativa de la institución, situación que es aun más lamentable al haber realizado la consulta al departamento de extranjería quienes tienen a su cargo el realizar dichos procesos.

Por último, es posible observar que el plazo para otorgar a dicha figura el permiso de ingreso, es relativo a una escala que se maneja de manera interna, la misma obedece a las categorías que mantienen los diferentes países a nivel mundial. A manera de ejemplo, se indicó que países como Siria e Irak, por considerarse conflictivos tienen mayor cantidad de restricciones para el ingreso por lo que el plazo para que el permiso se gire podría aumentar considerablemente.

A pesar de creerse que ese tipo de restricciones no se darían al menos en el continente americano, se dio a conocer que países como Colombia también entrarían en ese régimen, por lo que tal y como lo han mencionados incluso sujetos de dicha nacionalidad que se ubican en el territorio, los trámites resultan extenuantes, lo que desestimula la visita al país.

Por lo que resulta necesario corregir las deficiencias que existen es ese campo, de lo contrario se va a convertir la tramitación para ingresar al país en una barrera, que en otros países no se mantiene de forma tan rigurosa, lo que llevara a la exclusión del país como opción de sede arbitral.

Por otra parte, dejando la materia de migración y extranjería, toma importancia también la materia de aduanas, en donde no hay una regulación específica sobre los paquetes que se reciben con pruebas de los procesos. Si bien es cierto, se debe de aclarar que existe normativa que podría encerrar la situación en la que se encuentran dichos objetos, lo cierto es que no existe un manejo adecuado de la situación en la realidad.

Como ejemplo, es posible citar el caso de un proceso arbitral llevado a cabo en territorio nacional, que requería evacuar prueba que se encontraba fuera de Costa Rica, por lo que fue enviada en un paquete, el cual

fue retenido por la aduana por varios días; incluso un árbitro costarricense se acercó a los directivos de la aduana a explicar y discutir el contenido y relevancia del paquete que se encontraba retenido; sin embargo para ese momento se habían causado una serie de perjuicios al proceso que se llevaba, por lo atrasos surgidos.

De igual forma, el desconocimiento se puede podría dar en otras áreas, situaciones que en general se podrían eliminar educando a todas las instituciones públicas e incluso privadas del país, ya que sólo así se podría cambiar la situación e incluso se lograría que las mismas se encuentren mejor preparadas. En el caso de las instituciones privadas, se lograría con su preparación, que puedan ofrecer servicios a las partes, por ejemplo las empresas de transportes, el servicio hotelero, etc.

Dejando de lado los criterios referentes a los profesionales que se encargan de ofrecer los servicios y de la legislación de orden interno, es importante destacar otros puntos como la infraestructura, la cual en comparación con otras sedes a nivel mundial, Costa Rica se encuentra en desventaja. Se debe de aclarar que al decir infraestructura, se hace referencia a la tecnológica, a vial, hotelera, entre otras.

Al hablar de la infraestructura tecnológica, se debe de hacer referencia a todas las herramientas que se deben de ofrecer a las partes, quienes requieren del máximo de facilidades tomando en cuenta que no se encuentran en el país y que posiblemente no están en la posibilidad de viajar constantemente al país sede para realizar diligencias sobre el caso.

Una de las más importantes, es la posibilidad de ofrecer un sistema para llevar a cabo parte de las actuaciones arbitrales en línea, lo cual se ha incorporado en otras sedes arbitrales a nivel mundial, como ejemplo es posible citar el sistema de Tramitación de Arbitrajes Online de España, por sus siglas TAO-OAM, que consiste en un instrumento utilizado por la Corte de Arbitraje de Madrid, el cual se incorpora de forma voluntaria, con el fin de mantener en cada procedimiento una comunicación inmediata entre partes. Eliminando así, una serie de inconvenientes por los extensos plazos que requiere el traslado de documentos físicos; generando diversos beneficios gracias a la seguridad del sistema y la confidencialidad[17].

Aunado a estos sistemas, también se requiere la inversión de mayor equipo como proyectores, sistema de traducción alterna, pantallas y equipos para realizar teleconferencias y videoconferencias en las sedes en donde no se posee todavía, además de sistemas que permitan la grabación de las audiencias para que las partes puedan recordar cada detalle discutido. Cabe recordar la importancia de los sistemas de videoconferencia durante el proceso de recepción de pruebas testimoniales, esto ya que para las partes resulta más rentable hacerlo de esta forma que trayendo al país a todos los testigos, porque se evitan los gastos

17 Para acceder al sistema, las partes voluntariamente deciden incorporarlo, se les otorga una contraseña exclusiva; una vez ingresado al sistema, es posible observar los documentos que han dictado los árbitros, así como los que las partes desean incorporar, para lo cual se debe de cumplir con el requisito de aportar la firma electrónica. Véase más en Sistema de Arbitrajes Online, *Corte de Arbitraje de Madrid*, http://www.arbitramadrid.com/web/corte/tramitacion-expedientes.

y tramitaciones por el traslado, hospedaje y alimentación de estos.

En el caso de Costa Rica, se ha cuestionado a algunos encargados y se indica que se puede contratar el equipo, sin embargo se debe de hacer un esfuerzo por ir más allá, invirtiendo en ese tipo de tecnologías, para así lograr posicionar al país en un nivel más alto, lo cual se lograría con el status que las mismas partes que se someten a los procesos dan, pese a ser procesos confidenciales.

En otro orden de ideas, es necesario hablar de la infraestructura vial, en cuanto a la necesidad de ofrecer como país mejores condiciones en las carreteras. En cuanto a estas, se sabe que el hecho de tener problemas como los que suceden constantemente en el país, ya sean cierres, derrumbes o el mal estado, podría ocasionar a las partes provenientes de otros países una serie de inconformidades, que si bien es cierto se podría creer no resultarían relevantes, podrían tornarse sumadas a condiciones de clima adversas, relevantes e incluso de suma importancia, por la pérdida de tiempo al tener que desplazarse de un sitio a otro para llevar a cabo las audiencias u otras diligencias de las partes en la sede en donde se lleve a cabo el proceso[18].

En otro orden de ideas, también destaca la infraestructura hotelera, misma que cuenta con un doble papel, por un lado el hospedaje de las partes, así como en el préstamo de las salas para la realización de las audiencias, tal y como resulta común en los procesos arbitrales en distintas sedes a nivel mundial, en donde se pueden realizar de esa forma las audiencias en especial si durante las mismas interviene gran cantidad de personas, por lo que las salas de algunas sedes podrían resultar insuficientes. Es por eso, que se debe de contar desde ya con toda la coordinación respectiva para poder en un futuro hacer uso de las mismas.

Es decir, a nivel general se puede hablar de Costa Rica como un país con un futuro incierto en materia de arbitraje comercial internacional, el cual si bien es cierto cuenta con gran cantidad de herramientas para poder llevar a cabo procesos de alta calidad, también cuenta con ciertas deficiencias o aspectos no tan prósperos, en los cuales se debe de centrar toda la atención, para así lograr que el país se proyecte de mejor forma.

El tema central debe de girar en torno a la inversión que se debe de hacer tanto en educación, como en infraestructura, sin dejar de lado la integración y cooperación entre las distintas instituciones del país, las cuales deben de asumir las tareas con responsabilidad, siempre enfocadas y dirigidas hacia el crecimiento que el país puede tener en dicha materia.

La consolidación del país es un trabajo no sólo de un sector, no se puede decir que únicamente las sedes arbitrales que serán las encargadas de dar los servicios de administración de los procesos y los abogados que laboraran velando por el interés de las partes durante los mismos son los encargados de dar el mejor servicio, sino que como se evidenció, responde a un proceso con intervinientes múltiples, tanto en el sector público como privado.

18 Cabe recordar, que por al tratarse de un arbitraje internacional, por lo general las partes no se ubican dentro del territorio que funge como sede, por lo que se arriba al país sede un día o pocos días antes de la audiencia y una vez realizada la audiencia salen del país. Por lo que el tiempo real en el que se ubican en el territorio de la sede es escaso.

LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS PARA LA COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS. NECESIDAD DE SU RATIFICACIÓN EN COSTA RICA

Dr. Víctor Pérez Vargas

Charla introductoria en el Congreso Convención de Naciones Unidas para la Compraventa Internacional de Mercaderías
Colegio de Abogados de Costa Rica
19 noviembre 2013

En las tendencias unificadoras y armonizadoras en el comercio internacional, destacan diversas organizaciones. En primerísimos lugares se encuentran la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante "UNCITRAL"), el Instituto para la Unificación del Derecho Privado ("UNIDROIT") y la CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL, así como su Corte de Arbitraje.

Ellas han contribuido a la formación de la nueva *Lex Mercatoria* que, aunque tiene su origen principal en los usos y costumbres, se ha formalizado en recopilaciones de éstos y en instrumentos de Derecho Uniforme, como la Convención de Naciones Unidas para la Compraventa Internacional de Mercaderías, o Convención de Viena, que hoy nos reúne.

Las diversas técnicas y formas de unificación del Derecho de la contratación comercial internacional:

La unificación normativa del Derecho de la Contratación comercial internacional se ha venido realizando mediante recopilaciones de usos, leyes modelo, jurisprudencia arbitral y convenciones de Derecho Uniforme.

A. Las recopilaciones de usos

Junto a las leyes modelo y convenciones, contribuyen en el proceso de unificación las recopilaciones de usos y costumbres comerciales, como los INCOTERMS, que regulan la distribución de los gastos, la

transmisión de los riesgos, el lugar y la forma de entrega y las diligencias documentales[1]; las Reglas York Amberes, que regulan la avería gruesa o avería general[2] y las diversas reglas y usos bancarios emitidas por la Cámara de Comercio Internacional, entre ellas, las obligaciones de pago bancario, vigentes desde el 1° de julio pasado.

B. La jurisprudencia arbitral

A pesar de las críticas y dificultades que surgen al hablar de una jurisprudencia arbitral, la práctica revela la reiteración de algunos reglas generales que utilizan comúnmente los árbitros en el Comercio Internacional[3], muchas de la cuales están fundamentadas en los Principios de UNIDROIT, e indirectamente en la Convención de Viena. Es curioso observar, en numerosos laudos internacionales y también nacionales, la aplicación de principios y reglas que ya se encontraban en la Convención de Viena, muchas veces sin hacer mención a ella.

Muchos son los laudos de la Cámara de Comercio Internacional que citan como una fuente material los llamados Principios de UNIDROIT, casi como si fueran un Código.

También en la jurisprudencia judicial (en la serie de documentos CLOUT, jurisprudencia basada en textos de la CNUDMI) se reseñan numerosos casos en que se ha aplicado la Convención[4].

C. Las leyes modelo

Dentro de las diversas técnicas de unificación de las normas de la contratación comercial internacional destacan las leyes modelo ((por ejemplo la Ley Modelo de Arbitraje (de 1985), base de nuestra Ley de Resolución Alterna de Conflictos, La Ley Modelo sobre Comercio Electrónico (de 1996) y La Ley Modelo sobre las Firmas Electrónicas (de 2001) de UNCITRAL)), y la Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias de la OEA (de 2002).

D. Las Convenciones de Derecho Uniforme

D.1. Junto a las recopilaciones de usos, la jurisprudencia arbitral y las leyes modelo se encuentran las Convenciones de Derecho Uniforme.

Dentro del grupo de las convenciones, destacan por su gran acogida, la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958), las diversas Convenciones de Derecho Marítimo, especialmente la Convención de Hamburgo de 1978 y la Convención de Rotterdam (que entró en vigor el 24 de febrero de 2004) y las convenciones de Derecho Aeronáutico (especialmente el Convenio de Montreal de 1999), ratificado por Costa Rica[5].

1. V. Chavarría, Paula María, Los INCOTERMS 2010, Revista Judicial 107, junio 2013
2. V. VALENCIANO, Carlos. Acercamiento a la Avería Gruesa, una figura controvertida de la Lex Marítima; y notas para la interpretación de la naturaleza jurídica de los institutos del Derecho Marítimo, Revista Judicial N. 90 San José, 2008
3. "Although not binding, the Principles have been applied by arbitrators in a growing number of ICC cases". http://74.125.47.132/search?q=cache:_O8Wp-iawNgJ:www.netcase.net/court/arbitration/id4126/langtype1034/index.html+UNIDROIT+C.C.I.+laudos&cd=122&hl=es&ct=clnk&gl=cr&client=firefox-a
4. http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG.html
5 Nº 36543-RE, La Gaceta 2 de mayo 2011

En el campo de la compraventa destacan, la *Convención* sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías*, l*a Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, de 2005 y la Convención de Naciones Unidas para la Compraventa Internacional de Mercaderías o Convención de Viena de 1980.

D.2. Orígenes de la Convención de Naciones Unidas para la Compraventa Internacional de Mercaderías

El origen inmediato de la Convención de Viena se encuentra en la Ley Uniforme sobre la formación de los contratos de compraventa internacional de objetos muebles corporales y la Ley Uniforme sobre la venta internacional de objetos muebles corporales (ambas de 1972). Gracias a UNCITRAL estas leyes uniformes fueron revisadas y unificadas en la Convención (adoptada en Viena en 1980), que ha sido identificada, por la jurisprudencia arbitral, con la nueva *Lex Mercatoria*[6].

D.3. Influencia

A su vez, la Convención de Naciones Unidas para la Compraventa Internacional de Mercaderías ha influido directamente en la elaboración de los principios UNIDROIT SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES los que, en buena medida, son una generalización de las reglas que la Convención establecía para la compraventa internacional. La preparación de este instrumento implicó una ardua labor de estudios comparativos de los principales sistemas legales nacionales y de ciertos instrumentos internacionales como la Convención de Viena para la Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980" [7].

Lejos de ser una mera compilación de usos y costumbres, los principios UNIDROIT SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES son una codificación del derecho internacional de los contratos.

D.4. La Convención y los Principios UNIDROIT

Muchos principios de UNIDROIT tienen su claro origen en la Convención de la cual son transcripción literal. Mencionamos como ejemplos:

- la relevancia de los usos,
- la buena fe en relación con los deberes conexos y su relevancia en la interpretación del contrato,
- los deberes de comunicación entre las partes,
- la esencialidad del incumplimiento,
- la regulación sobre daños imprevisibles,
- la fuerza mayor y
- la tutela de la confianza

6 "El Tribunal considera que el asunto debe resolverse a la luz de los principios generales del comercio internacional y es de la opinión de que tales principios están incorporados en la Convención de Viena sobre la venta internacional, la que refleja ampliamente los usos aceptados y las reglas del comercio". Aunque la Convención de Viena no sea aplicable directamente al contrato (el demandado era vietnamita y Viet Nam no la ha ratificado), el Tribunal considera que ésta refleja los usos del comercio internacional" (Caso C.C.I. 8502 de 1996, ICC).

7 MAC LAREN, Rosemarie, Los Principios de UNIDROIT en la Jurisprudencia Comercial Internacional, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 2004

En cada uno de estos temas (y en muchos más) es posible establecer un paralelismo entre la Convención y los Principios de UNIDROIT.

D.4.A. Daños imprevisibles

Un primer ejemplo se encuentra en relación con los daños imprevisibles donde se muestra una directa filiación de los Principios en relación con la Convención de Viena. En efecto, en ambos cuerpos normativos aparece la limitación de responsabilidad a los daños previsibles [8].

El artículo 74 de la Convención[9], anticipa la formulación de los Principios UNIDROIT 7.4. [10] y de la jurisprudencia actual, en el sentido de que se responde por los daños previstos o que pudieron serlo al tiempo de contraerse la obligación y que los daños contractuales imprevisibles no deben ser indemnizados. Esta regla puede considerarse todo un principio de la *Lex Mercatoria*.

D.5.A. Fuerza mayor impedimento ajeno a su voluntad

CONVENCIÓN - *Artículo 79*

1) Una parte no será responsable de la falta de cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones si prueba que esa falta de cumplimiento se debe a un **impedimento *ajeno a su voluntad* y si no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato, que lo evitase o superase o que evitase o superase sus consecuencias**.

UNIDROIT - ARTÍCULO 7.1.7

(Fuerza mayor) (force majeure)

(1) El incumplimiento de una parte se excusa si esa parte prueba que el incumplimiento fue **debido a un impedimento *ajeno a su control* y que, al momento de celebrarse el contrato, no cabía razonablemente esperar, haberlo tenido en cuenta, o haber evitado o superado sus consecuencias.**

(2) Cuando el impedimento es sólo temporal, la excusa tiene efecto durante un período de tiempo que sea razonable en función del impacto del impedimento en el cumplimiento del contrato.
(3) La parte incumplidora debe notificar a la otra parte acerca del impedimento y su impacto en su aptitud para cumplir. Si la notificación no es recibida por la otra parte en un plazo razonable a partir de que la parte incumplidora supo o debió saber del impedimento, esta parte será responsable de indemnizar los daños y perjuicios causados por la falta de recepción.
(4) Nada de lo dispuesto en este Artículo impide a una parte ejercitar el derecho a resolver el contrato, suspender su cumplimiento o a reclamar intereses por el dinero debido.

D.6.A. La buena fe en la interpretación del contrato

CONVENCIÓN - *Artículo 7*

1) En la interpretación de la presente Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de **la buena fe** en el comercio internacional.

UNIDROIT - ARTÍCULO 1.7

El artículo 1.7 de “los Principios” establece que “(1) Las partes deben actuar con **buena fe y lealtad negocial** en el comercio internacional. (2) Las partes no pueden excluir ni limitar este deber”.

Este principio ha sido aplicado para la interpretación de los contratos en numerosos laudos [11], tanto en relación con la fase de formación como con respecto a la fase de ejecución [12].

---

8 “...las reglas expuestas por el tribunal Arbitral en lo que respecta al cálculo del daño reparable, son asimismo conformes con las que se siguen habitualmente por los árbitros del comercio internacional en esta materia, ya se trata de previsibilidad del daño o... Por lo que respecta a la previsibilidad del daño, el tribunal arbitral hace referencia al laudo dictado en 1968 en el asunto 1526. Este veía, en el cálculo del daño, teniendo en cuenta el curso ordinario de las cosas y de lo que era previsible, un principio de alcance internacional... La limitación a los daños previsibles se recoge, asimismo, en los artículos 82 y 86 de la Ley Uniforme de 1964 sobre la venta con carácter internacional de bienes muebles corporales (Caso C.C.I. U.V.I.) “ (DERAINS, 165).

9 Convención de Viena. Artículo 74: La indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento del contrato en que haya incurrido una de las partes comprenderá el valor de pérdida sufrida y el de la ganancia dejada de obtener por la otra parte como consecuencia del incumplimiento. Esa indemnización no podrá exceder de la pérdida que la parte que haya incurrido en incumplimiento hubiera previsto o debiera haber previsto en el momento de celebración del contrato, tomando en consideración los hechos de que tuvo o debió haber tenido conocimiento en ese momento, como consecuencia posible del incumplimiento del contrato.

10. UNIDROIT, Principios, ARTÍCULO 7.4.4 (Previsibilidad del daño) La parte incumplidora es responsable solamente del daño previsto, o que razonablemente podría haber previsto, como consecuencia probable de su incumplimiento, al momento de celebrarse el contrato.

11. Ejemplos:
“Las convenciones deben interpretarse de buena fe teniendo cada parte la obligación respecto a la otra de no actuar de tal manera que pueda perjudicarla”. (Caso C.C.I. 2291, 1975).
Y con posterioridad a UNDROIT:
“Las reglas relativas a la interpretación y a la buena fe contenidas en los principios de UNIDROIT, artículos 1.7, 4.1 a 4.8 y 2.11 son en todo caso un útil marco de referencia para aplicar y juzgar un contrato internacional” (Caso C.C.I. 8909 de 1998).

12. “Ya desde 1932 un laudo de la C.C.I.... subrayaba que las convenciones deben ser ejecutadas de buena fe. En este mismo sentido el CASO C.C.I. 2443 de 1975 ha declarado que “las partes deben ser perfectamente conscientes de que sólo una colaboración leal, total y constante entre ellas podrá eventualmente permitir resolver, por encima de las dificultades inherentes a la ejecución de cualquier contrato, los numerosos problemas derivados de la extrema complejidad de la formulación y enmarañamiento de los compromisos litigiosos”. Y los árbitros añaden : “se impone esta obligación de cooperación que, con razón la doctrina moderna encuentra en la buena fe que debe gobernar la ejecución de todo contrato” (DERAINS, 159)
“La buena fe y el espíritu de cooperación deben presidir la ejecución de los contratos (Caso C.C.I. 2291, 1975).

También el tema de la buena fe ha sido importante en relación con los costos del proceso arbitral [13].

Lo mismo ha ocurrido en la jurisprudencia arbitral costarricense:

"La buena fe contractual impone no solo un respeto a las disposiciones que expresamente hayan convenido las partes en su contrato, sino además una **colaboración recíproca, armonía y lealtad**, especialmente cuando se debe enfrentar y resolver un diferendo"[14].

"La Corte de la Cámara de Comercio Internacional ha señalado que "cada parte tiene la obligación de tener con el otro un comportamiento que no le pueda perjudicar" (Laudo N. 2291, cit.p. DERAINS, Yves, Jurisprudencia arbitral de la Cámara de Comercio Internacional, Morales, Madrid, 1985, p. 57). "Se impone esta **obligación de cooperación** que, con toda razón, la doctrina moderna encuentra en la **buena fe** que debe gobernar la ejecución de todo contrato" (CCI, Laudo 2443 de 1975) y con respecto a la buena fe y deberes de cooperación, recientemente, ha consagrado que según los Principios de UNIDROIT (artículo 5.3) los usos del comercio internacional requieren de la buena fe en el cumplimiento de los contratos (CCI, Laudo 9593 de 1998)"[15].

D.5. A. Obligatoriedad de los usos

CONVENCIÓN - *Artículo 9*

1) Las partes quedarán obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas.

   1. Salvo pacto en contrario, se considerará que las partes han hecho

13. "... de conformidad con los principios generales del Derecho del arbitraje internacional, el Tribunal en su decisión sobre costos, debe tener en cuenta, no solamente el resultado del proceso, sino también la conducta de las partes durante aquel. Las partes en el arbitraje internacional tienen un especial deber, en buena fe, de contribuir a que el proceso progrese y abstenerse de cualquier táctica dilatoria. La conducta del demandado durante todo el proceso, de ninguna manera se conforma con estos requerimientos. El demandado no pagó los adelantos de los costos requeridos para el arbitraje. Además, no sólo se atrasó en presentar su contrademanda... y no asistió a las audiencias...etc... Por las anteriores razones, el demandado debe reembolsar al actor los adelantos de costos..." (Caso C.C.I. 8486 de 1996).
    "No cabe extrañarse de que la parte que en este negocio obtiene ganancias y cuya excepción de incompetencia se admite, sea condenada a soportar una parte de los gastos del procedimiento. El artículo 20 de Reglamento... al indicar que el laudo definitivo del árbitro, además de la decisión de fondo, liquida los gastos del arbitraje y decide cuál de las partes debe efectuar el pago o en qué proporción se reparte entre ellas, otorga plena libertad al árbitro para repartir los gastos. El hecho de tener en cuenta un comportamiento criticable para hacer soportar una parte que, sin embargo ha sido satisfecha, una parte de los gastos, corresponde asimismo a la práctica de los tribunales franceses" (DERAINS, REF. L 2558 de 1976)
14. Laudo arbitral #A-05-02, de las 17:35 horas del 27 de junio del 2002. Centro de Resolución de Conflictos (CRC), del Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos de Costa Rica.
15. Tribunal Arbitral ad-hoc. San José, Costa Rica, quince horas del treinta de abril del dos mil uno. Se dijo en este laudo: De conformidad con la jurisprudencia reciente de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, en aplicación de los Principios de UNIDROIT (artículo 7.1.6.), una parte incurre en grave negligencia si muestra una elemental falta de atención a las consecuencias de su acción y si realiza un cumplimiento substancialmente diferente de lo que la otra parte razonablemente esperaba" (CCI, Laudo 6320 de 1992, ICC Yearbook XX-1995, p. 62 y 5835, de junio 1996).

tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que, en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate.

UNIDROIT - ARTÍCULO 1.9

1. Las partes están obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas. 2. Las partes están obligadas por cualquier uso que sea ampliamente conocido y regularmente observado en el comercio internacional por los sujetos participantes en el tráfico mercantil de que se trate, a menos que la aplicación de dicho uso sea irrazonable.

D.5.A. Incumplimiento esencial y tutela del affidamento

CONVENCIÓN - *Artículo 25*

El incumplimiento del contrato por una de las partes será **esencial** cuando cause a la otra parte **un perjuicio tal que la prive substancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato**, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación.

UNIDROIT - ARTÍCULO 7.3.1

(Derecho a resolver el contrato)
(1) Una parte puede resolver el contrato si la falta de cumplimiento de una de las obligaciones de la otra parte constituye un incumplimiento **esencial**.
(2) Para determinar si la falta de cumplimiento de una obligación constituye un incumplimiento esencial se tendrá en cuenta, en particular, **si:**

(a) el incumplimiento priva sustancialmente a la parte perjudicada de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, a menos que la otra parte no hubiera previsto ni podido prever razonablemente ese resultado;
(b) la ejecución estricta de la prestación insatisfecha era esencial según el contrato;
(c) el incumplimiento fue intencional o temerario;
(d) el incumplimiento da a la parte perjudicada razones para desconfiar de que la otra cumplirá en el futuro;
(e) la resolución del contrato hará sufrir a la parte incumplidora una pérdida desproporcionada como consecuencia de su preparación o cumplimiento.

D.5. Su papel en la jurisprudencia arbitral costarricense

En un arbitraje ad hoc, en Costa Rica, los Principios, cuya base se encuentra en la Convención de Viena, fueron aplicados según el siguiente razonamiento:

> "…las partes mismas convinieron en la cláusula décima de la carta de intenciones que actuarían entre ellas "con base en la buena fe y sanas costumbres, de conformidad con las más sanas prácticas comerciales y términos amistosos". Este enunciado faculta al Tribunal para aplicar tales reglas, como lo ha hecho en casos semejantes la Corte de la Cámara de Comercio Internacional (V. Casos 8908 de 1996 y 8873 de 1997.

International Court of Arbitration Bulletin, vol 10/2-Fall-1999, p. 78 y ss. Así citados en el laudo)".

En otro laudo costarricense se justificó del siguiente modo la aplicación la Convención de Viena, como doctrina:

> "Sin que constituya una aplicación de Derecho no pactado ni invocado por las partes, sino por su valor doctrinario, cabe recordar que los principios de UNIDROIT se han aplicado reiteradamente, en muchos casos sometidos a la Corte de Arbitraje Internacional de la C.C.I. hasta 1998 y en el arbitraje nacional… Las razones por las cuales este Tribunal considera que los Principios de UNIDROIT resumen "las más sanas prácticas comerciales" a que aluden las partes son: 1. Los Principios son una recopilación hecha por expertos internacionales procedentes de todas las partes del planeta, sin intervención de los estados o gobiernos, lo cual redunda en su alto grado de neutralidad y calidad y en su habilidad para reflejar el estado actual del consenso en la materia, 2. Al mismo tiempo, los **Principios** de UNIDROIT están ampliamente **inspirados por el Derecho Internacional uniforme, particularmente la Convención de Viena de 1980 sobre la compraventa internacional de mercancías.** 3. Los Principios de UNIDROIT son particularmente aptos para ser aplicados en el campo arbitral. 4. Ellos han sido especialmente concebidos para ser aplicados a los contratos internacionales y 5. Más que vagos principios, ellos proporcionan reglas específicas útiles [16].

El arbitraje nacional e internacional, en buena medida, se ha alimentado de la jurisprudencia de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional[17] y ésta, a su vez, de los Principios UNIDROIT, basados en la Convención de Viena.

CONCLUSIONES

En mi experiencia profesional he encontrado que muchos contratos de compraventa internacional se acuerdan sin que las partes, tengan conciencia de los términos y riesgos a que se someten.

El comerciante llega donde el abogado, **cuando ya ha perfeccionado el acuerdo**, con problemas a los cuales no se hizo referencia en el contrato; por ejemplo, el de los daños imprevisibles o el de la esencialidad del incumplimiento en virtud de una privación sustancial de lo que tenía derecho a esperar como consecuencia de lo pactado.

Este tipo de problemas en la formación o ejecución del contrato son el resultado del desconocimiento de los mismos empresarios acerca de la *Lex Mercatoria*, que son las prácticas contractuales de origen consuetudinario, pero que se han ido plasmando en diversos trabajos de elaboración de leyes modelo, convenciones, recopilaciones de usos y de

16. Expediente CCA 15 ARO7 08 02 Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica. TRIBUNAL ARBITRAL. Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica. A las diecisiete horas del primero de junio del dos mil tres.
17. Oviedo Albán, Jorge. Aplicaciones de los Principios de UNIDROIT a los contratos comerciales internacionales http://www.puj.edu.co/banners/APLICACIONES_DE_LOS_PRINCIPIOS.pdf

jurisprudencia arbitral, cuya efectividad a nivel planetario es indiscutible (para no hablar de vigencia, pues algunos de estos documentos solamente operan si las partes los incorporan expresamente en sus contratos).

En otras ocasiones ni siquiera se llega a perfeccionar el contrato por desacuerdo en detalles: Concretamente, recuerdo un caso donde la parte compradora norteamericana no quiso firmar en razón de que la parte costarricense quería que en el documento quedase insertos algunos temas, como aceptación de márgenes de tolerancia por parte del comprador, obligatoriedad de algunas comunicaciones, determinación de ley aplicable y jurisdicción competente.

Por sí misma, la Convención, independientemente de su ratificación, puede regir si las partes contractuales la incorporan en su acuerdo, pues "la Convención también puede ser aplicable cuando las partes hayan convenido en ello, independientemente de si sus respectivos establecimientos se encuentren en diferentes o uno de los Estados Contratantes"[18]. Pero el conocimiento para llegar a este acuerdo no es tan frecuente. En muchos casos, el exportador o importador carece de la asesoría necesaria. De ahí la importancia de la ratificación de la Convención.

Si bien no podría ser aplicada por analogía a las compraventas internas, nacionales, por ser "***Ius singulare***" para la venta internacional y no se aplicaría a las Partes que tengan su establecimiento en un mismo Estado, sí podía regir en caso de que las partes internas la adopten como ***Lex contractus***? Para tal caso, la Convención prevé un conjunto de normas neutrales que pueden ser de fácil aceptación habida cuenta de su carácter transnacional y de la existencia de abundante material interpretativo."[19].

Con esta ratificación, la Convención pondría fin a estas situaciones de ignorancia o incertidumbre, al dotar a las partes de un clausulado donde la eficacia jurídica para las partes contratantes es distribuida, asignándose a ellas derechos, obligaciones, cargas, expectativas y demás situaciones jurídicas subjetivas, en modo equitativo, como reflejo de las más sanas prácticas del comercio internacional.

De este modo, la gran ganancia, de ratificarse la Convención, es la seguridad jurídica en las relaciones de importación y exportación.

En este momento, se han adherido 80 países[20] "pertenecientes a sistemas económicos y políticos diferentes, así como a diferentes familias jurídicas" por lo que se ha considerado un punto de encuentro entre los sistemas de *Common law* y de *Civil law*. Además, ya ha sido ratificado por nuestros principales socios comerciales, como Estados Unidos, China, la Unión Europea, México, Chile y Colombia (aunque no por todos los países centroamericanos)[21]. Lo mismo que por los socios con los que tenemos un acuerdo preferencial: Mercado Común Centroamericano, México, Chile, República Dominicana, y Panamá[22].

18. http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG.html
19 http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG.html
20. http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html
21. http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html
22. http://www.sice.oas.org/tpd/CAN_CRI/Studies/Resultados03_s.pdf

La ratificación de la Convención nos pondría al día en las reglas que ya rigen el comercio mundial.

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

BONELL, Joachim, The UNIDROIT Principles as a Means of Interpreting and Supplementing International Uniform Law. Special Suplement, I.C.C. International Court Bulletin, june, 2002

BORTOLOTTI, Fabio, Diritto dei contratti internazionali, Cedam Padova, 1997.

Chavarría, Paula María, Los INCOTERMS 2010, Revista Judicial 107, junio 2013

CRAWFORD-SINCLAIR, The UNIDROIT Principles and their application to state contracts, Special Suplement, I.C.C. International Court Bulletin, june, 2002

DERAINS, Yves, La jurisprudence arbitrale de la C.C.I. en matiere de vente internationale : experiences et perspetives. Convegno sulla compravendita Internazionale. Roma, 1980

DERAINS, Yves, The role of the UNIDROIT Principles in international commercial arbitration. Special Suplement, I.C.C. International Court Bulletin, june, 2002

GARCIA, Ignacio, El Principio de la plenitud hermética y la Lex Mercatoria, San José, 2005.

http://74.125.47.132/search?q=cache:4gOLD-rgObYJ:www.iij.derecho.ucr.ac.cr/archivos/documentacion/Plenitud_Hermetica_y_lex_mercatoria.pdf+lex-+mercatoria+ignacio&cd=4&hl=es&ct=clnk&gl=cr&client=firefox-a

GARCÍA, Ignacio. Lex Mercatoria, pluralismo jurídico y globalización. El Monopolio del Derecho por parte del Estado. Revista Judicial, San José, N. 92

http://sitios.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/archivos%20actuales/documents/revs_juds/rev_jud_93.pdf

LALIVE, Pierre, The UNIDROIT Principles as Lex Contractus, with or without an explicit or tacit choice of Law; an arbitrator perspective, Special Suplement, I.C.C. International Court Bulletin, june, 2002

MAC LAREN, Rosemarie, Los Principios de UNIDROIT en la Jurisprudencia Comercial Internacional, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 2004

MARELLA, et al. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, en ICC arbitration, publicado por ICC, International Court of Arbitration. 1999.

MAYER, Pierre, The Role of UNIDROIT Principles in ICC Arbitration Practice. Special Suplement, I.C.C. International Court Bulletin, june, 2002

OVIEDO ALBÁN, Jorge. Aplicaciones de los Principios de UNIDROIT a los contratos comerciales internacionales.

http://www.puj.edu.co/banners/APLICACIONES_DE_LOS_PRINCIPIOS.pdf

PÉREZ VARGAS, VÍCTOR y PÉREZ UMAÑA, Daniel (2006). *"The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts in Costa Rican Arbitral Practice". UNIDROIT Uniform Law Review*. Vol. (XI), Enero, 2006, p.180

PEREZ VARGAS, Víctor. La continuidad entre La Convención de Viena, los Principios de UNDROIT, la jurisprudencia de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional y la jurisprudencia arbitral costarricense. Revista Judicial 96, junio, 2010

RAMIREZ Calderón, Ana Lucía. La creación de una Jurisprudencia Arbitral Difusa, y el análisis casuístico como método de estudio de los Laudos Arbitrales Costarricenses. Revista Judicial N. 92, Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, 2009

SOLANO PORRAS, Julián, La Lex Mercatoria, Revista Judicial, N. 76, Corte Suprema de Justicia. Abril, 2000

VALENCIANO, Carlos. Acercamiento a la Avería Gruesa, una figura controvertida de la Lex Marítima; y notas para la interpretación de la naturaleza jurídica de los institutos del Derecho Marítimo, Revista Judicial N. 90 San José, 2008

Sitios de Internet

http://www.powershow.com/view/28519f-MTAzN/PLURALISMO_JURIDICO_Y_GLOBALIZACION_powerpoint_ppt_presentation

www.Lexmercatoria.org

http://tldb.uni-koeln.de/TLDB.html

http://www.trans-lex.org/

http://library2.lawschool.cornell.edu/insiteasp/public/display_browse.asp?style=st_browse&id=754&prevpage=1International

http://www.jus.uio.no/lm/

ESTADOS PARTE

Según consulta de 18 noviembre 2013 en: http://www.uncitral.org

Albania			13/05/2009(*)	01/06/2010
Alemania	(e)	26/05/1981	21/12/1989	01/01/1991
Argentina	(a)		19/07/1983(*)	01/01/1988
Armenia	(a), (b)		02/12/2008(*)	01/01/2010
Australia			17/03/1988(*)	01/04/1989
Austria		11/04/1980	29/12/1987	01/01/1989
Bahrein			25/09/2013(*)	01/10/2014
Belarús	(a)		09/10/1989(*)	01/11/1990
Bélgica			31/10/1996(*)	01/11/1997
Benin			29/07/2011(*)	01/08/2012
Bosnia y Herzegovina			12/01/1994(§)	06/03/1992
Brasil			04/03/2013(*)	01/04/2014
Bulgaria			09/07/1990(*)	01/08/1991
Burundi			04/09/1998(*)	01/10/1999
Canadá	(c)		23/04/1991(*)	01/05/1992
Chile	(a)	11/04/1980	07/02/1990	01/03/1991
China	(b)	30/09/1981	11/12/1986(†)	01/01/1988
Chipre			07/03/2005(*)	01/04/2006
Colombia			10/07/2001(*)	01/08/2002
Croacia			08/06/1998(§)	08/10/1991
Cuba			02/11/1994(*)	01/12/1995
Dinamarca	(d)	26/05/1981	14/02/1989	01/03/1990
Ecuador			27/01/1992(*)	01/02/1993
Egipto			06/12/1982(*)	01/01/1988
El Salvador			27/11/2006(*)	01/12/2007
Eslovaquia	(b)		28/05/1993(§)	01/01/1993
Eslovenia			07/01/1994(§)	25/06/1991
España			24/07/1990(*)	01/08/1991
Estados Unidos de América	(b)	31/08/1981	11/12/1986	01/01/1988
Estonia			20/09/1993(*)	01/10/1994
Federación de Rusia	(a)		16/08/1990(*)	01/09/1991
Finlandia	(d)	26/05/1981	15/12/1987	01/01/1989
Francia		27/08/1981	06/08/1982(†)	01/01/1988

Gabón			15/12/2004(*)	01/01/2006
Georgia			16/08/1994(*)	01/09/1995
Ghana		11/04/1980		
Grecia			12/01/1998(*)	01/02/1999
Guinea			23/01/1991(*)	01/02/1992
Honduras			10/10/2002(*)	01/11/2003
Hungría	(a), (f)	11/04/1980	16/06/1983	01/01/1988
Iraq			05/03/1990(*)	01/04/1991
Islandia	(d)		10/05/2001(*)	01/06/2002
Israel			22/01/2002(*)	01/02/2003
Italia		30/09/1981	11/12/1986	01/01/1988
Japón			01/07/2008(*)	01/08/2009
Kirguistán			11/05/1999(*)	01/06/2000
La ex República Yugoslava de Macedonia			22/11/2006(§)	17/11/1991
Lesotho		18/06/1981	18/06/1981	01/01/1988
Letonia			31/07/1997(*)	01/08/1998
Líbano			21/11/2008(*)	01/12/2009
Liberia			16/09/2005(*)	01/10/2006
Lituania	(a)		18/01/1995(*)	01/02/1996
Luxemburgo			30/01/1997(*)	01/02/1998
Mauritania			20/08/1999(*)	01/09/2000
México			29/12/1987(*)	01/01/1989
Mongolia			31/12/1997(*)	01/01/1999
Montenegro			23/10/2006(§)	03/06/2006
Noruega	(d)	26/05/1981	20/07/1988	01/08/1989
Nueva Zelandia			22/09/1994(*)	01/10/1995
Países Bajos		29/05/1981	13/12/1990(‡)	01/01/1992
Paraguay	(a)		13/01/2006(*)	01/02/2007
Perú			25/03/1999(*)	01/04/2000
Polonia		28/09/1981	19/05/1995	01/06/1996
República Árabe Siria			19/10/1982(*)	01/01/1988
República Checa	(b)		30/09/1993(§)	01/01/1993
República de Corea			17/02/2004(*)	01/03/2005
República de Moldova			13/10/1994(*)	01/11/1995
República Dominicana			07/06/2010(*)	01/07/2011
Rumania			22/05/1991(*)	01/06/1992

San Marino			22/02/2012(*)	01/03/2013
San Vicente y las Granadinas	(b)		12/09/2000(*)	01/10/2001
Serbia			12/03/2001(§)	27/04/1992
Singapur	(b)	11/04/1980	16/02/1995	01/03/1996
Suecia	(d)	26/05/1981	15/12/1987	01/01/1989
Suiza			21/02/1990(*)	01/03/1991
Turquía			07/07/2010(*)	01/08/2011
Ucrania	(a)		03/01/1990(*)	01/02/1991
Uganda			12/02/1992(*)	01/03/1993
Uruguay			25/01/1999(*)	01/02/2000
Uzbekistán			27/11/1996(*)	01/12/1997
Venezuela (República Bolivariana de)		28/09/1981		
Zambia			06/06/1986(*)	01/01/1988

Estados parte: 80