

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

ISSN: 2215-2377

REVISTA JUDICIAL N° 112

Junio 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
ORGANIZACIONES CONDOMINALES COMPLEJAS Y ALGUNAS LIMITACIONES DE LA L.R.P.C.	
Dr. Roberto Yglesias Mora	11
COMPETENCIAS EN MATERIA DE ORGANISMOS GENETICAMENTE MODIFICADOS EN LA LEGISLACION COSTARRICENSE	
Dr. Jorge Cabrera Medaglia	57
DIFERENCIAS ENTRE EL PRECONTRATO DE PROMESA DE VENTA Y EL CONTRATO DE COMPRAVENTA	
Dr. Rodrigo José Carranza Zúñiga	81
INDEXACIÓN DE OBLIGACIONES DINERARIAS EN EL CÓDIGO PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	
M.B.A. Lic. Adolfo G. Johanning Pérez	105
CONTROL JURISDICCIONAL ANTE LA NEGATIVA DEL MINISTERIO PÚBLICO A PACTAR UN PROCEDIMIENTO ABREVIADO EN MATERIA PENAL DE ADULTOS: CRITERIOS ASUMIDOS POR LA JURISPRUDENCIA COSTARRICENSE	
M.Sc. Frank Harbottle Quirós	135
LA IMPARCIALIDAD: ANÁLISIS DESDE LA APLICACIÓN DE LA DISTINCIÓN ENTRE CONTEXTO DE DESCUBRIMIENTO Y DE JUSTIFICACIÓN.	
M.Sc. Miguel Zamora Acevedo.....	169
DEL DOCUMENTO FÍSICO AL DOCUMENTO ELECTRÓNICO	
M.Sc. Raúl Guevara Villalobos.....	191
DOS VICIOS QUE HAY QUE ERRADICAR: EL CONTRATO DE REPORTO Y LOS CONTRATOS DE VENTA CON RECOMPRA	
Lic. Miguel Ruiz Herrera.....	203
COMENTARIOS AL ACUERDO DE ELECCIÓN DE FORO EN EL PROCESO CIVIL COSTARRICENSE.	
Lic. Luis E. Sibaja Guillén.....	209
CRISIS DEL AGOTAMIENTO PRECEPTIVO DE LA VÍA MUNICIPAL	
Lic. Alex Rojas Ortega.....	229

COMENTARIOS CRÍTICOS A LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL QUE INTRODUCE LA LEY 9048 (SOBRE DELITOS INFORMÁTICOS EN EL DERECHO PENAL COSTARRICENSE)

Lcda. Elizabeth Guerrero
 Prof. Alonso Salazar247

DERECHO EMPRESARIAL TRANSNACIONAL

Dr. Víctor Pérez Vargas261

PRESENTACIÓN

Dr. Víctor Pérez Vargas

Esta edición de la Revista Judicial presenta interesantes aportes sobre complejos condominales, cultivos transgénicos, contratos, indexación en el Derecho Administrativo, procedimiento abreviado en el Código Procesal Penal costarricense, Principio de imparcialidad penal, documentos electrónicos, contratos de reporto que utilizan los Puestos de Bolsa y contratos de venta con recompra (“Retroventa”) que utilizan los Fondos de Desarrollo Inmobiliario, acuerdos de elección de foro, agotamiento preceptivo de la vía administrativa, delitos informáticos y Derecho Empresarial Transnacional (Lex Mercatoria).

El Dr. Roberto Yglesias Mora, Profesor de la Universidad de Costa Rica y destacado árbitro, nos brinda su trabajo ORGANIZACIONES CONDOMINALES COMPLEJAS Y ALGUNAS LIMITACIONES DE LA L.R.P.C. El Dr. Yglesias se refiere a los complejos condominales, que son organizaciones con múltiples núcleos y conglomerados de edificaciones. Trata el tema central del Sub-condominio y afronta varias cuestiones que de la regulación vigente surgen, como la de la representación y la extinción del sub-condominio. Comenta otras modalidades, entre ellas, el condo-hotel y la posibilidad de constituir un condominio utilizando una concesión en la Zona Marítimo Terrestre. En sus conclusiones, sostiene que la L.R.P.C. requiere de ajustes para enmendar diversas inconsistencias jurídicas, así como para atender omisiones sustantivas evidentes, que exigen una normativa más clara y completa,

en garantía de una adecuada seguridad jurídica de esta trascendental institución que es el Condominio.

Nuestro asiduo colaborador, el Dr. Jorge Cabrera Medaglia, Profesor de la Maestría en Derecho Ambiental de la Universidad de Costa Rica, Investigador Principal en Derecho de la Biodiversidad del Centro de Derecho Internacional del Desarrollo Sostenible (Montreal) y Consultor internacional en Derecho Ambiental, participa con COMPETENCIAS EN MATERIA DE ORGANISMOS GENETICAMENTE MODIFICADOS EN LA LEGISLACION COSTARRICENSE. Nos informa acerca de la polémica internacional sobre los cultivos transgénicos o genéticamente modificados por su cultivo, uso y consumo (humano y animal) y los diversos enfoques de las regulaciones de transgénicos en el mundo: desde países promotores, como Estados Unidos, Canadá, Argentina hasta otros que han promulgado, con diverso alcance, moratorias o restricciones respecto a la siembra de OGM. Indica la legislación costarricense aplicable (Ley de Protección Fitosanitaria N° 7664 y su reglamento N° 26921-MAG, Ley de Biodiversidad N° 7788 y el decreto N° 32486-MAG sobre auditorías de bioseguridad agrícola y muchas otras. Concluye diciendo que el marco legal e institucional relacionado con OGM presenta una importante fragmentación y algunos vacíos y lagunas en lo concerniente a las competencias para el tratamiento de los diferentes tipos de OGM que pueden ser

objeto de liberación (animales, vegetales, árboles, microorganismos, mosquitos, peces y otros).

DIFERENCIAS ENTRE EL PRECONTRATO DE PROMESA DE VENTA Y EL CONTRATO DE COMPRAVENTA, se titula el aporte del Dr. Rodrigo José Carranza Zúñiga, quien es Doctor en Derecho por la Università degli Studi di Roma "Tor Vergata", con énfasis en Litigio y Resolución Alternativa de Conflictos, además de Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica. Además, es Abogado litigante en Carranza&Asociados. Transcribimos el resumen del propio autor: "el precontrato de promesa de venta es un instituto jurídico cuya ratio mira a agrupar las tratativas negociales que rodean una potencial venta de un bien. Esta figura prenegocial, ergo, tiene un carácter netamente preparatorio o preliminar de lo que, a futuro, posiblemente se erigirá como el contrato de compraventa perfecta. En la promesa (u opción) de venta, las partes procuran delinear las condiciones en las cuales podría darse una eventual venta que, al momento del precontrato, no se quiere o no se puede consumir. La esencia del precontrato de promesa de venta radica en dejar constancia de las condiciones y estipulaciones con base en las cuales se efectuará la eventual venta, pero sin que aun medie acuerdo de cosa y precio. El talón de Aquiles de la promesa (u opción de venta) se detecta en la imperante confusión de ésta con el contrato principal o definitivo, es decir, con la compraventa perfecta. Los elementos ontológicos del precontrato de promesa de venta, sumados a la función jurídica y económica que dicho convenio debe realizar, son aspectos imprescindibles para proponer una adecuada distinción entre tal instituto precontractual y el instituto de la compraventa. El presente trabajo abordará

esta problemática, resaltando la confusión reinante y, consecuentemente, propondrá soluciones que permitan trazar una clara línea divisoria entre ambas figuras, superando las dificultades teórico-prácticas que suscita la débil, y muchas veces imprecisa, distinción en la materia".

Del Lic. Adolfo G. Johanning Pérez M.B.A., publicamos INDEXACIÓN DE OBLIGACIONES DINERARIAS EN EL CÓDIGO PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. En su muy documentado jurisprudencialmente estudio comenta el canon 123, inciso 1), del CPCA que le impone al juez contencioso-administrativo el deber de compensar la variación en el poder adquisitivo de la moneda, para la corrección monetaria de las obligaciones dinerarias; seguidamente, aborda el precepto 123, inciso 2), del CPCA que refiere, para las obligaciones en colones, al IPC emitido por el INEC, y, para las obligaciones en moneda extranjera, a la tasa prime rate establecida para los bancos internacionales de primer orden. Asimismo, el numeral 124 ibídem deja claro que la indexación legal, de aplicación aun cuando las partes no han acordado un método indexatorio (indexación contractual), también es aplicable cuando se determina en sentencia la cuantía de una obligación de valor (por lo que pasa a convertirse en dineraria), por el periodo desde esa conversión y su efectivo pago. En su conclusión, sostiene que la indexación no impide el reconocimiento de intereses, a título de daños y perjuicios, por incumplimiento de la obligación dineraria. Opina, acertadamente que, cuando la suma se ha indexado, lo apropiado sería reconocer un interés real y no el legal (nominal); en tanto este último contiene un reconocimiento de la inflación, que ya se habría visto compensada con la indexación.

CONTROL JURISDICCIONAL ANTE LA NEGATIVA DEL MINISTERIO PÚBLICO A PACTAR UN PROCEDIMIENTO ABREVIADO EN MATERIA PENAL DE ADULTOS: CRITERIOS ASUMIDOS POR LA JURISPRUDENCIA COSTARRICENSE se titula la colaboración del M.Sc. Frank Harbottle Quirós. El autor, expone, en primer término, la regulación del procedimiento abreviado en el Código Procesal Penal costarricense. Seguidamente, presenta las distintas posiciones asumidas por los antiguos Tribunales de Casación Penal y los actuales Tribunales de Apelación, así como por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (Sala Tercera) en cuanto a la posibilidad o no de examinar jurisdiccionalmente la negativa del Ministerio Público de negociar este procedimiento especial. También hace referencia a las circulares y los lineamientos emitidos por el Ministerio Público para, finalmente, compartir con nosotros su opinión personal.

En LA IMPARCIALIDAD: ANÁLISIS DESDE LA APLICACIÓN DE LA DISTINCIÓN ENTRE CONTEXTO DE DESCUBRIMIENTO Y DE JUSTIFICACIÓN, el M.Sc. Miguel Zamora Acevedo, Profesor de la Universidad de Costa Rica en la Cátedra de Investigación y Razonamiento Jurídico, Máster en Sociología Jurídico Penal por la Universidad de Barcelona, y Máster en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante. Mediante la utilización de la clásica distinción entre contextos de descubrimiento y justificación, analiza el principio de imparcialidad penal, en los casos que un juez que dicta una prisión preventiva y posteriormente dicho juez, integra el tribunal contra la misma persona.

El M.Sc. Raúl Guevara Villalobos, Licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica, Máster en Criminología de la Universidad

Estatual a Distancia, Defensor Público y, actualmente, Letrado de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, nos ofrece DEL DOCUMENTO FÍSICO AL DOCUMENTO ELECTRÓNICO, donde se refiere a algunos retos que ha tenido que afrontar el Derecho para poder adaptarse a las nuevas situaciones que plantea el avance de la tecnología y la informática, especialmente en relación con la autenticidad de los documentos y de quienes los suscriben. Después de plantear la noción de documento electrónico y su evolución, aclara que la doctrina diferencia la firma digital de la firma electrónica, distinción que es importante desde el punto de vista práctico por el valor probatorio que se le da a cada una. Aclara que la firma digital se basa en criptografía, por lo que se presume válida salvo que se demuestre lo contrario, pues hay de por medio mecanismos de verificación, normalmente, por parte de una entidad certificadora autorizada por el Estado. Nos explica que firma electrónica es un concepto amplio que comprende cualquier carácter electrónico usado por alguien con el fin de autenticar un registro, por lo que abarca cualquier método de identificación. Es por ello que corresponde a quien introduce el documento como prueba demostrar su validez. Nos explica que, en Costa Rica, el uso de documento electrónico es válido para todo acto jurídico, a menos que exista una disposición que indique lo contrario. En efecto, el artículo 5 de la LCDFDDE le ha reconocido al documento electrónico pleno valor para la formación, formalización y ejecución de los contratos, comunicación judicial, conservación de expedientes judiciales y administrativos; recepción, práctica y evacuación de prueba; presentación, tramitación e inscripción de documentos en el Registro Nacional; gestión, conservación y utilización, en general, de protocolos notariales, incluso la manifestación del consentimiento y la firma

de las partes y, finalmente, valor probatorio. Trata, finalmente, otros temas como el gobierno digital y el teletrabajo.

El Lic. Miguel Ruiz Herrera, en su artículo, DOS VICIOS QUE HAY QUE ERRADICAR: EL CONTRATO DE REPORTO Y LOS CONTRATOS DE VENTA CON RECOMPRA, se refiere a los contratos de reporto que utilizan los Puestos de Bolsa y a los contratos de venta con recompra (“retroventa”) que utilizan los Fondos de Desarrollo Inmobiliario en los que, en su criterio existe un disimulado pacto comisorio. En los primeros porque la titularidad de la garantía es traspasada al acreedor de antemano. En los segundos, desde el inicio se pacta que el precio de la retroventa será el valor que se fije en esa fecha futura, distorsionándose así la naturaleza del préstamo mercantil: el deudor deberá entregar –para rescatar su bien inmueble- un precio mucho mayor al recibido, aún mayor que el monto recibido y los intereses de estilo. En su conclusión, sostiene que nuestro legislador debería actuar con premura prohibiendo estas “creativas alternativas”, de manera que por lo menos quienes lucran prestando dinero lo hagan dentro de verdaderos contratos de préstamo bilateral y consensualmente negociados y con garantías que no cercenen el derecho de defensa del deudor.

El Lic. Luis E. Sibaja Guillén, abogado litigante, miembro del Bufete Lex Counsel. Licenciado en Derecho, con estudios de especialización en Comercio Exterior, de postgrado en Derecho Internacional Privado, y de maestría en Derecho de los Negocios Internacionales y Litigio Internacional comparte con nosotros su trabajo COMENTARIOS AL ACUERDO DE ELECCIÓN DE FORO EN EL PROCESO CIVIL COSTARRICENSE. El problema que afronta consiste en determinar si las cortes costarricenses son competentes para conocer de una acción judicial, a pesar de

la existencia de una cláusula de sumisión de jurisdicción extranjera (también conocido como Acuerdo de Elección de Foro (Choice of Forum Clause) contenida en un acuerdo de partes. Su criterio es que, ante un conflicto positivo de jurisdicciones (a nivel internacional), los jueces costarricenses no podrán inhibirse ni antes de que se presente una misma demanda en otra jurisdicción, ni durante el trámite de ésta en esa otra jurisdicción. Con muchísima más razón, tampoco podrán inhibirse por existir un acuerdo de elección de foro ante juez extranjero, pues, como dice el adagio jurídico: el que puede lo más, puede lo menos. En este sentido, considera que, al ser las cortes costarricenses competentes por ley, no podría nunca un acuerdo de elección de foro alterar lo dispuesto por la norma anterior, en razón de que la Ley, por delegación constitucional, circunscribe la jurisdicción de los tribunales costarricenses en este asunto. En su opinión, dicha delegación constitucional, hace casualmente que un Juez no pueda aplicar actos de cualquier naturaleza en su contra (artículo 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), como sería en este caso la aplicación de un acuerdo de elección de foro. Considera que, al ser las normas procesales de orden público y lois de police, de obligado acatamiento, tanto por el juez como por las partes (artículo 5 del Código Procesal Civil), no podría entonces pensarse, que la autonomía de la voluntad prevaleciera sobre la ley procesal (que establece en forma imperativa los criterios de atribución de competencia judicial de las cortes costarricense). Así, a su juicio, un acuerdo privado, como el de la naturaleza del acuerdo de elección de foro, contrariaría el orden público y normas imperativas, y por ello devendría nulo de pleno derecho. Claramente así se ordena en el artículo 19 del Código Civil, que dice: “...Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho....”.

Y el artículo 20 ibídem, por su parte, dice: “...Los actos realizados al amparo del texto de una norma, que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de la ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir...”.

El Lic. Alex Rojas Ortega, Licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica, Juez Suplente del Tribunal Contencioso Administrativo y Asesor legal de la Promotora del Comercio Exterior de Costa Rica, en CRISIS DEL AGOTAMIENTO PRECEPTIVO DE LA VÍA MUNICIPAL, explica que el Tribunal Contencioso Administrativo es el encargado de conocer, en última instancia, en el proceso de agotamiento de la vía administrativa, de los recursos de apelación que se interponen en contra de los acuerdos tomados por el Concejo Municipal o por los Alcaldes de cada una de las ochenta y un municipalidades actualmente existentes en el país. Nos informa que recientemente, por medio del voto N°. 17737-2012 de las 16:21 horas del 12 de diciembre del 2012, la Sala Constitucional reiteró la procedencia del agotamiento preceptivo de la vía administrativa municipal y señaló que, aunque la propia Carta Política definió dicho agotamiento como obligatorio, no existe regulación en dicha norma suprema respecto de la forma en que ese agotamiento debe ser acreditado dentro del proceso judicial. En sus conclusiones, de Lege ferenda, asegura que resulta oportuno reformar en lo pertinente el Código Municipal y el Código Procesal Contencioso Administrativo, con el objeto de instaurar el proceso especial

que nos hemos permitido denominar como de “impugnación municipal”, a través del cual los justiciables podrían encontrar una vía ágil, célere y efectiva, acorde con el Derecho de la Constitución, que garantice no solo la legalidad de la función administrativa municipal, sino también la tutela efectiva de las situaciones jurídicas sustanciales de los justiciables. Considera que igual relevancia tiene dar un giro interpretativo en lo que se refiere a la figura de la jerarquía impropia municipal, con el objeto de que pueda entenderse como facultativo el agotamiento de la vía administrativa en esta materia y el justiciable tenga la posibilidad de cuestionar los acuerdos municipales en la sede que más le convenga a sus intereses.

En COMENTARIOS CRÍTICOS A LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL QUE INTRODUCE LA LEY 9048 (SOBRE DELITOS INFORMÁTICOS EN EL DERECHO PENAL COSTARRICENSE), la Licda. Elizabeth Guerrero y Alonso Salazar, Profesor de la Universidad de Costa Rica, ahondan en la conceptualización del delito informático y su tipología, para luego centrarse en una serie de Comentarios Críticos respecto a la modificación y creación de ciertos tipos penales que introduce una reforma al Código Penal Costarricense, mediante la promulgación de la Ley 9048 (Sobre Delitos Informáticos).

Ofrecemos, finalmente, nuestra conferencia inaugural en el Congreso Jurídico Nacional de Derecho Empresarial en el Colegio de Abogados de Costa Rica, el 5 de noviembre de 2013, titulada DERECHO EMPRESARIAL TRANSNACIONAL.

Organizaciones condominales complejas y algunas limitaciones de la LRPC.

Dr. Roberto Yglesias Mora

Sumario

- Introducción.
- I. El Subcondominio
 - 1. Legislación, naturaleza jurídica y características
 - 2. El Reglamento a la ley
 - 3. Los bienes comunes dentro y fuera del Subcondominio; El problema de la titularidad
 - 4. La relación entre condominios
 - 5. Alcances de la dualidad finca filial/finca matriz
 - 6. La representación del Subcondominio
 - 7. La práctica registral
 - 8. Extinción del Subcondominio
- II. Otras modalidades complejas
 - 1. El Condominio en ZMT
 - 2. El Condohotel
 - 3. Asociación de condominios
 - 4. Derecho comparado
- III. Limitaciones de la LRPC
 - 1. La compraventa de la unidad filial; un contrato de adhesión?
 - 2. La inconclusa cuestión de la representación y de la personalidad jurídica del Condominio
 - 3. El Desarrollador del condominio y su rol;
 - 4. La formación del consorcio de propietarios
 - 5. La exoneración de las cargas comunitarias
 - 6. La cuota condominal; vacío legal.

Organizaciones condominales complejas y algunas limitaciones de la LRPC.

Dr. Roberto Yglesias Mora

Introducción

Nuestra realidad socio-económica está informando sobre la constitución y creciente organización de condominios funcional y jurídicamente complejos, como un fenómeno en evolución, impulsado desde la Ley Reguladora de la Propiedad en Condominio, que facilitó a las fuerzas de mercado acudir a nuevas opciones frente a quienes buscan adquirir una vivienda, desarrollar proyectos inmobiliarios o locales comerciales, etc., con las ventajas que ofrece la vida en una comunidad condominal organizada. La ley vigente, #7933 del año 1995, introdujo nuevas manifestaciones condominales, algunas de las cuales vinieron a simplificar los procedimientos y abarataron los costos de constitución del condominio, como en el caso del condominio de lotes, y otras que, antes bien, han dado pie a complejas organizaciones y asociaciones de condominios, como ocurre con el llamado Condominio de condominios o Subcondominio, cuya actual regulación legal y reglamentaria, si bien muestran algunas limitaciones para su cabal implementación, ha sido acogido y promovido por los desarrolladores de condominios y hoy constituye una modalidad en creciente

difusión en nuestro país, mostrando gran versatilidad y potencial para la creación y administración de complejas organizaciones con múltiples núcleos y conglomerados de edificaciones. El conocimiento y manejo de esta modalidad condominal compleja, constituye no solo un reto actual para los grandes desarrolladores y promotores de condominios, sino además para los abogados especializados en esta materia, para los administradores de condominios, así como también para el Registro Público de la Propiedad, en consideración a los novedosos alcances jurídico legales implicados en la creación y operación de dichos complejos condominales. En este ensayo se enfocan varios de esos alcances, y, de último, se incorporan algunos temas tradicionales que siguen vigentes y con interés general en materia de condominios.

I.) El Subcondominio.

- 1.) Previsiones legales, naturaleza jurídica y características.

Denominada por la Ley #7933 o Ley Reguladora de la Propiedad en Condominio¹,

¹ En lo sucesivo ".ey Regulador".

como "condominio de condominio". el Subcondominio² encuentra sustento en las siguientes disposiciones legales:

El artículo 1, inciso f de la ley Reguladora, al disponer que el régimen de propiedad en condominio puede aplicarse: "...f) A los proyectos por desarrollarse en etapas, cuyas obras de urbanización o civiles sean sometidas al régimen de propiedad en condominio y donde las filiales resultantes sean, a su vez, convertidas en fincas matrices de un nuevo condominio, sin perder por tal razón, su condición de filial del condominio original, lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en el proyecto y los planos originales debidamente aprobados así como en el reglamento de condominio".

El artículo 33, inciso f), ibidem, cuando dispone que los contenidos mínimos del reglamento de condominio y administración deberán hacer referencia a: "...f) Las reglas necesarias para afectar las fincas filiales al régimen de propiedad en condominio, las cuales se convertirán en fincas matrices, sin perder por ello su condición original".

El germen del Subcondominio, es, no obstante, anterior a la ley actual pues se insinuó en el Decreto Ejecutivo #26259-MIVAH-MP, que reglamentó al artículo 8 de la antigua Ley de Propiedad Horizontal de 1966, hoy derogado por el Reglamento a la ley vigente. El artículo I.2.1.1 de aquella reglamentación derogada disponía, en lo que interesa que:

"Las fincas filiales resultantes de esta primera etapa, se podrán convertir en fincas matrices de un nuevo condominio que seguirá formando parte del condominio original".

Esta norma constituye la fuente primigenia de la figura, así concebida a pesar de no encontrar arraigo en una disposición legal de la ley de propiedad Horizontal de 1966.

De acuerdo con la ley Reguladora vigente, una finca filial, manteniendo su condición de filial dentro del condominio original, puede asumir la condición de finca matriz para los efectos de crear su propio sistema condominal, con sus propias fincas filiales y contar con una organización interna y un administrador propio, es decir, creada especialmente para ese subcondominio. A nivel registral se complementa lo anterior, al permitir la ley Reguladora la inscripción de ese nuevo condominio en el Registro Público de la Propiedad, el que, no obstante, no podrá desligarse del condominio madre original, por su génesis y más aún, por imperar una subordinación legal en distintos aspectos esenciales; de ahí la denominación empleada de "subcondomini". El cordón umbilical entre el Condominio primario o madre y el subcondominio y su permanencia está garantizada por una atípica dualidad o condición legal sui generis al ser, por una parte, finca filial del Condominio primario, y por otra parte y simultáneamente, finca matriz con su propio régimen de (sub) condominio.

2 El término "subcondomini". refleja mejor la condición de subordinación del nuevo condominio al condominio madre; la idea de un condominio de condominios, está más relacionada con una asociación de condominios o al evento en el que todas o al menos gran parte de las filiales originales se convirtieron en condominios autónomos, autonomía que no estaría en concordancia con el espíritu de la ley. Parte de los problemas derivan justamente de la descoordinación en la práctica, de hecho y de derecho, entre el condominio madre y los subcondominios derivados de aquél.

Esta novedosa figura esta asociada con una visión empresarial y comercial dinámicas, para organizar y administrar complejos residenciales y comerciales, con cierta independencia funcional y administrativa del condominio madre, por ejemplo para cuando se dejan previstas ciertas áreas para determinados proyectos a desarrollarse en un futuro. Así, por ejemplo, en un condominio residencial, pueden dejarse áreas con fines comerciales u hoteleros, o bien, en grandes desarrollos de condominios verticales habitacionales, compuestos por bloques de edificios, es plausible que cada bloque constituya un subcondominio, con sus propios accesos, áreas y servicios, sin dejar de formar parte del conjunto o complejo inmobiliario. De esa forma se facilita la administración y la realización de las asambleas de condóminos³, manteniendo siempre los lazos con el desarrollo original, o condominio primario.

Al ser una especie dentro de la figura del condominio, el subcondominio conserva su naturaleza jurídica como propiedad especial, compleja, en la que priva el interés colectivo en su organización y uso conforme, confluyendo una doble titularidad real a favor de cada condómino: un derecho real de propiedad privada individual unido indisolublemente a un derecho real de copropiedad pro indiviso, sobre los llamados bienes comunes, binomio dominical que es la esencia y carta de presentación de la propiedad en condominio. Para la organización condominal y para garantía de la convivencia en el subcondominio, la

legislación vigente exige la implementación detallada de un Reglamento interno de organización y de administración, al igual que para cualquier condominio primario. En términos generales, el régimen de condominio da origen a una organización comunitaria en la que confluyen derechos reales de dominio en un sistema de asociación irrenunciable con obligaciones propter rem, destacándose el interés colectivo sobre el individual, de modo que el ejercicio de derechos sobre las cosas y bienes dentro del Condominio, aún sobre las de propiedad individual exclusiva, se encuentra particularmente limitado y reglado, quedando relegado el individualismo exacerbado frente a los intereses generales de la comunidad de condueños⁴. Aquellas actividades que no hayan sido contempladas en los reglamentos condominales, en tesis de principio, no quedarían sujetas al principio *pro libertatis* del principio de legalidad privado, ni de la propiedad privada individual, sino antes bien a los principios que rigen la comunidad de bienes y la propiedad colectiva comunitaria. Esta es una característica singular del sistema condominal, que frecuentemente antagoniza con nuestra idiosincrasia en materia de propiedad, teñida de individualismo y de escasa voluntad para la convivencia cercana y a la vez respetuosa y armoniosa con terceros. La idea de una propiedad comunitaria y sus alcances en la vida cotidiana, no ha sido de fácil adaptación para el estilo de vida tradicional costarricense, históricamente ajeno a formas de propiedad colectiva y comunitaria de convivencia. La propia jurisprudencia patria

3 Se intenta por esa vía soslayar la dificultad que normalmente entraña la asistencia del quórum requerido para la celebración de una asamblea de condóminos.

4 Lo anterior implica que el derecho de propiedad exclusivo sobre áreas privativas no debe equipararse al común derecho de propiedad privada individual, sino que es una modalidad diferente de propiedad privada, insertada y sujeta a un sistema comunitario que, en caso de conflicto, tiende a prevalecer sobre el interés individual.

persiste erráticamente en calificar a la propiedad en condominio con una fórmula simplista, al verla como la suma de una copropiedad a una propiedad individual⁵ y no como una verdadera comunidad propietaria. Advertido lo anterior, queda en evidencia que la ley Reguladora no contempló una modificación en los elementos esenciales para la constitución de un subcondominio. Sin embargo, se puede estimar que el subcondominio, presenta una condición especial, y es la carencia de autonomía en diversos aspectos relevantes como es en lo relativo a la destinación y uso general de los bienes subcondominados, así como respecto al ejercicio de los derechos y obligaciones de los subcondóminos, los que deberán guardar, en puntos esenciales, correspondencia con las previsiones reglamentarias del Condominio primario o superior. Esto significa que la asamblea o consorcio de propietarios subcondominales, carece de autonomía plena para la determinación de los fines generales del subcondominio, así como para ulteriores modificaciones estatutarias que contravengan los fines esenciales del condominio primario y del estatuto madre.

Esta nexa de subordinación se desgrana en diversos aspectos con efectos particulares a lo interno del subcondominio, que ni la ley Reguladora ni su Reglamento resuelven y de ahí la pertinencia de que el Reglamento

interno de administración del subcondominio aborde expresamente al menos los más relevantes. Se hace así evidente, que los subcondóminos reunidos en Asamblea General del subcondominio, carecen de potestades plenas para el autogobierno, en el sentido de no poder decidir per se, de modo diverso o contrario a las previsiones del Reglamento madre, ni pueden separarse legalmente de los acuerdos legalmente adoptados por la Asamblea General del Condominio primario que incidan en el subcondominio. De otra parte, nada impide que existan subcondominios de segundo o de ulterior generación, con implicaciones adicionales a considerar, según se analiza más adelante.

El legislador no contempló la forma de realizar el paso inicial de creación de un subcondominio, cuando su aprobación dependa de una asamblea de condóminos: La LRPC no estableció la votación requerida para ello, de modo que si en los Estatutos condominales no viene contemplada a priori y autorizada la creación de subcondominios⁶, le corresponde, ante ese vacío, a la asamblea general autorizar la conversión de una finca filial en filial/matriz. El artículo 27 de la LRPC que estipula el régimen de votaciones del consorcio de condóminos, nada dice al respecto, quedando por ende a la interpretación, si

5 Es la llamada teoría individualista en oposición a la comunitaria. La tendencia a ubicar a la propiedad en condominio en alguno de los dos tipos tradicionales de propiedad, ha sido superada en la doctrina moderna. En ese sentido LACRUZ BERDEJO, J.L. Derechos Reales, 2da. ed. Bosch, 1991, Barcelona, p. 536. y a PUIG BRUTAU, J. Fundamentos de Der. Civil, 2da. Ed. Bosch, Barcelona 1979, p. 68. Nuestra Sala Constitucional también ha abordado tímidamente esta temática (voto 2002-02336), estimando que en esta institución ambos derechos, aunque con distinto alcance y características, están unidos inseparablemente.

6 Previsión que está permitida conforme lo dispone el artículo 33.f) de la LRPC.

puede o no aprobarse la conversión de una filial simple, en filial/matriz y bajo qué condiciones, v.g. si con la presentación del ante-proyecto de subdivisión, de un proyecto de estatutos, o con autorización previa del Comité de Construcción o bien, autorizando la conversión en forma genérica, sujeta a una revisión y ulterior aprobación, etc. Igualmente quedó sin atender si tal creación requiere mayoría simple, calificada o unanimidad de todos los condóminos. La creación de un subcondominio no representa necesariamente una reforma estatutaria, toda vez que gracias a la dualidad finca filial/ matriz que la ley estableció para esos casos, la creación de filiales y subdivisión de una filial en subcondominio, no afecta ante el Condominio Maestro la pervivencia del carácter unitario de esa filial, a pesar de mutarse en un subcondominio. No vemos impedimento para que mediante una asamblea de condóminos convocada al efecto, se autorice la conversión de una filial en filial/matriz, pero para ello debería la asamblea conocer al menos y aprobar los estatutos subcondominales para así ejercer un control básico de que no se están desconociendo aspectos y regulaciones esenciales del Condominio Maestro, en materia v.g. de objeto, destino, áreas mínimas, usos, restricciones, prohibiciones, etc. Ciertamente el artículo 33.f de la LRPC señala que las reglas para coordinar esos aspectos deben figurar en el estatuto o Reglamento condominal, pero en la hipótesis de comentario, no existirían o no existirían aún por ser un proyecto de subcondominio, de modo que el control lo debe ejercer a priori, preferiblemente, la asamblea del condominio primario. Cuando la autorización venga ab initio desde el propio Reglamento condominal, no se garantiza bien una supervisión o control de

esas reglas de tránsito o la correspondencia entre condominios, porque el condómino dueño de una filial que tenga condiciones para convertirse en subcondominio, podría aplicar directamente esa autorización y proceder a constituir el subcondominio, a menos que los estatutos contengan una previsión que lo obligue a pasar primero por la Asamblea General del condominio primario, medida sin duda sana y preventiva de conflictos. En cuanto al quórum para crear un subcondominio mediante acuerdo de asamblea de condóminos, es razonable una interpretación por analogía, requiriendo del voto unánime de la totalidad de los condóminos, atendiendo a que en la otra opción, sea cuando la autorización venga directamente de los estatutos condominales, la inclusión o creación de una disposición estatutaria que permita expresamente esa facultad de conversión, requiere del voto total de esos condóminos (art. 27.5 LRPC), de modo que no se debe pedir menos si la autorización es de la asamblea y sin realizar una modificación estatutaria.

2.) *El Reglamento a la Ley Reguladora.*

El Reglamento a la Ley Reguladora, Decreto ejecutivo #32303 MIVAN-MEIC-TUR de 2 de marzo del 2005, incorporó varias disposiciones reglamentarias acerca del subcondominio, a saber:

En su artículo primero, inciso 5to., se indica que: ".inca filial matriz: es toda finca filial que por sus características propias en cuanto a tamaño, disponibilidad de accesos y servicios, permite construir un nuevo condominio dentro del condominio inicial".

El inciso décimo-sexto del mismo artículo contiene una definición y lineamientos para su constitución, así: "6. Condominio de Condominios: proyecto donde las fincas filiales se conforman a partir de la subdivisión de una finca filial matriz. Lo anterior debe permitirse en los Reglamentos de Condominio y Administración, tanto de la finca matriz inicial como de la finca filial matriz; debiendo contener ambos reglamentos las normas que regulen la relación entre los condominios y de cómo se ejercerán los derechos y obligaciones de los propietarios y/o condóminos".

Como se puede interpretar de la primera disposición transcrita, no toda filial es susceptible de transformarse en subcondominio, toda vez que requiere de contar con facilidades para servicios generales y de accesos y contar con una área suficiente para que al subdividirse en nuevas filiales (o subfiliales), las áreas de los lotes resultantes no contravengan las áreas y espacios previstos en el Reglamento condominal primario, la ley Reguladora y su Reglamento ejecutivo. Por su parte, el indicado artículo 16 infine, no describe ni señala en detalle los aspectos básicos que deben de coordinarse entre ambos condominios y la referencia genérica a los derechos y obligaciones de los condóminos y a cómo se deberán ejercer, no da ninguna pauta, trasladando en consecuencia a los interesados la carga de interpretar cuáles son esos aspectos a coordinar y con qué alcances, dando como resultado un campo fértil para la creatividad, sino peor aún, para los vacíos reglamentarios y para eventuales conflictos entre condominios. Más adelante se propone una lista de aspectos relevantes a coordinar.

3.) Los bienes comunes dentro y fuera del subcondominio. El problema de la titularidad.

La existencia de un subcondominio plantea una dualidad en tema a la titularidad de los bienes comunes: El subcondominio tiene sus propios bienes comunes y que serán, normalmente, del uso exclusivo de la subcomunidad; empero, además existen los bienes comunes del condominio madre o condominio superior, en los que el subcondominio tiene parte como finca filial que es del condominio primario. En el caso de subcondominios de segunda generación, el fenómeno se ampliaría y habrían tres grupos distinguibles de bienes comunes: los propios del sub-subcondominio, los del subcondominio y los del condominio primario.

No se podría descartar la posibilidad que dentro del perímetro del subcondominio, subsistan bienes, servicios o elementos comunes del Condominio primario o superior, como por ejemplo una calle de uso general, uso al que subcondominio tendría que avenirse por ser parte del condominio superior y del conjunto global del complejo de condominios.

Ante esta confluencia de intereses y bienes comunes, conviene hacer algunas precisiones en torno a la titularidad de todas esas áreas comunes así diferenciadas. En primer término, se plantea la cuestión respecto de los bienes comunes no exclusivos del subcondominio y que son aquellos bienes comunes del condominio primario o superior, cuya titularidad se distribuye entre todas sus filiales. Así, la

filial/matriz que origina el subcondominio, conservará la proporción respectiva original a título de copropiedad. El artículo 56 del Reglamento a la ley Reguladora permite reconocer esa doble titularidad al estipular lo siguiente:

"En el condominio de condominios, el porcentaje para áreas verdes, parques, zonas recreativas y juegos infantiles, se calculará de manera global, considerando tanto el área del condominio matriz inicial como el área de los condominios filiales matrices. De tal forma que la suma de los porcentajes de los condominios filiales matrices aunada a la del condominio matriz inicial, cumplan con el 10% a los veinte metros cuadrados por finca filial del área total urbanizable, cualquiera que sea mayor".⁷

De la anterior norma se desprende una distinción entre bienes comunes propiedad del condominio madre y bienes comunes propiedad del subcondominio. Corolario de lo anterior, se puede observar que el condominio primario va a carecer de titularidad real en los bienes comunes que sean propiedad exclusiva del subcondominio, gozando la comunidad subcondominal de potestad para excluir al condominio primario o a uno superior, tanto en su titularidad como en su uso, sin perjuicio de posibles acuerdos internos entre los condominios para el uso de esas áreas.

Surge así una dualidad en la titularidad de esas áreas comunes, mediante la que subsisten áreas comunes propias del

subcondominio junto con áreas comunes no exclusivas del subcondominio por estar compartidas con las fincas filiales primarias. Producto de esta compleja estructura condominal, se genera la cuestión acerca de quién o quiénes son los titulares de esas áreas comunes no exclusivas del subcondominio y nos referimos en particular a aquellas que son parte del condominio primario. Una vez constituido el subcondominio, la filial original del condominio primario se transforma en un conjunto de fincas subfiliales, cada una con su propio dueño y originando un nuevo consorcio de subcondóminos. Desaparece en la práctica la singularidad y unidad propietaria precedente (con desaparición de la figura del propietario original de esa filial); ya no es el caso de una única finca (filial/matriz) y de un solo dueño, sino son varias fincas (subfiliales) y varios nuevos dueños (subcondóminos). A quién o a quiénes, en esas circunstancias, se debe reconocer la titularidad de la parte proporcional de copropiedad en los bienes comunes que le correspondía a esa filial en el condominio madre, convertida ya oficialmente en un subcondominio con múltiples subfiliales, y sin la presencia (eventualmente), del dueño original de la filial subcondominada? Esa titularidad real no se extingue, pero a favor de quién queda o se traslada? Las alternativas son:

- a) Acrece a favor del resto de los condóminos del condominio madre.
- b) A favor del Subcondominio como tal, es decir como asociación condominal.

⁷ Esta norma podría estar dando pie a la eventualidad de que los subcondóminos asuman un doble pago por las áreas verdes, al menos en lo que atañe al porcentaje del condominio primario, el que se adiciona para los efectos mencionados en el Reglamento transcrito, a las áreas verdes, parques, etc. propias del subcondominio, lo que habría lugar en el evento de que se pague costos de mantenimiento por esos mismos bienes como subcondominio y además como finca filial del condominio primario o superior.

- c.) Se mantiene adscrita a la misma filial/matriz, a pesar de la creación del Subcondominio.
- d) A favor de los subcondóminos consorciados pero considerados individualmente.

La idea de una accesión o incremento a favor del resto de los condóminos primarios, requiere como regla de principio, de una renuncia o repudio de esos bienes, lo que no ocurre en la hipótesis. A la segunda opción se opone la tesis predominante, que le niega personalidad jurídica y autonomía al condominio y lo considera como un mero consorcio o asociación de propietarios en la que los condóminos actúan colectivamente para ciertos fines comunes, pero sin perder su individualidad y conservando derechos y obligaciones como propietarios; no hay subrogación formal de su posición a favor de la asociación, ni aún para la administración de las cosas comunes. Justamente la asamblea consorcial es el órgano supremo del condominio, en el que actúan esas individualidades para resolver cuestiones administrativas y de interés común, conservando la potestad para tomar la decisión final. La tercera opción (c), se podría estimar, tendría fundamento en la propia ley Reguladora cuando autoriza la subsistencia de la filial en el condominio madre, a pesar de estar convertida en matriz y haber sido subcondominada. En esa línea estaría el RLRPC en su artículo 16, al permitir la suma de las áreas verdes del condominio primario y del subcondominio a favor de éste último. No obstante, siendo que la dualidad filial/matriz constituye una mera ficción legal, no procede sustentar en ella una titularidad real, que exige precisión, certeza y una definición registral clara, individualizando e identificando

al propietario, lo que no observamos en este caso. En este contexto, no es posible determinar al propietario de esa sedicente filial/matriz del condominio primario cuando hace aparición o entra en funcionamiento como tal, si ya ha sido subdividida en (sub) filiales con (posibles) distintos propietarios y considerando además que en nuestro sistema legal, se le niega al (sub)condominio la condición de persona jurídica. Tampoco es el caso de asumir que cada subcondómino es ahora copropietario proporcional en la finca filial/matriz, puesto que cada uno de ellos es dueño exclusivo de su propia finca (sub)filial, sin llegar a generarse derechos proindiviso sobre la filial/matriz original, la que en el fondo ha desaparecido material y registralmente y por ende no cabe titular alguno posible. Se podría afirmar en ese contexto, que esa filial matriz ya subcondominada, es una res nullius... La inusitada pervivencia ficticia de la filial/matriz surge por imposición legal, cual fantasma sin cuerpo, pero además acéfalo, con la finalidad de simplificar el funcionamiento del condominio primario o superior y de hacer quorum en las asambleas del condominio primario con una apariencia de unidad dominical no fragmentada, extraña creación legislativa, que sería innecesaria de haberse reconocido personalidad jurídica a los condominios: Con ella el Subcondominio podría hacerse representar en las asambleas del condominio primario, con esa deseada unidad jurídico-condominal.

La última opción (d) se muestra más acorde con el sistema imperante y su aplicación lleva, en el caso subexámine, a la subdivisión de la titularidad proporcional en las cosas comunes del condominio primario o maestro: Cabe entender que cada subcondómino sería así condueño proporcional y directo en las áreas comunes del condominio primario

o superior, titularidad que anteriormente le pertenecía unificadamente, en la proporción correspondiente y proindiviso, al precedente propietario de la finca filial/matriz. No vemos inconveniente en no aplicar al caso el principio legal de la proindivisión de las cosas comunes, pues dicha restricción aplica en otro sentido y no en el que proponemos.

En la práctica, todo parece indicar que esta cuestión no ha generado conflicto, pues se trata como una cuestión económica y no jurídica. Es decir, mientras haya quien asuma los gastos de la (ex) filial/matriz dentro del condominio madre, poco parece importar en la práctica la cuestión de quién sea el propietario, bien de dicha filial/matriz, bien del derecho proporcional asignado a esa filial sobre los bienes comunes. La ley Reguladora ha querido darle continuidad a la subsistencia de la finca filial subcondominada, preservándola, mediante una ficción jurídico-legal, como una filial más del condominio madre. Esto, pese a que en la realidad material ha dejado de existir como una unidad fundiaria y bajo el poder de un propietario individual e individualizada, al quedar dividida en (sub) filiales, creadas e inscritas como fincas registradas y transferidas a terceros propietarios. Esta aguda ficción creada por la ley Reguladora, se puede en consecuencia conservar y operar desde una óptica meramente económica, y va a ser relevante jurídicamente para el funcionamiento del condominio primario y para mantener y no alterar la proporcionalidad y la unidad de valor y representación de la (ex) filial dentro de la globalidad del condominio madre. El fin es plausible, pero los medios empleados por el legislador muestran serias debilidades e inconsistencias jurídicas.

En conclusión: La titularidad proporcional sobre los bienes comunes del condominio primario, va a corresponder en lo sucesivo

a la comunidad subcondominal, lo que equivale a subdividir esa titularidad en tantos subcondóminos existan y en proporción al derecho de cada cual. La solución no es evidente, pero se debe apuntar a favor de la comunidad de personas que conforman el subcondominio. Por lo anterior, la copropiedad en los bienes comunes no exclusivos del subcondominio, debe asignarse a cada subcondómino, solución práctica y en correspondencia con los intereses reales del subcondominio, al privar la tesis de la ausencia de una personalidad jurídica y por ende la imposibilidad de reconocimiento directo de una titularidad real formal en cabeza del subcondominio entendido como entidad jurídica autónoma.

4.) La relación entre condominios.

El Reglamento a la LRPC, no desarrolla de modo particular, como indicamos, los aspectos y elementos sobre cuales deban dictarse las normas que regulen la relación entre el subcondominio y el condominio primario. En forma general dispone en su artículo 12, que se deberán coordinar los derechos y obligaciones de los condóminos y las reglas para la relación entre los condominios. Esta vaga referencia deja al arbitrio del Desarrollador o de los condóminos interesados, la interpretación y determinación de cuáles son los elementos a conciliar entre ambos estatutos condominales, es decir, los aspectos básicos para una relación mínima razonable entre los distintos condominios, sean considerados, eventualidad que no siempre será lo idóneo. Por su parte, los registradores del Registro Público de la Propiedad no realizan en la práctica, quizá por la misma vaguedad de las regulaciones,

una labor de revisión y análisis de los estatutos subcondominales para garantizar una adecuada relación con el condominio primario. Es evidente que el notario cartulante tiene los conocimientos y la oportunidad para verificar el cumplimiento de ese nexo con el condominio primario al confeccionar la escritura de constitución de subcondominio, y tiene la obligación, junto con los propios interesados, de velar porque dicho nexo se respete, dado que está ordenado en la LRPC y en su Reglamento Ejecutivo. Este último en su artículo 12, dispone que: ".n los condominios horizontales las fincas filiales podrán convertirse en matrices de un nuevo condominio, sin perder por esta razón su condición de filiales del condominio original. Lo anterior siempre y cuando el Reglamento de Condominio y Administración, no prohíba expresamente dicha situación y contenga normas que regulen la relación entre ambos condominios y de cómo se ejercerán los derechos y obligaciones de los propietarios o condóminos del caso". (El destacado no es del original)

La referencia en esta última disposición reglamentaria únicamente a los condominios ". horizontal". y no a los verticales ni a los denominados como ".ixto".o".ombinado". no debe entenderse como excluyente de esos dos últimos supuestos, puesto que la ley no contiene esa limitación. En esa misma disposición reglamentaria se menciona la posibilidad de prohibir expresamente la creación de subcondominios, de modo que a falta de prohibición expresa se debe entender que su creación es posible, siempre y cuando se cumplan con los presupuestos para su aprobación y creación (art. 33.f) de la Ley Reguladora), que si bien no han sido expresamente desglosados por la ley Reguladora, ni por su Reglamento, conviene tener presente lo siguiente:

El Subcondominio es una organización condominal subordinada y relacionada al Condominio superior y primario, por lo que debe contener regulaciones equivalentes y vinculadas. Los presupuestos para la conversión de una filial a Subcondominio, deben estar estipulados en los estatutos del condominio primario o superior, incluyendo una referencia a la votación necesaria para crear subcondominios, considerando que -pese a su importancia-, no está contemplada en la ley Reguladora. Es además plausible, la indicación de los elementos esenciales que sustenten el necesario vínculo de afinidad y coordinación entre ambos condominios y que estarán referidos al menos a los siguientes aspectos

Una adecuada coordinación se espera al menos en los siguientes aspectos y niveles:

- a) En asambleas de condóminos: En las fechas para la convocatoria y celebración de las asambleas subcondominales, cuando son preparatorias de asambleas generales del condominio madre, de modo que exista un margen de tiempo suficiente entre ambas asambleas. Esto implica que el condominio madre debe convocar con suficiente antelación a su asamblea, para que el subcondominio pueda en el intertanto, hacer su propia convocatoria y celebrar con tiempo su asamblea, en la que además se debe designar al representante ante la asamblea general primaria.
- b) En el cobro y pago de gastos periódicos de mantenimiento: El Subcondominio debe tomar las previsiones para que el cobro de los gastos, y en particular el cobro de la cuota de mantenimiento y otros gastos, que se deben asumir y

pagar en el Condominio madre, se haga a tiempo;

- c) En el uso de bienes comunes: Es conveniente definir el uso general de los bienes comunes en el condominio madre por parte de los subcondóminos y si los condóminos, que no sean parte del subcondominio, pueden o no hacer uso de algunos bienes comunes en este último.
 - d.) Destino de bienes privativos. La coordinación en este aspecto es fundamental, debiendo el subcondominio respetar y mantener la destinación establecida en el condominio primario, salvo que exista especial autorización para variarla.
 - e.) Areas mínimas, altura de obras y densidades. Es también esencial la preservación de las áreas mínimas previstas en el condominio madre y las densidades de ocupación y construcción y sus alturas, que hayan sido establecidas originalmente.
 - f.) Limitaciones y restricciones, usos permitidos y prohibidos. Igualmente deben de coordinarse y equipararse las limitaciones y restricciones en el ejercicio de los derechos y obligaciones subcondominales y usos permitidos y no permitidos, respecto de las previsiones del condominio madre, igualdad que es más que prudencial, es elemental.
 - g.) Régimen de sanciones. Asimismo califica como elemental, la equiparación en el régimen sancionatorio de los subcondóminos infractores de las restricciones reglamentarias. Un régimen alterno, v.g, más débil o mas severo al del condominio primario, no solo no es saludable sino que sería discriminatorio.
 - h.) Decisiones administrativas: Debería considerarse una fórmula de solución inmediata si surgen contradicciones entre el administrador general y el administrador de un subcondominio, como por ejemplo, la prevalencia inmediata de la decisión del administrador general, mientras se conoce y resuelve la discrepancia.
 - i.) Reclamos de subcondóminos: Es razonable concebir un mecanismo para conocer y resolver previamente, a lo interno de la asamblea subcondominal, el reclamo de un subcondómino contra el Condominio madre, sin que ello impida su derecho a un reclamo directo.
 - j.) Simetría para la creación de subcondominios. Si el estatuto del condominio primario contiene las reglas de creación, el subcondominio no debe separarse de ellas si permite su creación en su propio estatuto subcondominal.
 - k.) Reglas sobre la extinción del subcondominio. Lo anterior de forma que no se genere contradicción en las causas de extinción y según se analiza más adelante.
- La descoordinación en aquellos aspectos susceptibles de calificarse como esenciales, debe ser motivo de nulidad del acto de creación del subcondominio.

Tema aparte es la eventualidad de que las filiales del condominio primario o superior se conviertan todas en subcondominios. Tal posibilidad no se encuentra vedada por la ley, de modo que es factible que tenga lugar. En ese evento surgen otras interrogantes, v.g., sobre la vigencia o subsistencia del Condominio primario o superior, sobre su funcionamiento, asambleas, sobre su patrimonio, etc. De presentarse este curioso fenómeno dominical, todas las unidades filiales primarias serían una ficción legal conforme a lo que se expone en este estudio acerca de la dualidad finca Filial/matriz. Tendrían existencia únicamente jurídica y no material ni registral, al estar cada una convertida en condominio (subcondominios). Es cuestión a considerar si en esta hipótesis, las asambleas de los *pseudo-condóminos* primarios, deben o no estar facultadas para decidir sobre cuestiones del giro o interés de las unidades filiales o de alguna en particular, siendo que ya cuentan con su propio gobierno y asamblea como subcondominio que son. La cuestión no presenta una respuesta categórica: El condominio primario no parece, en este supuesto, ejercer una administración real respecto de las unidades filiales que ya se autogobiernan, incluyendo sus propios bienes comunes y podría incluso considerarse una extinción del condominio primario. La asamblea de ese tal condominio primario sui generis, tendría la potestad de resolver cuestiones atinentes a la administración y gastos de mantenimiento de los bienes comunes del Condominio primario que aún permanecieran como parte integrante de dicho condominio, v.g. la entrada general al conjunto de subcondominios, las obras o instalaciones generales, los muros periféricos o las áreas verdes o comunales que no pertenecieran en particular a alguna unidad subcondominada.

5.) Alcances de la dualidad finca filial / finca matriz.

La doble naturaleza coetánea de una misma finca, como finca filial y a la vez finca matriz, representa, como señalamos, una ficción legal y que según ya se ha observado, plantea diversas interrogantes, como lo referente a cuándo y cómo se actúa, sea como subcondominio y cuando éste asume la condición de filial, v.g., en una asamblea del Condominio primario. Una vez que el desarrollador o dueño original de una finca filial/matriz, transfiera a terceros las subfiliales agrupadas en un subcondominio, pierde la legitimación para actuar como condómino en las asambleas de condueños del Condominio primario y dicha asamblea debe exigir una representación del subcondominio, aunque ante el condominio madre se trate como si fuera una filial indivisa. Aquí se observa la dualidad en su máxima expresión y ficción, porque en el condominio madre esa finca se considera legalmente, para facilidad en las votaciones, como si la filial original existiera, manteniendo el mismo valor o porcentaje del voto de la filial original y no la suma de valores de las subfiliales. Empero, a la vez no puede actuar ante el Condominio primario sin una representación otorgada en asamblea de condóminos del subcondominio. Esta ambigüedad equivale a mantener ficticiamente subsistente la filial original, pero solo para ciertos efectos, como sería justamente el poder preservar inalterado el porcentaje del valor representativo de esa filial en el valor total del condominio, el valor del voto y también la cuota de gastos. No obstante, la realidad material es que dicha filial/matriz dejó de existir como una unidad física y registral y quedó dividida en múltiples subunidades filiales, a las que se les ha de atribuir vida jurídica propia dentro de la

dinámica del tráfico de bienes, así como a nivel registral. La filial/matriz dió a luz al subcondominio y quedó vacía de contenido real, quedando tan solo un mero receptáculo jurídico, que continuará como un bien abstracto y fantasmal ante el Condominio primario o superior. Se trataría de una nueva categoría de bien cuya clasificación habrá que hacer y al que podríamos caracterizar como inmaterial, o desmaterializado por la creación del subcondominio; acéfalo, en consideración a que su titular original creó un subcondominio cuyas unidades filiales fueron distribuidas a terceros, para luego desaparecer como titular, no siendo el caso de posicionar al subcondominio –ente sin personalidad jurídica- en esa función de titular; es además indisponible por doble partida, toda vez que no hay un interés real o patrimonial que justifique su comerciabilidad y, además, no sería posible separarlo del subcondominio, por ser esa filial el vínculo entre los condominios. En fin, la LGPC ha creado un sistema operativo complejo, con numerosas lagunas e inconsistencias jurídicas, que requerirán de interpretaciones y valoraciones cuidadosas del juzgador cuando se presente un conflicto, que de otra forma podría traer inseguridad jurídica en el funcionamiento de los condominios.

6.) La representación del Subcondominio.

En torno al tema de la representación de una finca filial que ha sido convertida en matriz y desarrollada en subcondominio, se generan varias interrogantes: En particular sobre la representación de ese cuerpo colectivo subcondominal dentro de la asamblea de condóminos del Condominio primario, frente al cual se trata de una simple filial más, coyuntura en la cual no nos encontramos,

según se indicó, ante el propietario individual de una finca filial, sino con una organización compleja de subcondueños que han constituido un condominio (subcondominio), el que de otra parte, como es sabido, no ostenta legalmente una personalidad jurídica. Estos y otros temas surgen de la organización que la ley ha querido brindar al Condominio en general y al subcondominio en particular.

La comparecencia a la asamblea primaria, no parece ser una función ex-officio del Administrador designado por el Subcondominio, cuyas facultades son normalmente de mera administración y de representación legal limitada a ciertos fines, dentro de los que la LRPC no contempló la asistencia a las asambleas del condominio primario o superior en representación de un subcondominio. La solución nuevamente apunta a la designación de un representante ad hoc nombrado en la asamblea de condueños del subcondominio. No obstante, puede ocurrir que haya disidencia en el nombramiento de dicho representante, pero lo decidido por una mayoría en la asamblea de condóminos o subcondóminos, obliga –por principio legal- a los disidentes, quienes deberán así aceptar la representación por medio del representante ad hoc. Puede recargarse esa función en forma permanente en el Administrador, facultándolo en el reglamento de condominio.

Al comparecer y votar en las asambleas del Condominio en representación de un subcondominio, el representante debe ajustarse a los acuerdos de asamblea de este último, condición que conviene dejar constando formalmente, bien sea en los estatutos condominales o en el acuerdo de nombramiento. No se ha previsto en la

legislación una sanción expresa para el caso de un representante que vota diferente al mandato de la asamblea subcondominal: Estimamos, no obstante, que un acuerdo tomado en esas condiciones por la asamblea del condominio primario, tendría un vicio que podría acarrear una nulidad eventual.

Cabe también considerar la asistencia de los subcondóminos a las asambleas del condominio superior. No existe prohibición expresa al respecto, rigiendo el principio de participación democrática en este tipo de organizaciones comunitarias. Ahora bien, la participación de los subcondóminos en esas asambleas, *prima facie*, pareciera que se debe limitar a la asistencia, toda vez que cuentan con un representante oficial que lleva la posición del Subcondominio y es quien tiene voz y voto. Sin embargo, al no ser los condominios personas jurídicas sino asociaciones de personas, tales limitaciones podrían ser repensadas, al menos en lo que concierne a poder expresarse en esas asambleas, aunque siempre dentro del mandato de la asamblea subcondominal, para evitar contradicciones, abusos y confusión. Ciertamente los subcondóminos ostentan un interés propio, no solo respecto de su unidad filial y sus bienes comunes, sino también en cuanto a los bienes comunes proporcionales asignados originalmente a la filial/matriz y respecto de los cuales son cotitulares, conforme se expuso supra. Tales condiciones los legitiman para asistir con voz a las asambleas del condominio primario.

7.) La práctica registral.

Se pueden constatar algunas prácticas que involucran al Registro Público de la Propiedad y que estarían contribuyendo

a inconsistencias o contradicciones en la creación y funcionamiento de los condominios:

- a.) No se hace una verificación en la relación de subordinación que han de tener las organizaciones complejas de condominios. De modo que actualmente, no existe impedimento para la inscripción de subcondominios que resulten contrarios a los fines del condominio madre o con fines distintos, o por ejemplo con fincas filiales con cabidas inferiores a las mínimas permitidas en el Condominio madre, variaciones y diferencias en cuanto al destino del condominio, v.g. si el Condominio Maestro es para fines eco residenciales y en el subcondominio se autorizan actividades comerciales, etc., labor de control que desborda la función tradicional y usual de los registradores de propiedad en condominio. El Registro Público de la Propiedad se ampara en la fé pública del notario sobre el cumplimiento de los requisitos de ley y los entes administrativos a cargo de las autorizaciones para la creación de un condominio, v.g. INVU, Setena, Municipalidad, etc., han aprobado previamente el proyecto, de modo que actualmente nadie se hace responsable de verificar la relación y coordinación entre el Condominio Maestro y un subcondominio, incluyendo la poca experiencia y desinformación en los Condominios primarios. Ni siquiera, como se señaló, existen criterios preestablecidos en la LRPC en cuanto a las condiciones y la votación necesarias para que se autorice la creación de un subcondominio.

Tampoco se observa una obligación legal clara del notario otorgante de la escritura de constitución del subcondominio, de ejercer este control y su fe pública en el cumplimiento de requisitos, parece referirse más bien a los requisitos tradicionales de la LRPC. La falta de verificación del adecuado nexo entre condominios, tiene relación directa con problemas que están surgiendo en la práctica entre estos complejos condominales y que se traducen en litigios judiciales, fruto de contradicciones estatutarias, producto de la falta de subordinación y relación que ha de aplicarse en las organizaciones condominales complejas⁸

- b.) El Registro Público inscribe poderes generalísimos otorgados a favor de administradores de condominios, pero sin incluir limitaciones en sus alcances, lo que eventualmente podría dar pie a actos de disposición de bienes en perjuicio del condominio o de un condómino. Debe interpretarse que esos poderes, aún sean generalísimos, están restringidos para actuaciones relacionadas al funcionamiento del condominio o problemas y litigios que involucren elementos o partes del condominio y acuerdos del consorcio de propietarios.
- c.) De otra parte, el Registro Público de la Propiedad no autoriza la registración de

bienes muebles o inmuebles a favor de un condominio, en consideración a que no es una persona jurídica, pese a que, contradictoriamente, emite a su favor la llamada cédula de "persona jurídica".

- d.) Con base en la reforma que introdujo el artículo 32 Bis en la LRPC, el Registro Público inscribe las Juntas Directivas de condominios, pero se les resta actualmente la posibilidad de actuar en representación del condominio, aduciéndose que solo le corresponde al Administrador. Su función no es clara y genera controversia a lo interno de los condominios y es proclive a generar dualidades con respecto al administrador y a entrar en choque con éste. Es plausible preveer y evitar esas eventualidades desde los mismos estatutos.
- e.) Una situación que se analiza en detalle más adelante, que revela varias dudas de fondo sobre el sistema legal y registral, es la posibilidad de crear y darle vigencia a un condominio "a cabeza propia". Es decir, es factible en nuestro sistema legal, inscribir y conservar una "propiedad condominal colectiva o comunitaria". aunque el condominio tenga un solo titular y por ende no exista una comunidad de propietarios. Esta situación jurídicamente anómala, se arrastra de la propia ley, que así lo ha permitido.

⁸ Esta problemática se discutió en el Proceso Abreviado #04-100015-425-4 del Juzgado Civil de Mayor Cuantía de Aguirre y Parrita, en un caso de creación asamblearia por mayoría de varios subdominios, sin conocerse los estatutos, los que luego incorporaron cambios de usos prohibidos y una reducción en las áreas mínimas de las filiales, facilitando así el aumento de densidades de construcción y de personas.

8.) Extinción del Subcondominio.

La LRPC y su reglamento ejecutivo contemplan una extensa normativa sobre la extinción del condominio, incluyendo numerosos detalles de cómo proceder para la desafectación o reversión al régimen de propiedad privada común.

Ni la LRPC ni su reglamento ejecutivo, contemplan alguna disposición acerca de la extinción del subcondominio en particular. Como regla de principio se podría estimar, que las regulaciones previstas para la extinción del condominio, resultan igualmente aplicables al subcondominio. Sin embargo, es posible detectar varias situaciones de interés, que pasamos a considerar:

1.) La primera de ellas refiere al evento en el que el condominio primario o superior decida extinguirse. El acuerdo de extinción del condominio superior arrastraría invariablemente a la extinción del subcondominio, dado su vínculo causal con el condominio madre. En tal evento es evidente que se requeriría de una previa asamblea del consorcio de subcondóminos aprobando su propia extinción, así como la del condominio primario del que son parte como filial. La LRPC requiere para estos casos el voto afirmativo de la totalidad de los condóminos (arts. 27.3 y 36), de manera que la asamblea subcondominal debe igualmente aprobar la extinción, con la venia de todos los subcondóminos. Si se da una disidencia al respecto, no cabría, evidentemente, imponer el voto de mayoría en este supuesto. Si hubiese subcondominios de segundo grado, se

requeriría de igual manera la aprobación previa de su asamblea consorcial, para que la extinción en el subcondominio original pueda a su vez ser aprobada.

- 2.) Si la extinción es promovida no por el Condominio primario, sino por los subcondóminos y exclusivamente para su subcondominio, bastará con la aprobación de su asamblea consorcial, evento en el que el subcondominio revierte, no a propiedad común privada, sino a simple filial del Condominio primario, condición de filial que jurídicamente no había perdido y conservaba y sigue conservando por imperativo legal, a la que no se podría renunciar por acuerdo subcondominal, y sino solo por acuerdo consorcial del condominio primario. Si existe un sub-subcondominio, no podrá el subcondominio extinguirse sin que de previo se extinga el primero.

De darse un acuerdo de reversión y salvo otro acuerdo de los subcondóminos, como regla de principio pasarían a ser copropietarios de la filial original en proporción al valor o al coeficiente de propiedad subcondominal que cada uno tenía.

- 3.) Cuestión adicional plantea el destino de los contratos en curso y obligaciones contraídas con terceros por medio del Administrador del subcondominio, ante el evento de su extinción. Conviene advertir la imposibilidad jurídico legal para que el Condominio primario pueda impedir la extinción del subcondominio: Es la asamblea reunida del subcondominio la que tiene el poder para una tal decisión. La cuestión medular es si con la disolución del subcondominio y la reversión a filial simple del Condominio

primario, se trasladan o no a este último las cargas y obligaciones que ha generado aquel. La respuesta negativa debe imperar, en consideración a que las obligaciones y contratos existentes al momento de la reversión deben entenderse como personales y propios del conjunto de individuos que conformaban el subcondominio y a ellos continúan vinculados, si bien como copropietarios de la filial original y ésta será garantía general de sus acreedores. Al efecto es casi innecesario señalar el rechazo del Ordenamiento Jurídico a las renunciaciones patrimoniales que haga el deudor en daño de un acreedor, renuncia que en esas circunstancias calificaría como abusiva y contraria a la buena fe. Bajo esta óptica y en ese contexto, la reversión presentaría patologías graves y vicios de nulidad (arts. 20, 21 y 22 C.c.). En la hipótesis planteada, más que una renuncia patrimonial, es una renuncia al subcondominio, quedando subsistente la primitiva unidad filial. Finalmente, no vemos impedimento para que luego de producida una reversión de subcondominio a filial original, esta vuelva eventualmente a convertirse en subcondominio.

II.) Otras modalidades complejas.

1.) El Condominio en ZMT.

La LRPC contiene algunas breves disposiciones sobre esta novedosa

modalidad condominal. Se trata de la posibilidad de constituir un condominio utilizando una concesión en la Zona Marítimo Terrestre, zona de propiedad estatal, regulada por la ley #6043 del año 1977 y catalogada como un bien de dominio público, como lo reconoce la legislación patria desde el siglo XIX y es reafirmado por nuestras más altas autoridades judiciales y administrativas.

La condición privilegiada de nuestras costas, con extensos litorales, abundantes playas y paisajes marítimos, generan un intenso interés y atracción constante para el desarrollo de actividades turísticas, hoteleras y comerciales privadas. De aquí ha surgido y se explica este híbrido o mezcla sui generis de propiedad pública y propiedad privada, que rebasa en mucho los esquemas y regulaciones de la tradicional concesión de playa para una construcción privada residencial o vacacional⁹.

Esta modalidad condominal es sin duda una figura legal compleja y sui generis, misma que en su oportunidad fue conocida por la Sala Cuarta Constitucional, que confirmó su constitucionalidad, no obstante su pobre desarrollo a nivel legal. Su regulación en la LRPC es escasa e insuficiente, no permitiendo desde ella concebir adecuadamente sus alcances y el marco básico para su implementación en la práctica. Por su parte, esta figura resulta totalmente extraña para la ley #6043. No es sino varios años después de promulgada la LRPC y mediante su Reglamento Ejecutivo del año 2005, que esta modalidad condominal es

⁹ No se debe confundir el condominio usando una concesión en ZMT con un derecho real de superficie, por cuanto el origen en el primer supuesto, es la existencia de un derecho real administrativo, cuya naturaleza es más compleja que el de superficie.

finalmente expuesta, con las bases y los alcances necesarios para su funcionamiento.

La escueta relación en la LRPC, se encuentra su artículo 1, inciso e) que autoriza dicha modalidad, exigiendo una autorización expresa y previa de las autoridades que hayan otorgado la concesión en la ZMT. El Reglamento Ejecutivo le dedica su Capítulo IV, a partir del artículo 19 y hasta el 29 inclusive, exponiendo con detalle los presupuestos y lineamientos esenciales de esta organización condominal. No obstante, su análisis desborda los alcances de este ensayo. Únicamente llamamos la atención en torno a la posibilidad o no de constituir subcondominios: De acuerdo con el artículo 24 del RLRPC, al constituirse un condominio en una concesión de ZMT, deberá otorgarse una concesión nueva a cada unidad filial, "xtinguiéndose en tal caso el contrato de concesión anterior". En el supuesto de un subcondominio, la finca filial matriz tendría que conservar la concesión original y no debería cancelarse si esa unidad se subdivide en unidades subcondominales producto de la creación de un subcondominio. Solo así se podrá mantener la dualidad legal de finca filial/matriz y con ella la integridad de todo el condominio madre. Es decir, que a pesar de que cada unidad filial subcondominal deba tener una concesión propia derivada de la concesión original de la finca filial/matriz del condominio madre, tal eventualidad no debería ir en detrimento de la sobrevivencia de la concesión original. Considérese además la eventualidad de que el subcondominio se extinga ulteriormente y terminen las subconcesiones, evento en el que la unidad filial/matriz original debe poder subsistir con su propia concesión administrativa. Una solución podría estribar

en pasar la titularidad de la concesión original a cotitularidad de los subcondóminos, lo que podría mantener esa dualidad legal.

2.) *El Condohotel*

Es una valiosa alternativa que combina una actividad hotelera con un condominio, facilitándole a los condóminos la obtención de utilidades de sus unidades filiales como parte de una operación hotelera organizada. No cuenta con una regulación ni referencia legal expresa, pero puede estimarse comprendida en el contenido y alcances del artículo 1 de la LRPC. Esta figura fue luego contemplada y desarrollada por el RLRPC. En su artículo 1.19 se define al Condohotel como una modalidad de hospedaje en que la propiedad del inmueble está acogida a la LRPC o aplica principios en ella contenida y en el que la actividad hotelera está garantizada mediante un contrato de administración con una empresa operadora de hoteles, dedicándose al menos el 70% del tiempo al año al hospedaje y el restante 30% al uso de los condóminos.

La organización y creación de ese sistema se origina en una práctica anterior a la actual LRPC, por la que los socios propietarios de un hotel se asignaban habitaciones bajo el régimen de la antigua ley de Propiedad Horizontal, distribuyéndose la propiedad de las unidades habitacionales atendiendo al porcentaje de titularidad accionaria de cada cual, pero preservando la actividad hotelera original. Con este antecedente se introduce la modalidad de condohotel, regulada en detalle en el Capítulo V del RLRPC y aplicable a hoteles, albergues y moteles, siempre y cuando las habitaciones estén acondicionadas en

forma independiente (art. 30 RLRPC). En la actualidad se puede señalar otra razón para el condohotel, asociada a la demanda de condominios por parte de inversionistas que no van a residir en el condominio, sino que buscan obtener una utilidad con el alquiler de unidades condominales. Dada la seguridad, las facilidades de mantenimiento y administración propias que ofrecen los condominios, constituyen un fuerte atractivo para ese tipo de compradores inversionistas, quienes pueden en esta modalidad aprovechar las ventajas de este sistema y de un administrador especializado en el campo hotelero. De especial interés se muestran con ese fin los condominios en las áreas costeras, permitiendo la LRPC y su reglamento, constituir condohoteles en Zona Marítimo Terrestre sobre la base de una concesión concedida por la respectiva Municipalidad (Art. 31 RLRPC).

Para la constitución de esta modalidad condominal, es requerido cumplir con un requisito fundamental: Se exige como indicamos, que el setenta por ciento del tiempo como mínimo al año de la actividad, sea de hospedaje y el 30% sea utilizada por los condóminos (art. 1.19 RLRPC). De lo anterior podría confundirse esta modalidad con la llamada propiedad cuádr dimensional o de tiempo compartido. No obstante, en el condohotel todas las unidades filiales se asocian a un dueño exclusivo, mismo que debe ceder el uso de su unidad en el tiempo indicado, a la actividad hotelera, de modo que se mantiene siempre la condición de condominio.

En cuanto a la posibilidad de constituir subcondominios bajo este régimen especial, no encontramos prohibición legal o impedimento para ello en tesis de

principio. Una posible reserva es en cuanto al destino del subcondominio, pues podría formularse un destino diferente al hotelero, v.g. comercial, evento en el que habría que considerar la figura del condominio "ombinad". que permite mezclar distintos fines o actividades siempre bajo la figura del condominio (art. 1 del RLRPC).

3.) *Asociaciones de condominios.*

Bajo esta denominación aludimos a posibles vínculos entre condominios autónomos existentes y que por diversas razones prácticas o de conveniencia suscriban un contrato privado de asociación, pero en un régimen de igualdad jurídica y no ya de subordinación. Tal posibilidad no se encuentra expresamente contemplada en nuestra LRPC ni en su Reglamento ejecutivo, pero no encontramos prohibición legal a tal propósito. Esta relación jurídica entre condominios, puede tener la finalidad v.g. de aprovechar y darle mantenimiento y vigilancia conjunta a determinadas áreas destinadas al uso común de los condominios o a cualquier otro fin lícito de interés común, lo que debe tener sustento en acuerdos de las respectivas asambleas consorciales y en un convenio inter-condominios.

Existe alguna experiencia local en este campo, pero no se ha llegado a una práctica definida para organizar una modalidad de integración formal o asociación parcial o general de distintos condominios autónomos. Tampoco se conoce a nivel registral, al ser contratos no registrables. La práctica actual se está orientando más hacia la creación de un condominio primario o maestro, a partir del que se generan grupos de subcondominios,

por tener el respaldo de la LRPC y estar dando frutos positivos, sin embargo por medio de convenios asociativos de condominios sería factible crear un sistema de condominio de condominios quizá menos alambicado jurídicamente que el de los subcondominios.

4.) *Derecho comparado.*

Otros ordenamientos jurídicos regulan formas complejas de condominios. Así, en el sistema español, la vigente Ley de Propiedad Horizontal de 1960, mediante reforma del año 1999, reconoce y regula con algún grado de detalle, la figura de los complejos inmobiliarios privados, mediante la cual varias comunidades condominales pueden asociarse y regularse de manera común, compartiendo gastos y bienes comunes. Por esta vía se hace innecesario acudir a una compleja modalidad como es la del subcondominio prevista en la LRPC.

Por su parte, en el Derecho italiano se reconoce en la práctica la figura del Supercondominio. Con esa denominación se alude también a asociaciones de condominios para conformar una organización superior, aunque no cuenta con respaldo en la legislación ordinaria.

III.) **Otras limitaciones de la Ley Reguladora.**

- 1.) La compraventa de la unidad filial; un contrato de adhesión?
- i) Naturaleza jurídica. Autonomía de la voluntad y límites.

Interesa analizar la naturaleza jurídica del contrato de compraventa de una finca en condominio regida por un reglamento

condominal creado y predispuesto por el propietario único y original.

Cuando se verifica un negocio jurídico de adquisición de una unidad filial, el marco normativo aplicable está constituido no solo por la LRPC, sino además por el respectivo Reglamento condominal preexistente e inscrito en el Registro Público de la Propiedad. Dicho Reglamento representa el marco normativo estatutario al que debe someterse todo adquirente, evento en el que usualmente la posibilidad de discutir, o renegociar sus disposiciones se encuentra muy disminuido, imponiéndose su contenido al adquirente en numerosos aspectos vitales, como deberes, prohibiciones, limitaciones, restricciones, etc., para el ejercicio y disfrute del derecho adquirido. Entre ellas se destacan las que se conocen genéricamente como obligaciones propter rem, como el pago de cuotas de mantenimiento, limitaciones para el uso de las cosas comunes y régimen de sanciones, todo ello propio de la vida en una comunidad de condóminos. Ciertamente, al momento de la adquisición no se transcribe en el contrato el contenido del reglamento, pero tanto la ley aplicable (art. 34 LRPC), como usualmente el mismo texto del contrato, imponen ipso iure al comprador la aceptación incondicional del reglamento condominal como un todo. Es principio aceptado que la determinación de la naturaleza de un contrato se efectúa sobre la base de las definiciones y configuraciones legales, por lo que el total del contenido contractual lo forma, no solo el concretamente pactado, sino además de lo que resulte de la regulación legal del contrato de que se trate, de modo que el régimen jurídico contractual resulta de la integración de lo voluntariamente declarado con lo legalmente previsto, siempre que no haya sido excluido (Cfr. HERNANDEZ GIL, A., Derecho de Obligaciones, Madrid, Edit. Suc. De Rivadeneyra, 1976, p. 243).

En ese contexto, la autonomía de la voluntad del accipiens, aunque no se pueda considerar viciada, sí se ve disminuida y asociada prácticamente a ciertos aspectos muy básicos como por ejemplo y en grado de posibilidad, el precio y su forma de pago, lo que lleva a la conclusión de que estamos en presencia, en lo esencial, del llamado contrato de adhesión, redactado anticipadamente por el Desarrollador y con los términos y condiciones generales que dispuso a su voluntad establecer, para los adquirentes de unidades condominales. Dichos adquirentes deben, por consiguiente, aceptar el clausulado general del reglamento de condominio predispuesto por el Desarrollador, sin posibilidad real de influir en su contenido, lo que constituye el marco fáctico y jurídico propio de los contratos de adhesión. Así es percibido en el derecho moderno por la doctrina jurídica especializada (Cfr. SERRA RODRÍGUEZ, A., Cláusulas Abusivas en la Contratación, Aranzadi, Navarra, 2002, p. 22) y ha sido aceptado por nuestro derecho positivo en la normativa que se examinará adelante. Al decir del civilista español Antonio Hernández Gil, la primera manifestación del llamado contrato impuesto, la brinda el contrato de adhesión: "El régimen de monopolio legal o de hecho, bajo el que actúan ciertos grupos organizados en empresas que dominan importantes sectores de la economía, da lugar a una posición de predominio que les permite fijar por sí, con la exclusiva consideración de los intereses propios, los términos en que se hayan dispuestos a contratar. Es una parte la que propone y dicta el contrato y la otra la que lo acepta o rechaza en bloque. La aceptación, más que un querer efectivo, es una renuncia virtual. El contrato de adhesión, no es en verdad, exponente o consecuencia del proceso de socialización. Prueba más bien que la igualdad y la libertad, atribuidos

formalmente, esto es, abstracción hecha de la concreta situación real, provocan la hegemonía..."de una de las partes. (ob.cit. pág. 237).

En esa modalidad contractual, el principio de la autonomía de la voluntad sufre un desplazamiento y se ve sustituido por la autorregulación del contenido del contrato, fenómeno que a su vez moviliza la obligatoriedad del contrato como efecto de la voluntad, al poder heterónomo del ordenamiento jurídico en su propósito de alcanzar la seguridad, el orden y la justicia y que espera una conducta consecuente con la norma al amparo de la cual se contrata (Cfr. Hernández Gil, A. ob. cit., págs. 238 y 239).

Sobre las llamadas condiciones generales de la contratación que se insertan en los contratos de adhesión, tercia la opinión de Garrigúez al decir que: "...Lo cierto es que si se respetan los límites de la buena fe contractual, estas normas unilateralmente impuestas por las empresas a sus clientes y a las que estos quedan sometidos aun cuando no las conozcan, merecen la calificación de verdadera fuente del derecho mercantil, por cuanto se aplican sin consideración a la voluntad, ni declarada ni tácita, de los contratantes. Por ello cabe pensar que estas condiciones generales de la contratación se asemejan a la costumbre mercantil normativa..." (Garrigúez, J., Curso de Derecho Mercantil, Tomo I, Madrid, Imprenta Aguirre, 1976, p. 131).

El acto jurídico de constitución del régimen condominal, al decir del jurista argentino Manuel Adrogué, constituye un negocio jurídico de afectación, voluntario y lícito, emanado del titular del dominio, por el que consiente la extinción de su derecho con el fin inmediato

de adquirir una pluralidad de derechos reales de propiedad horizontal y que se exterioriza con la suscripción del reglamento. No se trata de un contrato, aunque lo suscriba más de un sujeto. Además, señala este autor, dicho acto jurídico está sometido a las reglas ordinarias de la legislación civil común en lo que respecta a capacidad, objeto y forma, a los vicios de la voluntad y al régimen de nulidades de los actos jurídicos en general, nulidades que no obstante, afirma, se detienen frente a los terceros adquirentes de buena fe (ADROGUE, M., Reflexiones en torno de la Ley de propiedad Horizontal, Temas de Derechos Reales, Buenos Aires, edit. Plus Ultra, 1979, p.152). Esto último resulta congruente con las disposiciones contenidas en el artículo 456 de nuestro Código civil, puesto que esa nulidad no afectará a terceros, a menos que la nulidad conste en el Registro o haya sido conocida de antemano por el tercero. Las normas reglamentarias impuestas por el constructor o propietario original del inmueble sometido al régimen de propiedad en condominio, forman por consiguiente parte del contenido regulador de ese negocio jurídico normativo que constituye y se resume en la compraventa de una finca filial. Los contratos de contenido normativo son aquellos que tienen como función no el disciplinar directamente relaciones concretas entre los contratantes, sino fijar una reglamentación uniforme general y abstracta, para que se acomoden a ella quienes en lo futuro contraten (Cfr. así ZANON MASDEU, L., La propiedad de casas por pisos, Barcelona, Edit. Ariel, 1964, p. 417). Los comportamientos de las partes son preestablecidos en el estatuto condominal, lo que imprime a la compraventa de una filial, la naturaleza de contrato de adhesión. Para Monet, citado por Barrenechea Maravet, J.J. (en Estatutos y Ordenanzas de la propiedad horizontal, Edit. Revista de Derecho Privado,

Madrid 1962, págs 378 y 379), el vínculo creado en el condominio de edificios, se caracteriza además como un contrato asociativo, que constituye un negocio jurídico normativo, con normas que "stán impuestos, no pactadas por el dueño o dueño".

El reglamento condominal forma así parte de la contratación y se incorpora por ley (art. 34 LRPC) al contrato de compraventa, operando lo que en doctrina se conoce como contrato de adhesión por reenvío, sea a otro contrato, manual, acuerdo o reglamento (Cfr. MEDINA VERGARA, L., Derecho Mercantil, Parte General, Edit. Ibáñez, Bogotá, 2006, págs. 144 y 145).

Así percibido, el contrato de compraventa de una filial, no solo es un contrato normativo y traslativo de dominio, sino además vincula al adquirente a una comunidad de condóminos bajo un sistema detalladamente regulado mediante el reglamento condominal, lo que lleva a estimar, que el contrato de compraventa de la filial genera un efecto adicional y asociativo del adquirente a la comunidad, quien queda desde entonces incorporado a un complejo sistema multiparte o pluripersonal con numerosos derechos y obligaciones y cuyo aceptación la ley simplifica sustancialmente al darlo por aceptado, aún sin tener que indicarlo así en el título de adquisición de la filial (art. 40 infine RLRPC).

ii.) Protección a los adquirentes.

Nuestro Ordenamiento Jurídico otorga protección especial a los adquirentes de bienes y servicios, quienes constituyen la parte más expuesta en los contratos

de adhesión, viniendo en su auxilio al momento de suscribir el negocio jurídico de adquisición, e incluso con posterioridad, cuando el convenio está en ejecución y se hacen valer cláusulas contractuales abusivas en perjuicio del adquirente de un bien, que puede ser un inmueble. Ya nuestro propio Código civil en la reforma realizada al artículo 1023 del año 1976, había advertido los efectos potencialmente abusivos de los contratos tipo o para uso masivo y también de los propiamente denominados como de adhesión, por lo que dispuso un elenco muy amplio de posibles cláusulas abusivas o lista negra, que quedaron sancionadas con nulidad absoluta. Dicha normativa, sumamente amplia, contempla diversas situaciones en las cuales una parte adherente se somete a la regulación predispuesta por la parte oferente, y que de darse alguna de las situaciones allí tipificadas, dan derecho al adquirente de bienes y servicios, a demandar por la nulidad allí prescrita. Conforme a esas reglas, se tiene legitimación activa para demandar la nulidad de cláusulas abusivas en contratos de adhesión, pues en su acápite". se señala que:"oda persona interesada.... podrá demandar la nulidad de las cláusulas abusivas de los contratos tipo o de adhesión enumerados en este artículo. Desde un punto de vista ya no de cláusulas abusivas, sino del ejercicio abusivo de derechos contractuales, lo que no es lo mismo (aunque ambas figuras pueden entrar en contacto), el Título Preliminar del Código civil, reconoce la figura del abuso de derechos y desarrolla con detalle los efectos posibles, de modo que dista de ser una simple declaración de principios, y se muestra como un".erecho vivient".al decir del jurista CORNU, G., en El Nuevo Título Preliminar del Código civil de Costa Rica, Edit. Juricentro, San José, 1987, 1ra. Ed., págs. 15 y 16, y quien advierte

que:"l artículo 22 no se contenta con exigir el principio que el ejercicio de un derecho puede llegar a generar responsabilidad, si causa daño a otro. Desarrolla de una manera sustancial los criterios, las sanciones y el dominio del abuso, dando a la teoría su más amplio alcance. La ley diversifica los criterios del abuso, rechazando su protección no sólo al ejercicio abusivo, sino también al ejercicio antisocial del derecho. El abuso puede resultar entonces de una intención maliciosa, y también, aparte de toda culpa, puede relacionarse con el objeto de un comportamiento o con las circunstancias de su realización. Es necesario en todo caso, que para calificarlo de abuso, el comportamiento traspase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho que sea dañoso".

Finalmente encontramos la legislación especial protectora de los consumidores, desarrollada en la Ley #7472 o Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor de 1995, la que definió al contrato de adhesión como el".onvenio cuyas condiciones generales han sido predispuestas, unilateralmente, por una de las partes y deber ser adheridas en su totalidad por la otra parte contratant".(art. 2do.). A su vez el".redisponent".es el sujeto del contrato de adhesión que dispone por anticipado y unilateralmente, las condiciones generales a las que la otra parte deberá prestar su adhesión total, si desea contratar y el".dherent".es el sujeto del contrato de adhesión que según esa legislación, debe adherirse, en su totalidad, a las condiciones generales dispuestas unilateralmente por el predisponente (art. 2do.). Esta ley, declarada de orden público (art. 69), contempla diversas garantías y disposiciones sobre cláusulas abusivas en los contratos de

adhesión y en particular la normativa prevista específicamente al efecto en el artículo 39, dando legitimación al consumidor afectado para solicitar la declaratoria de nulidad de cláusulas abusivas en contratos de adhesión, sean civiles y mercantiles, en los casos allí estipulados, así como en su artículo 40.

Lo anterior constituye, en lo fundamental, el marco jurídico-legal que regula los llamados contratos de adhesión.

iii.) Las cláusulas abusivas.

El problema fundamental que plantean los contratos de adhesión, es el de la interpretación de sus cláusulas, que al surgir de una voluntad unilateral es como estar interpretando la ley, a diferencia de los contratos bilaterales consensuales en que ha de estarse a la voluntad de los contratantes. La inclusión ab initio de cláusulas abusivas en el caso del reglamento constitutivo de un condominio y que como se expuso supra, se incorporan al contrato de adquisición de una unidad condominal, es un fenómeno poco estudiado y poco profundizado por la doctrina jurídica contemporánea, no solo respecto de la civilística nacional, sino en general en el ámbito de la doctrina comparada. Al respecto doctrina jurídica autorizada ha sostenido que "el desequilibrio contractual que provoca que una cláusula sea calificada de abusiva se mide respecto de la regulación legal del contrato, comúnmente de carácter dispositivo, que, por ello, puede ser desplazada por las partes. Ahora bien, en el ámbito de los contratos de adhesión o de las condiciones generales el desplazamiento de las normas dispositivas viene impuesto, normalmente, de manera unilateral por el predisponente, produciéndose el debilitamiento de la voluntad del adherente.

Ante esta situación, deben jugar los límites de la autonomía privada con los que se encuentra el predisponente al configurar su propia regulación contractual, de manera que se puedan evitar los abusos que se cometen bajo una pretendida libertad contractual o autonomía privada, todo lo cual lleva a enfrentarnos al dogma de la autonomía de la voluntad". (Cfr. Serra Rodríguez, A. ob. cit. p. 77).

El principio de la libertad contractual y de la autonomía de la voluntad privada, se ha dicho, están en la base de las cláusulas de un contrato que establece exoneraciones y fórmulas a favor de una parte de liberación de responsabilidades determinadas por ley (Cfr. GARCIA AMIGO, M., Cláusulas Limitativas de la Responsabilidad contractual, Edit. Tecnos, Madrid, 1965, págs. 133 y 134). Sin embargo, tal principio, enseguida encuentra limitaciones de orden general, y que normalmente serán las normas imperativas y prohibitivas (arts. 3 y 19 C.c.), las reglas de moral de la sociedad (arts. 3 y 631, inciso 2do. C.c.) y el orden público (art. 18 C.c.).

Al decir normas imperativas, se están excluyendo evidentemente a las dispositivas, y que son aquellas que podrían ser sustituidas por la voluntad concorde de las partes de un contrato. En este contexto, se plantea el problema esencial de determinar cuándo se está en presencia de una norma imperativa, la que representará un límite a la validez de las cláusulas excluyentes de responsabilidad de una de las partes. Sobre las cláusulas abusivas, la jurisprudencia patria ya se ha pronunciado, según se transcribe a continuación:

"El contrato de seguros, antes de la reforma sustantiva realizada por la Ley Reguladora

del mercado de Seguros, N°. 8653, del veintidós de julio del dos mil ocho, publicada en La Gaceta N°. 152 del siete de agosto del dos mil ocho, se encontraba en un ámbito de monopolio legal que ejercía el INS, según ley 11 del 2 de octubre de 1922 y la no. 12 de 30 de octubre de 1924. En este tipo de contratos, por la dinámica misma del mercado de aseguramiento de bienes, personas o eventos, se constituye en un convenio típico de adhesión, en el cual, el asegurado no puede discutir las condiciones del contenido, sino someterse a los términos que ofrece el asegurador. Lo anterior debido a que por esta particularidad, están dispuestas de antemano en el documento formal que se rubrica, cláusulas que con la signatura del acuerdo, vienen a ser, en tesis de principio, obligatorias para las partes. Cabe señalar que en estas relaciones, impera un principio de buena fe, dado que se sustenta sobre una base de confianza que en el contexto del acuerdo provoca que el asegurado espera y confía en la cobertura del asegurador en el evento de que ocurra el hecho condicionante (imprevisto) pactado, mientras que éste último tiene la expectativa de que el asegurado no incurrirá en conductas que lesionen el interés del negocio ni la verdad de lo acontecido. Ahora bien, conforme lo preceptuado por el artículo 1022 del Código Civil, ese acuerdo tiene fuerza de ley entre las partes, y a él resulta aplicable en forma supletoria, la citada Ley Reguladora del Mercado de Seguros, N° 8653, así como la Ley de Seguros, N°. 11 del dos de octubre de mil novecientos veintidós, según lo expresa, en la póliza de seguro de vehículos, el numeral 41 de dicho contrato. Como derivación de esta máxima (res inter alios acta), en su clausulado, se fijan las estipulaciones que precisan y regulan la relación jurídica de las partes, deberes y derechos, ámbito de cobertura, riesgos excluidos, mecanismo

indemnizatorio, entre otros. Cabe señalar que conforme al ordinal 1023 del Código Civil, los órganos jurisdiccionales pueden ejercer un control que les permite anular las cláusulas abusivas o leoninas que eventualmente puedan introducirse. Además, en virtud de lo estatuido por el párrafo primero de ese mandato, pueden analizar los aspectos de equidad de esos "cuerdos" a fin de buscar un justo equilibrio en el marco de las contraprestaciones, de manera que no exista un beneficio excesivo o injustificado a favor de uno o de otro".

(Sentencia #3774-2010, en proceso de puro derecho del Tribunal Contencioso Administrativo Sección Sexta, expediente #09-002890-1027-CA)

Si bien se trató en la especie de un supuesto especial de contrato de adhesión con una entidad pública, se hace aplicación del artículo 1023 del Código Civil y referencia a la facultad del juzgador de identificar y sancionar cláusulas abusivas y regular la equidad del contrato para mantener el equilibrio entre las contraprestaciones de las partes. Se advierte asimismo, la importancia de valorar la relación entre las prestaciones, o costos y servicios y si guardan un equilibrio o no y así se desprende del anterior fallo. Jurídicamente, la abusividad de una cláusula contractual, ha de filtrarse por los principios de la buena fe objetiva o grupo de principios éticos y normas que rigen las conductas de las partes de un contrato desde la perspectiva de la lealtad, la razonabilidad, la proporcionalidad, la equidad, con el fin de lograr equilibrio en los derechos y obligaciones y el no abuso de derechos, entre otros aspectos aplicables. Estos principios fueron incorporados en nuestro Código civil con la regulación de los contratos de

adhesión, la buena fe contractual, el no abuso de derechos y las cláusulas abusivas, en las reformas realizadas al Título Preliminar y al referido artículo 1023.

2.) La inconclusa cuestión sobre la representación y la personalidad del Condominio.

Son temas álgidos y ligados entre sí, que generan constantes cuestionamientos y que afectan por igual a cualquier condominio.

i.) Sobre la representación.

Es una constante la cuestión de si un condominio puede ser representado por un apoderado generalísimo, con poderes dados en una asamblea, o si la asamblea de condueños está facultada para otorgar poderes generales judiciales o especiales para representar activa o pasivamente al condominio en procesos judiciales, o si por faltar la personalidad jurídica debe otorgarse un poder por cada condómino, y un largo etc., etc. Parte del problema es que el Administrador carece ex lege, de poderes suficientes para representar al condominio en aquellos procesos judiciales que no estén dentro del ámbito de sus potestades legales, como por ejemplo para demandar, contestar demandas o contrademandar en juicios ordinarios. La ley Reguladora contempló solo un poder general de administración para el Administrador, lo que conlleva a la aplicación del artículo 1255 del Código civil, conforme al que dicho funcionario puede, a nivel judicial, incoar únicamente acciones posesorias, acciones interruptoras de la prescripción y cobrar judicialmente los créditos debidos al condominio, es decir cobrar las mismas cuotas, multas y gastos condominales que se adeuden. Existe una polémica aún sin concluir y un vacío legal, en

torno la legitimación procesal activa y pasiva del administrador, cuando interviene un condominio en un litigio sobre temas ajenos a los del giro normal de la administración del condominio. Estas y otras situaciones relacionadas surgen cotidianamente, con perjuicio del funcionamiento normal de los condominios y de la seguridad jurídica de terceros que les presten sus servicios, frente al difuso y lacónico panorama que ofrece la legislación vigente y el Reglamento a la Ley Reguladora, así como frente a las ambiguas tesis e inciertas prácticas del Registro Público de la Propiedad en esta materia.

De las facultades limitadas de representación que la LRPC le asigna al Administrador, derivan varias eventuales situaciones que inciden en la correcta representación en litigios del condominio, tanto para demandar como para ser demandado. Entre las cuestiones más relevantes a considerar, señalamos las siguientes:

- a.) El Administrador no puede *per se*, comparecer en los procesos abreviados en que se impugnen acuerdos de asamblea representando al condominio. Tampoco en otro tipo de procesos como en el ordinario en que se debatan cuestiones por ejemplo de responsabilidad del condominio, ni en acciones de naturaleza real, salvo en las posesorias.
- b.) No puede comparecer *per se* tampoco a procesos conciliatorios, transacciones, ni arbitrales estatutarios, es decir previstos en el mismo reglamento interior del Condominio como medios de solución alterna de conflictos, a no ser que haya sido facultado al efecto;
- c.) El Administrador no puede ser investido por la asamblea de condóminos, ni como apoderado general judicial, ni como

apoderado especial judicial o arbitral, salvo que sea una persona física y a la vez sea abogado, dado que esa clase de poderes solo se pueden conferir a profesionales en Derecho.

- d.) Cuando un juez detecta dentro de un juicio una limitación en la representación del Administrador, le debe conferir un plazo de subsanación de 15 días, al tenor del artículo 299 del Código Procesal Civil, bajo pena de declarar inadmisibles la demanda o su contestación. Sin embargo, es poco probable que un condominio pueda realizar una asamblea dentro de ese breve plazo para resolver la situación planteada, en especial cuando se trata de condóminos que residan en el extranjero, en cuyo caso se debe verificar un trámite de autorizaciones que por lo general, toma mayor tiempo que ese. Esta eventualidad puede, evidentemente, traer graves implicaciones para el condominio, de modo que resulta recomendable que desde los estatutos se tomen las previsiones necesarias para una correcta representación en eventuales procesos judiciales, y así evitar pasar por las dificultades que entraña una designación urgente ad hoc.

Ante las limitaciones legales en la representación del Administrador frente a eventuales conflictos judiciales, la alternativa natural es incorporar a los condóminos al litigio a título personal, opción que a su vez puede representar un grave obstáculo para el desarrollo normal o razonable de un proceso judicial, ya sea visto del lado activo o pasivo de un litigio, especialmente si es una colectividad numerosa y varios o muchos de sus miembros residen fuera del país. Esta eventualidad es casi una garantía segura de

entramamiento procesal, que puede hacer venir a menos cualquier proceso judicial. Sobre esta cuestión nuestros tribunales comunes han evidenciado diversos criterios, a veces contradictorios, que más bien contribuyen a la incertidumbre procesal existente en este campo.

Se hace por ello indispensable, una precisión en la LRPC, a fin de que el Administrador pueda representar al condominio genéricamente y como un todo, ".n cualesquiera litigio judicial o acción extrajudicial". que tenga relación o afecte al condominio, sin las limitaciones actuales; el legislador patrio incurrió en un error al señalar con simpleza que el Administrador ostenta la condición de Apoderado General del condominio, sin previsión alguna ni consideración de las limitaciones legales de tal poder.

ii.) La cuestión de la personalidad jurídica.

Siendo una propiedad colectiva, el condominio opera como una comunidad organizada de propietarios. Es comprensible y natural que realicen un accionar colectivo en muchos campos, especialmente a partir de las decisiones colectivas que se toman en las asambleas generales de propietarios, para cuya ejecución se cuenta con el apoyo del Administrador. Es normal en este accionar, que el condominio opere y se comporte como una unidad, es decir como si fuera una entidad tomando decisiones y autorizando o realizando actos jurídicos, tal cual si fuera una persona jurídica, accionar que la misma ley facilita al permitir al Administrador gozar de un poder general de administración, mismo que es inscribible por ley. Por su medio, el

condominio puede actuar (limitadamente) frente a terceros como una entidad o asociación, como si fuera persona jurídica para ciertos efectos, como por ejemplo para determinadas contrataciones de servicios y personal requeridos por el condominio y otras acciones definidas por la ley y el estatuto del condominio. Asimismo, al ostentar un poder general, el administrador está en posición de ejecutar todas las funciones que autoriza el citado artículo 1255 del Código civil para esos cargos. Más aún, el Registro Público otorga cédula de persona jurídica a los condominios, lo que refuerza, no sin razón, la idea al público de que se trata de una persona jurídica. A su vez, una reforma hecha a la Ley General de Propiedad en Condominio del año 2002 (art. 32 bis), permitió la creación de una Junta de Administración o Junta Directiva dentro del condominio que puede operar como ente administrador o como coadyuvante del Administrador oficial, pero sin llegar a sustituirlo en el caso de que dicho Administrador sea un cargo autónomo.¹⁰

Como se indicó supra, la ley no prohíbe, sino que brinda la posibilidad de asignarle sin más al Administrador, un poder generalísimo, representación que debe ser además objeto de registro¹¹. Esto plantea algunas cuestiones medulares: No advertimos en la ley ninguna limitación, ni marco de referencia para las actuaciones de tal representante con poderes plenos, lo que sugiere dudas sobre los alcances reales de una tal representación. Lo anterior es factible, pese a la tesis restrictiva predominante, que le niega al condominio

la condición de persona jurídica. Surge así una inconsistencia notable producto de dos posiciones contrarias practicadas por nuestras autoridades registrales y derivadas de la misma Ley Reguladora: De una parte priva en nuestro sistema la tesis que niega personalidad jurídica al condominio, pero a la vez y por permitirlo la ley, se permite la designación de un Administrador con facultades de apoderado generalísimo sin limitación de suma y que en la práctica se está dando.

El origen de esta ambivalencia se encuentra en la propia legislación vigente y en la ambigüedad ab initio e histórica que conserva la figura del condominio como una "sociación o comunidad de individuo". en la que para ciertos fines, el sistema legal le reconoce eficacia jurídico-legal como conjunto o colectividad y en otras no. He ahí la causa de diversos problemas y por los que se han generado agudas contradicciones: De una parte una concepción legal de propiedad colectiva o comunitaria, que refiere al sistema histórico de copropiedad germánica, en donde no se reconoce una personalidad jurídica al conjunto de propietarios, manteniendo cada dueño su propia personalidad jurídica, aunque para ciertos efectos actúe como parte de un cuerpo organizado en el que es posible imponer una voluntad de mayoría a la minoría en la toma de decisiones. Pero de otra parte, se observa un complejo funcionamiento y desarrollo condominal, con nuevas formas

¹⁰ La reforma fue inadecuada al aludir de modo marginal a una Junta Directiva y dar énfasis al tema de los libros del condominio, quedando sin indicar y sujetas a interpretación las funciones de dicha Junta, y que puedan entrar en contradicción con las del Administrador.

¹¹ El texto del artículo 29 de la LRPC da margen para otorgar al administrador un poder generalísimo, al disponer que: "alvo que este Reglamento disponga otra medida, el administrador tendrá las facultades de apoderado general...".

de organización en las cuales el individuo o propietario ha visto reducirse su campo de acción individual, encontrándose inmerso en complejas asociaciones de condominios y subcondominios interdependientes y subordinados. La asignación de cédula jurídica a los condominios, la posibilidad de que en algunas situaciones puedan llegar a ostentar un apoderado generalísimo sin límite de suma, el reconocimiento por ley de la figura de una Junta Directiva, el que puedan tener libros legalizados para operar (art. 32 Bis LGPC) y otras situaciones que se han descrito supra en particular acerca de la titularidad de los bienes comunes en las asociaciones de condominios o condominio de condominios, han desbordado las concepciones tradicionales, generándose un estado de incertidumbre y de ambigüedad en torno a su verdadera naturaleza jurídica.

Considerando la posibilidad de contar con un Administrador con poderes generalísimos, la cuestión parece no terminar allí, toda vez que y en ausencia de una normativa adecuada, podemos cuestionarnos los alcances de ese poder generalísimo, es decir el contenido de atribuciones que puede ostentar en esos casos el Administrador, así como la determinación del o los representados, es decir si representa al conjunto asociado o consorciado de condóminos o a cada uno en forma individual. Si se asume la tesis prevalente, que excluye la personalidad jurídica en el condominio, encontramos las siguientes opciones:

1.) El Administrador representa a cada condómino en forma individual, y cada uno de ellos acepta ex lege

esa representación al afiliarse al condominio y aceptar ipso iure sus estatutos.

Esta opción no se muestra acorde con la naturaleza colectiva o comunitaria del condominio, conforme a la que la visión de grupo y los intereses comunales tienden a prevalecer frente a las individualidades, aunque sin desconocer el valor y la importancia de los intereses de los propietarios o condóminos singulares.

2.) El Administrador representa globalmente al conjunto de propietarios asociados al condominio y a la asamblea general de condóminos, quienes, pese a no perder su individualidad, son legalmente subrogados por la asamblea general y el consorcio de condueños, cuando actúan o deben actuar como colectivo frente a determinadas situaciones o eventos que así lo requieran. Esta asociación -que no se puede estimar como de hecho-, tiene representación legal, pero carece no obstante, de personalidad jurídica, característica que permiten reafirmar la idea y las condiciones sui generis de la propiedad colectiva condominal, que pese a asemejarse a una persona jurídica, no llega a serlo. Se queda en un estadio anterior a ella, un grado sobre el individualismo, pero uno debajo de la entidad jurídica, en el que la suma de individualidades para un mismo fin, no tiene la capacidad de generar esa entidad jurídica separada o superior, sino solo una agrupación de personas reconocida por la ley y con intereses comunes y que conservan en el grupo un espacio para su participación como

individuos autónomos, pero que al final de cuentas deben ceder su interés individual de colisionar con el interés general mayoritario del colectivo.

Tal es la naturaleza sui generis y sin duda, una cualidad a destacar, de la propiedad en condominio¹². Una última cuestión al respecto, es que en este caso, la inscripción del Poder Generalísimo en el Registro Público de la propiedad, al igual que un Poder General, judicial o meramente administrativo para un condominio, debe ser en el Registro de Personas y no en el Registro Mercantil, bajo una categoría especial de asociaciones individuales legales, diversas a una persona jurídica.

Ahora bien, cuando el Administrador que representa a esa asociación de individuos, ostenta la condición de apoderado generalísimo sin límite de suma y estar por ende facultado para disponer de bienes, puede suscitarse una justificada preocupación sobre los alcances que pueda tener esa representación y por eventuales abusos en perjuicio del patrimonio condominal. Es decir, un Administrador que ostente ese poder, podría eventualmente disponer de bienes condominales o individuales, en perjuicio del condominio o de algún condómino. Esta última posibilidad debe entenderse vedada, toda vez que las actuaciones del administrador con potestad para enajenar bienes, debe entenderse como limitada a los bienes de la

asociación condominal, sin relación alguna a los bienes de propiedad individual de los consorciados, incluyendo desde luego aquí, a la unidad filial de cada cual.

En todo caso y a modo de protección, el sistema vigente de inscripción de esos poderes, no relaciona a los condóminos como mandantes.

En síntesis, se requiere de una reforma legal que le confiera al Administrador las potestades necesarias y expresas para actuar por el Condominio y los condóminos, en todos aquellos ámbitos y circunstancias, tanto negociales como jurisdiccionales que sean parte de la actividad normal y esperada de una tal activa comunidad que se proyecta no solo en lo contractual, sino en lo laboral, en variados servicios, respecto de proveedores, en cuestiones de colindancias, servidumbres, reivindicaciones, denuncias criminales, construcciones, actividad en locales comerciales, gestiones judiciales, administrativas y extrajudiciales de muy variada índole y alcances, ámbitos en muchos de los que el Administrador va a encontrar impedimento legal o estatutario para actuar como se requiere y particularmente de modo oportuno. La alternativa actualmente, sería tomar las previsiones para incluir en los estatutos condominales poderes expresos y amplios para el Administrador para actuar en esas circunstancias y eventualidades.

¹² Propiedad a no dudar de naturaleza colectiva, pese a la opinión del profesor Manuel Adrogué, quien con una visión distante del fenómeno condominal moderno y su práctica, sigue anclado en la antigua tesis de influencia germánica, que condiciona la propiedad colectiva a la existencia de un solo bien propiedad de todos los titulares. Tal limitado enfoque no coincide con una visión moderna del condominio, su normativa y su realidad operacional, en la que el condómino individual, si bien ostenta una propiedad exclusiva de su unidad, se encuentra indisolublemente ligado, propter rem, a múltiples deberes y regulaciones respecto de la comunidad condominal, que condiciona, determina y limita, por decir lo menos, el ejercicio de esa propiedad.

3) *El Desarrollador de Condominios y su rol.*

Es conveniente analizar el rol o posición que tiene el Desarrollador y promotor de condominios una vez constituido el condominio, dado los alcances que esta cuestión está mostrando en la realidad. Su papel ha pasado en general desapercibido para el legislador y para la justicia ordinaria, salvo cuando se suscitan conflictos por incumplimientos contractuales o por abuso de derechos en perjuicio de un comprador consumidor.

El tema central en ese contexto, refiere a la posición de poder que ostenta el Desarrollador al momento de creación del Condominio y el uso que se le pueda y deba dar. La legislación vigente es vaga sobre este particular. De aquí destaca la interrogante de si existe o debe existir una prerrogativa a favor del promotor o Desarrollador del condominio, para incorporar un régimen especial en los mismos estatutos condominales que ha creado, que le permita obtener y conservar determinadas ventajas y derechos, v.g., en relación con el pago de los gastos comunes y el uso de los bienes comunes, ventajas de las que van a carecer los restantes condóminos. Desde luego que se dará un impacto y consecuencias de un tal régimen, hacia el resto de los condóminos, dado que deberán asumir los gastos generales del condominio, incluyendo los relativos a las áreas que permanezcan en propiedad del Desarrollador y de la parte proporcional en las cosas comunes aneja a la titularidad de dicho Desarrollador, en tanto mantenga su condición de propietario de fincas filiales. Es precisamente la distribución en la asunción de gastos comunes de los

condominios, traducido en el pago de cuotas de mantenimiento y gastos comunes, lo que puede llegar a generar en la práctica, la molestia y reclamos de los demás condóminos y su protesta por estar pagando una cuota condominal que no estaría respondiendo a una distribución equitativa y justa de esos gastos, atendiendo a que el Desarrollador no está contribuyendo a ellos, a pesar de ser condómino. Este fenómeno particular, se puede asociar con el notable incremento en los últimos años de construcciones realizadas bajo el régimen de propiedad en condominio, hecho público y notorio especialmente a partir de la promulgación de la ley #7933 o Ley Reguladora de la Propiedad en Condominio del año 1999. Se advierten en ella, no obstante, ciertas lagunas y que han dado pie a iniciativas por parte de promotores de condominios para resguardar sus intereses mediante la introducción de variados mecanismos estatutarios, que les garanticen ciertas condiciones ventajosas para el desarrollo de las obras y la promoción y venta de las fincas filiales resultantes. En teoría pura, los intereses del Desarrollador deberían coincidir con el del resto de los condóminos al ser él otro condómino y miembro de la comunidad condominal, pero ello no es necesariamente cierto, ni se da siempre en la práctica en tratándose de una comunidad de propietarios con distintas ideas e intereses, contexto en el que pueden surgir discordancias y disidencias, pero que no necesariamente deslegitiman las acciones del Desarrollador o las decisiones de los mismos condóminos. El Desarrollador de un condominio se ha dicho, es un verdadero programador del derecho."u comportamiento tiene lugar preferente en el ámbito del derecho preventivo, pues detenta la potestad, no limitada sino reglada sujeta al control jurisdiccional posterior

(vía procedimiento sumario, u ordinario o abreviado...) de programar las posibles soluciones a los conflictos que puedan afectar a sus futuros clientes. En este punto realiza una estructuración originaria del contenido de cada derecho real, tanto respecto de las unidades privativas como de las de uso común ...En este campo está llamado a simplificar estas relaciones de forma racional y justa para que los compradores, generalmente legos en derecho, puedan resolver con eficiencia y simplicidad sus conflictos y duda".(CAMPOS VARGAS, H., La estructura subjetiva de la Propiedad en Condominio, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UCR, 2001, p. 49). De acuerdo con lo anterior, el Desarrollador tiene un especial compromiso y deber de asumir con responsabilidad y eficacia su rol de creador y organizador del condominio, lo que implica el planificar adecuadamente los derechos y los deberes de los futuros condóminos, en previsión de posibles conflictos. Ciertamente, frente al fenómeno de la convivencia propio de una comunidad regida por un sistema de reglas dentro de un mismo espacio, es comprensible y así lo dicta la experiencia y el sentido común, que surjan diferencias y desavenencias entre sus miembros por distintas motivos, que podrían dar al traste con la armonía y buena marcha de la comunidad condominal. De allí que se haya concebido por la ley un consorcio de condóminos o propietarios, quienes reunidos en asamblea general pueden resolver esas diferencias, incluyendo lo relativo a los estatutos o reglamentos internos y sus reformas, al ser esa la vía natural y estipulada por la ley y ser ese el espíritu de esta modalidad propietaria colectiva: Son los propietarios o condóminos los que, como regla de principio, deben resolver los reclamos acerca de las regulaciones internas

que rigen a la comunidad, en una especie de auto-gobierno. Para reformar los estatutos, la LRPC fue drástica al exigir la unanimidad de la totalidad de los condóminos (art. 27. 5), de manera que una modificación pasa por este requisito, que por lo mismo hace la reforma de difícil consecución, al bastar un solo condómino en contra para que no prospere. Se trata en consecuencia de una disposición de derecho imperativo y que no puede ser modificada por decisión de la asamblea de condóminos, justamente para salvaguardar a las minorías en tema tan relevante como es ese. La problemática es especialmente comprensible cuando los reglamentos han sido creados por acción exclusiva del dueño original o Desarrollador y no han sido sometidos a una verdadera revisión y aprobación de la comunidad condominal y su consorcio de condóminos. La posibilidad legal de que todo el sistema condominal y sus estatutos, sean organizados y predispuestos en su génesis con entera libertad por una sola persona, el propietario único de la finca madre o matriz y Desarrollador, constituye un factor propiciador para ulteriores diferencias cuando la colectividad de condóminos vaya creciendo y cuestionando reglas originarias de los reglamentos. Nuestro legislador no ponderó las implicaciones de este esquema unilateral y unipersonal de creación y su eventual choque con los intereses y derechos de la verdadera colectividad de condóminos.

4.) El consorcio de propietarios.

Un análisis más amplio del mencionado vacío legal en la LRPC, permite comprender mejor los alcances de la problemática observada. Cuando se conforma y constituye un condominio por el propietario único del inmueble, modalidad autorizada por la

LRPC, las filiales que lo componen se van a inscribir inicialmente en cabeza propia del Desarrollador y propietario único. En ese contexto y a pesar del nacimiento de derechos de propiedad bajo la forma de condominio, no se ha constituido aún la comunidad condominal que la LRPC espera se produzca y que constituye el objeto o finalidad de las regulaciones de dicha ley y su reglamento ejecutivo. En ese evento no existe aún una comunidad de condóminos, sino un solo propietario de todas las filiales, así como de todas las áreas y cosas calificadas como comunes. Estas últimas no estarían realmente en régimen de copropiedad, al estar todas ellas en cabeza de un mismo dueño. Ciertamente debe haber un Administrador nombrado, pero no existe aún comunidad de propietarios que administrar. En esa fase inicial, el condominio es más una expectativa que una realidad funcional y jurídica, quedando en un impasse mientras se venden las filiales y logra así adquirir la fisonomía de una verdadera comunidad y complejo condominal en actividad. Antes de que ello ocurra, corresponde con una universalidad iuris de bienes muebles e inmuebles creada por el propietario de todos esos bienes, encaminada a un mismo fin, finalidad que en esa etapa aún no se logra. Mientras no se integre el consorcio de propietarios, falta una condición esencial que le impide convertirse en un condominio real y activo y llene las expectativas y espíritu de la LRPC. El consorcio de propietarios, al decir de Garríguez, es el órgano de expresión de la voluntad colectiva del condominio y sin cuya existencia real no hay verdadero condominio.

Advertido este fenómeno sui generis, enseguida se observa la gravedad del vacío del órgano principal del condominio

y sus consecuencias; es decir la ausencia del consorcio o asamblea de propietarios, que no puede ni debe en lógica y correcta interpretación, estar integrada por una sola persona, es decir, por solo el Desarrollador. En qué momento se puede tener por integrada y existente en la realidad la asamblea de condóminos y con cuántos integrantes? Son interrogantes que quedaron sin responder en la LRPC y en el RLRPC. Sobre esta cuestión en su oportunidad llamaron la atención los asesores parlamentarios de la Asamblea Legislativa en un informe que rindieron a los señores diputados cuando se promulgaba la LRPC. Al referirse dicho informe al artículo 7 del proyecto original, se advirtió lo siguiente: ".o queda claro y no se especifica, si el consorcio de propietarios nace con la venta de una finca filial o si será necesario vender todas las filiales para que esa situación se consolide". Adicionalmente, en el artículo 8 del proyecto original, se propuso que las fincas filiales se originarían como fincas independientes hasta que fueran adquiridas por distintas personas del propietario original y se recomendó ".fina". este aspecto. Se percibió así la importancia del nacimiento del consorcio de propietarios y de una comunidad condominal real. Finalmente la legislación se promulgó sin atender estos aspectos, quedando sin regular la creación material del consorcio o asamblea de condóminos en aquellos casos en que el condominio fuera creado por el propietario único del inmueble matriz primario. Desde otro ángulo, pero aplicable a esta problemática, es comprensible la observación del profesor ALBALADEJO, cuando sostiene que la reunión de todas las unidades filiales en manos de una misma persona, conduce a la extinción del condominio, que pasa a convertirse en propiedad ordinaria, desapareciendo

en esas circunstancias el interés de la ley¹³. A similar conclusión se debe llegar, extrapolando esa afirmación para el caso del nacimiento de un condominio, sin que a la vez surja un consorcio real de condóminos.

En el sistema de la LRPC, los reglamentos condominales pueden tener como origen la voluntad del Desarrollador o promotor y titular único, y pueden ser el producto de su decisión unilateral al constituir los condominios, lo que es el fruto del ejercicio de una potestad legal autorizada expresamente en nuestra LRPC, artículo número 34 en concordancia con el artículo 2 ibidem. El Desarrollador, va a poder por esa vía sentar las bases regulatorias de la vida condominal, aunque sin perjuicio de que posteriormente y en tesis de principio, la asamblea general de condóminos pueda acordar modificaciones y cambiar cualesquiera regla preexistente, siguiendo las previsiones que al efecto dispone la LRPC. En este contexto y sobre la base de un sedicente condominio sin consorcio real de propietarios, pueden suscitarse varios efectos polémicos, examinemos el más obvio: La inscripción registral del condominio creado bajo esas condiciones, tiene en estos casos un efecto meramente declarativo. Desde esta perspectiva, su constitución real va a depender del surgimiento de un verdadero consorcio de condóminos, a conformarse por los futuros adquirentes de unidades filiales¹⁴. En esa coyuntura, se produce una apariencia jurídica de condominio, sin verdadera comunidad condominal, faltando la esencia misma del sistema, por lo que no se habrá cumplido aún con el propósito

central y espíritu de la LGPC. La situación no escapa a otra patología de fondo: Un solo sujeto, el Desarrollador es capaz en ese contexto, de decidir, determinar e imponer anticipadamente regulaciones esenciales para la futura vida de una comunidad condominal, lo que en la práctica se puede traducir en una vía para introducir privilegios exorbitantes en su favor o de terceros condóminos, en un momento en que el creador no está sometido a la discusión ni a la decisión de una verdadera asamblea de condóminos. Más adelante, cuando surja el consorcio e intente ejercer el autogobierno comunitario, los condóminos toparán con las dificultades y restricciones propias de ley para la derogatoria de disposiciones estatutarias aún fueran injustas o inequitativas, lo que requiere del voto en asamblea general de todos los condóminos, algo usualmente difícil de lograr.

En el Derecho comparado, encontramos algunos ordenamientos positivos en la materia, que se han interesado por la constitución y activación formal del consorcio de condóminos. En particular, cabe citar la actual legislación puertorriqueña, del año 2003, que contempla un régimen detallado al respecto y que prevee la entrega formal de la administración al consorcio, permaneciendo el Desarrollador como Administrador temporal hasta que ello ocurra en los términos y opciones contempladas en la ley. En nuestro país los desarrolladores no acostumbran hacer entrega oficial de la administración al consorcio de propietarios y permanecen ligados a ella en la práctica, mientras subsista

13 Albaladejo, M. Derecho Civil III.1, Edit. Bosch, Barcelona, 1974, p. 329.

14 La comparecencia inicial de condóminos en la constitución del condominio, que representen los intereses del Desarrollador, v.g. sociedades comerciales de su propiedad que adquieran filiales, colocan siempre en entredicho la formación de un verdadero consorcio de propietarios.

su interés en el condominio, lo que impide en muchos casos el autogobierno real de los condóminos. La realidad indica también, que la figura del Desarrollador va unida a la del Administrador, cuya designación va a depender frecuentemente de la voluntad y voto del primero.

5.) **La exoneración de las cargas comunitarias.**

Conviene insistir y profundizar en esta trascendental temática: La ausencia de un verdadero consorcio ab initio en el caso en análisis, incide potencialmente en una inadecuada distribución y pago de los gastos comunes de un condominio así originado. Al ser incierto el momento de creación y operación real del consorcio de propietarios, queda a la discreción del Desarrollador, determinar en qué momento del proceso de venta de filiales y con cuantas de ellas vendidas y cómo, se hará el traslado efectivo a los condóminos y si es que lo hace, de los gastos comunes y generales del condominio que ha debido asumir el Desarrollador desde el inicio del proyecto condominal¹⁵. Al no contener la ley previsiones en esta materia, la distribución inicial y pago de esos costos, quedó sin ninguna directriz, ni control, y por ende, sin que deba mediar un criterio técnico, lógico y planificado para la distribución objetiva entre los condóminos, de las cargas económicas del condominio, tanto respecto de áreas comunes como de aquellas que genere cada filial. La legislación vigente permite crear ab initio, un sistema

de distribución de costos, a discreción y voluntad del Desarrollador, sin considerar un mecanismo equitativo y racional de transición de gastos a los futuros adquirentes y condóminos¹⁶, que atienda a parámetros objetivos, equitativos e independientes de la influencia del promotor Desarrollador.

Experiencias recientes están informando, que, en algunos casos, los desarrolladores incorporan preventivamente en los reglamentos, facultades, exoneraciones y condiciones a su favor, con la finalidad sino de atenuar, de liberarse de las cargas económicas condominales, y, simultáneamente, de ejercer control del funcionamiento y administración del condominio y de sus asambleas consorciales, buscando así culminar el desarrollo propuesto y cumplir sus expectativas e intereses particulares. Paralelamente y durante el proceso de desarrollo y consolidación de un condominio, se va a ir conformando un interés comunitario naturalmente emanado del colectivo de condóminos, que podría eventualmente distanciarse del interés individual del Desarrollador y entrar en colisión con este último, en temas de la vida, funcionamiento y principalmente del pago de gastos y administración del condominio. Aquí surge la cuestión teleológica de cuál interés debe ser al final de cuentas el preponderante en caso de colisión. Esta interrogante no es meramente filosófica, sino que está decididamente implicada en temas muy prácticos de la vida en condominio. De acuerdo con la naturaleza jurídica y espíritu de

15 Como todas las filiales creadas le pertenecen al inicio, el Desarrollador debe asumir en la práctica todos los costos que se generen por cada una de ellas.

16 En similar situación estará el traslado de la administración a un administrador designado por el consorcio.

la propiedad en condominio, su organización y fines en general, es indudable que es el interés comunitario, el que debe al final de cuentas prevalecer y no la voluntad particular del Desarrollador y creador, quien debe ir liberando su creación de manera prudencial y planificada, a la misma comunidad a la que dió vida, ejerciendo su "autoridad parenta". no más allá de lo que dicta la buena fe y la equidad, valores que están incorporados en nuestro Ordenamiento Jurídico positivo¹⁷. Se debe enfatizar en la existencia del indicado vacío legal, al no prever nuestra legislación en la materia, reglas que faciliten una transición natural y planificada de poder del Desarrollador y constituyente original al colectivo de condóminos, incluyendo una administración condominal separada de aquél, y que contemple parámetros o criterios técnicos y transparentes para atender diversos aspectos de trascendencia, que además contribuirían a promover relaciones armoniosas y equilibradas entre la comunidad condominal y el Desarrollador, incluyendo una adecuada y razonable distribución del pago de los gastos comunes atendiendo a criterios objetivos, equitativos y razonables. Un tal mecanismo no fue previsto ni por la LRPC ni por su reglamento, a lo que se suma la ausencia de parámetros legales y reglamentarios para fijar la cuota de gastos, según se explica más adelante. Tales medidas y sanas previsiones no fueron reconocidas por el legislador patrio, quien se limitó, en lo fundamental, a repetir la legislación de propiedad horizontal del año 1966 con varias mejoras relevantes, aunque también con creaciones complejas de dudosa juricidad, como hemos ya expuesto.

Bajo este contexto y ante ese vacío legal, se puede explicar que el Desarrollador de un condominio, instrumento ab initio, regulaciones que le permitan ejercer un cierto gobierno y orientación en las decisiones y en la administración de la comunidad e introduzca ciertas diferencias en aspectos claves como los relativos a la asunción de los gastos comunes condominales, en el tanto desarrolla y vende su proyecto, en consideración a los costos y riesgos que debe asumir como desarrollador y promotor. Siendo que tal facultad no fue ajustada por el legislador con los legítimos intereses de los condóminos, debe entonces ser ejercida con discreción, equidad y prudencia, sin abuso de derechos, ni mediante la imposición de cláusulas abusivas, y conforme a las reglas y principios señalados en general por nuestro Ordenamiento Jurídico, regulatorios de la conducta entre los particulares contratantes. Es notorio y conocido, que el fundador y Desarrollador de un condominio conservará por un tiempo importante un doble rol:

- a.) Como encargado de crear y planificar y ejecutar el proyecto y de desarrollar la infraestructura del condominio, promocionarlo, hacer las ventas de filiales y trabajar estrechamente con la administración.
- b) Como condómino propietario de numerosas fincas filiales que se irán vendiendo a terceros. No obstante, en ese rol el Desarrollador frecuentemente no se va a incorporar como propietario pleno, ni como ocupante activo de todas sus filiales, mientras realiza el proyecto

¹⁷ Los artículos 11, 19, 20, 21, 22 y 1023 del Código civil, incorporan valores esenciales y principios generales sobre la equidad, la buena fe y el no abuso de derechos.

y vende poco a poco sus fincas filiales, lo que usualmente toma cierto tiempo. Esta dualidad es parte de la complejidad del sistema y de las dificultades en la búsqueda de una fórmula de armonía y equilibrio entre las necesidades e intereses del Desarrollador y las de los condóminos comunes y que la ley vigente no previó en particular. Ciertamente se puede reconocer una obligación general de todo condómino de contribuir a los gastos comunes, estatuida obligatoriamente y de forma indiscriminada o sin distinciones, en el artículo 13 de la LRPC. Esta norma y la obligación que impone, no son siempre compartidas por los desarrolladores, quienes invocan criterios de equidad, proporcionalidad y razonabilidad, para justificar diferencias en la asunción de gastos y cargas condominales entre los condóminos¹⁸. Sobre esta problemática se han emitido algunas opiniones jurídicas autorizadas. Así, el jurista argentino Alvaro Gutiérrez Zaldívar, hace la siguiente valoración:

“Los problemas planteados hasta el momento actual los podemos dividir en dos grandes grupos:

- 1) Reglamentos que han sido redactados sin prever en forma discriminada, para situaciones particulares, cómo deben soportar los copropietarios los gastos que se originen en la conservación y mantenimiento del edificio. O sea, que establecen un tipo de contribución para pagar todas las expensas comunes, sin

¹⁸ Similares motivos se invocan en la práctica, para la exoneración del Desarrollador de las limitaciones y prohibiciones de uso y aprovechamiento de áreas comunes.

formular distinguos, cualesquiera sean las particularidades de las diversas fracciones.

- 2) Reglamentos en que ciertas unidades están liberadas de contribuir al pago de algún gasto de servicios que sí utilizan y que deben pagar. Este último supuesto generalmente se presenta cuando el primitivo dueño, como único propietario y antes de vender las unidades, redacta el reglamento, eximiendo de ciertos gastos o de todos a unidades que conservara en su poder. Esta práctica es discutible, el propietario vendedor así como los futuros integrantes del consorcio no pueden imponer cláusulas que repugnen a la finalidad perseguida por la ley en caso que lo hagan, la reforma debe admitirse como acto de sanear un reglamento con cláusulas contrarias a las disposiciones de la ley. Como es también discutible la práctica frecuentemente usada por algunos vendedores de nombrar al administrador concediéndole un mandato irrevocable por un determinado período que generalmente excede de tres años. En cualquiera de los dos supuestos el reglamento está en vigencia y la cláusula debe cumplirse, quedando como recursos a los interesados la reforma por la asamblea de propietarios....o de lo contrario una impugnación judicial contra esas cláusulas. La impugnación, en la mayoría de los casos fue planteada por propietarios de locales al exterior del edificio, con entrada independiente, que pedían la liberación del pago de los gastos de los servicios que no usaban,

aun cuando en el reglamento no se hubiera prevista estas circunstancias... Para estos casos sería más conveniente establecer en el reglamento otra proporcionalidad, la del uso... Este desobligar a algún copropietario del pago de servicios que no se le prestan, no significa alterar la proporción de cada uno en las partes comunes y menos en las exclusivas... Siendo la liberación de cargas a alguna unidad solo posible en caso de inexistencia de instalaciones o servicios". (Gutiérrez Zaldívar, A. en La Liberación del pago de Expensas Comunes, Temas de Derechos Reales, Buenos Aires, Edit. Plus Ultra, 1979. p. 189).

Resulta atendible el argumento del uso efectivo de las cosas comunes, así como la existencia o no de instalaciones y servicios, para así determinar, objetivamente, la cuota de gastos por asumir. En la legislación italiana y española la cuestión se ha abordado también en forma similar, otorgándose al uso efectivo una especial importancia, permitiendo la identificación de usos individualizados o personalizados de un condómino o grupos de ellos y permitiéndose en el caso de la italiano, variaciones en el monto de la cuota e incluso llegar a exoneraciones mayores que la misma legislación permite. Se ha sostenido también, que la cuota o contribución condominal, podrá revisarse aunque la haya aceptado el dueño del piso, si no se ajusta a los criterios de la ley: ".sí se pueden corregir las injusticias que a veces se comenten en la práctica, asignando el constructor una cuota inferior a la que le correspondería con arreglo

a los criterios legales al apartamento que se queda para él, o a los que reserva para su venta ulterior, venta que será tanto más fácil cuanto más reducidos sean los gastos". (LACRUZ BERDEJO, J.L., Derechos Reales, Vol.II, Edit. Bosch, 2da. Edic. 1991, p. 546).

El profesor Salvat, citado por PEÑA GUZMAN, L.A.,¹⁹ hace notar que debiendo hacerse constar en el Reglamento las cláusulas sobre la forma y proporción de la contribución de los propietarios a los gastos y expensas comunes, si los propietarios pretendieran modificar aquél en lo relativo a la proporcionalidad ya establecida para sufragar los gastos, será necesario que ello se resuelva por unanimidad,".orque sería injusto obligar a la minoría a soportar una contribución desigual con la que no han estado conforme, pudiendo por tanto impugnarla."

También se afirma que los estatutos condominales que no sean reproducción de los preceptos legales, son producto de la autonomía de la voluntad, que tiene en esta materia un ámbito limitado, por el carácter imperativo de la ley, pero también hay quien afirme, aunque en forma aislada, que la impugnación de una cuota fijada sin seguir los parámetros de la ley procede solo si el impugnante prueba que sufrió error excusable o fue víctima de dolo al aceptarla. Este último aserto de Díez Picazo y Gullón²⁰, no encontraría cabida si se enmarca el análisis dentro del ámbito del llamado contrato de adhesión y sus principios, para lo cual se han establecido regulaciones especiales de protección a la parte

19 Cfr. PEÑA GUZMÁN, L.A., Derechos Reales, T. II, Edit. TEA, Buenos Aires, 1975, pág. 736.

20 Cfr. DIEZ PICAZO L. y GULLON, A. en Sistema de Derecho Civil, Madrid, Edit. Tecnos, 7ma. Edic., págs. 211 y 213.

estimada como más débil por el legislador, el adquirente, que en nuestro ordenamiento jurídico llegan incluso a prevalecer, cuando se trata de un consumidor, frente a prácticas, usos y costumbres que las contraríen (art. 69 Ley #7472).

El reconocido jurista costarricense Rogelio Sotela Montagné, al analizar una ponencia presentada en la Primera Conferencia de Argentina sobre Propiedad Horizontal, refiere lo siguiente: ".s frecuente que el reglamento de copropiedad y administración sea formulado por la empresa o personas que tuvieron a su cargo la promoción de la edificación o la venta del edificio. Aprovechando esa situación, en más de una oportunidad, incluyen disposiciones enderezadas exclusivamente a mantenerlos en situación de irritante desigualdad y privilegio". (En La Propiedad, Ensayos, Edit. Juricentro, San José, 1983, p. 267). Si bien el ponente no alude al tema de cláusulas abusivas y a su eventual nulidad, propone que con posterioridad a la constitución del condominio y luego de haberse transferido un porcentaje sustancial de unidades condominales a favor de terceros, debería realizarse una asamblea de condóminos para rectificar el reglamento en cuanto a esos aspectos, mediante voto de una mayoría y no por unanimidad. Similar solución exhibe la detallada legislación puertorriqueña vigente sobre propiedad horizontal, al establecer que luego de la venta del 51% o bien del 75% del condominio, el Desarrollador puede trasladar los gastos y administración ejercida interinamente hasta ese momento, a la Junta Administradora de condóminos. Todas estas ideas y opiniones, reflejan una preocupación razonable de atender la problemática que se viene analizando, incluida la posibilidad de que el promotor conserve por un tiempo

excesivo y desproporcionado, los privilegios acordados en el acta constitutiva del condominio, con detrimento de los intereses de la comunidad de condóminos. La regla general del artículo 13 de la LRPC, impone el deber de todo condueño de contribuir con los gastos generales del condominio. El problema que plantea su exoneración y un régimen exorbitante de tal obligación introducida ab initio a favor del Desarrollador o incluso de otro condómino favorecido por aquél, es la posibilidad de un ejercicio abusivo de ese derecho en perjuicio de los restantes condóminos.

El problema de la validez de los actos realizados por los particulares en contra de las normas jurídicas que regulan tales actos es antigua y a la vez actual, y revela el valor de la libertad individual y de la autonomía de la voluntad frente a la eficacia organizadora y constitutiva de las normas jurídicas. Hasta qué punto están los particulares vinculados por los mandatos de ley y en qué medida pueden eludir su aplicación, mediante la realización de actos que pretenden una finalidad distinta a la protegida por el ordenamiento jurídico? Se trata de una colisión entre la autonomía privada y la ley, que exige precisar los límites de esa autonomía y el concretar los alcances del acto contrario a la ley, para lograr que esta logre su propósito ordenador en una comunidad social frente a todos sus miembros. Es decir, se trata de ponderar la conexión entre libertad y ley y de sopesar la autonomía frente a los límites de su ejercicio. Los criterios de la ley para marcar esos límites son diversos y atienden principalmente a los principios que proscriben el abuso de derecho, las cláusulas abusivas, la infracción a la buena fe; a la equidad en los contratos, las buenas

costumbres y la moral, pero además a lo que se conoce como normas prohibitivas e imperativas.

Ciertamente se debe concluir que la normativa de la LRPC no es de orden público, pero eso no obsta para reconocer en su artículo 13 a una norma esencial para la organización, operación y existencia misma del condominio y de los principios que inspiran la convivencia dentro de una comunidad de propietarios. Se trata de lo que en el Derecho se reconoce como una norma de derecho imperativo, cuya desaplicación es excepcional (Cfr. SERRA RODRIGUEZ, A., ob.cit. p. 40). Las normas imperativas, así como las prohibitivas, son reconocidas expresamente por nuestra legislación civil común, en el artículo 19 del Código civil, señalando que los actos contrarios a ellas son nulos de pleno derecho, a menos que se establezca en ese caso una sanción diferente. Como ya se ha expuesto, el citado artículo 13 de la LRPC corresponde a ese tipo de normas, aun y cuando no se pueda llegar a calificar como de orden público, en consideración a los alcances generales que tiene y la forma categórica y directa de su redacción, que evidencian la intención clara del legislador de darle la condición de norma obligatoria para todos aquellos participantes del régimen condominal. De otra parte, el origen histórico de la propiedad horizontal lleva en su génesis y espíritu, el esencial propósito de desarrollar esa modalidad propietaria gracias a los aportes que hacen los participantes, como mecanismo preconcebido para atender los costos propios de la construcción, así como para un mayor aprovechamiento de los espacios y cosas comunes. No se debe perder de vista que la Propiedad Horizontal se originó ante una necesidad social de interés general, cual

es tener vivienda, lo que explica porqué las primeras manifestaciones en el país fueron de edificaciones multifamiliares, que abarataron los costos de construcción y la inversión en la adquisición de terrenos, basándose en los aportes comunes. Posteriormente, el sistema de condominios se fue abriendo a otras manifestaciones y necesidades, pero siempre como colectividad o comunidad, conservando ese fundamental propósito de compartir bienes y gastos en una economía de costos crecientes. La manifestación más visible de esa comunidad de bienes se presenta con el régimen jurídico legal de cotitularidad o copropiedad en las cosas comunes del condominio. Si se atiende al más antiguo régimen legal de la copropiedad común, encontramos el artículo 271 del Código civil, del que se desprende la obligación legal de todo copropietario de contribuir a los gastos de conservación de la cosa o derecho común. De modo que ese deber ha sido consustancial al régimen de copropiedad y fue implantado con anterioridad a la misma LRPC, por lo que no debe resultar en absoluta extrañeza su inclusión en esta y su condición de principio fundamental e imperativo para la comunidad condominal.

Conforme al referido artículo 13, por el solo hecho de ser titulares, los condóminos tienen la obligación de sufragar los gastos propios de la administración del condominio, así como para la conservación y operación de los servicios y bienes comunes y no se podrá liberar de ellos, mediante la renuncia expresa o tácita a su uso o goce. Por lo expuesto, esa norma constituye una regla fundamental categórica, cuya aplicación no puede ser obviada por alguno o algunos de los propietarios participantes de un condominio, incluido su promotor y Desarrollador,

aunque no se debe descartar que pueda ser modulada bajo ciertas circunstancias y de conformidad con la equidad y la buena fe objetiva. De estos principios jurídico legales, deriva como consecuencia, que esos gastos generales del condominio no deban ser responsabilidad o imputados solo a determinadas fincas y a otras no, al ser premisa legal lo contrario, sea que todas las fincas filiales y las áreas comunes asignadas a ellas, como regla de principio deben pagar gastos comunes. Es por ello que la creación de un régimen exorbitante de exoneración global y general de gastos comunes a favor del Desarrollador PDC rebasa la equidad, la razonabilidad y la proporcionalidad que debe privar en las relaciones condominales, generando un desequilibrio antijurídico grave que perjudica gravemente a los demás partícipes. Un régimen de exoneraciones puede por ende quebrar los principios jurídicos que proscriben el abuso de derecho y las cláusulas abusivas y que exigen la buena fe en el ejercicio de los derechos. Desde esta óptica puede llegar a tipificarse lo dispuesto por el artículo 1023 C.c. en su inciso".", cuando estima como abusivas las cláusulas que exoneren o limiten total o parcialmente la responsabilidad al vendedor u oferente frente al adquirente. Interpretada dicha disposición en un sentido amplio y en el contexto del condominio, deviene en aplicable al proceder del oferente y Desarrollador, de ofrecer y vender una filial sometida a un reglamento predispuesto por aquél, en el que se exoneró de contribuir con las cargas económicas que como regla de principio debió asumir imperativamente por el solo hecho de ser condómino, para guardar un equilibrio económico entre las partes, ambas asociadas al mismo condominio. Esa exoneración de responsabilidades económicas cobra vida frente al adquirente,

al momento de la compraventa de la unidad filial. Así resulta por mandato legal (art. 34 LRPC), lo que da entrada a la aplicación del citado inciso". del referido artículo 1023 C.c. Tal beneficio así aplicado infracciona la equidad y la proporcionalidad que deben regir la vida en condominio (doctrina de los artículos 11, 20, 21 y 1023 del Código civil en concordancia con el 13 de la LRPC). Es obvio, que como punto de partida y como regla general, toda filial generará gastos, aun sin estar construida y aunque sean mínimos, al estar bajo una administración común y tener un eventual mantenimiento común, como también generan gastos las áreas comunes proporcionales correspondientes al derecho de propiedad sobre cada finca filial. Como criterio de principio, se debe señalar que el no pago de esos gastos, conduce a un recargo indebido sobre las espaldas del resto del condominio, facultad que así ejercida deviene en excesiva y abusiva, generando además un enriquecimiento indebido a favor de quien no está asumiendo sus propios gastos. No existe una razón superior suficiente o legítima, ni motivo legal, que justifique que los adquirentes de filiales deban cargar, como regla de principio, con los gastos de mantenimiento producidos por fincas filiales ajenas y aunque estén destinadas a venderse; tal debe ser la lógica aplicable para la adecuada salud de la vida y convivencia condominales. En otras palabras, los adquirentes no tienen porqué contribuir con los gastos de mantenimiento de las filiales del Desarrollador, aunque se lleguen a estimar como mínimos, pero que no deben subestimarse cuando este último conserva diversas filiales a su nombre y que, presumiblemente requieren de alguna atención. Por lo mismo, no podría estimarse que dichas filiales aunque no estén construidas ni en uso activo, no generan

gastos, por ser ello antinatural y contrario a la lógica y la experiencia. Las cargas y derechos adicionales que se pueden imponer a los condóminos, según el artículo 40 del Reglamento ejecutivo a la LRPC, no deben aplicarse para justificar el recargo de esos costos a los demás condóminos con los gastos de las filiales que no les pertenecen, toda vez que ello es atentatorio de las obligaciones propter rem asignadas como regla imperativa a todo condómino, según el artículo 13 de dicha ley y conforme a lo que se ha considerado y por ser contrario a la equidad. Lo anterior no es obstáculo para ponderar y colocar en la balanza de la equidad, los distintos elementos que puede comprender la cuota, para arribar a criterios acordes con la realidad objetiva de cada caso particular.

6.) La cuota condominal; Vacío legal.

A diferencia del sistema español e italiano, nuestra actual legislación no relaciona el importe de la cuota de mantenimiento al coeficiente de propiedad o al valor proporcional que tenga cada unidad condominal respecto a la totalidad del condominio, como sí lo hacía la anterior Ley de Propiedad Horizontal. De otra parte, no se asocia con las dimensiones del área superficial de la unidad, así como tampoco al uso efectivo y diferenciado que puedan realizar los condóminos en los bienes propios y en los comunes. Tales relaciones o bases referenciales no fueron consideradas por nuestro legislador en la LRPC, quien se limitó a señalar genéricamente, que los propietarios están obligados a sufragar los gastos de administración, conservación y operación de los servicios y bienes comunes y demás gastos comunes descritos en el ar-

tículo 19 de la LRPC y que se deben resumir en el presupuesto anual a conocer y aprobar en la asamblea general de condóminos. Respecto al coeficiente del derecho de propiedad, el artículo 2-f) de la LRPC se limita a señalar que en el título de constitución se hará constar, "el valor total del condominio, el valor de cada piso, departamento, local, oficina o estacionamiento en que se divide, así como el porcentaje o la proporción correspondiente a cada uno en el valor total del condominio". No se estableció en la ley, un vínculo o asociación entre el coeficiente de propiedad o el valor de la filial, con la cuota de mantenimiento y por gastos comunes. Lo anterior conduce a que la fijación del monto de la cuota se haga bajo los criterios y lineamientos que determine el creador del Condominio o el consorcio de propietarios y que se deben incorporar el reglamento general del condominio. Considerando lo anterior, se puede explicar o encontrar aquí un motivo adicional para las dificultades, así como para las diferencias que pueden surgir a lo interno del condominio, para fijar y cobrar cuotas de mantenimiento, al no proveer nuestra ley criterios referenciales o bases expresas, siquiera elementales para su fijación, quedando ya sea a la voluntad original del fundador del condominio, bien como fruto del análisis y resolución del consorcio de propietarios o eventualmente de una autoridad competente. En la práctica local se emplean diversos sistemas y métodos para fijar esa cuota: Así, se acude a un sistema proporcional en atención al valor asignado a la filial en el condominio, o bien al coeficiente de propiedad, o a una cuota basada en un sistema simple de prorrateo del total de gastos, determinado por el presupuesto anual del condominio y el número de fincas filiales. Se puede empero acudir a una distribución de gastos en atención al área o superficie de cada filial, o

de acuerdo con el uso efectivo de las cosas comunes y las edificaciones y servicios en la unidad filial privada u otros esquemas o fórmulas mixtas que debe describir el reglamento respectivo, y con las que se podría introducir un sistema más adecuado y objetivo para la distribución y asunción de gastos comunes del condominio. El legislador dejó un vacío legal al respecto, que puede interpretarse como una libertad y una oportunidad para los condóminos de autoregular el sistema de la cuota condominal, a cuyo efecto lo recomendable es acudir a parámetros

racionales y equitativos, como a los que aquí se ha hecho referencia y considerando cada caso en particular.

En general, se puede concluir que la LRPC requiere de ajustes para enmendar diversas inconsistencias jurídicas, así como para atender omisiones sustantivas evidentes, que exigen una normativa más clara y completa, en garantía de una adecuada seguridad jurídica de esta trascendental institución que es el Condominio.

COMPETENCIAS EN MATERIA DE ORGANISMOS GENETICAMENTE MODIFICADOS EN LA LEGISLACION COSTARRICENSE

Dr. Jorge Cabrera Medaglia¹

Principales acrónimos utilizados

ASP:	Área Silvestre Protegida
CBD:	Convenio sobre la Diversidad Biológica
CONAGEBIO:	Comisión Nacional para la Gestión de la Biodiversidad
CTNBio:	Comisión Técnica Nacional de Bioseguridad
DIGECA:	Dirección de Gestión de Calidad Ambiental
LB:	Ley de Biodiversidad
LF:	Ley Forestal
LCVS:	Ley de Conservación de la Vida Silvestre
LGAP:	Ley General de Administración Pública
LOA:	Ley Orgánica del Ambiente
LPET:	Ley de Protección al Ciudadano contra el Exceso de Trámites Administrativos
OFINASE:	Oficina Nacional de Semillas
OVM:	Organismo Vivo Modificado
OT:	Oficina Técnica
PC:	Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología
MAG:	Ministerio de Agricultura y Ganadería
MEIC:	Ministerio de Economía, Industria y Comercio
MINAE:	Ministerio de Ambiente y Energía
SENASA:	Servicio Nacional de Salud Animal
SETENA:	Secretaría Técnica Nacional Ambiental
SFE:	Servicio Fitosanitario del Estado
SINAC:	Sistema Nacional de Áreas de Conservación

¹ Profesor de derecho ambiental, Maestría en Derecho Ambiental, Universidad de Costa Rica. Investigador Principal en derecho de la biodiversidad del Centro de Derecho Internacional del Desarrollo Sostenible (Montreal). Consultor internacional en derecho ambiental.

COMPETENCIAS EN MATERIA DE ORGANISMOS GENETICAMENTE MODIFICADOS EN LA LEGISLACION COSTARRICENSE

Dr. Jorge Cabrera Medaglia

COMPETENCIAS EN MATERIA DE OGM EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COSTARRICENSE.

I. Introducción y contexto nacional sobre los OGM

Los cultivos transgénicos o genéticamente modificados han sido objeto de una creciente polémica internacional por su cultivo, uso y consumo (humano y animal). Costa Rica ha permitido la liberación al ambiente de estos cultivos para investigaciones y eventualmente la exportación de los cultivos (no su distribución al mercado interno) desde hace muchos años (incluyendo el maíz, soya, algodón, banano, arroz y tiquizque). La experiencia práctica con la autorización de estos cultivos se remonta a principios de los noventa, fundamentalmente mediante la intervención del Ministerio de Agricultura y Ganadería y la Oficina Nacional de Semillas (como ente verificador de campo) y mediante la participación de la Comisión Nacional

de Bioseguridad (integrada por diversas organizaciones como el MAG, la Oficina Nacional de Semillas, el MINAE, la Academia Nacional de Ciencias, dos organizaciones no gubernamentales y más recientemente el Ministerio de Salud y el Servicio Nacional de Salud Animal).

La emergencia y comercialización de organismos genéticamente modificados (OGM) globalmente no están exentas de polémicas y posiciones antagónicas². Uno de los grupos opositores al uso de OGM son los agricultores orgánicos. Prácticamente en todas las naciones-incluyendo la nuestra- se encuentra prohibido el uso como insumo de estos organismos en la producción orgánica. En general las regulaciones de transgénicos en el mundo presentan enfoques muy diversos: desde países promotores del mismo, como Estados Unidos, Canadá, Argentina hasta otros que han promulgado, con diverso alcance, moratorias o restricciones respecto a la siembra de OGM. Tal es el caso de Perú que prohíbe los mismos desde diciembre del 2011 por

² En términos generales los principales cultivos transgénicos son: soya, algodón, maíz, y canola. A la vez, la región latinoamericana cuenta con un número importante de laboratorios y centros de excelencia que trabajan con agrobiotecnologías, así como con investigación en una amplio espectro de cultivos tales como: banano, café, tomate, arroz, girasol, papaya, yuca, hortalizas, caña de azúcar; camote, alfalfa, tabaco, frutas, flores, ayote y algunas especies forestales. Por ende los posibles cultivos de esta naturaleza a ser investigados y comercializados se incrementará seguramente en el futuro.

un plazo de 10 años (para cultivo no para alimento y alimentación); Ecuador, que en su Constitución- artículo 401- establece que solo se permitirá su uso de OGM en situaciones excepcionales; y de Bolivia que por la Ley de la Revolución Productiva Comunitaria Agropecuaria estipula que no se introducirán en el país paquetes tecnológicos agrícolas que involucren semillas genéticamente modificadas de especies de las que Bolivia es centro de origen o diversidad.

En el año 2012 uno de los conflictos ambientales más relevantes estuvo constituido por la oposición a la siembra de maíz transgénico (para exportación), el cual tenía como antecedente la posible siembra para investigación de piña transgénica en el país en el 2011 debido a la solicitud de autorización para investigación de maíz genéticamente modificado (por la empresa Delta and Pine, subsidiaria de la Monsanto)³.

La Compañía Delta and Pine solicitó ante el Ministerio de Agricultura permiso para la importación, liberación y movilización (para siembra) de organismos genéticamente modificados (mediante la presentación del denominado formulario Bio 02 y la correspondiente documentación necesaria que forma parte del expediente).

El cultivo a ser liberado es el maíz transgénico y como parte del proceso fueron examinados diversos eventos transgénicos entre ellos el Maíz Yieldgard II que contiene genes que le confieren resistencia a los

insectos; el Maíz Roundup Ready con genes de resistencia al herbicida glifosato y el Maíz CCR que le otorga tolerancia al glifosato y al gusano de la raíz del maíz. El objetivo del proyecto era reproducción de semilla para su exportación y la extensión de la siembra de aproximadamente una hectárea.

La legislación costarricense aplicable (Ley de Protección Fitosanitaria No. 7664 y su reglamento No. 26921-MAG, Ley de Biodiversidad No. 7788 y el decreto No. 32486-MAG sobre auditorías de bioseguridad agrícola, fundamentalmente) establecen que la Comisión Nacional de Bioseguridad debe emitir un dictamen vinculante antes de autorizarse la liberación (mediante la emisión de un certificado de liberación al ambiente) por parte de las autoridades del Servicio de Protección Fitosanitario (en la persona de su Directora). Como parte del procedimiento para dar trámite a la solicitud numerosas organizaciones gubernamentales, instituciones académicas y otras (como la Defensoría de los Habitantes) se pronuncian de manera negativa respecto a la misma y en general cuestionaron la conveniencia de otorgar el referido permiso.

Finalmente, mediante votación 6 contra 2 la Comisión emite un dictamen favorable al otorgamiento del permiso. No obstante, la interposición de una acción de inconstitucionalidad contra varios artículos del reglamento a la Ley de Protección Fitosanitaria ha impedido la continuación del proceso y la emisión del respectivo certificado de liberación al ambiente.

En este conflicto es posible identificar diversos actores y sus posiciones, entre ellos:

La Comisión Nacional de Bioseguridad quien debe revisar las evaluaciones de riesgo y la documentación presentada por el solicitante y otras fuentes de información; emitir las respectivas disposiciones para la gestión del riesgo (incluyendo medidas para disminuir o eliminar posibles consecuencias ambientales de la liberación de los transgénicos) y concluir con un dictamen vinculante -positivo o negativo- respecto a la gestión planteada. En el presente caso, los integrantes de la Comisión que pertenecen a entidades estatales (MAG, Oficina de Semillas, MINAE, MICIT, Ministerio de Salud, etc) otorgan un dictamen favorable y las entidades no gubernamentales uno desfavorable. Por ende la liberación- sujeta a las medidas de bioseguridad del caso- es recomendada por la Comisión (6 contra 2).

No obstante, finalmente el permiso (cuya acto administrativo es emanado de la Dirección del SFE) no es otorgado ante la interposición de una acción de inconstitucionalidad por parte de diversas organizaciones no gubernamentales.

Sociedad civil y otras instituciones (universidades, Defensoría de los Habitantes y municipalidades)

Como se mencionó ante la Comisión Nacional de Bioseguridad se aportaron escritos por parte de diferentes entidades estatales (incluyendo Universidades Públicas) y no estatales, cuestionando la posible autorización al evento transgénico. Igualmente, la Comisión Especial de Ambiente de la Asamblea Legislativa realizó audiencias

con los actores principales respecto al procedimiento seguido, etc. Adicionalmente, un número importante de municipalidades (aunque no se cuenta con un dato exacto se indica que son poco más de 50) se han declarado territorios libres de transgénicos. Las razones alegadas son bastante diversas. Algunas de estas instituciones han indicado que no debe aprobarse la liberación del maíz debido a aspectos que van desde la posible de contaminación con las variedades tradicionales de maíz, la propiedad intelectual de las semillas (patentada en los Estados Unidos no en Costa Rica) y sus consecuencias sobre los agricultores, hasta los efectos sobre otros organismos no objetivo (abejas, etc), etc.

El tema presenta múltiples aristas, pero es conveniente presentar de manera separada dos de los cuestionamientos realizados debido a que resultan jurídicamente distintos:

- a) La necesidad de contar con medidas que permitan la “coexistencia” de diferentes tipos de agricultura.
- b) Los alcances de los derechos de propiedad intelectual cuando los genes de las semillas están patentados, de tal forma que se determine en qué momento de la cadena productiva se agotan los derechos exclusivos del titular de la patente.

Relacionado con lo anterior se encuentra la responsabilidad que podrán tener terceros por la utilización de los genes patentados, aún si estos llegan a las fincas de manera involuntaria y sin su conocimiento. El supuesto no resulta hipotético, pues al menos en Canadá y los Estados Unidos han sido objeto

³ Evento aprobado para investigación en los Estados Unidos por el Departamento de Agricultura o USDA ver <http://www.fruitnet.com/americafruit/article/158143/del-monte-gets-gm-pineapple-green-light>

de fallos judiciales y se cuenta - aunque la situación de hecho es muy diferente a otros procesos anteriores- un caso pendiente ante la Corte Suprema de Justicia de ese último país, el cual podría sentar un precedente importante respecto al alcance del derecho de patentes sobre organismos vivos. La problemática no ha pasado inadvertida. Así la legislación Suiza de Patentes expresamente establece (artículo 9 inciso f) que una patente no se extiende al material biológico obtenido en el sector agrícola de modo casual o por medio de una intervención técnica inevitable. En todo caso, en nuestro país ningún evento transgénico ha sido patentado y cualquier solicitud debe evaluarse considerando lo dispuesto en la Ley de Biodiversidad (exclusiones de patentabilidad, artículo 78).

Respecto al primero de los cuestionamientos, una preocupación radica en posibilidad de que por razones involuntarias (viento, transporte de semillas, polinizadores), los campos de cultivos orgánicos puedan ser “contaminados” con semillas transgénicas y en dicho escenario quien será responsable de las consecuencias contractuales y legales respectivas.

En este sentido, la Unión Europea ha emitido recomendaciones (2010) para la coexistencia de agricultura biotecnológica, convencional y orgánica. Según la normativa comunitaria la coexistencia se refiere a la capacidad de los agricultores de poder escoger entre la producción de cultivos convencionales, orgánicos y modificados genéticamente, en cumplimiento de las obligaciones legales sobre etiquetado y las normas de pureza.

No obstante, el Tribunal de Justicia de la Unión mediante sentencia del 6 de septiembre de 2012 declaró que la normativa

comunitaria en la materia no permite a los Estados miembros oponerse de manera general al cultivo en su territorio de tales organismos modificados genéticamente a la espera de que se adopten medidas de coexistencia destinadas a evitar la presencia accidental de OGM en otros cultivos.

En Costa Rica la Ley de Promoción de la Actividad Agropecuaria Orgánica contiene dos artículos que abordan este asunto. El artículo 21 dispone que el Estado, por medio del MAG, definirá reglamentariamente los requisitos y procedimientos a seguir para prevenir la contaminación genética de los recursos genéticos locales con organismos genéticamente modificados. Asimismo, implementará los mecanismos de control necesarios para velar por su cumplimiento, y definirá y aplicará las medidas y las acciones de protección para cultivos orgánicos, tales como áreas de contención, planes de manejo, entre otros. Por su parte, el 22 indica que para otorgar permisos y en el caso de que exista una duda razonable fundamentada en criterios técnicos y científicos, sobre los posibles efectos adversos que pueda tener el material transgénico sobre cultivos orgánicos presentes en la zona, el Estado solicitará al productor que pide el permiso para la siembra la evidencia técnica correspondiente para minimizar el riesgo de dichos efectos, la cual será valorada técnicamente para el otorgamiento del permiso.

Se indica que en aquellos casos en que las fincas de producción orgánica o en transición a producción orgánica estén expuestas a una amenaza de contaminación con organismos transgénicos, se deberá definir medidas de protección. Si se comprueba la producción no autorizada de transgénicos en áreas aledañas o cercanas a las de producción

orgánica, los funcionarios del Ministerio de Agricultura y Ganadería, deberán de manera inmediata, tomar las medidas que sean necesarias para evitar la contaminación de los cultivos orgánicos y del ambiente.

La Red de Coordinación de la Biodiversidad y otros actores (Mesa Indígena, Movimiento de Agricultura Orgánica, etc) presentan (12 de diciembre del 2012) una acción de inconstitucionalidad contra los artículos 117, 118 y 132 del reglamento por violación al derecho a un ambiente sano (debido a la ausencia de una evaluación de impacto ambiental por parte de la SETENA previa a la liberación y debido a la violación al principio de participación ciudadana específicamente el derecho de acceso a la información por la confidencialidad establecida en el numeral 132 citado) debidamente admitida para su estudio por parte de la Sala Constitucional.

Debe indicarse que como parte del proceso en la contestación de la Procuraduría

General de la República – en su condición de órgano asesor de la Sala Constitucional- concluye que en el tanto las medidas de evaluación y gestión del riesgo puedan reputarse equivalentes a una evaluación de impacto ambiental los artículos del reglamento no serían inconstitucionales. En caso contrario, si devendrían inconstitucionales por infringir el artículo 50 para lo cual recomienda a la Sala obtener más información al respecto. Establece que el artículo 132 si resulta inconstitucional por cuanto limita el derecho de acceso a la información pública de manera contraria a lo permitido por la propia Constitución Política (arts. 24 y 30).

Posteriormente, con base en estos y otros argumentos adicionales la Defensoría de los Habitantes presentó una acción de inconstitucionalidad debidamente admitida para su análisis en la SC (escrito de fecha 30 de mayo del 2013).⁴

4 Por resolución de las 11:30 del 05 de julio del 2013 se admite acción contra los artículos 117, 118 y 132 del Reglamento a la Ley de Protección Fitosanitaria. Decreto No.26921-MAG. Las normas se impugnan en tanto, parte del concepto de organismos manipulados en su ADN según la OGM, criterios que fueron incorporados en el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica, Ley N° 8537 y sus anexos. Manifiesta que según la investigación efectuada por la Defensoría, se tiene que la manipulación genética favorece la generación de productos con una vida comercial más larga y mayor resistencia a ciertas condiciones que pretenden aumentar el rendimiento y la productividad de la tierra. Sin embargo, se dan una serie de inquietudes con respecto a los efectos negativos de los productos transgénicos, como por ejemplo un aumento de enfermedades resistentes a antibióticos de amplio espectro, riesgo a que las plagas desarrollen resistencia a las toxinas producidas por los cultivos, entre otros. Alega que pese a la promulgación de normativa, hay lagunas con respecto a la regulación de la importación y el consumo de productos de este tipo y que no se han definido medidas de ningún tipo para el cumplimiento del Protocolo de Cartagena. Señala que según la información oficial, no hay ingreso de materiales transgénicos, sin embargo, se ha reportado el ingreso por parte de organismos no gubernamentales y que el sistema de importación nacional no permite identificar si está en presencia de organismos genéticamente modificados. Por otra parte la normativa nacional sobre etiquetado no hace alusión al etiquetado de dichos productos. Solicita que se declare inconstitucional por omisión el Reglamento a la Ley de Protección Fitosanitaria de reconocer el principio de participación ciudadana en el tema de liberación, movilización, investigación, importación, manipulación y reproducción del material genéticamente modificado, y que se le ordene al Poder Ejecutivo y al Servicio Fitosanitario del Estado que se aplique supletoriamente el artículo 6 de la Ley Orgánica del Ambiente y el 10 del Convenio de Biodiversidad; que se declare inconstitucional el artículo 132 del Reglamento a la Ley de Protección Fitosanitaria por declarar confidencial la información relacionada con las solicitudes de liberación del ambiente de organismos genéticamente modificados, y que en su lugar sea aplicado el artículo 23 de la Ley Orgánica del Ambiente.

Empresa privada

En este caso la empresa Delta and Pine solicitante de la autorización que ha indicado la improcedencia de los alegatos de los opositores incluyendo la contestación de los argumentos esgrimidos en la acción de inconstitucionalidad (escrito presentado el 15 de marzo del 2013 ante la SC).

La controversia es importante por diversas razones. Permitiría establecer con claridad aspectos del procedimiento de autorización en materia de transgénicos, incluyendo la realización o no de una evaluación de impacto ambiental por parte de la SETENA (y los retos técnicos que ello conllevaría) y la confidencialidad de la información aportada por los solicitantes. Por otra parte, si bien es cierto en el pasado ha existido alguna oposición a los mismos en el país, este conflicto implicaría la judicialización más relevante contra los transgénicos dado que- exceptuando acciones puntuales por motivos de confidencialidad- no se han presentado mayores discusiones jurídicas a la fecha. Adicionalmente, se ha indicado que dada la reputación del país en la conservación de la biodiversidad el resultado puede ser un importante precedente en los debates internacionales en esta materia.

Para contribuir al debate en este tema, este artículo pretender realizar un estudio de las competencias institucionales para la aprobación y el control de los OGM en la legislación costarricense.

5 La Ley de Fomento a la Producción Agropecuaria (Ley FODEA) contiene las principales disposiciones orgánicas del MAG. Igualmente, se cuenta con el reglamento a la Ley Orgánica del MAG, decreto No. 26431 del 5 de noviembre de 1997 y sus reformas.

6 El decreto No. 36801-MAG publicado del en La Gaceta del 14 de octubre del 2011, establece la estructura organizativa del Servicio. En ella se menciona a la Unidad de OGM (artículos 37 y 38) como integrante del Departamento de Biotecnología y se indican sus funciones.

a) Disposiciones de la Ley de Protección Fitosanitaria y normativa conexa

Como ocurre en otros países de nuestro continente, el marco regulatorio más desarrollado se refiere a la biotecnología agrícola⁵. En el caso costarricense, el principal instrumento jurídico existente se encuentra en la Ley de Protección Fitosanitaria No. 7664 del 8 de abril de 1997 y en su reglamento No. 26921- MAG del 22 de mayo de 1998 y sus reformas. Debe indicarse, como antecedente de interés, que el marco regulatorio nacional existente antes de la promulgación de dicha legislación estuvo constituido por la Ley de Sanidad Vegetal, N°. 6248 del 2 de mayo de 1978 y alguna normativa relacionada con la misma. La Ley de Protección Fitosanitaria al establecer las funciones del Servicio de Protección Fitosanitaria⁶, claramente menciona el tema de los organismos genéticamente modificados, los cuales desarrolla en los artículos 40 y ss. Estas regulaciones crean la Comisión Técnica en Bioseguridad (art. 40). Las personas físicas o jurídicas que importen, investiguen, exporten, movilicen, liberen al ambiente, multipliquen y comercialicen vegetales transgénicos, organismos modificados genéticamente o sus productos para uso agrícola producidos fuera o dentro del país, deberán obtener autorización del Servicio (art. 41), los anteriores organismos quedan sujetos a las reglamentaciones técnicas, normas y medidas que se emitan.

El Servicio puede revocar las autorizaciones o modificarlas con fundamento en criterios técnicos (art. 42) y prohibir el traslado, investigación, experimentación, liberación al ambiente, multiplicación y comercialización de los mismos con el fin de proteger la salud humana, animal, la agricultura y el ambiente (art. 42). De esta forma, aunque en el ámbito agrícola, expresamente las preocupaciones sobre salud humana son señaladas.

El reglamento a la Ley de Protección Fitosanitaria en forma precisa regula las funciones e integración de la Comisión Técnica (arts. 111 a 116). La Comisión fue inicialmente creada como un órgano adscrito al MAG mediante decreto No. 25219 MAG-MICIT del 16 de junio de 1996. Posteriormente la Ley de Protección Fitosanitaria, No. 7664 del 8 de abril de 1997, elevó a rango de ley a la Comisión Técnica Nacional de Bioseguridad, como órgano asesor del Servicio Fitosanitario del Estado en biotecnología. A la Comisión se le asignan las siguientes funciones de interés (art. 111):

- 1) Asesorar a las instituciones públicas en el campo de la bioseguridad.
- 2) Asesorar al Servicio y a la Oficina Nacional de Semillas en el establecimiento y ejecución de medidas y procedimientos técnicos, así como en la elaboración de proyectos de decretos ejecutivos y reglamentos necesarios para regular la importación, movilización, experimentación, liberación al ambiente, multiplicación, comercialización y uso de plantas transgénicas y otros organismos modificados por técnicas de ingeniería genética.

3) Asesorar a las instituciones oficiales encargadas de emitir las autorizaciones para importar, experimentar, movilizar, liberar al ambiente, multiplicar y comercializar plantas u otros organismos modificados genéticamente por técnicas de ingeniería genética.

4) Promover la divulgación, la capacitación y el entrenamiento en aspectos de bioseguridad.

Como se observa, las funciones de la Comisión van más allá únicamente del asesoramiento en materia agropecuaria, al indicarse, por ejemplo, en el inciso 3, el brindar criterios técnicos a otras instituciones en materia de ingeniería genética (no solo al Servicio de Protección Fitosanitaria).

Igualmente, los incisos 2 y 3 se refieren a plantas u otros organismos sin limitarse, como sí lo efectúa la Ley, a la materia agrícola.

La integración de la Comisión (según fue modificada por decreto No. 31946 del 9 de julio del 2004 y el decreto No. 37588 del 14 de noviembre de 2012) es la siguiente (art. 112):

- a) Un representante del Ministerio de Ciencia y Tecnología.
- b) Dos representantes del Ministerio de Salud.
- c) Un representante del Servicio Fitosanitario del Estado.
- d) Un representante del Servicio Nacional de Salud Animal.

- e) Dos representantes del Ministerio de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones.
- f) Un representante de la Oficina Nacional de Semillas.
- g) Dos representantes designados por la Academia Nacional de Ciencias.
- h) Un representante de la Federación para la Conservación del Ambiente.
- i) Un representante de la Red para la Conservación de la Naturaleza.

La Comisión cuenta con un Presidente (el representante del Servicio Fitosanitario), un vicepresidente y un secretario (art. 113). Los miembros duran en sus cargos dos años con posibilidad de ser reelectos. La institución que lo nombra puede removerlos libremente (art. 114). Las decisiones se tomarán por mayoría simple de miembros. El quórum para sesionar debe ser de al menos 5 miembros y 2 de ellos deben ser funcionarios gubernamentales (art. 115).

Los requisitos para la importación y liberación de material transgénico o sus productos para uso en agricultura, el certificado de liberación al ambiente y el procedimiento para emitirlo (arts. 117 y 118) se regulan al destacar que las autorizaciones no incluyen la comercialización del organismo como alimento. De esta manera, toda persona física o jurídica, que desee liberar al ambiente o importar materiales transgénicos o sus productos, requiere un certificado fitosanitario de liberación al ambiente y cumplir con los requisitos fitosanitarios de importación.

Para la movilización dentro del país se necesita que el interesado de aviso a la

Dirección de acuerdo al Formato BIO-4. El Servicio, en coordinación con la Comisión de Bioseguridad emitirá los requisitos fitosanitarios y las medidas de bioseguridad de los materiales transgénicos (art. 117). Para obtener el certificado de liberación al ambiente, el interesado debe presentar la solicitud en el formato BIO-2 al Servicio en original y dos copias.

El Servicio emitirá la resolución respectiva en un plazo de 30 días, en la cual se aprueba o deniega la solicitud. Si la información no se encuentra completa, se solicitará al interesado la información faltante, quien tendrá un plazo de 60 días hábiles para presentarla. En casos excepcionales y a criterio del Servicio, el plazo podrá ser prorrogado a petición de parte.

Si la información se encuentra completa el Servicio tendrá un plazo máximo de 60 días naturales para responder. Se someterá la solicitud a revisión de la Comisión Técnica de Bioseguridad y, una vez obtenido el dictamen favorable, el Servicio concederá el respectivo certificado de liberación al ambiente, conforme al formato BIO-3. El certificado de liberación y el permiso fitosanitario de importación emitidos son válidos únicamente para la liberación al campo y/o importación y/movilización, investigación o reproducción del material, pero no incluyen la comercialización en el país de productos transgénicos como alimentos. Todos los ensayos y movilizaciones, que se hagan de material transgénico en el territorio nacional, son objeto de solicitud y vigilancia por parte de la Dirección del Servicio (art. 118).

El sistema costarricense prevé para la liberación, movilización, etc., de OGM, la utilización de formularios específicos

denominados BIO. Igualmente, la información exigida en los BIO resulta, en lo esencial, compatible con la que el Protocolo de Cartagena sobre Bioseguridad menciona en su Anexo I.

Es obligatorio el registro de aquellos que se dediquen a las actividades indicadas en el artículo 40 de la Ley, así como de quienes deseen manipular genéticamente material transgénico u otros organismos, y de todo proyecto que incluya manipulación genética de tales materiales (art. 119) (ver igualmente el artículo 17 de la Ley de Biodiversidad). Se exige que se firme una carta de compromiso en la cual se asume la responsabilidad por el manejo o destrucción del producto una vez que termine el proyecto, de forma tal que se evite su escape al ambiente (art. 120) y que los productos por liberarse, movilizarse o importarse se identifiquen y etiqueten de conformidad con el formato BIO-5 (art. 122).

Se regula la ubicación y almacenamiento del producto, únicamente en las áreas especificadas en la solicitud, (art. 121), la supervisión de campo de las pruebas, los cuales en caso de incremento de semillas, deberán de ser supervisadas por la Oficina Nacional de Semillas (ONS), en estrecha coordinación con el Servicio (art. 123), reportes mensuales y finales sobre las características y el comportamiento del producto transgénico, así como cualquier situación extraordinaria que se haya producido (art. 124).

También se regula la información de liberaciones accidentales del producto al Servicio quien tomará las acciones pertinentes (art. 125), las modificaciones imprevistas (si presenta signos de ser plaga, muerte, que deben de notificarse 24 horas después

de acaecidas, art. 126), la movilización interna del organismo para lo cual se debe contar con la respectiva autorización, de conformidad con el formato BIO-1 (art. 127), la obligación de manejar en forma apropiada el material de empaque, envase y cualquier otro material que acompañe al organismo, de forma que se prevenga la diseminación y su establecimiento (art. 128).

La persona física o jurídica a quien se le haya otorgado el permiso y el certificado deberá informar al Servicio, la fecha de llegada del producto a su destino final, o si por alguna razón no se realizó la importación (art. 129). Para la comercialización de estos organismos deberán de ser identificados como tales en la etiqueta donde el consumidor reconozca las características del producto (art. 131). Dicha disposición no ha sido desarrollada ni implementada ante la ausencia de solicitudes para comercialización interna de este tipo de productos. Las informaciones aportadas para los registros gozarán de confidencialidad (art. 132). Las solicitudes de autorizaciones deben publicarse en un diario de circulación nacional a costa del interesado, describiendo en términos simples el proyecto.

Las aprobaciones deberán ser publicadas en el diario oficial a costa del interesado, con una descripción accesible del proceso que se va a llevar a cabo y sus posibles impactos (art. 133). Por último, se establece que toda persona que pretenda introducir al país OGM para uso en agricultura, deberá informar previamente al Servicio, so pena de las sanciones del artículo 73 de la Ley. Esta establece las siguientes sanciones de naturaleza penal: será sancionado con prisión de tres a diez años quien, con intención de causar daños a la agricultura, el ambiente o la salud humana o animal,

importe, libere al ambiente, o comercialice vegetales transgénicos u otros organismos modificados genéticamente o sus productos o agentes de control biológico u otros tipos de organismos para uso agrícola. El decreto N° 32486-MAG, publicado en La Gaceta del 22 de julio del 2005, norma la realización de auditorías de bioseguridad agrícola del MAG.

Las regulaciones costarricenses, si bien poseen algunas deficiencias (mención a productos sin definirlos ni conocer el alcance de la regulación en la materia; menor desarrollo en lo referente a la comercialización; aplicabilidad real a los granos para consumo y procesamiento; etc.) constituyen un marco jurídico que ha permitido el funcionamiento de un esquema de bioseguridad agrícola. También existen algunas normas generales que hacen mención al etiquetado y a los productos, pero su alcance es poco claro y a la fecha no existen reglamentaciones específicas en la materia.

En particular, debe mencionarse que los representantes de las organizaciones no gubernamentales no han firmado el respectivo compromiso de confidencialidad como miembros de la Comisión. No obstante, a pesar de ellos quedarían igualmente cubiertos por los preceptos de la Ley de Información No Divulgada respecto a la protección de los secretos comerciales tal y como se indica más adelante.

En este orden de ideas, debe indicarse que la Ley de Información No Divulgada, N°. 7975 del 18 de enero del 2000 y sus reformas, protege los secretos comerciales e industriales de personas físicas o jurídicas. La Información No Divulgada debe reunir los requisitos del artículo 2: ser

secreta, estar bajo el control de una persona que haya adoptado medidas razonables para mantenerla secreta y tener un valor comercial. Las solicitudes de permisos relacionados con plantas transgénicas, en el tanto cumplan con dichos requisitos, estarían cubiertas por esta Ley. La Ley prohíbe el uso o divulgación de la misma sin consentimiento del titular a toda persona que con motivo del cargo, empleo, trabajo, etc. tenga acceso a la Información No Divulgada y sobre cuya confidencialidad se le haya prevenido en forma expresa. Dicha obligación subsiste aún después de dejar el cargo y su incumplimiento posee una sanción penal. Igualmente, en el caso de competidores serían aplicables las reglas sobre competencia desleal de la Ley de Protección de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, N°. 7472, particularmente su artículo 17.

Debe reiterarse que Red de Coordinación de la Biodiversidad y otros actores (Mesa Indígena, Movimiento de Agricultura Orgánica, etc) y la Defensoría de los Habitantes presentaron acciones de inconstitucionalidad contra algunos aspectos del procedimiento de aprobación de los OGM.

b) Disposiciones de la Ley de Biodiversidad

En Costa Rica, el papel de entidad rectora en ambiente lo cumple el Ministerio de Ambiente y Energía (MINAE), quien según la Ley Orgánica del Ambiente y la Ley específica de su creación, debe formular, planificar y ejecutar las políticas de recursos naturales, energéticas, mineras y de protección ambiental del Gobierno de la República, así

como encargarse de la dirección, el control, la fiscalización, promoción y el desarrollo de los campos mencionados.

De acuerdo con la Ley de Conversión del Ministerio de Industria, Energía y Minas, en Ministerio de Recursos Naturales, Energía y Minas No. 7152 del 21 de junio de 1990, le corresponde además al Ministerio de Ambiente y Energía⁷ (art. 2):

- Fomentar el desarrollo de los recursos naturales, energéticos y mineros.
- Promover y administrar la legislación sobre conservación y uso racional de los recursos naturales a efecto de obtener un desarrollo sostenido de ellos y velar por su cumplimiento.
- Dictar, mediante decreto ejecutivo, normas y regulaciones con carácter obligatorio, relativas al uso racional y a la protección de los recursos naturales, la energía y las minas.
- Promover y administrar la legislación sobre exploración, explotación distribución, protección, manejo y procesamiento de los recursos naturales relacionados con el área de su competencia y velar por su cumplimiento.
- Tramitar y otorgar los permisos y concesiones referentes a la materia de su competencia.
- Propiciar, la suscripción de tratados, convenios y acuerdos internacionales, así como representar al gobierno de la República en los actos de su competencia.

- Y fomentar y desarrollar programas de formación ambiental en todos los niveles educativos y hacia el público en general.

En materia de OGM, se cuenta con las disposiciones contenidas en la Ley de Biodiversidad N° 7788 de mayo de 1998. La Ley contiene un capítulo sobre Garantías de Seguridad Ambiental. Se establece que para prevenir daños o perjuicios, presentes o futuros, a la salud humana, animal vegetal o a la integridad de los ecosistemas, en el reglamento de esta Ley se establecerán los mecanismos y procedimientos para el acceso a los elementos de la biodiversidad con fines de investigación, desarrollo, producción, aplicación, liberación o introducción de organismos genéticamente modificados o exóticos (art. 44). El Estado tiene la obligación de evitar cualquier riesgo o peligro que amenace la permanencia de los ecosistemas. También deberá prevenir, mitigar o restaurar los daños ambientales que amenacen la vida y deterioren su calidad. La responsabilidad civil de los titulares o responsables del manejo de los OGM por los daños y perjuicios causados se fija en la Ley Orgánica del Ambiente, el Código Civil y otras leyes aplicables. La responsabilidad penal se prescribe en el ordenamiento jurídico existente (art. 45).

Cualquier persona que se proponga importar, exportar, experimentar, movilizar, liberar al ambiente, multiplicar, comercializar y usar para investigación organismos genéticamente modificados en materia agropecuaria, creados dentro o fuera de Costa Rica, deberá obtener el permiso

⁷ El decreto No. 34582-MP- publicado en La Gaceta del 1 de julio del 2008 y sus reformas (Reglamento Orgánico del Poder Ejecutivo) expresamente otorga la rectoría del sector ambiental al MINAE, ver arts. 2, 5 y 24.

previo del Servicio de Protección. Cada tres meses, este Servicio entregará un Informe a la CONAGEBIO. Obligatoria-mente deberán solicitar a la Comisión Técnica Nacional de Bioseguridad un dictamen que será vinculante y determinará las medidas necesarias para la evaluación y el manejo del riesgo.

Toda persona que realice labores de manipulación genética está obligada a inscribirse en el registro de la Oficina Técnica (art. 46). Cualquier persona podrá ser parte del proceso de tramitación del permiso y suministrar sus observaciones. Asimismo, podrá solicitar la revocatoria o revisión de cualquier permiso otorgado (art. 47). La Oficina Técnica, con base en criterios científicos y de seguridad, podrá modificar o revocar cualquier permiso otorgado y ante situaciones de peligro inminente, imprevisibles o incumplimiento de las disposiciones legales, podrá tomar una serie de medidas legales (decomiso, reexpedición, retención, etc., según el art. 48).

Como se observa, la Ley de Biodiversidad contiene algunas diferencias de importancia con relación con lo dispuesto en la Ley Protección Fitosanitaria: se amplía el ámbito a las especies exóticas; se indica que el Dictamen de la Comisión tiene carácter vinculante; se establece la atribución de la Oficina Técnica de la Comisión Nacional para la Gestión de la Biodiversidad (CONAGEBIO) del Ministerio de Ambiente y Energía de revocar permisos otorgados por el Servicio⁸; y de exigir el registro de quienes realicen manipulación genética

ante la Oficina Técnica. Estas disposiciones podrían sustentar una eventual competencia de la misma para conocer de las solicitudes de ciertos OVM.

El reglamento a la Ley de Biodiversidad, decreto N°. 34433, estipula en su Transitorio IX, que a efectos de elaborar la reglamentación del capítulo III de la Ley de Biodiversidad referente a Garantías de Seguridad Ambiental, la CONAGEBIO contará con el apoyo del Servicio Fitosanitario del Estado del Ministerio de Agricultura y con personas y grupos especializados en la materia. El Decreto Ejecutivo correspondiente deberá promulgarse en un plazo máximo de seis meses a partir de la publicación de este Decreto Ejecutivo. A la fecha se cuenta con un borrador de reglamento el cual cuenta con observaciones por parte del Ministerio de Economía e Industria y del Departamento de Leyes y Decretos de Casa Presidencial.

Por su parte, la propia Ley Orgánica del Ambiente, aunque no posee ninguna referencia específica a los OVM si contiene disposiciones generales cuya aplicación es resorte del MINAE en su condición de ente rector del sector, las cuales pueden igualmente justificar la competencia del mismo en esta materia, tales como las previsiones de los artículos 46 y ss y lo establecido en el Capítulo XV de este cuerpo normativo.

Cabe reiterar que el MINAE, a través del Sistema Nacional de Áreas de Conservación, constituye el punto focal del Convenio de Biodiversidad aprobado por Ley No. 7416.

Además el Protocolo de Cartagena aprobado por Ley No. 8537 establece obligaciones para los OVM (dentro del ámbito de este instrumento) y no solamente para aquellos de naturaleza agropecuaria, razón por la cual, es imperioso que otro tipo de eventos transgénicos sean igualmente sujetos a un proceso de regulación.

Por otra parte, la regulación de ciertos OVM no agropecuarios se puede derivar del propio artículo 50 constitucional (derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado). Como parte de las acciones que el Estado se encuentra obligado a tomar para cumplir con el mandato estipulado en este artículo, se encuentra la creación de mecanismos jurídicos para autorizar a los OVMs debido a los posibles riesgos a la biodiversidad que conllevan.

En conclusión el marco jurídico vigente permitiría establecer competencias del Ministerio sobre OVM. Desde la perspectiva legal, una norma reglamentaria podría determinar claramente las funciones del correspondiente órgano que debe implementar las disposiciones tratándose de OVM. Así se ha procedido en casos en los cuales no existe articulado expreso, por ejemplo, como ocurrió con la creación de la Dirección de Gestión de la Calidad Ambiental (DIGECA), basado en las atribuciones generales relativas a la calidad del ambiente que se encuentran en diferentes disposiciones.

c) Disposiciones relacionadas con las evaluaciones de impacto ambiental

Según la Ley Orgánica, las actividades humanas que alteren o destruyan elementos

del ambiente o generen residuos, materiales tóxicos o peligrosos, requerirán una evaluación del impacto ambiental por parte de la Secretaría Técnica Nacional (SETENA). Su aprobación previa por la SETENA será requisito indispensable para iniciar las actividades obras o proyectos (art. 17). Las leyes y reglamentos indicarán cuáles actividades, obras o proyectos requerirán de una evaluación de impacto ambiental. A paso seguido, se regulan aspectos tales como el proceso de aprobación, las garantías, obligatoriedad de las resoluciones de la SETENA, publicidad del expediente, etc.

El reglamento de procedimientos de la SETENA N°. 31849- MINAE-S-MOPT-MAG-MEIC publicado en La Gaceta del 28 de junio del 2004 y sus reformas, precisa cuáles actividades deben someterse obligatoriamente a un estudio de impacto ambiental y cuáles deben sujetarse a otros procedimientos dependiendo de ciertas condiciones específicas de cada proyecto. Estos se clasifican en categorías A, B1, B2 y C dependiendo de su impacto ambiental potencial. Asimismo, el reglamento establece procedimientos y documentación para obtener la viabilidad ambiental (licencia) requisito necesario para iniciar las actividades.

El capítulo VII de la Ley de Biodiversidad trata exclusivamente sobre la Evaluación de Impacto Ambiental de los proyectos de acceso que la Oficina Técnica de la Comisión considere que puedan afectar la biodiversidad (art. 92). Los siguientes artículos, que regulan la materia, contienen disposiciones sobre las guías para la realización de las evaluaciones de impacto, la concertación de la auditoría ambiental y la notificación internacional. Sin embargo, al menos, en los siguientes casos se podría exigir una evaluación de impacto ambiental:

⁸ La Ley presenta una contradicción, pues mientras el art. 14 le otorga esta potestad de revocatoria a la CONAGEBIO, que agotará la vía administrativa, el 48 menciona a la Oficina Técnica.

Cuadro 1
Proyectos sujetos a evaluación
o estudio (EsIA) por otras
leyes o reglamentos⁹

Actividad	Leyes y reglamentos
Importación de especies de vida silvestre, que a criterio del SINAC requieran de Estudio de Impacto Ambiental; (evaluación).	Ley de Conservación y Vida Silvestre N°. 7317, Artículo 26.
Proyectos que a juicio de la Oficina Técnica Nacional para la Gestión de la Biodiversidad (CONAGEBIO) puedan afectar la biodiversidad; (evaluación).	Ley de Biodiversidad N°. 7788, Artículo 92.

No existe ninguna norma expresa que exija dicha evaluación en el caso de OGM.

d) Disposiciones relevantes de la Ley de Creación de la Oficina Nacional de Semillas

La Ley N°. 6289 del 4 de diciembre de 1978 crea la Oficina Nacional de Semillas, adscrita al Ministerio de Agricultura y Ganadería. Dicha Ley se encuentra reglamentada por decreto, N°. 12907-A del 31 de octubre de 1989. Su función es “la promoción y protección, el mejoramiento, control, y el uso de semillas de calidad superior, con el objeto

de fomentar su uso, para lo que establecerá las normas y mecanismos de control necesarios para su circulación y comercio” (art. 1). La Oficina tendrá como finalidad específica la promoción y organización de la producción y el uso de semillas de calidad superior y podrá intervenir en todas las etapas del proceso. La ley dispone que las semillas que se verán sujetas a su regulación son aquellas “especies de utilidad para el hombre” (art. 3).

Semilla es “todo grano, tubérculo, bulbo o cualquier parte viva del vegetal, que se utilice para reproducir una especie” (art. 5), y variedad comercial es “el conjunto de individuos botánicos cultivados, que se distinguen por determinados caracteres morfológicos, fisiológicos, citológicos, químicos u otros de carácter agrícola o económicos, y que se puedan perpetuar por reproducción” (art. 6). La certificación de semillas se concibe como un proceso integral que garantiza la calidad de estas, mediante el control de su producción (art. 7).

Entre las funciones de la Oficina Nacional de Semillas de interés, la Ley indica las siguientes (art. 8):

- Planificar y fomentar la producción nacional de semillas.
- Llevar un registro de variedades comerciales, con recomendaciones o restricciones en su uso, así como un registro de variedades protegidas.
- Establecer las normas y controles para la protección de los derechos del obtentor de nuevas variedades.

- Establecer las normas de calidad para las semillas que se importen.
- Fijar, las zonas en que, por motivos técnicos, se regule el cultivo y la producción de determinadas variedades.
- Llevar el control del análisis de la semilla.
- Coordinar la labor de los centros del sector productor de semilla, relacionados con producción, procesamiento, almacenamiento, distribución y comercialización de semillas en el país.
- Llevar el registro de las importaciones y exportaciones de semilla y establecer controles para comercializarla en el país, observando los criterios de protección de la salud y la vida de personas y animales, la preservación de los vegetales y del medio ambiente y la prevención de prácticas que puedan inducir a error.

De conformidad con el artículo 15, la Oficina Nacional de Semillas tendrá las siguientes funciones:

- a) Establecer los sistemas de certificación de las distintas categorías de semillas, tanto para el comercio nacional como para el internacional.
- b) Aplicar los controles necesarios para que la certificación de semillas se realice de acuerdo con las normas establecidas.
- c) Llevar el registro de variedades comerciales de plantas y el registro de variedades protegidas, y proponer, en su caso, el establecimiento de variedades recomendadas o restringidas.
- d) Llevar el registro, al que se refiere el artículo décimo.

- e) Conceder o anular, oportunamente, certificados de registro.
- f) Llevar el registro de las importaciones y exportaciones de semilla y establecer controles para comercializarla en el país, observando los criterios de protección de la salud y la vida de personas y animales, la preservación de los vegetales y del medio ambiente y la prevención de prácticas que puedan inducir a error.

Para cumplir con lo anterior deberá:

- i) Acatar las normas internacionales relevantes, cuando existan, sin constituir obstáculos innecesarios para el comercio internacional.
- ii) Aplicar las normas en forma no discriminatoria, es decir, tanto para las semillas importadas como para las producidas localmente.

La Oficina no autorizará la comercialización de semilla, que no cumpla con lo estipulado aquí y en el reglamento respectivo. La Oficina deberá mantener registros de autorizaciones de comerciantes de semillas y, en general, regulará el comercio entre productores, procesadores y comerciantes para garantizar la calidad de la semilla. La Ley dispone sobre el etiquetado de los envases (art. 28) e infracciones y sanciones (art. 25).

Desde el punto de vista de la bioseguridad son importantes varias acotaciones. Primero, la ONS participa, como se indico anteriormente, en el control de las liberaciones en el campo que involucren semilla genéticamente modificada. En segundo lugar, es necesario

⁹ Fuente: SETENA.

el registro del importador o exportador de semillas como condición para el ingreso de las mismas, aunque en sentido estricto no se trata de una autorización propiamente dicha. En los casos en que se vendan o comercialicen semillas transgénicas en el país a dicha Oficina le corresponderá su registro. Adicionalmente, la ONS participa como miembro de la Comisión Técnica Nacional en Bioseguridad.

e) Disposiciones de la Ley de Desarrollo, Promoción y Fomento de la Actividad Agropecuaria Orgánica

Esta Ley contiene varias referencias al tema de los organismos genéticamente modificados, especialmente orientadas a evitar la "contaminación genética"¹⁰.

| El artículo 21 dice literalmente:

El Estado, por medio del MAG, definirá reglamentariamente los requisitos y procedimientos a seguir para prevenir la contaminación genética de los recursos genéticos locales con organismos genéticamente modificados. Asimismo, implementará los mecanismos de control necesarios para velar por su cumplimiento, y definirá y aplicará las medidas y las acciones de protección para cultivos orgánicos, tales como áreas de contención, planes de manejo, entre otros.

Los funcionarios públicos, que no ejerzan los controles necesarios para evitar que una finca dedicada al cultivo orgánico sea contaminada con organismos genéticamente modificados, serán responsables, solidariamente con el Estado, de los daños y perjuicios ocasionados, de conformidad con lo que al respecto establece la Ley General de la Administración Pública.

El artículo 22 se refiere a la protección de la producción orgánica ante el riesgo de contaminación con organismos modificados genéticamente y dispone:

Sin perjuicio de los controles establecidos en la Ley de Protección Fitosanitaria, N°. 7664 de 8 de abril de 1997, los permisos para sembrar, reproducir, intercambiar o multiplicar organismos genéticamente modificados serán concedidos por el Ministerio de Agricultura y Ganadería, a través de la instancia competente. Para otorgar dichos permisos y en el caso de que exista una duda razonable fundamentada en criterios técnicos y científicos, sobre los posibles efectos adversos que pueda tener el material transgénico en solicitud sobre cultivos orgánicos presentes en la zona, el Estado solicitará al productor que pide el permiso para la siembra de transgénicos, la evidencia técnica correspondiente para minimizar el riesgo de dichos efectos, la cual será valorada técnicamente para el otorgamiento del permiso. Como insumo para establecer los criterios técnicos

¹⁰ Existen precedentes en Canadá de demandas (acciones de clase) emprendidas por agricultores orgánicos contra productos de semillas transgénicas debido, entre otros aspectos, a la "contaminación" de campos de cultivos orgánicos con semillas genéticamente modificadas. Véase al respecto, Gatforth, Kathryn and Ainslie, Paige, When Worlds Collide: biotechnology meets Organic Farming in Hoffmann versus Monsanto, en Oxford Journal of Environmental Law, Vol. 18, N°. 3, 2006.

necesarios, el procedimiento para otorgar el permiso deberá cumplir con una consulta no vinculante por parte de las autoridades que deben resolver a las personas y organizaciones de personas productoras orgánicas registradas ante el MAG que tengan presencia en la zona.

En aquellos casos en que las fincas de producción orgánica o en transición a producción orgánica estén expuestas a una amenaza de contaminación con organismos transgénicos, el Ministerio de Agricultura y Ganadería deberá definir medidas de protección tales como barreras físicas adecuadas, áreas de contención y planes de manejo, que protejan y garanticen la integridad del área, igualmente fiscalizará la aplicación de estas medidas. En todos los casos, si se produce una contaminación, esta debe documentarse en los registros de la finca y el productor orgánico se comunicará de forma inmediata con la agencia certificadora. Los productos en tal situación deberán ser identificados y separados del resto.

Si se comprueba la producción no autorizada de transgénicos en áreas aledañas o cercanas a las de producción orgánica, los funcionarios del Ministerio de Agricultura y Ganadería, deberán de manera inmediata, tomar las medidas que sean necesarias para evitar la contaminación de los cultivos orgánicos y del ambiente. Para esto deberán recabar, dentro del marco del debido proceso, el material probatorio para los eventuales procesos judiciales. Para estos efectos, el Ministerio de Agricultura y Ganadería contará con las potestades establecidas en el artículo 42 de la Ley de Protección Fitosanitaria, N°. 7664 del 8 de

abril de 1997. En tales casos, el Ministerio de Agricultura y Ganadería deberá realizar los estudios correspondientes, a efectos de descartar o determinar los daños y perjuicios ocasionados a la producción orgánica.

Asimismo, se prohíbe la utilización, producción y experimentación de organismos genéticamente modificados u organismos transgénicos en la actividad agropecuaria orgánica (art.31).

Por último, se considera como delitos específicos sancionados con pena de prisión de uno a tres años (art. 33).

a) Quien con dolo o ánimo de lucro, utilice organismos genéticamente modificados o sus productos derivados en la actividad agropecuaria orgánica debidamente certificada o en transición, siempre que no se configure un delito de mayor gravedad.

Quien, sin contar con los permisos correspondientes, lleve a cabo la siembra o la producción de organismos genéticamente modificados en zonas dedicadas a la actividad agropecuaria orgánica y en las zonas de protección de los cultivos orgánicos definidos por el Ministerio de Agricultura y Ganadería de conformidad con lo dispuesto en esta Ley, siempre y cuando no se configure un delito de mayor gravedad.

La Ley fue reglamentada mediante el decreto No. 35242-MAG-H-MEIC publicado en La Gaceta del 4 de junio del 2009, el cual contempla disposiciones que desarrollan algunos de los preceptos de la Ley respecto a OGM.

f) Ley de Creación del Servicio Nacional de Salud Animal (SENASA)

Por otra parte, la Ley Creación del Servicio Nacional de Salud Animal (SENASA) No. 8495 contiene algunas disposiciones relevantes en materia de OVM y para determinar el ámbito de competencia del SENASA sobre los mismos.

De conformidad, con el artículo 1 (Objeto), la Ley regula la protección de la salud animal, la salud pública veterinaria y el funcionamiento del Servicio Nacional de Salud Animal (Senasa). Se declarará de interés público (artículo 3) la salud de los animales domésticos, silvestres, acuáticos y cualesquiera otros; su material genético, sus productos, subproductos, derivados, desechos; las sustancias peligrosas, los alimentos y los medicamentos para animales; la prevención, la erradicación y el control veterinario de las zoonosis, y de aquellas enfermedades que por sus características puedan poner en riesgo la salud animal y la economía pecuarias del país; el control y la prevención de los riesgos del uso, la liberación y la comercialización de organismos genéticamente modificados de origen animal, destinados al consumo humano o animal, y que puedan afectar la salud humana, animal o su entorno.

Lo indicado en el párrafo anterior deberá considerarse sin perjuicio de lo establecido en la Ley de biodiversidad, N° 7788, de 30 de abril de 1998.

La Ley tiene como objetivos, entre otros de interés, (artículo 2):

- a) Conservar, promover, proteger y restablecer la salud de los animales, a fin de procurarles mayor bienestar y productividad, en armonía con el medio ambiente.
- e) Vigilar y regular el uso e intercambio de los animales, sus productos y subproductos.
- f) Regular y supervisar el uso e intercambio del material genético de origen animal; así como determinar el riesgo sanitario que ese material pueda representar para la salud pública veterinaria o animal.
- g) Registrar, regular y supervisar los medicamentos veterinarios y los alimentos para consumo animal, de manera que no representen un peligro para la salud pública veterinaria, la salud animal y el medio ambiente.
- h) Procurar el respeto y la implementación de los diferentes acuerdos internacionales, suscritos por Costa Rica en materia de su competencia, según los fines y objetivos de esta Ley.
- i) Establecer los mecanismos de coordinación entre las diferentes instituciones nacionales y los organismos internacionales involucrados con la materia de esta Ley.

Según el artículo 5 corresponderá al Ministerio de Agricultura y Ganadería, mediante el Senasa, la reglamentación, planificación, administración, coordinación, ejecución y aplicación de las actividades oficiales con carácter nacional, regional

e internacional, relativas a la salud de la población animal, los residuos, la salud pública veterinaria, el control veterinario de la zoonosis, la trazabilidad/rastreabilidad, la protección y la seguridad de los alimentos de origen animal, los alimentos para los animales, los medicamentos veterinarios, el material genético animal, los productos y los subproductos, la producción, el uso, la liberación o la comercialización de los organismos genéticamente modificados que puedan afectar la salud animal o su entorno, y las sustancias peligrosas de origen animal.

Respecto a las competencias el artículo 6 determina:

- h) Establecer y ejecutar las medidas necesarias sobre la producción, el uso, la liberación o la comercialización de organismos genéticamente modificados que sean animales, sus productos, sus subproductos de origen animal, los agentes de control biológico u otros que puedan representar cualquier tipo de riesgo no aceptable en el ambiente, la salud humana, animal o biológica del entorno. Para estos efectos, el Senasa contará con las mismas competencias y potestades establecidas en los artículos 41 y 42 de la Ley N° 7664, de 8 de abril de 1997, y sus reformas. La Comisión Técnica de Bioseguridad, creada en el artículo 40 de dicho cuerpo normativo, fungirá como órgano asesor del Senasa en el ámbito de su competencia.

Ley de Protección Fitosanitaria y normativa conexas”

Para la importación de todo animal doméstico, silvestre, acuático u otro, su material genético, sus productos,

subproductos, derivados, sus desechos, las sustancias peligrosas, los alimentos para animales y los medicamentos veterinarios o el material biotecnológico de origen animal o que pueda afectar el ambiente, la salud de los animales o la salud humana, deberá contarse con el permiso sanitario previo de importación y deberá cumplirse con la legislación vigente. En todo momento, deberán observarse las disposiciones de la Convención sobre el comercio internacional de especies amenazadas de flora y fauna silvestres (Cites), ratificada mediante la Ley N° 5605, de 30 de octubre de 1974, y la Ley de conservación de la vida silvestre, N° 7317, de 21 de octubre de 1992.

No obstante, si en el momento de arribo al país el embarque presenta síntomas y condiciones morbosas o condiciones organolépticas anormales o adulteradas, el funcionario autorizado podrá actuar de conformidad con las disposiciones previstas en esta Ley y su Reglamento (artículo 49). Se prohíbe la importación, el tránsito o el desplazamiento de animales domésticos, silvestres, acuáticos u otros, de su material genético, sus productos, subproductos, derivados, sus desechos, las sustancias peligrosas, los medicamentos veterinarios, los alimentos para animales, los productos biotecnológicos de origen animal o destinados al uso o consumo de los animales, así como del material de otra índole que puedan ser potenciales portadores o vehículos de agentes infecciosos, parasitarios o tóxicos, que pongan en riesgo el ambiente, la salud pública veterinaria o la salud animal. En caso de poner en riesgo la salud humana, el Senasa deberá informarlo al Ministerio de Salud (artículo 50).

Por medio de la Directriz SENASA-DG-D007-2012 crea la Comisión Interna de Bioseguridad del Servicio. Esta indica una competencia de la Comisión en los OVM de origen animal y/o destinados a uso directo como alimento o animal o para procesamiento, utilizados como agentes de control biológico o cualquiera otro OV de aplicación en animales.

La citada normativa otorga una amplia competencia al Servicio con relación a OVM animales.

g) Ley de Conservación de la Vida Silvestre No. 7317 modificada sustancialmente por la Ley No.9016.

La Ley tiene como finalidad establecer las regulaciones sobre la vida silvestre. La vida silvestre está conformada por el conjunto de organismos que viven en condiciones naturales, temporales o permanentes en el territorio nacional, tanto en el territorio continental como insular, en el mar territorial, las aguas interiores, la zona económica exclusiva y las aguas jurisdiccionales y que no requieren el cuidado del ser humano para su supervivencia. Los organismos exóticos declarados como silvestres por el país de origen, los organismos cultivados o criados y nacidos en cautiverio provenientes de especímenes silvestres, sus partes, productos y derivados son considerados vida silvestre y regulados por ley. La vida silvestre únicamente puede ser objeto de apropiación particular y de comercio, mediante las

disposiciones contenidas en los tratados públicos, los convenios internacionales, esta ley y su reglamento (artículo 1).

El Estado tendrá como función esencial y prioritaria la aplicación y el cumplimiento de esta ley; asimismo, garantizará que el fomento y las actividades productivas relacionadas con el manejo y la reproducción de la vida silvestre sean realizados de forma sostenible.

Esta ley no se aplicará a la conservación, el manejo sostenible, la protección y la adecuada administración de la vida silvestre, que resulten de prácticas, usos y costumbres tradicionales sin fines de lucro de los pueblos indígenas dentro de sus territorios.

La presente ley no se aplicará a las especies de interés pesquero o acuícola, cuya regulación específica se establecen en la Ley N° 7384, de 16 de marzo de 1994, y la N°. 8436, de 1 de marzo de 2005, y cuya competencia como entidad ejecutora corresponde a Incopeca¹¹; asimismo, no aplicará a las especies forestales, los viveros, los procesos de reforestación, el manejo y la conservación de bosques y los sistemas agroforestales, cuya regulación específica se establece en la Ley Forestal, N° 7575, de 13 de febrero de 1996, y sus reformas.

Toda actividad relacionada con el uso y acceso de la información genética y bioquímica de la vida silvestre se registrará por lo dispuesto en el Convenio sobre la Diversidad Biológica y sus Anexos, Ley N.º 7416, de 30 de junio de 1994, la Ley de Biodiversidad, N.º 7788, de 30 de abril de 1998, y las normas concordantes

del ordenamiento jurídico costarricense. Quedan a salvo las competencias atribuidas al Senasa, por su ley de creación, N.º 8495, de 6 de abril de 2006.

El artículo 2 contiene algunas definiciones de interés entre ellas:

“Vida silvestre: conjunto de organismos que viven en condiciones naturales, temporales o permanentes en el territorio nacional, tanto en el territorio continental como insular, en el mar territorial, aguas interiores, zona económica exclusiva y aguas jurisdiccionales y que no requieren el cuidado del ser humano para su supervivencia. Los organismos exóticos declarados como silvestres por el país de origen, los organismos cultivados o criados y nacidos en cautiverio provenientes de especímenes silvestres, sus partes, productos y derivados son considerados vida silvestre y regulados por ley.

Fauna silvestre: la fauna silvestre está constituida por los animales vertebrados e invertebrados, residentes o migratorios, que viven en condiciones naturales o que hayan sido extraídos de sus medios naturales o reproducidos ex situ con cualquier fin en el territorio nacional, sea este continental o insular, en el mar territorial, en aguas interiores, zona económica exclusiva o aguas jurisdiccionales y que no requieren el cuidado del ser humano para su supervivencia; así como aquellos animales exóticos, vertebrados e invertebrados, declarados como silvestres por el país de origen; incluye también los animales criados y nacidos en cautiverio provenientes de especímenes silvestres. La clasificación

taxonómica de las especies se establecerá en el reglamento de esta ley.

Flora silvestre: la flora silvestre está constituida por el conjunto de plantas vasculares y no vasculares, algas y hongos existentes en el territorio nacional, continental o insular, en el mar territorial, aguas interiores, zona económica exclusiva o aguas jurisdiccionales, que viven en condiciones naturales o que hayan sido extraídas de su medio natural o reproducidas ex situ con cualquier fin, las cuales se indicarán en el reglamento de esta ley; así como aquellas plantas vasculares y no vasculares, algas y hongos exóticos declarados como silvestres por el país de origen; incluye también las plantas vasculares y no vasculares, algas y hongos que hayan sido cultivados en cautiverio provenientes de especímenes silvestres. Se exceptúan de ese conjunto las plantas vasculares que correspondan al concepto de “árbol forestal” y las plantas, hongos y algas de uso agrario, de acuerdo con la definición dada por la ley o la reglamentación que regula esta materia. “

Igualmente, la LCVS otorga competencias generales al SINAC tratándose de vida silvestre. Si bien es cierto no se mencionan los OVM, la legislación resulta de aplicación al caso de cualquier animal silvestre, sea o no OVM, dado que esta condición no elimina tal característica. Por tanto, resulta imprescindible determinar- mediante mecanismos de consulta legales a instancias pertinentes o por medio de una coordinación previa- cuál es el ámbito a ser cubierto por la normativa de OVM a ser aplicada por el Ministerio de Ambiente y Energía y cuál por el SENASA, con el fin de crear un sistema coherente y evitar duplicidades innecesarias.

¹¹ El artículo 61 de la Ley reafirma la competencia del SINAC sobre especies marinas no comerciales.

h) Ley Forestal No. 7574

La Ley Forestal no contempla ninguna referencia a OVM. El artículo 1 establece como objetivo general de la misma: "...como función esencial y prioritaria del Estado, velar por la conservación, protección y administración de los bosques naturales y por la producción, el aprovechamiento, la industrialización y el fomento de los recursos forestales del país destinados a ese fin, de acuerdo con el principio de uso adecuado y sostenible de los recursos naturales renovables. Además, velará por la generación de empleo y el incremento del nivel de vida de la población rural, mediante su efectiva incorporación a las actividades silviculturales".

No obstante, el recurso forestal como tal, se encuentra bajo el ámbito de competencias del Sistema Nacional de Áreas de Conservación.

III. Conclusiones

El marco legal e institucional relacionado con OGM presenta una importante fragmentación y algunos vacíos y lagunas en lo concerniente a las competencias para el tratamiento de los diferentes tipos de OGM que pueden ser objeto de liberación (animales, vegetales, árboles, microorganismos, mosquitos, peces, etc).

Un enfoque más recomendable sería siguiendo la dirección de las legislaciones de países como Brasil y México- contar con una ley de bioseguridad que solventara estas y otras dificultades y estableciera un ordenamiento más claro en beneficio de todos los actores.

DIFERENCIAS ENTRE EL PRECONTRATO DE PROMESA DE VENTA Y EL CONTRATO DE COMPRAVENTA

Dr. Rodrigo José Carranza Zúñiga

Sumario

- I. Introducción
- II. Concepto de precontrato de promesa de venta
- III. Concepto de contrato de compraventa
- IV. Confusión entre dichos institutos y sugerencias para superar dicha problemática
- V. Jurisprudencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia sobre la distinción entre ambas figuras
- VI. Conclusión
- VII. Bibliografía

Resumen

El precontrato de promesa de venta es un instituto jurídico cuya *ratio* mira a agrupar las tratativas negociales que rodean una potencial venta de un bien. Esta figura prenegocial, ergo, tiene un carácter netamente preparatorio o preliminar de lo que, a futuro, posiblemente se erigirá como el contrato de compraventa perfecta. En la promesa (u opción) de venta las partes procuran delinear las condiciones en las cuales podría darse una eventual venta que, al momento del precontrato, no se quiere o no se puede consumir. La esencia del precontrato de promesa de venta radica en dejar constancia de las condiciones y estipulaciones con base en las cuales se efectuará la eventual venta, pero sin que aun medie acuerdo de cosa y precio. El talón de Aquiles de la promesa (u opción de venta) se detecta en la imperante confusión de ésta con el contrato principal o definitivo, es decir, con la compraventa perfecta. Los elementos ontológicos del precontrato de promesa de venta, sumados a la función jurídica y económica que dicho convenio debe realizar, son aspectos imprescindibles para proponer una adecuada distinción entre tal instituto precontractual y el instituto de la compraventa. El presente trabajo abordará esta problemática, resaltando la confusión reinante y, consecuentemente, propondrá soluciones que permitan trazar una clara línea divisoria entre ambas figuras, superando las dificultades teórico-prácticas que suscita la débil, y muchas veces imprecisa, distinción en la materia.

DIFERENCIAS ENTRE EL PRECONTRATO DE PROMESA DE VENTA Y EL CONTRATO DE COMPRAVENTA

Dr. Rodrigo José Carranza Zúñiga¹

I. INTRODUCCIÓN

El ordenamiento jurídico costarricense contempla dos institutos jurídicos que, frecuentemente, son confundidos por parte de algunos operadores del Derecho: el **precontrato de promesa (u opción) de venta** y el **contrato de compraventa**.

La confusión se origina en la falta de conocimiento de los elementos ontológicos que componen a estos institutos, y en un mal entendimiento de la función jurídica y socio-económica que cada uno está destinado a cumplir.

Estas breves líneas intentarán proveer al jurista de algunos criterios de distinción entre ambos institutos, en aras de disminuir la confusión imperante en la materia, e intentando depurar la forma en que cada figura es utilizada en la práctica.

Para reforzar la distinción entre el precontrato de promesa de venta y la compraventa definitiva, se evocarán (cuando resulten oportunas) algunas consideraciones sobre la naturaleza mueble o inmueble del objeto del negocio jurídico, las cuales resultan relevantes para moldear el contenido de las estipulaciones del convenio, así como los efectos jurídicos que éste puede desplegar.

Una adecuada utilización de los dos institutos bajo examen, otorga seguridad jurídica a las partes que conforman el negocio jurídico, quienes estarán previamente advertidas sobre los efectos jurídicos del acuerdo que están suscribiendo, evitando recibir - eventualmente - la sorpresiva noticia de que un documento que firmaron, otrora, con una determinada voluntad negocial, posteriormente los estaría vinculando de modo muy distinto al que el encabezado del convenio sugirió en su momento...

Para vigorizar la distinción jurídica entre la promesa (u opción) de venta y la compraventa, estas líneas serán constantemente permeadas de doctrina nacional y extranjera, haciendo especial mención a la doctrina italiana, cuya referencia en este campo, a juicio del autor, resulta altamente enriquecedora.

Por último, el autor echará mano de la jurisprudencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, cuya intervención ha sido solicitada en sendos procesos jurisdiccionales, con el propósito de esclarecer la distinción que es objeto de análisis en este trabajo.

¹ Doctor en Derecho por l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata", énfasis en Litigio y Resolución Alternativa de Conflictos. Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica. Actualmente abogado litigante en Carranza&Asociados. Email rjcarranza@gmail.com

II. CONCEPTO DE PRECONTRATO DE PROMESA DE VENTA

La opción de venta o promesa de venta es un instituto jurídico que presenta una relación de género-especie con la categoría del 'precontrato'.

El profesor costarricense D. BAUDRIT CARRILLO, ofrece una útil definición del género del precontrato:

*Es engañosa esta terminología, puesto que podría dar pie a pensar que un precontrato tiene naturaleza diferente a la de un contrato. No es así. Un precontrato es un acuerdo entre dos o más sujetos sobre intereses jurídicos patrimoniales, **que tiene como fin o propósito la preparación o celebración de un contrato futuro, que no se puede o no se quiere celebrar actualmente. El precontrato es preparatorio de otro futuro. El precontrato tiene el mismo régimen de todo contrato (para la formación, los efectos y la extinción). Es una categoría dentro de los contratos, puesto que por su vocación de tener efectos provisionales, en la medida en que sólo prepara un contrato futuro, se diferencia del contrato definitivo.**² (la negrita no corresponde al texto original).*

Siguiendo la línea doctrinaria del profesor D. BAUDRIT CARRILLO, el precontrato está contenido en la categoría general de los contratos, y lo que sutilmente lo diferencia del género 'contrato' - en la óptica del suscrito - es que, en el primero, el acuerdo de voluntades tiende a preparar la celebración de un contrato futuro **que al**

momento del precontrato aún no resulta viable celebrarlo, o bien, porque las partes del negocio aún no desean consumarlo y se limitan a delinear ciertas tratativas que, a futuro, servirán para dar forma y contenido al contrato de venta definitivo.

El precontrato constituye el 'género', y la promesa de venta es la 'especie', es decir, toda opción o promesa de venta es un precontrato, pero no todo precontrato es una opción o promesa de venta: existen otras tipologías de precontratos que integran a este género y lo hacen más vasto.

Profundizando propiamente en la figura de la promesa de venta, resulta vital destacar que ésta normalmente surge como una vía consensual preliminar, que concede a las partes un plazo determinado para analizar y ponderar, sesudamente, los aspectos económicos y jurídicos más complejos del negocio, previo a adoptar la decisión final de aceptar o declinar la celebración del contrato definitivo; incluso, esta tipología de precontrato, concede a las partes un arco de tiempo útil para indagar otros elementos relevantes del negocio que, por la premura del trajín comercial, tal vez no podían ser consultados al momento de la suscripción de la promesa.

Tal y como se indicó en líneas introductorias, la naturaleza del objeto de la opción de venta, permite decantar aún más la función de este precontrato. Se piensa, por ejemplo, a la hipótesis en la cual la promesa se hace sobre un bien inmueble, localizado en una zona inmobiliaria de alta demanda y con una plusvalía galopante: el pago de las arras por parte del optante o eventual comprador, le

permite reservar su derecho futuro de adquirir el inmueble, prohibiendo al promitente o eventual vendedor aceptar, posteriormente, ofertas de terceros interesados. Como colofón, el futuro comprador obtiene un plazo prudencial para indagar el valor comercial actual de la finca, revisar minuciosamente los antecedentes de dominio sobre el inmueble, inspeccionar *in situ* la propiedad, revisar la correcta ubicación y demarcación de los linderos de ésta, corroborar la inexistencia de ocupantes en precario, descartar la existencia de nacientes intermitentes o permanentes, verificar el adecuado acceso del lote a calle pública, consultar el uso de suelo, revisar que la propiedad se encuentre al día en el pago de los tributos municipales, en fin, el eventual comprador adquiere un lapso temporal para hacer un examen exhaustivo y minucioso de ciertos elementos, cuya revisión resulta indispensable, previo a la adquisición del inmueble.

En la hipótesis en que el objeto de la promesa de venta sea un bien mueble, el pago de las arras por parte del optante le permite "reservar" su derecho futuro de adquirir el bien mueble, excluyendo a terceros interesados de poder ejercitar, posteriormente, el derecho de reserva, y además, permite al optante verificar que el futuro vendedor ostente, a cabalidad, la posesión de la cosa. El optante puede, además, revisar el estado material del bien mueble, corroborar que éste se encuentre al día con el pago de los derechos y tributos respectivos, cotejar que medie una correspondencia entre la información que brinda el Registro Público de la Propiedad Mueble y la información de fábrica o la que arroja la realidad material del bien.

Colocando el análisis sobre aspectos subjetivos del acuerdo, el precontrato de

promesa de venta sirve como un termómetro para que las partes contratantes puedan medir, recíprocamente, la presencia de la buena fe, el correcto ejercicio del deber de información y del deber de cooperación negocial: es inobjetable que la parte que en una promesa de venta no se comporta con probidad y buena fe, o que dolosamente incumple a los términos precontractuales pactados, repetirá, con creces, dicha línea conductual durante la ejecución del contrato de venta definitivo.

El precontrato de promesa de venta (también denominado opción de venta, promesa recíproca de compraventa, entre otros...), en la práctica negocial, se ha convertido en una útil herramienta para armonizar las tratativas negociales que rodean una eventual venta, de un bien determinado o determinable. Esta categoría del género precontrato, concede a las partes contratantes, tiempo para pensar y definir ciertas condiciones o aspectos que aún no se han madurado. Como prueba de lo anterior destaca la solicitud de financiamiento que realiza el eventual comprador: una vez suscrita la promesa de venta, el optante plantea su solicitud de préstamo o la de ampliación de la línea de crédito ya existente, ante la entidad bancaria o financiera de su elección, con el propósito de que, una vez verificada la expiración del plazo de la promesa, el sujeto gozará de las condiciones para concretar la venta, si aún desea realizarla. Nótese que deviene normal que las entidades bancarias y financieras, en la práctica, exijan la presentación de la promesa de venta, debidamente suscrita por el optante y el promitente, como requisito para la aprobación del crédito respectivo. Incluso, si se hila más fino, dichas entidades acostumbran solicitar al gestor del crédito que la promesa de venta contemple un

² D. BAUDRIT CARRILLO, Teoría general del contrato, 3º ed., San José, 2000, 53.

plazo razonable (la costumbre comercial es un plazo mínimo de tres meses) para que el crédito pueda estudiarse y, de ser procedente, que sea aprobado.

Es notorio que, tanto en las promesas de venta de muebles como en las de inmuebles, el promitente o futuro vendedor debe renunciar a su derecho de ofrecer y/o vender el bien a futuros postores. En la práctica comercial, con la suscripción de la opción de venta, el promitente concede al optante un lapso de tiempo para que éste estudie la oferta y adopte una decisión al respecto. Como compensación o contraprestación al tiempo concedido por el futuro vendedor, el optante entrega al oferente una suma “simbólica”. Esta suma viene denominada como ‘señal’ o ‘arras’. La palabra “simbólica”, no implica que la suma entregada sea mínima o económicamente insignificante, en realidad, sugiere que dicha suma es entregada como símbolo del *animus contrahendi*, es decir, como símbolo de la voluntad de sellar el acuerdo precontractual.

El carácter simbólico, también sugiere que la suma entregada como señal o arras corresponda a un porcentaje, a una suma mínima o “simbólica” en relación con el precio total pactado. Asumir arras sumamente altas (30%, 40% o 50% del precio total de la eventual venta, por ejemplo) se convertiría en un pago desproporcionado, y podría servir de indicio para interpretar que lo que se pactó, propiamente, fue la venta definitiva de la cosa, y no un simple precontrato de opción de venta.

Las arras permanecen en custodia del promitente durante el plazo de la promesa u opción de venta, en espera de lo que acontezca durante el plazo precontractual

pactado. Una vez transcurrido el plazo pactado, sin que la promesa haya sido perfeccionada con la suscripción del contrato de venta definitivo, por causas no imputables a la promitente, la suma entregada a título de arras pasaría - *ipso facto* - a formar parte del patrimonio del dueño de la cosa, salvo que en el precontrato se haya estipulado pacto en contrario. Así lo dispone el artículo 1058 del Código Civil costarricense:

«Artículo 1058. Las cantidades que con el nombre de señal o arras se suelen entregar en las ventas, se entiende siempre que lo han sido por cuenta del precio y como ratificación del contrato, sin que pueda ninguna de las partes retractarse perdiendo las arras, salvo que así esté expresamente estipulado.»

La *ratio* de esta norma transcrita debe analizarse sobre la base de dos posibles hipótesis.

En la primera hipótesis, en la cual se lleva a feliz término el negocio jurídico definitivo, la Ley reputa las arras como un monto que ratifica el nacimiento del contrato definitivo, pero a su vez, dicho pago se concibe, ahora, como el primer abono al precio total de la venta pactado. Por consiguiente, las arras **confirman** la venta, de ahí precisamente toma sentido el concepto de ‘arras confirmatorias’.

En la segunda hipótesis, que refiere a la no celebración del contrato definitivo, la Ley reputa las arras como una indemnización para el promitente o dueño, por el lapso de tiempo durante el cual éste excluyó su propiedad del mercado inmobiliario, exclusión que pudo haberle privado de la posibilidad de escuchar otras ofertas, e incluso, la posibilidad de haber realizado la eventual venta de la cosa a terceros.

Se puede argumentar que el artículo 1051 del Código Civil crea un desequilibrio precontractual en relación con las arras: si la parte optante incumple a los términos de la promesa de venta, según nuestra Ley, dicha parte perdería la suma que entregó a la promitente a título de arras; sin embargo, si quien incumple a los términos de la promesa es la parte promitente, el optante podría aspirar, únicamente, a pedir la devolución de las arras. Ciertamente la parte optante, en caso de incurrir en incumplimiento precontractual, sufre una pérdida patrimonial irremediable, sin posibilidad alguna de solicitar la repetición de lo pagado. Cosa muy distinta resulta del incumplimiento de la parte promitente, ya que la responsabilidad civil precontractual que asume es la devolución de una suma que, *ab origine*, ni siquiera le pertenecía, ya que ésta salió de la esfera patrimonial del optante. Dicho de otro modo, si las partes en el contenido de la promesa, guardan silencio sobre la devolución de las arras, la aplicación supletoria de la norma de nuestro Código Civil, irónicamente, es paternalista en relación con el promitente irresponsable, quien, en caso de incurrir en incumplimiento, asume una responsabilidad civil muy tenue en comparación con la que asume, en caso de incumplimiento, la contraparte.

El desequilibrio contractual que se genera en la disposición 1051 de nuestro Código Civil, ya ha sido afrontado por doctrina y legislación extranjeras, y se han adoptado diversas soluciones que miran a equilibrar la balanza precontractual.

En la doctrina española destacan, por ejemplo, los juristas españoles, J. L. LACRUZ BERDEJO y F.D.A. SANCHO REBULLIDA, quienes en su análisis de las arras confirmatorias exponen, textualmente, lo siguiente:

«d) *Las arras confirmatorias. Finalmente, cuando verdaderamente existan arras confirmatorias, lo cual será una cuestión de prueba probablemente difícil, si el obligado cumple, habrá una simple imputación al precio (o procederá la devolución del objeto); y, si incumple, parece que habrá una especial afección de las arras a la indemnización de los daños y perjuicios; pero, de suyo, no se pierden automáticamente.»*³

La doctrina española, en esencia, asume una posición muy similar a la imperante en nuestro ordenamiento jurídico, con la diferencia de que la pérdida de las arras, en caso de incumplimiento del optante, no opera automáticamente. Sin embargo, la Ley española soslaya dar respuesta a los efectos del incumplimiento del promitente, por lo cual, a la luz de las normas ibéricas, si el futuro vendedor incumple, deberá éste devolver únicamente las arras recibidas.

Por su parte, la doctrina y la legislación italiana, se inclinan por una posición jurídica más equilibrada y equitativa, en parangón a la posición nacional y a la ibérica. El jurista F. GAZZONI, refiriéndose al concepto de arras confirmatorias explica, literalmente, lo siguiente:

3 L. LACRUZ BERDEJO y F.D.A. SANCHO REBULLIDA, Derecho de obligaciones, 2da ed., Vol. I, Barcelona, 1985, 358.

«Diferente de la cláusula penal, pero análoga en cuanto a la función de impulsar al deudor a cumplir correctamente, resulta la figura de las arras confirmatorias, contemplada en el art. 1385. Si al momento del perfeccionamiento del contrato (o incluso después del perfeccionamiento, pero antes de la ejecución) una parte entrega a la otra (o a un apoderado de las partes) a título de arras confirmatorias, una suma de dinero o una cantidad de otras cosas fungibles, tales arras confirmatorias, en caso de cumplimiento, deben ser restituidas o imputadas a la prestación debida. Si en cambio, la parte que entregó las arras incumple, la contraparte, a través de una declaración unilateral recisoria, puede rescindir el contrato (en sustancia, se trata de una facultad resolutoria), conservando las arras; **si resulta que la parte incumpliente es la que recibió las arras, la contraparte puede rescindir el contrato y exigir el doble de lo entregado como arras.**»⁴ (la negrita no corresponde al texto original).

En el ámbito legislativo italiano, el artículo 1385 del *Codice Civile*, desarrolla el instituto de la 'caparra confirmatoria' (arras confirmatorias) en los siguientes términos:

«**Art. 1385. Arras confirmatorias.** Si al momento de la conclusión del contrato una parte entrega a la otra, a título de arras, una suma de dinero, o una cantidad de otras cosas fungibles, las arras, en caso de incumplimiento, deben ser devueltas o imputadas a la prestación debida. Si la parte que ha entregado las arras es la incumpliente, la otra puede rescindir el contrato, conservando las arras; si quien incumplió fue la parte que recibió las arras, la otra parte puede rescindir el contrato y exigir el pago del doble de las arras. Sin embargo, si la parte que no ha incumplido prefiere exigir la ejecución forzosa o la resolución del contrato, el resarcimiento de los daños y perjuicios está regulado por las normas generales.»⁵

Es indiscutible que la doctrina y la legislación italiana, logran garantizar, en sede precontractual, un verdadero equilibrio en el tratamiento de las arras de cara a eventuales incumplimientos. La corriente doctrinaria y el *Codice Civile* italiano sí pensaron en una solución, oportuna y justa, al problema de los efectos jurídicos y económicos que produce el incumplimiento del promitente.

4 «Diversa della clausola penale, ma analoga nella funzione di spingere il debitore ad adempiere correttamente, è la caparra confirmatoria disciplinata dall'art. 1385. Se al momento della conclusione del contratto (o anche dopo, ma prima dell'esecuzione) una parte dà all'altra (o ad un terzo mandatario delle parti) a titolo di caparra, una somma di denaro o una quantità di altre cose fungibili, la caparra, in caso di adempimento, deve essere restituita o imputata alla prestazione dovuta. Se invece la parte che ha dato la caparra è inadempiente, l'altra, con dichiarazione unilaterale recettizia, può recedere dal contratto (si tratta in sostanza di una facoltà risolutoria), ritenendo la caparra; se poi inadempiente è la parte che l'ha ricevuta, l'altra può recedere dal contratto ed esigere il doppio della caparra.» F. GAZZONI. Manuale di Diritto Privato, XIV ed., Napoli, 2009, 649-650.

5 «Art. 1385. Caparra confirmatoria. Se al momento della conclusione del contratto una parte dà all'altra, a titolo di caparra, una somma di danaro, o una quantità di altre cose fungibili, la caparra, in caso di adempimento, deve essere restituita o imputata alla prestazione dovuta. Se la parte che ha dato la caparra è inadempiente, l'altra può recedere dal contratto, ritenendo la caparra; se inadempiente è invece la parte che l'ha ricevuta, l'altra può recedere dal contratto ed esigere il doppio della caparra. Se però la parte che non è inadempiente preferisce domandare l'esecuzione o la risoluzione del contratto, il risarcimento del danno è regolato dalle norme generali.»

La anterior referencia de Derecho comparado, hace apremiante una reforma parcial de las normas patrias que desarrollan las arras confirmatorias, procurando un equilibrio de los intereses de las partes, en especial, en caso de verificarse un eventual incumplimiento precontractual del promitente. Esta propuesta, *de iure condendo*, garantizaría un mayor compromiso precontractual de la parte promitente o futura vendedora, para que mantenga y respete su oferta, ya que es probable que una vez suscrita ésta, el propietario pueda recibir, posteriormente, ofertas más tentadoras por parte de terceros, sintiéndose, por tanto, tentado a rechazar la oferta en curso, a pesar de que el optante todavía no le haya manifestado si acepta o declina la oferta. Incluso, la reforma legal aquí propuesta, tutelaría también a los terceros que, sin estar debidamente informados de la existencia de un precontrato precedente, inician tratativas con el dueño de la cosa. Sobre el argumento anterior, lo que destaca es una clara violación al deber de información y de buena fe en los contratos. A propósito, el jurista P. GALLO, sobre el deber de información en la etapa de tratativas, indica:

«*Muchos de estos casos pueden ser reconducidos a la violación de un deber particular que se coloca en el ámbito de las tratativas, es decir, el deber de información. En otras palabras, la falta de corrección, puede consistir en no haber advertido a la contraparte de haber instaurado tratativas paralelas con otros sujetos, y así sucesivamente.*»⁶

6 «Molti di questi casi possono anche essere ricondotti alla violazione di un dovere particolare che si pone nell'ambito delle trattative, vale a dire il dovere di informazione. La scorrettezza può in altre parole consistere nel non aver avvertito la controparte di aver instaurato trattative parallele con altri soggetti, e così via.» P. GALLO. Contratto e buona fede, 1ª ed, Torino, 2009, 140.

7 A. TORRENTE e P. SCHLESINGER, Manuale di Diritto Privato, 19ª ed, Milano, 2009, 660.

En resumen, es plausible afirmar que el precontrato de promesa de venta tiene un tinte preventivo, en razón de que éste permite a las partes conocerse, analizar detalladamente el bien que se pretende adquirir, valorar sus conductas durante el *iter* precontractual, ponderar los posibles escenarios a los que se enfrentarían con la suscripción del contrato definitivo, e incluso (indirectamente) atenuar el daño patrimonial que derivaría de un incumplimiento. Los daños y perjuicios que pueden generarse, en el seno del precontrato de promesa de venta, por culpa *in contrahendo*, normalmente están relacionados a incumplimientos sobre la tenencia y la disposición de las arras (salvo que se incluya una cláusula penal), mientras que en el contrato de compraventa perfecta, los daños y perjuicios, normalmente se proyectan con un espectro mucho mayor, el cual puede traducirse en el resarcimiento del daño emergente, el lucro cesante, el daño moral y el daño psicológico.

III. CONCEPTO DE CONTRATO DE COMPRAVENTA DEFINITIVO

La compraventa es uno de los contratos más antiguos del derecho civil. Los juristas italianos, A. TORRENTE y P. SCHLESINGER, indican, con buen tino, que «*la venta es, desde hace muchos años, el contrato de mayor importancia, en relación con el cual cualquier persona comúnmente se vale para procurarse la disponibilidad de los bienes que necesita.*»⁷ La compraventa es un contrato consensual y traslativo del

dominio: es indispensable que exista acuerdo de cosa y precio para lograr que ocurra el perfeccionamiento del convenio, y que éste despliegue plenamente todos sus efectos.

El jurista italiano, A. TRABUCCHI, señala que «*los elementos esenciales de la compra venta son el consenso, la cosa y el precio.*»⁸

Retomando estos elementos se puede argüir que una vez que las partes han determinado o identificado el bien objeto del contrato, el acuerdo sobre el precio de éste, y el consenso – expreso o tácito – de efectuar la compraventa del mismo, se produciría el perfeccionamiento del contrato de compraventa. Así lo dispone el numeral 1049 del Código Civil al indicar que: «*La venta es perfecta entre las partes desde que convienen en cosa y precio.*»

La compraventa, por ende, es un contrato oneroso, esto implica que para poder distinguir que estamos frente a una compraventa debe existir el elemento del precio, que corresponde a una suma dineraria: el precio distingue a la compraventa de la permuta.⁹

La venta además es un contrato traslativo de dominio: una vez que concurren todos los elementos que exige el numeral 1049 del Código Civil, opera, automáticamente, el traslado del dominio sobre la cosa a favor del adquirente.

El jurista A. TRABUCCHI brinda una definición muy puntual del contrato de venta, diferenciando la fase de configuración o germinación de la venta (fase genética), de la fase de ejecución de las obligaciones que de desprenden de ésta:

«*La venta es típicamente un contrato consensual, que se perfecciona con el simple consentimiento de las partes, prescindiendo de la entrega de las res vendida. Para efectos del perfeccionamiento del contrato de compraventa no es necesario que el vendedor transfiera materialmente la posesión de la cosa al comprador, ni que éste último pague el precio pactado. La entrega de la cosa vendida y el pago del precio pasan a conformar parte de la lista de obligaciones que derivan del contrato de compraventa, una vez que este haya sido perfeccionado: conciernen, por ende, al momento de actuación y no al momento genético de la relación jurídica. Repitémoslo todavía una vez más: se está frente a una venta perfecta incluso sin que haya habido pago del precio y sin transferencia material de la posesión de la cosa vendida.*»¹⁰

En cuanto a la eficacia del convenio, la compraventa puede tener efectos reales o efectos obligatorios.

La compraventa con efectos reales alude al convenio que recae sobre un bien

⁸ A. TRABUCCHI. Istituzioni di Diritto Civile, a cura di G. TRABUCCHI, 44° ed., Padova, 2009, 799.

⁹ A. TORRENTE e P. SCHLESINGER, Manuale di Diritto Privato, 19° ed, Milano, 2009, 661.

¹⁰ La vendita è tipicamente un contratto consensuale, che si perfeziona con il semplice consenso delle parti, a prescindere, cioè, dalla consegna della res compravenduta. Ai fini del perfezionamento del contratto di compravendita non è, infatti, necessario che il venditore trasferisca materialmente il possesso della cosa al compratore, né che quest'ultimo paghi il prezzo pattuito. La consegna della cosa venduta e il pagamento del prezzo rientrano nel novero delle obbligazioni che scaturiscono dal contratto di compravendita una volta che questo si sia perfezionato: riguardano, cioè, il momento attuativo e non il momento genetico del rapporto. Ripetiamolo ancora una volta: si ha vendita perfetta anche senza pagamento del prezzo e senza trasferimento materiale del possesso della cosa venduta. A. TRABUCCHI. Istituzioni di Diritto Civile, a cura di G. TRABUCCHI, 44° ed., Padova, 2009, 798

determinado o ya existente, donde el consenso de cosa y precio, transfiere, automáticamente, la propiedad de la cosa al adquirente.

La compraventa con efectos obligacionales refiere al acuerdo de venta que comprende cosas determinables: en un primer momento, media un acuerdo de venta sobre un bien que no ha sido determinado, que no pertenece al vendedor, o que su existencia o nacimiento aún es incierto. En estos supuestos fácticos, sí hay compraventa, pero con eficacia obligatoria, ya que surge la obligación del vendedor de realizar los actos necesarios para procurar la *res* vendida al comprador. La compraventa viene etiquetada, además, como un contrato sinalagmático, dado que las partes, con el acuerdo de cosa y precio, asumen obligaciones recíprocas.

Una de las diferencias más importantes del contrato de compraventa con respecto al precontrato de promesa de venta, se detecta en las obligaciones que, tanto el vendedor como el comprador, asumen al momento de celebrar el contrato. De seguido, se ahondará en cada una de las obligaciones de ambas partes, propias de la fase de ejecución del contrato de venta. Dichas obligaciones son esenciales para dar una definición integral del contrato de compraventa perfecta, y para diferenciar a éste del precontrato de promesa de venta.

En el acápite anterior, se expuso cómo y por qué la responsabilidad del promitente-vendedor se circunscribe únicamente a la devolución de las arras (excepción hecha en relación con la inserción de una cláusula penal); en el contrato de compraventa, el vendedor asume una responsabilidad civil de mayor profundidad.

El vendedor, una vez que opera el acuerdo de cosa y precio, asume básicamente cuatro obligaciones: 1) la tradición de la cosa al comprador; 2) la obligación de transferir al comprador, a través de la figura del notario público, la titularidad registral sobre la cosa; 3) la garantía de evicción; 4) la garantía por los vicios ocultos o redhibitorios de la cosa.

1) La tradición de la cosa al comprador:

Esta obligación no es otra cosa que la entrega de la cosa. El artículo 482 del Código Civil se refiere a la tradición en los siguientes términos.

«*Artículo 482. La tradición se realiza desde del momento en que el dueño hace entrega y el adquirente toma posesión de la cosa.*»

Con respecto a los bienes inmuebles, dada la naturaleza de la cosa, en este caso, se trata de una puesta en posesión, es decir, un acto mediante el cual el vendedor permite al comprador, iniciar con el ejercicio de la posesión irrestricta sobre el inmueble vendido.

En relación con los bienes muebles, dada la naturaleza de la cosa, la tradición de la cosa se efectúa mediante la entrega material del objeto al nuevo adquirente.

2) Obligación de transferir al comprador la titularidad registral sobre la cosa:

Cuando el contrato de compraventa se perfecciona, con el acuerdo de cosa y precio del bien vendido, nace otra de las obligaciones sucesivas del vendedor, la cual consiste en

comparecer ante un notario público a suscribir la escritura de venta, para ser presentada al Registro Público respectivo, solicitando la inscripción del traslado del dominio sobre la cosa a favor del comprador, *rectius*, a favor del nuevo dueño de la cosa. Esta obligación lo que procura es dar publicidad registral al contrato de venta, es decir, informar a terceros sobre el traslado del dominio que operó *inter partes*.

En caso de que el vendedor se niegue a transferir, formalmente, la titularidad registral de la cosa, nuestro Código Civil dispone una tutela especial que soluciona el conflicto:

«Art. 1066.- En la venta y en la promesa obligatoria de venta, si el dueño de la cosa se negare a llevar adelante el contrato, o no quisiere llenar las formalidades legales, tendrá derecho el acreedor para que el Juez, en nombre del renuente, formalice el convenio, otorgue la escritura y le haga entrega de la cosa.»

La obligación descrita resultaría superflua, únicamente, cuando la cosa vendida es un bien mueble no inscribible en el Registro Público: en tal supuesto, sólo podría aspirarse al simple convenio de transmisión de la cosa, independientemente de la tradición, según dispone el numeral artículo 480 del Código Civil:

«Artículo 480.- La propiedad de muebles e inmuebles se transmite con relación a las partes contratantes, por el solo hecho del convenio que tenga por objeto transmitirla, independientemente de su inscripción en el Registro y de la tradición.»

Valga mencionar que tratándose de bienes muebles no inscribibles en el Registro Público, la posesión es la condición que hace presumir la titularidad del dominio, una presunción *iuris tantum* que sólo puede ser debatida por el tercero de buena fe que demuestre haber sido despojado, ilegítimamente, del bien por parte del nuevo poseedor.

3) La garantía de evicción:

Esta garantía se traduce como el derecho del nuevo adquirente de no ser perturbado en el goce y disfrute del bien adquirido. Los juristas A. TORRENTE y P. SCHLESINGER, aludiendo a la función fundamental que tiene el contrato de compraventa, proporcionan una útil acepción de la garantía evicción:

«La función fundamental de la venta consiste en hacer que el comprador adquiera la titularidad del derecho transferido y la libre disponibilidad del bien vendido. La Ley atribuye, por consiguiente, al comprador una tutela particular para el caso en el cual sea disturbado en el goce del bien adquirido, por efecto de pretensiones que terceros hagan valer en su contra.»¹¹

Es una garantía o condición implícita en el contrato de venta, lo cual hace innecesaria la inserción de una estipulación expresa en el contrato. De ahí que se denomina dicha garantía como una de las condiciones tácitas que acompañan al contrato de compraventa.

El Código Civil costarricense en el Libro Tercero titulado 'De los contratos y los

cuasicontratos', dedica todo el Capítulo IV, al desarrollo y regulación de la garantía. Sobre el punto, conviene destacar la disposición 1034 que impone, sin excepción, la garantía de evicción al enajenante.

«ARTÍCULO 1034. Todo aquel que ha transmitido a título oneroso un derecho real o personal, garantiza su libre ejercicio a la persona a quien lo transmitió.»

La evicción, al tenor de nuestro Código Civil, puede ser total o parcial.

4) Los vicios por los vicios ocultos o redhibitorios de la cosa:

Los vicios ocultos, también denominados redhibitorios, constituyen los defectos de la cosa vendida que no fueron puestos, oportunamente, en conocimiento del comprador, o bien, los defectos que no se encontraban a la vista a la fecha en que se verifica el acuerdo de venta entre las partes. Siguiendo las huellas doctrinarias de los juristas A. TORRENTE y P. SCHLESINGER, podemos definir los vicios ocultos de la siguiente forma:

«El vendedor, por ende, está sujeto a esta garantía cuando los vicios sean tales de convertir el bien en inidóneo en cuanto al uso al cual está destinado o, al menos, en disminuir de modo considerable su valor: el vicio redhibitorio, por ende, se verifica solo cuando el defecto perjudique, de manera significativa o de cierta importancia, la función de la cosa o su valor.»¹²

Se trata de vicios de tal entidad, que de haber sido informados al comprador, la venta jamás habría sido consumada. Esta idea es recogida por el artículo 1082 del Código Civil el cual, textualmente, indica:

«Artículo 1082.- La venta no podrá ser anulada por vicios o defectos ocultos de la cosa, de los llamados redhibitorios, salvo si esos vicios o defectos envuelven error que anulen el consentimiento, o si hay estipulación en contrario.»

Con vista en la norma doméstica, se puede inferir que si el comprador conocía de los vicios al momento de la venta, dichos vicios no podrían ser motivo de anulación del contrato. Incluso, es menester señalar que aun cuando los vicios no hayan sido oportunamente advertidos por el vendedor, si el comprador, actuando con la normal diligencia del *bonus pater familias*, estaba en posición de detectarlos, tales vicios no serían motivo de nulidad del convenio: estos son los denominados 'vicios aparentes'.

Un ejemplo clásico de vicios ocultos se observa en el caso de bienes inmuebles, que son remodelados durante la época de verano, para luego ser ofrecidos y vendidos al público en "perfectas condiciones". El comprador, durante el curso del verano, de buena fe y seducido por la estratégica promoción y "óptima" apariencia de un inmueble, adquiere éste y entra a ejercer la posesión, goce y disfrute del bien. Sin embargo, llegada la época lluviosa, los vicios y desperfectos del inmueble, indefectiblemente, y por motivo

11 A. TORRENTE e P. SCHLESINGER, Manuale di Diritto Privato, 19° ed, Milano, 2009, 664.

12 A. TORRENTE e P. SCHLESINGER, Manuale di Diritto Privato, 19° ed, Milano, 2009, 666.

de las lluvias, hacen su brutal aparición. El fatal descubrimiento de los vicios ocultos produce la anulación del consentimiento del adquirente, ya que éste, de haber sido informado sobre los desperfectos y anomalías que podían llegar a verificarse sobre la cosa, muy probablemente, habría declinado - *ab origine* - su intención de compra. Nótese, en la hipótesis expuesta, el carácter marcadamente oculto de los vicios, no sólo porque a simple vista los vicios no podrían haber sido detectados por el adquirente, sino también porque el vendedor, premeditadamente, opta por maquillar los vicios y vender el inmueble, estratégicamente durante el verano, periodo el cual resulta imposible advertir desperfectos que normalmente hacen su aparición como corolario del inicio de las lluvias.

Cuando la venta ha sido perfeccionada, las cuatro obligaciones enunciadas, indudablemente, recaen sobre el vendedor de la cosa, y atan a éste a observarlas y cumplirlas durante la fase de ejecución del contrato.

Situación diametralmente distinta se observa en el precontrato de opción de venta, en razón de que la simple expectativa que germina de dicho convenio, no conlleva el cumplimiento de las obligaciones del vendedor: las mismas resultarían, por un lado, inciertas, y por otro lado, prematuras, debido a que no es dable afirmar, en dicho momento, que la venta definitiva vaya a ser concretada.

Volteando el análisis sobre las obligaciones que el comprador asume al momento de celebrar el contrato, se halla otra diferencia esencial del contrato de compraventa con respecto al precontrato de promesa de venta.

El comprador, en línea de principio, asume menos obligaciones en comparación con el vendedor:

- 1) la obligación de pagar el precio pactado.
- 2) en el plazo.
- 3) en el lugar acordado.

1) Pago del precio pactado sobre la cosa vendida:

El acuerdo que gravita sobre el precio es, indiscutiblemente, la obligación más importante que recae sobre el adquirente. Además, dicha obligación es la que determina la entidad del daño emergente en caso de incumplimiento.

2) Plazo acordado para efectuar el pago:

El comprador se obliga a realizar el pago del precio convenido, dentro de un plazo que establecen las partes. Dicho plazo puede implicar que el pago se haga de modo diferido mediante pagos parciales, o bien, puede pactarse que el pago se haga de forma íntegra en una fecha determinada. Puede ocurrir que las partes, olviden establecer un plazo para el pago, y ante tal escenario, nuestro Código Civil resuelve que el pago se debe hacerse de inmediato, salvo excepción de Ley, o salvo alguna circunstancia relacionada con la naturaleza de la obligación. Sobre el particular, el artículo 774 dispone:

«ARTÍCULO 774. Si la época en que debe ser exigible la deuda no está indicada en el título, el acreedor puede inmediatamente demandar el pago, a menos que la obligación por su naturaleza, o por disposición especial de la ley, requiera, para ser exigible, el lapso de cierto tiempo.»

3) Lugar o forma convenida para realizar el pago:

Al igual que el plazo, el lugar de pago es producto del convenio de partes, pero es un elemento que debe ser observado y cumplido por el comprador. También aquí puede suceder que las partes omitan señalar un lugar para que el mismo sea realizado. La Ley, ante tal omisión, se encarga de resolver la laguna convencional, y aclara la forma de definir el lugar donde debe verificarse el pago: «ARTÍCULO 778. El pago debe hacerse en el lugar designado expresa o implícitamente en el título de la obligación; en defecto de designación, en el domicilio del deudor al contraerse la deuda, a menos que la obligación tenga por objeto una cosa determinada, pues entonces se hará el pago en el lugar en que ella se encontraba al firmarse la obligación.»

No obstante lo anterior, el progreso y modernización de los mecanismos de pago, ha desplazado a la necesidad de señalar un lugar físico de pago, acostumbrándose la realización del pago mediante herramientas electrónicas bancarias y/o financieras, las cuales, por un lado, dejan constancia de la fecha de pago (eliminando la dificultad probatoria de determinar si el pago se efectuó dentro del plazo acordado), y por otro lado, aumentando la seguridad de la transacción económica (se reduce tajantemente el riesgo del caso fortuito del comprador).

En el precontrato de opción de venta, nuevamente la simple expectativa que emana de tal acuerdo, no conlleva el cumplimiento de las obligaciones del comprador: éstas, a pesar de ser más reducidas que las que debe afrontar el vendedor, resultarían aun inciertas y prematuras, y de ahí que el optante no puede ser compelido a llevarlas a cabo mientras el plazo de la promesa no haya expirado y la oferta haya sido aceptada.

IV. CONFUSIÓN ENTRE ESTOS INSTITUTOS y SUGERENCIAS PARA SUPERAR DICHA PROBLEMÁTICA

La génesis de la confusión entre esos institutos se detecta, en primer lugar, en el profundo desconocimiento sobre el papel que la promesa (u opción) de venta está llamada a jugar en el plano negocial, dicho de otro modo, en la sesgada interpretación de los límites de la opción en relación con el contrato de compraventa; y en segundo lugar, en la confusa terminología empleada por algunos operadores del Derecho cuando elaboran precontratos de promesa u opción de venta, los cuales, frecuentemente, están permeados de términos incorrectos y engañosos, que inducen a error a las partes contratantes sobre los verdaderos alcances de dichos precontratos.

No es inusual tropezar en la práctica negocial con “precontratos”, que se reputan como tales, simplemente por el título o encabezado empleado en el documento. Algunas de las terminologías utilizadas son las siguientes: ‘*opción de compra*’, ‘*promesa de venta*’, ‘*contrato de promesa aceptada de venta*’, entre otras.

Las terminologías traídas a colación, a la postre, resultan altamente engañosas, si en el contenido del contrato, lo que se plasma es una serie de estipulaciones propias o connaturales al contrato de compraventa. Lo que importa es el cuerpo del contrato, su contenido negocial, las manifestaciones contractuales, la esencia de lo que se acuerda. Si el título sugiere, en cierto modo, la existencia de un precontrato, pero las estipulaciones o cláusulas señalan la existencia de un contrato de compraventa

perfecto, el título del acuerdo se convierte en un 'caballo de Troya': las partes firman un convenio con un título sugestivo de "precontrato" de promesa de venta, pero, jurídicamente, estarían vinculadas desde el momento de la suscripción, a respetar y cumplir las estipulaciones propias de un contrato de compraventa perfecta.

Incluso, hay quienes involuntariamente, o maliciosamente, emplean terminologías que, sin una lectura cuidadosa del contenido del contrato, *ipso facto* guían a los contratantes a caer en una grave confusión: por ejemplo, en la práctica forense hay quienes, confusamente, titulan el documento como '*contrato irrevocable de promesa recíproca de compraventa*' (?). El vocablo 'contrato' viene mal empleado en este caso, era mejor utilizar el vocablo 'precontrato', ya que plasma tratativas negociales; además, el vocablo 'irrevocable' en el modo empleado, resulta totalmente desacertado, ya que la compraventa, en línea de principio, también es irrevocable. Podría incluso argüirse que es más complejo y oneroso revocar los efectos de un contrato de compraventa, que los efectos del precontrato de promesa u opción de venta.

La confusa utilización de ciertos nombres para bautizar el precontrato de promesa u opción de venta, no produce que - de cara a dichos convenios - estemos frente a precontratos preparatorios de contratos futuros, sino ante verdaderas **compraventas perfectas**. Una lectura integral de los términos pactados, teniendo presentes las diferencias entre la promesa (u opción) y el contrato definitivo, resultan la clave metodológica para identificar, en la mayoría de los casos, si lo que se suscribió fue un precontrato preparativo del convenio

definitivo, o si lo que se rubricó, en realidad, fue la venta definitiva de la cosa.

Bajo esta inteligencia, un contrato que sugiera en el título ser una opción o promesa de venta, pero que en su contenido albergue estipulaciones propias de una compraventa definitiva, haría que el título sea meramente simbólico. En esta hipótesis, las partes **no** firmarían un acuerdo de voluntades vuelto a preparar la celebración de un contrato de venta futuro, sino que dicho convenio resultaría el contrato de compra venta en sí mismo!

La simple utilización de nominativos como "*Contrato irrevocable de promesa recíproca de compra venta*", "*promesa de venta unilateral aceptada*", "*opción de venta*", etcétera, **no** definen dichos convenios como precontratos. Lo que sí resulta de relevancia es verificar si la opción o promesa tiene un **carácter preparatorio de una venta eventual**, donde existe una oferta pendiente de aceptación o de rechazo, donde se fija un plazo determinado para estudiar y analizar la oferta, donde aún no está fijado y aceptado el precio de la venta futura, o bien, donde las partes manifiesten que todavía no hay intención comercial de efectuar la venta.

Si en el precontrato bajo estudio, no se muestran estas características, ya que todos los elementos esenciales del negocio jurídico están claramente delimitados y aceptados por los contratantes, en realidad, el convenio desplegará los efectos propios del contrato de compraventa perfecta.

El contrato de compraventa se perfecciona en el momento en que las partes manifiestan su voluntad expresa de realizar la compraventa del bien, con el acuerdo

de cosa y precio, convienen la modalidad de pago del precio, establecen el plazo para efectuar éste, fijan la fecha para la puesta en posesión del inmueble a favor del comprador, o para la tradición de la cosa mueble, en fin, establecen entre ellas una serie de obligaciones sinalagmáticas!

Hay otros aspectos que, de ser tratados de forma desacertada en las cláusulas del precontrato, pueden generar una aguda confusión, en especial, porque refieren a actos o atributos que, normalmente, son ejercidos única y exclusivamente por el dueño de la cosa. A continuación, se citan algunos ejemplos de aspectos que, de ser mal empleados en el texto del convenio, ante un eventual conflicto, podrían constituir indicios interpretativos para desenmascarar al "precontrato" y mostrar que lo que existe es una venta perfecta:

- **Inclusión de cláusulas que conceden al optante el ejercicio de la posesión sobre la cosa:**

La posesión sobre el bien objeto de la promesa es un aspecto que, en caso de abordarse a nivel de precontrato, debe hacerse para aclarar que dicho atributo de la propiedad permanece en manos del promitente. Se incurre constantemente en el error de incluir estipulaciones donde la posesión, por convenio de partes, pasa a ser ejercitada por el optante a partir de la fecha de suscripción del precontrato. Craso error. La puesta en posesión, desde su acaecimiento y hacia futuro, concede un derecho de uso y disfrute sobre el bien. El nuevo poseedor ostentará la tenencia de la cosa, con exclusión de terceros, e incluso, en este caso, con exclusión del poseedor precedente: él mismo asintió la

pérdida de este atributo. Es evidente que cláusulas de este tipo, por un lado, facultarían al optante a tomar posesión inmediata sobre el objeto de la venta, pero por otro lado, establecerían además una serie de derechos, que descienden del derecho de propiedad, y que normalmente son propios de quien posee a título de dueño. Por citar un ejemplo, una de las consecuencias que genera el traslado de la posesión, es que cambia la persona que percibe los frutos que da la cosa.

- **Inclusión de cláusulas que trasladan al optante la obligación de asumir cargas tributarias o administrativas que pesan sobre la cosa:**

Otro común error, a partir de la rúbrica del precontrato, consiste en trasladar al optante la obligación de asumir el pago de impuestos o tributos sobre la cosa objeto del convenio. En relación con bienes inmuebles, el pago de impuestos municipales está a cargo del propietario registral del inmueble. El ente territorialmente competente, impone esta carga tributaria al sujeto que ostenta la titularidad registral de la finca. Sin embargo, ante el Municipio, cualquiera puede pagar en nombre de un tercero, por ende, el optante puede asumir estos tributos. El problema es que esta cláusula sería síntoma de que el optante está realizando actos a título de dueño. En relación con las cargas administrativas, una de las referencias más significativas y usuales en la práctica la encontramos en el pago de las cuotas de mantenimiento de la propiedad en condominio. La cancelación o pago de este extremo es una obligación que, por imperio de Ley, recae sobre el propietario registral de la finca filial. Para efectos de la

administración del condominio, poco importa la existencia de precontratos de promesa de venta, que transfieran la obligación al promitente o eventual comprador de asumir estos rubros. Sin embargo, en el plano precontractual, y para efectos de interpretar qué tipo de documento se suscribió, el traslado de esta carga sobre la filial objeto del contrato, se erige como otro indicio de la existencia de la compraventa. ¿Qué utilidad tendría financiar el mantenimiento de un inmueble, con respecto al cual, el promitente simplemente evalúa una futura y eventual adquisición? En relación con los bienes muebles, habría que definir de qué tipo de mueble trata la promesa de venta, para identificar o descartar la existencia de tributos, pero en línea general, de existir tributos sobre la cosa, su pago hace presumir que quien lo asume realiza, inevitablemente, actos a título de dueño.

- **Inclusión de cláusulas que transmiten al optante la obligación de pago de los gravámenes que soporta la cosa:**

En alusión a los bienes inmuebles, imponer al optante la obligación de asumir el pago de gravámenes sobre la finca, se traduce como uno de los indicios más fuertes para descartar la existencia de una simple promesa, e interpretar la existencia de una venta perfecta. Puntualmente, es común (y no por ello técnicamente correcto) que el precontrato imponga al optante la obligación de asumir las cuotas de la hipoteca que pesa sobre el inmueble, o bien el pago de las cédulas hipotecarias, una vez que éstas

han sido presentadas para su cobro. Estas estipulaciones normalmente lo que buscan es descontar del precio final de la venta definitiva, lo que el optante haya pagado para honrar estos gravámenes, o al menos para evitar que los mismos sean ejecutados en la vía de cobro judicial durante el plazo del “precontrato”. Cláusulas de este tipo, al igual que las precedentes, permiten interpretar dicho convenio como una verdadera venta definitiva, y no como una simple promesa de venta.

En síntesis, una promesa de venta encierra las tratativas negociales que preceden a la venta definitiva, sin entrar a concretar el acuerdo entre cosa y precio, ni mucho menos a trasladar derechos y obligaciones que competen, única y exclusivamente, al propietario del bien. El optante goza, por ende, de un plazo para analizar la opción y para comunicar si declina ésta o la acepta. Durante el transcurso o cómputo del plazo de la opción, es aconsejable que los derechos relativos al ejercicio de la posesión permanezcan, de forma exclusiva y excluyente, en manos del dueño. La misma idea debe repetirse en cuanto a la obligación de honrar las cargas tributarias, administrativas y los gravámenes que pesan sobre el bien, los cuales deben preferiblemente continuar siendo honrados por el dueño o promitente. Toda esta filosofía aplicada al diseño del precontrato, y acompañada del empleo de títulos simples y correctos (v.g. promesa de venta, opción de venta) permiten evitar que se interprete que la fase precontractual o preliminar ha sido superada, y que por haberse cruzado esta la línea divisoria, lo que se tituló como un precontrato, ha mutado en el contrato de venta definitivo.

V. JURISPRUDENCIA DE LA SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SOBRE LA DISTINCIÓN ENTRE AMBAS FIGURAS

A continuación, se transcribirán ciertos extractos de jurisprudencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en los cuales dicho órgano analiza concretamente cuándo un contrato denominado ‘opción de venta o promesa de venta’, deja de ser tal, para convertirse en un contrato de compra venta perfecto:

*‘El contrato de opción de venta, figura muy debatida en doctrina y jurisprudencia, es concebido en la actualidad como un contrato autónomo, preliminar o preparatorio. Por medio de él, un sujeto se compromete a vender a otro un bien, por un determinado precio, si éste decide aceptar la opción dentro del plazo fijado al efecto. Es así como el promitente se compromete a mantener su oferta durante un cierto plazo, y a vender un bien a un precio determinado; el optante, por su parte, acepta el compromiso adquirido por el otro contratante, pero no se compromete a aceptar la oferta. Goza, por ende, de un plazo para estudiar la propuesta, la cual debe considerarse firme durante el tiempo de la opción, sin posibilidad de ser revocada. **Si es aceptada, habría acuerdo entre las partes y se configuraría entonces el contrato definitivo**, según las reglas previstas por los artículos 1009, 1049 y 1054 del Código Civil’.* N° 80 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- San José, a las quince horas treinta minutos del treinta de noviembre de mil novecientos noventa y tres.’

En este mismo fallo, la Sala Primera explica qué sucede cuando en la “oferta” no hay nada pendiente de aceptación:

‘(...) si en un determinado contrato se desprende que la fase de las simples ofertas -unilateral o recíproca, según el caso- ha sido superada pues en realidad no hay nada pendiente de aceptación, la compraventa definitiva se ha consumado con todos sus efectos jurídicos, en forma independiente de su eventual inscripción en el Registro Público, pues ésta no es un requisito ad substantiam para su perfeccionamiento, quedando para la fase de ejecución del contrato como una obligación del vendedor el otorgamiento de escritura pública y la entrega del bien’. N° 80 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- San José, a las quince horas treinta minutos del treinta de noviembre de mil novecientos noventa y tres.’

Aunado a lo estipulado en la sentencia anterior, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, recientemente, en su voto N°507-F-2007 de las 09:35 horas del 20 de julio del año 2007, explicó las diferencias entre la opción de venta o promesa recíproca de compraventa y el contrato de compra venta definitivo. El voto en su literalidad indica:

VI. - Modalidades contractuales

Para la casacionista el convenio suscrito con la actora es una opción de venta. Con la finalidad de abordar los motivos de inconformidad, se requiere aclarar la naturaleza de ese negocio. Para ese efecto, la Sala se ha referido a la diferencia entre una venta y cualquier otra negociación previa y, en ese sentido, indicó en sentencia

número 1015 de las 16 horas 30 minutos del 21 de diciembre del 2006, haciendo eco de lo ya estipulado en los votos no. 80 de las 15 horas 30 minutos del 30 de noviembre de 1993, citado en la no. 55 de las 11 horas del 28 de enero del 2004: **V.-** La doctrina moderna para referirse a los tipos contractuales preliminares o preparatorios de otros contratos ha usado la expresión de precontrato, definiéndola como aquella convención mediante la cual dos o más personas se comprometen a hacer efectiva en el futuro la conclusión de un contrato que, en ese momento, no quieren o no pueden celebrar en forma definitiva. **El precontrato, en rigor, es un contrato por medio del cual surge una obligación de hacer: la celebración del futuro contrato, que a su vez constituye su objeto o finalidad. Son precontratos, por tener como finalidad la realización de otro contrato, la promesa unilateral de venta y la promesa recíproca de venta...** **VIII.-** Es importante establecer con claridad cuándo se está frente a un precontrato cuyo objeto es un contrato de compraventa y cuándo se está frente a compraventa propiamente dicha, siendo necesario tener presente que tanto la opción de venta como la promesa recíproca de compraventa, por ser figuras prenegociales, contienen los elementos esenciales de la negociación proyectada. Por eso se considera al precontrato como un “contrato base” en el cual se proyectan las características del contrato definitivo, de tal forma que aceptadas las ofertas respectivas, no es necesaria una nueva declaración de voluntad. En la opción -o promesa de venta- y en la promesa recíproca de compraventa, basta que, dentro del plazo, opere la aceptación del optante en el primer

caso, o de cualquiera de las dos partes en el segundo para que, como se ha señalado, se perfeccione la compraventa. Resulta claro, entonces, que la diferencia entre la figura prenegocial y el negocio definitivo de compraventa es el acuerdo definitivo de cosa y precio manifestado, precisamente, en la aceptación de los optantes. Es decir, la relación contractual prenegocial diseña el contrato definitivo haciendo referencia a los elementos esenciales de que se compone aquél, pero sin que haya acuerdo definitivo sobre cosa y precio, que se da con la aceptación de las ofertas. En la opción y en la promesa recíproca de compraventa por ser su objeto la futura estipulación de un contrato de compraventa, sus efectos nunca pueden coincidir con los de la venta, no pudiendo derivar ni la transmisión de propiedad ni la obligación del vendedor de entregar la cosa ni del comprador de pagar el precio, porque aun cuando en el precontrato se determina la cosa y el precio, los promitentes sólo se obligan a respetar el plazo y a realizar el contrato definitivo de mediar consentimiento sobre el precio y la cosa tal y como fue previsto. De allí que si en un determinado contrato se desprende que la fase de las simples ofertas -unilateral o recíproca, según el caso- ha sido superada pues en realidad no hay nada pendiente de aceptación, la compraventa definitiva se ha consumado con todos sus efectos jurídicos, en forma independiente de su eventual inscripción en el Registro Público, pues ésta no es un requisito ad substantiam para su perfeccionamiento, quedando para la fase de ejecución del contrato como una obligación del vendedor el otorgamiento de escritura pública y la entrega del bien.

VII.- Naturaleza del contrato objeto del debate.

Según ha quedado demostrado en este proceso, doña Miriam y doña María del Carmen firmaron un contrato denominado “de opción de compra venta.” Al menos, con esa intención surgió. Sin embargo, una vez realizadas las negociaciones, la compradora tomó posesión del bien, pues vive allí desde 1999. Tal y como se expuso en el considerando anterior, los efectos de ese pacto nunca pueden ser idénticos a los de la venta definitiva, los cuales serían en primer término, la transmisión del bien y su pago. Se desprende de los hechos de la demanda, ratificados por la señora Navarro Ávila, que ella, no solo ocupa la vivienda desde entonces, sino, también, canceló por adelantado la suma de \$500.000,00 como abono al precio total del inmueble. Entonces, está claro, la relación entre ellas fue más allá de una simple promesa, pues se cruzó esa delgada línea divisoria de un negocio al otro. De allí, se puede asegurar, hubo un contrato de venta, con los elementos necesarios: acuerdo entre cosa y precio y transmisión del inmueble. Se acreditó que doña Miriam solicitó por el bien la suma de \$5.000.000,00, aceptados por doña María del Carmen, quien entregó como parte del precio \$500.000,00. También se han comprobado los actos de dominio por parte de la compradora, por medio de los arreglos y mejoras hechas a la casa. No se trata de una opción porque el negocio no quedó sujeto a la suscripción de un contrato definitivo. Por el contrario, la compradora entregó la prima y de inmediato ejerció actos de dominio sobre el inmueble, de ahí la existencia de un acuerdo de voluntades para perfeccionar la venta. El traspaso se haría efectivo, según lo convenido, cuando

la vendedora obtuviera el título inscrito a su nombre. En otras palabras, lo único diferido en el tiempo fue el otorgamiento formal de la escritura pública para inscribir, lo que ocurrió por dos razones fundamentales; la primera porque el bien aún no estaba registrado a nombre de la vendedora y, la segunda, porque la compradora se comprometió a buscar financiamiento para cubrir el resto del monto pactado. Bajo esa tesitura, carece de interés jurídico la discusión sobre el pago mensual de \$40.000,00 por concepto de renta. La eventual propuesta en ese sentido hecha por la vendedora y no aceptada por la demandada, no modificaba la naturaleza del contrato de compra venta. Lo mismo sucede con el agravio relativo a la extinción del contrato. Por tratarse de negocio de venta puro y simple, ese tema no es debatible y no es posible pensar en una prórroga.’

Con sustento en la jurisprudencia expuesta se concluye, necesariamente, que lo relevante es determinar si la fase de simples ofertas ha sido superada. Dicho de otro modo, lo importante es determinar si aún hay elementos esenciales de la oferta que estén pendientes de aceptación. Si la fase de simples ofertas o promesas han sido superadas, o si existe aceptación expresa o tácita de los elementos esenciales de la oferta, la compraventa definitiva se ha consumado con todos sus efectos jurídicos. Si una de las partes contratantes de un supuesto “precontrato”, en lugar de entregar una suma como señal de trato o arras, hace entrega de diversas sumas, dichos pagos, podrían verse como pago a tractos del precio de venta acordado. Tal como se sostuvo en líneas iniciales, el pago de arras es simbólico, siendo que arras de gran envergadura, en la práctica, no son otra cosa que un pago inicial del precio de venta.

VIII. CONCLUSIÓN

El correcto empleo de la terminología de 'promesa u opción de venta', compaginado con una redacción clara y concisa sobre las estipulaciones que caracterizan a esta tipología de precontrato, se traduce en una garantía inobjetable para las partes contratantes, quienes a futuro, no serán sorprendidas que lo que entendieron y aceptaron como una simple oferta, ha mutado en el contrato de compraventa definitivo.

Posterior a la suscripción de la promesa de venta, el ejercicio de los atributos de la propiedad clásica (artículo 264 del Código Civil), preferiblemente debe reservarse, única y exclusivamente, al promitente-vendedor, ya que el dominio, uso y disfrute sobre la cosa, deben permanecer en manos de quien aún, jurídicamente, resulta el *dominus*.

Una vital diferencia entre el precontrato de opción o promesa de venta, y el contrato de compraventa perfecta, se halla en los efectos jurídicos que se desencadenan a raíz del incumplimiento de una de las partes.

En la promesa u opción de venta, el incumplimiento genera una responsabilidad civil precontractual *in contrahendo*, la cual, en tesis de principio, se circunscribe al tema de las arras, a su conservación o a su devolución.

En el contrato de compraventa perfecto, el incumplimiento de alguna de las partes abre la puerta de la responsabilidad civil contractual, permitiendo a la parte que sí ha honrado sus obligaciones (o que no incumplió primero...), exigir a la contraparte la ejecución forzosa del contrato, o la resolución contractual, junto con la indemnización de los daños, perjuicios, daño moral y daño psicológico que el incumplimiento pudo generar.

Los derechos y obligaciones que descienden del precontrato de promesa de venta son, según se expuso *supra*, muy distintos y reducidos en parangón a los derechos y obligaciones que derivan de la venta. Un manejo técnico de este punto, permite trazar firmemente la línea que divide el precontrato de promesa de venta, del contrato de compraventa definitivo, y facilita la labor del órgano juzgador al momento de conocer cualquier conflicto atinente a la naturaleza jurídica del convenio.

La labor de depurar el entendimiento que se tiene de ambos institutos, no se reduce a un ejercicio meramente intelectual y teórico. Tal labor cumple una función preventiva del conflicto *inter partes*, ya que permite dibujar, de manera clara y fidedigna, el *iter* negocial seleccionado por las partes, y por ende, las consecuencias que las mismas esperaban obtener con la rúbrica del convenio.

IX. BIBLIOGRAFÍA

D. BAUDRIT CARRILLO, *Teoría general del contrato*, 3º ed., San José, 2000.

P. GALLO. *Contratto e buona fede*, 1º ed, Torino, 2009.

F. GAZZONI. *Manuale di Diritto Privato*, XIV ed., Napoli, 2009.

L. LACRUZ BERDEJO y F.D.A. SANCHO REBULLIDA, *Derecho de obligaciones*, 2da ed., Vol. I, Barcelona, 1985.

A. TORRENTE e P. SCHLESINGER, *Manuale di Diritto Privato*, 19º ed, Milano, 2009.

A. TRABUCCHI. *Istituzioni di Diritto Civile*, a cura di G. TRABUCCHI, 44º ed., Padova, 2009.

SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, *voto N° 80*, de las 15:30 horas del 30 de noviembre de 1993.

SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, *voto N°507-F-2007*, de las 09:35 horas del 20 de julio del año 2007.

Indexación de Obligaciones Dinerarias en el Código Procesal Contencioso Administrativo

Lic. Adolfo G. Johanning Pérez M.B.A.

Tabla de contenidos

Introducción

I. Distinción entre obligaciones dinerarias y de valor

- A. Obligaciones dinerarias
 - 1. Obligaciones dinerarias propias (puras)
 - 2. Obligaciones dinerarias impropias (impuras)
- B. Obligaciones de valor

II. Nivel de precios e indexación

- A. Nivel de precios
- B. Indexación

III. Tipos de indexación de la obligación dineraria

- A. Indexación legal
 - 1. Indexación legal de las obligaciones dinerarias en el CPCA
 - a. El Índice de Precios al Consumidor (IPC)
 - b. La tasa prime rate establecida para los bancos internacionales de primer orden
 - 2. Indexación legal de las obligaciones dinerarias derivadas de obligaciones de valor
- B. Indexación contractual
- C. Indexación judicial

IV. Indexación e intereses

Conclusión

Bibliografía

Indexación de Obligaciones Dinerarias en el Código Procesal Contencioso Administrativo

Lic. Adolfo G. Johanning Pérez M.B.A.

Introducción

Considerando que las deudas deben ser canceladas en los términos en que fueron acordadas y derivado de los principios constitucionales que reconocen la reparación integral del daño, la igualdad y la tutela judicial efectiva (preceptos 33, 41 y 49 de la Constitución Política), el Código Procesal Contencioso Administrativo, Ley N° 8508 del 28 de abril de 2006 (en lo sucesivo CPCA), estipuló en su numeral 123, inciso 1), el deber de actualizar las obligaciones dinerarias:

“ARTÍCULO 123.- 1) Cuando la sentencia condene al cumplimiento de una obligación dineraria, directamente o por equivalente, deberá incluir pronunciamiento sobre la actualización de dicha suma, a fin de compensar la variación en el poder adquisitivo ocurrida durante el lapso que media entre la fecha de exigibilidad de la obligación y la de su extinción por pago efectivo. Cuando sea posible fijar en la propia sentencia alguna partida, el Tribunal la liquidará, incluso su debida actualización. Si se trata de una condenatoria en abstracto o de rubros

posteriores al dictado de la sentencia, el juez ejecutor conocerá y resolverá la liquidación efectiva y su debido reajuste.”

En economías como la nuestra, cuando ha mediado un lapso de tiempo entre la fecha de la exigibilidad de la obligación dineraria y su efectivo pago, la indexación constituye una herramienta que permite compensar la variación que pudiese haber tenido el poder adquisitivo de la moneda durante ese período.

Es tal su importancia, que se le ha definido como un derecho del acreedor: “*El reajuste, actualización o indexación de las obligaciones pecuniarias es un derecho del actor victorioso, convertido en un acreedor en virtud de sentencia firme, que tiene fundamento en los principios de la intangibilidad del patrimonio, la justicia y la equidad.*”¹

Los artículos 123, 124 y 125 del CPCA, imponen a la jurisdicción contencioso-administrativa el reconocimiento de ese derecho. Por tal motivo, estimamos

¹ JINESTA LOBO (Ernesto). *Manual del Proceso Contencioso-Administrativo*. 1ª Ed., 1ª reimpresión. Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2009, p. 244.

importante realizar un análisis de estas normas, para lo cual nos apoyaremos en sentencias que en años recientes ha emitido la Sala Primera sobre tal tema.²

En primer lugar, nos referiremos a la distinción entre obligaciones de valor y dinerarias, pues estas últimas son el presupuesto que establece la norma para la compensación del valor adquisitivo de la moneda. En ese orden, haremos cuenta de las distintas características que la jurisprudencia de la Sala Primera ha destacado respecto una y otra.

Seguidamente, haremos una breve mención de algunos aspectos económicos que resultan de interés para comprender los alcances de estas normas, precisando la distinción entre indexación en función de la inflación y aquella referida a la devaluación.

Con el fin de adentrarnos en el estudio de la indexación, nos enfocaremos en sus distintos tipos: legal, contractual y judicial. De modo que examinaremos las normas del CPCA que contemplan dispositivos indexatorios, junto con ejemplos de otras disposiciones en nuestro ordenamiento jurídico, que también refieren a tales herramientas.

Asimismo, expondremos la evolución que se ha dado en la jurisprudencia de la Sala Primera, en cuanto al reconocimiento de la

² La actualidad del tema en investigación obliga a referirnos a la jurisprudencia que ha surgido en los años posteriores a la promulgación del CPCA, en tanto: “[...] *El conjunto de decisiones judiciales que resuelven casos individuales forman un cuerpo doctrinal que complementa las leyes y adapta sus reglas abstractas a la realidad social.*”. BAUDRIT (Diego). *Sobre la función de la jurisprudencia*. En: *El Nuevo Título Preliminar del Código Civil de Costa Rica*. 1ª Ed. Editorial Juricentro, San José, Costa Rica, 2000, p. 84.

indexación judicial (que después pasó a ser incorporada legalmente en el CPCA).

Por último, plantearemos la diferencia entre indexación y el reconocimiento de intereses por concepto de daños y perjuicios de la obligación dineraria incumplida. Asimismo, explicaremos por qué estimamos que, ante obligaciones dinerarias indexadas, debe preferirse el interés real por sobre el legal o nominal.

I.- Distinción entre obligaciones dinerarias y de valor

En el canon 123, inciso 1), del CPCA encontramos el presupuesto objetivo para compensar el poder adquisitivo de la moneda: “*Cuando la sentencia condene al cumplimiento de una obligación dineraria, directamente o por equivalente, [...]*”.

Obsérvese, entonces, que la indexación está prevista para las obligaciones dinerarias. Motivo por el cual, para el entendimiento de este tema, debemos dilucidar primeramente las particularidades de este tipo de obligaciones, deslindando los elementos que las distinguen de las de valor.

A.- Obligaciones dinerarias

La jurisprudencia ha decantado las características que componen las obligaciones dinerarias, según pasamos a desglosar:

- En ellas se debe un *quantum* (cantidad fija o invariable de signo monetario).³
- El objeto de la prestación es una suma de signo monetario determinada numéricamente en su origen; sea, el valor nominal se encuentra incorporado al vínculo obligatorio.⁴
- El dinero actúa *in obligatione* e *in solutione*.⁵
- La cuantificación del crédito es intrínseca a la relación obligatoria.⁶
- Se rigen por el principio nominalista⁷, conforme al cual el deudor satisface su obligación entregando al acreedor la cantidad de signos monetarios correlativos al valor numéricamente establecido, prescindiendo de cualquier alteración monetaria.⁸

- En virtud de ello, únicamente las obligaciones dinerarias son susceptibles de ser indexadas.⁹

Ahora bien, hemos visto que el mencionado canon 123, inciso 1), del CPCA, menciona: “*Cuando la sentencia condene al cumplimiento de una obligación dineraria, directamente o por equivalente, [...]*”. Los conceptos “directa” y “por equivalente”, allí contenidos, parecen evocar la clasificación de este tipo obligaciones en propias (o puras) e impropias (impuras); por lo que resulta conveniente referirnos a esa distinción:

1.- Obligaciones dinerarias propias (puras)

Las obligaciones dinerarias propias son aquellas en donde el objeto de la obligación es exclusivamente dinerario; tales como los préstamos o arriendos de dinero¹⁰, plasmados

³ *Sala Primera*, N° 49-F-95.CON de las 15 horas del 19 de mayo de 1995; reiterada en sentencia N° 292-F-2005 de las 14 horas del 12 de mayo de 2005. En igual sentido V. *Sala Primera*, N° 126-F-S1-2009 de las 15 horas 40 minutos del 5 de febrero de 2009.

⁴ *Sala Primera*, N° 49-F-95.CON, *Op. Cit.* y N° 292-F-2005, *Op. Cit.*

⁵ *Sala Primera*, N° 49-F-95.CON, *Op. Cit.* y N° 126-F-S1-2009, *Op. Cit.*

⁶ *Sala Primera*, N° 49-F-95.CON, *Op. Cit.* y N° 292-F-2005, *Op. Cit.*

⁷ Según explica el doctor GONZÁLEZ CAMACHO (Oscar), la teoría nominalista clásica encuentra sus raíces en la teoría regalista formulada por Gabriel DUMOULIN, cerca del año 1546, referente a la atribución del rey de asignar el valor a la moneda por él acuñada. De esta forma, el nominalismo jurídico clásico funciona bajo el axioma propuesto por HIRSCHBERG, según el cual una unidad monetaria es siempre igual a sí misma, y no se tiene en cuenta ningún cambio externo en el valor de la moneda. V.: *La indexación*. En: *El Nuevo Proceso Contencioso-Administrativo*. Edición electrónica. Poder Judicial, Departamento de Artes Gráficas, Costa Rica, 2006, p. 449.

⁸ *Sala Primera*, N° 49-F-95.CON, *Op. Cit.* En sentencia N° 795-F-2005 de las 16 horas del 31 de octubre de 2005, la Sala Primera agregó: “*El principal inconveniente se halla en las obligaciones dinerarias puras ya que, a lo largo de los años, prevaleció el principio del nominalismo, es decir, sólo se debía la suma facial de la deuda, sin importar su desmejoramiento a causa de la inflación, y el acreedor sólo podía cobrar intereses, cuya finalidad no es reparar esa depreciación. Es importante acotar que estos frutos legales no tienen como finalidad reparar el daño producido por la inflación y la devaluación, sino la de compensar la no utilización del metálico por un determinado espacio temporal.*”. Más adelante profundizaremos en la distinción entre intereses e indexación.

⁹ *Sala Primera*, N° 49-F-95.CON, *Op. Cit.* En el mismo sentido, de esa misma Sala, V. la resolución N° 519-F-2005 de las 16 horas 10 minutos del 20 de julio de 2005; reiterada en la sentencia N° 871-F-S1-2010 de las 9 horas 15 minutos del 22 de julio de 2010.

¹⁰ *Sala Primera*, N° 795-F-2005, *Op. Cit.* Reiterada en el fallo N° 1511-S1-F-2012 de las horas 15 minutos del 15 de noviembre de 2012.

en pagarés, letras de cambio o garantizados con hipoteca o prenda; así como el pago de impuestos.

2.- Obligaciones dinerarias impropias (impuras)

Las impropias (también llamadas impuras) son aquellas en donde el dinero cumple una función de cambio, con el fin de facilitar el intercambio de bienes y servicios por dinero¹¹. Es decir, en estas obligaciones existen prestaciones recíprocas, en donde una de ellas es el dinero, que se entrega como inversión, aporte o pago de la contraprestación.

Ejemplo de estas son: el precio de una compraventa; los honorarios profesionales¹²; salarios, aguinaldo, salario escolar y vacaciones¹³; lo que se ha cancelado para

cubrir gastos médicos que constan en facturas y recibos¹⁴; los montos pagados por las aseguradoras al beneficiario de la póliza¹⁵; el precio de un contrato por obra; el arrendamiento de un inmueble y las tarifas por servicios públicos.

B.- Obligaciones de valor

Las obligaciones de valor difieren de las anteriormente descritas; la jurisprudencia las ha caracterizado de la siguiente forma:

- En las obligaciones de valor se debe un *quid* (un bien o una utilidad inmodificable).¹⁶
- En estas el dinero no es lo buscado *per se*; es decir, no se pretende dar una cosa o realizar una labor a cambio de una suma concreta.¹⁷

11 *Ibidem*.

12 *Ibidem*.

13 "Los montos concedidos por concepto de salarios, aguinaldo, salario escolar, vacaciones y Fondo de Estabilización Laboral no pueden ser considerados como una expectativa a la que se le asigna un valor monetario sustitutivo, sino que se trata de montos dejados de percibir como contraprestación de los servicios que, de haberse mantenido la relación laboral, se hubieran tenido que pagar. Dichas sumas consisten en el "quantum" de la obligación, el cual se integra como parte esencial de las contraprestaciones que recibe cualquier trabajador en el marco de la relación laboral. No se refiere en este caso de asignar un valor indemnizatorio o reparatorio, sino de la cuantificación de las diferencias económicas entre lo que debió de percibir el funcionario reinstalado y lo que efectivamente recibió durante el plazo en análisis. Así las cosas, el cómputo de los intereses debe realizarse a partir de la fecha en la que se debieron realizar los respectivos pagos." Sala Primera, N° 126-F-S1-2009, Op. Cit.

14 "[...] Diversa situación acaece con el último punto: gastos médicos, porque a diferencia de los otros daños, se tiene certidumbre sobre su monto, el cual solo se requiere constatar a través de las facturas y recibos en las cuales se establece con claridad el valor de los bienes y servicios con ocasión del tratamiento para mejorar la salud del señor [...]. Se trata, en realidad, de una obligación dineraria por corresponder a un monto líquido y no a uno cuantificable con posterioridad, como las de valor." Sala Primera, N° 795-F-2005, Op. Cit.

15 "[...] Esta Cámara ha señalado que pese a que en principio podría pensarse, en este tipo de asuntos, se está frente a una obligación de valor, en razón de que las condenas del Juzgado de Tránsito son en abstracto, lo cierto es que se trata de una dineraria (impropia o indirecta), pues, los daños son determinados, cuantificados y pagados por el INS para dar cumplimiento a la póliza suscrita en favor del automotor que sufrió tales detrimentos [...]." Sala Primera, N° 1565-F-S1-2012 de las 9 horas 14 minutos del 29 de noviembre de 2012. Como precedente, V., de esa misma Sala, el fallo N° 1384-F-S1-2011 de las 8 horas 55 minutos del 10 de noviembre de 2011.

16 Sala Primera, N° 49-F-95.CON, Op. Cit. y N° 126-F-S1-2009, Op. Cit.

17 Sala Primera, N° 795-F-2005, Op. Cit. y N° 1511-S1-F-2012, Op. Cit.

- Sea, el objeto de la obligación de valor no es una suma de dinero, sino un valor abstracto, correspondiente a una expectativa o pretensión patrimonial del acreedor.¹⁸
- El dinero actúa *in solutione*¹⁹, a partir de su determinación en sentencia.²⁰
- El dinero cumple, a los efectos del pago o la cancelación del crédito, una función de medida de valor de la prestación debida²¹. Es decir, el dinero viene a ser sustitutivo de un bien o servicio; así, en lugar de darse la cosa o brindarse el servicio correspondiente, por imposibilidad o conveniencia (cuando es factible), el deudor dará en metálico el equivalente a la prestación original.²²
- La cuantificación del crédito es, en consecuencia, extrínseca respecto de la relación obligatoria; lo que no obsta que sea cuantificable y liquidable en dinero efectivo.²³
- Las obligaciones de valor no están sujetas al principio nominalista, escapan

a las oscilaciones del poder adquisitivo del dinero.²⁴

- La esencia de lo debido permanece constante a través del tiempo, debiendo el deudor, al momento del pago, desembolsar el número de unidades de signo monetario que, a la fecha del cumplimiento efectivo, sea equivalente al objeto de la relación jurídica.²⁵
- De ahí que las obligaciones de valor no son indexadas, dado que son reajustables *per se*. Por ello se dice que poseen elasticidad y plasticidad en su monto, que les permite una conversión permanente a valores reales, mediante un mecanismo propio, determinado por la mutabilidad o variabilidad de su objeto.²⁶
- Las deudas de valor, en el caso de que su cuantía pecuniaria se determine en sentencia firme, se transforman en obligación dineraria que devenga intereses y, a partir de ese momento, podrá ser indexada.²⁷

18 Sala Primera, N° 49-F-95.CON, Op. Cit.; N° 292-F-2005, Op. Cit. y N° 126-F-S1-2009, Op. Cit.

19 Sala Primera, N° 49-F-95.CON, Op. Cit. y N° 292-F-2005, Op. Cit.

20 Sala Primera, N° 126-F-S1-2009, Op. Cit.

21 Sala Primera, N° 49-F-95.CON, Op. Cit. y N° 292-F-2005, Op. Cit.

22 Sala Primera, N° 795-F-2005, Op. Cit. y N° 1511-S1-F-2012, Op. Cit.

23 Sala Primera, N° 49-F-95.CON, Op. Cit.; dicha sentencia agrega: "Por eso se afirma que se excluye en este tipo de obligaciones no es el dinero en sí mismo, sino su valor nominal". En similar sentido las sentencias N° 292-F-2005, Op. Cit. y N° 126-F-S1-2009, Op. Cit.

24 Sala Primera, N° 49-F-95.CON, Op. Cit.

25 *Ibidem*.

26 Sala Primera, N° 49-F-95.CON, Op. Cit. En similar sentido véase la sentencia N° 1016-F-2004 de las 9 horas 30 minutos del 26 de noviembre de 2004.

27 Sala Primera, N° 292-F-2005, Op. Cit. y N° 1511-S1-F-2012, Op. Cit., en la cual se agregó: "[...] No se está ante una deuda dineraria sino una de valor, por tratarse de una fijación de daños y perjuicios establecida en abstracto en sede constitucional, por lo que no cabía hacer indexación alguna en la sentencia recurrida. Ello no quiere decir, que una vez fijado el monto de la deuda en el fallo, tratándose ya de una dineraria, si hay atrasos en su pago, no pueda indexarse. En este caso, será en la etapa de ejecución que deberá conocer el juez ejecutor de la actualización de las sumas concedidas."

Entre las deudas de valor se encuentran la de indemnizar daños y perjuicios²⁸, las de restituir un bien (cuanto este se ha perdido o no existe)²⁹ y la de realizar una prestación personalísima, si el deudor se niega.³⁰

II.- Nivel de precios e indexación

A partir de lo expuesto en el apartado anterior, tenemos claro que el objeto de la prestación en las obligaciones dinerarias es una suma de signo monetario. Esto es válido aún en aquellas llamadas obligaciones dinerarias impropias, donde, a cambio de un bien o servicio, se espera una suma de dinero determinada.

Ahora bien, recordemos que las relaciones jurídicas, como inmersas que están en un mundo donde interactúan elementos sociales, políticos y económicos, se ven afectadas por una serie de situaciones externas a esa relación. Entre estas tenemos las variaciones en el poder adquisitivo de la moneda, las cuales se pueden presentar en virtud de factores económicos, tales como la inflación o la devaluación, y que inciden en el objeto de las obligaciones dinerarias, por lo que conviene hacer una breve referencia a algunos conceptos que resultan aquí relevantes.

28 Sala Primera, N° 292-F-2005, *Op. Cit.*

29 Sala Primera, N° 1035-F-S1-2012 de las 9 horas 55 minutos del 24 de agosto de 2012.

30 Sala Primera, N° 795-F-2005, *Op. Cit.*

31 MANKIWI (N. Gregory). *Principios de Economía*. Traducido de la 1ª Ed. en inglés: *Principles of Economics*. McGraw-Hill / Interamericana de España, S.A.U., impreso en México, 1999, p. 553.

32 Según explican DORNBUSCH (Rudiger), FISCHER (Stanley) y STARTZ (Richard). *Macroeconomía*. Traducido de la 7ª Ed. en inglés: *Macroeconomics*. McGraw-Hill / Interamericana de España, S.A.U., impreso en España, 1998, p. 24 a 25.

A.- Nivel de precios

El nivel de precios es la magnitud alcanzada por los precios de una canasta de bienes y servicios en una economía, y por ello puede ser utilizada como una medida del valor del dinero³¹. Principalmente, hay tres formas de medir su variación:³²

- El **deflactor del Producto Interno Bruto** (en adelante PIB): Es el cociente entre el PIB nominal de un determinado año y el PIB real de ese año. Para ello, se divide el valor del PIB nominal de un año entre el PIB real de ese mismo año (expresado en precios de un año base), lo que genera el porcentaje en que se han modificado los precios.
- El **Índice de Precios al Consumidor** (en lo sucesivo IPC): Mide el costo de comprar una cesta fija de bienes y servicios representativos de las compras de los consumidores urbanos. Se diferencia del deflactor por cuanto el IPC refiere a la misma cesta todos los años, en cambio los bienes que se incluyen en el primero varían dependiendo de lo que produzca la economía cada año y, por tanto, se trata de un grupo de artículos mucho más amplio que el IPC. Además, en éste último se incorporan los precios

de las importaciones, cosa que no ocurre con el deflactor.

- El **Índice de Precios al por Mayor** (abreviado como IPM): Al igual que el IPC, el IPM es un indicador del coste de una determinada cesta de bienes; sin embargo, tiene una cobertura diferente, pues incorpora, por ejemplo, las materias primas y los bienes semiacabados, por lo que tiene por objeto medir los precios en una fase anterior del sistema de distribución.

Considerando lo anterior, se tiene entonces que la inflación es la tasa en que varían los precios de un año con respecto a otro, la cual representa el aumento en el nivel general de precios. Valga agregar que, cuando esa tasa es negativa, estamos en presencia de una deflación; sea, una caída en el nivel general de precios.³³

En fin, siendo que la tasa (positiva) refleja un alza del nivel de precios (inflación), ello implica una reducción del valor del dinero, toda vez que se pueden comprar una menor cantidad de bienes y servicios con cada unidad monetaria³⁴. Esta pérdida en el valor adquisitivo de la moneda es de interés a los efectos de nuestro análisis de los cardinales 123,124 y 125 del CPCA, en tanto –como hemos venido señalado– dichas normas imponen compensar el valor adquisitivo del dinero, desde la fecha de exigibilidad de una obligación dineraria, hasta su efectivo pago.

33 Sobre el tema V.: WONNACOTT (Paul) y WONNACOTT (Ronald). *Economía*. Traducido de la 3ª Ed. en inglés: *Economics*, McGraw-Hill / Interamericana de España, S.A.U., impreso en España, 1987, p. 10.

34 V.: MANKIWI (N. Gregory). *Principios de Economía*. *Op. Cit.*, p. 553.

35 DORNBUSCH (Rudiger), y otros. *Macroeconomía*. *Op. Cit.*, p. 107.

36 *Ibidem*, p. 107.

37 GONZÁLEZ CAMACHO (Oscar). *La indexación*. En: *El Nuevo Proceso Contencioso-Administrativo*. *Op. Cit.*, p. 449.

38 MANKIWI (N. Gregory). *Principios de Economía*. *Op. Cit.*, p. 461.

B.- Indexación

Explican los economistas que, en los países en los que las tasas de inflación son altas e inciertas, resulta imposible pedir préstamos a largo plazo utilizando deuda nominal, debido a que los prestamistas no saben con certeza cuál será el valor real del dinero que les devolverán.³⁵

Por ello, en situaciones de inflación alta, se emiten bonos indicados con respecto al nivel de precios, de tal forma que el tipo de interés o el principal, o ambos, se ajustan para tener en cuenta la inflación. Igualmente, en tales circunstancias, son comunes las cláusulas de revisión automática de los salarios en los convenios colectivos de trabajo, que subordinan los aumentos de los salarios nominales a las alzas del nivel de precios.³⁶

Desde esta perspectiva, tenemos entonces que indexar es actualizar una suma de dinero, con el fin de compensar la variación en el poder adquisitivo ocurrida durante un período de tiempo³⁷. Cuando una cantidad monetaria se corrige para tener en cuenta la inflación, se dice que está indexada (o indexada) con respecto a la inflación.³⁸

En la sentencia N° 795-F-2005, la Sala Primera se refirió a la indexación de la siguiente manera:

“XII.- Las dificultades de una economía como la costarricense, con problemas graves de

inflación y devaluación monetaria, acarrea un estado de injusticia hacia los acreedores que acuden a la vía judicial para el cobro de sus créditos pecuniarios, pues el paso del tiempo deteriora su poder adquisitivo. [...]. Como paliativo de lo anterior, entre otras soluciones, existe la indexación, que consiste en un mecanismo de revaluación de la deuda dineraria, en función de los índices oficiales que miden las oscilaciones de la inflación y la devaluación. El objetivo pretendido es recomponer el valor intrínseco original de la deuda dineraria desmejorado por el proceso inflacionario y el ritmo bajo el cual se devalúa el colón. [...]”³⁹ (Se agregó el subrayado).

Esta cita nos brinda la oportunidad para realizar algunas precisiones:

Por un lado, conviene destacar que no es lo mismo inflación y devaluación, en tanto esta última se vincula al tipo de cambio, que es el precio de una moneda expresado en otra. De tal modo que, en un sistema de tipos de cambio fijo, tendríamos devaluación cuando las autoridades oficiales suben el precio de las monedas extranjeras (lo contrario sería una revaluación). Por su parte, en un sistema de tipos de cambio flexibles se hablaría de depreciación o apreciación, según una moneda sea más o menos cara, en relación con otras.⁴⁰

De ahí que, cuando nos referimos a devaluación, estamos midiendo el valor de la moneda en relación con otras monedas. En cambio, la inflación es, como dijimos, el aumento en el nivel general de precios.

39 Sala Primera, N° 795-F-2005, Op. Cit.

40 DORNBUSCH (Rudiger), y otros. Macroeconomía. Op. Cit., p. 190 a 191.

Es claro, entonces, que la variación del poder adquisitivo de la moneda puede medirse de muchas formas; entre otras, en función los cambios en el nivel de precios (inflación o deflación, según corresponda), o considerando el precio de la moneda nacional (en el que esté expresada la respectiva obligación) respecto a otras (devaluación o revaluación en sistemas de tipos de cambio fijo, o depreciación o apreciación en sistemas fluctuantes).

Estas distinciones resultan de importancia, a los efectos de la aplicación del canon 123 del CPCA. Ello por cuanto el inciso 1) de ese artículo obliga a compensar la variación del poder adquisitivo de la moneda; la cual se podrá computar conforme la indexación legal que previene el inciso 2) de ese mismo numeral, ya sea acudiendo al IPC o la tasa *prime rate*,. Sin embargo, como veremos más adelante, ello no obsta para que las partes fijen un método de indexación distinto; por ejemplo, atendiendo al valor del colón costarricense con respecto a otras monedas, en cuyo caso tendríamos una indexación contractual, la cual debe ser respetada por el juzgador, de acuerdo a lo dispuesto en el inciso 3) de la norma en comentario.

Por otra parte, si bien el escenario usual en un país como el nuestro es el de pérdida del valor del dinero (v.gr. inflación, devaluación o depreciación), obsérvese que el cardinal 123, aquí analizado, lo que indica es: “*variación en el poder adquisitivo*”. Sea, la norma no se limita a circunstancias de disminución de valor; sino que refiere a “*variación*”, la cual, en términos generales, podría ser positiva o negativa.

De tal manera que, en nuestro criterio, esta compensación también podría operar en casos –usualmente excepcionales– donde la relación jurídica ha sido afectada, por ejemplo, ante situaciones de deflación, revaluación o apreciación de la moneda (estos dos últimos en el tanto lo posibilite el respectivo acuerdo). Ello por cuanto, así como el acreedor tiene derecho a la devolución integral de lo debido, también es cierto que el deudor no se encuentra obligado a pagar más allá de lo que le corresponde.

III.- Tipos de indexación de la obligación dineraria

Las obligaciones dinerarias son susceptibles de ser indexadas en virtud de acuerdo expreso (valorismo contractual), la ley (valorismo legislativo) o por reconocimiento de un juez (valorismo judicial)⁴¹. Pasemos, entonces, a examinarlos.

A.- Indexación legal

Entendemos por indexación legal aquél método de actualización de la obligación

dineraria, cuyos presupuestos e índices de cálculo se encuentran establecidos expresamente por el ordenamiento jurídico.

Ejemplo de ello lo tenemos en el canon 67 de la Ley General de Arrendamientos Urbanos y Suburbanos, Ley N° 7527 del 10 de julio de 1995 (en adelante LGAUS), mediante el cual se faculta al arrendador para que, en situaciones de inflación acumulada menor o igual al 15%, pueda reajustar el precio del alquiler de vivienda en un porcentaje no mayor a esa tasa. Si la inflación supera esa cifra, será la Junta Directiva del Banco Hipotecario del Vivienda la que establecerá el aumento correspondiente, siempre que no sea inferior al 15% ni mayor a la tasa anual de inflación.⁴²

Asimismo, en contratación administrativa, el reajuste de precios es una de las herramientas mediante las que se materializa el principio de intangibilidad patrimonial⁴³. Dentro de ese marco, el artículo 18 de la Ley de Contratación Administrativa, Ley N° 7494 del 2 de mayo de 1995 (en lo sucesivo LCA), dispone que los contratos de obras, servicios

41 Sala Primera, N° 49-F-95.CON, Op. Cit. Al respecto, la doctrina agrega: “Existen varios tipos de indexación o reajuste de las obligaciones dinerarias, como la legal (interés al tipo legal ex artículo 1143 Código Civil, Ley de reajuste de precios en contratos administrativos, etc.), la contractual pactada por las partes en el uso de la autonomía de la voluntad y la judicial. [...]” JINESTA LOBO (Ernesto). Manual del Proceso Contencioso-Administrativo. Op. Cit., p. 244.

42 En lo de interés, dispone la norma: “Reajuste del precio para vivienda. En los arrendamientos para vivienda, el precio convenido se actualizará al final de cada año del contrato. // A falta de convenio entre las partes, se estará a las siguientes reglas: // a) Cuando la tasa de inflación acumulada de los doce meses anteriores al vencimiento de cada año del contrato sea menor o igual al quince por ciento (15%), el arrendador está facultado, de pleno derecho, para reajustar el alquiler de la vivienda, en un porcentaje no mayor a esa tasa. La inflación se calculará de acuerdo con el índice oficial de precios al consumidor, de la Dirección General de Estadística y Censos. // b) Cuando la tasa de inflación acumulada de los doce meses anteriores al vencimiento de cada año del contrato sea mayor al quince por ciento (15%), la Junta Directiva del Banco Hipotecario de la Vivienda dictará, con base en consideraciones que tomen en cuenta el desarrollo de la actividad de la construcción y el equilibrio necesario entre prestaciones del arrendador y el arrendatario, el porcentaje adicional de aumento que se aplicará al alquiler de la vivienda, siempre que no sea inferior a ese quince por ciento (15%) ni mayor que la tasa anual de inflación.[...]”. LGAUS, artículo 67.

43 “[...] El derecho a la intangibilidad patrimonial, dentro del que se encuentra inmerso el de los reajustes de precios como modo de mantener estable la ecuación financiera del contrato administrativo, tiene rango constitucional, como principio derivado del artículo 182 constitucional en relación con el 45 ibídem [...]”. Sala Constitucional, sentencia N° 6432-98 de las 10 horas 30 minutos del 4 de septiembre de 1998.

y suministros, con personas o empresas de la industria de la construcción, serán ajustados acudiendo a los índices oficiales de precios y costos, elaborados por el Ministerio de Economía, Industria y Comercio.⁴⁴

Por su parte, el numeral 113 del Arancel de Honorarios por Servicios Profesionales de Abogacía y Notariado, Decreto Ejecutivo N° 36562-JP del 31 de enero de 2011, establece que los honorarios que allí se estipulan serán indexados conforme al IPC. Sin embargo, independientemente de la variación en dicho índice, se prohíbe que el reajuste sea superior a un 10%.⁴⁵

Ahora bien, en el CPCA, se incorporan también una serie de parámetros para el cálculo de la actualización de la obligación dineraria, según lo veremos seguidamente.

1.- Indexación legal de las obligaciones dinerarias en el CPCA

El inciso 2) del precepto 123 del CPCA dispone lo siguiente:

2) "Para la actualización del poder adquisitivo, la autoridad judicial correspondiente tomará como parámetro el índice de precios al consumidor, emitido por el Instituto Nacional de Estadística y Censos para las obligaciones en colones, y la tasa prime rate establecida para los bancos internacionales de primer orden, para las obligaciones en moneda extranjera, vigente desde la exigibilidad de la obligación hasta su pago efectivo."

Observamos entonces que, para la corrección monetaria de las obligaciones dinerarias, el cardinal 123, inciso 2), ibídem, refiere al IPC calculado por el Instituto Nacional de Estadística y Censos (en adelante INEC) para las obligaciones en colones y, para las obligaciones en moneda extranjera, a la tasa *prime rate* establecida para los bancos internacionales de primer orden. Procedamos a detallar cada uno:

a.- El Índice de Precios al Consumidor (IPC)

Según se indicó *supra*, el IPC mide la evolución de los precios de una canasta de bienes y

44 El precepto en comentario señala los siguientes métodos de indexación: "*Mantenimiento del equilibrio económico del contrato. Salvo cuando se estipulen, expresamente, parámetros distintos en los términos del cartel respectivo, en los contratos de obra, servicios y suministros, con personas o empresas de la industria de la construcción, la Administración reajustará los precios, aumentándolos o disminuyéndolos, cuando varíen los costos, directos o indirectos, estrictamente relacionados con la obra, el servicio o el suministro, mediante la aplicación de ecuaciones matemáticas basadas en los índices oficiales de precios y costos, elaborados por el Ministerio de Economía, Industria y Comercio. // Los reajustes se calcularán sobre estimaciones mensuales, con base en los precios de la oferta y los índices correspondientes al mes de la apertura de las ofertas. Para aplicar el reajuste, el contratista deberá presentar, en su oferta, un presupuesto detallado y completo con todos los elementos que componen su precio, incluyendo un desglose de los precios unitarios. La presentación de facturas, por avance de obra cada mes, será obligatoria. // [...] // Para cumplir con lo estipulado en los párrafos anteriores, en el Reglamento de la presente Ley se establecerán los criterios técnicos por seguir para garantizar la determinación objetiva del reajuste o la revisión de los precios. // [...]."* (Se agregó el subrayado). LCA, artículo 18.

45 "Artículo 113.- Indexación. Los honorarios fijados en el presente Arancel se aumentarán cada dos años, conforme los índices de inflación señalados en el Índice de Precio [sic] al Consumidor, pero el aumento no podrá ser superior al diez por ciento. // [...]." *Arancel de Honorarios por Servicios Profesionales de Abogacía y Notariado*, Decreto Ejecutivo N° 36562-JP del 31 de enero de 2011, numeral 113.

servicios, la cual debe ser representativa del patrón de consumo de los habitantes en una determinada región. Valga acotar que, a éste índice, se le reconoce como la medida más precisa del proceso inflacionario, por el grado de aceptación y la periodicidad con que se obtiene la información.⁴⁶

En nuestro país, el primer índice fue calculado por el Banco Nacional de Costa Rica en 1936, a partir de 1952 lo asumió la Dirección General de Estadísticas y Censos. Desde entonces, se han realizado cuatro series (1952, 1964, 1975 y 1995). Actualmente, el INEC es la institución responsable para determinarlo, según lo ordena el canon 15, inciso c), de la Ley del Sistema de Estadística Nacional, Ley N° 7839 del 15 de octubre de 1998.⁴⁷

En el año 2006 el INEC realizó cambios en la clasificación de los bienes y servicios, la importancia relativa (ponderación) de los artículos, la muestra de los establecimientos y las fórmulas de cálculo. Asimismo, la cobertura geográfica incluyó 114 distritos urbanos del Gran Área Metropolitana, en los cuales se concentra el 46% de los habitantes y el 72% de

la población urbana. En virtud de lo anterior, en la actualidad el período que se considera como punto de partida para estimar las variaciones en los precios es el mes de julio de 2006; en ese mes el valor del índice se fijó en 100 y la primera medición de la variación correspondió al mes de agosto de 2006.⁴⁸

La Sala Primera, aún antes de la vigencia del CPCA, ya había admitido el uso del IPC, como índice de referencia para realizar las operaciones de indexación de las obligaciones dinerarias: "[...] *El índice correspondiente para realizar esa revaloración debe ser el Índice de Precios al Consumidor (IPC), establecido en el artículo 15 de la Ley No. 7839, Sistema de Estadística Nacional, elaborado por el Instituto Nacional de Estadística y Censos, a partir de la medición de cómo se modifican, en promedio, de los precios de los bienes y servicios representativos del gasto de consumo en los hogares, calculando la evolución de los mismos en una determinada canasta básica de bienes y servicios entre dos momentos distintos de tiempo. Tal índice se ajusta de manera mensual.*"⁴⁹

46 V.: INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y CENSOS. Metodología del Índice de Precios al Consumidor – Base julio 2006. 1ª Ed., INEC, San José, Costa Rica, septiembre, 2006, p. VII.

47 El cardinal 15, inciso c), de la Ley del Sistema de Estadística Nacional, dispone: "ARTÍCULO 15.- El INEC deberá elaborar las siguientes estadísticas nacionales: // [...] // c) Las emanadas de las encuestas de hogares, de propósitos múltiples, de encuestas agropecuarias, de ingresos y gastos de los hogares, de encuestas económicas y los índices de precios al consumidor, al productor de bienes y servicios y las de comercio exterior." (Se agregó el subrayado).

48 Sobre el diseño y selección de las muestras, el coeficiente de enlace con series anteriores, la ponderación de los artículos que se analizan, entre otros datos sobre la metodología de cálculo del IPC, consúltense, del INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y CENSOS, los siguientes documentos: Metodología del Índice de Precios al Consumidor – Base julio 2006, Op. Cit.; Principales características del Índice de Precios al Consumidor – Base julio 2006. Edición electrónica, INEC, San José, Costa Rica, agosto, 2006; y Boletín Mensual – Índice de Precios al Consumidor – Enero 2013. Vol. 1, año 23, INEC, San José, Costa Rica, febrero, 2013. Disponibles en www.inec.go.cr.

49 *Sala Primera*, N° 795-F-2005, Op. Cit. En similar sentido, puede verse, de esa misma Cámara, la sentencia N° 1016-F-2004, Op. Cit. Asimismo, en la resolución N° 519-F-2005, Op. Cit., la citada Sala indicó: "[...] *Las obligaciones dinerarias mencionadas en el aparte anterior deberán ser indexadas a favor del recurrente, acorde al índice de precios al consumidor (IPC) vigente. [...] A tales efectos, como mecanismo establecido para ese fin, se ha utilizando el índice de precios al consumidor acumulado correspondiente a cada período (al mes de junio de cada año), para definir la inflación acumulada, aplicada a cada monto adeudado desde el mes de enero de 1988 y hasta junio de 1998, [...].*" Posterior a la vigencia del canon 123 del CPCA, y como aplicación de lo allí dispuesto respecto del IPC, V., entre otras, la sentencia N° 1384-F-S1-2011, Op. Cit.

b.- La tasa prime rate establecida para los bancos internacionales de primer orden

Para las obligaciones dinerarias en moneda extranjera, el numeral 123, inciso 2), del CPCA refiere a la tasa *prime rate* establecida para los bancos internacionales de primer orden.⁵⁰

Se conoce como *prime rate* (tasa preferencial de interés) la tasa de interés más baja que cobran los bancos líderes del país sobre préstamos de negocios a sus prestatarios más importantes y confiables.⁵¹

La Sala Primera ha advertido la obligación de los juzgadores de aplicar lo dispuesto en la norma aquí analizada, cuando deban indexar las obligaciones dinerarias en moneda extranjera: “[...] *El cardinal 123 del CPCA ordena al Tribunal aún de oficio, incluir pronunciamiento sobre la actualización de una obligación dineraria sea esta en moneda nacional o extranjera. Para ello, establece el Código, tratándose de moneda extranjera, la autoridad judicial correspondiente debe tomar como parámetro ‘la tasa prime rate*

establecida para los bancos internacionales de primer orden’ vigente desde la exigibilidad de la obligación hasta su pago efectivo.”⁵²

Interesa observar que dicha Sala reconoció la importancia de utilizar la tasa *prime rate*, aún en los casos de indexación judicial⁵³: “[...] *Tratándose de una obligación en dólares, se indexará conforme a la tasa promedio ‘prime rate’, desde el 9 de marzo de 1994, fecha del decomiso, y hasta su efectivo pago, los que deberá liquidar el actor en etapa de ejecución de sentencia. Dicho extremo y forma de cálculo es consistente con la posición reiterada por esta Sala desde el voto 1016-2004, de las 9 horas 30 minutos del 26 de noviembre de 2004, en el cual se hizo patente la posibilidad de aplicar la indexación extra-convencional. [...]. De lo anterior, es claro que la indexación frente a obligaciones de dinerarias en dólares, a efecto de evitar la desactualización del monto concedido, por incluir espacios temporales sujetos a tasas diversas, debe ajustarse a la tasa promedio que en ese sentido fije el Banco Central para operaciones en dólares. Así, el cálculo estará afectado a la regla general indicada, por resultar éste el más conveniente y razonable, tratándose de moneda extranjera, el cual, no*

50 En la subcomisión legislativa que analizó el CPCA, el doctor JIMÉNEZ MEZA (Manrique) se refirió a dicho parámetro de indexación, indicando lo siguiente: “[...] *De manera complementaria con lo que aquí se ha señalado, tenemos dos tipos de parámetros objetivos: el IPC y otro el Prime Rate, sin embargo, el Primer Rate es importante tener en claro de que la lista de los bancos internacionales del primer orden los lleva el Banco Central, de manera obligada. Por lo tanto, no es una cuestión que pueda ser desconocida, para efectos prácticos de quien va a juzgar y quien va a condenar eventualmente, porque simple y sencillamente, se hace una solicitud al Banco Central y se da la información correspondiente, como un dato estrictamente objetivo y económico*”. Palabras del Dr. Manrique JIMÉNEZ MEZA en el Acta N° 28 del 8 de junio de 2005 de la subcomisión legislativa que analizó el expediente legislativo N° 15.134, citado en: CASTILLO VÍQUEZ (Fernando) y ALVARADO QUESADA (Esteban). *Código Procesal Contencioso Administrativo - Anotado con las Actas Legislativas*. 1ª Ed., 1ª reimpresión. Colegios de Abogados de Costa Rica y Procuraduría General de la República, San José, Costa Rica, 2008, p. 641.

51 GITMAN (Lawrence J.). *Principios de Administración Financiera*. Traducido de la 8ª Ed. en inglés: *Principles of managerial finance*. Pearson Educación, México, 2000, p. 506.

52 *Sala Primera*, N° 295-F-S1-2013 de las 8 horas 40 minutos del 14 de marzo de 2013.

53 Respecto a la indexación judicial nos referiremos más adelante.

solo resulta de aplicación para obligaciones comerciales en esa moneda (artículo 497 del Código de Comercio), sino que además viene a ser ajustado conforme a diversos factores económicos por importantes instituciones bancarias internacionales y por la entidad estatal rectora en materia financiera.”⁵⁴

2.- Indexación legal de las obligaciones dinerarias derivadas de obligaciones de valor

Según dijimos, las obligaciones de valor no son susceptibles de indexación, toda vez que lo debido permanece constante a través del tiempo, y solamente llegan a cuantificarse en dinero como sustitución del correspondiente bien o servicio.⁵⁵

De ahí que, su cuantificación monetaria se lleva a cabo conforme el valor actual de la deuda, al momento en que ésta se determina⁵⁶. Desde esa perspectiva, se ha indicado que: “[...] *Este tipo de obligaciones (de valor) tienen un contenido intrínsecamente ajustable a precio o valor presente, pues esencialmente buscan la*

equiparación económica de un bien que no puede ser restituido in natura. [...]. Siendo esto así, es difícil hablar de indexación frente a obligaciones de valor, pues ha de reiterarse, que la condena indemnizatoria establecida en ellas lo será (en principio) a valor presente.”⁵⁷

Ahora bien, es claro que, cuando se establece en sentencia la cuantía pecuniaria de una obligación de valor, a partir de ese momento se convierte en dineraria. En virtud de ello, cuando media un plazo entre la conversión de la deuda y su efectivo pago, el acreedor se ve igualmente expuesto a la pérdida del valor adquisitivo de la moneda.⁵⁸

Esta es la situación que viene a regular el canon 124 del CPCA, el cual estipula lo que a continuación se transcribe:

ARTÍCULO 124

- 1) Cuando la sentencia condene al cumplimiento de una obligación de valor, el Tribunal deberá convertirla y liquidarla en dinero efectivo, en forma congruente con su valor real y actual en el momento de su dictado.

54 *Sala Primera*, N° 490-F-S1-2012 de las 8 horas 50 minutos del 19 de abril de 2012.

55 V. supra, el apartado referente a las obligaciones de valor.

56 “En este sentido, el artículo 124 del Código Procesal Contencioso Administrativo establece que cuando se condene a una obligación de valor, como lo es la responsabilidad, el Tribunal ‘deberá convertirla y liquidarla en dinero efectivo, en forma congruente con su valor real y actual en el momento de su dictado’.” *Sala Primera*, N° 1035-F-S1-2012, Op. Cit.

57 *Sala Primera*, N° 1016-F-2004, Op. Cit.; reiterada por esa misma Sala en resolución N° 519-F-2005, Op. Cit. En fecha más reciente, en el fallo N° 871-F-S1-2010, Op. Cit., dicho órgano decisor indicó: “De conformidad con lo resuelto por esta Sala, las de valor no es posible indexarlas, pues, contrario a las dinerarias que están fijadas desde su inicio, aquellas no se encuentran determinadas en su origen, sino que corresponden a una equiparación económica ajustable al valor en el momento en que se conceden. Por consiguiente, el daño moral subjetivo por ser una obligación de valor, no podía ser indexado desde el 30 de diciembre de 1997, data de los acontecimientos, sino desde la firmeza de la sentencia, -momento en que se convierte en líquida- y hasta su efectivo pago, [...]”.

58 “También las obligaciones de valor pueden verse afectadas, ya que al liquidarse, es decir, fijarse el monto a pagar, sea de manera convencional o por sentencia judicial firme, la obligación de valor se transforma en dineraria en sentido estricto, sufriendo los inconvenientes de esta por el transcurso del tiempo, hasta su efectiva cancelación.”. *Sala Primera*, N° 795-F-2005, Op. Cit. En similar sentido V. la sentencia N° 1511-S1-F-2012, Op. Cit.

- 2) Una vez convertida en dineraria la obligación de valor, el juez ejecutor la actualizará hasta su pago efectivo.
- 3) Si la condenatoria ha sido en abstracto, el juez ejecutor deberá observar lo prescrito en los párrafos precedentes.
- 4) Si se dicta sentencia desestimatoria y el Tribunal de Casación o la Sala Primera declara con lugar el recurso de casación, corresponderá a estos últimos órganos jurisdiccionales, cuando proceda, la conversión de la obligación de valor en dineraria y su actualización conforme a los parámetros anteriormente establecidos.” (Se agregó el subrayado)

Con esta norma queda claro que las obligaciones de valor pasan a ser dinerarias, una vez se cuantifique el monto que venga a actuar *in solutione* de la relación jurídica. A partir de ahí, aplica la indexación como compensación de la variación del poder adquisitivo de la moneda, entre el momento de su determinación y hasta su efectivo pago, lo cual deberá realizar de oficio el juez ejecutor.

B.- Indexación contractual

La indexación contractual es el ajuste compensatorio de la obligación dineraria que

pactan las partes, en ejercicio de la autonomía de su voluntad (precepto 28 de la Constitución Política).

En nuestro ordenamiento jurídico tenemos normas que reconocen, expresamente, esa posibilidad. Así, por ejemplo, el numeral 67 de la LGAUS, que si bien ya dijimos refiere a la tasa de inflación como parámetro de actualización del precio de alquiler⁵⁹, dicho canon también admite la facultad de los contratantes para establecer un mecanismo de reajuste menor: *“En los arrendamientos para vivienda, el precio convenido se actualizará al final de cada año del contrato. // [...] // Es válido el convenio de partes que acuerde un reajuste de precio menor y el pacto escrito por el cual se conviene en reajustes menores al índice oficial de precios al consumidor, de la Dirección General de Estadística y Censos.”*⁶⁰

De esta forma, bien puede suceder que las partes, al momento de formular un negocio jurídico, establezcan los parámetros de indexación que desean utilizar para actualizar su obligación dineraria. Tal es el caso, por ejemplo, de la remisión que puedan hacer los contratistas a una tasa de variación del colón costarricense, con respecto a determinada moneda extranjera.⁶¹

59 *V. supra*, en el apartado referente a la indexación legal.

60 Valga agregar que, en materia de contratación administrativa, el numeral 18 de la LCA, además de referir a los índices ya comentados para determinados contratos, también reconoce la posibilidad del reajuste consensuado, en cuanto permite que el cartel defina sus propios parámetros de revisión de precios: *“Mantenimiento del equilibrio económico del contrato. Salvo cuando se estipulen, expresamente, parámetros distintos en los términos del cartel respectivo, [...] // [...] // En las restantes contrataciones, cuando se produzcan variaciones en los costos estrictamente relacionados con el objeto del contrato, podrán establecerse los mecanismos necesarios de revisión de precios, para mantener el equilibrio económico del contrato. // [...] // Asimismo, en el cartel de licitación debe establecerse la forma de revisar precios y determinar reajustes, así como la referencia al reglamento, en cuanto al mecanismo de aplicación.”*

61 *“En nuestro sistema de derecho hubo prohibición de cláusulas de estabilización monetaria. Hoy se considera que los contratantes son libres para establecer el valor de las prestaciones que convienen, con la advertencia de que los índices que se convengan deben tener las características de ser objetivos (es decir, que queden fuera del ámbito de la arbitrariedad de las partes) y de conocimiento público.”* BAUDRIT CARRILLO (Diego). *Derecho Civil IV, Vol. I: Teoría General del Contrato*. 3ª Ed., 2ª reimpresión. Editorial Juricentro, San José, Costa Rica, 2012, p. 116.

En estas situaciones tendríamos, entonces, una indexación contractual (también llamada convencional). Al respecto, el cardinal 123, inciso 3), del CPCA dispone lo siguiente:

“3) Si se trata de una obligación convencional, en la cual las partes convinieron cualquier otro mecanismo de compensación indexatoria, distinto del establecido en el presente artículo, la autoridad judicial competente deberá reconocer en sentencia el mecanismo pactado, actualizar y liquidar la suma correspondiente hasta su pago efectivo.”

*Sobre lo estipulado en dicha norma, la doctrina nacional destaca: “En caso que las partes del proceso hayan pactado previamente un parámetro de compensación de la obligación dineraria, distinto de los fijados (IPC y tasa prime rate) en el párrafo 2° [del Art. 123 del CPCA], el órgano jurisdiccional competente, debe reconocer en sentencia el mecanismo pactado, actualizar y liquidar la obligación correspondiente hasta su efectivo pago (artículo 123.3).”*⁶²

En efecto, cuando las partes al momento de formular un negocio jurídico, han definido los parámetros de indexación a utilizar, el juzgador se encuentra compelido a reconocer lo pactado (siempre que se trate de parámetros objetivos y conformes con el ordenamiento jurídico, claro está).

C.- Indexación judicial

Cuando la ley no dispone el método de actualización de la obligación dineraria

(indexación legal), ni las partes han definido un mecanismo de indexación (contractual), es el juez quien debe buscar la forma de restaurar el equilibrio en la relación jurídica y compensar la pérdida del valor adquisitivo del dinero, ocurrida entre la fecha de exigibilidad de la obligación y su efectivo pago.

Sin embargo, nuestra jurisprudencia contencioso-administrativa fue muy temerosa en aplicar esta solución, y por mucho tiempo se negó a reconocer la indexación, cuando no había sido pactada por las partes o no estuviera legalmente establecida: “[...] Esta Sala se ha pronunciado en el sentido de admitir el reajuste del principal cuando media acuerdo expreso (indexación convencional), v. gr. cláusula de estabilización monetaria. [...]. Empero en relación a la indexación protestada fuera de convenio, este mismo tribunal ha dicho que: ‘X.-...no ignora las razones de equidad y de justicia que abonan la tesis de que los valores pendientes de pago se actualicen...pero tal medida debe ser objeto de una concienzuda reglamentación legislativa, por las enormes consecuencias que tendría en el ámbito de la vida económica de la nación.’[...].”⁶³

Fue hasta la sentencia N° 1016-F-2004 de las 9 horas 30 minutos del 26 de noviembre del año 2004, cuando la Sala Primera reconoció la posibilidad de aplicar la indexación judicial, con fundamento en los principios constitucionales que la informan: “[...] En efecto, no se requiere de norma legal alguna para el reconocimiento de una pretensión indexatoria, cuando por principio general de Derecho y por Constitución, se establece la obligada y plena reparación

62 JINESTA LOBO (Ernesto). *Manual del Proceso Contencioso-Administrativo*. Op. Cit., p. 254.

63 *Sala Primera*, N° 49-F-95.CON, Op. Cit.

de los daños y perjuicios irrogados a quien figura como acreedor o lesionado. Si los principios generales del Derecho permean e irradian la totalidad del Ordenamiento Jurídico, y si dentro de ellos destaca la íntegra reparación del daño; el equilibrio en las contraprestaciones establecidas; la prohibición al abuso del derecho y el enriquecimiento injusto, es claro que existe asidero suficiente para reconocer la actualización de lo debido a la fecha efectiva de su pago. [...]. Su reconocimiento deriva de la simple y adecuada proyección del derecho constitucional a una justicia cumplida y sin denegación, que el mismo precepto declara con absoluta energía y claridad. No hay justicia cumplida y efectiva sin restitución plena de lo debido. [...]. El reconocimiento de la indexación extra-convencional viene además exigido por el derecho de igualdad, en tanto se reconoce este extremo, aún de manera oficiosa, para ciertos ámbitos de la Administración Pública. Su reconocimiento privilegiado para ciertas facetas del quehacer público, con exclusión de otras, infringiría, sin duda, el numeral 33 de la Constitución Política. [...].⁶⁴

Posteriormente, esa Cámara puso énfasis en ese cambio de criterio, y destacó el fundamento constitucional del deber de compensar el valor adquisitivo de la moneda: “La jurisprudencia de esta Sala había establecido la improcedencia de la indexación extra-convencional, ante la inexistencia de una norma legal que así lo dispusiera [...]. No obstante, luego de un serio proceso de reflexión sobre el tema, en fecha reciente,

64 *Sala Primera*, N° 1016-F-2004, *Op. Cit.*

65 *Sala Primera*, N° 519-F-2005, *Op. Cit.* En el mismo sentido, V. también de la *Sala Primera*, la sentencia N° 795-F-2005, *Op. Cit.*, reiterada en el fallo N° 222-F-S1-2010 de las 8 horas 50 minutos del 12 de febrero de 2010.

en la sentencia No. 1016-F-04 [...], se estableció la procedencia de la indexación no convencional, en determinados supuestos de obligaciones donde la parte con derecho así lo haya requerido, básicamente, con sustento en la doctrina que se desprende del numeral 41 de la Constitución Política que obliga a la reparación integral de los daños. De igual forma esta Sala ha sustentado este tipo de indexación en la simple y adecuada proyección del derecho constitucional a una justicia cumplida y sin denegación, a la tutela judicial efectiva y al principio de igualdad de jerarquía constitucional.”⁶⁵

Valga acotar que si bien las citadas sentencias mencionan “indexación extra-convencional”, para referirse a la indexación que determina el juez; preferimos utilizar el término de indexación judicial, toda vez que también es extra-convencional la indexación legal, que ya hemos explicado.

En virtud de lo resuelto en la sentencia antes citada, llama la atención que, aún en el año 2007, se mantuviera el criterio de que el juez únicamente podía reconocer la indexación (judicial), cuando la parte lo había solicitado como una pretensión expresa y oportuna: “[...] Por su parte, esta Sala, en el fallo 1016 de las 9 horas 30 minutos del 26 de noviembre del 2004, aplicado mutatis mutandis a lo ahora analizado, en lo conducente, señaló: ‘X.- Establecido lo anterior, resulta imperativo agregar que en el estado actual del Ordenamiento Jurídico, todo el régimen de la pretensión sigue permeado en mucho y en mayoría, por el principio dispositivo,

sobre todo en lo que atañe a los derechos disponibles, que son los regidos, en última instancia, por el principio de la autonomía de la voluntad. Y este aspecto resulta de capital importancia en el caso bajo análisis, ya que, en el estado actual de cosas, el reconocimiento de la indexación, para las obligaciones y en los términos anteriormente dichos, lo será, siempre que, se haya dado un requerimiento expreso de la parte en su pretensión oportuna; de lo contrario, su reconocimiento provocaría la incongruencia del fallo estimatorio, con la súbita nulidad de lo dispuesto.[...]”⁶⁶

Dado el sustento constitucional de los mecanismos indexatorios, como expresión del derecho a la reparación integral del daño, a una justicia pronta, cumplida y sin denegación, a la tutela judicial efectiva y el principio de igualdad (cardinales 33, 41 y 49 de la Constitución Política), la negativa al reconocimiento oficioso de la indexación no deja de generar algunos cuestionamientos.⁶⁷

En todo caso, en la sede contencioso-administrativa, lo que pudo haber sido reconocido como indexación judicial –

dispuesta por el juzgador en sentencia, sin necesidad de petitoria sobre el particular–, ahora pasa a ser la indexación legal estipulada en los numerales 123 y 124 del CPCA. De ahí que ésta resulta de aplicación, aun cuando las partes no hayan acordado un método indexatorio (indexación contractual), ni la hubieran reclamado en sus pretensiones. Asimismo, obsérvese que dichas normas obligan a un pronunciamiento sobre ese extremo, no sólo al Tribunal que resuelve el fondo del asunto, sino también al juez ejecutor, al Tribunal de Casación y a la Sala Primera, según competa.

IV.- Indexación e intereses

Por último, conviene tener presente la diferencia entre indexación y los intereses que pueden ser reconocidos –a título de daños y perjuicios– en una obligación dineraria.

Según lo dispuesto en el numeral 706 del Código Civil, Ley N° 63 del 28 de septiembre de 1887, ante el incumplimiento de una obligación dineraria, los daños y perjuicios

66 *Sala Primera*, N° 504-F-2007 de las 9 horas 20 minutos del 20 de julio de 2007. Importa advertir que, en sentencias recientes, esa Cámara todavía ha mantenido tal tesis, para los procesos tramitados en sede civil: “[...] Esta Sala ha manifestado en diversas ocasiones, que el reconocimiento de la indexación para las obligaciones en materia civil, lo será siempre que se haya dado un requerimiento expreso de la parte en su pretensión oportuna, a saber, en el escrito de demanda o contrademanda; de lo contrario su reconocimiento provocaría incongruencia del fallo estimatorio, con la súbita nulidad de lo dispuesto. Consta en autos, que en la pretensión esgrimida en la demanda, la parte actora nunca solicitó el aspecto de comentario, el que con vehemencia requiere luego de sobrevenida la sentencia de primera instancia.” *Sala Primera*, N° 965-F-S1-2013 de las 9 horas 55 minutos del 1° de agosto de 2013.

67 Sobre el particular, la doctrina nacional ha manifestado: “En nuestro sistema jurídico, quizá por cierto temor de los jueces al carecer de sustento legal expreso, la indexación judicial ha tenido poco desarrollo, para evitar ese horror en vacío de los jueces contencioso-administrativos el CPCA los habilita y obliga a efectuar, de oficio y por pronunciamiento expreso, la actualización.” JINESTA LOBO (Ernesto). *Manual del Proceso Contencioso-Administrativo*. *Op. Cit.*, p. 244 a 245.

que pueden ser reclamados son los intereses sobre la suma debida⁶⁸, desde la fecha en que correspondía realizar el pago⁶⁹. Estos podrán ser computados según el interés moratorio que las partes hubieren pactado⁷⁰ o, en su defecto, conforme el interés legal.⁷¹

Valga acotar que, en las obligaciones de valor, no se aplican intereses desde la producción del hecho generador, pues se trata ante una obligación cuyo monto es determinable pero no determinado; sin embargo, una vez que su cuantía se fije en sentencia, se transforma en

68 El Art. 706 del Código Civil estipula: “ARTÍCULO 706.- Si la obligación es de pagar una suma de dinero, los daños y perjuicios consisten siempre y únicamente en el pago de intereses sobre la suma debida, contados desde el vencimiento del plazo.” Sobre el particular, la Sala Primera, en el fallo N° 1177-F-S1-2011 de las 9 horas 20 minutos del 22 de septiembre de 2011, destacó: “De todas esas normas, de carácter imperativo, es posible colegir, como principio, que en aras de conseguir esa reparación integral, tratándose de un menoscabo ocasionado por una deuda dineraria, es factible reconocer intereses cuando exista demora por parte de la Administración en cancelar sus obligaciones, pues constituye una consecuencia lógica ante el incumplimiento estatal.” En similar sentido, V., de ese órgano decisor, las resoluciones N° 557-S1-F-2010 de las 10 horas 10 minutos del 6 de mayo de 2010, N° 934-S1-2010 de las 9 horas 55 minutos del 5 de agosto de 2010, N° 1072-S1-F-2010 de las 8 horas 45 minutos del 9 de septiembre de 2010, N° 63-F-S1-2011 de las 9 horas 30 minutos del 27 de enero de 2011, N° 526-S1-F-2011 de las 14 horas 25 minutos del 26 de abril de 2011 y N° 634-F-S1-2011 de las 8 horas 35 minutos del 1° de junio de 2011.

69 “Cuando la obligación es de esa naturaleza [dineraria], los daños y perjuicios consisten siempre y únicamente en el pago de los intereses sobre la suma debida, contados desde el vencimiento del plazo, de conformidad con el artículo 706 Código Civil. Sobre el punto a partir del cual corren los intereses en este tipo de deudas, ya esta Sala ha establecido: ‘Dicho plazo deberá contarse a partir del vencimiento del plazo estipulado y, en defecto de convención, a partir del momento en que la obligación resulta legalmente exigible.’ (Fallo no. 68 de las 15 horas 20 minutos del 28 de junio de 1996). De ahí que los réditos deban computarse desde la fecha en que cada pago era exigible y no desde la firmeza del fallo, pues esto último implicaría una desatención a la naturaleza misma de la obligación, así como de los numerales 704 y 706 del Código Civil, que establecen el deber del deudor de compensar por los daños y perjuicios que deriven del desaire de un deber pecuniario” Sala Primera, N° 736-F-2007, de las 14 horas 55 minutos del 8 de octubre de 2007. En similar sentido, de esa misma Cámara, V. la resolución N° 126-F-S1-2009, *Op. Cit.*

70 V. Sala Primera, N° 292-F-2005, *Op. Cit.* Dicho fallo precisa la distinción entre interés moratorio e interés lucrativo: “[...] Del interés moratorio, (cuya finalidad es la de resarcir al acreedor de los daños y perjuicios que el deudor le ha irrogado con el retardo en la restitución del capital adeudado en el tiempo acordado), debe distinguirse el interés lucrativo o compensatorio, cuya finalidad es retribuir el uso del capital ajeno. ...” (En igual sentido, pueden consultarse, entre otras, las sentencias números 49 de las 15 horas del 19 de mayo de 1995, 118 de las 15 horas del 11 de setiembre de 1998 y 862 de las 15 horas 20 minutos del 16 de noviembre del 2000).” Para la Sala, en la obligación dineraria examinada en la mencionada sentencia, el daño es el monto adeudado y los perjuicios los intereses debidos a partir de su exigibilidad o vencimiento.

71 “[...] El cardinal 1163 del CC, es muy claro que el interés legal es de aplicación si la tasa de interés no fue fijada por los contratantes. [...] [En] el caso de una deuda dineraria determinada y mediante la cual no se haya pactado una tasa de interés, [...] su atraso sí genera los intereses legales del 1063 del Código Civil. [...] // [...] // [...] Los numerales 704 y 706 del Código Civil, establecen el deber del deudor de compensar los daños y perjuicios que deriven del incumplimiento de entregar una suma de dinero líquida y determinada. Ese componente indemnizatorio es diferente de cualquier indexación o revalorización del dinero en el tiempo.” Sala Primera, N° 295-F-S1-2013, *Op. Cit.* Tómese en cuenta que, tratándose de obligaciones mercantiles, el interés legal sería el previsto en el canon 497 del Código de Comercio, Ley N° 3284 del 30 de abril de 1964, así: “Recuérdese que los réditos pueden ser pactados por las partes o legales. Los primeros se erigen por la tasa de interés acordada por los contratantes de conformidad con el numeral 497 del Código de Comercio. Los segundos, nacen a falta de convenio y se manifiestan de dos formas. Cuando la obligación es mercantil, se echa mano al artículo 497 citado, para lo cual se recurre a los intereses reglados por el Banco Central de Costa Rica. Cuando la obligación es civil o indemnizatoria, se recurre a lo dispuesto por el numeral 1163 del Código Civil, que refiere a la tasa de interés que paga el Banco Nacional de Costa Rica para los certificados de depósito a seis meses plazo.” Sala Primera, N° 902-F-S1-2012 de las 9 horas 55 minutos del 31 de julio de 2012.

dineraria. En tales casos, la jurisprudencia ha entendido que a partir de la firmeza del fallo condenatorio correrá el pago de intereses.⁷²

Ahora bien, desde que la Sala Primera reconoció la procedencia de la indexación, fue clara al señalar que ello no impide, adicionalmente, el reconocimiento de intereses; dada la diferente naturaleza de cada uno: “[...] La solicitud de indexación no impedirá, de manera simultánea, el cobro de intereses corrientes o moratorios, por dos razones distintas. La primera, ya que el IPC no es un índice que contemple el pago de tales frutos civiles, por lo tanto no habría un doble pago del mismo extremo. El segundo motivo concierne a las características propias de la indexación y de los intereses. Como se indicó líneas atrás, aquella corresponde a una revaluación de la deuda en vista del deterioro causado por la inflación y la devaluación, mientras que los últimos proporcionan a una compensación

económica ante la imposibilidad, para el acreedor, de aprovechar el dinero o sacar un beneficio de éste, si lo prestase con ánimo de lucro. En otras palabras, el objetivo de la prestación de intereses no es cubrir el deterioro de la deuda principal por el proceso inflacionario y la devaluación crónica de la moneda, sino el rendimiento económico dejado de percibir.”⁷³

El canon 125 del CPCA viene a plasmar esta distinción y expresamente estipula la posibilidad de compensar la variación en el poder adquisitivo de la moneda y, a la vez, indemnizar el menoscabo sufrido⁷⁴:

“ARTÍCULO 125.- Cuando la sentencia condenatoria disponga la actualización a valor presente, en los términos de los artículos 123 y 124 de este Código, no quedará excluida la indemnización por los daños y perjuicios que sea procedente.”

72 “[...] No puede haber pago de intereses sino a partir de la firmeza del fallo de fondo, pues hasta ese momento, [...], en que se establece un monto líquido debido y la prestación adquiere el carácter de dineraria.” Sala Primera, N° 795-F-2005, *Op. Cit.* En el mismo sentido, de esa Cámara, pueden consultarse también las sentencias N° 1016-F-2004, *Op. Cit.*; N° 292-F-2005, *Op. Cit.*, y la N° 126-F-S1-2009, *Op. Cit.*, en la cual se reiteró que: “[...] En el caso de las obligaciones de valor, los intereses corren a partir de la firmeza de la sentencia en que se reconocen [...]”. Valga acotar que esta posición, en nuestro criterio, no deja de presentar inconvenientes. Ello por cuanto, si la obligación de valor se determina en sentencia (pasando a ser dineraria), pero la firmeza del fallo recae mucho tiempo después (una vez resueltos los recursos de apelación o casación que correspondan), parecería lo correcto que, a la luz del derecho a la reparación integral del daño y lo dispuesto en el mencionado canon 706 del Código Civil, los intereses corran desde la fecha de la sentencia (confirmada) que estableció el monto a pagar y no desde que ésta adquirió firmeza.

73 Sala Primera, N° 795-F-2005, *Op. Cit.* En la sentencia N° 1016-F-2004, *Op. Cit.*, ese Órgano Decisor ya había indicado que: “[...] La indexación como tal, cobra sentido esencialmente respecto de las obligaciones dinerarias, sobre las que no existe duda en su procedencia, sin exclusión, claro está, de los perjuicios correspondientes, pues ha de quedar claro que se trata de extremos diferentes e independientes.”

74 Obsérvese que, aunado al reconocimiento de intereses, puede ocurrir que –aún en la obligación dineraria– el acreedor haya sufrido, además, un daño o perjuicio en sus bienes, derechos o intereses legítimos. De ahí que, en virtud de lo dispuesto por el citado precepto 125 del CPCA, bien podrían ser reconocidos, en consecuencia, daños y perjuicios colaterales de orden material o moral, siempre que estén vinculados al incumplimiento y se llegue a demostrar el nexo de causalidad. Sobre el tema, V.: GONZÁLEZ CAMACHO (Oscar). *La indexación*. En: El Nuevo Proceso Contencioso-Administrativo. *Op. Cit.*, p. 468 a 469.

De esta forma, confirmando la línea jurisprudencial anterior a la vigencia de la citada norma –ahora con sustento en lo allí estipulado–, la Sala Primera ha destacado que: “[...] La actualización de una suma de dinero no excluye el reconocimiento de los daños y perjuicios. Una cosa es actualizar, y otra distinta es indemnizar los eventuales daños y perjuicios que pudieron haberse ocasionado. Estos extremos no son excluyentes, así se encuentra establecido a nivel legal en el canon 125 del Código Procesal Contencioso Administrativo. En esa línea, se debe indicar que la pretensión de reconocimiento de la indexación, así como de los intereses, conforme al principio constitucional de reparación integral del daño, es de recibo.”⁷⁵

Valga acotar que si bien la indexación se reconoce aún y cuando no fuera pedida por la parte (conforme el canon 123 del CPCA), no ocurre lo mismo con los daños y perjuicios, los cuales continúan rigiéndose por el principio dispositivo.⁷⁶

Asimismo, en reiteradas oportunidades, en sede casacional se ha expuesto la diferencia entre indexación e intereses, con el fin de evitar desaciertos en la aplicación del numeral 123 del CPCA: “[...] En el trasfondo se evidencia una confusión entre dos conceptos que, aunque relacionados, atienden a una naturaleza diversa, cuales son los de indexación e intereses. El primero, en la acepción que se deriva del artículo 123 del Código Procesal Contencioso Administrativo, implica la actualización del valor adquisitivo del dinero durante el plazo de tiempo que el acreedor no lo tuvo a disposición. El segundo, tradicionalmente se ha entendido como el precio o la indemnización por la no disponibilidad de recursos monetarios. Si bien este último lleva implícito un efecto de compensación inflacionaria (equiparable en ese tanto al de la indexación), no es correcto afirmar que es uno de los componentes de la tasa de interés, toda vez que este efecto es una valoración *ex post* de índole económica, y a partir de un análisis de costo de oportunidad

75 Sala Primera, N° 1282-F-S1-2012 de las 9 horas 5 minutos del 11 de octubre de 2012.

76 “[...] Debe señalarse que el reconocimiento de los intereses resulta facultativo, por ser disponible y en ese tanto renunciante, mientras que la indexación resulta oficiosa y excluyente respecto del ruego de intereses (cuando este es pedido por la parte). [...] Por ello, el reconocimiento de perjuicios, en forma alguna, puede sustentarse en el numeral 123 previamente citados, y menos aún, entender que resulta oficiosa, como parece desprenderse de la cita de dicha norma en el fundamento normativo de la sentencia impugnada. Asimismo, es importante destacar que, a pesar de que el principio dispositivo en materia contenciosa ha sido matizado, en particular por los pronunciamientos y actuaciones oficiosas con que se faculta a los juzgadores encargados de las distintas fases procesales, su aplicación se mantiene plenamente vigente, como límite infranqueable para el juzgador. La titularidad del derecho de acción recae siempre en la parte, lo que condiciona su ejercicio, por lo que los órganos jurisdiccionales se encuentran impedidos para sustituir a quien solicita su intervención en la determinación de sus pretensiones, y menos aún, otorgar extremos no solicitados, desbordando la competencia que le definen las partes con ocasión del objeto del proceso; lo contrario sería un activismo judicial impropio.” Sala Primera, N° 118-F-S1-2012, de las 9 horas 5 minutos del 2 de febrero de 2012. En ese mismo sentido, V., de esa misma Cámara la sentencia N° 874-S1-F-2010 de las 9 horas 30 minutos del 22 de julio de 2010, y las resoluciones N° 87-F-S1-2011 de las 8 horas 35 minutos, N° 88-F-S1-2011 de las 8 horas 40 minutos y N° 97-F-S1-2011 de las 9 horas 30 minutos, todas del 3 de febrero de 2011.

y el cual no siempre se da (v.gr. aquellos momentos en que las tasas de interés han sido negativas en términos reales).⁷⁷

Conforme lo indicado en la resolución antes citada, conviene señalar que si bien es posible el reconocimiento de la indexación junto con los intereses, a título de daños y perjuicios sobre la suma debida, se debe tener presente que estos habrán de ser reales y no nominales. Ello por cuanto, cuando se concede el interés legal dispuesto en los cardinales 1163 del Código Civil⁷⁸ o 497 del Código de Comercio⁷⁹, según corresponda, no es posible obviar que dicho interés contiene un componente que reconoce el proceso inflacionario.⁸⁰

En ese orden, ante el interés legal (nominal), será necesario conocer cómo pudo haber sido afectado por la inflación, con el fin de

obtener el real. Para ello importa tener presente lo que en economía se conoce como efecto Fisher, mediante el cual se formula que: “La diferencia entre la tasa de interés nominal y la tasa de inflación esperada es el rendimiento real para el ahorrador después de hacer los ajustes necesarios debido a la reducción del poder de compra en el período en cuestión. Se conoce como tasa de interés real porque, a diferencia de la tasa de interés nominal, se ajusta de acuerdo con la tasa de inflación esperada”⁸¹. Lo anterior se expresa mediante la siguiente ecuación: $i_R = i - E(INF)$ donde i_R es el interés real, i es el interés nominal y $E(INF)$ es la inflación esperada.⁸²

Así las cosas, si bien el interés legal (nominal) pretende cubrir el daño o perjuicio causado por el imposible disfrute o utilización de la cantidad adeudada, éste no podría dirigirse a compensar, también, el valor adquisitivo

77 Sala Primera, N° 118-F-S1-2012, *Op. Cit.* Ante la confusión en que incurrieron algunas sentencias de instancia –que sustentaron en el precepto 123 del CPCA el reconocimiento de intereses–, es abundante la jurisprudencia de la Sala Primera corrigiendo tal criterio. Al respecto pueden consultarse, entre otras, las siguientes resoluciones: N° 557-S1-F-2010, *Op. Cit.*; N° 874-S1-F-2010, *Op. Cit.*; N° 934-S1-2010, *Op. Cit.*; N° 1072-S1-F-2010, *Op. Cit.*; N° 63-F-S1-2011, *Op. Cit.*; N° 87-F-S1-2011, *Op. Cit.*; N° 88-F-S1-2011, *Op. Cit.*; N° 97-F-S1-2011, *Op. Cit.*; N° 526-S1-F-2011, *Op. Cit.*, y N° 634-F-S1-2011, *Op. Cit.*, en la que se concluyó: “La juzgadora de instancia fundamentó el rubro concedido de intereses en el artículo 123 del CPCA, [...]. Tal y como se arguye en el recurso, la norma regula la figura de la indexación, cuya naturaleza no debe confundirse con la de los intereses legales. [...] Lo anterior confirma el yerro endilgado al fallo.”

78 “ARTÍCULO 1163.- Cuando la tasa de interés no hubiere sido fijada por los contratantes, la obligación devengará el interés legal, que es igual al que pague el Banco Nacional de Costa Rica por los certificados de depósito a seis meses plazo, para la moneda de que se trate.” Así reformado por el artículo 7 de la Ley N° 7201 de 10 de octubre de 1990.

79 “Artículo 497.- Se denomina interés convencional el que convenga las partes, el cual podrá ser fijo o variable. Si se tratare de interés variable, para determinar la variación podrán pactarse tasas de referencia nacionales o internacionales o índices, siempre que sean objetivos y de conocimiento público. // Interés legal es el que se aplica supletoriamente a falta de acuerdo, y es igual a tasa básica pasiva del Banco Central de Costa Rica para operaciones en moneda nacional y a la tasa ‘prime rate’ para operaciones en dólares americanos. // Las tasas de interés previstas en este artículo podrán utilizarse en toda clase de obligaciones mercantiles, incluyendo las documentadas en títulos valores.” (Se agregó el subrayado). Según fuera reformado por el canon 167, inciso h), de la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica, Ley N° 7558 del 3 de noviembre de 1995.

80 V. GONZÁLEZ CAMACHO (Oscar). *La indexación*. En: El Nuevo Proceso Contencioso-Administrativo. *Op. Cit.*, p. 469 a 470.

81 MADURA (Jeff). Mercados e Instituciones Financieras. Traducido de la 5ª Ed. en inglés: *Financial Markets and Institutions*. Thomson Learning, México, 2001, p. 28 a 29.

82 Ibidem.

de la moneda; pues para ello se está acudiendo a los mecanismos de indexación ya explicados.

De modo que, consideramos, la aplicación de la tasa legal dispuesta en los numerales 1163 del Código Civil o 497 del Código de Comercio, debe ser supeditada a los mecanismos indexatorios que –por norma posterior– reconoce ahora el CPCA. De tal forma que estos últimos se imponen sobre los primeros, en tanto que por indexación se compensaría el valor adquisitivo y, por interés (real), solamente el daño y perjuicio causado⁸³. Lo contrario sería tolerar un doble pago y un enriquecimiento ilícito del acreedor, en perjuicio de la parte deudora.

Este es el criterio que ha adoptado la jurisprudencia de la Sala Primera⁸⁴; la cual se ha referido al modelo matemático para determinar la indexación y el interés real o neto: “[...] Se separaran los días del período correspondiente y se obtiene la tasa real del interés legal vigente, la cual deberá

ajustarse al mismo período de inflación; a la cifra resultante se le denominará tasa del período, tasa neta o nominal. Esto por cuanto resulta desproporcionado pagar indexación y además la tasa legal vigente ya que esta última se presenta “anualizada”. Lo correcto es conceder la indexación y la diferencia entre aquella tasa legal y la indexación. En el fondo es reconocer por un lado la inflación del período, y por el otro, la tasa legal real según el período. [...] [...], La fórmula debe contemplar cuánto es restitución por inflación y cuánto es restitución por tasa real, lo cual debe ajustarse según los plazos de cada obligación.”⁸⁵

En consecuencia, cuando se indexa una obligación dineraria en función de la inflación –con el fin de compensar el valor adquisitivo de la moneda–, el interés que se reconozca a título de daños y perjuicios debe ser neto. Es decir, no resultaría aplicable la tasa legal (nominal), sino una que descuenta esa inflación (interés real).

⁸³ En similar sentido, GONZÁLEZ CAMACHO (Oscar) indica: “[...] Lo correcto es aplicar a la suma debida, en calidad de daños y perjuicios financieros, un interés puro o también llamado real, que se obtiene de restar al interés nominal, el porcentaje correspondiente a la inflación.” (El subrayado es del original). *La indexación*. En: *El Nuevo Proceso Contencioso-Administrativo*. Op. Cit., p. 469.

⁸⁴ “[...] Ante el desajuste económico que supone la presente deuda dineraria, el otorgamiento de intereses desde el incumplimiento compone una medida que busca compensar la indisponibilidad del dinero en el momento oportuno, y que permite reconocer al acreedor de la obligación el factor deflacionario a fin de que la deuda se cancele a valor presente (siempre que no se hubieren indexado, pues en tal caso, el interés a reconocer no sería el legal, sino un interés neto o puro, derivado de la diferencia entre el interés legal y el índice de inflación), más un margen de utilidad que hubiera tenido de haber contado con el monetario cuando correspondía.” (Se agregó el subrayado). *Sala Primera*, N° 736-F-2007, Op. Cit., reiterada por esa Cámara en las sentencias N° 1053-F-S1-2009 de las 13 horas 55 minutos del 8 de octubre de 2009, N° 248-F-S1-2011 de las 8 horas 55 minutos del 10 de marzo de 2011 y N° 1282-F-S1-2012, Op. Cit.

⁸⁵ *Sala Primera*, N° 902-F-S1-2012, Op. Cit. En dicha sentencia se hace una aplicación de los cálculos respectivos, conforme el caso concreto allí examinado.

Conclusión

Las obligaciones dinerarias se caracterizan por ser de signo monetario, determinado numéricamente desde su origen; es decir, el objeto de la prestación es pecuniario. Estas pueden ser obligaciones dinerarias propias (puras), como el arriendo de dinero, o impropias (impuras), cuando el dinero se intercambia por bienes y servicios. Asimismo, las obligaciones de valor llegan a convertirse en dinerarias, una vez su cuantía se determine en sentencia.

Estas obligaciones se ven afectadas por las variaciones en el poder adquisitivo de la moneda, que se pueden presentar en virtud de factores económicos, tales como la inflación o la devaluación. Ello puede implicar una disminución del valor adquisitivo del quantum monetario objeto de la deuda, cuando existe un lapso de tiempo entre la exigibilidad de la obligación y su pago efectivo.

De ahí que, teniendo en cuenta que todo acreedor tiene derecho a la devolución integral de lo debido, se requieren herramientas que permitan asegurar la intangibilidad del patrimonio y la reparación integral del daño.

Dentro de ese marco, el canon 123, inciso 1), del CPCA le impone al juez contencioso-administrativo el deber de compensar la variación en el poder adquisitivo de la moneda, para lo cual la indexación se instituye como el mecanismo que permite alcanzar tal objetivo.

De modo que indexar es actualizar una suma de dinero, lo cual se podrá computar acudiendo al cambio en el nivel de precios

(inflación o, incluso, deflación), a la tasa *prime rate*, o bien al precio de la moneda nacional en relación con otras (devaluación o revaluación en sistemas de tipos de cambio fijo, o depreciación o apreciación en sistemas fluctuantes).

La indexación legal es aquél método para actualizar una obligación dineraria, cuyos presupuestos e índices de cálculo se encuentran establecidos expresamente por el ordenamiento jurídico. De esta forma, para la corrección monetaria de las obligaciones dinerarias en la sede contencioso-administrativa, el precepto 123, inciso 2), del CPCA refiere, para las obligaciones en colones, al IPC emitido por el INEC, y, para las obligaciones en moneda extranjera, a la tasa *prime rate* establecida para los bancos internacionales de primer orden. Asimismo, el numeral 124 ibídem deja claro que la indexación legal también es aplicable cuando se determina en sentencia la cuantía de una obligación de valor (por lo que pasa a convertirse en dineraria), por el periodo desde esa conversión y su efectivo pago.

La indexación legal prevista en el artículo 123, inciso 2), del CPCA no obsta para que las partes fijen una indexación en función de otros parámetros; como, por ejemplo, el valor del colón costarricense con respecto a otras monedas (tasa de devaluación o depreciación monetaria, según corresponda). En tales casos se estaría ante una indexación contractual (convencional), la cual debe ser respetada, conforme lo dispone el inciso 3) de ese mismo precepto.

Por otro lado, la indexación judicial opera cuando las partes no han definido un mecanismo de indexación (contractual) y la ley no dispone el método de actualización de

la obligación dineraria (indexación legal). Así, en virtud del derecho a la reparación integral del daño, a una justicia pronta, cumplida y sin denegación, a la tutela judicial efectiva y el principio de igualdad, en aquellos casos donde no exista indexación contractual o legal, el juez debe buscar la forma de restaurar el equilibrio en la relación jurídica y compensar la pérdida del valor adquisitivo del dinero, ocurrida entre la fecha de exigibilidad de la obligación y su efectivo pago.

Con la promulgación del CPCA, lo que pudo haber sido reconocido como indexación judicial, pasa a ser la indexación legal

estipulada en los numerales 123 y 124 *ibídem*; que resultan de aplicación aun cuando las partes no han acordado un método indexatorio (indexación contractual).

Por último, es importante tener presente que la indexación no impide el reconocimiento de intereses, a título de daños y perjuicios, por incumplimiento de la obligación dineraria. Sin embargo, cuando la suma se ha indexado, lo apropiado sería reconocer un interés real y no el legal (nominal); en tanto este último contiene un reconocimiento de la inflación, que ya se habría visto compensada con la indexación.

Bibliografía

A.- Normativa

Arancel de Honorarios por Servicios Profesionales de Abogacía y Notariado, Decreto Ejecutivo N° 36562-JP del 31 de enero de 2011.

Código Civil, Ley N° 63 del 28 de septiembre de 1887.

Código de Comercio, Ley N° 3284 del 30 de abril de 1964.

Código Procesal Contencioso Administrativo, Ley N° 8508 del 28 de abril de 2006.

Constitución Política de la República de Costa Rica, del 7 de noviembre de 1949.

Ley de Contratación Administrativa, Ley N° 7494 del 2 de mayo de 1995.

Ley del Sistema de Estadística Nacional, Ley N° 7839 del 15 de octubre de 1998.

Ley General de Arrendamientos Urbanos y Suburbanos, Ley N° 7527 del 10 de julio de 1995.

B.- Doctrina

BAUDRIT CARRILLO (Diego)
Derecho Civil IV, Vol. I: Teoría General del Contrato. 3ª Ed., 2ª reimpresión. Editorial Juricentro, San José, Costa Rica, 2012.

BAUDRIT CARRILLO (Diego)
Sobre la función de la jurisprudencia. En: El Nuevo Título Preliminar del Código Civil de

Costa Rica. 1ª Ed., Editorial Juricentro, San José, Costa Rica, 2000, p. 83 a 86.

CASTILLO VÍQUEZ (Fernando) y ALVARADO QUESADA (Esteban)
Código Procesal Contencioso Administrativo - Anotado con las Actas Legislativas. 1ª Ed., 1ª reimpresión. Colegios de Abogados de Costa Rica y Procuraduría General de la República, San José, Costa Rica, 2008.

DORNBUSCH (Rudiger), FISCHER (Stanley) y STARTZ (Richard)
Macroeconomía. Traducido de la 7ª Ed. en inglés: *Macroeconomics*. McGraw-Hill / Interamericana de España, S.A.U., impreso en España, 1998.

GITMAN (Lawrence J.)
Principios de Administración Financiera. Traducido de la 8ª Ed. en inglés: *Principles of managerial finance*. Pearson Educación, México, 2000.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y CENSOS
Metodología del Índice de Precios al Consumidor - Base julio 2006. 1ª Ed., INEC, San José, Costa Rica, septiembre, 2006.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y CENSOS
Boletín Mensual – Índice de Precios al Consumidor – Enero 2013. Vol. 1, año 23, INEC, San José, Costa Rica, febrero, 2013.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y CENSOS
Principales características del Índice de Precios al Consumidor – Base julio 2006. Edición electrónica, INEC, San José, Costa Rica, agosto, 2006.

GONZÁLEZ CAMACHO (Oscar)
La indexación. En: El Nuevo Proceso Contencioso-Administrativo. Edición electrónica. Poder Judicial, Departamento de Artes Gráficas, Costa Rica, 2006, p 447 a 474.

JINESTA LOBO (Ernesto)
Manual del Proceso Contencioso-Administrativo. 1ª Ed., 1ª reimpresión. Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2009.

MADURA (Jeff)
Mercados e Instituciones Financieras. Traducido de la 5ª Ed. en inglés: *Financial Markets and Institutions*. Thomson Learning, México, 2001.

MANKIW (N. Gregory)
Principios de Economía. Traducido de la 1ª Ed. en inglés: *Principles of Economics*. McGraw-Hill / Interamericana de España, S.A.U., impreso en México, 1999.

WONNACOTT (Paul) y WONNACOTT (Ronald)
Economía. Traducido de la 3ª Ed. en inglés: *Economics*, McGraw-Hill / Interamericana de España, S.A.U., impreso en España, 1987.

C.- Resoluciones judiciales

Sala Constitucional, N° 6432-98 de las 10 horas 30 minutos del 4 de septiembre de 1998.

Sala Primera, N° 49-F-95.CON de las 15 horas del 19 de mayo de 1995.

Sala Primera, N° 1016-F-2004 de las 9 horas 30 minutos del 26 de noviembre de 2004.

Sala Primera, N° 292-F-2005 de las 14 horas del 12 de mayo de 2005.

Sala Primera, N° 519-F-2005 de las 16 horas 10 minutos del 20 de julio de 2005.

Sala Primera, N° 795-F-2005 de las 16 horas del 31 de octubre de 2005.

Sala Primera, N° 504-F-2007 de las 9 horas 20 minutos del 20 de julio de 2007.

Sala Primera, N° 736-F-2007, de las 14 horas 55 minutos del 8 de octubre de 2007.

Sala Primera, N° 126-F-S1-2009 de las 15 horas 40 minutos del 5 de febrero de 2009.

Sala Primera, N° 1053-F-S1-2009 de las 13 horas 55 minutos del 8 de octubre de 2009.

Sala Primera, N° 222-F-S1-2010 de las 8 horas 50 minutos del 12 de febrero de 2010.

Sala Primera, N° 557-S1-F-2010 de las 10 horas 10 minutos del 6 de mayo de 2010.

Sala Primera, N° 871-F-S1-2010 de las 9 horas 15 minutos del 22 de julio de 2010.

Sala Primera, N° 874-S1-F-2010 de las 9 horas 30 minutos del 22 de julio de 2010.

Sala Primera, N° 934-S1-2010 de las 9 horas 55 minutos del 5 de agosto de 2010.

Sala Primera, N° 1072-S1-F-2010 de las 8 horas 45 minutos del 9 de septiembre de 2010.

Sala Primera, N° 63-F-S1-2011 de las 9 horas 30 minutos del 27 de enero de 2011.

Sala Primera, N° 87-F-S1-2011 de las 8 horas 35 minutos del 3 de febrero de 2011.

Sala Primera, N° 88-F-S1-11 de las 8 horas 40 minutos del 3 de febrero de 2011.

Sala Primera, N° 97-F-S1-2011 de las 9 horas 30 minutos del 3 de febrero de 2011.

Sala Primera, N° 248-F-S1-2011 de las 8 horas 55 minutos del 10 de marzo de 2011.

Sala Primera, N° 526-S1-F-2011 de las 14 horas 25 minutos del 26 de abril de 2011.

Sala Primera, N° 634-F-S1-2011 de las 8 horas 35 minutos del 1º de junio de 2011.

Sala Primera, N° 1177-F-S1-2011 de las 9 horas 20 minutos del 22 de septiembre de 2011.

Sala Primera, N° 1384-F-S1-2011 de las 8 horas 55 minutos del 10 de noviembre de 2011.

Sala Primera, N° 118-F-S1-2012 de las 9 horas 5 minutos del 2 de febrero de 2012.

Sala Primera, N° 490-F-S1-2012 de las 8 horas 50 minutos del 19 de abril de 2012.

Sala Primera, N° 902-F-S1-2012 de las 9 horas 55 minutos del 31 de julio de 2012.

Sala Primera, N° 1035-F-S1-2012 de las 9 horas 55 minutos del 24 de agosto de 2012.

Sala Primera, N° 1282-F-S1-2012 de las 9 horas 5 minutos del 11 de octubre de 2012.

Sala Primera, N° 1511-S1-F-2012 de las horas 15 minutos del 15 de noviembre de 2012.

Sala Primera, N° 1565-F-S1-2012 de las 9 horas 14 minutos del 29 de noviembre de 2012.

Sala Primera, N° 295-F-S1-2013 de las 8 horas 40 minutos del 14 de marzo de 2013.

Sala Primera, N° 965-F-S1-2013 de las 9 horas 55 minutos del 1º de agosto de 2013.

CONTROL JURISDICCIONAL ANTE LA NEGATIVA DEL MINISTERIO PÚBLICO A PACTAR UN PROCEDIMIENTO ABREVIADO EN MATERIA PENAL DE ADULTOS: CRITERIOS ASUMIDOS POR LA JURISPRUDENCIA COSTARRICENSE

M.Sc. Frank Harbottle Quirós^{1}*

Introducción

En el presente artículo, se expondrá, en primer término, de manera general, la regulación del procedimiento abreviado en el Código Procesal Penal costarricense, cuya entrada en vigencia se dio a inicios del año 1998.

Posteriormente, se presentarán las distintas posiciones asumidas por los antiguos Tribunales de Casación Penal y los actuales Tribunales de Apelación, así como por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (Sala Tercera) en cuanto a la posibilidad o no de examinar jurisdiccionalmente la negativa del Ministerio Público de negociar este procedimiento especial.

Luego, se hará referencia a las circulares y los lineamientos emitidos por el Ministerio

Público desde que entró en vigor el Código Procesal Penal en relación con el procedimiento abreviado.

Finalmente, se dará a conocer la posición personal que se ha asumido en relación con este tema.

I. El procedimiento abreviado en el Código Procesal Penal costarricense

Las legislaciones de los distintos países del orbe suelen contemplar diversos tipos de procedimientos penales, donde, a *grosso modo*, se le confieren facultades al Ministerio Público para que, en el ejercicio de su acción, omita o acelere algunas etapas del proceso ordinario, en la medida en que la persona imputada muestre su consentimiento y acepte la responsabilidad penal por los hechos que se le atribuyen.

¹ Licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica. Máster en Criminología de la Universidad Estatal a Distancia. Defensor Público, actualmente Letrado de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Estos mecanismos de negociación tienen su origen en el derecho anglosajón, específicamente en el *plea bargaining* estadounidense². Mediante este proceso, el fiscal puede brindar concesiones al acusado a cambio de obtener su confesión. En Estados Unidos goza de amplio reconocimiento y aceptación³.

El procedimiento abreviado, como institución procesal basada en el consenso, aún es objeto de críticas en la doctrina nacional e internacional, principalmente por la coacción implícita que se da hacia la persona imputada, a quien se le impone una pena sin llevarse a cabo el juicio oral y público.

No obstante lo anterior, lo cierto es que, al menos en Costa Rica, en la actualidad pareciera haber concluido el debate sobre la constitucionalidad de este procedimiento, al haber sido afirmada en diversas oportunidades por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia⁴.

Hoy, este procedimiento se ha legitimado y asentado con firmeza como parte del sistema procesal penal. Por escapar a los objetivos de este trabajo, se advierte que en el presente artículo no se analizará sobre la constitucionalidad, legalidad o conveniencia de aplicar este procedimiento especial en el sistema penal costarricense.

Partiendo de que la jurisprudencia constitucional y penal de nuestro país ha señalado categóricamente que el procedimiento abreviado no constituye un derecho de la persona imputada, por lo que el Ministerio Público no se encuentra obligado a pactarlo, se circunscribirá la discusión a reflexionar si existe o no la posibilidad de controlar jurisdiccionalmente la negativa del ente fiscal a pactar este procedimiento especial en materia penal de adultos. Ello, se abordará tomando como punto de partida la regulación contenida en la legislación costarricense.

De conformidad con el artículo 373 del Código Procesal Penal (en adelante C.P.P): *“En cualquier momento hasta antes de acordarse la apertura a juicio, se podrá proponer la aplicación del procedimiento abreviado cuando: a) El imputado admita el hecho que se le atribuye y consienta la aplicación de este procedimiento. b) El Ministerio Público, el querellante y el actor civil manifiesten su conformidad⁵. La existencia de coimputados no impide la aplicación de estas reglas a alguno de ellos”.*

De lo anterior se colige que a la víctima⁶ se le concede la posibilidad de constituirse en querellante y actor civil, por lo que, de hacerlo, no bastará con que el acuerdo se

2 Langer, Máximo. Las garantías penales y procesales: enfoque histórico comparado. La dicotomía acusatorio inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado de seguridad: pronósticos de peligrosidad en derecho penal. Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2004, p.240.

3 Salinas Durán, Edwin. El procedimiento abreviado. Mundo Gráfico, San José, 2001, p.28.

4 Entre otras, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia sentencias 1998-04835, de las quince horas con cincuenta y cuatro minutos, del siete de julio de mil novecientos noventa y ocho y 1998-04864, de las quince horas con veintisiete minutos, del ocho de julio de mil novecientos noventa y ocho.

5 La Ley 8146, del 30 de octubre del 2001, publicada en la Gaceta N° 227, del 26 de noviembre de 2001, incorporó la necesidad de la anuencia de la parte actora civil, lo cual no se encontraba en el texto original del Código Procesal Penal que entró en vigencia a inicios del año 1998.

6 De acuerdo con el ordinal 374 párrafo 3° del C.P.P., la víctima que no se constituyó en querellante ni en actora civil debe ser escuchada, pero su criterio no es vinculante.

de entre el Ministerio Público y la persona imputada, eliminándose en cierta forma el monopolio del ejercicio de la acción penal en la actuación fiscal.

La Sala Constitucional ha indicado que existe un control jurisdiccional sobre el procedimiento abreviado cuyo trámite se divide en dos etapas. La primera, ante el tribunal del procedimiento intermedio, el cual decide sobre la procedencia de la solicitud para que se aplique, mientras que la segunda queda a cargo del tribunal de juicio constituido unipersonalmente. Al explicarse ambas fases se ha dicho:

“...En el caso del juez de la etapa intermedia entre los elementos que debe valorar para admitir la aplicación del procedimiento abreviado naturalmente están la constatación de que la aceptación del endilgado de los hechos y el trámite abreviado sean libres y conscientes, además de otras cuestiones de igual importancia, como la conveniencia de que el asunto sea resuelto de esa manera, que no se esté tratando de encubrir por ese medio hechos de mayor gravedad, etc. En todo caso, la decisión de admisión o rechazo debe ser fundamentada, de manera que quien se viere afectado por lo decidido pueda luego hacer valer sus apreciaciones ante la autoridad que deba proseguir con el conocimiento del asunto. La función del tribunal de juicio es similar en lo que respecta estrictamente a la garantía de los derechos del procesado puesto que nada obsta para que notando una deficiencia en los presupuestos típicos del procedimiento

abreviado reenvíe el asunto a la tramitación ordinaria (artículo 375 del Código Procesal Penal), o decida celebrar la audiencia oral que le permite el párrafo primero del artículo 375. Aquí también, la decisión que se tome debe contener las razones que la fundamentan...”⁷.

Conforme lo sostiene el Dr. Ronald Salazar⁸, el doble control jurisdiccional en la fase intermedia y de juicio, es un elemento trascendente porque refuerza la transparencia de los acuerdos y disposiciones de las partes y el cumplimiento de los derechos y garantías.

En la primera fase del procedimiento abreviado, el Juez o la Jueza de la etapa intermedia debe verificar que se cumplan los requisitos formales que establece el artículo 373 del C.P.P., entre ellos, el asentimiento del Ministerio Público (y el querellante y actor civil en caso de existir) y, por supuesto, la aceptación del imputado, quien, usualmente, a cambio de recibir una pena más favorable, admite los hechos acusados, prescindiendo del juicio oral y público.

Según lo señala el reconocido jurista Dr. Javier Llobet, se ha estimado por la doctrina que el Tribunal únicamente puede verificar que se haya cumplido con los requisitos de aplicación del procedimiento abreviado, a saber, la aceptación de los hechos por parte del imputado y la conformidad del Ministerio Público, el actor civil y el querellante y que la pena solicitada esté dentro de los parámetros legales⁹.

7 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 1998-04864, de las quince horas con veintisiete minutos del ocho de julio de mil novecientos noventa y ocho. Ver en igual sentido de esa misma Sala, entre otras, Sentencia 2001-03113, de las ocho horas con cincuenta y un minutos del cinco de abril de dos mil uno.

8 Salazar Murillo, Ronald. El procedimiento abreviado. Revista de Ciencias Penales No. 24, Noviembre, 2006, p. 151.

9 Llobet Rodríguez, Javier. Proceso Penal Comentado. Editorial Jurídica Continental, San José, 2012, p. 591.

A criterio de la destacada Jueza Rosaura Chinchilla “...Un acuerdo entre partes en sentido formal nunca puede vincular al juez/a, pues de permitirse tal cosa (ya sea legislativa o consuetudinariamente) se le estaría cercenando a dicho/a funcionario/a la labor que por excelencia le corresponde que es la de mediar, de evaluar, de ponderar un conflicto sometido a su conocimiento, esto es, se le limitaría gravemente su independencia e imparcialidad, características inherentes a la exclusividad de la función jurisdiccional, lo que repercutiría negativamente en la democratización y humanización del proceso que se pretende...”¹⁰.

El Juez o la Jueza penal están obligados a fundamentar su decisión sea admitiendo o rechazando la solicitud de aplicación del procedimiento abreviado, no solo para que brinde las razones de su decisión “...sino que éstas sirvan al afectado por lo resuelto para que pueda hacer valer sus argumentos ante el superior en grado, sin embargo, en la práctica pocas veces los jueces penales rechazan la aplicación del procedimiento y de allí que las más de las veces la resolución que lo admite carece de una amplia fundamentación, precisamente al partirse de la base de que no hay ningún interés procesal para ello en virtud del acuerdo que le da origen...”¹¹.

Lo que no le está permitido al Juzgador o a la Juzgadora es procurar que las partes pacten este procedimiento especial, pues

ello violentaría el principio de imparcialidad. En este sentido se ha dicho:

“...Si bien debe descartarse de plano cualquier posibilidad de que el tribunal pueda promover el juicio abreviado (y es impensable que pudiera presionar para que sea consentido), o intervenir de cualquier modo en la negociación previa o en la celebración del acuerdo entre el fiscal y el acusado, las leyes establecen que con posterioridad a la formalización del convenio el órgano jurisdiccional debe examinarlo para decidir si presta su conformidad (o no lo hace) con las procedencia del juicio abreviado (si no la presta, debe adoptarse el trámite ordinario). La anuencia de aquél reposará en su verificación del resguardo por los derechos del acusado en el trámite y en el acto del acuerdo...”¹².

Según lo dispone el numeral 374 del Código Procesal Penal “...Si el tribunal estima procedente la solicitud, así lo acordará y enviará el asunto a conocimiento del tribunal de sentencia”. A partir de este momento inicia la segunda etapa del ante el Tribunal de Juicio, el cual, con una conformación unipersonal (art. 96 bis inciso 6) de la Ley Orgánica del Poder Judicial), decide sobre la aplicación de este procedimiento especial, debiendo verificar no solamente que se cumplan los requisitos formales, entre ellos, que existe un acuerdo entre las partes y, por ende, que este es producto de la voluntad libre del justiciable, sino también valorar que

la prueba de cargo resulte suficiente para dictar un fallo condenatorio.

El procedimiento abreviado ante el Tribunal de Juicio se encuentra regulado en el artículo 375 del C.P.P., el cual establece: “...Recibidas las diligencias, el tribunal dictará sentencia salvo que, de previo, estime pertinente oír a las partes y la víctima de domicilio conocido en una audiencia oral. Al resolver el tribunal puede rechazar el procedimiento abreviado y, en este caso, reenviar el asunto para su tramitación ordinaria o dictar la sentencia que corresponda. Si ordena el reenvío, el requerimiento anterior sobre la pena no vincula al Ministerio Público durante el juicio, ni la admisión de los hechos por parte del imputado podrá ser considerada como una confesión. Si condena, la pena impuesta no podrá superar la requerida por los acusadores...”.

En nuestro medio, en relación con este numeral se ha apuntado:

“...puede el juzgador en esta etapa rechazarlo y ordenar el reenvío para su tramitación ordinaria, pues igualmente subsiste su obligación de revisar que se hayan respetado las formalidades procesales como las garantías del procesado, y de notar alguna deficiencia ordenar el reenvío, o bien de ser subsanable, convocar a una audiencia oral...” () “...el tribunal de juicio, constituido en forma unipersonal, debe dictar sentencia, salvo que estime pertinente la realización de una audiencia oral para escuchar a las

partes y a la víctima de domicilio conocido, si bien como dijimos en su oportunidad, esta audiencia no es frecuente, si es un valioso auxilio para el juzgador en todos aquellos caso (sic) en que le nazcan dudas respecto al cumplimiento de requisitos legales, que se determine la posibilidad de algún vicio en la voluntad del imputado...”¹³.

La audiencia oral no necesariamente debe llevarse a cabo en todos los casos, sino solamente cuando el Tribunal lo estime pertinente. Sobre este punto se ha pronunciado Sáenz Elizondo destacando:

“...el tribunal puede convocar a una audiencia oral para escuchar a las partes y a las víctima de domicilio conocido. Esta medida adicional que toma el juez de juicio, podemos interpretarla como una previsión tendiente a tutelar las garantías que consagra el debido proceso. Instrumento éste que rige a manera de un pararrayos, en caso de que el trámite inicial se haya llevado a cabo con alguna deficiencia que exponga al imputado a un grave perjuicio de sus intereses y derechos...”¹⁴.

La resolución que admite o deniega el procedimiento abreviado necesariamente debe estar debidamente fundamentada, pues “...ni del artículo 373 del Código Procesal Penal, ni de los otros dos que se refieren al procedimiento abreviado, se desprende que la resolución acerca de la admisión o denegatoria de la petición para recurrir al proceso abreviado pueda dictarse sin

10 Chinchilla Calderón, Rosaura. Proceso penal abreviado y derecho de la Constitución. Revista de Ciencias Penales, San José, 1997, p. 99.

11 Salinas Durán, Edwin. El procedimiento abreviado. Mundo Gráfico, San José, 2001, pp. 56-57.

12 Cafferata Nores, José Ignacio. Cuestiones actuales sobre el proceso penal. Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 174.

13 Salinas Durán, Edwin. El procedimiento abreviado. Mundo Gráfico, San José, 2001, pp. 56-57, 100.

14 Sáenz Elizondo, María Antonieta. Derecho procesal penal costarricense. El procedimiento abreviado: su perfil en nuestra jurisprudencia, la doctrina nacional y extranjera. Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, San José, 2007, p.887.

*indicación de las razones que mediaron para adoptarla. Es deber del órgano jurisdiccional que emita el pronunciamiento del caso fundamentar su decisión...*¹⁵.

No podemos olvidar que la fundamentación de forma suficiente de todos los aspectos que conforman la sentencia que concluye un proceso abreviado forma parte del debido proceso¹⁶.

Es importante hacer ver que el Juez o la Jueza penal no están autorizados para aceptar un procedimiento abreviado –y mucho menos homologarlo–, sin contar con el debido consentimiento del Ministerio Público. A nivel constitucional se ha indicado:

“...para que sea posible recurrir al trámite abreviado las dos partes involucradas deben tener interés en su aplicación. Justamente en el marco de consenso entre ellas, propio del procedimiento abreviado, frente a la disminución de ciertas garantías del imputado está la restricción de la investigación de la verdad real de los hechos, averiguación que es igualmente relevante en el proceso penal. El Ministerio Público está obligado a valorar las posibilidades de la acusación y las consecuencias de una sentencia condenatoria, al ser el responsable de la persecución penal frente a la comunidad y al Estado. En este sentido, el inciso b) del artículo transcrito procura el cumplimiento de tales fines, al tenor del numeral 289 del mismo Código, que atribuye al Ministerio Público la función de promover la investigación de los

*delitos de acción pública para determinar las circunstancias del hecho y a sus autores o partícipes. El Ministerio Público como encargado de la investigación preparatoria (artículos 62 del Código Procesal Penal y 2 de la Ley Orgánica del Ministerio Público) está en condiciones de analizar y referirse aún a la conveniencia de la solicitud del trámite abreviado, con un criterio suficientemente formado y desde un punto de vista de justicia material, de suerte que es válido que su oposición impida acudir a una vía procesal sumaria. Si se dejara librada a la sola voluntad del imputado la prosecución de esta clase de trámite podría resultar gravemente afectada la persecución penal, mediante, por ejemplo, la intención de encubrir hechos de mayor gravedad, evitar otras investigaciones o lograr disminuciones de sanción donde no resultan recomendables. Así las cosas, lo que importa es recordar que el proceso penal no busca exclusivamente –es más, ni siquiera principalmente– la solución más favorable al imputado, sino el respeto de sus derechos fundamentales y la averiguación de la verdad de los hechos...*¹⁷

A partir de las consideraciones expuestas, se advierte que en las próximas líneas se estudiará únicamente el supuesto en el que en el proceso penal no existe querrelante ni actor civil, es decir, cuando para pactar un procedimiento abreviado solamente se requiere la anuencia de la persona imputada y la aceptación del Ministerio Público. Debemos preguntarnos en este momento: ¿es válido que se ejerza un control jurisdiccional ante la

15 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 1998-04835, de las quince horas con cincuenta y cuatro minutos, del siete de julio de mil novecientos noventa y ocho.

16 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2001-06648, de las catorce horas con treinta y cinco minutos, del once de julio de dos mil uno.

17 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 1998-04835, de las quince horas y cincuenta y cuatro minutos, del 07 de julio de 1998.

negativa del Ministerio Público de pactar un procedimiento abreviado?

Previo a dar respuesta a esta interrogante, necesariamente debemos conocer las tres posiciones que se han asumido a nivel jurisprudencial al respecto, a saber:

- 1) La imposibilidad del órgano jurisdiccional de examinar la discrecionalidad que le otorga la legislación al Ministerio Público ante su negativa de pactar un procedimiento abreviado.
- 2) El control jurisdiccional que debe darse (como regla) sobre la posición que adopte el ente fiscal respecto a la no aceptación de este procedimiento.
- 3) El carácter excepcional que reviste el control jurisdiccional sobre la posición que adopte el Ministerio Público respecto a la no aceptación de un procedimiento abreviado, siendo viable únicamente ante flagrantes infracciones a los principios de legalidad y proporcionalidad, o si se basa en arbitrariedades o abusos de poder, pues la Fiscalía posee discrecionalidad en la definición de sus políticas de persecución penal. Veamos cada una de ellas.

II. Imposibilidad del órgano jurisdiccional de examinar la discrecionalidad que le otorga la legislación al Ministerio Público ante su negativa de pactar un procedimiento abreviado

Como se verá en el apartado IV del presente artículo, la línea jurisprudencial de la

Sala de Casación Penal se ha dirigido a admitir excepcionalmente la posibilidad de controlar jurisdiccionalmente la posición del Ministerio Público de no aceptar negociar un procedimiento abreviado, siendo viable únicamente ante flagrantes infracciones a los principios de legalidad y proporcionalidad, o si se basa en arbitrariedades o abusos de poder, pues el ente fiscal posee discrecionalidad en la definición de sus políticas de persecución penal.

Sin embargo, en el voto número 2008-00506 de la Sala Tercera –con una integración de Magistrados y Magistradas Suplentes–, se asumió el criterio de que ante una arbitrariedad no le resulta posible al Tribunal, por razones legales, examinar la discrecionalidad que le otorga la legislación al Ministerio Público de negarse a pactar un procedimiento abreviado. De acuerdo con el mencionado pronunciamiento:

“...Uno de los requisitos para la aplicación del procedimiento abreviado, es la conformidad que debe manifestar el Ministerio Público, por así establecerse en forma expresa en el artículo 373 del Código Procesal Penal, inciso b). Es decir, queda a discrecionalidad de esa entidad determinar si está o no de acuerdo con el uso de ese instituto, sin que pueda imponérsele por alguna de las partes, entre ellas el imputado. Si bien es cierto es recomendable que los representantes del Ministerio Público indiquen las razones por las cuales no admiten el uso de dicho procedimiento, como lo ha establecido esta Sala en la sentencia 843-94, también lo es que no puede exigírsele a dicho órgano su utilización, porque la legislación le ha permitido discrecionalidad al respecto. Así lo ha establecido esta Sala, entre otros, en los fallos 2007-218, de las 9:30 horas, del 14

de marzo de 2007 y 2007-321, de las 11:18 horas, del 28 de marzo de 2007, donde se ha dispuesto que el procedimiento abreviado no es un derecho fundamental del imputado. Este sí tiene el derecho a ser juzgado en el juicio plenario. El citado procedimiento especial requiere la conformidad del Ministerio Público, con la cual no contó el imputado en este caso, según se aprecia en el acta de audiencia preliminar que obra a folios 118 y 119. “...No obstante que esta Sala en los citados precedentes ha indicado que está sujeto a control jurisdiccional la negativa del Ministerio Público a la aplicación del procedimiento abreviado, cuando exista alguna arbitrariedad, esta integración estima que no es posible para el Tribunal, por razones legales, examinar la discrecionalidad que le otorga la legislación a esa entidad. Con fundamento en lo expuesto no existe falta de fundamentación en las decisiones del Juzgado Penal y del Tribunal de Juicio, por no exigir al Ministerio Público el justificar las razones para no estar de acuerdo con la aplicación del procedimiento abreviado...”¹⁸. Debe aclararse que este constituye un fallo aislado que se aparta de la línea jurisprudencial que ha mantenido la Sala de Casación desde el año 1998 que entró en vigencia el Código Procesal Penal. Esta posición no se comparte, por cuanto de admitirse, habría que aceptar que existe un

irrestricto arbitrio por parte del Ministerio Público para decidir cuándo y quién puede acogerse al procedimiento abreviado, sin que exista control alguno sobre ello, legitimándose incluso argumentar que no procede “porque no y punto”, sin que pueda cuestionarse esa decisión.

III. Control jurisdiccional (como regla) sobre la posición que adopte el Ministerio Público respecto a la no aceptación de un procedimiento abreviado

En varias sentencias del antiguo Tribunal de Casación Penal del Tercer Circuito Judicial de Alajuela, Sede San Ramón y del actual Tribunal de Apelación de ese mismo Circuito Judicial¹⁹, se ha asumido la tesis de que debe existir un control jurisdiccional (como regla) sobre la posición que adopte el Ministerio Público respecto a la no aceptación de un procedimiento abreviado.

En el fallo 2010-00031 del antiguo Tribunal de Casación Penal del Tercer Circuito Judicial de Alajuela, mediante voto salvado²⁰, el Juez Alberto Alpízar Chaves se refirió a la necesidad del control jurisdiccional (como

regla) sobre la actuación del fiscal al decidir si admite o no el procedimiento abreviado; sin que ello implique, como lo insinuó la posición de mayoría de los co-jueces, una violación a la independencia funcional del ente acusador y tampoco a la atribución del Fiscal General para dictar los criterios en el ejercicio de la acción penal. Su posición la justificó a partir de los siguientes cuatro argumentos:

1) La política del Ministerio Público con respecto al ejercicio de la acción penal está sujeta a crítica y concretamente a control jurisdiccional, con las limitaciones que implica el ejercicio de una potestad discrecional. La determinación de los criterios para el ejercicio de la acción penal es una potestad atribuida exclusivamente al Fiscal General, tal como se desprende de los artículos 13 y 25.a Ley Orgánica del Ministerio Público (LOMP). El establecimiento de estos criterios incluye, entre otras cosas, las orientaciones para la aplicación del procedimiento abreviado, pudiendo ser dictados únicamente por el Fiscal General (no los Fiscales Adjuntos ni los Fiscales Auxiliares), cuya potestad no es irrestricta, pues, como funcionario público, sus actuaciones se encuentran sujetas al principio de legalidad, sin excepción alguna. Por ello, las potestades conferidas al Ministerio Público (regladas o discrecionales) deben respetar el principio de legalidad al igual que todas las demás atribuciones que la Ley le confiere conforme lo señala el artículo 11 de la Constitución Política. La política criminal y los criterios para el ejercicio de la acción penal gozan del carácter público en cuanto se refiere a su conocimiento general. No basta, con que el fiscal manifieste en audiencia cual es

la posición del Ministerio Público en un caso concreto, sino que, las directrices u orientaciones generales sobre la actuación concreta de los fiscales, deben estar previamente desarrolladas y ser fácilmente accesibles para todo ciudadano que quiera conocer la manera en que se ejercerá la acción penal pública por el órgano requirente (publicidad).

2) La ley supedita la admisibilidad del abreviado a que el Ministerio Público manifieste su conformidad (art. 373.b CPP). El análisis aislado de la norma ha llevado a algunos a afirmar que la voluntad del órgano acusador público no puede ser sujeta a control del todo o bien solamente de manera excepcional cuando en realidad esa potestad discrecional es susceptible de control jurisdiccional. La decisión respecto a los casos en que se admitirá el abreviado, las pautas generales para la negociación de las penas, etc.; son (o debieran ser) expresión de la política criminal de la Fiscalía y no pueden quedar al libre arbitrio del fiscal actuante. En todas sus actuaciones los fiscales deben motivar sus pretensiones (arts. 8 LOMP y 62 CPP), pues son funcionarios públicos y como tales todos sus actos deben ajustarse a la ley, sirviendo la motivación de sus pretensiones como un parámetro para juzgar la adecuación del acto al fin establecido por la ley procesal. Aún cuando la posición del fiscal durante la tramitación del abreviado puede estar válidamente fundada en una directriz emanada del Fiscal General y ser motivada su posición, no obstante podría darse lo que se denomina «*un vicio de desviación de poder*», de no ser adecuadas sus razones a los fines

18 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, sentencia número 2008-00506, de las catorce horas cincuenta y ocho minutos, del siete de mayo de dos mil ocho.

19 Con la entrada en vigencia el 9 de diciembre de 2001 de la Ley N° 8837, “Ley de Creación del Recurso de Apelación de la Sentencia, otras Reformas al Régimen de Impugnación e Implementación de Nuevas Reglas de Oralidad en el Proceso Penal”, la Sala de Casación Penal es el único órgano competente para conocer de los recursos de casación y procedimientos de revisión en materia penal de adultos y penal juvenil, por lo que los antiguos Tribunales de Casación Penal pasaron a ser Tribunales de Apelación.

20 Tribunal de Casación Penal del Tercer Circuito Judicial de Alajuela, Sede San Ramón, Sección Segunda. Sentencia 2010-00031, de las quince horas cuarenta minutos, del veintiséis de enero de dos mil diez. Voto de minoría.

previstos en la norma que atribuye la potestad discrecional.

- 3) La idea de que la motivación no viene impuesta por el artículo 373.b CPP, deriva de un análisis sesgado de esta norma. El artículo 25.a LOMP le encomienda al Fiscal General su obligación de establecer los criterios para el ejercicio de la acción penal, por lo que la toma de decisiones por otros órganos no competentes para ello, como lo sería que las diversas fiscalías adjuntas determinen (en el ámbito de su materia o territorio) criterios disímiles para el ejercicio de dicha acción, violentarían el principio de legalidad y podrían propiciar una aplicación desigual de la acción penal. No puede pretenderse que el fiscal que participa en la audiencia sobre el abreviado pueda libremente disponer sobre su conformidad, pues se encuentra sujeto al principio jerárquico.
- 4) La formulación de criterios para el ejercicio de la acción penal es una atribución exclusiva del Fiscal General, tales pautas deben ser públicas y sujetas a control jurisdiccional (como regla y no como excepción). Las potestades discrecionales también están sujetas a control judicial, tanto en la existencia de las mismas, su extensión, su competencia y el fin perseguido.

En sentido contrario el voto de mayoría²¹ de la sentencia recién citada apuntó:

“...conforme al modelo marcadamente acusatorio vigente, la fiscalización que en

este tipo de actuaciones fiscales pueda realizar la autoridad jurisdiccional, debe ser muy cuidadosa a fin de no trastocar e invadir las funciones que por ley le corresponden a ese ente acusador, lo que no sólo violentaría el principio de independencia funcional previsto por el artículo 3 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, en cuanto prescribe lo siguiente: “Artículo 3.- Independencia funcional. El Ministerio Público tendrá completa independencia funcional en el ejercicio de sus facultades y atribuciones legales y reglamentarias y, en consecuencia, no podrá ser impelido ni coartado por ninguna otra autoridad, con excepción de los Tribunales de Justicia en el ámbito de su competencia”, sino que también comprometería de algún modo la imparcialidad del juez, todo ello salvo casos extremos y excepcionales en donde se pudiera llegar a determinar una posición total y abiertamente arbitraria e injustificada, lo cual no sucede en la especie. Con ello se rescata el principio acusatorio derivado del inciso b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, en cuanto establece que es resorte exclusivo del Ministerio Público manifestar su conformidad con dicho trámite especial, en ausencia del cual no podría optarse por el mismo...”

Adicionalmente, ese mismo voto de mayoría estableció:

“...resultaría excesivo considerar que el fiscal que actúa en un caso concreto sólo esté legitimado para oponerse a un abreviado cuando, de previo, exista una circular escrita, publicada y formalmente emitida por el Fiscal

21 Tribunal de Casación Penal del Tercer Circuito Judicial de Alajuela, Sede San Ramón, Sección Segunda. Sentencia 2010-00031, de las quince horas cuarenta minutos, del veintiséis de enero de dos mil diez. Voto de mayoría.

General de la República, pues tal exigencia no sólo no viene impuesta por el artículo 373, sino que -además- implicaría negarle al fiscal auxiliar la facultad de actuar de manera independiente en cada uno de los casos en los que deba intervenir en una audiencia oral, lo que entorpecería notoriamente su trabajo. Al respecto, el numeral 14 de la Ley Orgánica del Ministerio Público señala lo siguiente: “Artículo 14.- Principio de jerarquía. Los fiscales deberán acatar las orientaciones generales e instrucciones que el superior jerárquico imparta sobre sus funciones. En los debates y las audiencias orales, el fiscal actuará y concluirá conforme a su criterio. Sin embargo, observará las instrucciones generales impartidas por el superior, sin perjuicio de que este último lo sustituya, si lo considera necesario”...”²²

En el pronunciamiento 2010-00485, el antiguo Tribunal de Casación Penal de San Ramón²³ unánimemente asumió el razonamiento minoritario de la sentencia 2010-00031, destacando que aunque se trate de una potestad discrecional (la anuencia sobre la aplicación del procedimiento abreviado), la misma no puede ser ejercida arbitrariamente, sino que debe ajustarse a las finalidades que se pretenden con la aplicación de este instituto procesal, por lo que esa decisión es susceptible de control jurisdiccional²⁴.

22 Esta tesis redactada por integración de mayoría del antiguo Tribunal de Casación Penal del Tercer Circuito Judicial de Alajuela, Sede San Ramón, Sección Segunda asumida en el voto 2010-00031, recientemente fue sostenida por el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José en la resolución 2012-01923, de las once horas diez minutos, del veintiocho de setiembre de dos mil doce.

23 Tribunal de Casación Penal del Tercer Circuito Judicial de Alajuela, Sede San Ramón, Sección Primera. Sentencia 2010-00485, de las trece horas diez minutos, del nueve de diciembre de dos mil diez.

24 Esta tesis se expone también en el voto del Tribunal de Casación Penal del Tercer Circuito Judicial de Alajuela, Sede San Ramón, Sección Primera, número 2011-00461, de las once horas diez minutos, del veinte de octubre de dos mil once.

25 Tribunal de Apelación del Tercer Circuito Judicial de Alajuela, Sede San Ramón, Sección Tercera, número 2012-00576, de las nueve horas, del veintiséis de julio de dos mil doce.

En este mismo sentido se pronunció el voto de mayoría del Tribunal de Apelación del Tercer Circuito Judicial de Alajuela, en la sentencia número 2012-00576, basándose en lo resuelto en el fallo 2010-00485 y el voto de minoría de la resolución 2010-00031, ambos del antiguo Tribunal de Casación Penal de San Ramón, señalando al respecto: “...Esta Cámara no es que desconozca las potestades que el legislador le ha dado y encomendado al Ministerio Público (tal y como se apunta en parte de la sentencia que anotamos) y que entre las que destacan el tener la facultad de aprobar o no el abreviado, el de condicionarlo a una o más personas o a otras condiciones especiales, el no estar obligado a darlo, etc., pero hace ver que tales potestades no se sostienen con arbitrariedad y por ello es que debe de sustentarse cada uno de sus actos, en garantía del proceso y en concreto de los imputados...”²⁵.

El Juez Alberto Alpízar Chaves, siendo coherente con su posición, en el pronunciamiento 2013-00075 del Tribunal de Apelación del Tercer Circuito Judicial de Alajuela salvó nuevamente el voto haciendo remisión a la sentencia 2010-00485 del antiguo Tribunal de Casación Penal de San Ramón, destacando en el caso concreto:

“...la negativa del Ministerio Público a pactar un abreviado por «diversas pretensiones

punitivas» resulta inaceptable, pues básicamente lo que esta diciendo es que «únicamente pacta un abreviado si todos los imputados renuncian al juicio oral y público». Tal exigencia, establecida así sin más explicación, resulta contraria a lo establecido por el legislador quien expresamente indicó que «la existencia de coimputados no impide la aplicación de estas reglas a alguno de ellos» (art. 373 CPP). En otras palabras, la ley procesal no exige que todos los imputados deban acogerse al abreviado. Aceptar al Ministerio Público la exigencia de «todos o ninguno» como explicación para denegar la aplicación del procedimiento abreviado, no es otra cosa que cerrarle la puerta a la arbitrariedad y permitirle entrar por la ventana. La «motivación» brindada por el Ministerio Público en el presente asunto en (sic) contraria a la ley procesal e incluso puede afectar gravemente los derechos de los imputados, pues pueden verse coaccionados por otros coimputados a pactar en contra de su voluntad. Debiendo indicarse que la situación actual no garantiza que en otras situaciones similares se admita el abreviado a unos imputados, mientras otros van a juicio oral y público. Situación que, a no ser que existan otras razones aparte de las «diversas pretensiones punitivas», mismas que no se han indicado, resulta arbitraria y contraria al principio de igual y de objetividad que

deben regir las actuaciones del Ministerio Público...»²⁶

En sentido contrario, el voto de mayoría que emitió la resolución recién mencionada estableció:

“...La propia quejosa manifiesta que la representante del Ministerio Público en la audiencia oral respectiva mostró disconformidad con la aplicación de tal instituto “indicando diversas pretensiones punitivas” y asimismo consta en el acta de folio 88 del legajo principal que informó la fiscal que dicha negativa se debía a que “algunos no quieren acogerse al abreviado” (copia textual de acta de audiencia de folio 88), de lo que puede deducirse que en realidad no es que la defensa no conozca el fundamento de la negativa fiscal, sino que no lo comparte...” () “...La posición final del Ministerio Público no puede ser objeto de mayor discrepancia de parte del juzgador...”²⁷

De seguido se hace recuento de las sentencias emitidas por la Sala de Casación Penal desde el año 1998 hasta arribar a la resolución N° 2013-00271, en la que, ante las posiciones adoptadas por los antiguos Tribunales de Casación y actuales Tribunales de Apelación, se expone la línea que ha asumido en anteriores oportunidades, manteniendo ese mismo criterio en dicho fallo.

IV. Excepcionalidad del control jurisdiccional sobre la posición que adopte el Ministerio Público respecto a la no aceptación de un procedimiento abreviado.

La Sala Tercera se ha pronunciado en relación con las razones de conveniencia y de oportunidad por las que el Ministerio Público puede llegar a pactar un procedimiento abreviado. Al respecto ha dicho:

“...corresponde a los jueces verificar que concurren las condiciones previstas en la ley para aplicar ese tipo de procedimiento, conforme al párrafo final del artículo 374 citado y el 375 ibídem, pero los tribunales no pueden incursionar en las razones específicas de conveniencia y de oportunidad que tuvieron las partes y el Ministerio Público para llegar al acuerdo, salvo que estimen que se están afectando o lesionando seriamente los derechos de alguna de las partes, o no se está dentro de los supuestos previstos en la ley para acordar la medida, en cuyo caso podrían improbar la aplicación del procedimiento abreviado. Ese acuerdo es de mucha importancia para los actos procesales sucesivos en el procedimiento abreviado, en especial para los controles **a posteriori** que deben realizar los tribunales de juicio y la casación...”²⁸ (El destacado es del original).

En este mismo sentido dicha Cámara ha apuntado:

“...en las fases preliminares del juicio el aquí recurrente manifestó su inconformidad con la posición asumida por el Ministerio Público durante la audiencia preliminar, pues dicha dependencia -por política institucional- no aceptó la aplicación del abreviado, por tratarse de un asunto relacionado con psicotrópicos. Debido a ello, la inconformidad se centra en que los juzgadores -al rechazar el planteamiento de la defensa- no le exigieron al órgano requirente que fundamentara, con referencias concretas al caso que se ventila, cuáles fueron las razones de su negativa. Según la redacción del numeral 373, inciso b), del Código Procesal de 1996, uno de los requisitos para la aplicación del proceso abreviado consiste en que el Ministerio Público manifieste su conformidad. Nótese que en cuanto a este punto el fundamento de la decisión que adopte el titular de la acción penal no resulta controlable por el órgano jurisdiccional. Lo anterior significa que, en un caso como el que ahora nos ocupa, la negativa que externe la fiscalía salvo que se apoye en criterios del todo arbitrarios, subjetivos, irracionales o contrarios a derecho- deberá ser respetada por los tribunales, lo que implica que no podría aplicarse el abreviado en contra de tal criterio. Lo anterior es una consecuencia necesaria de un sistema acusatorio como el que nos rige, en el que cada una de las partes desempeña un papel concreto dentro del contradictorio, sin que exista la posibilidad de que el juzgador usurpe o interfiera con la función de una de ellas...”²⁹.

26 Tribunal de Apelación del Tercer Circuito Judicial de Alajuela, Sede San Ramón, Sección Primera, número 2013-00075, de las once horas, del doce de febrero de dos mil trece. Voto de minoría.

27 Tribunal de Apelación del Tercer Circuito Judicial de Alajuela, Sede San Ramón, Sección Primera, número 2013-00075, de las once horas, del doce de febrero de dos mil trece. Voto de mayoría.

28 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 1998-00546, de las nueve horas diez minutos, del doce de julio de mil novecientos noventa y ocho.

29 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 1998-00843, de las ocho horas cincuenta y siete minutos, del cuatro de setiembre de mil novecientos noventa y ocho.

De igual forma se ha indicado:

“...en el presente caso el Tribunal no estimó procedente la solicitud propuesta por la defensa no fue por discriminación, sino porque el Ministerio Público no manifestó su conformidad con la aplicación del procedimiento abreviado (cfr. acta de folio 119), siendo que tal asenso o aprobación es una condición de admisibilidad para dicho procedimiento especial, conforme al artículo 373 del Código Procesal Penal, que no puede obviar o suplir el Tribunal. Esta Sala escuchó la grabación magnetofónica de la audiencia y ha podido constatar que si el Ministerio Público no estimó conveniente la proposición de la defensa no fue por la sola condición de abogado que tiene el imputado, o por razones discriminatorias, sino -básicamente- por la peligrosidad que representan para nuestra sociedad conductas como la que concretamente se atribuyó al encartado, constitutiva de tráfico local o nacional de drogas, puesto que son altamente reprochables y no se pueden pasar por alto. Por su parte, en cuanto a la solicitud de la defensa, el Tribunal resolvió que no es posible la aplicación del procedimiento abreviado en vista de que el Ministerio Público no manifestó su conformidad, y por ello no se cumple un requisito de admisibilidad exigido por la ley, sin que, por otra parte, exista ninguna norma legal que autorice al Tribunal -como lo pretende la defensa- aplicar el procedimiento abreviado sin esa conformidad esto es, que no tiene potestad legal para desvincularse de la posición que asumió el Ministerio Público...”³⁰.

³⁰ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 1998-01242, de las nueve horas quince minutos, del diecisiete de diciembre de mil novecientos noventa y ocho.

³¹ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 1999-01186, de las nueve horas ocho minutos, del diecisiete de setiembre de mil novecientos noventa y nueve.

³² Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2002-00926, de las nueve horas veinticinco minutos, del veinte de setiembre de dos mil dos.

La Sala de Casación Penal ha sido enfática en que el ente acusador tiene la facultad de no aceptar el procedimiento abreviado³¹. La posibilidad de que el Ministerio Público negocie y pacte este procedimiento especial queda dentro de un marco de discrecionalidad que como regla no admite un posterior control, excepto que se base en una abierta desproporcionalidad, irracionalidad o arbitrariedad, por cuanto:

“...El ente fiscal, como encargado por (sic) legislador de materializar la acción penal y el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado, puede diseñar políticas de persecución que, siempre que no sean absolutamente desproporcionadas, irracionales o arbitrarias, permiten con discrecionalidad, escoger en qué casos negocia y en cuáles no...” ()
“...En este caso, el Fiscal en la audiencia preliminar expresamente manifestó tener instrucciones de la Fiscalía Adjunta y la de Narcotráfico para no negociar con la imputada y esa posición no es arbitraria, porque en todo caso no puede obligarse a que el Fiscal razone ampliamente, dado que es una potestad suya la de aceptar o no y el abreviado es una excepción al juicio oral, que en nada desmerece las garantías procesales del acusado si no se aplica...” ()
“...Debemos aceptar que la posibilidad de que se negocie y se pacte el abreviado, en lo que al Ministerio Público se refiere, entra dentro de un marco de discrecionalidad que difícilmente admite un ulterior control, salvo aquel que se sustente en una abierta irracionalidad, cosa que como se indicó, no ocurre en este asunto...”³².

A criterio de la Sala Tercera, resulta válido que la representación fiscal alegue razones de política criminal para oponerse a pactar un procedimiento abreviado³³. En similares términos, se ha aseverado que al Ministerio Público le rige la discrecionalidad en la definición de sus políticas de persecución penal, sin que quepa un control jurisdiccional de su decisión, salvo que la misma se apoye en argumentos arbitrarios e ilegales³⁴ o en abusos de poder³⁵.

Sobre esta discrecionalidad se ha sostenido:

“...el ente fiscal tiene la posibilidad de instaurar políticas criminales para determinar la aplicación o no del procedimiento abreviado, pues es quien lleva sobre sus hombros el ejercicio de esa acción penal. Por su parte, el juez debe permanecer imparcial, lo que implica que no debe comportarse como parte, sino como un sujeto ajeno a ellas, velando por el respeto de los derechos y garantías fundamentales de las partes. Por ello, queda vedado al juez obligar al representante de dicha acción a aceptar un abreviado, o admitir su aplicación pese a la negativa del ente fiscal, pues se arrojaría potestades que no le corresponden legalmente...”³⁶.

Tal y como se adelantó en el punto III del presente artículo, el voto de mayoría del Tribunal de Apelación del Tercer Circuito Judicial de Alajuela, en la sentencia número 2012-00576 asumió la tesis de que el control jurisdiccional procede (como regla) sobre la posición que adopte el Ministerio Público respecto a la no aceptación de un procedimiento abreviado, siendo que, ante un recurso de casación presentado por la representación fiscal –en el que se alegó la existencia de precedentes contradictorios–, la Sala Tercera anuló la resolución citada en cuanto a ese extremo (ordenaba un reenvío a efectos de que el *a quo* en una nueva audiencia estableciera la aplicación o no del procedimiento abreviado), confirmándose en todos sus extremos el fallo dictado por el Tribunal de Juicio, estableciendo que la posibilidad de controlar jurisdiccionalmente la posición que adopte el Ministerio Público respecto a la no aceptación de un procedimiento abreviado es de carácter excepcional, siendo viable únicamente ante flagrantes infracciones a los principios de legalidad y proporcionalidad, o si se basa en arbitrariedades o abusos de poder, pues el ente fiscal posee discrecionalidad en la definición de sus políticas de persecución penal.

³³ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2006-00246, de las quince horas treinta y cinco minutos, del veintisiete de marzo de dos mil seis.

³⁴ Ver en este sentido sentencias de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia N° 2006-00730, de las ocho horas cincuenta minutos, del once de agosto de dos mil seis; 2002-00926, de las nueve horas veinticinco minutos, del veinte de setiembre de dos mil dos y 1998-00843, de las ocho horas cincuenta y siete minutos, del cuatro setiembre de mil novecientos noventa y ocho. Sobre las infracciones al principio de legalidad como una excepción que autoriza el control jurisdiccional, puede consultarse sentencia 2011-01186, de las diez horas veintiocho minutos, del nueve de setiembre de dos mil once, del antiguo Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, Goicoechea.

³⁵ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2007-00321, de las once horas dieciocho minutos, del veintiocho de marzo de dos mil siete.

³⁶ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2010-00200, de las once horas, del dieciocho de marzo de dos mil diez.

En la resolución número 2012-00576, el voto de minoría del Tribunal de Apelación del Tercer Circuito Judicial de Alajuela expuso argumentos similares a los que ha mantenido la Sala Tercera por casi tres lustros. Al respecto se dijo

“...en relación con la razonabilidad y razonabilidad de la política de persecución penal aplicada por el Ministerio Público en materia de conformidad con la aplicación del procedimiento abreviado en los procesos penales, ya se ha pronunciado la Sala de Casación determinando que dicha posición deriva del imperio de la ley, sin que puedan los Jueces exigir o determinar condiciones o requisitos para una prerrogativa que el legislador dejó en manos de dicho Ministerio...”³⁷.

En el fallo N° 2013-00271, la Sala de Casación Penal –integrada por las y los Magistrados titulares– sostuvo el criterio que ha venido asumiendo de manera reiterada. Para los efectos de nuestro interés se anotó:

“...Contrario a lo que se señala en el fallo 2010-000485 y el voto de minoría de la resolución 2010-00031, ambos del antiguo Tribunal de Casación Penal del Tercer Circuito Judicial de Alajuela, así como en el voto de mayoría de la sentencia 2012-00576 del Tribunal de Apelación del Tercer Circuito Judicial de Alajuela, la posibilidad del control jurisdiccional sobre la posición que adopte un Fiscal o una Fiscalía de la República respecto a la aceptación o no de un procedimiento abreviado es de carácter excepcional (no es

la regla general), siendo posible únicamente ante flagrantes infracciones a los principios de legalidad y proporcionalidad, o si se basa en arbitrariedades o abusos de poder, lo anterior, debido a la discrecionalidad que posee el Ministerio Público en la definición de sus políticas de persecución penal. Esta posición resulta coherente con la línea jurisprudencial que ha mantenido esta Sala desde la entrada en vigencia del Código Procesal Penal en 1998, la cual es acorde con el modelo costarricense marcadamente acusatorio...” () “...Con base en las consideraciones expuestas, debe concluirse que la decisión de aceptar o no el procedimiento abreviado por parte del Ministerio Público, es una atribución otorgada por ley, cuyo contenido se supedita a la política criminal seguida por el ente acusador, cuyo control escapa la intervención jurisdiccional, salvo las excepciones apuntadas...”³⁸.

Escasos días después de emitida la recién citada resolución, la Sala Tercera dictó la sentencia N° 2013-00295, en la que se refirió a la relación entre la negativa del Ministerio Público de pactar un procedimiento abreviado con sus políticas de persecución penal, punto sobre el que indicó:

“...al tratarse de la aquiescencia de los fiscales como depositarios del ejercicio de la acción penal (art. 62 del CPP) y funcionarios públicos que deben formular motivadamente sus requerimientos, dictámenes y conclusiones (art. 8 de la LOMP) es indispensable que esas peticiones se encuentren supeditadas al principio de legalidad y a los requerimientos

³⁷ Tribunal de Apelación del Tercer Circuito Judicial de Alajuela, Sede San Ramón, Sección Tercera, número 2012-00576, de las nueve horas, del veintiséis de julio de dos mil doce. Voto de minoría.

³⁸ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2013-00271, de las trece horas y treinta minutos, del veintidós de febrero de dos mil trece.

de la política criminal estatal seguida por ese ente persecutor, el cual puede fijar como parte de los parámetros de prevención secundaria dentro de esas políticas estatales, límites temporales o márgenes de actuación e investigación para determinados procesos o para la aplicación de los diversos institutos que contempla la legislación procesal, a través de circulares o recomendaciones dadas a los representantes fiscales, pues dicho órgano conforme al artículo tercero de la Ley Orgánica del Ministerio Público, presenta “...completa independencia funcional en el ejercicio de sus facultades y atribuciones legales y reglamentarias y, en consecuencia, no podrá ser impelido ni coartado por ninguna otra autoridad, con excepción de los Tribunales de Justicia en el ámbito de su competencia...”³⁹.

Adicionalmente, en ese mismo pronunciamiento las y los Magistrados apuntaron que el ente acusador posee la competencia de limitar los criterios de aplicación del procedimiento abreviado al cumplimiento de razones previamente establecidas destinadas a la uniformidad en las actuaciones de los representantes fiscales, por medio de circulares, criterios o políticas de persecución penal emanadas de la Fiscalía General. De esta manera se estableció que:

“...si el órgano fiscal funda sus motivaciones denegatorias en asuntos de política criminal como la falta de persecución del principio de economía procesal o sobre la existencia previa de reglas específicas conocidas por las partes, que no infrinjan los derechos fundamentales

de los imputados ni menos pongan en vilo el principio de igualdad, la negativa del fiscal resultaría ajustada a derecho, ya que se trata del ejercicio de una atribución legal de cuyo control escapa la intervención jurisdiccional, –por los principios acusatorio o juez imparcial que conforman nuestro ordenamiento e independencia funcional del Ministerio Público–, salvo como se indicó– cuando se trate de evidentes infracciones a los principios de legalidad, razonabilidad y proporcionalidad, no percibidos como violentados en la especie...”⁴⁰.

Bajo esta misma tesitura en el año 2010 el antiguo Tribunal de Casación Penal de Cartago afirmó:

“...El punto alegado por el recurrente reviste especial importancia, pues tiene que ver con el alcance de las potestades del Ministerio Público en el ejercicio de la acción penal, y como consecuencia de ello, en el diseño de una política de persecución penal. Sin duda alguna, el tipo y naturaleza de proceso penal que se tenga en cada país, definirá hasta donde es controlable por los órganos jurisdiccionales esa política de persecución penal, cuando el Ministerio Público ejerce funciones que le son exclusivas, tales como el criterio de oportunidad o bien la posibilidad de negociar un procedimiento abreviado. Dentro de un sistema marcadamente acusatorio como es nuestro proceso penal, el control jurisdiccional sobre la aplicación de criterios de oportunidad por parte del Ministerio Público, no puede descender hasta el punto de valorar criterios de conveniencia, necesidad u oportunidad del ejercicio

³⁹ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2013-00295, de las catorce horas y cuarenta minutos, del veintisiete de febrero de dos mil trece.

⁴⁰ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2013-00295, de las catorce horas y cuarenta minutos, del veintisiete de febrero de dos mil trece.

de esa medida. Incluso la jurisprudencia constitucional ha limitado tales potestades al juzgador hasta el punto de estimar que éste solo puede controlar el cumplimiento de los requisitos formales establecidos por la ley para el criterio de oportunidad (Cfr Voto 2001-2662 Sala Constitucional). Lo propio ocurre con la facultad otorgada por el artículo 373 del Código Procesal Penal al Ministerio Público de negociar un procedimiento abreviado con el imputado. Se trata de una facultad que salvo casos excepcionales de arbitrariedad manifiesta, no es controlable por el Tribunal...” () “...En un sistema marcadamente acusatorio como el nuestro, el diseño de la política de persecución penal del Ministerio Público, la cual incluye la negociación de un procedimiento abreviado, debe ser respetada, sin que sea posible por parte de los juzgadores, salvo casos de extrema arbitrariedad (discriminación por sexo, género, raza, religión, nacionalidad) el obligar al ente acusador a aceptar un procedimiento abreviado...”⁴¹.

De lo anterior se colige que la negativa del Ministerio Público a pactar un procedimiento abreviado se relaciona estrechamente con su política criminal. Este tema se procede a abordar de seguido.

V. Las políticas del Ministerio Público y su relación con el procedimiento abreviado

De previo a analizar las políticas del Ministerio Público y su relación con el procedimiento abreviado, debemos partir del concepto de política criminal.

La política criminal de un Estado no debe circunscribirse solamente a las conductas que se definen como delitos y a las cuales se les asigna una pena. Ello es una mera política represiva, una política penal. La política criminal implica otras respuestas extrapenales propias de una política preventiva como programas de educación, de empleo, integración comunitaria, resolución de conflictos previos⁴².

La política criminal debe tener como rector el principio de humanidad, es decir, el respeto de los derechos humanos. En la base de toda política criminal está el hombre delincuente/ el hombre víctima⁴³.

En un Estado democrático, la política criminal parte del presupuesto de que el hecho criminal va a estar siempre presente, va dirigida a disminuir hasta niveles tolerables las cifras de criminalidad, pero no pretende borrar toda huella de la presencia del delito. La lucha contra el crimen no puede emprenderse a costa del sacrificio de las libertades y garantías del ciudadano, pues el respeto a los derechos fundamentales constituye uno de sus principios de carácter

41 Tribunal de Casación Penal de Cartago. Sentencia 2010-00198, de las trece horas cuarenta y cinco minutos, del ocho de junio de dos mil diez.

42 Tocora, Fernando. Política criminal contemporánea. Editorial Temis, Bogotá, 1997, p. 13.

43 Zúñiga Rodríguez, Laura. Política criminal. Colex, Madrid, 2001, p.179.

irrenunciable. Debe darse un equilibrio entre el necesario mantenimiento de unos mínimos en materia de seguridad ciudadana y el pulcro respeto de los derechos fundamentales y las libertades públicas de todos los individuos, incluidos los delincuentes⁴⁴.

En Costa Rica, al Ministerio Público, en representación del Estado y de la colectividad, le corresponde determinar la política general, los criterios para el ejercicio de la acción penal y las prioridades que deben orientar la investigación de los hechos delictivos (artículo 25 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, LOMP).

El Ministerio Público se encuentra sometido al principio de legalidad, el cual, en su sentido tradicional, se exterioriza tanto en el momento de la promoción de la acción penal (momento inicial en que se pone en marcha) como durante la prosecución. Se traduce en su necesario ejercicio con el fin de adelantar la investigación y acusar en todos los delitos de acción pública, salvo los casos en los que proceda la aplicación de un supuesto de oportunidad, de conformidad con la ley procesal penal. La regla general en este tipo de delitos es promover la acción penal de forma obligatoria. Con el Código Procesal Penal adquiere vigencia la disponibilidad del Ministerio Público en transigir con el imputado un procedimiento abreviado (acto de disposición de derechos subjetivos procesales).

En la doctrina nacional se ha afirmado que el titular del ejercicio de la acción

penal asume una función protagónica en el procedimiento abreviado, ya que para su aplicación es necesario, como *conditio sine qua non*, su aquiescencia. En el fondo subyace la incorporación del principio dispositivo en las actuaciones del acusador, pues si el acuerdo es avalado por el Tribunal, tiene la virtud de trancar la tramitación del procedimiento ordinario, obviándose la apertura a juicio. El Ministerio Público puede excepcionar los principios de irrevocabilidad y de indisponibilidad que rigen el ejercicio obligatorio de la acción penal⁴⁵.

Pareciera que el legislador consagró un modelo de discrecionalidad restringida al momento de que el Ministerio Público decide aceptar o se niega a pactar un procedimiento abreviado, lo cual es una manifestación de la política criminal que desempeña autónomamente. Estamos ante un asunto de interés político-jurídico.

En la práctica, suele existir cierto temor a que el actuar de cada fiscal responda a criterios personales y circunstanciales, y no a una política criminal general que garantice un trato igualitario a las personas imputadas que se encuentren en iguales circunstancias. Es posible que este temor se pueda reducir con la uniformidad de criterios a través de circulares o instrucciones generales emitidas por el Fiscal General como autoridad máxima del Ministerio Público (artículo 13, LOMP), las cuales, de acuerdo con el numeral 14 de este mismo texto legal, deben ser acatadas por las y los fiscales (numeral 14, LOMP). A su vez, el superior jerárquico puede, mediante

44 Borja, Emiliano. Ensayos de derecho penal y política criminal. Editorial Jurídica Continental, San José, 2001, pp.211-213

45 Gatgens Gómez, Erick; Rodríguez Campos, Alexander. El principio de oportunidad. Conveniencia procesal de la persecución penal. Juritexto, San José, 2000, pp. 276-277.

enmienda jerárquica, con indicación fundada del error o errores cometidos, remediar los pronunciamientos o solicitudes del inferior, mientras no se haya dictado la resolución correspondiente (ordinal 18, LOMP).

A raíz de la incorporación del procedimiento abreviado en el Código Procesal Penal, el Ministerio Público ha dictado diversas circulares y lineamientos para la aplicación de este procedimiento especial.

A continuación se presentan las que se estima poseen mayor relevancia para los efectos de este estudio.

En la circular N° 01-98, del 1 de setiembre de 1998, se indicó que el C.P.P. no establece ninguna distinción en cuanto al tipo de delito en que se puede aplicar este instituto, pudiendo autorizarse tanto en delincuencia convencional como no convencional, recomendándose su aplicación en los siguientes casos:

“...1. Casos de flagrancia, o sea asuntos cometidos durante una audiencia oral, o cuando se opera la detención del imputado, mientras ejecuta alguna de las etapas del acto delictivo, o procura el aprovechamiento del objeto material del delito. 2. Delincuencia convencional con montos de pena muy altos: Partiendo de la posibilidad, que tiene el fiscal de negociar el monto de la pena, “...para tales efectos el mínimo de la pena prevista en el tipo penal podrá disminuirse hasta en un tercio”. 3. Delincuencia no convencional: tomando en consideración esa misma facultad de negociación, este instituto

es aplicable a aquellos de delincuencia no convencional, e incluso con fines estratégicos para eventuales investigaciones...”⁴⁶.

La circular N° 04-98, del 11 de febrero de 1998, regula la aplicación de este procedimiento en los casos en que la víctima ha delegado la acción civil resarcitoria en el mismo fiscal o en un abogado de la Oficina de Defensa Civil de la Víctima. Se advierte que el representante del Ministerio Público debe resguardar los intereses legítimos de las víctimas, por lo que *“...no deberá solicitarse ni manifestarse conformidad para la aplicación de éste procedimiento si antes no se hubiese constatado que se ha satisfecho la pretensión civil de la víctima delegante...”⁴⁷.*

En la circular N° 02-99, del 2 de febrero de 1999, se establecen una serie de lineamientos en materia ambiental y arqueológica, destacándose que *“...Cuando el imputado solicite el procedimiento abreviado, y la Procuraduría General de la República no se haya apersonado ni ejercido la acción civil resarcitoria, el fiscal indicará al juez que le notifique el fallo a la Procuraduría para que acudan a la vía civil a gestionar la indemnización del daño ambiental. Igual indicación se hará cuando esta solicitud sea hecha en debate...”⁴⁸.*

La circular N° 24-99, del 6 de julio de 1999, alude a la imposibilidad de aplicar mecanismos de simplificación procesal con posterioridad a que se acuerde la apertura a juicio, disponiendo que *“...En ningún caso (viejos en etapa de juicio, adecuados ni en*

⁴⁶ http://ministeriopublico.poder-judicial.go.cr/circulares_directrices/fiscalia_general/1998/CIR01-98.pdf

⁴⁷ http://ministeriopublico.poder-judicial.go.cr/circulares_directrices/fiscalia_general/1998/CIR04-98.pdf

⁴⁸ http://ministeriopublico.poder-judicial.go.cr/circulares_directrices/fiscalia_general/1999/CIR02-99.pdf

nuevos) debe el representante del Ministerio Público admitir la aplicación de salidas alternas o mecanismos de simplificación procesal, más allá del momento procesal que el legislador ordinario estableció como marco de política criminal del Estado...”⁴⁹

De gran interés, es la circular N° 28-99, del 13 de agosto de 1999, en la que se establece la obligación para el Fiscal de fundamentar sus requerimientos y conclusiones, entre ellas, fundamentar la negativa de aceptar un procedimiento abreviado. Al respecto se consigna:

“...Por mandato legal, es obligación de los representantes del Ministerio Público fundamentar sus requerimientos y conclusiones, tal como lo establecen los artículos 62 párrafo 2° CPP y 8 LOMP, sea que actúen oralmente o por escrito. Con respecto al procedimiento abreviado y la obligación de fundamentar su posición, debe tenerse en cuenta que si bien dicha figura no comporta una obligación específica de fundamentar la negativa del Ministerio Público a aceptarlo, la obligación de fundamentar esa negativa se deriva del mandato genérico de los artículos citados. Muchas figuras del proceso penal no contienen expresamente la obligación de fundamentar y no por ello debe entenderse que no hay que sustanciarlas, pues la regla general establece ese comportamiento como una obligación para toda actuación del fiscal que importe un requerimiento, una conclusión o un dictamen...El control de las actuaciones del fiscal no solo compete al órgano jurisdiccional sino a la sociedad en su conjunto, representada en el proceso concreto por el imputado, el defensor,

los jueces, la víctima, los acusadores y otros sujetos del proceso, dentro de los que se incluyen las mismas personas que presencien la actuación procesal, pues el proceso penal tiene como función, además de la clásica, la educación del ser humano dentro del conglomerado social. En razón de lo anterior, a todos ellos se les debe una explicación del por qué de las actuaciones de cada uno de esos sujetos del proceso, mayormente de aquellos que están inscritos dentro de las actuaciones administrativas de poder del Estado, las cuales tienen un interés público inobjetable; a ello no escapa el representante del Ministerio Público, amén de que todos los ciudadanos tienen derecho a la información del por qué de las actuaciones de los representantes del Estado, a efecto de controlar la arbitrariedad, aun cuando apliquen normas que por su carácter sean facultativas o discrecionales, pues siempre quedan involucradas la seguridad jurídica y la justicia como expresión de los valores de la comunidad y del individuo. El funcionario público es un servidor de los administrados en general, y en particular de cada individuo o administrado que con él se relaciona en virtud de la función que desempeña; cada administrado deberá ser considerado, en el caso individual, como representante de la colectividad de que el funcionario depende y por cuyos intereses debe velar, y por lo mismo deberá demostrar la razonabilidad, proporcionalidad, necesidad, idoneidad y justicia de sus actos, tal como lo prevé la Ley General de Administración Pública en sus arts. 113 y 114, y mayormente el art. 11 de la Constitución Política, en el sentido de que el funcionario público es un simple depositario de la autoridad, por lo que en el ejercicio de

⁴⁹ http://ministeriopublico.poder-judicial.go.cr/circulares_directrices/fiscalia_general/1999/CIR24-99.pdf

la función pública acusadora deberá evitar planteamientos meramente formales (art. 127 CPP)...”⁵⁰

La circular N° 19-2004, del 9 de agosto de 2004, dispuso una regulación especial con respecto a delitos en los que está comprometida la Hacienda Pública siguiendo las “Reglas prácticas para la aplicación de la Ley de Jurisdicción Penal de Hacienda y de la Función Pública”, aprobadas por Corte Plena en sesión N° 18- 03, celebrada el 12 de mayo de 2003, artículo X, en relación con la competencia y otras disposiciones relativas a la aplicación de la Ley de Jurisdicción Penal de Hacienda y de la Función Pública. De acuerdo con la mencionada circular:

“...Corresponderá a cada fiscal de la circunscripción territorial donde haya ocurrido el hecho al que se refiere la Ley de Creación de la Jurisdicción Penal de Hacienda, recibir la denuncia y practicar la investigación preparatoria cuando corresponda, debiendo hacer la valoración inicial y el dictamen definitivo de conformidad con los artículos 297,298, 299 y 303 del Código Procesal Penal, y cumplir con los actos conclusivos del procedimiento preparatorio. En caso de acusación, deberá comunicar el dictamen fiscal a las partes (arts. 300 y 3006 del Código Procesal Penal). No obstante, cualquier negociación dirigida a aplicar una medida alternativa o el procedimiento abreviado deberá ser aprobada directamente por la Fiscalía de Delitos Económicos, Corrupción y Tributarios del Ministerio Público...”⁵¹

Reviste gran importancia la circular N° 31-2006, del 11 de octubre de 2006, la cual se refiere al papel proactivo que deben tener las y los fiscales en el uso de las medidas alternas y el procedimiento abreviado. En concreto señala:

“...• Los asuntos que corresponde juicio uni-personal y que se trate de flagrancia, en que no haya multiplicidad de víctimas, en que no proceda la aplicación del criterio de oportunidad, al momento de la indagatoria o a la mayor brevedad, se le propondrá al imputado y su defensor la aplicación del procedimiento abreviado con el rebajo del tercio de la pena mínima, se le dará un plazo de 10 días para que lo acepte, vencido este, no se accederá a su aplicación. • Cuando se proponga la aplicación del procedimiento abreviado, la pena aceptada debe ser razonable y guardar proporcionalidad con la gravedad del delito, el daño causado al bien jurídico tutelado y la situación especial del imputado y la víctima...• No se propondrá ni aceptará este tipo de procedimiento cuando ya se ha agotado la totalidad de la investigación y esta ha sido compleja o ha demorado el plazo administrativo otorgado al caso, por ejemplo, se ha tenido que recabar dictámenes contables, o recurrido a consultores o peritos muy especializados, es decir, se ha hecho un gasto importante de recursos investigativos. • No se aceptará ni propondrá el uso de este procedimiento, cuando la prueba es esencialmente testimonial, pues en ese caso la sentencia carecería de fundamentación, ya que el

dicho del imputado no es suficiente. • Si se trata de un caso, que no esté dentro de los presupuestos expuestos en el primer punto, en que no procedería ni la conciliación ni la suspensión del proceso a prueba, pero que reúne los requisitos para la aplicación del procedimiento abreviado, se le puede comunicar verbalmente o por escrito a la defensa y al imputado, que se les ofrece esta alternativa con el rebajo del tercio de pena y que se les dan 10 días para que lo decidan, pasado este período no se aceptará su aplicación. • También puede ofrecerse la aplicación de este procedimiento en asuntos de tribunal colegiado, en todos los asuntos donde el bien jurídico sea patrimonial, tomando en cuanto lo expuesto en el punto dos de este apartado, en los asuntos que no revistan mayor gravedad, sin dejar de considerar si el imputado es acreedor al beneficio de ejecución condicional de la pena, el deber de solicitar al Tribunal que le imponga las que se consideren relevantes según sea el caso...”⁵².

En el año 2007 esta circular fue cuestionada ante la Sala Constitucional vía recursos de hábeas corpus y amparo. El máximo órgano constitucional afirmó:

“...no corresponde a esta jurisdicción analizar los criterios de oportunidad y conveniencia que ha tenido el Ministerio Público para rechazar la solicitud planteada por la recurrente, pues ello es un asunto de mera legalidad que debe ser planteado ante las instancias judiciales respectivas...”⁵³.

Por la vía de amparo, en el año 2009 se reprochó la actuación de la Fiscalía por negarse a pactar un procedimiento abreviado partiendo del argumento de que la defensa incumplió lo dispuesto por la circular N° 31-2006. Al resolverse este recurso se dijo:

“...La parte recurrente indica que a finales del mes de abril de 2009 la defensa técnica del amparado acordó con la fiscalía V. L. la aplicación del procedimiento abreviado; sin embargo, el 16 de junio de 2009, en la diligencia de audiencia preliminar, la Fiscalía retiró el ofrecimiento realizado a su patrocinado con fundamento en que supuestamente el imputado en sus indagatorias no manifestó expresamente su deseo a someterse a dicho procedimiento (según lo dispuesto en la circular del Ministerio Público N° 31-2006). Considera que la Fiscalía está actuando en violación a los principios de legalidad, e igualdad ante la ley, y al derecho de defensa material, pues dicho requerimiento sí fue cumplido por el encartado y eso se puede constatar con la lectura de las indagatorias. Esta Sala no es una instancia más en el proceso penal, ni le corresponde sustituir a los jueces penales o fiscales en el ejercicio de sus funciones, so pena de incidir indebidamente en el ámbito de competencia de la jurisdicción penal, en abierta contradicción de lo dispuesto en el artículo 153 de la Constitución Política y las normas procesales que rigen esa jurisdicción. Por ello, no corresponde a este Tribunal determinar si el amparado cumplió o no los requisitos que la legislación procesal

50 http://ministeriopublico.poder-judicial.go.cr/circulares_directrices/fiscalia_general/1999/CIR28-99.pdf

51 http://ministeriopublico.poder-judicial.go.cr/circulares_directrices/fiscalia_general/2004/CIRCULAR%2019-2004.pdf. Esta circular fue modificada por la N° 22-ADM-2010, de diciembre de 2010, en la cual se establecieron normas básicas para la implementación de la Fiscalía Adjunta de Probidad, Transparencia y Anticorrupción.

52 http://ministeriopublico.poder-judicial.go.cr/circulares_directrices/fiscalia_general/2006/Circular%2031%20-2006.pdf

53 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2007-09949, de las quince horas con treinta y cinco minutos, del dieciocho de julio de dos mil siete. En similares términos Sentencia 2007-00506, de las nueve horas con diecisiete minutos, del diecinueve de enero de dos mil siete

penal establece para que pueda someterse a un proceso abreviado. Será, entonces, en el propio proceso penal donde deberá alegarse lo que se estime pertinente en pro de la defensa del amparado -a través los recursos y ante las instancias previstas al efecto-, ya que es ajeno al ámbito de competencia (sic) de esta sede revisar la procedencia o no de lo reclamado por el gestionante. En consecuencia, el recurso es inadmisibles y así se declara...⁵⁴.

Con respecto a esta circular a nivel nacional se ha dicho:

“...la Fiscalía General de la República emitió la Circular 31-2006 que fijó plazos máximos para solicitar y acordar el procedimiento abreviado y un determinado orden de prelación para proponer la aplicación de las salidas alternativas. Si bien debe aceptarse que estos plazos o el orden para gestionar las últimas no son derivados de la normativa procesal, dicha circular constituye una forma de fijación de política de persecución penal por parte del Ministerio Público, al estimarse que estos institutos pierden su utilidad práctica en la medida en que el sistema se desgasta completando la etapa de investigación o preparatoria, y allegando todos los elementos de convicción que resulten provechosos para el plenario que nunca se realizaría por la aplicación de una de tales salidas...”⁵⁵.

Aparte de la Fiscalía General, la Fiscalía Adjunta de Violencia Doméstica y Delitos Sexuales y la Fiscalía Adjunta de Asuntos de Género han dictado memorandos que contienen reglas o pautas sobre la aplicación al procedimiento abreviado.

El Memorando Nacional N°01-FAVDDS-2009, del 24 de agosto de 2009, establece la obligatoriedad de las y los fiscales de consultar al superior jerárquico de la Fiscalía Adjunta de Violencia Doméstica y Delitos Sexuales, cuando la defensa está interesada en la aplicación del procedimiento abreviado en este tipo de delitos, previo a verificar que se haya cumplido con la circular 31-2006⁵⁶. Por su parte, el Memorando Nacional N° 02-FAVDDS-2009, del 04 de octubre de 2009, alude a la obligación de las y los fiscales a nivel nacional que tramitan e investigan delitos sexuales y delitos derivados de la violencia doméstica de revisar y verificar que los “machotes” de indagatoria tengan inserta la prevención advertencia que contiene la circular 31-2006, respecto al término de diez días hábiles contados a partir de la indagatoria, para que la defensa y el imputado manifiesten sobre su interés en que negocie la aplicación del procedimiento abreviado⁵⁷.

En el Memorando N° 02-NA-FAAG-2011, del 30 de setiembre de 2011, se anota que en materia de delitos sexuales y violencia

doméstica se debe consultar a la Fiscalía Adjunta de Asuntos de Género sobre la aprobación o no de este procedimiento especial. Las y los fiscales que conocen estos delitos deben asegurarse que en aquellos casos en que el tribunal de sentencia ordene una pena que permita el beneficio de condena de ejecución condicional, se le imponga a la persona sentenciada, además de las condiciones contenidas en el artículo 61 del Código Penal, la imposición de alguna o todas las siguientes condiciones: -prohibición de molestar, perturbar, amenazar, intimidar por cualquier medio a la víctima o su familia; -obligación de abstenerse de hacer comentarios negativos o despectivos de los hechos acusados; -si la persona sentenciada vive en el mismo barrio o domicilio de la víctima, se le ordene alejarse por el plazo de prueba impuesto de dicho vecindario o domicilio. Asimismo, cuando las fiscalas o los fiscales deben asumir también la representación civil deben informar al actor civil que debe dar personalmente su consentimiento y recomendarle que exijan que la parte demandada civil acepte el reclamo civil por el monto total de los extremos reclamados incluidas las costas a favor del Poder Judicial, debiendo quedar aceptada la condena civil en su contra⁵⁸.

El Fiscal General en las instrucciones o lineamientos 13-ADM 2011, de noviembre de 2011, señala que en los asuntos en que esté involucrada una persona indígena, con el fin valorar y avalar la procedencia de una salida alterna o un proceso abreviado, se debe informar a la Fiscalía de Asuntos

Indígenas, a efecto de que esta como oficina especializada brinde soporte y asesoría en el tema con el objetivo de cumplir con los acuerdos internacionales suscritos por Costa Rica en materia indígena⁵⁹.

De forma más reciente, la Fiscalía General emitió las instrucciones o lineamientos 09-ADM 2012, de junio de 2012, con el objetivo de evitar la anulación de sentencias condenatorias por deficiencia en la actuación de representantes del Ministerio Público, destacándose sobre la importancia de que quede claro en la audiencia que el imputado asesorado por su defensor aceptó la aplicación del procedimiento abreviado (consentimiento) y la pena acordada (monto). Lo anterior, en razón de que, sobretodo, en delitos tentados, en la práctica se ha determinado que una vez acordada la sanción que ha de imponerse al imputado para que el Ministerio Público conceda su venia para la aplicación del procedimiento abreviado, el defensor gestiona –sin oposición del fiscal la reducción de la pena acordada, aduciendo que ello es facultad del juez; por lo que en realidad no hay acuerdo sobre la pena que debe aplicarse⁶⁰.

Es importante hacer ver, que en la medida en que las circulares o lineamientos elaborados por el Fiscal General se encuentren apegados a principios como el de legalidad e igualdad, no sean arbitrarias y sean proporcionales, serán de utilidad para orientar a las y los fiscales, lo cual contribuirá a la uniformidad en sus actuaciones, dado que actúan bajo su delegación y dependencia. Si estas

54 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2009-11769, de las ocho horas con cincuenta y tres minutos, del treinta y uno de julio de dos mil nueve.

55 Cordero Vargas, Patricia. Derecho procesal penal. Obstáculos y soluciones para la aplicación de medidas alternas y el proceso abreviado durante las etapas preparatoria e intermedia. Escuela Judicial, Heredia, 2008, pp. 164-165.

56 http://ministeriopublico.poder-judicial.go.cr/circulares_comunicados/fiscalias_adjuntas/MEMORANDO%2001-FAVDDS-NA-2009.pdf

57 http://ministeriopublico.poder-judicial.go.cr/circulares_comunicados/fiscalias_adjuntas/MEMORANDO%2002-FAVDDS-NA-2009.pdf

58 http://ministeriopublico.poder-judicial.go.cr/circulares_directrices/fiscalias_adjuntas/MEMORANDO-%2002-FAAG-NA-11.PDF

59 http://ministeriopublico.poder-judicial.go.cr/servicios/fiscalia_indigena/circulares/01-%2013-ADM-2011.pdf

60 http://ministeriopublico.poder-judicial.go.cr/circulares_directrices/fiscalia_general/cir-2012/09-ADM-2012.pdf

políticas no se ajustan a estos parámetros, sin duda alguna se verá limitada la vigencia del procedimiento abreviado, siendo posible incluso que las y los fiscales deban acatar directrices o pautas desatinadas por el simple hecho de que fueron giradas por su superior.

Desde nuestra perspectiva, la circular N° 31-2006 de la Fiscalía General es sumamente cuestionable, en el tanto establece que, habiéndosele propuesto al imputado al momento de la indagatoria que cuenta con un plazo de diez días para que acepte el procedimiento abreviado, de no hacerlo vencido este, no se accederá a su aplicación. Resulta controvertible en razón de que el artículo 373 del Código Procesal Penal (norma legal) dispone que es posible proponer la aplicación de este procedimiento especial *“En cualquier momento hasta antes de acordarse la apertura a juicio...”*.

No puede olvidarse que las circulares son actos administrativos y no jurisdiccionales, por lo que no pueden implicar limitaciones a la ley.

El artículo 129 de la Constitución Política claramente indica que las leyes son obligatorias, que los actos contra leyes prohibitivas son nulos y que la ley no queda abrogada ni derogada sino por otra posterior, de tal modo que contra su observancia no cabe alegar desuso, costumbre o práctica en contrario.

La Sala Constitucional ha admitido la posibilidad de que se resuelva una consulta de constitucionalidad sobre disposiciones

generales, tales como las circulares. Al respecto se ha dicho:

*“...Al tenor de lo dispuesto en el artículo 102 párrafo primero de la Ley de Jurisdicción Constitucional, es admisible la consulta de constitucionalidad en relación con disposiciones de carácter general, a saber, leyes, reglamentos, decretos, circulares, directrices, etc. Asimismo, puede consultarse la jurisprudencia de los tribunales, de conformidad con lo previsto en el artículo 3 de la Ley de Jurisdicción Constitucional. No obstante, en este caso, lo cuestionado no es una disposición de carácter general, sino el criterio externado por una parte dentro del proceso penal, de no negociar una medida alternativa, lo cual, trasciende la finalidad de la consulta judicial. La parte que se sienta afectada por la actuación arbitraria, desproporcionada o lesiva de derechos o garantías fundamentales, de algún órgano del Estado, tiene la posibilidad de impugnarlo ante la jurisdicción ordinaria. Con base en lo expuesto, se estima que la consulta es inadmisibles y por ende, se declara inevaluable...”*⁶¹.

La existencia de diversas circulares emitidas por el Fiscal General, por sí misma no es una garantía. Se ha visto que el contenido de algunas de ellas es discutible. Además, es altamente probable que no todas ellas sean conocidas por todas y todos los fiscales que día a día tramitan procesos judiciales en los que se analiza la posibilidad de pactar un procedimiento abreviado.

El Dr. Javier Llobet ha sido claro al señalar que durante la vigencia del Código Procesal

Penal actual la práctica *“...ha revelado que los temores que existían con respecto al procedimiento abreviado eran justificados. Así se nota una ausencia de criterios uniformes de parte del Ministerio Público en lo relativo a los acuerdos que den base al procedimiento abreviado, pactándose penas muy disímiles con respecto a hechos similares e incluso con respecto al mismo hecho se han pactado penas diversas para diversos imputados, sin justificación alguna en cuanto a la diferenciación...”* () *“...Es importante al respecto que dicho órgano establezca criterios de política criminal destinados a una uniformidad en la actuación de los representantes del mismo...”*⁶².

Se estima que la uniformización y publicidad de las circulares que se han elaborado y se continúan emitiendo podría aportar seguridad, certidumbre jurídica y transparencia sobre las políticas que desarrolle el Ministerio Público. Ello posibilitaría su escrutinio ciudadano y la proscripción administrativa de las prácticas inadecuadas que pueden germinar por esta discrecionalidad.

Conforme a los ordinales 73 y 102 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, es válido plantear consultas judiciales de constitucionalidad y de acciones de inconstitucionalidad, dependiendo del caso concreto. Nótese, por ejemplo, que la circular 31-2006, se cuestionó en sede constitucional, sin embargo, ello se hizo por las vías de amparo y hábeas corpus.

Conclusiones personales. Toma de posición
El Ministerio Público no tiene la obligación

de admitir un procedimiento abreviado por la sola circunstancia de que la persona imputada esté dispuesta a someterse al mismo. En los casos en que la persona a la que se le atribuyen los hechos delictivos –debidamente asesorada por su defensor o defensora– manifiesta su interés en este procedimiento especial, el ente fiscal tiene dos posibilidades: aceptarlo o no. Ante la negativa del Ministerio Público surgen dos niveles de análisis. El primero está dirigido a la representación fiscal y, el segundo, al órgano jurisdiccional.

Dentro del primer nivel ubicamos lo dispuesto por el Código Procesal Penal y la Ley Orgánica del Ministerio Público, en cuanto a que las y los fiscales están sujetos al principio de legalidad y objetividad por lo que todas sus gestiones deben estar fundamentadas. La ley le concede a este ente una flexibilidad para decidir de forma fundada cuando acepta o no un procedimiento abreviado. Esta decisión debe tomarla, primero, analizando los requisitos legales para su procedencia; y, luego, a partir de su política de persecución de delitos. La negativa a su aprobación debe fundamentarse por cuestiones de transparencia, objetividad y rendición de cuentas, entre otros aspectos.

Aunque no se regule así en el C.P.P., pareciera ser que esta potestad que se le concede al Ministerio Público presenta una naturaleza similar al principio de oportunidad que, si bien, no permite eludir la persecución penal, sí faculta a que pueda pactar un procedimiento abreviado incluso con la posibilidad de una disminución en la pena al sentenciado.

⁶¹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2012-06843, de las catorce horas con treinta minutos, del veintitrés de mayo de dos mil doce.

⁶² Llobet Rodríguez, Javier. Proceso Penal Comentado. Editorial Jurídica Continental, San José, 2012, p. 584.

Con respecto al segundo nivel, debe decirse que el órgano jurisdiccional debe verificar única y exclusivamente que se den los presupuestos legales (control formal), evitando arbitrariedades, procurando una igualdad procesal (evitar discriminación por razones de raza, religión, sexo, nacionalidad, orientación sexual, etc.) y exigiendo que el Ministerio Público explique las razones de su negativa (debe exigir un fundamento político-criminal), las cuales, no pueden ser absurdas como un “porque no quiero y punto”.

Tanto la posición del antiguo Tribunal de Casación Penal y el actual Tribunal de Apelación, ambos del Tercer Circuito Judicial, como la línea jurisprudencial que ha asumido la Sala Tercera, parten de que debe existir un control jurisdiccional ante la negativa del Ministerio Público a pactar un procedimiento abreviado, sin embargo, para los primeros ese control debe ser la regla general, mientras que para la Sala de Casación debe ser excepcional (ante flagrantes infracciones a los principios de legalidad y proporcionalidad o si se basa en arbitrariedades o abusos de poder).

Se denota que entre ambos criterios a fin de cuentas existe un elemento en común: siempre debe darse un control jurisdiccional. Pese a que la Sala Tercera alude a que el control debe ser excepcional, aunque no se diga, lo cierto es que el órgano jurisdiccional en todo caso debe evaluar si la negativa del Ministerio Público se enmarca o no en los supuestos mencionados. Por ejemplo, ¿Cómo puede evaluarse si se está o no frente a una arbitrariedad si al Ministerio Público no se le exigiera fundamentar su decisión?

Por ende, más que hablar de control como regla o como excepción, lo medular es

analizar las consecuencias de la magnitud del control y, por consiguiente, de la injerencia que ese control supone, es decir, si la injerencia para rechazar un procedimiento abreviado debe ser la regla o la excepción, siendo que, personalmente, me inclino por la segunda opción. En otras palabras, el control debe darse siempre (regla), mientras que la injerencia directa sobre la decisión del ente fiscal debe ser excepcional. El examen sobre la decisión del Ministerio Público de pactar un procedimiento abreviado exige siempre valorar, y para ello se requiere siempre que el órgano encargado de la persecución penal indique su posición sea con un sí o con un no (ello no tiene un control jurisdiccional inicial dada la discrecionalidad que se le ha atribuido). Ahora bien, una vez tomada esa decisión (el “sí” o el “no”) la misma tiene un control jurisdiccional **a partir de que se fundamenta**, siendo que si este no es arbitrario, ilegal, desproporcional o abusivo, no se le puede obligar al ente fiscal a que esté de acuerdo en aceptar un procedimiento abreviado. Si la decisión, por el contrario, encuadra en los supuestos citados, el órgano jurisdiccional, previo a dictar la resolución correspondiente, debe poner en conocimiento del superior jerárquico del representante Fiscal la situación a fin de que mediante enmienda jerárquica conforme el numeral 18 de la LOMP, justifique adecuadamente la decisión del inferior.

Al observarse en detalle ambas posiciones, se nota que en realidad no son excluyentes. Parece más acertado analizar la cuestión a partir de la posibilidad o no de injerencia del órgano jurisdiccional ante la negativa del Ministerio Público a pactar un procedimiento abreviado. La Sala Tercera no toma en cuenta que el control jurisdiccional siempre va a existir. A su vez, la afirmación en

cuanto a que las potestades discrecionales están sujetas a control judicial como regla, sostenida en los votos del antiguo Tribunal de Casación de San Ramón y el actual Tribunal de Apelación de ese mismo circuito judicial, estudiados en el apartado III del presente artículo, olvida el principio de independencia funcional del Ministerio Público consagrado en el numeral 3 de la LOMP.

De conformidad con el numeral 8 de la LOMP y el ordinal 63 CPP, las y los fiscales deben actuar en forma motivada, sus decisiones no pueden ni deben ser caprichosas. Si bien, al hablar de discrecionalidad siempre habrá un mínimo de arbitrio, lo importante es que la decisión del ente fiscal no se convierta en arbitrariedad.

Distinta situación se presenta con lo que podría esperarse en el caso del querellante privado y el actor civil a la hora de mostrar conformidad o rechazo con la propuesta de dicho procedimiento especial, pues ellos no atienden a un interés público sino a intereses particulares. En ambos casos no prevé la norma la posibilidad legal de parte del juzgador de exigir un fundamento determinado para justificar la postura de aquellos.

Las circulares o lineamientos que emita el Fiscal General deben ser respetuosos de la Constitución Política y de normativa internacional como la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Estas disposiciones deben estar apegadas a principios como el de legalidad, objetividad, igualdad, proporcionalidad, humanidad, a fin de evitar arbitrariedades o abusos de poder.

No puede dejarse de lado que Costa Rica es un Estado democrático y social de Derecho. De seguirse estos parámetros, probablemente el Ministerio Público va a actuar de forma más articulada, lo que evitará contradicciones a lo interno, permitiendo que todos los y las fiscales conozcan las reglas a las que deben obediencia en esa relación jerárquica. De igual forma, se cumple con una rendición de cuentas de sus políticas de persecución penal (transparencia en la función pública).

A tenor de lo dispuesto por el numeral 129 de la Constitución Política, la circular N° 31-2006 de la Fiscalía General es altamente cuestionable, en concreto, cuando indica que, habiéndosele propuesto al imputado al momento de la indagatoria que cuenta con un plazo de diez días para que acepte el procedimiento abreviado, de no hacerlo vencido este, no se accederá a su aplicación. La misma es contraria al artículo 373 del Código Procesal Penal (Ley) que contempla la posibilidad de pactar este procedimiento especial en cualquier momento hasta antes de acordarse la apertura a juicio. En otras palabras, esta circular limita el contenido de una ley.

No puede pasarse por alto el hecho de que, en un proceso penal, cuando las partes tengan duda sobre la constitucionalidad de una circular, conforme el ordinal 73 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, es viable que planteen la respectiva acción de inconstitucionalidad o, en su caso, la jueza o el juez, la consulta judicial de constitucionalidad con base en el numeral 102 de ese mismo cuerpo normativo. Los recursos de amparo y de hábeas corpus

no son los mecanismos que proceden para cuestionar el contenido de una circular.

La circular N° 28-99 es una disposición que pareciera en la práctica se ha ignorado. Su aplicación, sin duda alguna viene a fortalecer principios elementales de un

Estado democrático como el costarricense. El punto central radica en que este tipo de lineamientos sean conocidos por las y los fiscales de todo el país, y más importante aún, que se lleguen a poner en práctica de manera uniforme.

Referencias Bibliográficas

Libros

Borja, Emiliano. **Ensayos de derecho penal y política criminal**. Editorial Jurídica Continental, San José, 2001.

Cafferata Nores, José Ignacio. **Cuestiones actuales sobre el proceso penal**. Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2000.

Gategns Gómez, Erick; Rodríguez Campos, Alexander. **El principio de oportunidad. Conveniencia procesal de la persecución penal**. Juritexto, San José, 2000.

Langer, Máximo. **Las garantías penales y procesales: enfoque histórico comparado. La dicotomía acusatorio inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado de seguridad: pronósticos de peligrosidad en derecho penal**. Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2004.

Llobet Rodríguez, Javier. **Proceso Penal Comentado**. Editorial Jurídica Continental, San José, 2012.

Salazar Murillo, Ronald. **El juicio abreviado: entre el garantismo y la eficiencia en la justicia penal**. Investigaciones Jurídicas S.A., 2003.

Salinas Durán, Edwin. **El procedimiento abreviado**. Mundo Gráfico, San José, 2001.

Tocora, Fernando. **Política criminal contemporánea**. Editorial Temis, Bogotá, 1997.

Zúñiga Rodríguez, Laura. **Política criminal**. Colex, Madrid, 2001.

Artículos de revista

Chinchilla Calderón, Rosaura. **Proceso penal abreviado y derecho de la Constitución**. Revista de Ciencias Penales, San José, 1997, pp. 97-104.

Cordero Vargas, Patricia. **Derecho procesal penal. Obstáculos y soluciones para la aplicación de medidas alternas y el proceso abreviado durante las etapas preparatoria e intermedia**. Escuela Judicial, Heredia, 2008, pp. 161-169.

Sáenz Elizondo, María Antonieta. **Derecho procesal penal costarricense. El procedimiento abreviado: su perfil en nuestra jurisprudencia, la doctrina nacional y extranjera**. Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, San José, 2007, pp.871-903.

Salazar Murillo, Ronald. **El procedimiento abreviado**. Revista de Ciencias Penales No. 24, Noviembre, 2006, pp. 149-156.

Normativa

Constitución Política de Costa Rica

Código Procesal Penal, Ley N° 7594, del 28 de marzo de 1996.

Ley de la Jurisdicción Constitucional N° 7135, del 11 de octubre de 1989.

Ley de Creación del Recurso de Apelación de la Sentencia, otras Reformas al Régimen de Impugnación e Implementación de Nuevas Reglas de Oralidad en el Proceso Penal N° 8837, del 3 de mayo de 2010.

Ley Orgánica del Ministerio Público, N° 7442, del 25 de octubre de 1994.

Ley Orgánica del Poder Judicial, N° 7333, del 5 de mayo de 1993.

Jurisprudencia

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia

2012-06843, de las catorce horas con treinta minutos, del veintitrés de mayo de dos mil doce.

2009-11769, de las ocho horas con cincuenta y tres minutos, del treinta y uno de julio de dos mil nueve.

2007-09949, de las quince horas con treinta y cinco minutos, del dieciocho de julio de dos mil siete.

2007-00506, de las nueve horas con diecisiete minutos, del diecinueve de enero de dos mil siete.

2001-06648, de las catorce horas con treinta y cinco minutos del once de julio de dos mil uno.

2001-03113, de las ocho horas con cincuenta y un minutos del cinco de abril de dos mil uno.

1998-04864, de las quince horas con veintisiete minutos, del ocho de julio de mil novecientos noventa y ocho.

1998-04835, de las quince horas con cincuenta y cuatro minutos, del siete de julio de mil novecientos noventa y ocho.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia

2013-00295, de las catorce horas y cuarenta minutos, del veintisiete de febrero de dos mil trece.

2013-00271, de las trece horas y treinta minutos, del veintidós de febrero de dos mil trece.

2010-00200, de las once horas, del dieciocho de marzo de dos mil diez.

2008-00506, de las catorce horas cincuenta y ocho minutos, del siete de mayo de dos mil ocho.

2007-00321, de las once horas dieciocho minutos, del veintiocho de marzo de dos mil siete.

2006-00730, de las ocho horas cincuenta minutos, del once de agosto de dos mil seis.

2006-00246, de las quince horas treinta y cinco minutos, del veintisiete de marzo de dos mil seis.

2002-00926, de las nueve horas veinticinco minutos, del veinte de setiembre de dos mil dos.

1999-01186, de las nueve horas ocho minutos, del diecisiete de setiembre de mil novecientos noventa y nueve.

1998-01242, de las nueve horas quince minutos, del diecisiete de diciembre de mil novecientos noventa y ocho.

1998-00843, de las ocho horas cincuenta y siete minutos, del cuatro de setiembre de mil novecientos noventa y ocho.

1998-00546, de las nueve horas diez minutos, del doce de julio de mil novecientos noventa y ocho.

Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Tercer Circuito Judicial de Alajuela (Sede San Ramón)

2013-00075, de las once horas, del doce de febrero de dos mil trece.

2012-01923, de las once horas diez minutos, del veintiocho de setiembre de dos mil doce.

2012-00576, de las nueve horas, del veintiséis de julio de dos mil doce.

Tribunal de Casación Penal del Tercer Circuito Judicial de Alajuela (Sede San Ramón)

2011-00461, de las once horas diez minutos, del veinte de octubre de dos mil once.

2010-00485, de las trece horas diez minutos, del nueve de diciembre de dos mil diez.

2010-00031, de las quince horas cuarenta minutos, del veintiséis de enero de dos mil diez.

Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José

2011-01186, de las diez horas veintiocho minutos, del nueve de setiembre de dos mil once.

Tribunal de Casación Penal de Cartago

2010-00198, de las trece horas cuarenta y cinco minutos, del ocho de junio de dos mil diez.

Otras fuentes

http://ministeriopublico.poder-judicial.go.cr/circulares_directrices/fiscalia_general/1998/CIR01-98.pdf.

http://ministeriopublico.poder-judicial.go.cr/circulares_directrices/fiscalia_general/1998/CIR04-98.pdf.

http://ministeriopublico.poder-judicial.go.cr/circulares_directrices/fiscalia_general/1999/CIR02-99.pdf.

http://ministeriopublico.poder-judicial.go.cr/circulares_directrices/fiscalia_general/1999/CIR24-99.pdf.

http://ministeriopublico.poder-judicial.go.cr/circulares_directrices/fiscalia_general/1999/CIR28-99.pdf.

http://ministeriopublico.poder-judicial.go.cr/circulares_directrices/fiscalia_general/2004/CIRCULAR%2019-2004.pdf.

http://ministeriopublico.poder-judicial.go.cr/circulares_directrices/fiscalia_general/2006/Circular%2031%20-2006.pdf.

http://ministeriopublico.poder-judicial.go.cr/circulares_comunicados/fiscalias_adjuntas/MEMORANDO%2001-FAVDDS-NA-2009.pdf.

http://ministeriopublico.poder-judicial.go.cr/circulares_comunicados/fiscalias_adjuntas/MEMORANDO%2002-FAVDDS-NA-2009.pdf.

http://ministeriopublico.poder-judicial.go.cr/circulares_directrices/fiscalias_adjuntas/MEMORANDO-%2002-FAAG-NA-11.PDF.

http://ministeriopublico.poder-judicial.go.cr/servicios/fiscalia_indigena/circulares/01-%2013-ADM-2011.pdf.

http://ministeriopublico.poder-judicial.go.cr/circulares_directrices/fiscalia_general/cir-2012/09-ADM-2012.pdf.

La Imparcialidad: análisis desde la aplicación de la distinción entre contexto de descubrimiento y de justificación.

M.Sc. Miguel Zamora Acevedo

RESUMEN

Mediante la utilización de la clásica distinción entre contextos de descubrimiento y justificación, se analiza el principio de imparcialidad penal, en los casos que un juez que dicta una prisión preventiva y posteriormente dicho juez, integra el tribunal contra la misma persona.

Palabras claves

Derecho Penal, Imparcialidad, contexto de descubrimiento, contexto de justificación, argumentos.

ABSTRACT

Using the classic distinction between context of discovery and justification, we analyze the principle of impartiality criminal, where a judge issues a remand and subsequently this judge, integrates court against the same person.

Keywords

Criminal law, Impartiality, the context of discovery, context of justification, arguments.

Sumario

- I. Planteamiento del Problema y justificación
 - I. a. Justificación
 - I. b. Problema
- II. El problema de la distinción entre contextos de descubrimiento y justificación.
- III. El Principio de imparcialidad y su construcción jurisprudencial en Costa Rica, tratándose del juez que dicta una medida cautelar y que posteriormente integra el tribunal de juicio.
 - III. a. Imparcialidad Objetiva y Subjetiva.
 - III. b. Antecedentes Jurisprudenciales.
- IV. Criterios de distinción para determinar la imparcialidad del juzgador en el problema planteado
 - IV. a. Previsiones Analíticas.
- V. Análisis de los Argumentos
- VI. A modo de Conclusiones
- VII. Bibliografía

La Imparcialidad: análisis desde la aplicación de la distinción entre contexto de descubrimiento y de justificación.

M.Sc. Miguel Zamora Acevedo¹

I. Planteamiento del Problema y justificación

I. a. Justificación

El razonamiento judicial, como una forma de razonamiento práctico, (Vega Reñón & Olmos Gómez, 2011) en tanto y cuanto tiene como finalidad la toma de una decisión, presupone en algún modo un razonamiento teórico, por eso en esta investigación se utiliza la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación, como un esquema conceptual útil para reflexionar en torno al razonamiento jurídico de la determinación del principio de imparcialidad del juez penal en Costa Rica, en tratándose de los casos en que un juez integra un tribunal de juicio y en donde previamente dictó una prisión preventiva contra el sujeto a juzgar.

Su objetivo central está en establecer que el análisis de ambos contextos permite clarificar la parcialidad o imparcialidad del juzgador que dicta una medida cautelar y que posteriormente integra el tribunal que juzga. Además, permite examinar el problema de la

conexión entre ambos contextos y su relación con la comprensión de la exigencia de fundamentación de las decisiones judiciales a la luz de la teoría de la argumentación jurídica, donde necesariamente el análisis del principio de imparcialidad -objetiva-subjetiva-, debe coincidir en los dos contextos (descubrimiento y justificativo).

I. b. Problema

En Costa Rica los criterios jurisprudenciales en materia penal² sobre el principio de imparcialidad son casi unánimes en cuando aceptar que, un juez que conoce sobre la medida cautelar de detención provisional, no tiene comprometida su imparcialidad por cuanto, una cosa son los argumentos de fondo y otros, los de mero trámite, distinguiendo a su vez la imparcialidad objetiva de la subjetiva, por lo cual, se considera que el fundamento de dicha posición esta en las razones institucionales, aunque implícitas.

De acuerdo con Atienza (2013) "las razones institucionales son todas aquellas que apelan a la seguridad jurídica (cuando

1 Profesor de la Universidad de Costa Rica en la cátedra de Investigación y razonamiento Jurídico. Máster en Sociología Jurídico Penal por la Universidad de Barcelona, y máster en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante; ambas Universidades de España. Correo electrónico: jose.zamoraacevedo@ucr.ac.cr

2 En Costa Rica, en materia penal existen cuatro tribunales de Apelación de Sentencia, los cuales conocen de todos los recursos en materia penal, sin embargo, existe un recurso de casación contra los pronunciamientos de los tribunales de Apelación de sentencia, lo cual conoce la Sala Tercera de la Corte Suprema como último órgano a recurrir, además, de la Sala Constitucional como órgano contralor de la constitucional. Por lo que, se toma como parámetros, las sentencias de éstos dos órganos, porque -en sentido jerárquico-, son la última instancia.

esa apelación es legítima), a la división de poderes, etc..” (p. 285) en general, a todo lo que busque preservar el sistema, serán todas aquellas razones que van estar íntimamente relacionadas a los procedimientos institucionales.

Esto conlleva necesariamente al fin operativo del propio sistema en el proceso, por lo que tiende más a la justificación que a la explicación.

Es claro que el presente esquema de análisis del razonamiento jurisprudencial es novedoso ya que la doctrina es unánime en aceptar la casi nula distinción en ambos contextos, y en el peor de los casos, de reflejar alguna idea distintiva, las mismas se han quedado en el plano teórico, con lo cual, en realidad, -con la única salvedad del trabajo de Josep Aguiló³ citado en lo presente-, no existen investigaciones que utilicen el esquema propuesto como marco de referencia a un problema concreto en el campo de la motivación de las resoluciones en el derecho procesal penal.

Esta posición propuesta, solo es entendible si se acepta dentro del análisis de la argumentación jurídica la tesis de la separatividad del contexto de descubrimiento y de justificación. Además, de distinguir – respecto a la imparcialidad- entre garantías objetivas y garantías subjetivas, entendiendo por las primeras las que se vinculan a la legalidad de la decisión y las segundas a los caracteres del juez decisor, pero en la que

ambos análisis deben coincidir, las razones explicativas de las justificativas.

Sin embargo, ello no es así en las distintas resoluciones que se analizan, siendo esto el común denominador, ya que en el análisis del principio de imparcialidad por parte de la jurisprudencia costarricense analizada, no separan en el análisis dichos elementos, con lo cual no resulta visible el problema, aunque sí, el resultado práctico.

Como puede verse, en ambas existe un gran contenido emocional, con lo cual, a pesar de la existencia de causales expresas de inhibición o recusación, las mismas no pueden verse taxativamente por la alta cantidad de variables que pueden darse en el contenido sentimental antes indicado, por lo que no es posible separar ambos contextos en el análisis de la imparcialidad en el problema planteado, máxime cuando dentro de la retórica jurídica se utilizan máximas de la experiencia en la determinación de los elementos procesales de la medida cautelar de prisión preventiva.

Es claro que no se pretende construir toda una teoría o hacer una invención del análisis de la imparcialidad, simplemente denotar algunas prácticas que se han aceptado como “normas” y/o como reflejo de argumentos de autoridad. Por lo que, el esquema propuesto puede contribuir a poner sobre la palestra la discusión de un tema, que parece se ha aceptado como un dogma o en el mejor de los casos, se ha aceptado por razones institucionales.

II. *El problema de la distinción entre contextos de descubrimiento y justificación*⁴.

Uno de los puntos de los cuales parte la teoría estándar de la argumentación jurídica, -siguiendo para ello a Atienza (2012)- esta en la ya célebre distinción entre contexto de justificación y contexto de descubrimiento en el análisis de las decisiones judiciales.

Esta distinción se debe a Reichenbach⁵, quien la utilizó para poder diferenciar la manera como realizan los descubrimientos en ciencia y la forma en que los mismos se justifican. Dicha separación se plantea en la obra “experience and prediction” de 1938 (Reichenbach, 1965, p. 7-8) aunque otros lo atribuyen a Popper (Nettel, p.1996, 109), sin embargo esta discusión para los efectos, no resulta de mayor interés.

En pocas palabras, el contexto de descubrimiento lo que importa es la producción de una hipótesis o de una teoría, el hallazgo y formulación de una idea, la invención de un concepto, todo relacionado con las circunstancias personales, psicológicas, sociológicas, políticas y hasta económicas o tecnológicas que pudiesen haber pendido en la generación del descubrimiento o influido en su aparición, incluso algunos han mencionado la tesis de la “gastronomía del juzgador” (Aguiló, 2008, 32) como criterio.

Esto es, se interesa por la explicación de la forma en la cual se concibe inicialmente una teoría, el ejemplo clásico sería el caso de Newton y la caída de la manzana para la teoría físicas o el caso de Darwin y la conocida teoría de la selección natural.

En este sentido, el contexto de descubrimiento abarca a aquellos procesos afectivos, históricos, sociológicos, psicológicos, etc., que han conducido a un descubrimiento científico y que, por consiguiente, pueden incluir también componentes irracionales: intuiciones, creencias metafísicas, el azar, etc., como los ejemplos.

Por su parte el contexto de justificación hace referencia a las cuestiones de aprobación: como saber si el descubrimiento realizado, es auténtico o no, si la creencia es verdadera o falsa, si una teoría es justificable, si las evidencias apoyan nuestras afirmaciones o si realmente se ha incrementado el conocimiento disponible, ello para el campo de la lógica y el derecho en este caso.

En este contexto de justificación, -a decir de Bárcenas(2002)-, “se ignoran procesos psicológicos o sociales y se basa más que todo en los parámetros lógicos y epistémicos” (p. 48). Por ello, va referido al conjunto de procesos racionales (demostraciones, experimentos, argumentaciones lógicas, etc.) en virtud de los cuales queda establecida la validez de los conocimientos científicos.

3 Aguiló, J. (2003). De nuevo sobre independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica. Revista Jueces para la democracia. (46). y Aguiló, J. (2008). Sobre Derecho y Argumentación. Palma (Mallorca): Leonard Muntaner editor.

4 La reconstrucción epistemológica de la idea de descubrimiento se fundamenta en la interpretación de esta idea en el contexto de una relación binaria entre sujetos y objetos, relación que tiene dos versiones que mantienen entre sí una cierta dualidad: el contexto previo del cual se parte, se transforma y da lugar o conduce al resultado objetivo del descubrimiento, pero la composición es una integración de lo descubierto en el contexto previo.

5 Una distinción homóloga habría sido anticipada por K. Popper (1934: 31-2) al diferenciar la “psicología del conocimiento” de la “lógica del conocimiento”. (Accantino, 2002. p. 9)

Así, esta dicotomía se incorpora al lenguaje de la teoría del derecho. Uno de los primeros autores que la utilizó –aunque utilizando una terminología ligeramente diferente, pues refiere a “procesos” y no de “contextos” de descubrimiento y de justificación– fue Richard Wasserstrom en su libro *The judicial decision* (1961), pero para hacer referencia a la cruzada contra el realismo (Atienza, 2012, p.100).

Aguiló (2008):

Esta distinción ha sido utilizada en el ámbito de la teoría de la argumentación jurídica. En particular, en el caso de las decisiones judiciales, la transposición se ha hecho para distinguir entre los móviles psicológicos, el contexto social, las circunstancias ideológicas, etc., que puedan haber llevado a un juez a dictar una determinada resolución, por un lado, y por otro, las razones que el juez alega para tratar de mostrar que su decisión es correcta o válida. 47)

Ahora bien, aunque ambos los contextos -descubrimiento y justificación- se hallen conectados, se podría hacer una distinción con el objetivo de examinar cada uno de estos dos aspectos para aplicarlos en el campo del derecho y más específico en la decisión judicial, la explicación y la justificación de la decisión.

Siendo así, en el contexto de descubrimiento se proponen hipótesis para explicar algún tipo de fenómeno, mientras que en el de contexto de justificación se preocupa de ver si esa explicación concuerda con los fundamentos o no.

Sin embargo, como se podría apreciar, la distinción entre ambos contextos, aplicados al campo del derecho es bastante tenue.

Sobre este punto, Atienza (2013), sostiene: Hoy sin embargo, la distinción solo se mantiene en términos bastante débiles, pues suele considerarse, por un lado, que no hay una línea tajante que separe ambos contextos y, por otro lado, que sí cabe hablar de una lógica del descubrimiento, en el sentido de que hay ciertas pautas de racionalidad en la relación con el hallazgo de las teorías científicas; o sea, la racionalidad, el método científico, no se circunscribe al contexto de la justificación o validación de las teorías científicas. (p. 114)

En igual sentido, Feteris (207), ha indica que “no siempre es posible separar esas dos fases del proceso de la decisión jurídica, pero eso no implica que no se pueda separar en la teoría del derecho, cuyo objetivo es analizar y evaluar la calidad de las justificaciones legales tal como se presentan en defensa de una decisión jurídica”. (p. 33)

En el presente caso y para el objetivo final, se tiene que la distinción de contextos, en el ámbito de la motivación, se diferenciará entre motivación justificativa (contexto de justificación señalado previamente) y motivación explicativa (referida al contexto de descubrimiento antes indicado), además de que, a diferencia de la aplicación de la distinción en las ciencias, en el caso del derecho, el contexto de descubrimiento en la decisión judicial, -sea la explicación del porqué se decide de una u otra manera,- no es solo de un proceso mental o psicológico, sino que también se da mediante un proceso de interacción por la dialéctica de la argumentación jurídica.

El clásico ejemplo de Carlos Nino (2006), citado por Aguiló (2003) ilustra mejor le punto:

La razón por la que Pedro mató a su mujer es que ésta hablaba demasiado; pero ‘hablar demasiado’ no es razón para matar.

Como se ve, en el texto se dice que “hablar demasiado” es y no es razón para matar. Ante este tipo de situaciones sólo caben dos alternativas: O bien contiene una contradicción o bien la palabra “razón” es ambigua. La primera alternativa puede ser descartada sin más porque parece claro que todos vemos sentido al texto. La segunda supone que la palabra “razón” adquiere un significado diferente en cada uno de sus dos usos: en el primer caso se usa en el sentido de “razón explicativa” para aludir a los motivos, los móviles de la conducta de Pedro; y en el segundo, en el sentido de “razón justificativa”, para referirse a la valoración de la conducta de Pedro. El primer uso presenta la conducta de Pedro como una acción intencional; el segundo, la descalifica. (p. 48).

III. El Principio de imparcialidad y su construcción jurisprudencial en Costa Rica, tratándose del juez que dicta una medida cautelar y que posteriormente integra el tribunal de juicio.

Para poder llegar al concepto del principio de imparcialidad, se deben realizar algunas precisiones terminológicas o aproximaciones teóricas sobre la imparcialidad y parcialidad,

ello para tratar de reducir la vaguedad del concepto y su polisemia.

Además, resulta importante saber de que se habla, o cuál es el significado que se utiliza en la argumentación propuesta.

Así, el Diccionario de la Real Academia Española define el término imparcialidad como “Falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de alguien o algo, que permite juzgar o proceder con rectitud...” (2010). Mientas que Cabanellas (2003) utiliza este mismo término en su Diccionario Jurídico Elemental, añadiendo que “...la imparcialidad constituye la principal virtud de los jueces. La parcialidad del juzgador, si es conocida puede dar motivo a su recusación”(195). Asimismo, define parcialidad como “...tendencia favorable a cierto parecer o decisión” (p. 293).

En términos generales, se puede conceptualizar como un postulado ligado al fortalecimiento de una característica del juez, que en la mayoría de los casos es equiparado con lo objetivo. Sin embargo, la máxima de juez imparcial y la objetividad con que el juzgador debe actuar, aunque son necesarias dentro su función jurisdiccional en un proceso que se caracteriza de debido, son también de distinta repercusión.

Este principio que en realidad es ya un *topoi*⁶, se interpreta como fundamental en el proceso penal, por ser una garantía aseguradora del debido proceso. En este sentido, al mencionarlo Maier (1996) sostiene:

6 Siguiendo a Vieweg, los *topoi* son “puntos de vista utilizables, aceptables universalmente, que se emplean a favor o en contra de lo opinable y que parecen conducir a la verdad.” (Viehweg, 2007. P. 44)

“...he allí explicado el “principio del principio”, aquello que para mí constituye la esencia del concepto de juez en un Estado de Derecho...principio que, según alguna vez ya expresé, “a mí me parece de primera magnitud, con suficientes merecimientos para estar ubicado entre los principios que impiden la manipulación arbitraria del poder penal”...(p. 742)

Se podría situar el origen del principio de imparcialidad en el momento en que la verdad se integra en los procesos y viene a sustituir a la fuerza o la autoridad. El mejor ejemplo de ello, lo constituye el empleo de la tortura en la Europa continental medieval, lo cual se debió, por un lado en el hecho de que las ordalías habían perdido legitimidad en los procesos, y por el otro lado, en la búsqueda de evitar sentencias condenatorias implantadas en las relaciones de autoridad.

De ahí la necesidad que manifiesta Ruiz-Vadillo (1994) de la separación entre partes y del jugador:

“de esta forma, el proceso penal se constituye en una contienda procesal entre dos partes netamente contrapuestas, acusador y acusado, resuelta por un órgano que se coloca por encima de ambas con una neta distinción de las tres funciones procesales fundamentales: la acusación, propuesta y sostenida por persona distinta de la del juez, la defensa con derechos y facultades iguales a las del acusador, y la decisión por un órgano judicial independiente e imparcial que no actúa como parte frente al acusado en el proceso contradictorio”. (p.161)

Con respecto a los alcances de dicho principio, Cafferata (2005), y para los efectos de la presente estudio, indica:

“La imparcialidad es la condición de tercero desinteresado del juzgador, es decir, la de no ser parte, ni tener prejuicios a favor ni en contra, ni estar involucrado con los intereses del acusado ni del acusador o de la víctima, ni comprometido con sus posiciones, ni vinculado personalmente con estos (es el “tercero en discordia”). Se manifestará en la actitud de mantener durante todo el proceso la misma neutralidad respecto de la hipótesis acusatoria que respecto de la hipótesis defensiva (sin colaborar con alguna) hasta el momento de elaborar la sentencia...”(p.33)

Por lo anterior, es que uno de los puntos más importantes por determinar en esta investigación, es la de establecer ¿en qué medida la imparcialidad del juez en el ámbito penal se puede ver comprometida por hacer decretado previamente la prisión preventiva durante una fase previa del proceso penal?, y para ello, se utiliza la distinción del contexto de descubrimiento y de justificación, por cuanto de los pronunciamientos de la Sala Tercera, Sala de Casación Penal y la Sala Constitucional, constituyen de alguna forma la jurisprudencia penal costarricense, y ésta es casi unánime en aceptar que no se violenta dicho principio en el supuesto bajo análisis.

Por último, no se puede dejar de mencionar, que el derecho al juez imparcial reviste de tal jerarquía dentro del proceso penal, que es contemplado como una garantía judicial, a nivel supranacional, tanto así que es regulado en la Convención Americana de

el derecho positivo, sino que incluso podría ser por la “vía jurisprudencial” (1988).

III. b. Antecedentes Jurisprudenciales.

Ahora bien, los antecedentes de los tribunales costarricenses, tanto a nivel constitucional (Sala Constitucional) como de casación penal (Sala Tercera) establecen de forma casi unánime que no se vulnera la imparcialidad cuando el juzgador dicta una prisión preventiva y posteriormente juzga al sujeto.

Ha sostenido la Sala Constitucional:

“El pronunciamiento sobre la procedencia de una medida cautelar, determinando la existencia de un indicio comprobado sobre la posible comisión de un hecho delictivo y las causales de peligro de obstaculización o de evasión, no puede considerarse como una violación al principio de juez natural e imparcial, pues el proceso de revisión se refiere a la valoración de vicios que tienen relación con la determinación de la responsabilidad penal, decisión en la que no intervino el juez que sólo dictó una medida cautelar; el juzgamiento sobre la existencia de un indicio comprobado que evidencie la posible ejecución de un hecho criminal, que es lo que define la medida cautelar privativa de la libertad, no tiene ninguna relación con los vicios procesales que se examinan en una acción de revisión y que se refiere, exclusivamente, a yerros esenciales que se producen en el juzgamiento de una acción delictiva; no se valora en este procedimiento especial, el contenido de la imputación o

Derechos Humanos, artículo 8.1; en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14.1 y en la Declaración Universal de Derechos Humanos, y en igual sentido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como es el caso De Cubber⁷ para citar un ejemplo.

III. a. Imparcialidad Objetiva y Subjetiva.

Como matices, la imparcialidad tiene dos formas: objetiva y subjetiva, dichas representaciones tienen correspondencia con la persona del juez, propiamente y de ellas va a depender la aplicación mediante los institutos de la recusación y la excusa o inhibición (dependiendo de las diversas nomenclaturas que se le dé), para garantizar dicha imparcialidad.

O lo que es lo mismo, según Aguiló (2003), “distinguir entre lo que llaman “garantías objetivas” y “garantías subjetivas” de la imparcialidad. La objetivas están vinculadas a la legalidad de la decisión (en nuestra interpretación, deber de aplicar el Derecho) y las subjetivas, a las características de juez llamado a decidir (en nuestra interpretación deber de actuar conforme a Derecho por las razones que el Derecho suministra)” (p.52).

Para los efectos de lo presente, importa más el matiz subjetivo, sea a la convicción personal del juzgador, lo cual tiene a su favor al variable de la presunción iuris tantum; sea, salvo que se demuestre lo contrario se presume imparcial, lo cual como bien indicaba desde hace mucho Perelman, no tiene que ser necesariamente reconocida por

⁷ Caso De Cubber contra Bélgica, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 26 de octubre de 1984, apartado 28.

la existencia de una eventual culpabilidad penal. La valoración que requiere el dictado de una medida cautelar y el análisis que exige el proceso de revisión, no presenta la coincidencia o la conexidad que requiere la garantía de imparcialidad o de juez natural. La participación del mismo juez en las decisiones recién citadas, no constituye una lesión a la imparcialidad del juzgador o al principio de juez natural.” (Sentencia 10156-10)

En igual sentido, los argumentos de la Sala Tercera de la Corte Suprema, se pueden resumir en el siguiente extracto:

“Respecto a ésta, es importante distinguir entre el conocimiento de fondo y el conocimiento de mero trámite, pues sólo en el primero nos encontramos con una causal de inhibitoria. Al respecto esta Sala ha señalado que “...toda vez que un órgano jurisdiccional se pronuncie sobre el fondo de una causa, no la podrá volver a conocer... La situación varía en el caso de los Tribunales de Juicio, ya que para estos, pronunciarse el fondo implica conocer el mérito de la causa, es decir, sirviéndose de las disposiciones procesales y sobre la base de la acusación o la querrela, estos órganos determinan un cuadro fáctico, lo examinan desde el Derecho e indican las consecuencias jurídicas que el ordenamiento prevé para el imputado y las demás partes.” (Sentencia No. 2005-1079, de las 9:55 horas, del 14 de setiembre de 2005). En términos generales, conocer el fondo de un asunto significa: pronunciarse sobre el mérito de la prueba, la forma en que ocurrieron los hechos o sobre la participación del imputado en éstos. Ahora bien, el dictado de la prisión preventiva no implica, en principio, un pronunciamiento de fondo, pues

allí lo que el juez debe hacer es un juicio de probabilidad”. (Sentencia No. 79-10).

Esta posición solo es entendible si se acepta dentro de la argumentación jurídica únicamente la tesis del contexto de justificación y que ambos contextos no se pueden separar de su análisis. Sin embargo, ello no es así tratándose del análisis de la Imparcialidad, ya que en el análisis del principio de imparcialidad se distingue entre garantías objetivas y subjetivas.

Las primeras se vinculan a la legalidad de la decisión y las segundas a los caracteres del juez decisor, aspectos personales en el análisis del derecho.

Como puede verse, en ambas existe un gran contenido emocional, con lo cual, a pesar de la existencia de causales expresadas de inhibición o recusación, las mismas no pueden verse taxativamente -y aunque así lo ha reconocido también la jurisprudencia (Sala Tercera sentencia 1182-06)- por la alta cantidad de variables que pueden darse en el contenido emocional antes indicado, por lo que no es posible separar ambos contextos en el análisis de la imparcialidad en el problema planteado.

Es decir, aceptar que un juez que establece una prisión preventiva contra una persona, en la cual tiene que analizar como mínimo los elementos de convicción y algún peligro procesal y posteriormente viene a juzgar a esa misma persona, es imparcial, solo es posible aceptar cuando ambos contextos no se pueden fragmentar en su análisis y su vez no se distingue entre el matiz objetivo y el subjetivo.

IV. Criterios de distinción para determinar la imparcialidad del juzgador en el problema planteado

IV. a. Previsiones Analíticas

Se aclara que no se pretende dar una noción desconocida ni mucho menos mostrar un fenómeno novedoso, sino expresar el uso actual del dicho discurso (Bajtin, 2013) en el tema de la imparcialidad y el manejo argumentativo de parte de los tribunales superiores costarricenses; Con ello se pretende evitar las advertencias que ya Andreski (1973) señalaba, “A veces las sustituciones verbales enmascaradas como contribuciones al conocimiento son tan ineptas y groseras que es difícil aceptar que sus autores realmente crean estar revelando verdades nuevas (como seguramente ocurre) y no que están riéndose con disimulo de la credulidad de su audiencia.” (p. 78)

Como se viene desarrollando, el análisis proyectado no pretende establecer definiciones estipulativas, simplemente se busca evitar algunos vicios idiomáticos del discurso como pueden ser:

Evitar un naturalismo lingüístico: No se pretende darle alguna atribución empírica a las palabras, tampoco cambiar la realidad por medio de la transformación de dichos conceptos, sino su utilidad como forma de transmisión de ideas y las acciones con las que esta entretejido. Esto es, -siguiendo a Wittgenstein (2012)- juegos del lenguaje (p.25).

No caer en el mito del único significado en el Derecho: Al ser el lenguaje un instrumento

convencional, no se pretende establecer un único significado de las palabras, en este caso, Imparcialidad, sino situarlo en las diversas categorías del discurso judicial costarricense (su manejo conceptual), su utilidad y sobretodo su incidencia práctica, además de no creer como Haba (2002) que la norma simplemente existe y la función del operador del derecho es “descubrir su significado”. (p. 507).

Bajo el análisis de la imparcialidad no se podría, simplemente fundamentarse en la absoluta incontaminación del magistrado, -en palabras de Cafferata citado por Galán(2005)-, “sino en la condición de tercero desinteresado en el resultado del juicio por no tener el juez razones personales o prejuicios que lo determinen a decidir a favor o en contra de una pretensión” (p. 31).

El fallo imparcial lo decreta el juez, dejando de lado sus intereses o preferencias, tomando en consideración los fundamentos y motivaciones de las partes durante el juicio. En cambio, el fallo parcial, el juez de manera consciente o inconsciente, pone sus motivaciones privadas por encima de cualquier otra, reemplazando lo probado por motivos de orden particular, como pueden ser las relaciones de amistad, parentesco, enemistad, contaminación previas, prejuicios, etc. Igualmente, se puede comprender que las razones como las anteriores no pueden constituir cláusulas taxativas por lo indeterminado del significado valorativo que las mismas puedan comprender y porque pueden generar en una “suprainclusión o infrainclusión” (Schauer, 2012) si se entiende como reglas los remedios procesales de la excusa y la recusación.

En ello, se concuerda con Aguiló (2008), para en este caso establecer la necesidad de coincidencia de los contextos cuando sostiene que “lo que sobresale de todas ellas y las unifica es la extraordinaria fuerza motivacional de la conducta que se les reconoce. Denotan sentimientos e intereses a partir de los cuales explicamos cotidianamente las conductas de la gente en general; y este potencial explicativo obviamente alcanza también a los jueces.” (p. 44. Lo cual, siguiendo al mismo autor, buscan “preservar la legalidad de las decisiones judiciales... (ibídem)”

V. Análisis de los Argumentos

Para los tribunales superiores de Costa Rica, no se violenta la imparcialidad del juzgador cuando dicta una medida de prisión preventiva, básicamente por los siguientes argumentos:

Apuntan las Salas de la Corte de Costa Rica -Penal y Constitucional-, que se debe distinguir entre pronunciamientos de fondo y los que son de trámite o como es el caso de la prisión preventiva, cuando sostienen que es un análisis de probabilidad, con todo y su alto grado de textura abierta (Hart, 2009), lo que demuestra desde ya la idea de no separación de contextos entre la decisión y su justificación y su análisis independiente.

Para ello se entiende por fondo, cuando se analizan los hechos y se valora prueba (Sala Tercera, Sentencia 79-10) por lo que si el juez no entra a conocer el fondo o sea no se pronuncia sobre el mérito de la prueba, no se prejuzga del proceso y por ende no

perdería su imparcialidad (subjetiva), como se puede notar, estos criterios responden únicamente al ámbito de la imparcialidad objetiva, incluso reconociendo la enorme penumbra hartiana de los conceptos que pretende diferenciar.

Por ejemplo, el siguiente razonamiento la Sala Tercera lo dio por válido (aunque más que razonamiento parece una tautología) y sirve para ilustrar como dicha tesis tiene plena incidencia práctica:

“Estima este Tribunal de manera unánime, que el peligro de fuga y la pena a imponer en el caso de marras o las penalidades que ha acusado el Ministerio Público permiten determinar que las circunstancias por las que se decreta la prisión preventiva se mantienen y ... En atención a estas circunstancias, y por existir elementos de peligro procesal, eminentemente procesales, que permitan a este Tribunal considerar que el encartado de permanecer en libertad no se sometería a este debate es que se va a prorrogar la prisión preventiva por espacio de 6 días, que vencería el día sábado 17 de julio.”

Ante ello, la Sala resuelve que:

“Sobre este tema la Sala Tercera ha venido resolviendo que, el hecho de que un juez de juicio haya conocido con anterioridad la causa para prorrogar la prisión preventiva, por si solo, no significa un quebranto al principio de imparcialidad. En estas situaciones lo que podría comprometerse sería la imparcialidad objetiva,...” y reitera el argumentos de distinción entre conocimiento de fondo y de trámite. (Sentencia 0010-11)

En igual sentido, argumenta la Sala Constitucional⁸:

“Para la Sala el punto central radica entonces en si ha existido o no por parte del juez una toma de posición jurídica y una expresión formal de ella, respecto de uno o más puntos de discusión que luego se ven sometidos a nueva discusión y decisión por su parte en un momento posterior..., es decir, un juez que no ha bastardeado los fundamentos de hecho y de derecho y no se ha formado opinión jurídica sobre ellos, conozca y decida sobre dicha temática y tales reclamos”. (sentencia 8490-06 considerando V)

Esta claro que, la toma de posición hace referencia a la subjetividad o no del juzgador ante un evento dado, por cuanto se acepta que hay un proceso de análisis, verbigracia, los presupuestos de la medida cautelar.

Y en concreto al tema de la prisión preventiva, se han indicado los siguientes razonamientos:

“El pronunciamiento sobre la procedencia de una medida cautelar, determinando la existencia de un indicio comprobado⁹ sobre la posible comisión de un hecho delictivo y

las causales de peligro de obstaculización o de evasión, no puede considerarse como una violación al principio de juez natural e imparcial, pues el proceso de revisión se refiere a la valoración de vicios que tienen relación con la determinación de la responsabilidad penal...”(Sala Constitucional 10156-10) puesto que para que el pronunciamiento sea imparcial, se requiere que, en la medida de las posibilidades, los jueces que resuelvan no tengan una idea preconcebida de la causa o hayan conocido previamente los hechos...(Sala Tercera, sentencia 475-05)

Visto como un todo, el argumento sería el siguiente: Solo se violenta la imparcialidad cuando el juzgador se ha formado una opinión jurídica del caso y entra a conocer la temática del juicio, situación que no se da cuando de previo se ha dictado una prisión preventiva¹⁰ y como segundo argumento cuando se resuelve sin entrar a analizar el fondo (derecho sustantivo), que se agregaría para unir el anterior argumento con el primero aquí expuesto.

Lo que es lo mismo a sostener que:

No hay imparcialidad cuando:

⁸ Por razones expositivas, se exponen algunas sentencias dentro del texto, sin embargo, la cantidad de pronunciamientos en este sentido es bastante abundante, ahora bien, igualmente no se pretende ser una investigación de carácter cuantitativa, mediante la cual se busca reflejar el estado de la población en análisis, sino por el contrario, se busca realizar una investigación de carácter cualitativo, en este caso argumentativo. Por ejemplo pueden verse las siguientes: cfr. entre otras, números 1336-99 de las 9:40 horas del 22 y 1366-99 de las 10:35 horas del 29, ambas fechas del mes de octubre de 1999, números 340-00 y 342-00, de las 10:10 y 10:20 horas del 31 de marzo de 2000; número 934-03, de las 9:30 horas del 24 de octubre de 2003, número 489-04, de las 11:12 horas del 14 de mayo y número 945-04, de las 16:40 horas del 6 de agosto, ambas de 2004, y número 256-05 de las 8:45 horas del 8 de abril de 2005, todas de la Sala Tercera y, entre otras, número 7531-97 de las 15:45 horas del 12 de octubre de 1997 y número 4727-98 de las 9:27 horas del 3 de julio de 1998 de la Sala Constitucional).

⁹ En realidad la normativa procesal, no indica que sea un indicio comprobado, sino refiere a elementos de convicción.... Art 239 CPP.

¹⁰ El artículo 239 del Código Procesal penal, en su inciso a) requiere para el dictado de la prisión preventiva, en primer lugar que existan elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor de un hecho punible o participe en él. Código Procesal Penal de Costa Rica.

- a. El juez no se formule una opinión jurídica del caso. Sin embargo, ello solo se concibe desde el contexto de descubrimiento.
- b. Entrar a valorar los hechos y mérito de la prueba, lo cual se refiere al ámbito de la justificación de la decisión (contexto de justificación)

A su vez ambos momentos, respectivamente tienen relación con la imparcialidad subjetiva y objetiva, previamente analizada.¹¹

VI. A modo de Conclusiones

El Análisis aquí propuesto parte de la existencia de dos modelos de formulación de conceptos respecto a la imparcialidad, el primero, el idealista, seguido por la jurisprudencia penal y constitucional que intenta crear categorías de análisis meramente intelectuales, generales y apriorísticas para después ordenar y explicar los diversos aspectos de la realidad –entiéndase los fallos-, a partir de dichas categorías generales.

El segundo, el propuesto en la presente investigación, el realista, intenta identificar en la realidad las características y propiedades normales o distintas, - un ser humano como cualquier otro- en el discurso del juez que dicta la prisión preventiva, a partir del cual se pueda desarrollar constructos y modelos teóricos que sirvan diferenciar de una mejor manera la condición del juzgador que previamente dictó la detención provisional y que ahora viene a juzgar al individuo. En este

¹¹ Cf. Sección III. a.

punto es que se utiliza la dicotomía de los contextos.

Tomando como parámetro la anterior distinción y analizado los argumentos de las Salas de Casación, es claro que para la jurisprudencia citada no se podría diferenciar entre el contexto de descubrimiento y el de justificación –y de hecho no se hace- ya que se parte de que al Derecho solo le interesaría el análisis de la justificación sea, la motivación del fallo como forma de “maximizar el control público de la decisión” (Ibáñez & Alexy, 2006, p. 34), lo que viene a ser una examen idealista sin embargo, ello no es correcto y se debe tomar con mucho cuidado, ya que no se puede invisibilizar la decisión, esto es, la explicación de los motivos, como bien señala Aguiló (2003), “la imparcialidad no solo trata(n) de proteger no solo el derecho de los ciudadanos a ser juzgados desde el Derecho, sino también la credibilidad de las razones jurídicas” (p. 52).

Visto lo anterior, se deduce que el derecho no es ajeno al contexto de descubrimiento en tratándose del análisis de parcialidad-imparcialidad cuando de previo se ha dictado una prisión preventiva, por ejemplo cuando la decisión de la medida sea tomada por una máxima de la experiencia, en este caso, siguiendo a Stein (1973), se entiende por reglas de experiencia: “definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos pretenden tener validez para otros nuevos...” (p. 30)

Ahí aunque no se entre a valoración de prueba, ni análisis del fondo, es claro que hay una decisión por algún conocimiento del juez, como sucede cuando refiere a la existencia de algún peligro procesal, como la fuga, las cuales se basan en presunciones o máximas de la experiencia, este punto no es tajantemente propio del contexto justificativo, sino del explicativo el cual pertenece al contexto de descubrimiento, lo cual conlleva que solo se pueda advertir si se parte de un análisis entre ambos contextos como el propuesto.

Así, cuando la normativa procesal propone un análisis probable como argumento, prima facie, no se ocupa de una plena demostración de los elementos de convicción, sea los hechos y la prueba, pero si que podrían ser demostrados, además –de al menos un peligro procesal-¹² los cuales son meras expectativas argumentativas basadas en reglas de la cuestionada sana crítica, reglas de la experiencia, lógica y psicología. Con lo cual, la justificación no le exonera que la decisión sea diferente, sino que necesariamente deben coincidir.

Pero, en cuáles casos no coinciden?, generalmente en la mayoría, cuando los elementos de prueba son escasos y para sustentarlos, se debe recurrir a valoraciones probables, como la condición de extranjero para deducir que probablemente se fugue, a la condición de desempleado para sustentar que no tiene arraigos o motivos para permanecer en su domicilio, etc.

Un ejemplo de lo anterior, se muestra cuando al hacer referencia al peligro procesal de reiteración de la actividad delictiva, el tribunal razonó: “...este justiciable, de quedar en libertad muy probablemente continuará dedicándose a la actividad delictiva que se le atribuye, ello por cuanto de acuerdo al Informe Policial, sustentado en las investigaciones realizadas por los oficiales del Organismo de Investigación Judicial y el Fiscal a cargo de este asunto, J. se dedica aparentemente casi en forma exclusiva a la venta de droga, lo que se evidencia de la investigación llevada a cabo, misma que evidencia la actividad de este imputado, como único medio de subsistencia pues no tiene un trabajo honesto y estable...” (Sala Tercera, sentencia 1034-10)

A nivel doctrinario, Ruthers (2009), ilustra prístinamente esta idea cuando sostiene:

“el juez no puede proceder, en cuanto a la determinación de los hechos según su parecer, y si existieran sobre el transcurso exacto de los evento dudas o controversias, entonces está sujeto, en cuanto a la determinación del resultado que arroje el examen de los hechos, a ciertas reglas procedimentales...”(p.372)

Precisamente, este detalle es el que obvia la jurisprudencia costarricense al tratar de analizar ambas situaciones descontextualizadas, dejando de lado, los parámetros del derecho procesal (reglas) para el análisis de un caso u otro y olvidando,

¹² El tribunal ordenará la prisión preventiva del imputado, siempre que concurren las siguientes circunstancias:

- a) Existan elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor de un hecho punible o participe en él.
- b) Exista una presunción razonable, por apreciación de las circunstancias del caso particular, acerca de que aquel no se someterá al procedimiento (peligro de fuga); obstaculizará la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización); o continuará la actividad delictiva... CPP, art. 239.

parafraseando a Atienza (2008) cuando sostiene que la apariencia resulta de suma importancia en la “ética judicial” (p.151) o profesional.

Por ello, siguiendo nuevamente a Manuel Atienza (20013), se puede decir que “en el contexto de descubrimiento de la decisión (lo que explica que se haya decidido de cierta manera) no es simplemente el fruto del proceso mental desarrollado por un individuo, sino de la interacción que ha tenido lugar ente diversos miembros del tribunal.” (p. 652) en la lectura de la prueba, en la interacción de los argumentos de las partes, etc.

A modo de refutación, por parte de la Sala Tercera, se puede citar el antecedente de la sentencia 1325-12, en la cual sostiene como tesis la misma posición respecto a la imparcialidad e indica al apelante que:

“...el motivo, causa o sospecha debe tener fundamento, es decir, señalar al menos con probabilidad que el juzgador descendió al análisis y valoración de las pruebas o al mérito de éstas en contra del acusado y su presunta responsabilidad, de manera que ya no se encuentre en condiciones de pureza para decidir objetivamente respecto de la responsabilidad de aquél en la causa...”

Sin embargo, aceptar dicha tesis, implica alterar el onus probandi, principio básico en materia penal y busca trasladar la demostración de un hecho negativo al perjudicado, esto es demostrar que el juzgador ya no es “impuro”, cuando precisamente lo que se tendría que hacer es establecer las razones y explicaciones del porque bajo dichas circunstancias como lo es dictar o prorrogar una prisión preventiva, el juzgador se mantiene imparcial, a pesar

de guiarse y expresar con argumentos que demanda la normativa procesal, tal y como indica el código procesal penal:

“Procedencia de la prisión preventiva. El tribunal ordenará la prisión preventiva del imputado, siempre que concurren las siguientes circunstancias: a) Existan elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor de un hecho punible o partícipe en él....(CPP, artículo 239)

Igualmente, se puede decir, que se confunde el matiz objetivo con el subjetivo, obviando que ambas perspectivas si bien, no son escindibles en el plano fáctico, pero si desde el punto de vista de análisis argumentativo; Antes bien forman un todo indisoluble en el cual se retroalimentan en forma recíproca.

En este caso, la idea que desarrolla Cardozo (1955) es la forma correcta de responder ante el señalamiento:

“La distinción entre la conciencia subjetiva o individual y la objetiva o general, en el campo donde el juez no se halla limitado por normas establecidas, es vaga y evanescente, y tiende a hacerse una distinción de palabras y poco más. La percepción del Derecho objetivo toma el color de la mente subjetiva. Las conclusiones de la mente subjetiva toman el color de las prácticas acostumbradas y las creencias objetivadas. Hay una interacción constante y sutil entre lo que está afuera y lo que está adentro. En cual- quiera de ambos puntos de vista, sea que el impulso se extienda desde el individuo o desde la sociedad, desde adentro o desde afuera, ni los componentes ni el todo pueden funcionar en independencia recíproca. La mente y la

voluntad general están inseparablemente unidas” (p.187)

Siguiendo con lo anterior, para la Sala Tercera (sentencia 451-06, 916-10), lo objetivo es algún pronunciamiento, con lo cual sigue la tesis de Vallejo (2004) la que es de general aceptación en la doctrina procesal penal; Sostiene dicho tratadista “... la imparcialidad objetiva se refiere “al objeto del proceso, asegurando que el juez o tribunal no ha tenido un contacto previo con el thema decidendi, y, por tanto, que se acerca al objeto mismo sin prevenciones en su ánimo...” (p. 111), lo cual es una muestra de un modelo idealista de análisis argumentativo. Sin embargo, ante dichos casos no se puede separar el motivo o el móvil de la conducta, lo cual constituye la razón explicativa y esto es propio del contexto de descubrimiento.

La razón de que ambas explicaciones deban coincidir, hace una condición necesaria y suficiente para tener por dado que existe o no imparcialidad, igualmente la necesidad de separar lo objetivo de lo subjetivo en el plano argumentativo. De ahí que bajo la premisa de la argumentación racional, se pueda cuestionar bajo esta bifurcación que no hace la jurisprudencia costarricense en este tema y en consecuencia, la misma explica las conclusiones de rechazo de la violación a la imparcialidad, lo que viene de manera implícita sustentar que en realidad lo que hay detrás de dicha posición son razones institucionales, ya que el cambio de posición de la jurisprudencia coincide con la inclusión de la oralidad en el sistema procesal penal costarricense y con la condena de Costa Rica en la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Mauricio Ulloa Vs Costa Rica, sentencia del 2 de julio de 2004) por violación al derecho en el recurso, pero que también

cuestionó la imparcialidad en la constitución de los tribunales superiores que conocen los recursos.

Por otra parte, -siguiendo en esto a Pedro Haba (2010)-, de aceptar la premisa del tribunal de casación penal de la no separatividad como método interpretativo, constituiría un ejemplo más de un “pensamiento por deseos” (p. 173) y una forma clara de idealismo y siendo más directo, lleva razón Alejandro Nieto (2000), al decir que “lo importante no es la hábil utilización de un método sino la justificación de porqué en un asunto determinado se utiliza precisamente ese método y no otro que hubiera conducido a un resultado distinto”. (p. 34).

Ante lo cual y para superar la crítica de Nieto a la posición presente, un ejemplo con un ejercicio sería sencillo, simplemente se debe analizar el caso en forma total, sin separar lo subjetivo de lo objetivo en el plano fáctico, pero si en el plano argumentativo.

Por ejemplo, si un juez dicta la prisión preventiva, necesariamente para ello debe fundamentarse en la normativa procesal, en el cual el primer punto será el análisis de los elementos de convicción, lo cual no es sino, el estudio de prueba contra el sujeto. En este caso, sería posible separar el análisis de la prueba sin formarse una opinión del caso? Sería posible tener una indiferencia valorativa antes diversos supuestos que el sujeto resuelve? (concesión o rechazo de la medida)?

La respuesta debe ser negativa, y curiosamente, esta idea no es del todo desconocida por la Sala Tercera porque de vieja data, sobre este tema este Tribunal se decantaba hace más de una década

por sostener que había imparcialidad en la posición que ahora se critica, y curiosamente bajo un criterio más subjetivo y del ámbito del contexto de descubrimiento, incluso sosteniendo aspectos de prognosis del sujeto, refiere la sentencia:

“De acuerdo con lo que consta en los autos, en efecto, según lo acusa la defensa, se aprecia que el licenciado J.S.F.R., previo a integrar el Tribunal de Juicio de Puntarenas, participó de manera activa en la fase preliminar o de investigación, lo que pudo crear en él, o creó (aun cuando de manera inconsciente), una idea, conocimiento o juicio sobre la eventual responsabilidad de las personas a quienes después se acusó de haber cometido los hechos que dan lugar a la presente causa...” (Sentencia 256-03)

En sentido similar,

“Conforme lo anterior, si uno de los integrantes del Tribunal, por alguna razón conoció o tuvo alguna participación directa en los hechos históricos que se someten a su conocimiento, se debe inhibir de inmediato o, en su defecto, puede recusarse por quienes tengan derecho o interés en hacerlo, toda vez que esta circunstancia podría afectar o incidir en la imparcialidad u objetividad con la que se impone que realice su función...” (Sentencia 489-04)

Como puede verse, la respuesta debe ser negativa ante el ejemplo líneas arriba indicado; Sea, no es posible separar la condición valorativa de una decisión, no existe una opinión neutra despejada de todo prejuicio, en este sentido también se expresa Ferrajoli (1995) cuando sostiene que *“en todo juicio, en suma, siempre está presente una cierta dosis de prejuicio”* (p. 57), esto es

así por el simple hecho de que no se puede desconocer la condición de “polaridad de los valores” (Frondizi, 2010, p. 19), siendo esto, una visión realista del problema, por lo que, y en última instancia, no se puede descartar que la tesis imperante no sea otra que las razones institucionales las que mantienen implícitamente dicha posición.

En definitiva, de seguir aplicando la tesis de análisis de la imparcialidad por parte de la Sala Tercera y la Sala Constitucional, difícilmente se puede llegar a sostener que el juez que envía a prisión a un sujeto y que posteriormente lo juzga tiene algún vicio de imparcialidad.

Para ello, se requiere hacer una análisis de separatividad de dos momentos; la decisión y la justificación del dictado de la medida cautelar, para lo cual en lo presente se ha utilizado la tesis de los contextos de descubrimiento y justificación, los cuales –si bien no se toman como verdades absolutas-, sirven como esquema conceptual muy pertinente.

Ello explica no solo, la forma de la decisión (las razones explicativas) sino que también bifurca las motivaciones de la decisión (razones justificativas) con lo cual se permite analizar la coincidencia o discrepancia en ambos contextos y por ende la determinación de la imparcialidad o no del juzgador.

La representación indicada, establece claramente la connotación emotiva de la decisión y permite sostener la imposibilidad de una neutralidad valorativa y de perjuicios en el juzgador, a su vez, demuestra que la fundamentación de las resoluciones se hacen como una forma de decisión respecto ante las alternativas posibles.

Por último, además de la conclusión, se puede inferir dos consecuencias que se encuentran implícitas en realidad en la posición de los tribunales superiores:

1. Las razones institucionales de mantenimiento de sistema judicial. Es decir, evitar la problemática de sustitución de jueces, ascensos y vacaciones respecto al llamado principio de justicia pronta y cumplida y de continuidad del servicio público.

2. La idea “de ofrecer una simple satisfacción psicológica a los individuos” (Salas, 2012) en este caso los operadores del Derecho especialmente, con lo cual habría que darle la razón a Salas cuando sostiene que:

“El absurdo y la falta de rigor tienen enorme importancia social en el campo jurídico-penal y no se ve, por tanto, que haya posibilidades reales de acabar con ellos, sea mediante la racionalidad, la razonabilidad o cualesquiera otras categorías que en el futuro surjan a la vida”(ibídem).

VII. Bibliografía

Accantino, D. (2002). Notas sobre la aplicación de la distinción entre contexto de descubrimiento y de justificación al razonamiento judicial. *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, XIII.

Aguiló, J. (2003). De nuevo sobre independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica. *Revista Jueces para la democracia*. (46).

Aguiló, J. (2008). *Sobre Derecho y Argumentación*. Palma (Mallorca): Leonard Muntaner editor.

Andreski, S. (1973). *Las ciencias sociales como forma de brujería*. (J. C. Churruchet, Trad.) Madrid: Editorial Taurus.

Atienza, M. (2008). *Cuestiones Judiciales*. México: Editorial Fontamara.

Atienza, M. (2012). *El derecho como argumentación* (3 edición ed.). Barcelona: Editorial Ariel.

Atienza, M. (2013). *Curso de la Argumentación Jurídica*. Madrid: Editorial Trotta.

Bárceñas, R. (2002). Contexto de descubrimiento y contexto de justificación: Un problema filosófico en la investigación científica. *Acta Universitaria*, 12 (2).

Bajtín, Mijaíl. (2013) *Estética de la creación Verbal*. (T. Bubnova, Trad) Buenos Aires: Editorial Siglo XXI.

Cabanellas, G. (2003). *Diccionario Jurídico Elemental* (16 edición ed.). Buenos Aires: Editorial Heliasta.

Cafferata Nores, i. (2005). *Proceso Penal y Derechos Humanos*. Buenos Aires: Editores del Puerto SRL.

Cardozo, B. (1955). *La naturaleza de la función judicial*. Buenos Aires: Ediciones Acayú.

Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón*. (P. A. Ibáñez, Trad.) Madrid: Editorial Trotta.

Feteris, E. (2007). *Fundamentos de la argumentación jurídica*. (A. Supelano, Trad.) Bogotá: Editorial de la Universidad de Externado.

Frondizi, R. (2010). *Que son los valores?* (23 edición ed.). México: Editorial del Fondo de Cultura Económica.

Galán González, c. (2005). *Protección de la imparcialidad: Abstención y recusación*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.

Haba Muller, P. (2002). Metodología realista-crítica y ética del razonamiento judicial. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* (25).

Haba Muller, P. (2010). *Entre tecnócratas y wisful thinkers. la visión misionera de las ciencias sociales*. Granada: Editorial Comares.

Hart, H. L. (2009). *El concepto de Derecho* (3 edición ed.). (G. Carrió, Trad.) Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot.

Ibáñez, P. A., & Alexy, R. (2006). *Jueces y ponderación argumentativa*. México: Editorial de la universidad Autónoma de México.

Jaén Vallejo, M. (2004). *Derechos Fundamentales del Proceso Penal*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

Maier, J. (1996). *Derecho Procesal Penal. Fundamentos. Tomo I*. Buenos Aires: Editores del Puerto. SRL.

Nettel, A.L. (1996). *La distinción entre contexto de descubrimiento y de justificación y la racionalidad de la decisión judicial*. México: ITAM.

Nieto, A. (2000). *El arbitrio judicial*. Barcelona: Editorial Ariel.

Nino, C. S. (2006). *la validez del derecho* (3 edición ed.). Buenos Aires: Editorial Astrea.

Perelman, C. (1988). *la lógica jurídica y la Nueva Retórica*. (L. Díez Picazo, Trad.) Madrid: Editorial Civitas.

Real Academia Española de la Lengua, D. (2010). *Diccionario de la Real Academia*. Madrid.

Reichenbach, H. (1965). *Experience and Prediction*. Chicago: University of Chicago Press.

Ruiz Vadillo, E. (1994). *El Principio acusatorio y su proyección en la doctrina jurisprudencial*

del Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo. Madrid: Editorial Actualidad.

Ruthers, B. (2009). *teoría del Derecho*. (M. E. Salas, Trad.) México: Editorial Ubijus.

Salas, M. (2012). *Los rostros de la justicia penal. Ensayos críticos sobre temas fundamentales del derecho procesal penal*. San José: Editorial Isolma.

Schauer, F. (2012). *Las reglas en juego*. Barcelona: Editorial Marcial Pons.

Stein, F. (1973). *El Conocimiento privado del juez*. Pamplona: Editorial de la Universidad de Navarra.

Vega Reñón, L., & Olmos Gómez, P. (2011). *Compendio de lógica, Argumentación y Retórica*. Madrid: Editorial Trotta.

Viehweg, T. (2007). *Tópica y jurisprudencia* (2 edición ed.). (L. Díez Picazo, Trad.) Pamplona: Editorial Thompson-Civitas.

Wittgenstein, L. (2012). *Investigaciones filosóficas*. (A. García Suárez, Trad.) Madrid: Editorial Civitas.

DEL DOCUMENTO FÍSICO AL DOCUMENTO ELECTRÓNICO

M.Sc. Raúl Guevara Villalobos

La revolución tecnológica ha planteado el giro de la sociedad industrial a la sociedad de la información¹, cuya fuerza motriz ha sido las computadoras y el Internet².

Los medios de comunicación se han enlazado con el día a día de todas las personas en la mayoría de las sociedades, a tal punto que han logrado interferir en patrones tiempo espaciales de organización, ayudando a la generación de nuevos espacios y ritmos de vida. La migración de la tecnología de la computación desde la industria y el laboratorio, hasta nuestras casas ha intensificado estos procesos³. Por ejemplo, el correo electrónico derriba barreras espaciales y temporales, al permitir enviar documentos de manera casi instantánea entre dos o más personas que pueden estar en continentes diferentes. Similar situación ocurre con los SMS, o los “realtime” chats y redes sociales.⁴

Las aplicaciones y las consecuencias de su uso tienen dimensiones insospechadas hace

10 años; los recientes disturbios y saqueos en Londres son ejemplo de ello⁵.

Perry Sutcliffe- Keenan, un muchacho de 22 años de Latchford, Warrington, Inglaterra, usó su cuenta de Facebook para publicar una página denominada “*The Warrington Riots*”. A la mañana siguiente de haberla creado, él removió la página y se disculpó argumentando que había sido una broma. Si bien su mensaje fue distribuido a 400 contactos en Facebook, no causó ningún efecto.

No obstante, una Corte de Chester Crown condenó al señor Sutcliffe a 4 años de cárcel por considerar que su mensaje había causado un verdadero pánico y obligó a la fuerza policial a organizarse para retener cualquier manifestación en Warrington. Por su parte, la Fiscalía solicitó la pena de prisión argumentando que el “post” había causado un pánico significativo en las comunidades de Warrington debido a los rumores de que la violencia se esparciría.⁶

1 LONG (Larry). Introducción a las computadoras y al procesamiento de la información. Segunda edición. Prince Hall. P2.

2 RAMONET (Ignacio). Internet, el mundo que llega: Los nuevos caminos a la comunicación. Editorial Alianza. 1998.

3 HACKETT (Edward) y otros. The Handbook of Science and Technology Studies. Tercera edición. MIT Press. London, 2008.

4 Las Ciencias Sociales discuten sobre tres asunciones fundamentales: (i) Que la cultura, el día a día y los individuos son material y conceptualmente distintos de las tecnologías; (ii) que las tecnologías son socialmente moldeadas, pero la sociedad no está tecnológicamente moldeada; que la actividad humana, en la forma de fuerza social, histórica y económica, es la única fuerza o agente que impacta la cultura. LISTER (Martin) y otros. New Media. A Critical Introduction. Segunda Edición. Routledge. New York, 2009. P. 238.

5 On line: www.guardian.co.uk/uk/2011/aug/16/facebook-riot-calls-men-jailed. Martes 16 de agosto del 2011.

6 CfrOnline www.telegraph.co.uk/news/uknews/law-and-order/8706712/England-riots-Facebook-riots-sentences-will-act-as-deterrent.html

El uso de las redes sociales durante manifestaciones en Egipto y recientemente en Londres, ha puesto en la palestra el rol que el Gobierno de Inglaterra piensa deben tener las redes sociales, e incluso se ha sugerido la posibilidad de desconectar lo sistemas de telecomunicaciones o al menos las redes sociales para prevenir el desorden civil⁷. Research in Motion se encuentra actualmente bajo presión ya que se la ha requerido explique sus acciones durante las manifestaciones en Londres, después de que un usuario de Blackberry usó la aplicación de Messenger de BB para difundir posibles objetivos de los disturbios y saqueos.

Los desarrollos tecnológicos han puesto en jaque las regulaciones de propiedad intelectual en varias ocasiones, especialmente en la segunda mitad del Siglo XX. Por ejemplo, el desarrollo de redes “peer to peer” como Napster y Kazaa, entre otras, permitieron la adquisición de música y videos de manera casi instantánea y mucho más económica que la música en algún soporte material, lo que llevó a transformar las leyes de propiedad intelectual, así como la distribución de datos.

Esto son tan solo algunos ejemplos de cómo los avances en las comunicaciones y en la tecnología presentan retos para los operadores jurídicos.

Uno de los temas principales, ha sido la necesidad de adaptar las instituciones

y conceptos del derecho a las nuevas realidades organizacionales, posibles gracias a las nuevas tecnologías y avances de la informática. El Internet es hoy uno de los medios más usados para la transferencia de datos y realización de actividades comerciales, que requiere combinar requisitos tecnológicos de seguridad en cuanto a la identidad del emisor y receptor de la comunicación, y que se asegure que la información va a ser fidedigna y confidencial.

A continuación repasaremos algunos retos que ha tenido que afrontar el Derecho para poder adaptarse a las nuevas situaciones que plantea el avance de la tecnología y la informática, especialmente en relación a la autenticidad de los documentos y de quienes los suscriben.

1. DOCUMENTO ELECTRÓNICO

La noción de documento ha venido evolucionando conforme la dinámica de las interacciones sociales⁸ en diferentes sociedades. Actualmente, es posible considerar una página web, un Chat, un post en facebook, o un correo electrónico un documento?

Tradicionalmente el documento⁹ cuenta con dos elementos objetivos: la información, y su soporte. En el caso del documento electrónico, este es:

7 Online www.zdnet.com/blog/btl/british-pm-considers-turning-off-social-networks-amid-further-riots/54711?tag_?=-content;siu-container.

8 DE SANTO (Victor). El proceso civil. Buenos Aires. Editorial Universidad. 1983. Tomo III.

9 Es “la representación gráfica de un pensamiento, generalmente por escrito, con un contenido de finalidad preconstituida y de constatación de hechos o acontecimientos, acreditados, probatoriamente, frente a futuras contingencias, destinados al tráfico jurídico” Tribunal Supremo 6-10-75. Citado por TERAMOND (Carmen) y otro. Concepto, valor jurídico y regulación de la firma digital en Costa Rica. Universidad de Costa Rica. Facultad de Derecho. Tesis para optar por el grado de Licenciadas en Derecho. 2002

“una secuencia informática de bits (números binarios) que pueden representar cualquier tipo de información, cumple los requisitos del documento en soporte de papel, en el sentido de que contiene un mensaje (texto alfanumérico o diseño gráfico) en lenguaje convencional (el binario) sobre soporte (cinta, disco), destinado a durar en el tiempo”¹⁰.

Desde el punto de vista jurídico, la importancia de un documento es servir de medio de prueba. El artículo 368 del Código Procesal Civil de Costa Rica indica que son documentos

“... los escritos, los impresos, los planos los dibujos, los cuadros, las fotografías, las fotocopias, las radiografías, las cintas cinematográficas, los discos, las grabaciones magnetofónicas, los discos, y en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo”.

Si bien es cierto esta definición no incluye expresamente la de documento electrónico, la Ley de Certificados, Firmas Digitales y Documentos Electrónicos de Costa Rica, Ley N. 8454, (en adelante LCDFDDE), aplica el principio de equivalencia funcional:

“Cualquier manifestación con carácter representativo o declarativo, expresada o transmitida por un medio electrónico o informático, se tendrá jurídicamente equivalente a los documentos que se otorguen, residan o transmitan por medios físicos.

En cualquier norma del ordenamiento jurídico en la que se haga referencia a un

documento o comunicación, se entenderán de igual manera tanto los electrónicos como los físicos. ...”

Por su parte, el artículo 4 de la Ley de comentario indica:

“Los documentos electrónicos se calificarán como públicos o privados, y se les reconocerá fuerza probatoria en las mismas condiciones que a los documentos físicos.”

Esta distinción es de gran relevancia ya que según sea el documento electrónico público o privado, deberá por un lado ser certificado (primer caso), y por otro lado se le aplican las consideraciones del artículo 369 y 370 del Código Procesal Civil. A manera de ejemplo, un archivo electrónico de una resolución de una institución de la Administración Pública no puede ser considerado documento electrónico público. Para ello, además de ser emitido por la Administración pública, requiere

“tener garantía de identidad e integridad de la información, mientras que en el segundo, no existe tal seguridad, al no estar debidamente acreditada una firma electrónica que así lo garantice. Es entonces, la seguridad jurídica uno de los fundamentos distintivos del documento público electrónico, frente a otras manifestaciones de la conducta administrativa hechas mediante mecanismos informáticos. Esa seguridad jurídica se evidencia en las condiciones de inalterabilidad, accesibilidad y atribución. ... Es así como la firma digital certificada busca garantizar las indicadas condiciones a la hora de emitir un documento público electrónico y por consiguiente,

10 TERAMOND (Carmen) y otro. Concepto, valor jurídico y regulación de la firma digital en Costa Rica. Universidad de Costa Rica. Facultad de Derecho. Tesis para optar por el grado de Licenciadas en Derecho. 2002. P. 61.

de no contarse con dicho requisito legal, no podríamos estar en presencia de un documento con tal carácter, con todas las consecuencias jurídicas que ello conlleva. Hechas las anteriores consideraciones, procederemos a resolver sobre el fondo del caso sometido a nuestro conocimiento.”¹¹.

2. LA FIRMA DIGITAL

La firma es una de las partes esenciales de todo documento, ya que identifica al autor de un documento quien asume la responsabilidad por su contenido¹².

La comunicación mediante medios electrónicos plantea el problema de cómo identificar al autor de un documento. Debido a ello surge el concepto de Firma Digital.

La doctrina diferencia la firma digital de la firma electrónica, diferencia que es importante desde el punto de vista práctico por el valor probatorio que se le da a cada una. La firma digital se basa en criptografía, por lo que se presume válida salvo que se demuestre lo contrario, pues hay de por medio mecanismos de verificación, normalmente, por parte de una entidad

certificadora autorizada por el Estado. Firma electrónica es un concepto amplio que comprende cualquier carácter electrónico usado por alguien con el fin de autenticar un registro, por lo que abarca cualquier método de identificación. Es por ello que corresponde a quien introduce el documento como prueba demostrar su validez.

La legislación costarricense al igual que la de Brasil, no diferencia entre una y otra, aunque el contenido de las regulaciones es propio de la firma digital.

a. Característica de la firma digital

La firma digital tiene la misma finalidad que la firma manuscrita ya que expresa la identidad del autor y la autenticidad. Es el resultado de aplicar algoritmos de encriptación¹³ a un conjunto de datos, que permite que un documento se traduzca a una serie numérica única mediante la utilización de un Algoritmo llamado Hash¹⁴, y que solo son reconocibles por el destinatario quien podrá comprobar la identidad del remitente, la integridad del documento, autoría y autenticación.

11 Tribunal Contencioso Administrativo Sección Sexta, Segundo Circuito Judicial de San José. Sentencia N. 61- 2011- VI, de las 9:00 del 9 de marzo del 2011. En esta resolución, no se considera documento electrónico público un archivo pdf de una institución pública, localizado en un servidor para descarga del público en una página web, por no contar con firma digital certificada.

12 Cuervo Álvarez (José). La Firma digital y Entidades de Certificación. Informática y Derecho. Revista Iberoamericana de Derecho Informático: Contratación Electrónica, Privacidad e Internet, Mérida. En VEGA (Hannia) Los nuevos medios de comunicación: Su impacto jurídico sobre el concepto de documento y el Concepto de firma y su valor probatorio. Tesis para optar por el grado de Licenciada en Derecho. Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. 2003.

13 La criptografía es entendida como “la rama de las matemáticas aplicadas que se ocupa de transformar mensajes en formas aparentemente inteligibles y devolverlas a su forma original.” DEVOTO (Mauricio). Comercio Electrónico y Firma Digital. La Ley, 2001

14 Es una construcción criptográfica usada para verificar la integridad y autenticidad de una firma digital. Su función es obtener una huella de un archivo, mensaje o datos, que permite su autenticación. Existe la llamada función hash unidireccional que permite generar un código a partir de un mensaje y así se genera un valor secreto único libre de colisiones. STALLING (William). Fundamentos de seguridad en redes. Aplicaciones y Estándares. Segunda Edición. Pearson Educación S.A. Madrid, 2004. P. 61.

La encriptación¹⁵ por parte del emisor se realiza mediante su llave privada o secreta¹⁶, mediante la cual el emisor firma el documento. Esta clave privada tiene asociada una clave pública que es la que permite al receptor descryptar el mensaje y leerlo. Su seguridad radica en que la clave privada es absolutamente secreta y propia del autor del documento electrónico, así como en la certificación de la clave pública por la autoridad certificadora.

Esta característica es precisamente una de las diferencias entre la firma digital y manuscrita, ya que en la primera para cada documento electrónico se genera una firma digital única e irreplicable, mientras que en segunda, la firma tiene que ser el mismo rasgo identificador de la persona para todo documento que se firme¹⁷.

La legislación costarricense define la firma digital como:

“ ... cualquier conjunto de datos adjunto o lógicamente asociado a un documento electrónico, que permita verificar su integridad, así como identificar en forma unívoca y vincular jurídicamente al autor con el documento electrónico”. (artículo 8 de la LCDFDDE¹⁸)

“Una firma digital se considerará certificada cuando sea emitida al amparo de un

certificado digital vigente, expedido por un certificador registrado.”

La definición dada en el artículo 8 de la LCDFDDE es acorde con la necesidad de garantizar:

- (i) La integridad del mensaje, es decir, que no se ha modificado el mensaje.
- (ii) La autenticidad, es decir, la identificación del autor.
- (iii) No repudio de tal manera que no se puede negar la autoría de un mensaje.
- (iv) La neutralidad tecnológica, ya que no se excluye ninguna tecnología mediante la cual se pueda lograr cumplir con los anteriores características que debe reunir la Firma Digital.

El valor probatorio de la firma digital se encuentra en el artículo 9 y 18 de la LCDFDDE. Al respecto el artículo 18 de la LCDFDDE establece:

“Los documentos y las comunicaciones suscritos mediante firma digital, tendrán el mismo valor y la eficacia probatoria de su equivalente firmado en manuscrito. En cualquier norma jurídica que se exija la presencia de una firma, se reconocerá de igual manera tanto la digital como la manuscrita.

15 Actualmente se utiliza la criptografía de clave pública o encriptación asimétrica, en la que se generan dos llaves relacionadas matemáticamente entre sí: la privada y la pública.

16 Cfr. Revista de Ciencias Jurídicas 97: Vacíos legales en Costa Rica por el uso de la red: El “e-practice”. Prof. Bernal Arias Ramírez. Universidad de Costa Rica y Colegio d Abogados de Costa Rica. Enero- Abril 2002.

17 Sobre el particular Diego Cruz explica el uso indebido de “firma” en la firma digital: CRUZ (Rivero). Definición y Naturaleza Jurídica de la Firma Electrónica. Marcial Ponds. Madrid, 2006.

18 En similar sentido se expresa el artículo 6 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial que regula los documentos electrónicos en la tramitación judicial, actos y resoluciones judiciales.

Los documentos públicos electrónicos deberán llevar la firma digital certificada.”

Como se desprende de lo anterior, los documentos electrónicos privados con firma digital no certificada son válidos, sin embargo, corresponderá a las Partes comprobar que se cumple con los requisitos de la firma digital y que el mecanismo tecnológico utilizado es apto para ello.¹⁹. No obstante, si el documento electrónico privado cuenta con firma digital certificada, constituirá plena prueba, según así lo establece el artículo 18 de la LCDFDDE:

“Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 3º, 9º y 19 de esta Ley, los certificados digitales expedidos por certificadores registrados ante la Dirección de Certificadores de Firma Digital, solo tendrán pleno efecto legal frente a terceros, así como respecto del Estado y sus instituciones.”

Es importante indicar que en Costa Rica, la Administración Pública y alguna jurisprudencia ha utilizado indebidamente el término firma digital, para referirse a la firma manuscrita captada por un instrumento tecnológico, y guardada en algún formato de imagen que permite su reproducción en algún documento público, como la cédula de identidad o el pasaporte²⁰.

19 Sobre este tema, la legislación española es muy clara en reconocer valor probatorio únicamente a los documentos con firma digital certificada, o como se le llama en el Ley 59/2003 Ley de Firma Electrónica, Firma Electrónica Reconocida.

20 Cfr. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Recurso de Habeas Corpus Voto N. 2005- 8862 de las 17:18 del 5 de julio del 2005; y Voto N. 2005- 0562, del 29 de abril del 2005. Sobre el tema, ver aclaración que hace la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, resolución N. 2009- 1296, del 14 de octubre del 2009.

21 MUÑOZ (Ramiro). Un Proyecto Español de Firma Electrónica. En Firma Digital y Administraciones Públicas. I Edición. Lerko Print S.A. Madrid, 2002. P. 109

b. Certificados digitales

Los certificados digitales son documentos que prueban la vinculación entre una clave pública y una clave privada, y que buscan evitar el uso de la clave pública por parte de otras personas. El certificado es firmado digitalmente con la clave privada del emisor y normalmente contienen la clave pública asociada a esa clave privada, la identificación del signatario por su nombre o seudónimo, fecha de expiración, el nombre de la autoridad certificante que lo emite, la firma digital de la autoridad certificadora, los datos de verificación de la firma del emisor (clave pública), límites de uso y de valor, entre otra información²¹. Su formato está definido por un estándar internacional denominado X.509 UIT-T que es utilizado por infraestructuras de claves públicas (PKI).

El artículo 11 de la LCDFDDE define certificado digital como:

“... el mecanismo electrónico o digital mediante el que se pueda garantizar, confirmar o validar técnicamente:

- a) La vinculación jurídica entre un documento, una firma digital y una persona.
- b) La integridad, autenticidad y no alteración en general del documento, así como la firma digital asociada.

- c) La autenticación o certificación del documento y la firma digital asociada, únicamente en el supuesto del ejercicio de potestades públicas certificadoras. (...).”

Para ello es necesario la intervención de una tercera persona en la comunicación: la Autoridad Certificadora.

Debido a que este es un tercero de confianza en cuyas manos se deja la seguridad del sistema (la autenticidad del mensaje y la identificación de su autor, aunado al momento en que se entiende que la comunicación electrónica se ha efectuado), los diferentes ordenamientos jurídicos han establecido estrictas normas para garantizar la probidad de los prestatarios de estos servicios²².

Entre los requisitos que establece la LCDFDDE están:

- (i) Rendir garantía de fidelidad.
- (ii) Contar con la tecnología y sistemas de seguridad.
- (iii) Estar debidamente inscritos en la Dirección de Certificadores de Firma Digital del Ministerio de Ciencias y Tecnología.
- (iv) Cumplir los requisitos técnicos fijados por la Entidad de Acreditación Nacional.

3. VALOR JURÍDICO DEL DOCUMENTO ELECTRÓNICO

En Costa Rica, el uso de documento electrónico es válido para todo acto jurídico, a menos que exista una disposición que indique lo contrario. El artículo 5 de la LCDFDDE le ha reconocido al documento electrónico pleno valor en los siguientes casos, sin la lista taxativa:

a. La formación, formalización y ejecución de los contratos.

Los mecanismos de seguridad asociados a la firma digital y los certificados digitales, fueron desarrollados originariamente para dar seguridad al intercambio de datos que se da en el comercio electrónico.

El internet ha permitido un aumento en la oferta de bienes y servicios, lo que se ha traducido en muchos casos, en variedad de bienes y servicios a costos menores de los ofrecidos en las tiendas físicas, debido a costos menores de intermediación, entre otros. Este fenómeno ha alcanzado las relaciones entre comerciante y consumidor, empresas entre sí, consumidores entre sí, y las relaciones de la Administración Pública con sus usuarios y proveedores.

Ejemplo de esto último es la puesta en marcha en varios países de plataformas tecnológicas seguras que le permiten a los usuarios hacer trámites en línea, así como a proveedores de servicios contratar con el Estado.

22 RINCÓN (Erica). Manual de derecho comercial y de Internet. Centro Editorial Universidad del Rosario, Bogotá. 2006. P.233.

En Costa Rica, uno de los principales temas de seguridad en comercio electrónico se dio con los servicios bancarios por internet. Varias entidades bancarias han sido condenadas a pagar por sustracciones de dinero no autorizadas por los clientes, utilizando los servicios de “*ebanking*”. De relevancia para el tema en estudio es la obligación que tienen las entidades bancarias de utilizar los mecanismos de seguridad más seguros para las transacciones bancarias por Internet, como lo sería la firma digital:

“Esto se extrae del testimonio del señor Sebiani, quien indicó que la Institución se encontraba trabajando en la implementación de sistemas de identificación basados en la firma digital, el cual fue postergado debido a la iniciativa que desarrolla otra institución gubernamental, y que en su lugar, se implementó la “clave dinámica”, la cual constituye un factor adicional para verificar la identificación del cliente. De igual forma, la prueba evacuada tampoco permite acreditar que en el caso concreto se de la concurrencia de alguna causa eximente de responsabilidad de la cual se extraiga la ajenez del demandado respecto del daño ... El Tribunal fundamentó su fallo en la existencia de un riesgo con base en el cual imputa el daño al Banco, lo cual resulta acorde con lo manifestado, en su conjunto, por el testigo perito en cuanto a la seguridad informática. Por otro lado, en cuanto a las eximentes, el recurrente expone dos argumentaciones que se complementan. Por un lado, afirma, se debió aplicar la figura de la presunción o indicio, y concluir que la causa del daño fue ajena; y por el otro, que este se

derivó de una acción u omisión, consciente o inconsciente de la víctima. Como ya se adelantó, no existen elementos que permitan desvirtuar la presunción de que la señora Arroyo Vargas es demandante de buena fe. En virtud de lo expuesto, a pesar de que se desprende del testimonio del señor Sebiani que la plataforma interna del Banco no fue vulnerada y que los sistemas de seguridad son adecuados para garantizar la integridad de las bases de datos, considera esta Sala que no hay casación útil, toda vez que no se acreditó ninguna causa eximente de responsabilidad”²³.

A partir de ese momento, muchos bancos han incluido diferentes tecnologías para garantizar la seguridad de las transacciones, incluso algunas basadas en firma digital como el “*token*”.

De igual manera, la sentencia de comentario analizó las obligaciones de los usuarios del servicio de banca electrónica:

“Así, no cabe duda que es su responsabilidad el garantizar el manejo adecuado de la clave de acceso, así como seguir las recomendaciones dadas por las entidades financieras en materia de seguridad. La decisión de ser beneficiario de estos servicios lleva aparejado un deber de diligencia que, en caso de ser incumplido, podría liberar de responsabilidad al prestatario. No resulta admisible, de acuerdo a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, relevar al cliente de sus deberes de prudencia en aquellos aspectos que forman parte de su ámbito personal de control, como lo es el

²³ SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia N. 300-F-S1-2009. San José, a las once horas veinticinco minutos del veintiséis de marzo de dos mil nueve. Cfr SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 827-S1-F-2009. San José, a las ocho horas del siete de agosto de dos mil nueve.

lugar donde realiza la conexión, así como utilizar equipos de cómputo adecuados y con los programas informáticos adecuados para garantizar la seguridad de la información”

b. Comunicación judicial, conservación de expedientes judiciales y administrativos; recepción, práctica y evacuación de prueba

Previo a la publicación de la LCDFDDE, ya el artículo 6 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial establecía la posibilidad de utilizar documentos electrónicos en las comunicaciones judiciales.

En similar sentido, la Ley de Notificaciones Judiciales, Ley N. 8687, establece la posibilidad de fijar de manera permanente, un domicilio electrónico para efectos de recibir notificaciones:

“Las personas físicas y jurídicas interesadas podrán señalar al Poder Judicial, una dirección única de correo electrónico para recibir el emplazamiento y cualquier otra resolución, en cualquier asunto judicial en que deban intervenir. Esta fijación podrá ser modificada o revocada en cualquier tiempo, por la persona interesada.”

Para la notificación por correo electrónico existen una serie de procedimientos regulados en esta misma Ley y en el Manual de Procedimientos de Comunicaciones por Medios Electrónicos de las Oficinas Judiciales.

Por su parte, el artículo 12 de esta Ley indica: “Quienes intervengan en un proceso podrán realizar gestiones ante el tribunal, a través de medios electrónicos, informáticos, telemáticos o de otra clase semejante, que permitan el envío de la comunicación y su normal recepción, en forma tal que esté garantizada su autenticidad, en la forma en que lo haya dispuesto el Consejo Superior del Poder Judicial.

Los medios electrónicos, informáticos, telemáticos o de otra clase semejante deberán ser accesibles a los lectores de pantalla para no videntes.”

Para poder aplicar lo indicado en el artículo 12, se está en proceso de habilitar el expediente electrónico. Actualmente, el Poder Judicial se encuentra con un proyecto piloto en algunos Juzgados de Trabajo del país. No obstante, algunos despachos judiciales permiten la comunicación electrónica cuando se trate de incidencias menores del proceso judicial, tales como temas de coordinación.

c. La emisión de certificaciones, constancias y otros documentos.

Mediante el registro de los notarios en un sistema que llevaba el registro y el ingreso de una contraseña, era posible solicitar documentos al Registro e incluso terceras personas podían verificar el documento certificado mediante una clave que se daba para esos efectos.

d. La presentación, tramitación e inscripción de documentos en el Registro Nacional.

A la fecha esto no ha sido posible. No obstante, existe la posibilidad de presentar el reporte quincenal de instrumentos notariales autorizados mediante documento electrónico enviado al Archivo Nacional.

e. La gestión, conservación y utilización, en general, de protocolos notariales, incluso la manifestación del consentimiento y la firma de las partes²⁴.

Si bien la LCDFDDE permite que los documentos notariales sean electrónicos, hay gran discusión sobre si es posible aplicar esta normativa a esos documentos. La función notarial está regulada en el Código de Notariado, y conlleva la realización de una serie de formalidades y cumplimiento de mecanismos de seguridad físicos, en principio incompatibles con el documento electrónico. Tal es el caso del protocolo, que es el libro en el cual se realizan las escrituras públicas; papel de seguridad sobre el cual se tienen que imprimir los testimonios (copias de las escrituras) y certificaciones notariales, el uso de sello blanco, entre otros. De igual manera, el otorgamiento de las escrituras debe realizarse en presencia de las partes, lo cual en el caso del documento electrónico no necesariamente debe darse.

Para solventar estos obstáculos, se ha hablado de la posibilidad de usar un protocolo electrónico, así como de la firma digital notarial. A la fecha es poco lo que se ha hecho para implementar esta normativa en la función notarial.

f. Valor probatorio

Como indicamos al inicio, uno de los aspectos fundamentales del documento electrónico es el valor probatorio que tiene, de conformidad con la regulación de la prueba documental del Código Procesal Civil.

Es poco lo que se ha discutido al respecto en los tribunales de justicia, sin embargo, la jurisprudencia le ha reconocido valor probatorio a los documentos electrónicos:

“Sobre el valor probatorio de los documentos electrónicos, es necesario señalar que, se produjo un cambio radical con la promulgación de la Ley de Certificados, Firmas Digitales y Documentos Electrónicos, de 30 de agosto de 2005, vigente desde el 30 de octubre de ese año. Basta con la transcripción de los siguientes preceptos para comprenderlo. (...) De lo anterior se desprende que, para todos los efectos pertinentes, los documentos electrónicos se asimilan a los escritos.”²⁵

Existen ciertos documentos que la Ley LCDFDDE expresamente indica que no pueden ser realizados electrónicamente. Tal es el caso de:

- (i) Los actos o negocios en los que, por mandato legal, la fijación física resulte consustancial.

- (ii) Las disposiciones por causa de muerte.
- (iii) Los actos y convenios relativos al Derecho de familia.
- (iv) Los actos personalísimos en general.

4. EFECTOS PRÁCTICOS

Le equiparación del documento electrónico al documento tradicional, ha tenido importantísimos efectos en el aumento en la competitividad de los países²⁶ que incentivan el uso de las tecnologías como instrumentos de trabajo asociadas a amplia cobertura de Internet, ya que permite eficientizar el trabajo, disminuir costos administrativos, e incluso, impactos ambientales ante la disminución de papel y de costos ambientales de transporte.

a. Gobierno digital

El Gobierno Digital se refiere al uso creativo de las tecnologías de información para transformar la manera como interactúa el Gobierno con las empresas y los ciudadanos. Es una forma de modernizar al Estado, simplificando y haciendo más eficiente la prestación de servicios y la realización de trámites en la administración pública²⁷.

En este momento diferentes entidades en el país utilizan firma digital, ya sea para trámites como administración de justicia, ciudadanos o del gobierno central, además de comercio o mercados electrónicos. Entre ellas, entidades financieras, como bancos, cooperativas y mutuales o instituciones del Estado como la

Contraloría General de la República (CGR), el Poder Judicial, el Ministerio de Hacienda (Comprared), Merlink (compras del Estado), la Compañía Nacional de Fuerza y Luz (CNFL), la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS), entre otras.

b. Teletrabajo y decisiones de jerarca a distancia

El término “teletrabajo” refiere a la posibilidad de que el trabajo se realice en un lugar diferente del que se ocupa cuando la persona lo está realizando normalmente. Se utilizan medios informáticos para comunicarse durante la realización de la actividad, lo que permite el envío de insumos y resultados.

La ausencia física del sitio de trabajo se suple con los medios informáticos y telemáticos, lo que permite que el trabajador permanezca en su casa, sin tener que desplazarse al sitio de trabajo, no obstante, la información sí se desplaza por medio de tecnología.

El teletrabajo es un sistema que se utiliza mucho en empresas privadas, y que en Costa Rica ha sido considerado una medida de importancia para cumplir metas ambientales de reducción de carbono.

No obstante, en la función público pareciera ser más problemático. Si bien es cierto no es propiamente teletrabajo, muchos funcionarios realizan labores fuera de sus oficinas debido a que tienen que atender compromisos de la Administración Pública en otras áreas del país, o bien fuera del país. Podrá un funcionario público tomar una decisión no estando presente en el país? Al respecto,

²⁴ Cfr. HOCSMAN (Heriberto). Negocios en Internet. Editorial Astrea. Buenos Aires, 2005, p.388.

²⁵ SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 000513-F-S1-2009. San José, a las diez horas del veintisiete de mayo de dos mil nueve.

²⁶ Cfr. <http://www.toc.cl/?p=162>.

²⁷ <http://www.gobiernofacil.go.cr/e-gob/gobiernodigital/quienessomos.htm>

la Procuraduría General de la República ha abordado el tema de la siguiente manera:

“La adopción de una decisión a distancia está ligada a aspectos de autenticidad y seguridad, particularidad que se plantea por el uso de los medios electrónicos. Cómo determinar que la decisión que se ha adoptado en el exterior ha sido efectivamente adoptada por el funcionario competente y su contenido corresponde a la voluntad del mismo? El punto es si solventados estos otros problemas de autenticidad del acto, inalterabilidad de la decisión, el Regulador puede adoptar una medida de las previstas en el artículo 57 de la Ley de la ARESEP estando en el exterior. ... El artículo 5 de la Ley 8454 de 30 de agosto de 2005, Ley de Certificados, Firmas Digitales y Documentos Electrónicos, en forma expresa, indica que la utilización de los documentos electrónicos es válida para la tramitación, gestión y conservación de expedientes administrativos, lo que incluye la recepción, práctica y conservación de prueba, incluida la recibida por archivos y medios electrónicos. El uso del expediente electrónico solo sería inválido si la ley impone la fijación física. En consecuencia, un procedimiento puede ser tramitado electrónicamente. ... Y aún en el caso de que el expediente no sea tramitado electrónicamente, determinados documentos pueden ser producidos o tramitados electrónicamente. Hacemos alusión a archivos y documentos electrónicos.”²⁸

Como se desprende de lo anterior, la LCDFDDE claramente permite no solo la

tramitación de un expediente administrativo de manera electrónica, sino también que el acto administrativo final sea electrónico, pero debe tener firma digital certificada, por ser un documento público.

c. Medio para lograr objetivos ambientales

Uno de los efectos prácticos que tiene la utilización de los documentos electrónicos es la utilización de menos recursos. Es por ello que con el objetivo de compensar la huella de carbono, muchas empresas han incentivado el uso de expedientes electrónicos, documentos electrónicos²⁹, teletrabajo, entre otros, como parte de las medidas para compensar su huella de carbono³⁰.

Los desarrollos tecnológicos y el derecho son productos de la sociedad³¹. No obstante, el derecho se adapta más lentamente que la tecnología a los requerimientos sociales. A pesar de que puede existir una necesidad social, siempre hay cierta resistencia de los operadores jurídicos de modificar las instituciones tradicionales para adaptarla a las nuevas necesidades, especialmente cuando en la cultura costarricense “los papellitos hablan”, y se dan cuestionamientos de ciertos sectores sobre la seguridad que las tecnologías puedan dar. No obstante, en la medida en que la tecnología se haga más accesible y se incrementen los niveles de seguridad, es posible que demos un vuelco a la prevalencia del documento electrónico sobre el papel.

28 PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Dictamen N. 358 del 3 de octubre del 2007.

29 REED, (Kristin). Haciendo lo correcto: Guía para responsabilizarnos de las emisiones de gases efecto invernadero de CARE. Nairobi, 2007. Online: http://www.careclimatechange.org/files/CARE_docs/CARE_Going_Carbon_Neutral_SP.pdf.

30 Para algunos, el uso de las tecnologías implica más bien un aumento de la huella, ya que debe considerarse un efecto acumulado de la producción de los productos tecnológicos aunado a los requerimientos energéticos para su funcionamiento. Actualmente, el sector de las Tecnologías de la Información representa alrededor del 2% de las emisiones de gases efecto invernadero en el mundo. Con el fin de contrarrestar esto, se ha llevado a la tendencia o concepto del Green TIC.

31 Cfr. HACKETT (Edward) y otros. The Handbook of Science and Technology Studies. Tercera edición. MIT Press. London, 2008.

DOS VICIOS QUE HAY QUE ERRADICAR: EL CONTRATO DE REPORTO Y LOS CONTRATOS DE VENTA CON RECOMPRA

Lic. Miguel Ruiz Herrera

¿Recuerdan el tema de muchas películas donde la pobre huérfana de un sufrido campesino es sacada de su casa pues su recién difunto padre la había entregado en garantía a un panzón y opulento banquero vestido de chaleco y leontina... ..y no le pudo pagar?

Algo mucho peor sucede en Costa Rica todos los días, sin que hayan películas, lindas actrices o gordos banqueros de chaleco.

Me refiero a los contratos de Reporto que utilizan los Puestos de Bolsa y a los contratos de Venta con Recompra (“Retroventa”) que utilizan los Fondos de Desarrollo Inmobiliario. Sus resultados, que engrosan el patrimonio de esos Puestos de Bolsa y Fondos Inmobiliarios, han sido funestos para muchas familias.

Estas dos transacciones tienen en común un vicio: Un hábilmente disimulado Pacto Comisorio.

El Pacto Comisorio -que estudiamos como prohibido en nuestro régimen jurídico (Artículo 421 del Código Civil) por ser ejemplo de uno de los peores pecados del ser humano- revive ante la sed financiera de ciertos grupos, sed que ha prevalecido en nuestro país en los últimos años.

Los que hemos examinado con cuidado las actuaciones de los Puestos de Bolsa, por ejemplo, nos hemos percatado que son una actividad que dista mucho de emular el mandato divino de “*Ganar el Pan con el Sudor de Tu Frente*”. Dirán que -como nosotros los abogados- se lo ganan con el sudor interno de la frente, el sudor del cerebro. Pero contrario a nosotros, ellos nunca arriesgan: Nosotros arriesgamos al tener que ganar o perder si gana o pierde nuestro cliente.

Además, nosotros arriesgamos hasta la amistad con nuestro propio cliente: Recuerden que el abogado es contratado cuando un cliente enfrenta a otra persona, ya sea en una negociación o en un diferendo. El buen abogado debe siempre hacer lucir bien a su cliente. No importa lo malo o bárbaro que sea nuestro cliente, siempre deberá aparecer como “el bueno de la película”, y no importa lo bueno, comprensible, culto, y conciliador que sea su abogado, dicho abogado aparecerá como “el malo de la película”, lo que ya lo hace ganador de dos enemigos: la persona con quien el cliente tuvo el problema y su abogado (muchos abogados lamentablemente personalizan).

No obstante, debemos hacer lucir bien a toda costa a nuestro cliente. Y en el tanto en que mejor desempeñemos el papel de “malo”,

nuestro cliente también “se la creará”, se enfurecerá con nosotros y no nos pagará. Pero no hay que amargarse. “Cosas veredes, amigo Sancho”.

Los Contratos de Reporto:

Para iniciar, recordemos que el Puesto de Bolsa nunca arriesga, y mucho menos perderá. Es tradicionalmente conocido que los Puestos de Bolsa actúan bajo una premisa: operan (“juegan”) con dineros de otros, dinero de sus clientes, y nunca pierden. En los Contratos de Reporto el tema difiere un poco, y es radicalmente peor: El agente del Puesto de Bolsa busca al cliente y lo convence de una manera “eficiente y rápida” de hacerle un préstamo:

“Al contrario de los trámites de préstamos de bancos, donde tenés que cumplir muchos trámites, en este caso te entregamos el dinero bajo un sencillo y moderno contrato llamado Reporto, sin las comisiones, caros avalúos, etc. que cobran los bancos. Simplemente nos traspasás la garantía y al año hablamos”.

El cliente –entusiasmado por esa maravilla y hasta sintiéndose moderno y sofisticado empresario de finanzas- ilusamente acepta: Les traspasará por adelantado la garantía.

Y al transcurrir el año, si el pobre cliente tiene dificultades para repagar, el Puesto de Bolsa, sin siquiera decir “agua va”, se quedará con esa garantía, y –mientras el cliente buscará hasta ayuda psicológica- el agente recibirá su bono o comisión por la ganancia recibida por su Puesto.

Cuando fui estudiante de Derecho, nos enseñaron que en nuestro Régimen de

Derecho el “Pacto Comisorio” es totalmente prohibido. El mecanismo arriba descrito es –ni más ni menos- un Pacto Comisorio. Es peor, más grave, pues en este caso la titularidad de la garantía es traspasada al acreedor -no como resultado del incumplimiento- sino aún antes de que se sospechase incumplimiento alguno: el Puesto de Bolsa acreedor se la apropia desde el inicio, por lo que el mejor negocio para el Puesto de Bolsa es provocar el incumplimiento del cliente.

Pero el tema tiene sus ramificaciones todavía más abusivas: La garantía que se les traspasa son valores, por lo que habrán “daños colaterales” con el tema del valor de esos valores. Por ejemplo, si esa garantía traspasada por el cliente es un grupo de acciones de alguna empresa, les apuesto que sucederá lo siguiente: utilizando la excusa del “riesgo implícito en la operación de una sociedad mercantil” (no importando si son acciones de la Florida Ice & Farm o de Holcim) su verdadero valor sufre interesantes alteraciones. Por lo tanto, el cliente deberá traspasar, y por adelantado, acciones por valores mucho valores del monto que le prestarán, aunque le jurarán que le están entregando su “precio justo”. Y (por algo todavía más misterioso que el Código de Da Vinci) milagrosamente el valor de esas acciones –que es “determinado” por la Bolsa (o sea, juez y parte)- al día siguiente ese valor comenzará a descender estrepitosamente aunque la empresa tenga records históricos de ganancias y de pago de dividendos (algunos mal pensados sospechamos que entre más atractivas para el Puesto de Bolsa esas acciones resultan, más descenderá su valor en la Bolsa).

Por lo tanto, el Puesto de Bolsa, aún mucho antes del año, le dirá al cliente: “¡Qué tirada!!,

fijate que el valor de las acciones que nos traspasaste en garantía se vino al suelo y nos tenés que dar más garantías pues de lo contrario tenemos el deber de rematar y apropiarnos definitivamente esas acciones” (repetimos: “el mejor negocio: provocar el incumplimiento del cliente”).

Parece un chiste de mal gusto, pero relato aquí lo sucedido en casos reales, casos en que he tratado de convencer al Banco propietario de ese Puesto de Bolsa que refinance la operación, hasta ilusionándolo con el cobro de comisiones, avalúos, recibiendo más garantías, etc., pero intentando un plazo razonable para intentar dar oportunidad de salvar esas acciones.

A pesar del excelente negocio que dicho refinanciamiento significaría para el banco, no lo he logrado. Obviamente, el festín del Reporto es todavía mejor negocio.

Uno de mis clientes murió. Algunos dicen que falleció de tristeza afectado por haber perdido el patrimonio realizado a mucho esfuerzo durante toda su vida de ejemplar y verdadero trabajo.

Los contratos de Venta con Retroventa:

Aquí el tema es similar. Este esquema ha evolucionado de manera que ahora parece ser otro truco para financiar sin contratos de préstamo y ejecución normal de garantías. Ahora se financia dinero a cambio de que se ejecute un Pacto Comisorio –también entregando por adelantado la propiedad de la garantía- y debiendo contentarse el deudor con alguna esperanza de poder recuperar dicha garantía algún día. Pero la

debilidad legal de esa posibilidad es tal, que dependerá de la buena fe de quien recibió dichas garantías.

No olvidemos que también en este caso la garantía tendrá un valor mucho superior al valor que se recibe a cambio. Por ello, la buena fe de quien devolverá podrá ser sustituida por “su deber de defender los activos de mi fondo inmobiliario pues de lo contrario, los dueños de participaciones me exigirán devolverlas pues el prospecto no quedó claro” (ver Art. 79 de la Ley de Mercado de Valores) o “¿por qué voy a entregar estos activos a cambio de una suma de un avalúo que generalmente es mucho menor al real. Es hasta falta de ética hacia mi empresa hacerlo”.

La transacción implica la venta de un bien –un inmueble- a cambio de un precio –que generalmente es mucho menor al real pues se actúa con la filosofía de prestamista que recibe garantías- pero en vez de por lo menos evitar que el traspaso al fondo sea consumado en forma definitiva –lo que podría intentarse estableciendo el deber de retroventa en la misma escritura de traspaso inicial de modo que ese traspaso no quede libre de condiciones, el compromiso de retroventa se firmará un documentito privado, por aparte, consumando entonces en la escritura de venta original, ese traspaso de manera definitiva.

Además, desde el inicio se pacta que el precio de la retroventa será el valor que se fije en esa fecha futura, distorsionándose así la naturaleza del préstamo mercantil: el deudor deberá entregar –para rescatar su bien inmueble- un precio mucho mayor al recibido, aún mayor que el monto recibido y los intereses de estilo.

Y los resultados pueden ser devastadores: En casos recientes me ha tocado presenciar ventas con retroventa donde la primera oportunidad en que el dueño original podrá ejercer su derecho a recomprar el bien, se ha pactado al cabo de 5 años y un día (o más largos). Y nadie me ha podido explicar por qué a los Fondos no se les aplica el Artículo 1094 del Código Civil que prohíbe plazos mayores a 5 años, y sanciona esos plazos mayores como nulos, castigando además al pobre dueño original con la pérdida de su derecho a recobrar su inmueble.

Y aunque se pacten plazos sin violentar el Artículo 1094 citado, menores a 5 años, se dependerá de la buena fe de quien recibió el bien, puesto que prácticamente no existen las seguridades legales para obligar al “comprador/prestamista” a devolver ese bien que vale mucho más que el dinero que se recibió en disimulado préstamo pues, como dijimos, se documenta el deber de “retrovender” fuera de la escritura original, en un simple contrato privado aparte, y de esta manera la venta inicial queda consumada, sin condiciones, y se logra evitar que en el Registro Público aparezcan las obligaciones de vender de vuelta.

Este truco utilizando esta alternativa para prestar dinero, produce además más lesiones al incauto cliente: Sus costos se incrementan pues deberá pagarse a este contratito el Timbre Fiscal, calculado sobre el valor de la transacción, cuya omisión causa el pago de una multa equivalente a diez veces el valor de ese timbre. Y el abogado de quien “presta” el dinero tendrá la oportunidad de cobrar más honorarios, que por supuesto debe pagar el cliente.

Si la obligación de retroventa por lo menos apareciese en la misma escritura de venta,

la venta no queda consumada y además los terceros de buena fe quedarían enterados de estas limitaciones, reduciéndose de esta manera –por lo menos- las posibilidades de distraer -por medio de una venta a un tercero de buena- fe la obligación de retrovender al dueño original.

Y la debilidad legal es aún mayor: Me cuentan de una resolución de un señor Juez, en donde se le negó la posibilidad de recuperar el bien a su dueño original pues el Juez concluyó: “¿Qué me pide? Recuerde que usted realmente no ha recibido daño pues ya el Fondo le entregó su valor (cuando le entregó el monto del préstamo)”. Y... ¿los daños y perjuicios? Vaya usted a probarlos (y le pronostico largo y empedrado camino sin resultados adecuados.

Además, si la entidad que presta es un Fondo de Desarrollo Inmobiliario, el riesgo para el pobre dueño original es aún mayor, puesto que esos fondos dependen de las decisiones que tomen quienes suscriben sus participaciones. Por lo tanto, la relación de respeto que pueda existir entre el dueño original y el representante del Fondo Inmobiliario que le “prestó” ese dinero, queda soslayada ante el deber de dicho representante de respetar lo que le pidan los suscriptores de las participaciones de ese Fondo. Y ahí pueden jugar hasta intereses comerciales que compitan con los del dueño original necesitado de recuperar su edificio.

Pero, además: ¿Y el riesgo por los posibles embargos que caigan sobre esa “garantía” causados por responsabilidades de dicho Fondo? Es un patrimonio separado del patrimonio individual de sus suscriptores, pero es un patrimonio que debe responder por sus operaciones, o sea, sujeto a gravámenes

de terceros. Una solución consistiría en traspasar la propiedad en fideicomiso en vez de traspasarla al Fondo Inmobiliario directamente, pero... ..propónganle ustedes dicha alternativa a un Fondo Inmobiliario y les garantizo su total negativa. Los beneficios de impedir embargos de terceros se ven destruidos por la tentación de apropiarse de esa garantía a como haya lugar.

Conclusión: Estamos en presencia de dos casos del nefasto Pacto Comisorio, ejemplos en donde los daños se magnifican todavía más a los del Pacto estudiado en la Universidad.

Nuestro legislador debería actuar con premura prohibiendo estas “creativas

alternativas”, de manera que por lo menos quienes lucran prestando dinero lo hagan dentro de verdaderos contratos de préstamo bilateral y consensualmente negociados y con garantías que no cercenen el derecho de defensa del deudor. De esta manera, dicho deudor por lo menos podrá defenderse e intentar recuperar el bien entregado en garantía a pesar de su incumplimiento.

Mientras se logra dicho cambio legal, nuestras autoridades financieras a cargo de supervisar los Puestos de Bolsa y los Fondos de Desarrollo Inmobiliario deberían también actuar para prohibir dichos esquemas. Es su deber y tienen potestades reglamentarias para empezar a hacerlo.

COMENTARIOS AL ACUERDO DE ELECCIÓN DE FORO EN EL PROCESO CIVIL COSTARRICENSE

Por Luis E. Sibaja Guillén^{1*}

1. INTRODUCCIÓN

El tema objeto de discusión consiste en determinar si las cortes costarricenses son competentes para conocer de una acción judicial, a pesar de la existencia de una cláusula de sumisión de jurisdicción extranjera (también conocido como Acuerdo de Elección de Foro of *Choice of Forum Clause*) contenida en un acuerdo de partes.

Ante esta cuestión, *prima facie* se podría concluir que el Acuerdo de Elección de Foro debe ser respetado por los jueces que no se encuentran abarcado en el acuerdo, y ante quienes se argumente la defensa de falta de competencia territorial internacional; obligándose a replantearse si cuentan competencia territorial. Sin embargo, el asunto no es tan sencillo y merece mayor discusión.

Previo a adentrarnos al tema, debemos comprender en toda su extensión los elementos que podrían requerirse para dar validez a dicha cláusula. Para ello, necesitamos dar repaso al concepto de Competencia Judicial Internacional, un tema

a veces dejado de lado por los abogados y juzgadores.

Veamos al respecto lo que J.P. Niboyet comentó desde hace un siglo:

“... La teoría de la competencia judicial internacional está mucho menos estudiada que la teoría de la competencia legislativa. No acertamos a comprender el porqué de esta insuficiente atención por parte de los autores, sobre todo si se tiene en cuenta que la desacertada solución de los conflictos de competencia judicial, conduce a resultados tan lamentables como aquellos a que dan lugar las soluciones erróneas de los conflictos de leyes. Más aún, los errores y desaciertos al solucionar conflictos de competencia judicial, pudieran, incluso, hacer desaparecer todas las ventajas de un buen sistema de solución de conflictos de competencia legislativa. No será, pues, exagerado afirmar que la importancia de la competencia judicial internacional es mucho mayor a que la de la competencia legislativa. Aún en el caso de que un país renuncie a esta última, la competencia judicial le permitirá siempre asegurar el respeto de alguna de

1 * El autor es abogado litigante, miembro del bufete Lex Counsel. Licenciado en Derecho, con estudios de especialización en Comercio Exterior, de postgrado en Derecho Internacional Privado, y de maestría en Derecho de los Negocios Internacionales y Litigio Internacional.

sus normas o imponer, por lo menos, sus propias calificaciones o su peculiar noción del orden público...” (J.P. Niboyet; Principios de Derecho Internacional Privado; Página 734)

Se pone así de manifiesto el descuido que desde siempre se ha tenido con el tema, y como tal desatención puede llevar a conclusiones erradas sobre cuándo un juez puede excusarse por pensar que no tiene competencia judicial, ante un conflicto internacional. De esta manera, la idea y entendimiento que se tenga sobre la Competencia Judicial Internacional en el marco del derecho internacional privado, y su aplicabilidad en el derecho local, podrá influenciar las decisiones que se tomen respecto a dar validez o no al *Choice of Forum*.

2. CONFLICTO INTERNACIONAL DE JURISDICIONES EN EL DERECHO COSTARRICENSE.

Existen circunstancias en que varios Estados, en virtud de su legislación interna, resultan cada uno competentes para conocer de un mismo asunto. A lo anterior se le conoce como conflicto internacional de competencia judicial de naturaleza positiva (contrario a la negativa, que es cuando ningún Estado tendrá competencia).

Al respecto, el jurista mexicano Prof. Carlos Arellano García:

“... Los conflictos internacionales de competencia judicial consisten en determinar qué órgano jurisdiccional, entre dos o más

órganos jurisdiccionales de Estados diversos, tiene aptitud normativa para conocer de un conflicto de leyes internacionales que se ha suscitado. Estamos, por tanto, totalmente de acuerdo con J.P. Niboyet, cuando asevera que los conflictos pueden surgir acerca de la competencia legislativa o de la competencia judicial... que el problema de competencia judicial ‘consiste en determinar la autoridad competente para conocer de los litigios que surjan con ocasión de los conflictos de leyes’... en los conflictos de competencia judicial, deberá determinarse qué órgano jurisdiccional, entre dos o más órganos jurisdiccionales de Estados diversos es el que ha de conocer de un conflicto de leyes para resolverlo... En los conflictos internacionales de competencia judicial positivo, dos o más órganos jurisdiccionales de Estados diversos tienen asignadas facultades para conocer de una sola situación concreta. Por ejemplo, de acuerdo con la ley mexicana, para conocer de divorcios en los que se hace valer la causa de abandono de hogar, es juez competente el del domicilio del cónyuge abandonado, y éste se encuentra en México, mientras que otro país podría establecer la regla general de que es un juez competente el del domicilio del demandado y el demandado se encuentra radicado en ese otro país...” (Arellano García, Carlos; Derecho Internacional Privado, páginas 831-832)

Partiendo de lo dicho por el Prof. Arellano García, es importante anotar que estos conflictos de jurisdicciones, tal y como sucede en el caso de conflictos de leyes, se resuelven aplicando tratados internacionales, o en su defecto, el derecho interno de cada país. Respecto a este último punto, los profesores españoles Calvo Caravaca y Carrascosa González han indicado:

“... La competencia judicial internacional es la aptitud legal de los órganos jurisdiccionales y autoridades públicas de un Estado, considerados en su conjunto, para conocer de las controversias suscitadas por las situaciones privadas internacionales, ya pertenezcan a la jurisdicción contenciosa o a la voluntaria...” (Derecho Internacional Privado; Calvo Caravaca, Alfonso; Carrascosa González, Javier; pag. 63-64)

Así, se debe ineludiblemente concluir, que dependiendo de las leyes internas de cada país, existirán en la realidad varias opciones de jurisdicciones a las que una parte podrá recurrir. Esto indica, que las partes podrán elegir al juez de un determinado Estado que más les convenga.

Ya los anglosajones identificaron este fenómeno denominándole *Forum Shopping*, en el sentido de que el “foro” judicial de conveniencia puede ser escogido, tal y como es escogido un artículo en una tienda. El insigne profesor español de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Salamanca, el Dr. Inocencio García Velasco, definió tal término en castellano, diciendo:

“El Forum Shopping es una expresión que sirve para designar, peyorativamente, una práctica que se produce en la realidad y que podría traducirse como mercadeo de jurisdicciones. ... La existencia de criterios concurrentes de competencia judicial internacional, debido a la disparidad de los sistemas de atribución de la competencia, es una puerta abierta a esta viciada práctica internacional. La forma de corregirla no puede ser otra, evidentemente, que la de la armonización legislativa o la de la adopción convencional de criterios de competencia

precisos por los Estados, es decir, la vía de la cooperación internacional...” (García Velasco, Inocencio; Derecho Internacional Privado; páginas 258 – 259)

En este sentido, es cierto que las partes tienen libertad de elegir los tribunales donde dirimir sus conflictos, pero no debe dejarse de lado que ello será así siempre y cuando la legislación del país que se elija como competente otorgue competencia al órgano jurisdiccional de su territorio. Por ello no se puede afirmar que los jueces del otro Estado –en el supuesto que sea competente–deban inhibirse o abstenerse a ejercer su competencia, si resultaran ser llamados a ejercerla.

Si en virtud de las leyes de su país, los jueces son competentes, y no necesariamente en forma exclusiva, ellos podrán entonces ejercer dicha competencia aún en forma simultánea con el juez extranjero (ello en los casos en que la demanda ante juez extranjero no produzca litispendencia, como es el caso costarricense según el artículo 48 del Código Procesal Civil).

Así, inclusive si una parte ha optado por presentar la demanda ante un juez extranjero, por así estar facultado según la legislación de ese país, de darse la posibilidad de que el juez de otra jurisdicción (como la costarricense) sea también competente según su legislación (y repito, no necesariamente lo sea en forma exclusiva), perfectamente podrá conocer del proceso sin que la demanda presentada ante el juez extranjero lo inhiba de continuar su trámite.

La facultad del juez de continuar el proceso, sin importar el juez extranjero que conozca

de un mismo proceso, pone en evidencia la posibilidad de recurrir a foros judiciales de Estados diferentes, para someter a su conocimiento el mismo asunto.

Puesto lo anterior en el contexto patrio, nos remitimos al artículo 46 del Código Procesal Civil, que indica en cuáles casos los jueces serán competentes ante un caso con conexión o elementos internacionales. Así esta norma indica:

“...Es competente el juez costarricense en los siguientes casos:

- 1) Cuando el demandado, cualquiera que sea su nacionalidad, estuviere domiciliado en Costa Rica.
- 2) Cuando la obligación deba ser cumplida en Costa Rica.
- 3) Cuando la pretensión se origine en un hecho ocurrido o en un acto practicado en Costa Rica.

Para efectos de lo dicho en el inciso 1), se presume domiciliada en Costa Rica la persona jurídica extranjera que tuviere en el país agencia, filial o sucursal, pero sólo respecto de los actos o contratos celebrados por medio de la agencia, filial o sucursal.

Sin embargo, notará el lector que dicha norma no indica cuándo el juez costarricense NO SERÁ competente, por serlo un juez extranjero. La omisión es intencional, pues no podría una norma establecer eso, pues ello equivaldría a una intromisión a las competencias soberanas de otros Estados. De igual manera, ningún otro Estado podría indicar en su legislación cuándo algún

asunto será de competencia costarricense, o cuando un juez costarricense deba inhibirse de conocer un asunto, por ser otro juez (en el plano internacional) el competente.

Al respecto el Dr. Olman Arguedas Salazar, en las actas de discusión del proyecto del actual Código Procesal Civil, respecto a la litispendencia internacional, manifestó:

“... Los aspectos de la litispendencia son ... En el plano internacional cómo le vamos a decir nosotros a un juez extranjero que termine su proceso, o que en presencia de un proceso que está en el extranjero vamos a terminar con el proceso nuestro? Se viola la soberanía...” (Acta No. 69, Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, sobre el Proyecto del Código Procesal Civil, pag. 8).

De conformidad con lo anterior, podría pensarse que si una de las partes en un conflicto opta por tramitar el proceso ante juez extranjero (de ser éste competente), la otra podría presentar demanda contra aquella ante juez costarricense, si éste fuera competente según las reglas del artículo 46 del Código Procesal Civil. Ante esta situación, el juez costarricense no podría inhibirse de continuar el procedimiento –por el simple hecho de que la otra parte se haya sometido a la jurisdicción extranjera- ni podría tampoco suspender el procedimiento, pues en casos como éstos *“la demanda presentada ante juez extranjero no produce litis pendencia”*.

Al respecto, tómesese en cuenta la nota explicativa en el proyecto del Código Procesal Civil:

“... El derecho procesal es esencialmente territorial; es una rama del Derecho Público puesto que sus normas sirven para la

realización de la función jurisdiccional. Entonces, al haber dos jueces, cada uno en su respectivo país, que conocen de sendas demandas cuyos elementos son iguales, no puede impedirse que ambos conozcan por la razón de que no hay aún ningún pronunciamiento que ejecutar...” (Proyecto Código Procesal Civil, Colegio de Abogados de Costa Rica, página 55).

Habiéndose dicho esto, podemos concluir que de ser las cortes costarricenses competentes judicialmente, por su ley procesal interna, que es de naturaleza imperativa y de aplicación directa e inmediata (*lois de pólíce*), no existe motivo ni fundamento para que un juez se INHIBA de conocer de un asunto.

Los Estados regulan a nivel interno, o por la vía de tratados o convenios internacionales, distintas disposiciones en miras a solucionar cuestiones que surgen de relaciones civiles y comerciales de tráfico externo (internacionales), que presentan conflictos de competencia judicial internacional. Así, debe entenderse que los Estados se encuentran en plena libertad para disponer dentro de su legislación interna, o convencional internacional, de todo tipo de solución a los conflictos de competencia judicial internacional y los criterios de atribución de dicha competencia, al respecto:

*“... Las normas del Derecho Internacional Público, sin embargo no determinan con carácter general cuáles son los criterios de competencia judicial que los Estados han de establecer para el conocimiento por sus Tribunales de los litigios derivados del tráfico externo. **De suerte que, en principio, cada Estado posee libertad para emplear los criterios que juzgue más apropiados, y,***

***de este modo, delimitar cuáles son los litigios o grupos de litigios derivados del tráfico externo cuyo conocimiento se atribuye a sus Tribunales y cuáles quedan excluidos. Lo que implica, dicho en otros términos, la libertad de los Estados para configurar el volumen de la competencia judicial internacional de sus órganos jurisdiccionales...** Como ya se ha indicado, en cualquier ordenamiento estatal la regulación por el legislador de la competencia judicial internacional es ‘unilateral’ dado que las normas estatales en esta materia no establecen si el conocimiento de un litigio corresponde a los Tribunales del propio Estado o a los de un Estado extranjero, sino que sólo se limitan a determinar los supuestos en los que son competentes los Tribunales propios...”* (Derecho Internacional Privado, Volumen I, Pérez Vera, Elisa; Abarca Junco, Ana Paloma; González Campos, Julio D.; Guzmán Zapater, Mónica; Miralles Sangro, Pedro Pablo; Virgós Soriano, Miguel; pag 297 y 302-303) (Lo resaltado no es del original).

En síntesis, la competencia judicial internacional es la que establece cuando un Estado puede atribuirse la competencia para el conocimiento de un asunto con elementos externos. Eso lo hace el Estado por medio de su legislación interna y tratados internacionales. En ausencia de convenios internacionales aplicables, en el caso costarricense, regiría el artículo 46 del Código Procesal Civil.

De esta manera, si de conformidad con lo establecido en el artículo 46 del Código Procesal Civil, las cortes costarricenses son competentes para conocer de un asunto, no debe existir motivo alguno que permita que las cortes de este país se inhiban de conocer

de él; pues ellas tienen un mandato, firme y claro, concreto y específico, derivado de la Constitución Política que las obliga a poner en marcha el aparato judicial-estatal en provecho del bien común máximo: la paz y la justicia.

Así el célebre Jaime Guasp ha dicho: “...*el fundamento de la Jurisdicción se halla en la idea de que, por el peligro que supone para la paz y la justicia de la comunidad una abstención en este punto, se ha de concebir como función del Estado la de la satisfacción de pretensiones que las partes puedan formular...*”

Nada puede ser más cierto que lo citado, máxime cuando se liga dicho concepto con la naturaleza soberana de la administración de justicia, que por el mismo interés público de reafirmar y garantizar la paz y la justicia, los Estados otorgan a las cortes las facultades plenas de resolver conflictos (dentro de los parámetros y siguiendo las reglas que para ello se establezcan).

3. LOS ACUERDOS DE ELECCIÓN DE FORO.

A- Los Acuerdos de Elección de Foro. Panorama General en el Derecho Internacional Privado Moderno.

Para comprender los llamados Acuerdos de Elección de Foro, es necesario tener presente el tema de la Competencia Judicial Internacional, antes analizado, y sus conflictos; materia hartamente conocida y analizada en el Derecho Internacional

Privado, pero que frecuentemente la desconocen los litigantes y jueces.

Es sabido, y sumamente comentado en doctrina, que una de las alternativas –entre varias- por las que han optado ciertos Estados para resolver conflictos de jurisdicciones, es la admisión en su legislación interna de la **autonomía de la voluntad**, como criterio de atribución de la competencia judicial internacional. Al respecto la más respetable doctrina española, indica:

“... *Un examen comparativo de los diferentes ordenamientos estatales nos demuestra la existencia de un amplio catálogo de criterios de atribución o foros de competencia judicial internacional. **Es decir, de concretas circunstancias, de hecho o definidas jurídicamente, presentes en los litigios de tráfico externo, que los legisladores utilizan para atribuir competencia a los propios Tribunales...** Con finalidad **meramente descriptiva, cabe indicar que los criterios de atribución de competencia judicial generalmente utilizados pueden ser encuadrados en dos grupos: 1º. De carácter objetivo... Derivados de la voluntad de las partes o subjetivos.** Pues en el ejercicio de su autonomía privada y dentro de los límites establecidos por el ordenamiento estatal, los intervinientes en un negocio jurídico pueden acordar la sumisión de sus litigios, presentes o futuros, a los Tribunales de un Estado determinado (acuerdo de elección de foro)...” (Derecho Internacional Privado, Volumen I, Pérez Vera, Elisa; Abarca Junco, Ana Paloma; González Campos, Julio D.; Guzmán Zapater, Mónica; Miralles Sangro, Pedro Pablo; Virgós Soriano, Miguel; pag. 307-308) (Lo resaltado no es del original).*

Dicha autonomía de la voluntad se consagra en los conocidos “Acuerdos de Elección de Foro”, que son acuerdos de sumisión expresa, por medio de los cuales las partes en una negociación o transacción eligen someterse a la competencia jurisdiccional de un Estado particular.

A nivel doctrinario, muchos inconvenientes se le han achacado a estos acuerdos. Por ejemplo: (i) su aplicación frente a las facultades soberanas estatales; (ii) el problema de que el Estado cuya competencia jurisdiccional fue elegida por las partes no tenga competencia jurisdiccional legal sobre el conflicto, sea principalmente porque carece de elementos de conexión o porque la ley interna no lo contempla; o (iii) el problema de que además del Estado elegido para aplicar su competencia jurisdiccional existan otros Estados también competentes para conocer del conflicto.

A raíz de lo anterior, es que ciertos Estados desarrollados han incluido en sus legislaciones disposiciones relativas a los Acuerdos de Elección de Foro, principalmente para darles o no su validez y regular la aplicación de sus efectos positivos o negativos.

Se entienden efectos positivos del Acuerdo de Elección de Foro el que la competencia jurisdiccional de un Estado admita la elección hecha por las partes y ponga en marcha su propio aparato judicial para conocer de un asunto; en otras palabras, que los tribunales del Estado elegido se declaren competentes para dilucidar y resolver la controversia (efecto conocido como *prorogatio fori*).

Los efectos negativos, por el contrario, corresponden a los efectos que se despliegan al reconocer la validez del

Acuerdo de Elección de Foro a favor de un Estado extranjero, por haber sido la competencia jurisdiccional de dicho Estado la elegida por las partes; en otras palabras, que los tribunales de un Estado se declaren incompetentes para conocer del asunto en virtud de existir un acuerdo entre partes que remite a otra jurisdicción (efecto conocido como *derogatio fori*).

Sin disposiciones legales claras en el derecho interno o internacional de los Estados, los “Acuerdos de Elección de Foro”, lejos de contribuir a la solución de conflictos de competencia judicial internacional, los agravarían. De esta manera, los países buscan regular la solución de los conflictos de competencia judicial internacional y la aplicación de los Acuerdos de Elección de Foro en su legislación interna y/o con la implementación de tratados internacionales.

Es así como, por ejemplo, los países miembros de la Unión Europea son regidos para cuestiones de competencia judicial internacional por no sólo su ley interna, sino que además por el Tratado de la Unión Europea, Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, y el Convenio relativo a la Competencia Judicial y a la Ejecución de Resoluciones en Materia Civil y Mercantil (conocido como el Convenio de Bruselas de 1968).

Tomemos, para efectos de exposición de derecho comparado en este tema, a España como miembro de la Unión Europea.

“...1. Desde el 1 de febrero de 1991 forma parte del ordenamiento español el Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de decisiones en materia civil y mercantil, hecho en Bruselas el 27 de setiembre de 1968, adoptado con base en

el art. 220 del Tratado constitutivo de la CE, cuyo texto original ha sido modificado por los sucesivos Convenios relativos a la adhesión a dicho tratado por los nuevos Estados miembros de las Comunidades europeas...

1. El efecto jurídico que produce una norma de competencia judicial internacional en nuestro ordenamiento - ya sea de fuente interna, comunitaria o internacional- es la atribución a los órganos jurisdiccionales españoles de la facultad para juzgar los litigios con elemento extranjero comprendidos en el ámbito de aplicación de dicha norma. Y si los regímenes de más frecuente aplicación han de ser, sin duda, los establecidos en la LOPJ y en la normativa comunitaria (Convenio de Bruselas de 1968 o Reglamento 44/2001; el del Reglamento 1347/2000 ofrece ciertas diferencias) como introducción a su examen posterior, mas detenido, es conveniente partir del esquema general de atribución de competencia judicial que se desprende de uno y otro régimen. Lo que permitirá, como segundo paso para el conocimiento de esta materia, una apreciación inicial de las relaciones mutuas entre los distintos foros de competencia....” (Derecho Internacional Privado, Volumen I, Pérez Vera, Elisa; Abarca Junco, Ana Paloma; González Campos, Julio D.; Guzmán Zapater, Mónica; Miralles Sangro, Pedro Pablo; Virgós Soriano, Miguel; pag 320 y 332).

En este sentido, cabe mencionar a manera de ejemplo que España, como el resto de países miembros de la Unión Europea, han incorporado legislación ultra moderna en el campo de la competencia judicial internacional, y han aceptado en ella dar validez (con ciertos límites) a la autonomía de la voluntad como criterio para atribuir competencia a sus tribunales u órganos jurisdiccionales, a saber: “...2. En este esquema general, son cuatro

los supuestos de atribución de competencia judicial a nuestros órganos jurisdiccionales. En primer lugar, la competencia se atribuye en virtud de ciertos foros de carácter objetivo, dentro de los cuales un lugar preeminente corresponde al foro general del domicilio del demandado en España... En segundo término, la competencia judicial se atribuye mediante ciertos foros configurados en atención a la materia objeto del litigio. Lo que nos conduce, de un lado, al examen de los foros de competencias exclusivos, que tienen primacía y excluyen a los restantes. ... **En tercer lugar, la ordenación legal ha previsto la atribución de competencia a nuestros tribunales no sólo en virtud de foros objetivos, sino por obra de la autonomía de la voluntad de las partes. Estas, en efecto, salvo que se trate de materia objeto de un foro exclusivo, pueden convenir que un litigio entre ellas, presente o futuro, sea resuelto por los órganos jurisdiccionales españoles (sumisión expresa). Y si la demanda se interpone ante un Tribunal español, este será competente si el demandado, en lugar de impugnar la competencia, comparece en el proceso y alega sobre el fondo del litigio (sumisión tácita). A lo que se agrega que aunque un tribunal español sea competente por razón de la materia para conocer de un litigio según uno de los criterios objetivos antes expuestos, las partes pueden convenir que tal litigio sea resuelto por un tribunal extranjero (efecto negativo de la autonomía de la voluntad o derogatio fori).** Por último, se ha atribuido competencia a los órganos jurisdiccionales españoles para adoptar medidas cautelares en litigios con elemento extranjero, tanto si el proceso se inicia en España como en otro Estado, cuando tales medidas han de producir efectos en

país...” (Derecho Internacional Privado, Volumen I, Pérez Vera, Elisa; Abarca Junco, Ana Paloma; González Campos, Julio D.; Guzmán Zapater, Mónica; Miralles Sangro, Pedro Pablo; Virgós Soriano, Miguel; pag 333) (Lo resaltado no es del original). Ciertamente, la legislación española, interna y comunitaria, se circunscribe al territorio español y, en lo que concierne, al del resto de países miembros de la Unión Europea, a quienes rigen el mismo derecho comunitario, entre el que cabe mencionar el Convenio de Bruselas de 1968.

Es por lo anterior que los demás países desarrollados no miembros de la Unión Europea buscan actualmente regular entre sí –y con la Unión Europea también- normas relativas a conflictos de competencia judicial internacional y la aplicación de Acuerdos de Elección de Foro. **El no hacerlo, como se ha dicho supra, dejaría libremente en manos de cada Estado la regulación en su legislación interna, pudiendo optarse por dar valor o no a ciertos criterios de atribución de competencia, incluyéndose dentro de estos los Acuerdos de Elección de Foro, y con ello la aplicación o no de los efectos prorrogatio fori y/o derogatio fori de ellos.**

Como ejemplo claro de un convenio internacional entre Estados, que pretende regular la aplicación de los Acuerdos de Elección de Foro tenemos –de reciente data- la Convención de la Haya denominada *Convention sur les Accords D’Election da For*² (aprobada el 30 de Junio del 2005

en el seno de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado). Esta convención pretende –en palabras del jurista mexicano José Luis Siqueiros- “... *promover el comercio internacional y las inversiones a través de una cooperación judicial más efectiva. Consideran que esta última requiere de un régimen jurídico que asegure la efectividad de los acuerdos de elección de foro celebrados entre las partes y que a su vez regule el reconocimiento y la ejecución de las sentencias dictadas en los procedimientos resultantes de tales acuerdos...*” (La Convención de La Haya sobre Acuerdos de Elección de Foro. Versión Final; Siqueiros, José Luis; Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. VI, 2006, p. 817-830).

Pero inclusive esta moderna Convención –aún sin vigencia en general³- indica que los Acuerdos de Elección de Foro darán competencia jurisdiccional a un Estado contratante siempre y cuando haya sido designado en un acuerdo de exclusividad de foro, definido como el “...*acuerdo por el que dos o más partes, habiendo cumplido con los requisitos previstos en el inciso ..., designan –con el objetivo de resolver controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas en una relación jurídica concreta- a los tribunales de un Estado contratante o a uno o más tribunales específicos en uno de los Estados contratantes, excluyendo así la jurisdicción de cualesquiera otros tribunales...*” (Siqueiros, José Luis; ibídem). En otras palabras, la Convención misma sólo aplica para casos en que se exprese

2 Traducido al español, del francés, su idioma oficial, así: Convención sobre Acuerdos de Elección de Foro.

3 http://www.hcch.net/index_es.php?act=conventions.text&cid=98 Ver al respecto la Convención No. 37 del Listado general que se publica en www.hcch.net.

la “exclusividad” de una jurisdicción sobre el resto, y limita, entre otros, su aplicación para los **ESTADOS CONTRATANTES**.

Esta modernísima Convención –discutida por largos 13 años en el seno de la prestigiosa conferencia mundial de Derecho Internacional Privado- no ha contado aún con la firma ni ratificación de un alto número de países desarrollados, **Y MUCHO MENOS DE COSTA RICA**.⁴

EN POCAS PALABRAS, ESTA CONVENCION –NI NINGUNA OTRA SIMILAR- ES DE APLICACION EN COSTA RICA.

B- Los Acuerdos de Elección de Foro en la Legislación Costarricense.

No existe norma alguna en Costa Rica que regule los múltiples inconvenientes que a nivel doctrinario y en la práctica generan los Acuerdos de Elección de Foro, y que como hemos visto, no escapan del interés de países desarrollados. Carece así nuestro país de normas claras de como debería aplicar un juez dichos acuerdos. Se pone entonces en evidencia la falta de solución de problemas como:

- Su validez respecto a la Constitución Política.
- Su validez respecto a la Ley Orgánica del Poder Judicial.
- Su validez respecto al Código Procesal Civil.

- Su validez respecto a las normas de Derecho Internacional Privado Costarricense y las normas de conflicto de competencia judicial internacional.
- La aplicación de sus efectos positivos (*prorrogatio fori*).
- La aplicación de sus efectos negativos (*derogatio fori*).

La única argumentación que se podría formular a favor de la validez y eficacia de los Acuerdos de Elección de Foro sería el principio de autonomía de la voluntad y el de *pacta sunt servanda*. Sin embargo, conocido es que los actos realizados al amparo de la ley, que persigan resultados prohibidos o contrarios a ella, son considerados en fraude de la ley (art. 20 Código Civil); por lo que la ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial de éste (art. 22 Código Civil). Por lo anterior, como veremos más adelante, nos hemos cuestionado hasta que punto la autonomía de la voluntad o el principio de obligatoriedad de los contratos podría prevalecer ante los tribunales costarricenses, en materia de competencia jurisdiccional.

4. EL DERECHO INTERNACIONAL COSTARRICENSE: APLICABILIDAD DEL CÓDIGO BUSTAMANTE.

Tal vez conocida como la más importante obra jurídica de Derecho Internacional Privado, a nivel latinoamericano, de mayor difusión en cuanto a su existencia y relevancia,

encontramos la *Convención Interamericana de Derecho Internacional Privado*, conocida como el Código Bustamante (en homenaje a su promotor y redactor el jurista cubano don Antonio Sánchez de Bustamante y Sirvén). Dicha obra es producto de la Sexta Conferencia Internacional Americana sobre Derecho Internacional Privada, celebrada en La Habana, Cuba, en el año 1928. En esta Conferencia se pretendió, tal y como lo pretendieron las conferencias que le antecedieron y las que le siguieron, regular entre los países interamericanos participantes, cuestiones de derecho internacional privado, en especial, normas de conflicto de leyes y de jurisdicciones.

Esta obra -casi centenaria- es insigne tratado recopilador de la más pura doctrina del derecho internacional privado, de la época y más allá. En su articulado se encuentran plasmadas normas claras y precisas sobre múltiples temas conflictuales, tales como el conflicto de jurisdicciones. Así, se le dedica el Libro Cuarto al Derecho Procesal Internacional, entendido éste como la materia que abarca los conflictos de competencia judicial internacional.

En este sentido, el artículo 318 indica: “*Será en primer término juez competente para conocer de los pleitos a que dé origen el ejercicio de las acciones civiles y mercantiles a toda clase, aquél a quien los litigantes se sometan expresa o tácitamente, siempre que uno de ellos por lo menos sea nacional del Estado contratante a que el juez pertenezca o tenga en él su domicilio y salvo el derecho local contrario. La sumisión no será posible para las acciones reales o mistas sobre bienes inmuebles, si la prohíbe la ley de su situación.*” Más adelante, continúa aclarando el artículo 321 íbidem: “*Se entenderá por*

sumisión expresa la hecha por los interesados renunciando clara y terminantemente a su fuero propio y designando con toda precisión el juez a quien se sometan”.

No hay duda que a la luz del Código Bustamante, el *Choice of Forum* visto como voluntad expresa de sumisión de las partes, a cualquier juez, es válida, y los Estados partes al Código Bustamante lo deberán respetar. Pero surge la duda, ¿lo deberán respetar los Estados de los jueces contra los que se opone un acuerdo de sumisión eligiendo como juez competente a uno de un Estado no parte de la Convención (del Código Bustamante)?

Es común ver como nuestros tribunales de justicia aplican indiscriminadamente el Código Bustamante a un conflicto de leyes y de jurisdicciones, emanados de una relación jurídica entre partes sin conexión con países signatarios. En buena teoría, tal aplicación contraviene el texto mismo del Código Bustamante, pues esta Convención pretendió la implementación de normas de colisión, que resolvieran conflictos de leyes y jurisdicciones, UNICAMENTE entre los PAISES FIRMANTES Y RATIFICANTES de ella.

Así, el artículo 2 del Código Bustamante claramente indica: “*...LAS DISPOSICIONES DE ESTE CÓDIGO NO SERÁN APLICABLES SINO ENTRE LAS REPÚBLICAS CONTRATANTES*”.

Al respecto el Prof. Jürgen Samtleben, en su obra *Derecho Internacional Privado en América Latina (Teoría y Práctica del Código Bustamante)*, en forma magistral aborda el tema, y dice:

⁴ Costa Rica es miembro de la Conferencia de La Haya desde el 27 de enero del 2011, y ha ratificado/adherido escasos tres convenios.

“...Según el art. 2 de la Convención aprobatoria, las disposiciones del Código Bustamante serán aplicables sólo entre los Estados partes. Por consiguiente, el Código no constituye derecho común que sustituya los distintos sistemas de derecho internacional privado de los diferentes Estados partes. Antes bien, debe regir sólo las relaciones de los Estados contratantes, siendo aplicable a hechos que afecten dos o más de ellos. Así, pues, la disposición del art. 2 limita el campo de aplicación convencional, pero no dice nada acerca de los criterios decisivos al efecto. A) La idea de reciprocidad, que viene expresada en el art. 2 de la Convención aprobatoria, corresponde a las concepciones características del derecho internacional público: únicamente los Estados contratantes deberán gozar de las ventajas del Tratado. En este contexto, el mismo Bustamante declaró que los tratados internacionales no se celebraban con el objeto de que rigieran frente a Estados no contratantes... Para determinar más precisamente cuál es el ámbito de aplicación del Código Bustamante en el espacio, ... se debe hacer el intento de determinar los criterios pertinentes de aplicabilidad según los principios generales. Ciertas sugerencias se puede hallar en algunas normas del Código que fijan diferentes criterios de aplicabilidad, según las materias. (a) La nacionalidad de las partes interesadas se considera tradicionalmente como el criterio decisivo para la aplicación de tratados internacionales, a pesar de que esto no es cierto para todos. La idea corriente de que los tratados públicos son sólo aplicables a los nacionales de los respectivos Estados contratantes, se halla difundida también en América Latina.... En general, los autores se limitan a señalar que el Código Bustamante sería aplicable frente a nacionales de los Estados partes o

a relaciones jurídicas entre estos nacionales. ... **si son dos las personas implicadas en la respectiva relación jurídica, ambas deberán pertenecer a uno de los Estados partes....**” (Página 155 – 156, 159 - 161)(Lo resaltado no es del original).

De esta manera, es lapidaria la conclusión: El Código Bustamante deberá regir relaciones jurídicas que se susciten entre nacionales de Estados contratantes o signatarios de la Convención. En este sentido, esta Convención no deberá ser aplicable a relaciones entre nacionales costarricenses (incluyéndose las sociedades mercantiles organizadas e inscritas en Costa Rica) y nacionales de Estados no contratantes o signatarios de la convención (incluyéndose sociedades mercantiles organizadas e inscritas en dichos Estados). **El Código Bustamante será aplicable SOLO entre nacionales de Estados contratantes y signatarios.**

El Prof. Samtleben va más allá al advertir que los criterios de aplicabilidad, en base a reciprocidad y nacionalidad, del Código Bustamante, aplicarán indistintamente para los casos de conflictos de leyes y conflictos de jurisdicciones:

“... Los principios expuestos valen también para las reglas del Tratado relativas a la competencia internacional, las cuales no contienen criterios especiales de aplicabilidad... **Conforme a esto, para aplicar las normas del Tratado sobre derecho internacional privado y sobre competencia internacional, lo decisivo es la nacionalidad: todas las personas implicadas en la respectiva relación jurídica deben pertenecer a Estados partes....**” (Samtleben, Jürgen; Derecho

Internacional Privado en América Latina (Teoría y Práctica del Código Bustamante); páginas 161, 176).

Por esta razón, las normas de colisión contenidas en el texto del Código Bustamante servirán únicamente para resolver conflictos de leyes y/o jurisdicciones que se presenten entre nacionales de partes contratantes o signatarias de la convención. Ya lo anterior ha sido objeto de análisis por parte de ciertos jueces (Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Segunda, resolución No. 243 de las 9 horas 25 minutos del 5 de julio del 1996), donde se dijo:

“...el Código Bustamante no es aplicable a este caso, pues se trata de una Convención Interamericana que vincula únicamente a los países que lo han ratificado. De aceptarse la tesis de que la demandada es una empresa holandesa, dicha Convención no le sería aplicable. Lo anterior de conformidad con el artículo 34 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, recientemente aprobada por nuestra Asamblea Legislativa y que, en todo caso, su aplicación es considerada como doctrina del Derecho Internacional...”

No obstante lo anterior, y aún cuando se opte por considerar que la aplicación del Código Bustamante es universal (o de aplicación *erga omnes*), debo dirigir la atención a las reservas que hizo la delegación costarricense al momento de suscribirse esta convención (y así fue aprobada y ratificada en nuestro país):

El texto de la reserva hecha, en lo conducente dice: “... Las Delegaciones de ... Costa Rica suscriben el Código de Derecho Internacional Privado de una manera global con la reserva expresa de todo cuanto pueda estar en contradicción con la legislación ... costarricense...”

El Congreso Constitucional de la República de Costa Rica, al decretar la aprobación del Código Bustamante, indicó: “*Ratifíquese la Convención suscrita en la Habana el veinte de febrero último, que acepta y pone en vigor el Código de Derecho Internacional Privado, llamado “Código Bustamante”, con las reservas que en el Acta respectiva consignó la Delegación de Costa Rica, entendiéndose que en cuanto a nuestra legislación esa reserva comprende no sólo la vigente sino la que pueda dictarse en el futuro.*” (13 de diciembre de 1928).

En este sentido, nada de lo establecido por el Código Bustamante puede contrariar lo dicho en nuestra legislación (en forma expresa o tácita). Por ello, ante la cuestión de si la voluntad expresa de sumisión de las partes, a cualquier juez, es válida en Costa Rica en virtud de lo establecido en el Código Bustamante; la respuesta debe ser negativa. Para que lo establecido en el Código Bustamante tenga efectos entre las partes, deberá tratarse de partes cuya nacionalidad sea la de Estados parte de la propia Convención. Solo así, podrá un Acuerdo de Elección de Foro ser avalado a la luz de la normativa contenida en dicha Convención.

5. EL DERECHO COSTARRICENSE: APLICACIÓN IMPERATIVA DE LAS NORMAS DE COMPETENCIA JUDICIAL.

Las normas procesales son orden público. Una máxima que suele pasar desapercibida, si no fuera por realizarse análisis como el que nos ocupa. El aspecto de que las normas procesales sean de orden público, desde el punto de vista procesal, toma relevancia respecto al *Choice of Forum* al contrastarse con lo establecido en el Código Civil: “... *La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos, sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público no perjudiquen a terceros...*” (ARTÍCULO 18); “... *Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención...*” (ARTÍCULO 19).

Es decir, no se admite pacto en contrario a lo que el procedimiento civil establezca. ¿Podría ello implicar, que el acuerdo de partes en sumisión a corte extranjera (o inclusive interna), carezca de valor si entra en oposición a lo establecido en las normas procesales? La respuesta debe ser afirmativa, contundente y definitivamente.

La Constitución Política, en su artículo 41, establece el derecho de todo ciudadano a que “...**ocurriendo a las leyes...**” encuentre reparo a daños que haya recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe HACERSE JUSTICIA, dice dicho artículo, sin denegación y **EN ESTRICTA CONFORMIDAD CON LAS LEYES.**

Claramente, este artículo marca la pauta y da contenido a las funciones judiciales del Estado costarricense.

Más adelante, establece el artículo 153 de la Constitución Política:

*“...Corresponde al Poder Judicial, además de las funciones que esta Constitución le señala, conocer de las causas civiles, penales, comerciales, de trabajo y contencioso-administrativas, así como de las otras **QUE ESTABLEZCA LA LEY, CUALQUIERA QUE SEA SU NATURALEZA Y LA CALIDAD DE LAS PERSONAS QUE INTERVENGAN; RESOLVER DEFINITIVAMENTE SOBRE ELLAS Y EJECUTAR LAS RESOLUCIONES QUE PRONUNCIE,** con la ayuda de la fuerza pública si fuere necesario...”* (Lo resaltado no es del original).

Lo anterior, es igualmente reiterado en el artículo 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Claramente, a nivel constitucional y legal, se impone un límite a la competencia judicial costarricense: conocer de asuntos según se establezca en la ley. Y lo anterior, se reitera en el artículo 154 de la Constitución dicha, al indicarse:

“...El Poder Judicial sólo está sometido a la Constitución y a la ley, y las resoluciones que dicte en los asuntos de su competencia no le imponen otras responsabilidades que las expresamente señaladas por los preceptos legislativos...”

Por su parte, lo anterior es retomado por la Ley Orgánica del Poder Judicial, en su artículo 2, al ratificar que el Poder Judicial sólo está sometido a la Constitución Política

y a la ley. Además, el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial indica que **“... Los tribunales no podrán excusarse de ejercer su autoridad o de fallar en los asuntos de su competencia por falta de norma que aplicar y deberán hacerlo de conformidad con las normas escritas y no escritas del ordenamiento, según la escala jerárquica de sus fuentes...”**.

Con lo anterior, queda clarísimo que los tribunales de justicia costarricenses se encuentran sujetos a la Constitución y la Ley, y no podrán abstenerse a conocer de asuntos si así se los imponen dichas normas. A este respecto, debemos entonces remitirnos a las normas procesales costarricenses, incluidas en ley, referentes a la competencia judicial internacional, es decir, a aquellas normas imperativas que le indican a los tribunales y jueces de Costa Rica cuando éstos tendrán competencia jurisdiccional para conocer de asuntos de tráfico externo o con conexiones internacionales. Dichas normas se encuentran incorporadas en el artículo 46 del Código Procesal Civil, ya citado.

Recientemente se me presentó la oportunidad de conducir la discusión del tema en un asunto judicial, que finalmente fue resuelto por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia (que conoció del tema en consulta, por tratarse de un conflicto de competencia). En el voto emitido, la Sala Primera resuelve a favor de la competencia judicial costarricense, a pesar de oponerse una de las partes alegando la existencia de una Acuerdo de Elección de Foro. En este asunto, la Sala Primera determinó:

“...III.- Ahora bien, la razonabilidad del derecho es un principio fundamental reconocido en innumerables sentencias de

la Sala Constitucional, las cuales dejan por sentado que no se pueden tutelar situaciones jurídicas o normas en las cuales, sin razón práctica o de justicia alguna, se cercenen derechos fundamentales. Un derecho básico que tienen las personas en Costa Rica es el de acudir a la tutela jurisdiccional efectiva para amparar sus derechos, la cual corresponde impartir en principio al Poder Judicial (artículos 41 y 153 de la Constitución Política). La función jurisdiccional es una de las manifestaciones más relevantes del principio de soberanía, por lo que admitir una renuncia a la jurisdicción nacional sin que existan motivos razonables, conllevaría a una evidente denegación de justicia. Ahora bien, el problema del foro competente en materia de Derecho Internacional Privado tiene relevancia cuando alguno de los elementos determinantes para la atribución de la competencia tiene connotación extranacional y además, la determinación de una eventual competencia podría recaer precisamente en los tribunales de un país al cual se vincula de manera relevante al menos en uno de los criterios competenciales objetivos (vg: lugar donde se produjo el hecho, se realizó el acto o deben cumplirse las obligaciones o los contratos) o subjetivos (vg: nacionalidad de los sujetos intervinientes, su domicilio o su residencia), siempre y cuando ello no contravenga las normas internas respectivas relativas a pretensiones que sean definidas como competencia exclusiva nacional. Se debe tratar, como señala la doctrina, de casos o conflictos “multinacionales”, en donde el Tribunal competente ha de contar con una conexión razonable con el objeto del litigio. En el presente asunto los contratos que generan esta lite se suscribieron en Costa Rica, las partes intervinientes, dos de ellas son costarricenses con domicilio es la ciudad de San José, Costa Rica;

entretanto la tercera, ..., corresponde a una entidad de crédito, constituida, organizada y existente de conformidad con las leyes del Estado de Bahamas, con domicilio en New Providence, Nassau, Bahamas; aspecto que trasciende parcialmente el carácter nacional de la relación sustantiva, entre estas partes. Conforme a la regulación procesal interna que determina la competencia territorial, la cual es de orden público según lo estatuido por el artículo 5 y el numeral 46 del Código Procesal Civil ... estima esta Sala que la tesis de presentación de este proceso en el Primer Circuito Judicial de San José ... es correcta y ajustada a la normativa procesal nacional citada, donde resulta competente para conocer de este asunto el Juzgado del lugar de domicilio de cuatro demandados...” (Sala Primera, Resolución No. 720-C-S1-2013, de las 11 horas 05 minutos del 13 de junio del 2013).

Lo resuelto por la Sala Primera toma relevancia aún a pesar de que no se dispone en forma enfática que el *Choice of Forum* no sea admisible en el proceso costarricense. Inclusive, se podría leer entre líneas que la Sala Primera dispuso la necesidad de hacer un análisis de razonabilidad para determinar que el foro competente sea aquél que tenga conexiones con los elementos necesarios para la atribución de la competencia (lo que se logra con criterios competenciales objetivos o subjetivos), y siempre y cuando no se contravenga las normas internas respectivas que dan competencia exclusiva a la Corte nacional (como si fueran únicamente ellas las que dicten la necesidad de invalidar el *Choice of Forum*). Si así fuera, la Sala Primera estaría obviando un tema

trascendental, y es la falta de normativa que en la actualidad (y por lo que se ve a futuro) lo permita. Por ello, considero que aún cuando no lo dice expresamente la Sala Primera en el voto comentado, ella no se apartó del principio básico: las normas procesales son de orden público y no admiten acuerdo en contrario.

6- LOS ACUERDOS DE ELECCIÓN DE FORO EN EL PROYECTO CÓDIGO PROCESAL GENERAL⁵.

A la luz de lo expuesto en líneas arriba, conviene comentar lo que se vislumbra en el futuro. El Proyecto de Ley del Código Procesal General, que en la actualidad se discute en nuestra Asamblea Legislativa, no soluciona el tema. Inclusive, se podría hasta pensar, que afirma lo que se ha explorado en este ensayo: que el *Choice of Forum* no está (ni estará) regulado en la legislación costarricense, o inclusive, que él mismo será inválido.

El artículo 11 del proyecto de ley de dicho Código refiere a la ya mencionada Competencia Internacional. El artículo 11.1 inciso 4, indica:

“... Son competentes los tribunales costarricenses cuando así lo determinen los Tratados Internacionales vigentes. Además, lo serán si: ... 4. -Las partes así lo han establecido contractualmente, siempre que alguno de ellos sea costarricense y al mismo tiempo exista algún criterio de conexión con el territorio nacional...”

Choice of Forum se busque ese tipo de conexión, que por su sola existencia ya haría al juez costarricense competente.

Pero el artículo que confirma lo ensayado aquí, es el artículo 11.3, que se titula: “*Incompetencia Internacional*”. Sin duda una innovación en nuestro proceso civil. Dice dicho artículo:

“Los tribunales costarricenses deberán declararse incompetentes de oficio cuando:

1. Se haya formulado demanda o solicitado ejecución respecto de sujetos o bienes que gocen de inmunidad conforme a las normas de Derecho Internacional.
2. En virtud de Tratados o Convenios Internacionales, el asunto se encuentre atribuido con carácter exclusivo a la jurisdicción de otro Estado.
3. El asunto no le sea atribuido de acuerdo con las disposiciones establecidas en este artículo. No obstante, a pesar de la inexistencia de factor de conexión, si el tribunal no declinó de oficio su competencia, el demandado podrá prorrogarla tácita o expresamente.”

Es claro que lo establecido en dicho artículo refiere a la *derogatio fori*, sea el efecto negativo de la sumisión a cortes extranjeras, que inhibirían a los jueces no elegidos a declararse incompetentes. Si la voluntad de los redactores de este proyecto hubiera sido dar validez al *Choice of Forum*, el artículo comentado hubiera sido el bastión

Llama la atención que lo que pudo ser la solución del problema aquí analizado, más bien lo acentúa, y posiblemente en forma intencional. Es claro que el tema merece reflexión y análisis. Este parece ser el mensaje que nos envían con este texto. Y no es para menos, ya que como se comentó, la misma la Convención de la Haya⁶ busca una regulación exhaustiva que no convierta el *Choice of Forum* en un mecanismo de escape o de denegación de justicia.

Merece comentarse el mencionado inciso 4 del artículo 11.1, en cuanto a su poca claridad, desde un punto de vista técnico. Si bien se admite el acuerdo de partes expreso dirigido a la sumisión a cortes costarricenses, admitiendo como criterio de conexión la voluntad de las partes; éste se ve limitado y condicionado a dos factores, uno subjetivo y el otro incierto. El subjetivo, que alguna de las partes sea nacional costarricense; estableciéndose con ello el punto de conexión de la nacionalidad como vínculo necesario para que el acuerdo de *Choice of Forum* sea admisible. Y el otro, un tanto (si no mucho) vago, pues requiere al mismo tiempo, y no alternativamente, la coexistencia de otro elemento de conexión con el juez costarricense. ¿Pero cual será ese punto de conexión? El domicilio del demandado, la ejecución de la obligación y la ubicación del hecho generador no podrían ser esos conectores, pues ya los incisos que le anteceden (el 1, 2 y 3 del mencionado artículo 11.1) refieren a ellos como criterios de atribución de la competencia judicial internacional costarricense, haciendo impráctico que además del acuerdo de

⁵ Según expediente No. 15.979 de la Asamblea Legislativa.

⁶ *Convention sur les Accords D'Election da For* (aprobada el 30 de Junio del 2005 en el seno de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado)

para su consagración. Pero, al no indicarse en dicho artículo que será incompetente el juez costarricense ante la sumisión de partes a juez extranjero vía Acuerdo de Elección de Foro, da a entender que –a contrario sensu- podría ser competente el juez costarricense aún con la existencia de dicho convenio, si se cumpliera con factores

de conexión estipulados como criterios de atribución de competencia judicial (en este sentido, lo dispuesto en los incisos 1, 2 y 3 del artículo 11), o aún sin la existencia de dicha conexión “...si el tribunal no declinó de oficio su competencia, el demandado podrá prorrogarla tácita o expresamente...”.

7- CONCLUSIONES

Ante un conflicto positivo de jurisdicciones (a nivel internacional), los jueces costarricenses no podrán inhibirse ni antes de que se presente una misma demanda en otra jurisdicción, ni durante el trámite de ésta en esa otra jurisdicción. Con muchísima más razón, tampoco podrán inhibirse por existir un Acuerdo de Elección de Foro ante juez extranjero, pues, como dice el adagio jurídico: *el que puede lo más, puede lo menos*.

En este sentido, al ser las cortes costarricenses competentes por ley, no podría nunca un Acuerdo de Elección de Foro alterar lo dispuesto por la norma anterior, en razón de que la Ley, por delegación constitucional, circunscribe la jurisdicción de los tribunales costarricenses en este asunto. Y dicha delegación constitucional, hace casualmente que un Juez no pueda aplicar actos de cualquier naturaleza en su contra (artículo 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), como sería en este caso la aplicación de un Acuerdo de Elección de Foro.

Al ser además las normas procesales de orden público y *lois de police*, en consecuencia de obligado acatamiento, tanto por el juez como por las partes (artículo 5 del Código Procesal Civil), no podría entonces pensarse, que la autonomía de la voluntad prevalecería sobre la ley procesal (que establece en forma imperativa los criterios de atribución de competencia judicial de las cortes costarricense).

Así, un acuerdo privado, como el de la naturaleza del Acuerdo de Elección de Foro, contrariaría el orden público y normas imperativas, y por ello devendría en NULO de pleno derecho. Claramente así se ordena en el artículo 19 del Código Civil, que dice:

“...Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho...”. Y el artículo 20 íbidem, por su parte, dice: **“...Los actos realizados al amparo del texto de una norma, que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de la ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir...”**.

Por lo dicho, ninguna de las normas anteriores podrían ceder ante el Acuerdo de Elección de Foro que busque inhibir la jurisdicción costarricense. Si un juez hiciera prevalecer el texto de algún Acuerdo de Elección de Foro a contrapelo de las normas que disponen de la jurisdicción costarricense, ello colocaría al juez en violación del artículo 11 de la Constitución Política que dice:

“...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....”

Este ensayo pretende poner en perspectiva y contexto los llamados Acuerdos de Elección de Foro (exclusivos o no), y para que se confirme el conocimiento de los esfuerzos a nivel internacional –vía unificación del derecho comunitario europeo e internacional- que se han desplegado en años recientes para introducir regulaciones en la legislaciones de los países, que les den validez a dichos Acuerdos, o se la resten.

Costa Rica no debería dejar pasar la oportunidad de regularlos.

Crisis del agotamiento preceptivo de la vía municipal

Lic. Alex Rojas Ortega

Sumario:

- I.- Introducción
- II.- Caracteres esenciales de la jerarquía impropia municipal
- III.- Vicisitudes actuales de la jerarquía impropia municipal
- IV.- Propuesta de lege ferenda: Creación del proceso especial de impugnación municipal
 - a.- Resolución definitiva
 - b.- Configuración constitucional del proceso especial de impugnación municipal
- V.- Conclusiones.

Crisis del agotamiento preceptivo de la vía municipal

Lic. Alex Rojas Ortega ¹

I. Introducción

En derecho administrativo, el agotamiento de la vía está referido al ejercicio en tiempo y forma de la facultad recursiva ordinaria establecida en el ordenamiento jurídico, con el objeto de cuestionar la legitimidad u oportunidad del acto administrativo final y provocar con ello la adopción, por parte de la Administración pública, del acto definitivo del procedimiento administrativo o bien, del acto presunto por silencio negativo, en el supuesto de que no sea atendida expresamente la gestión planteada por el recurrente.

Históricamente, el agotamiento de la vía administrativa tuvo como fundamento el privilegio de la decisión previa, originario del ordenamiento francés, según el cual, el “*privilège du préalable*”, obligaba al justiciable a que tuviese que plantear su reclamación ante la propia Administración pública que había adoptado el acto administrativo, en aras de cuestionar la validez o la conveniencia del mismo, como requisito previo e indispensable para poder acudir en forma posterior a la vía jurisdiccional.

Dicho privilegio procesal en favor de la Administración pública, escudado en la potestad de autotutela declarativa y ejecutiva

de los entes y órganos públicos, se justificó en el marco de una jurisdicción objetiva, revisora y anulatoria, centrada en la confirmación o anulación de los actos administrativos, tal cual proceso casatorio, sin tomar en cuenta las otras formas de manifestación de la función administrativa distintas a la actividad formal, entendida ésta como aquella que se exterioriza por un medio escrito y a través de los cauces de un procedimiento administrativo previo.

Indudablemente, bajo los postulados de una jurisdicción contencioso administrativa plenaria y universal, como lo es la consagrada en el artículo 49 de la Constitución Política, norma que a su vez es confirmada por los numerales 1 y 2 del Código Procesal Contencioso Administrativo, se provocó la ruptura de la desgastada estructura procesal anulatoria y objetiva del proceso contencioso administrativo y se posibilitó un cambio de orden material y formal en el proceso, a través del cual sería posible desechar los privilegios formales injustificados que se hallan establecidos en favor de las Administraciones públicas y en su lugar, se daría paso a la plena justiciabilidad de la conducta administrativa.

Ahora bien, en nuestro medio jurídico, se ha entendido que el Tribunal Contencioso

¹ Licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica. Juez suplente del Tribunal Contencioso Administrativo. Asesor legal de la Promotora del Comercio Exterior de Costa Rica.

Administrativo, de acuerdo con lo estipulado en los artículos 173 de la Constitución Política, 153 al 163 del Código Municipal y 189 al 192 del Código Procesal Contencioso Administrativo, es el órgano encargado de conocer, en última instancia y en el proceso de agotamiento de la vía administrativa, de los recursos de apelación que se interponen en contra de los acuerdos tomados por el Concejo Municipal o por los Alcaldes de cada una de las ochenta y un municipalidades actualmente existentes en el país.

Esta competencia atribuida al Tribunal Contencioso Administrativo, presenta dos características básicas que es preciso mencionar de antemano para un cabal acercamiento al objeto de nuestro estudio:

- a) Por un lado, la función que desempeña el Tribunal Contencioso Administrativo corresponde a una actividad de control jerárquico impropio, debido a que el órgano que conoce del recurso de alzada no es el superior jerárquico natural del órgano que toma el acuerdo, sino la instancia expresamente prevista por la ley; por dicha razón, claramente su función es la de un contralor no jerárquico, en los términos del artículo 181 de la Ley General de la Administración Pública.
- b) Y por otro lado, a este tipo de jerarquía impropia desempeñada por el Tribunal de lo contencioso administrativo, se le denomina “bifásica” porque el órgano que conoce de la apelación interpuesta en

contra de dichos acuerdos lo es un órgano jurisdiccional y no un órgano inmerso dentro de la estructura organizativa y jerárquica propia de la Administración pública.

Ahora bien, sobre el particular, debe recordarse que la Sala Constitucional, mediante el voto No. 6866-2005 de las 14:37 horas del 01 de junio del 2005, declaró inconstitucionales todas las jerarquías impropias de tipo bifásico, salvo la atinente a la materia municipal, por considerar que dichas jerarquías vulneran los principios de separación de funciones, de independencia presupuestaria del Poder Judicial, de reserva jurisdiccional en manos exclusivas de tal Poder de la República y el derecho a una justicia pronta y cumplida. No obstante, para el supuesto de la materia municipal, la Sala Constitucional estimó que tal jerarquía impropia no lesiona el Derecho de la Constitución, pues en su criterio, posee asidero suficiente en el numeral 173 de la Carta Política.

Lo anterior fue confirmado posteriormente por la misma Sala Constitucional, cuando mediante el voto No. 3669 de las 15:00 horas del 15 de marzo del 2006, señaló que en materia municipal existe cobertura de rango constitucional para entender como preceptivo el agotamiento de la vía administrativa ante el contralor no jerárquico de carácter bifásico, al entender que tal supuesto fue así intencionalmente previsto por el constituyente originario del año 1949.²

² Es preciso mencionar que la Sala Constitucional, con anterioridad al voto No. 3669 de las 15:00 horas del 15 de marzo del 2006, había sostenido la posición contraria, esto es, que el agotamiento de la vía administrativa en materia municipal era facultativo. En tal sentido, mediante el voto No. 629-2004 de las 08:48 horas del 30 de enero del 2004, la Sala Constitucional expresó: “(...) debe advertirse que en materia municipal, en tanto el artículo 173 Constitucional establece que los interesados “podrán” recurrir los acuerdos municipales, es posible interpretar que el agotamiento de la vía administrativa es facultativo, de manera tal que el munícipe válidamente podría acudir directamente ante la jurisdicción contencioso-administrativo, sin hacer uso del procedimiento de impugnativo.”

De la misma forma, más recientemente, por medio del voto No. 17737-2012 de las 16:21 horas del 12 de diciembre del 2012, la Sala Constitucional reiteró la procedencia del agotamiento preceptivo de la vía administrativa municipal y señaló que, aunque la propia Carta Política definió dicho agotamiento como obligatorio, no existe regulación en dicha norma suprema respecto de la forma en que ese agotamiento debe ser acreditado dentro del proceso judicial.

II. Caracteres esenciales de la jerarquía impropia municipal

El diseño que actualmente posee la jerarquía impropia en material municipal se asienta sobre diversos caracteres que, para nuestros efectos, son de suma relevancia para su cabal entendimiento; a continuación hacemos elenco de ellos:

- a) **Litigio ante el Gobierno local:** A pesar de que pueda resultar obvio, el presupuesto básico para que se presente la jerarquía impropia municipal, se trata de la existencia de un conflicto de intereses que haya alcanzado la cumbre recursiva ante los órganos que componen la organización esencial del Gobierno local, es decir, el Concejo Municipal, en su condición de cuerpo deliberativo y el Alcalde Municipal, denominado como funcionario ejecutivo por el artículo 169 de la Constitución Política.

- b) **Interposición de los medios recursivos:** El contralor jerárquico municipal supone la existencia de una controversia en sede administrativa, en relación con la cual se hayan ejercitado en forma obligatoria y preceptiva los medios recursivos que provee el procedimiento administrativo de impugnación, a través del cual, el interesado pretende que se revoque, modifique o anule una conducta administrativa contraria a sus intereses.

Sobre el particular, debe recordarse que los acuerdos municipales son susceptibles de recursos internos y externos. Los primeros son aquellos que únicamente pueden ser ejercitados por los propios miembros de la Municipalidad y se traducen en el recurso de revisión a favor de los concejales y el veto a cargo del Alcalde. Por su parte, los recursos externos son aquellos dispuestos a favor de terceros al Gobierno local, esto es, a los administrados y se traducen en los recursos ordinarios de revocatoria, apelación y el extraordinario de revisión.

De ahí que, precisando sobre lo antes mencionado, para que entre en juego el contralor jerárquico impropio municipal, debe darse la interposición de los recursos ordinarios de revocatoria o apelación, o bien, el extraordinario de revisión, así como el de veto por parte del Alcalde Municipal³, siendo vedado para los regidores municipales interponer tales medios externos de impugnación, debido a la aplicación del principio general del derecho público que imposibilita a los órganos-individuos de una

³ En nuestro criterio, el veto no constituye propiamente un recurso, sino un medio de objeción en manos del Alcalde municipal, con el fin de que éste pueda oponerse a los acuerdos que emanan del Concejo municipal, por estimar tales acuerdos como antijurídicos o bien, inconvenientes o inoportunos en relación con la satisfacción del interés público. En sentido similar, el Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Tercera, mediante el voto No. 1075-2010 de las 15:20 horas del 18 de marzo del 2010, manifestó que el veto “(...) debemos entenderlo más como una objeción que como un recurso, en tanto éste último, es más bien propio y exclusivo de los administrados.”

entidad pública, impugnar en forma ordinaria la conducta administrativa que aquella misma adopta⁴.

c) Legitimación para recurrir: De conformidad con el numeral 173 de la Constitución Política, los acuerdos municipales podrán ser “recurridos por cualquier interesado”. Esta frase, en nuestro criterio, le otorga una amplia legitimación a las personas que desean interponer los medios recursivos en sede administrativa e inclusive, en sede judicial, tal como se expondrá más adelante.

De ese modo, el artículo 173 de la Carta Magna, no califica la naturaleza del interés necesario para recurrir, razón por la cual, ni el legislador ordinario ni las Administraciones públicas, podrían limitar el ejercicio de la capacidad recursiva de los administrados, solicitando o requiriendo para tales efectos, mayores requisitos o aditamentos que el parámetro constitucional no ha previsto.

d) Competencia del Tribunal Contencioso Administrativo: Tal como hemos adelantado, el Tribunal Contencioso Administrativo obtiene la competencia para intervenir en el conflicto bajo el presupuesto de que el interesado haya interpuesto el recurso de apelación en

contra del acuerdo municipal que le afecta a sus derechos subjetivos o intereses legítimos de cualquier naturaleza, en los términos del artículo 275 de la Ley General de la Administración Pública.

En el ejercicio de tales competencias, el Tribunal Contencioso Administrativo, ejercita una función eminentemente administrativa, pues se limita a resolver la impugnación vertical interpuesta por los interesados, conociendo el recurso de apelación en sede administrativa, bajo la naturaleza de contralor no jerárquico de los órganos que componen la organización esencial del Gobierno local.

e) Contralor de juridicidad: El Tribunal Contencioso Administrativo, al conocer los recursos de apelación interpuestos en contra de los acuerdos municipales, efectúa un control de juridicidad de la conducta administrativa, lo que significa que debe fiscalizar la adecuación de la función administrativa con el ordenamiento jurídico escrito y no escrito.

En el ámbito del derecho público, clásicamente ha existido el dogma “legalidad versus discrecionalidad”⁵ en la conducta administrativa, siendo el primer concepto, en términos generales, referido a la adecuación o juridicidad plena de la función administrativa,

⁴ En ese sentido, puede verse la resolución No. 383-2008 de la Sección Tercera del Tribunal Contencioso Administrativo, dictada a las 10:10 horas del 11 de junio del 2008. Asimismo, recuérdese que en el caso de los regidores, el artículo 153 del Código Municipal les otorga la posibilidad impugnatoria de carácter interno, materializada en la interposición del recurso de revisión en contra del acuerdo municipal cuestionado, al momento de aprobarse el acta de la sesión respectiva.

⁵ En nuestro criterio, tal dogma es falso, puesto que no existe oposición entre los conceptos de legalidad y discrecionalidad, ya que es precisamente la legalidad el elemento determinante de la existencia de la discrecionalidad, siendo que ésta última existe y se ejercita en el seno administrativo por la expresa previsión del ordenamiento jurídico y dentro de los límites dispuestos por éste. En tal sentido, una autorizada doctrina ha expresado que “(...) la elección de oportunidades por la Administración equivale al ejercicio de una potestad discrecional y la discrecionalidad, hoy día, no existe al margen de la Ley, sino justamente en virtud de la Ley y en la medida en que la Ley lo haya dispuesto. El dilema entre legalidad y oportunidad es, según esto, un sofisma puro y simple.” RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás. (1997). *De la Arbitrariedad de la Administración*. Madrid, España. Editorial Civitas, segunda edición, página 91.

ya sea en el sentido negativo o positivo de tal instituto; mientras que el segundo concepto, esto es la discrecionalidad, toma sus contornos de delimitación en los criterios de conveniencia, oportunidad y mérito de la función administrativa, delineado por los conceptos jurídicos indeterminados de buena y recta administración e interés público.

Ahora bien, el artículo 181 de la Ley General de la Administración Pública señala que el contralor no jerárquico podrá revisar “solo la legalidad” de la conducta administrativa, lo que, a primera vista, podría pensarse que reduce la labor de fiscalización que efectúa el Tribunal Contencioso Administrativo, a los parámetros reglados del acuerdo municipal.

En efecto, bajo una postura literal de tal norma, se hallaría fuera de la revisión efectuada por el Tribunal, todo lo atinente a la discrecionalidad del acuerdo municipal impugnado. Sin embargo, en nuestro criterio, los límites al ejercicio de la discrecionalidad, ex artículos 15, 16, 17, 158 y 216 de la Ley General de la Administración Pública, forman parte del bloque de juridicidad de la conducta administrativa, precisamente por su sustento normativo expreso o razonablemente implícito en el ordenamiento jurídico administrativo, razón por la cual, la fiscalización de legalidad sobre los acuerdos municipales, incorpora e involucra el control sobre los límites al ejercicio de la discrecionalidad.

De tal modo, habiendo repasado los caracteres esenciales del contralor jerárquico impropio municipal, es oportuno referirse a continuación al estado actual de dicha figura en nuestro ordenamiento jurídico y su influencia, tanto material como formal, en el pleno disfrute de las situaciones jurídicas sustanciales de los administrados.

III. Vicisitudes actuales de la jerarquía impropia municipal

Como hemos visto, en materia municipal, para acudir ante el Tribunal Contencioso Administrativo, como instancia de alzada en sede administrativa, es necesario que exista un acuerdo emanado del Concejo Municipal o del Alcalde y que se haya interpuesto el recurso de apelación directamente contra dicho acto administrativo, o bien, que tales órganos no hayan conocido de los recursos de revocatoria con apelación en subsidio en el plazo legalmente establecido, supuesto en el cual, el Código Procesal Contencioso Administrativo, en su numeral 191, permite a los interesados acudir en forma directa ante el Tribunal Contencioso Administrativo, con el fin de que se conozca y se resuelva el recurso de apelación interpuesto; este último supuesto es lo que se denomina doctrinaria y jurisprudencialmente como apelación “per saltum”.

Como producto de lo anterior y, según lo consideró la Sala Constitucional en el voto No. 3669-2006, -cuya influencia directa recae en el artículo 31 del Código Procesal Contencioso Administrativo-, la instancia recursiva en materia municipal es obligatoria no solo para poder agotar la vía administrativa –como presupuesto de acceso a la vía judicial-, sino también para residenciar el expediente ante el Tribunal Contencioso Administrativo en su condición de contralor no jerárquico de los órganos deliberativos y ejecutivos municipales, lo cual acarrea la carga para el administrado de finalizar la escalera jerárquica recursiva antes de poder alcanzar el criterio experto del Juez Contencioso Administrativo, quien,

para bien o para mal, en ese caso concreto se encontrará ejercitando una función materialmente administrativa, lo cual, claro está, no desdice la garantía de acierto e imparcialidad que supone el criterio experto y profundo del Juez contencioso administrativo.

A pesar de ello, en nuestro criterio, la mencionada garantía de acierto e imparcialidad, no resulta una justificación válida para el mantenimiento de esta jerarquía impropia bifásica, pues ello supone subordinar y sacrificar en el altar de la conveniencia, principios de orden constitucional e inclusive, de rango supraconstitucional, consagrados por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como lo es el acceso a la tutela jurisdiccional, por razones meramente prácticas, que si bien en apariencia tienen la aspiración de servir al administrado, a la postre devienen en obstáculos jurídico-formales opuestos a la adecuada protección de las situaciones jurídicas sustanciales de las personas.

Dichos obstáculos de carácter formal son claramente visibles si nos percatamos de la importancia que reviste garantizar el mayor y más amplio ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades ciudadanas a todas las personas, tales como el derecho a la tutela judicial efectiva, la amplia y flexible legitimación procesal y la plenaria revisión jurisdiccional de la conducta administrativa, todo ello bajo el principio de interpretación constitucional de máxima eficacia expansiva del Derecho de la Constitución, como estandarte sustantivo que, a su vez, posibilita la aplicación de la norma constitucional de la forma más favorable al administrado⁶.

Sumado a lo anterior, cuando el Tribunal Contencioso Administrativo conoce de la impugnación interpuesta en contra de los acuerdos municipales, bajo la tesitura actual del proceso de jerarquía impropia municipal, lo hace ejercitando una función que constitucionalmente se halla reservada a la Administración pública activa, lesionando los principios, también de abolengo constitucional, de reserva de jurisdicción y de autonomía presupuestaria propios del Poder Judicial, ex ordinales 153 y 177 de la Carta Magna.

Esta problemática se acrecienta si observamos el número de casos que la Jurisdicción Contencioso Administrativa conoce por año en ejercicio de la función de contralor no jerárquico administrativo; como veremos a continuación, durante el periodo del 2008 al 2012, el número de procesos de jerarquía impropia bifásica sometidos a conocimiento de la jurisdicción fue significativo.

En tal sentido, para el 2008, el porcentaje que representaban tales procesos para la Jurisdicción fue de un 1,3% del total de casos asignados bajo su competencia, lo cual dio un salto cuantitativo en el 2009 y en el 2010, cuando el número de procesos de este tipo fue de 517 y 605, en cada uno de tales periodos, representando un 9,7% y un 9,1%, respectivamente, del total de causas bajo conocimiento de la Jurisdicción. Asimismo, para los periodos 2011 y 2012, se mantuvo constante el porcentaje que representó para la Jurisdicción, con un 5,9% y un 5,3%, respectivamente, del total de expedientes

⁶ Para un excelente estudio sobre los elementos fundamentales de la interpretación constitucional, Vid. JIMÉNEZ MEZA, Manrique. (2012). *La Pluralidad Científica y los métodos de interpretación Jurídico-Constitucional*. San José, Editorial Juritexto, segunda edición.

bajo su competencia, para un total de 533 procesos en el 2011 y de 445 en el 2012⁷. De acuerdo con los datos señalados, desde el 2008 al 2012, el promedio de procesos de jerarquía impropia municipal que conoció la Jurisdicción Contencioso Administrativa fue de un 6,2%.

En ese orden de ideas, amén de la trascendencia actual del tema, en nuestro criterio, el Derecho de la Constitución impone interpretar como inconstitucional la jerarquía impropia bifásica municipal, debido a que, en esencia, ésta jerarquía no encuentra sustento normativo supremo tal cual lo ha estimado la Sala Constitucional mediante el voto No. 6866-2005 de las 14:37 horas del 01 de junio del 2005, lo que al propio tiempo, supone entender como facultativo el agotamiento de la vía administrativa en materia municipal, con la posibilidad de acudir en forma directa a la vía jurisdiccional mediante la interposición de un proceso judicial especial, según los términos del artículo 173 de la Carta Política, tal como se expondrá a continuación.

IV. Propuesta de lege ferenda: Creación del proceso especial de impugnación municipal

Tal como hemos expuesto, el Tribunal Contencioso Administrativo, al conocer de las apelaciones interpuestas en contra de los acuerdos municipales, en su condición de contralor no jerárquico, agota la vía administrativa y por ende, ejerce una función meramente administrativa, lo cual estimamos, es contradictorio con la

naturaleza propia de dicho Tribunal, pues al tratarse de un órgano judicial, integrado por ello con Jueces de carrera, ostenta la potestad jurisdiccional, diferente a la función administrativa desplegada por parte de las Administraciones públicas.

Llegados a este punto, cabe cuestionarse si lo que previó el constituyente originario de 1949, mediante la redacción del artículo 173 de la Carta Magna, fue realmente una jerarquía impropia tal como lo ha entendido e interpretado la Sala Constitucional, principalmente mediante el voto No. 6866-2005 de las 14:37 horas del 01 de junio del 2005 y reafirmado por los votos No. 3669-2006 y No. 17737-2012. Lo que además, desde un punto de vista histórico, sería cuestionable, ya que la figura del contralor no jerárquico tuvo aparición consolidada dentro de un cuerpo de normas de derecho administrativo codificado hasta el año 1978, cuando se promulgó la Ley General de la Administración Pública.

En ese sentido, es conveniente transcribir el texto del ordinal 173 de la Constitución Política, que al efecto reza:

“ARTÍCULO 173.- Los acuerdos Municipales podrán ser:

- 1) Objetados por el funcionario que indique la ley, en forma de veto razonado;
- 2) Recurridos por cualquier interesado.
En ambos casos si la Municipalidad no revoca o reforma el acuerdo objetado o

⁷ Información estadística proporcionada por el Departamento de Planificación, Sección de Estadística, del Poder Judicial, año 2013.

recurrido, **los antecedentes pasarán al Tribunal dependiente del Poder Judicial que indique la ley para que resuelva definitivamente.**” (Lo resaltado es nuestro). A primera vista, puede apreciarse que la norma transcrita no regula en forma exhaustiva el tema y por ende, es campo fértil para que surjan distintas interpretaciones sobre el particular por parte de los operadores jurídicos.

En ese orden de ideas, si bien puede estimarse que cuando la norma señala que *“los antecedentes pasarán al Tribunal dependiente del Poder Judicial que indique la ley para que resuelva definitivamente”*, se podría estar haciendo alusión al agotamiento de la vía administrativa en los términos del artículo 126 de la Ley General de la Administración Pública, también podría considerarse –como en efecto es nuestro criterio–, que el Constituyente originario pudo haber previsto la creación de un proceso jurisdiccional especial con carácter de cosa juzgada, que resolviera *“definitivamente”* en ejercicio de la función propiamente jurisdiccional, las impugnaciones interpuestas en contra de los acuerdos emanados del Concejo o del Alcalde municipales.

De ahí que, en nuestro criterio, la clave para determinar los alcances del numeral 173 de la Constitución Política se halla en el párrafo final de su propio texto, puntualmente en los dos siguientes aspectos:

a) Resolución definitiva: El artículo 173 de comentario señala que si el Gobierno local no revoca o reforma el acuerdo objetado o recurrido, *“los antecedentes pasarán al Tribunal dependiente del Poder Judicial que indique la ley para que resuelva **definitivamente**”*. Esta

palabra la hemos resaltado pues, según veremos a continuación, constituye el primer elemento fundamental para comprender el sentido de la nueva visión que proponemos en lo que corresponde al proceso especial que nos hemos permitido denominar como de “impugnación municipal”.

En efecto, si el Constituyente originario del año 1949, en los términos del artículo 173 de la Carta Política, previó que en caso de que la Municipalidad no revocara o reformara el acuerdo municipal cuestionado, los antecedentes pasaran al Tribunal que fuera designado para ello por el legislador ordinario, para que fuera tal Despacho judicial el que resolviera definitivamente el cuestionamiento planteado, ello indefectible nos obliga a realizar una interpretación armónica del parámetro constitucional, razón por la cual es preciso enlazar el numeral 173 de la Carta Política junto con el artículo 153 del mismo cuerpo normativo supremo, en cuanto éste consagra los alcances del principio de reserva de jurisdicción. Por ello, debido a la importancia que reviste el tenor literal del ordinal 153 de comentario, procedemos a transcribirlo a continuación:

“ARTÍCULO 153.- Corresponde al Poder Judicial, además de las funciones que esta Constitución le señala, conocer de las causas civiles, penales, comerciales, de trabajo y contencioso-administrativas, así como de las otras que establezca la ley, cualquiera que sea su naturaleza y la calidad de las personas que intervengan; resolver definitivamente sobre ellas y ejecutar las resoluciones que pronuncie, con la ayuda de la fuerza pública si fuere necesario.” (Lo resaltado es nuestro). Si analizamos con detenimiento el texto del artículo 153 de cita, podremos observar que el

Constituyente originario previó expresamente que sería el Poder Judicial el órgano estatal encargado de conocer de las causas, entre ellas, las contencioso administrativas y aquellas otras que estableciera la ley, pero sumado a lo anterior y con mayor énfasis para el objeto de estudio que nos ocupa, también le correspondería al Poder Judicial **resolver definitivamente** sobre tales causas, a través del dictado de sentencias con autoridad de cosa juzgada material. Estas funciones asignadas constitucionalmente al Poder Judicial, en conjunto con la ejecución de las propias resoluciones que este Poder de la República pronuncie, constituyen el núcleo duro de la función jurisdiccional.

Ergo, si de conformidad con el numeral 153 de la Constitución Política, el Poder Judicial es el encargado de resolver definitivamente sobre las causas establecidas constitucionalmente, incluso de aquellas que le asigne el legislador ordinario, se colige como consecuencia que en el conocimiento de las impugnaciones establecidas en contra de los acuerdos municipales, el Tribunal Contencioso Administrativo no solo puede, sino que debe, ejercitar materialmente la función jurisdiccional, resolviendo en definitiva el litigio planteado –en los propios términos del artículo 173 de la misma norma suprema–, con autoridad de cosa juzgada material.

b) Configuración constitucional del proceso especial de impugnación municipal: Por su parte, el segundo elemento fundamental para comprender el sentido del proceso especial de impugnación municipal que proponemos, está referido a la tipología de este instituto jurídico y al momento procesal en que el Tribunal Contencioso Administrativo previene en el conocimiento de la causa,

siempre dentro de los parámetros configurados en el artículo 173 de la Constitución Política por el Constituyente originario.

En ese sentido, el artículo 173 de cita, indica que si el Gobierno local no revoca o reforma el acuerdo objetado o recurrido, **“(...) los antecedentes pasarán al Tribunal dependiente del Poder Judicial que indique la ley para que resuelva definitivamente”**. En nuestra opinión, la frase resaltada atribuye a la persona que se ha constituido como parte interesada dentro del procedimiento de impugnación en sede administrativa, –según las reglas del canon 275 de la Ley General de la Administración Pública–, la posibilidad de acudir ante el Tribunal dependiente del Poder Judicial, bajo la invocación de un derecho subjetivo o un interés legítimo lesionado por la conducta administrativa, con el objeto de que sea la instancia judicial la que conozca de su impugnación, para que en ejercicio de la función propiamente jurisdiccional, resuelva en forma definitiva su litigio entablado en contra del Gobierno local.

Lo anterior quiere decir que, con base en la propia configuración constitucional, existe la posibilidad, no la obligatoriedad, de acudir ante el Tribunal dependiente del Poder Judicial, para que en ejercicio de su potestad de imperio, conozca del conflicto municipal y resuelva lo que sea procedente de acuerdo con el ordenamiento jurídico. Por ende, a la inversa, si existe la facultad y no la obligación de acudir a la instancia judicial, el agotamiento de la vía administrativa en sede municipal también debe reputarse facultativo, pues el establecimiento de limitaciones más gravosas en la sede gubernativa previa que aquellas establecidas en la sede judicial, respecto del control de la

conducta administrativa, resulta irrazonable y desproporcionado.

De esa manera, en nuestro criterio, el artículo 173 de Constitución Política configuró un proceso especial dirigido a resguardar de forma efectiva, ágil y célere a todas aquellas personas que se ven lesionadas en sus situaciones jurídicas sustanciales como resultado de un acuerdo municipal contrario al ordenamiento jurídico administrativo. Dicho proceso especial de impugnación municipal estaría a cargo de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y sería sustanciado en una única instancia, mediante el dictado de un fallo susceptible de alcanzar el carácter de cosa juzgada material, que por ello abriría las puertas al justiciable para acudir a la sede casacional, en caso de que aquél así lo estimara conveniente a sus intereses.

De ahí que, a su vez, sea oportuno realizar dos puntualizaciones procesales de relevancia:

1) Agotamiento facultativo de la vía administrativa: Cuando el numeral 173 de la Carta Política dispone expresamente que, en caso de que la Municipalidad respectiva no revoque o reforme el acuerdo municipal objetado o recurrido, *“los antecedentes pasarán al Tribunal dependiente del Poder Judicial”*, ello debe entenderse como una etapa procesal específica posterior o independiente -en caso de que así sea elegido por el administrado-, que facultaría a éste para acudir directamente a la sede judicial, con el objeto de discutir acerca de la juridicidad de lo previamente emitido o resuelto por el Gobierno local.

Visto así, de acuerdo con las reglas recursivas establecidas en los ordinales 153 a 163 del Código Municipal y de la propuesta que planteamos de su reforma, el justiciable podría optar por interponer en sede administrativa los recursos ordinarios de revocatoria, apelación o reconsideración, -éste último en caso de que la conducta cuestionada hubiere sido emitida directamente por el Concejo Municipal o por el Alcalde, según la esfera competencial asignada a cada uno de estos órganos-, o bien, acudir directamente ante el Tribunal Contencioso Administrativo mediante la interposición del proceso especial de impugnación municipal, que tendría la virtud de resolver definitivamente el conflicto.

Precisamente tal la facultad del interesado de acudir directamente a la vía judicial o bien, en forma posterior a la interposición de los recursos en sede administrativa, tiene sustento en el agotamiento facultativo de la vía administrativa, según fuera declarado por la Sala Constitucional mediante el voto No. 3669 de las 15:00 horas del 15 de marzo del 2006, puesto que si entendemos que lo previsto por el Constituyente originario fue la instauración de un proceso especial de impugnación municipal, el agotamiento preceptivo de la vía administrativa fundado en la doctrina de la jerarquía impropia bifásica, habría desaparecido.

Lo anterior, claro está, sin demérito de que el administrado pueda optar por las vías paralelas de impugnación, es decir, la posibilidad de acudir al mismo tiempo tanto a la sede administrativa como a la vía judicial, previa valoración efectuada por el administrado de la conveniencia, oportunidades de resultar victorioso en el

proceso y de los efectos procesales de tal mecanismo de impugnación, pues en caso de que el proceso judicial fuera resuelto antes que los medios recursivos interpuestos en sede administrativa, la decisión de la Municipalidad tendría que ajustarse a lo que disponga la sentencia firme que al efecto sea dictada por el Tribunal Contencioso Administrativo, puesto que, de acuerdo con los artículos 11 y 49 de la Constitución Política, la entera conducta administrativa se encuentra plenamente sometida a la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Del mismo modo, si la instancia administrativa fuera resuelta antes de que se dicte sentencia en el proceso judicial, procedería ampliar la pretensión en sede contencioso administrativa en caso de que fuera resuelto el recurso en perjuicio del actor o bien, aplicar el mecanismo de satisfacción extraprocesal regulado en el artículo 115 del Código Procesal Contencioso Administrativo, en la hipótesis de que en sede administrativa sean reconocidas favorablemente las pretensiones planteadas por el recurrente.

2) Reglas procesales de la impugnación municipal: En segundo término, es de suma relevancia abordar los aspectos básicos que, en nuestra opinión, deben constituir a la interposición del proceso especial de impugnación municipal, así como las reglas procesales de su tramitación en sede jurisdiccional:

i. Legitimación:

En lo que respecta a la legitimación, estimamos que estarán legitimadas para acudir en auxilio jurisdiccional todas aquellas personas que invoquen la afectación de

derechos subjetivos o intereses legítimos, sean éstos de carácter individual o colectivo, corporativos o difusos, así como todas las personas que en virtud de la reserva legal existente sobre la materia, hallen amparo objetivo en la legitimación popular; todo lo anterior con fundamento en lo establecido en los artículos 49 de la Constitución Política, 10.1 del Código Procesal Contencioso Administrativo y 275 de la Ley General de la Administración Pública.

De suma relevancia resulta señalar que, en nuestro criterio, el numeral 173 de la Constitución Política otorga una amplia legitimación a las personas que desean recurrir los acuerdos municipales, sea en la vía administrativa o la judicial, en el tanto señala que los acuerdos municipales podrán ser “recurridos por cualquier interesado”. Lo anterior significa que, por imperativo constitucional, el interés necesario para recurrir no podría ser limitado por las autoridades públicas, solicitando o requiriendo para ello mayores requisitos, puesto que ello contravendría directamente el propio parámetro constitucional.

Sumado a lo anterior, debe quedar claro que a través de los cauces del proceso especial que proponemos, no sería dable la impugnación de las normas reglamentarias adoptadas por el Gobierno local, puesto que ello debe ser ventilado en la vía plenaria mediante la interposición de un proceso ordinario cuyo objeto sea la impugnación directa de la tales normas, sin que se requiera para ello acto de aplicación individual, en virtud de lo establecido en los artículos 10.1.e y 37 del Código Procesal Contencioso Administrativo. Esta regla procesal iría íntimamente relacionada con lo dispuesto en el inciso d) del artículo 154 del Código Municipal, en el

tanto dicha norma excluye de los recursos ordinarios de revocatoria y apelación en sede administrativa a los acuerdos reglamentarios.

ii. Reglas de interposición y trámite:

Estimamos que el proceso especial de impugnación municipal, al ostentar sustento constitucional en el artículo 173 de la norma suprema, debe ser interpretado por los Jueces de la forma más favorable al administrado, posibilitando la más amplia cobertura expansiva y progresiva de la tutela jurisdiccional⁸, en aras de resguardar las situaciones jurídicas sustanciales de los justiciables. De dicha forma, la interposición del proceso estaría regido por las reglas y plazos de caducidad de la acción, señalados en los artículos 39 y 40 del Código Procesal Contencioso Administrativo.

En atención de ello, en nuestro criterio, el proceso especial de impugnación municipal debe ser sustanciado a través de un trámite abreviado, en el que luego de darse traslado de la demanda, haberse efectuado su contestación y, en caso de negativa de las partes a la conciliación, se disponga la celebración de una única audiencia oral en la que se entre a conocer y resolver sobre

los extremos a que alude el artículo 90 del Código Procesal Contencioso Administrativo, se evacúe la prueba y se escuchen las conclusiones de las partes.

Asimismo, en el diseño del proceso especial de impugnación municipal, sería oportuno otorgar la facultad al Juez, para que luego de valorar los escritos de demanda y contestación, así como de contrademanda y replica, -si los hubiere-, determine la posibilidad de que el proceso sea fallado sin necesidad de celebrar la audiencia referida en el párrafo anterior, únicamente cuando exista conformidad en cuanto a los hechos relevantes y por ello, no los haya de carácter controvertido, o bien, aun siendo tales hechos controvertidos, exista suficiente prueba aportada en los escritos iniciales o en los antecedentes que constan en el expediente administrativo enviado al Tribunal por la Municipalidad que figure como parte demandada.

En dicho caso, lo recomendable sería otorgar audiencia a las partes con el fin de que manifiesten su conformidad acerca de la aplicación de las reglas del proceso de fallo directo, ex artículo 69 del Código Procesal Contencioso Administrativo, el cual sería viable siempre y cuando exista expresa

anuencia de las partes y en el caso concreto el Juez determine la procedencia jurídica de aplicación de tal mecanismo en garantía del debido proceso y de los intereses públicos involucrados.

iii. Sentencia y recursos:

Consideramos conveniente que la sentencia sea dictada en un plazo que no debe exceder de cinco días hábiles, contados a partir del día siguiente a la conclusión de la audiencia oral, o bien a partir del día siguiente al de la notificación del auto que determina la aplicación de las reglas de fallo directo, luego de recabada la conformidad expresa de las partes sobre ello.

Consecuentemente, cuando la sentencia declare procedente la pretensión en forma parcial o total, deberá hacer los pronunciamientos que corresponda en relación con lo establecido en el artículo 122 del Código Procesal Contencioso Administrativo.

Finalmente, el fallo emitido por el Tribunal Contencioso Administrativo, al tener la posibilidad de provocar el efecto de cosa juzgada material, es susceptible del recurso de casación por violación de normas procesales y sustantivas, de acuerdo con lo establecido en los artículos 137 y 138 del Código Procesal Contencioso Administrativo.

⁸ Dichas reglas de interpretación han sido recogidas por la Sala Constitucional; entre otros, puede verse el voto No. 13445-2007 de las 13:12 horas del 14 de setiembre del 2007, a través del cual dicho órgano judicial expresó que:

“(…) es necesario recordar que la finalidad última de la interpretación constitucional es potenciar la actuación práctica del ordenamiento constitucional, lo cual –se ha dicho– entraña expandir al máximo la fuerza normativa de la Constitución y la interpretación de todo el ordenamiento jurídico (incluyendo la ley de esta jurisdicción) en consonancia con ella misma. En otro nivel, sea al estudiar un caso concreto para darle solución, este propósito se traduce en elegir entre todas las posibles respuestas aquella opción que resulte más correcta desde la perspectiva constitucional. Aplicada al caso concreto, la interpretación constitucional correcta debe fortalecer en la mayor medida posible la actuación de los valores, las normas y los principios ínsitos en el parámetro de constitucionalidad. Y en esta labor, se constituyen como norte indiscutible de la interpretación constitucional, los principios pro homine y pro libertatis.” (Lo resaltado es nuestro).

V. Conclusiones

A pesar de que tradicionalmente se ha entendido que el Tribunal Contencioso Administrativo es el contralor no jerárquico de los Gobiernos locales, para cuyos efectos, dicho órgano judicial ejercita una función meramente administrativa y es el encargado de conocer de los recursos de apelación interpuestos en contra de los acuerdos municipales dentro del procedimiento de impugnación tendiente a agotar preceptivamente la vía administrativa, lo cierto del caso es que cabe cuestionar si tales atribuciones fueron así previstas por el Constituyente originario del año 1949.

En nuestro criterio, el artículo 173 de la Constitución Política previó la creación de un proceso jurisdiccional especial, por medio del cual, el Tribunal Contencioso Administrativo, como garante de la plena juridicidad de la conducta administrativa y en ejercicio de su propia función jurisdiccional, se encargaría de resolver definitivamente las impugnaciones interpuestas en contra de los acuerdos emanados del Gobierno local.

De ahí que, como propuesta de lege ferenda, resulta oportuno reformar en lo pertinente el Código Municipal y el Código Procesal Contencioso Administrativo, con el objeto de instaurar el proceso especial que nos hemos permitido denominar como de "impugnación municipal", a través del cual los justiciables podrían encontrar una vía ágil, celer y efectiva, acorde con el Derecho de la Constitución, que garantice no solo la legalidad de la función administrativa municipal, sino también la tutela efectiva de

las situaciones jurídicas sustanciales de los justiciables.

Igual relevancia tiene dar un giro interpretativo en lo que se refiere a la figura de la jerarquía impropia municipal, con el objeto de que pueda entenderse como facultativo el agotamiento de la vía administrativa en esta materia y el justiciable tenga la posibilidad de cuestionar los acuerdos municipales en la sede que más le convenga a sus intereses.

Por ende, como consecuencia de los principios de índole constitucional de máxima eficacia expansiva y progresiva de los derechos fundamentales, de acceso a la tutela jurisdiccional y de sometimiento pleno de las Administraciones públicas al derecho, así como de la interpretación más favorable al ejercicio de las libertades ciudadanas, es nuestro criterio que la figura del contralor no jerárquico municipal está en crisis y deberá ser readecuada en beneficio de los justiciables, no solo con el objeto de resguardar las situaciones jurídicas sustanciales de aquellos, sino también de garantizar la plena juridicidad de la función administrativa.

Bibliografía

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

RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás. (1997). *De la Arbitrariedad de la Administración*. Madrid, España. Editorial Civitas, segunda edición.

COMENTARIOS CRÍTICOS A LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL QUE INTRODUCE LA LEY 9048 (SOBRE DELITOS INFORMÁTICOS EN EL DERECHO PENAL COSTARRICENSE)

Licda. Elizabeth Guerrero
Prof. Alonso Salazar

Resumen

En el siguiente texto se ahonda someramente en la conceptualización del delito informático y su tipología, para luego centrarse en una serie de Comentarios Críticos respecto a la modificación y creación de ciertos tipos penales que introduce una reforma al Código Penal Costarricense, mediante la promulgación de la Ley 9048 (Sobre Delitos Informáticos).

Abstract

In the following text, first the authors talk about the concept and types of cybercrime, then they focus on a number of Critical Comments regarding the modification and creation of certain types of crimes that introduces a Costa Rican Penal Code reform, by enacting Ley 9048 (Sobre Delitos Informáticos).

Palabras Clave

Delito Informático- Crimen por computadora- Código Penal Costarricense- Ley 9048

Keywords

Computer crime- Computer criminal crimen- Costa Rican Penal Code- Ley 9048

COMENTARIOS CRÍTICOS A LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL QUE INTRODUCE LA LEY 9048 (SOBRE DELITOS INFORMÁTICOS EN EL DERECHO PENAL COSTARRICENSE)

Licda. Elizabeth Guerrero
Prof. Alonso Salazar

Introducción

En las siguientes líneas se pretende aportar una serie de consideraciones críticas con respecto a la reforma del Código Penal que introduce la Ley 9048 (Sobre Delitos Informáticos). Lo anterior en razón de que a nuestro entender se perciben una serie de concepciones erróneas en cuanto a la determinación de las acciones que configuran un “delito informático”, favoreciéndose con ello el aumento en la creación de tipos

penales innecesarios, así como la aparición de problemas de orden técnico-jurídico que merece la pena destacar.

Delitos Informáticos

En la doctrina –básicamente internacional, aún y cuando hay algunos trabajos de orden costarricense al respecto-, no existe un acuerdo en cuanto al concepto de delito informático¹. Es con base en lo anterior, que precisar una definición absoluta sobre

1 Téngase en consideración que en la dogmática se tomó primero el concepto „crimen por computadora“, como tal hecho delictivo en el cual el instrumento u objetivo del hecho es la computadora. Sieber completó este concepto en forma importante con el concepto de „lesión patrimonial dolosa en el ámbito de la informática“. De acuerdo a este concepto, el crimen por computadora contempla todas las lesiones patrimoniales dolosas que estén vinculadas de alguna forma con los datos almacenados en equipos de procesamiento de datos; y como modalidades delictivas se toman en consideración la manipulación de datos (ingreso de datos erróneos, cambio en los datos), el uso ilícito de equipos procesadores de datos (hurto de tiempo o de uso), así como la destrucción de datos (sabotaje de computadora). Esta limitación del crimen por computadora a la violación patrimonial fue criticada por Lampe, ya que diferentes casos conocidos no tuvieron relación alguna con intereses patrimoniales, sino que la violación se dio en relación con otros bienes jurídicos. Desde 1974 se habla de tener que cambiar el concepto „crimen por computadora“ a „abuso por computadora“, ya que el concepto es lingüísticamente incorrecto, discrimina el procesamiento de datos y solo sirve para efectos clasificatorios y de recopilación de casos. La computadora por sí sola no puede ser criminal. Este concepto fue aceptado por Sieber y por los nuevos desarrollos en el ámbito de este tipo de criminalidad. Así, (Salazar Rodríguez, 2008) citando a Bundesministerium der Justiz, Lampe, Sieber, Lindemann citado por Sieber y Fischer. Para nuestros efectos, pese a las consideraciones supra indicadas, nos referiremos al término de delito informático pues ha de parecernos, en su consideración semántica, el que puede abarcar en mayor parte la cantidad de acciones delictivas que se pretenden penalizar mediante el tipo penal.

(Continúa en la siguiente página)

el delito informático² resulta ser una tarea pretenciosa y se escapa de nuestro objeto, preferimos citar algunas que simplemente faciliten al lector la comprensión del tema central de este escrito.

“podemos definir el delito informático como: acción delictiva que realiza una persona, con la utilización de un medio informático o lesionando los derechos del titular de un elemento informático, se trate de máquinas- hardware- o de los programas- software” (Dávora Rodríguez, 1993, citado en (Chinchilla Sandí , Delitos Informáticos. Elementos básicos para identificarlos y su aplicación , 2004))

“[delito informático es] la realización de una acción que, reuniendo las características que delimitan el concepto de delito, sea llevado a cabo utilizando un elemento informático y/o telemático, o vulnerando los derechos del titular de un elemento informático, ya sea hardware o software” (Davara Rodríguez, 1997)

“cualquier conducta ilegal, no ética, o no autorizada que involucra el procesamiento

automático de datos y/o la transmisión de datos” (Organización de para la Cooperación Económica y el Desarrollo citada en (Davara Rodríguez, 1997))

“El concepto de abuso por computadora abarca comportamientos ilícitos, éticamente reprochables o prohibidos, en los cuales los datos informáticos son alterados dolosamente, tanto en el procesamiento como en la transmisión de datos. Bajo alteración de datos se entiende el cambio doloso de los mismos (manipulación por computadora), destrucción (sabotaje por computadora), su obtención y uso no autorizados (espionaje por computadora) y conjuntamente el uso no autorizado de equipos de cómputo (hurto de tiempo)” (Salazar Rodríguez, 2008)

De esta manera en un conjugado de todas estas definiciones se tiene que, el delito informático necesariamente se constituye por una acción que es ilícita, delictiva, no autorizada, ni ética cuya comisión recae en dos posibilidades:

(1) La primera, en la comisión de la acción ilícita se utiliza un medio informático, y

2 A modo de aporte al estudio, cabe destacar que antes de 1960 el concepto de „crimen por computadora“ (luego delito informático) casi no se trataba en la dogmática del derecho penal. Al inicio de las discusiones sobre el problema del crimen por computadora por ejemplo en Alemania se cuestionaba, si realmente un crimen como éste existía. Las discusiones sobre el abuso de las computadoras inician en la mayoría de los países en los años 60 con referencia al peligro de los derechos de la personalidad, el cual se define inicialmente en el rubro de la protección de datos, y no bajo el rubro de „crimen por computadora“. En los años 70 el interés aumentó y el crimen por computadora se definió como una nueva forma de criminalidad; en ese entonces se concentraba la ciencia jurídica dentro de los delitos económicos específicos de computadora, p.ej. manipulación por computadora, sabotaje por computadora, hacking por computadora, espionaje por computadora y robo de software. Actualmente el estado de la situación es totalmente diferente. Análisis empíricos no sólo en la República Federal de Alemania, sino también de Australia, Gran Bretaña, Japón, los Países Bajos, Austria, Suiza, Suecia, los Estados Unidos y una investigación de la Comunidad Europea, han ido demostrando la realidad de esta nueva forma de delito. El crimen por computadora aparece como un crimen que requiere de un tratamiento específico. Así, (Salazar Rodríguez, 2008). En las líneas mencionadas se citan autores como Tiedemann, Sieber, Möhrenschrager, Council of Europe y Passim.

(2) La segunda, producto de la comisión de la acción ilícita se afecta o produce un daño sobre dicho medio informático.³

Ahora bien, también están quienes consideran la configuración del delito informático desde (1) la perspectiva de la *computadora como objeto del hecho* y (2) la *computadora como recurso para el hecho*. Por un lado se menciona la computadora como objeto del hecho, cuando el delincuente tiene como meta del delito a la computadora, o sea, la intervención del delincuente es específicamente contra la computadora (p.ej. espionaje, sabotaje, daño de bienes, daño de datos). Por otro lado se menciona la computadora como recurso para un hecho, cuando el delincuente utiliza la computadora como recurso de intervención contra un bien jurídico protegido (p.ej. fraude por computadora)⁴. Pero es imperativo aclarar esta diferencia, ya que no todos los hechos en los cuales se utiliza una computadora, deben tomarse como crimen por computadora.

Ahora bien, la identificación de ambas posibilidades nos conecta simultáneamente con la perspectiva del *delito informático como medio y como fin*. Esta es precisamente la clasificación de los delitos informáticos que propone Téllez Valdés, misma que es expuesta por (Chinchilla Sandí, 2004) así:

- *Delitos informáticos como instrumento o medio*: los cuales se refieren a aquellas conductas criminales que se valen de las

computadoras como método, medio o símbolo en la realización del ilícito.

§ En nuestra consideración esto se referiría a la comisión de la acción delictiva por medio del simple “USO DEL ORDENADOR”

- *Delitos informáticos como fin u objetivo*: los cuales se refieren a las conductas criminales que van dirigidas en contra de la computadora, accesorios o programas como entidad física, o bien el sujeto o autor del ilícito obtienen un beneficio perjudicando a un tercero.⁵

§ En nuestra consideración esto se referiría a la comisión de una acción delictiva que produce una “LESIÓN EN EL ORDENADOR”

En relación, agrega (Davara Rodríguez, 1997):

“[p]ara poder encuadrar una acción dolosa o imprudente dentro de este tipo de delitos, el medio por el que se cometan debe ser un elemento, bien o servicio, patrimonial del ámbito de responsabilidad de la informática, y el fin que se persiga deber ser la producción de un beneficio al sujeto o autor del ilícito: una finalidad deseada que causa un perjuicio a otro, a un tercero”

Respecto a dicha clasificación hemos de plasmar nuestra posición. Somos partidarios

3 (Chinchilla Sandí , Delitos Informáticos. Elementos básicos para identificarlos y su aplicación , 2004) citando a Alfredo Sneyers (1990) expone que se incluye dentro de la consideración de medio informático, los ordenadores (computadoras), miniordenadores, microordenadores, equipos de tratamiento de textos, redes de telecomunicaciones y otros equipos informáticos, software, ficheros de datos y bases de datos.

4 (Salazar Rodríguez, 2008) citando a Kaiser.

5 El subrayado y la cursiva son suplidos

de la configuración de un delito informático únicamente en cuanto al fin, pues es nuestro considerar que el elemento o medio informático utilizado no debe ser el factor determinante para que una conducta ilícita se configure como un delito informático. Esto no quiere decir que no se puedan configurar otras figuras delictivas, empero no susceptibles de ser consideradas “delitos informáticos”. Nos explicamos con un ejemplo sencillo:

Ejemplo. Para la tutela del bien jurídico vida, a la luz de la normativa penal costarricense, nuestro legislador toma en consideración la lesión a dicho bien y la condición de quien realiza la acción, de ahí que la tipifica en homicidio simple⁶ o calificado⁷, partiendo de la misma acción penal “quien haya dado muerte a una persona”; sin dar mayor importancia al medio utilizado⁸. Poco relevante resulta entonces que se realice con un martillo, una roca, un cuchillo o un ordenador. Esto quiere decir que

siempre lo que se configurará es un homicidio, así es, pues sería irrazonable pensar en un cuerpo legal que determine tipos penales específicos según el medio que se utilice para realizar la conducta ilícita: “homicidio simple o calificado con martillo, homicidio simple o calificado con roca,... Si un sujeto utiliza su ordenador para alterar otro ordenador que alimenta un respirador de un sujeto hospitalizado, ¿existe una sanción superior a la acción de homicidio, por haber sido cometido a través de un medio informático? Simplemente la acción es homicidio por provocar una lesión contra el bien jurídico vida.

Este cuestionamiento, es uno en un millón, basta con analizar cada tipo penal introduciendo la utilización de un medio informático para su comisión y plantearse la misma pregunta, para así arribar al mismo problema: “la acción penal no se define por el medio utilizado sino por el fin perseguido y la lesión causada”. Existen tipos penales

6 Código Penal de Costa Rica. Homicidio simple. ARTÍCULO 111.- Quien haya dado muerte a una persona, será penado con prisión de doce a dieciocho años. (Así reformado por el artículo 1 de la ley N° 7398 de 3 de mayo de 1994)

7 Código Penal de Costa Rica. Homicidio calificado. ARTÍCULO 112.- Se impondrá prisión de veinte a treinta y cinco años, a quien mate: 1) A su ascendiente, descendiente o cónyuge, hermanos consanguíneos, a su manceba o concubinario, si han procreado uno o más hijos en común y han llevado vida marital, por lo menos durante los dos años anteriores a la perpetración del hecho. 2) A uno de los miembros de los Supremos Poderes y con motivo de sus funciones. 3) A una persona menor de doce años de edad. 4) A una persona internacionalmente protegida, de conformidad con la definición establecida en la Ley N.º 6077, Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra las personas internacionalmente protegidas, inclusive agentes diplomáticos, de 11 de agosto de 1977, y otras disposiciones del Derecho internacional. 5) Con alevosía o ensañamiento. 6) Por medio de veneno suministrado insidiosamente. 7) Por un medio idóneo para crear un peligro común. 8) Para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito o para asegurar sus resultados o procurar, para sí o para otro, la impunidad o por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito. 9) Por precio o promesa remuneratoria. 10) A un miembro de los cuerpos policiales del Estado, municipal y de las demás fuerzas de policía públicas, cuya competencia esté prevista por ley, siempre que sea en ejercicio, por causa o en razón de sus funciones. (Así adicionado el inciso anterior por el artículo 1° de la ley N° 8977 del 3 de agosto del 2011, “Calificación de los delitos cometidos contra la integridad y vida de los policías en el ejercicio de sus funciones”) (Así reformado por el artículo 1°, punto 1., aparte a) de la Ley de Fortalecimiento de la Legislación contra el Terrorismo, N° 8719 de 4 de marzo de 2009)

8 Salvo ciertas excepciones como el uso de veneno o de medio idóneo para crear un peligro, situaciones que en todo caso se clasifican como calificantes del mismo tipo penal, sin necesidad de la creación de un tipo penal en específico como sería “homicidio con veneno”. Ver artículos 111 y 112 del Código Penal costarricense.

que no por el hecho de ser cometidos con la intervención de un elemento informático deben tipificarse como un delito informático. Más adelante con cada comentario profundizaremos en esta idea.

Como primera precisión entonces tenemos que constituyen sólo delitos informáticos aquellas acciones que se dirijan (su fin sea) a causar una lesión o perturbación en la operación del ordenador, y como segunda precisión introducimos que esta afectación debe recaer específicamente sobre el software del ordenador, no así sobre el hardware.⁹

Por lo tanto se constituirían en acciones que abarca el delito informático:

- 1) La manipulación en los datos e informaciones contenidas en los archivos y soportes físicos informáticos ajenos¹⁰, incluyendo sus cuatro fases:
 - a) Almacenamiento de los datos
 - b) Procesamiento de los datos

- c) Retroalimentación (feedback) con resultados intermedios de los datos
 - d) Transmisión de los resultados del proceso, ya sea en el mismo ordenador a ficheros de destino, ya sea por medio de comunicaciones o acceso a periféricos en los que se depositan
- 2) El acceso a los datos y/o utilización de los mismos por quien no está autorizado para ello
 - 3) La introducción de programas o rutinas en otros ordenadores para destruir información, datos o programas, así como también el sabotaje de computadoras mediante “Bombas lógicas”¹¹
 - 4) La agresión a la privacidad mediante el procesamiento de datos personales con fin distinto al autorizado, lo que podríamos denominar “espionaje por computadoras”

9 Para comprender más profundamente de este punto véase en este mismo artículo infra, Comentario 3.

10 A saber: (1) Manipulación en el ingreso de los datos a la computadora, (2) Manipulación de datos ingresados a la computadora, (3) Manipulación de Programas, conocida como la famosa “técnica salami”, en la que el autor no manipula ni altera los datos de la computadora, sino que por el contrario, la manipulación y/o alteración se genera en el programa. Un ejemplo de este caso, relativamente sencillo es el del empleado bancario, que altera el programa de cálculo de intereses de las cuentas de ahorro, de manera tal que solo los dos primeros dígitos de los decimales, se tomen como intereses y los restantes dígitos se transfieran a una cuenta, por él controlada. De esta manera tan simple, es posible obtener grandes sumas de dinero, pues los cuentahabientes no lo pueden detectar. y (4) Manipulación en los datos que salen de la Computadora o el “Caballo de Troya” que ocurre cuando los datos se transfieren a otra computadora, en los programas de impresión (output), o en programas de actualización, es decir, una vez que los datos son ingresados, ordenados y los procesos de cálculo elaborados, la información final, por lo general se imprime y almacena. Es posible así manipular la información que se imprime y almacena, de manera tal que la alteración no pueda detectarse, durante el procesamiento de datos.

11 Esta forma de criminalidad tiene por objeto la afectación o destrucción tanto del programa, como de los datos almacenados en la computadora, bien puede provocarse un daño al hardware o disco duro, pero la forma más común de comisión es a través del deterioro de los datos almacenados y los programas. Un ejemplo clásico es la intromisión de los denominados virus, que son programas que se almacenan o instalan en determinados sectores del hardware y/o programas de la computadora y que se encargan de destruir la información, inutilizarla o bien producir daños al mismo disco duro, que lo hacen inaccesible y/o inservible.

5) Estafa Electrónica¹²

Bien, sin necesidad de ahondar en estos ejemplos y reafirmando nuestra posición respecto a que, delitos informáticos sólo deben configurarlas aquellas acciones que por su fin se dirijan a la lesión del software del ordenador, procedemos a exponer nuestras críticas a la reforma del Código Penal que introduce la Ley 9048 (Sobre delitos Informáticos).

Comentario 1. Sobre la reforma al delito de extorsión.

CÓDIGO PENAL	REFORMAS AL CÓDIGO PENAL
<p>ARTÍCULO 214.- Extorsión simple. Será reprimido con prisión de dos a seis años, el que para procurar un lucro injusto obligare a otro con intimidación o con amenazas graves a tomar una disposición patrimonial perjudicial para sí mismo o para un tercero.</p>	<p>ARTÍCULO 214.- Extorsión. Será reprimido con pena de prisión de cuatro a ocho años (1) al que para procurar un lucro obligue a otro, con intimidación o con amenazas graves, a tomar una disposición patrimonial perjudicial para sí mismo o para un tercero. La pena será de cinco a diez años de prisión cuando la conducta se realice valiéndose de cualquier manipulación informática, telemática, electrónica o tecnológica.(2) *(el subrayado es suplido)</p>

(1) En primera instancia debe apercibirse el aumento injustificado de la pena, de 2 años tanto en su mínimo como en su máximo, sin existir ninguna modificación en la acción sancionada: *“quien para procurar un lucro obligue a otro, con intimidación o con amenazas graves, a tomar una disposición patrimonial perjudicial para sí mismo o para un tercero”*. Pareciera ser ésta únicamente una maniobra legislativa que se vale de la promulgación de esta ley, para imponer una mayor punición a esta acción sin nuevas consideraciones respecto al tipo penal que la justifiquen.

(2) Como segundo punto cabe cuestionarse ¿qué relevancia tiene en la configuración de la acción penal en cuestión, el medio que se utilice? El bien jurídico tutelado respecto a la libre disposición de los actos de un individuo es el mismo, sin que tenga importancia que se haga personalmente o a través de un medio informático o cualquier instrumento de la comunicación.

La intimidación o amenaza sobre el sujeto que recibe la acción afecta de igual manera su libertad, entonces ¿por qué la agravante? Si se apela a características como el método, ¿por qué no? entonces considerar situaciones como: si la intimidación se realiza

¹² Es preciso antes señalar que técnicamente no es ninguna estafa, por ausencia de un sujeto pasivo que realice el acto dispositivo, sin embargo se asemeja a la hipótesis de la estafa triangular, la cual supone que el engañado y el estafado son personas diferentes. Sin embargo, en la estafa triangular el engañado tiene la facultad de realizar un acto dispositivo perjudicial para el estafado, de manera que el autor le produce a través de ese engaño, una lesión a su patrimonio y obtiene para sí o para un tercero un beneficio patrimonial antijurídico. En el caso de la aquí denominada “estafa electrónica” lo que el autor hace es “engañar” [utilizamos el término únicamente como una pseudodefinition estipulativa porque claramente no es un engaño, sino una manipulación] a la computadora (que sustituye al sujeto pasivo), y produce con esto que la computadora realice un acto dispositivo perjudicial para un tercero, desde luego, pues para la computadora no puede existir un perjuicio patrimonial en ningún supuesto.

respecto a la pérdida de un familiar, o la afectación de un patrimonio... En estos casos entonces, ¿la acción ilícita de obligar a otro a tomar una disposición patrimonial perjudicial para sí mismo o para un tercero, cambia? ¿Tendríamos que configurar un agravante para cada una de estas hipótesis?

Comentario 2. Sobre la reforma al delito de espionaje.

CÓDIGO PENAL	REFORMAS AL CÓDIGO PENAL
<p>ARTÍCULO 288.-Espionaje. Será reprimido con prisión de uno a seis años, el que procurare u obtuviere indebidamente informaciones secretas políticas o de seguridad concernientes a los medios de defensa o a las relaciones exteriores de la Nación. (Así modificada la numeración de este artículo por el numeral 185, inciso a), de la ley No.7732 de 17 de diciembre de 1997, que lo traspasó del 286 al 288)</p>	<p>Espionaje. Será reprimido con prisión de cuatro a ocho (1) años al que procure u obtenga indebidamente informaciones secretas políticas o de los cuerpos de policía nacionales o de secretas políticas o de seguridad concernientes a los medios de defensa o a las relaciones exteriores de la nación, o afecte la lucha contra el narcotráfico o el crimen organizado. La pena será de cinco a diez años de prisión cuando la conducta se realice mediante manipulación informática, programas informáticos maliciosos o por el uso de tecnologías de la información y la comunicación. (2) *(el subrayado es suplido)</p>

(1) Nuevamente nos encontramos ante una variación injustificada de la pena que aumento el mínimo a imponer en 3 años, sancionándose la misma

acción: “la obtención de información cubierta por el secreto estatal”. Lo que se realiza es una especial consideración al hecho de que dicha acción afecta la lucha contra el narcotráfico o el crimen organizado, la cual resulta irracional en el tanto los resultados de esta acción no sólo pueden afectar estos aspectos, sino muchos otros relacionados con la política criminal que también deberían en su caso ser considerados.

(2) Esta agravante también resulta innecesaria, dado que el medio que se utilice no altera en nada la conducta penal, la intromisión en la información resguardada por el Estado resulta ser la misma, el tipo penal anterior ya consideraba su protección, no hay porqué considerar el medio que se utilizó para obtenerla. Lo que si debiera de considerarse es si el sujeto se vale de su puesto de poder o confianza para la comisión del delito, pero no del medio que emplee, pues la lesión provocada no cambia. ¿No debería ser más grave la pena si se obtiene la información de una conversación con un funcionario público?... esto pues estaría no sólo violando el secreto de Estado, sino sus deberes de discreción y confidencialidad con la administración pública.

Comentario 3. Sobre la adición al delito de daño agravado.

CÓDIGO PENAL	ADICIONES AL CÓDIGO PENAL
<p>ARTÍCULO 229.- Daño agravado. Se impondrá prisión de seis meses a cuatro años:</p> <p>1) Si el daño fuere ejecutado en cosas de valor científico, artístico, cultural o religioso, cuando, por el lugar en que se encuentren, se hallaren libradas a la confianza pública, o destinadas al servicio, la utilidad o la reverencia de un número indeterminado de personas.</p> <p>2) Cuando el daño recayere sobre medios o vías de comunicación o tránsito, sobre puentes o canales, sobre plantas de producción o conductos de agua, de electricidad o de sustancias energéticas.</p> <p>3) Cuando el hecho fuere ejecutado con violencia en las personas o con amenazas.</p> <p>4) Cuando el hecho fuere ejecutado por tres o más personas.</p> <p>5) Cuando el daño fuere contra equipamientos policiales.</p>	<p>ARTÍCULO 229.- Daño agravado. Se impondrá prisión de seis meses a cuatro años:</p> <p>1) Si el daño fuere ejecutado en cosas de valor científico, artístico, cultural o religioso, cuando, por el lugar en que se encuentren, se hallaren libradas a la confianza pública, o destinadas al servicio, la utilidad o la reverencia de un número indeterminado de personas.</p> <p>2) Cuando el daño recayere sobre medios o vías de comunicación o tránsito, sobre puentes o canales, sobre plantas de producción o conductos de agua, de electricidad o de sustancias energéticas.</p> <p>3) Cuando el hecho fuere ejecutado con violencia en las personas o con amenazas.</p> <p>4) Cuando el hecho fuere ejecutado por tres o más personas.</p> <p>5) Cuando el daño fuere contra equipamientos policiales.</p> <p>6) Cuando el daño recayera sobre redes, sistemas o equipos informáticos, telemáticos o electrónicos, o sus componentes físicos, lógicos o periféricos.(1) *(el subrayado es suplido)</p>

(1) Para la exposición de este comentario antes debemos recurrir a la determinación de lo que se conoce como el software y el hardware de un ordenador, (Davara Rodríguez, 1997) indica que:

“Hardware, es el término con el que se designa a la configuración física de un sistema de un ordenador respecto a todos sus elementos; software, es el soporte lógico de las instrucciones y órdenes (programas) que se dan a un ordenador para que realice un proceso. El software puede ser de tres tipos:

- a) Software de base o de sistema, formado por los programas que controlan y guían las funciones del sistema (ordenador).
- b) Software de utilidad, formado por diversos programas de utilidad general.
- c) Software de usuario o de aplicaciones”.

Así, hemos de considerar que un daño agravado sólo se configura sobre el hardware del ordenador, pues las otras intromisiones al software que pudieren ocasionar su destrucción, inutilización, desaparición o daño de cualquier modo, ya están contempladas en otros tipos penales según el fin que persigan, por lo que su inclusión en esta figura podría significar su doble punición. De ahí también que consideremos, como fue supra indicado, que un delito informático se configura únicamente cuando estamos frente a una acción que produce una lesión sobre el software del ordenador, pues de lo contrario estaríamos precisamente hablando de un daño agravado.

Comentario 4.

Adición del delito de suplantación de identidad y suplantación de páginas electrónicas¹³.

ARTÍCULO 230.- Suplantación de identidad. Será sancionado con pena de prisión de tres a seis años quien suplante la identidad de una persona en cualquier red social, sitio de Internet, medio electrónico o tecnológico de información. La misma pena se le impondrá a quien, utilizando una identidad falsa o inexistente, cause perjuicio a un tercero.

La pena será de cuatro a ocho años de prisión si con las conductas anteriores se causa un perjuicio a una persona menor de edad o incapaz.

ARTÍCULO 233.- Suplantación de páginas electrónicas. Se impondrá pena de prisión de uno a tres años a quien, en perjuicio de un tercero, suplante sitios legítimos de la red de Internet.

La pena será de tres a seis años de prisión cuando, como consecuencia de la suplantación del sitio legítimo de Internet y mediante engaño o haciendo incurrir en error, capture información confidencial de una persona física o jurídica para beneficio propio o de un tercero.

En ambos tipos penales no encontramos su justificación para constituirse como delitos informáticos. Pareciera ser que la conexión que se pretende establecer radica en que la suplantación de identidad se realice en cualquier red social, sitio de Internet, medio

electrónico o tecnológico de información o que se suplanten sitios legítimos de la red de Internet. Pero, ¿eso qué relación tiene con intromisión en el software de un medio informático? Lo que se pretende proteger sancionando la suplantación es el derecho a la identidad propia y reconocida de cada persona y a la protección de los derechos de autor de quien posea una página de internet, situaciones que no tienen porqué depender del medio a través del cual se violenten.

Ahora bien, no estamos aquí afirmando que no debe existir la punición de dichas suplantaciones, sólo apuntamos que estas acciones no tienen razón para ser clasificadas como delitos informáticos, pues con su comisión no se configura ninguna acción que tenga como fin la lesión al software de un ordenador.

Comentario 5.

Adición del delito de narcotráfico y crimen organizado.

Artículo 235.- Narcotráfico y crimen organizado. La pena se duplicará cuando cualquiera de los delitos cometidos por medio de un sistema o red informática o telemática, o los contenedores electrónicos, ópticos o magnéticos afecte la lucha contra el narcotráfico o el crimen organizado.

Este artículo resulta definitivamente injustificable, a no ser que se acepte un matiz político de la ley. De manera prácticamente inexplicable se establece una conexión entre los delitos informáticos y el narcotráfico o el crimen organizado. Pareciera a la

¹³ La ley 17.613, dispone la modificación de la sección VIII del título VII de la Ley N.º 4573, Código Penal, de 4 de mayo de 1970, y sus reformas; corriendo la numeración de los artículos subsiguientes, de manera que su redacción contemple un “TÍTULO VII [...] Sección VIII. Delitos informáticos y conexos

luz de la adición de este artículo como las reformas introducidas en el numeral 288 sobre espionaje¹⁴ que esta ley tiene un gran interés por aumentar la punición de los delitos de narcotráfico y crimen organizado, relacionando su comisión con otras acciones sin que exista un vínculo lógico que les una. Nuevamente señalamos, el bien jurídico tutelado la salud y seguridad pública, es el mismo y su lesión no depende de los medios informáticos utilizados para su organización o configuración.

Ante esta situación caben miles de cuestionamientos, el principal: ¿qué hace un “tipo penal” como el expuesto en el acápite de delitos informáticos y sus conexos? ¿De qué manera está acción vulnera un sistema o medio informático?

Comentarios Finales

La penalización de la utilización de un medio informático en la comisión de un delito puede alcanzarse a través de la determinación de una agravante en el tipo penal, sin necesidad de la creación de un nuevo delito informático. Tal es el caso de la reforma introducida por la ley en análisis al artículo 67 sobre corrupción, en donde se aumenta la pena (cuatro a diez años) “si el actor, utilizando las redes sociales o cualquier otro medio informático o telemático, u otro medio de

comunicación, busca encuentros de carácter sexual para sí, para otro o para grupos, con una persona menor de edad o incapaz; utiliza a estas personas para promover la corrupción o las obliga a realizar actos sexuales perversos, prematuros o excesivos, aunque la víctima consienta participar en ellos o verlos ejecutar”. Esto, pues resulta razonable una sanción mayor en atención al actual desarrollo de la informática y más aún de la telemática, dado que permiten una propagación masiva de la información.

Así, no puede pretenderse que toda aquella acción que involucre a un medio informático constituya un delito informático. A nuestra consideración estos se configurarán únicamente cuando exista una intromisión o alteración en el software de un ordenador que provoque una lesión sobre el mismo, y que dicha acción sea cometida con ese fin y con el objeto de obtener un beneficio propio con ello.

Si se sigue admitiendo la configuración de un delito penal en cuanto a su medio, en pocos años con el acelerado avance de la informática nuestros códigos penales estarán abarrotados de delitos informáticos, configurándose así un derecho penal de medios y no de fines, perdiéndose la esencia de la protección de cada bien jurídico.

Bibliografía

Chinchilla Sandí , C. (2004). *Delitos Informáticos. Elementos básicos para identificarlos y su aplicación* . San José: Farben Group Editorial Norma.

Davara Rodríguez, M. Á. (1997). *Manual de Derecho Informático*. Navarra: Aranzadi.

Salazar Rodríguez, A. (2008). *El Delito del Fraude por Computadora de acuerdo al 263a del Código Penal. Tesina para la Universidad de Valencia*. Valencia.

Alonso Salazar Rodríguez (asalazar@salazarabogados.net, Cel: 8833 8624)
Elizbeth Guerrero Barrantes (eguerrero@salazarabogados.net, Cel: 8304 8025)

¹⁴ Ver Comentario 2.

DERECHO EMPRESARIAL TRANSNACIONAL (Lex Mercatoria). ^{1/}

Dr. Víctor Pérez Vargas

En un hipotético caso, conocido como **el caso de los exploradores de cavernas**, escrito para la *Harvard Law Review*, en el año 1949, el Profesor Lon Fuller nos cuenta que unos espeleólogos habían quedado atrapados en una caverna. Una vez que fueron rescatados, se supo que a ellos se les había informado (por radio) que no podrían sobrevivir sin alimento, mientras los rescataban. Los exploradores relataron que ellos acordaron hacer una rifa y comerse al “ganador” del sorteo y así lo hicieron ^{2/} en cumplimiento del acuerdo aceptado por todos ellos; así sobrevivieron los restantes. Lo interesante del caso es el punto de vista de cada uno de los Magistrados sobre si el grupo de exploradores constituía un Ordenamiento autónomo.

En términos análogos, pero en la vida real, recordamos **el caso de los sobrevivientes de los Andes**, acaecido en 1972. El grupo, cuyo avión se había accidentado en las nieves de Los Andes, pudo sobrevivir durante 72 días y no morir por inanición, gracias a la decisión grupal de alimentarse de la

carne de sus compañeros muertos (práctica denominada antropofagia), quienes estaban enterrados en la nieve en las afueras del fuselaje. No fue una decisión fácil de tomar y, en un principio, algunos rechazaron hacerlo, si bien pronto se demostró que era la única esperanza de sobrevivir ^{3/}.

En estos dos ejemplos, desde el punto de vista del **monismo jurídico** del Derecho positivo estatal, los sujetos podrían ser culpables, pero desde el punto de vista del **pluralismo jurídico** podrían ser considerados inocentes.

Premisas teórico-generales: monismo y pluralismo.

Es importante partir de la contraposición entre **monismo y pluralismo**:

A La posición normativista, o monismo jurídico, que defiende la idea de que el término Derecho remite fundamentalmente a un conjunto (más bien, pirámide) de normas positivas, **de origen estatal**.

1 Conferencia inaugural. Congreso Jurídico Nacional sobre Derecho Empresarial. Colegio de Abogados de Costa Rica, 5 de noviembre de 2013. LEY ORGÁNICA DEL COLEGIO DE ABOGADOS No. 13 de 28 de octubre de 1941 y sus reformas. http://www.abogados.or.cr/index.php?option=com_content&view=article&id=56&Itemid=66 . Se aclara que en noviembre de 2012, la Comisión Especial de Asuntos Jurídicos de la Asamblea Legislativa aprobó una reforma parcial a la Ley Orgánica del Colegio de Abogados, para cambiar el actual nombre de la corporación Colegio de Abogados de Costa Rica por Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica. EXPEDIENTE N.º 18.490

2 Caso completo en español: <http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2011/10/filosofia02.pdf>

3 http://es.wikipedia.org/wiki/Vuelo_571_de_la_Fuerza_A%C3%A9rea_Uruguay

Una visión monista del derecho presupone que un sistema jurídico existe cuando las normas jurídicas son un producto exclusivo **del Estado**. Todas aquellas normas que están fuera del derecho estatal no pueden ser consideradas como Derecho ^{4/} (posición defendida por Kelsen y Hart).

B La posición institucionalista, o pluralismo jurídico, que afirma la coexistencia de diversos ordenamientos.

Ella pone en crisis el concepto mismo de Derecho; o, como se ha dicho: “pone en tela de duda el postulado dogmático jurídico (doctrinal) de la exclusividad y prevalencia del derecho oficial en la sociedad, al evidenciar la existencia de **otros órdenes jurídicos** igualmente determinantes de los comportamientos sociales” ^{5/}.

Desde el punto de vista de la teoría de conjuntos, podríamos visualizar sus intersecciones:

Para comprender adecuadamente el Derecho Transnacional, es necesario que nos desprendamos de una idea tradicional: la de que Ordenamiento Jurídico es solamente el Ordenamiento estatal.

Erlich

Si bien ya Durkheim ^{6/} empieza a mencionar un Derecho diversificado, fue el Profesor austriaco **Eugen Ehrlich** el primero en

hablar de un Derecho Viviente y de la posibilidad de una pluralidad de sistemas jurídicos coexistentes. Comprobó en sus viajes por las diversas regiones de Austria que “existen varios ordenamientos jurídicos en una misma sociedad”. Para Erlich, el Derecho no es necesariamente un producto del Estado. Señala que el punto central del Derecho no se encuentra en la legislación, ni en la ciencia jurídica, ni en la jurisprudencia. Se sitúa en la sociedad misma ^{7/} y lo que interesa es su vigencia social. Es de gran importancia su influencia sobre el realismo sociológico norteamericano particularmente sobre Roscoe Pound ^{8/}.

La anterior elemental constatación, denominada “**doctrina de la pluralidad de ordenamientos jurídicos**”, nos permitirá ubicar al Derecho Empresarial Transnacional como un ordenamiento jurídico más, relativamente independiente del estatal.

Santi Romano

El jurista italiano **Santi Romano** (que no era romano, sino siciliano) ha señalado que la pluralidad de sistemas jurídicos resulta de la **crisis de la hegemonía del Estado moderno**. El Estado moderno fue formado de la eliminación y la absorción de los órdenes jurídicos superiores e inferiores y de la monopolización de la producción jurídica. Si en un momento dado el Estado monopolizó la creación de la norma jurídica –sostiene Santi Romano–, no estamos lejos

de asistir a un proceso inverso. Lo que se llama **la crisis del Estado moderno** implica, precisamente, que muchos grupos sociales tienden a construirse cada uno una esfera jurídica independiente.

No obstante, el carácter un tanto sociológico de la teoría institucional del derecho de Santi Romano –pluralidad de sistemas jurídicos– tiene el mérito de habernos amplificado el horizonte de la experiencia jurídica más allá de las fronteras del Estado ^{9/}. En sus palabras: “tales Ordenamientos son posibles, no obstante las negaciones de quienes continúan aferrados al dogma de la estatalidad del Derecho” ^{10/}.

Cessarini Sforza

En modo semejante, **Cessarini Sforza** en su obra “*Il Diritto dei Privati*” nos explica la concurrencia del ordenamiento estatal con otros ordenamientos extra-estatales y de formas jurídicas que pertenecen al Derecho de los Particulares^{11/}. Él afirma la centralidad del elemento social en la experiencia jurídica ^{12/}.

También **Carbonnier** nos habla de fenómenos de pluralismo jurídico pero de fenómenos múltiples, de categoría diversas y concurrentes con el Derecho Estatal ^{13/}.

Como nos enseña don **Fernando Mora**, en su estudio Estructuralismo y Derecho, publicado en la Revista de Filosofía de la UCR: “Lo que llega a revestir trascendental importancia es la derivación de conclusiones que podríamos sintetizar con la expresión “*ubi Societas, ibi Jus*”. Es el fenómeno de agrupación con fines inmediatos organizativos y normadores tendientes a fines mediatos lo que origina un ordenamiento jurídico” ^{14/}.

En la Isla de la Desesperación (*Island of Despair*), como la llamó Daniel Defoe, no había sociedad ni había Derecho, hasta el momento en que **Robinson Crusoe**, un viernes, encontró a Viernes, a quien ayudó a escapar de una tribu caníbal y quien terminó siendo su siervo, bajo su jerarquía, a sus órdenes y según sus normas.

Caracteres de un Ordenamiento Jurídico

Si definimos un ordenamiento jurídico estructuralmente, encontraremos que para su existencia, al menos, requiere de algún grado de organización en la de toma de decisiones, de medios de solución de conflictos y de mecanismos de ejecución de las decisiones, muchos de los cuales nada tienen que ver con la coerción y coacción estatal.

4 <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1855/29.pdf>

5 <http://neopanopticum.wordpress.com/2012/09/01/dvila-sez-juana-apuntes-sobre-pluralismo-juridico/>

6 ROMERO PÉREZ, Jorge Enrique, La Sociología del Derecho en Max Weber. UCR, 1975, p 90

7 http://www.la-razon.com/suplementos/la_gaceta_juridica/Origenes-pluralismo-juridico1_0_1691230963.html

<http://www.arnaldomartinez.net/sociologia/unidad02.pdf>

8 ROMERO, op.cit., p 92

9 http://www.la-razon.com/suplementos/la_gaceta_juridica/Origenes-pluralismo-juridico1_0_1691230963.html

10 ROMANO, Santi. Fragmentos de un diccionario jurídico, EJEA, Buenos Aires, 1964, p 54

11 CESSARINI SFORZA, Widar, Il Diritto dei Privati, Giuffrè, Milano, 1963, p. 18

12 http://paduaresearch.cab.unipd.it/3296/1/tesi_dottorato_definitiva_-_STEFANO_FAVARO.pdf

13 CARBONNIER, Jean, Sociologie juridique París, P.U.F., 1994, pp. 358 y 359 cit p. Sanchez Castañeda <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1855/29.pdf>

14 MORA, Fernando. Estructuralismo y Derecho.

<http://inif.ucr.ac.cr/recursos/docs/Revista%20de%20Filosof%C3%ADa%20UCR/Vol.%20XI/No.32/Estructuralismo%20y%20Derecho%20.pdf>

Todos estos caracteres los reúnen varios ordenamientos no estatales:

El Derecho transnacional de los gitanos.

Las leyes gitanas son orales, y están presididas por los mayores, la falta de un código de derecho escrito, no implica su inexistencia; Al ser las leyes orales, los límites que marcan la diferencia entre lo que es ley (regla impuesta, de obligado cumplimiento) y lo que es norma o costumbre (práctica de uso común entre los miembros de un grupo), son a menudo indiferenciados ^{15/}. Su vigencia trasciende las fronteras nacionales.

En algunos casos, este ordenamiento y el ordenamiento estatal entran en conflicto, como en la reciente expulsión de gitanos en Francia ^{16/}.

También el **Derecho Indígena** ha sido reconocido como Ordenamiento autónomo: Nuestra propia Ley Indígena de 1977 reconoce que las comunidades indígenas no son entidades estatales (artículo 2) ^{17/} y hace dos años. un fallo de Casación

^{18/} se basó en el Convenio 169 de la OIT denominado Convenio sobre protección de pueblos indígenas y tribales en países independientes”, que adoptó Costa Rica en noviembre de 1992, el cual “determina, con carácter de instrumento internacional de derechos humanos, tanto los derechos fundamentales de los indígenas, individual y colectivamente, como **la existencia y reconocimiento del derecho indígena, en cuanto orden jurídico válido, que se sustenta en su probado poder de autodeterminación originario**, el cual ha sido capaz de sobrevivir generando su propio **ordenamiento autónomo**, que ha sido elevado al rango constitucional reconocido en el marco de los Derechos Humanos” ^{19/}.

La FIFA, por su parte, constituye el ordenamiento jurídico transnacional del mundo del fútbol ^{20/} con sus principios (como el principio de separación de poderes), su órgano legislativo (el Congreso, conformado por todas las asociaciones nacionales ^{21/}) sus normas (Estatutos, Código Disciplinario), sus órganos jurisdiccionales (la Comisión Disciplinaria y la Comisión de Apelación, según el art. 43 de los Estatutos ^{22/}, la

15 (<http://www.imninalu.net/Rom-gitanos.htm>)

16 Aunque también, en Costa Rica, encontramos análogas xenofobias, formalizadas en un “histórico” decreto de 1942 del Dr. Rafael Ángel Calderón Guardia (La Gaceta N. 94 de 5 de mayo de 1942, pag. 685, Decreto N. 4): Artículo 41: “No serán admitidos en el país y por consiguiente deben ser rechazados... a) los de raza negra, chinos, árabes, turcos, sirios, armenios, gitanos, etc. (sic) b) los que padezcan enfermedades mentales, venéreas... c) los tahures, vagos, rateros... d) los mendigos, valetudinarios o los que tuvieren un impedimento físico ...”

17 CHACÓN, Rubén. Disposiciones Jurídicas. Normas Jurídicas que tutelan los derechos de los pueblos indígenas, ISOLMA, P. 57.

18 Res: 2010-001633 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las nueve horas. Área de Prensa Departamento de Prensa y Comunicación Poder Judicial, 6 julio de 2011

19 Sobre pluralismo jurídico y Derecho Indígena v. <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/der-echoconstitucional/2010/09/29/pluralismo-juridico-y-derecho-indigena>

20 <http://es.fifa.com/aboutfifa/news/newsid=1520722/index.html>

21 <http://es.fifa.com/aboutfifa/organisation/bodies/index.html>

22 <http://es.fifa.com/aboutfifa/organisation/footballgovernance/disciplinarycode.html>

Comisión de Ética y la Cámara de Resolución de Disputas), sus árbitros y sanciones y sus contrataciones particulares. La FIFA gobierna, a través de sus seis Confederaciones divididas por continentes (La AFC en Asia, la CAF en África, la Concacaf en Norteamérica, Centroamérica y el Caribe, la Conmebol en Sudamérica, la UEFA en Europa y la OFC en Oceanía ^{23/}), a las Federaciones de fútbol de todo el planeta ^{24/}.

Al mismo tiempo, **el Ordenamiento Canónico**, para los católicos (que son los sujetos de ese ordenamiento), también tiene estos elementos: principios y normas transnacionales, sanciones, centros de toma de decisiones y mecanismos de solución de controversias. La Iglesia católica está dotada de una organización propia y de un ordenamiento jurídico específico. Este sistema de Derecho es comúnmente conocido como Derecho Canónico, haciendo alusión a una de sus principales fuentes normativas: los cánones o acuerdos conciliares. El Derecho Canónico constituye un ordenamiento jurídico: cuenta con sus propios tribunales, abogados, jurisprudencia, códigos completamente articulados e incluso con principios generales del derecho y diversas ramas: Derecho Canónico constitucional,

Derecho Canónico fundamental, Derecho Canónico administrativo, Derecho Canónico penal, Derecho Canónico procesal, Derecho Canónico sacramental y Derecho Canónico matrimonial ^{25/}.

La MAFIA, con sus principios (antijurídicos desde el punto de vista del ordenamiento estatal, pero vigentes en el ordenamiento mafioso) de “omertá” (silencio), “vendetta” (venganza) y “onore” (honor) constituye otro ordenamiento jurídico no estatal ^{26/} transnacional ^{27/} con su propia normativa ^{28/}, si bien –aclaro- parte de la doctrina no acepta este uso tan amplio de la palabra Derecho.

Todos estos ordenamientos jurídicos, el gitano, el indígena, la FIFA, la MAFIA y la Iglesia no son ordenamientos estatales. Lo mismo ocurre con el Derecho Empresarial Transnacional, que paso de inmediato a analizar.

Antecedentes del Derecho Empresarial Transnacional

El proceso de formación del Derecho transnacional es doblemente milenar y ha marchado al paso de la historia occidental.

23 <http://es.fifa.com/aboutfifa/organisation/confederations/>

24 <http://hayderecho.com/2012/08/22/los-estados-fantasma-que-rigen-el-futbol-internacional-fifa-y-uefa/>

25 sobre el Ordenamiento Jurídico Canónico v. <http://books.google.co.cr/books?id=5Kg4t3MPTLkC&pg=PA342&lpg=PA42&dq=Iglesia+como+ordenamiento+jur%C3%ADdico&source=bl&ots=cJvJt1HGqr&sig=BwUfi22beGLdUAsFh6TIIBgXHEg&hl=en&sa=X&ei=76JRu2UC5DA9gSnrIGgCg&ved=0CDMQ6AEwAQ#v=onepage&q=Iglesia%20como%20ordenamiento%20jur%C3%ADdico&f=false>

26 Sobre la MAFIA como Ordenamiento v.

<http://books.google.co.cr/books?id=hzbFzqngURQC&pg=PA60&lpg=PA60&dq=mafia+ordenamiento+jur%C3%ADdico&source=bl&ots=kPUvSmSfdu&sig=zEmzNNMsP0D7BmnMExy3t7Q4huM&hl=en&sa=X&ei=N6JRUoifJYTc9ATp9oHwDQ&ved=0CEcQ6AEwAw#v=onepage&q=mafia%20ordenamiento%20jur%C3%ADdico&f=false>

27 La Sociedad Mexicana de Criminología ha hablado de delincuencia organizada transnacional. <http://www.youtube.com/watch?v=7qKd8P7RGTQ>

28 <http://cosanostra-hlat.jimdo.com/reglamento-mafioso/>

Ya desde la antigüedad griega y romana se reconocían, como de aceptación universal, algunos principios y reglas, cuya vigencia se mantiene hoy día.

Fue, sin embargo, en la Edad Media que comenzaron a desarrollarse con mayor fuerza diversos principios e instituciones que persisten en nuestro tiempo y es ahí donde se encuentran los orígenes de la *LEX MERCATORIA*.

Ya en la Edad Media se desarrolló la transnacionalidad del Derecho Comercial:

En el siglo XI aparecen las primeras RECOPIACIONES de usos marítimos, Consuetudines de Génova (anteriores a 1056), Consuetudines usus de Pisa, Liber consuetudum de Milán (de 1216), Las Tablas Amalfitanas, en Amalfi, en el mar Tirreno (Tabula Amalfitana) en todas las cuales se repetían viejas instituciones que se remontaban a las Leyes de la Isla de Rodas, (como la Ley de la Echazón) y al Digesto Romano (como el Foenus Nauticum, base del préstamo a la gruesa, todavía presente en nuestra Ley de 1853, vigente aun en materia marítima, según disposiciones “generales y transitorias” del Código de Comercio de 1964^{29/}).

En las Ferias se daban verdaderas exposiciones “universales” de ventas al por mayor. La feria más importante en el siglo XIII fue la de Champaña, donde se construyeron

casas de alojamiento y bodegas. Aparece aquí ya el sistema de compensaciones, hoy CLEARING y muchas normas. El Derecho de las Ferias, los usos de los mercaderes, era aplicado, sin formalidades, por el Tribunal de Feria.

Con el renacimiento de los estudios jurídicos en las Universidades se comienza a desarrollar el concepto de *LEX MERCATORIA*, que precisamente comprendía las costumbres de los mercados y ferias, así como las costumbres marítimas relacionadas con el comercio.

Los propios comerciantes administraban la Justicia.

Muchas son las figuras del Derecho Comercial que surgen en este período (Los DEPÓSITOS COMERCIALES, los SEGUROS, la LETRA DE CAMBIO, la CUENTA CORRIENTE MERCANTIL y otras más).

Esta *Lex Mercatoria* Medieval:

1. Era transnacional^{30/}, universal (junto con el Derecho Canónico y el Derecho Civil Romano en aquel momento), más allá de los límites nacionales
2. Tenía por principal fuente las costumbres mercantiles
3. Era administrada, no por jueces profesionales, sino por los propios

29 Artículo I. Se derogan el Código de Comercio emitido por la Ley N° 2797 de 4 de agosto de 1961, cuya vigencia quedó en suspenso y el Código de Comercio emitido por decreto de 6 de junio de 1853 y sus reformas, excepto el LIBRO TERCERO: DEL COMERCIO MARITIMO, en tanto no se dicte la legislación correspondiente

30 BERMAN, Harold, International Commercial Transaction, U.S.A. materials for use of students at Harvard Law School, folleto mimeografiado, 1978. V. tamb. SOLANO PORRAS, Julián, La Lex Mercatoria, Revista Judicial, N. 76, Corte Suprema de Justicia.

comerciantes (los *Consules Mercatorum* de la *Curiae Mercatorum*^{31/})

4. Desarrolló procedimientos informales y expeditos
5. Se desligó del formalismo romano
6. Regulaba también a los que se relacionaban con los comerciantes (proveedores y consumidores)

Todo este Derecho Transnacional medieval decayó con la afirmación de los Estados nacionales después del Renacimiento aunque, de alguna manera, sus normas perduraron en las legislaciones nacionales y en los mismos códigos decimonónicos. Son paradigmáticas las Ordenanzas del Comercio (1673) y de la Marina (1861) de Luis XIV y de su ministro Colbert.

La nueva Lex Mercatoria: Derecho Privado Transnacional

Hoy, asistimos una nueva transnacionalidad del Derecho Comercial, al surgimiento de un **Derecho Privado Global**, especialmente con el desarrollo del comercio electrónico acelerado por el uso de medios informáticos, las ventajas del uso de las telecomunicaciones y las redes de comunicación, que no tiene límites políticos ni geográficos, a la **aldea global** profetizada desde 1962 por Marshall McLuhan, en la sociedad de la información de nuestros días^{32/} donde, por causa de Internet,

la revolución informática y la comunicación satelital, en esta **tribu planetaria** (expresión también de Macluhan), se hace cada vez más realidad el **efecto mariposa**, inspirado en el proverbio oriental (divulgado inicialmente en materia ambiental): “el aleteo de una mariposa puede desatar una tormenta”.

Presenciamos y protagonizamos el surgimiento de una **“Nueva Lex Mercatoria” global**, constituida, fundamentalmente, por los principios mercantiles, que han ido desarrollándose a partir de usos y costumbres y de reglas implícitas entre los comerciantes; una nueva Lex administrada en gran medida por la jurisdicción arbitral escogida por los propios comerciantes, especialmente la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, con sede en París, la London Court of International Arbitration (LCIA) y la American Arbitration Association (AAA), todas ellas con procedimientos informales en comparación con el Derecho Procesal de los estados.

Además del DERECHO EMPRESARIAL de origen estatal (empresarial tributario, empresarial laboral, empresarial penal), existe un DERECHO EMPRESARIAL **no estatal**, sino **transnacional y global** (Derecho Empresarial Transnacional o, en expresión de DRAETA, “Derecho Transnacional del Comercio Internacional”^{33/}) que **es el Derecho de la globalización** de los contratos privados, o el Derecho Privado Global o planetario.

31 V. GUILLÉN JIMÉNEZ, Daniel, La Lex Mercatoria, Revista Judicial, San José, N. 89 http://sitios.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/archivos%20actuales/documents/revs_juds/rev_jud_89/Introducci%C3%B3n%20a%20la%20Lex%20Mercatoria.htm

32 v. González Bolaños, Karla. La Contratación Electrónica a la luz de la teoría general del contrato imperante en la legislación costarricense, Facultad de Derecho, UCR, Setiembre, 2013

33 DRAETA, Il diritto dei contratti internazionali, CEDAM, Padova, 1984, p. 2 y 10

El Derecho Empresarial Transnacional (o Nueva *Lex Mercatoria*) actual es el conjunto de normas de origen consuetudinario, **no Estatal**, regulador de los contratos comerciales internacionales de las empresas, en ausencia de un Derecho Nacional aplicable, o para complementar éste, o porque las partes lo hayan escogido expresamente, o porque los árbitros así lo hayan determinado.

Este Ordenamiento transnacional es reconocido, a menudo, a nivel interno, por la jurisprudencia. En un caso de ejecución de un laudo inglés no motivado, la Corte de Casación italiana, en sentencia de 8 de febrero de 1982. N. 722 resolvió negarle el Exequátur, afirmando que la costumbre exige que un laudo sea motivado; un laudo no motivado es contrario a un principio de la *Lex Mercatoria*. La Corte italiana resolvió mencionando el Derecho transnacional de la comunidad de los operadores del comercio ^{34/} y no el Derecho italiano.

Este Derecho transnacional ha sido definida por **Frignani** como “El cuerpo de reglas e institutos relativos al comercio internacional, comúnmente aplicados por los comerciantes con la conciencia de que se trata de reglas jurídicas, o al menos de que los demás contratantes se comportarán observando las mismas reglas” ^{35/}.

En palabras del colega Ignacio García: “Pareciera que el Estado Moderno empieza a desplazarse hacia nuevas formas sociales. Una de estas redes de comunicación

paralelas es la ley de los comerciantes, o “*Lex Mercatoria*” ^{36/}.

Si bien es cierto que en definitiva podría ser la jurisdicción de algún Estado la que dotaría de validez y eficacia (mediante el **Exequátur**) a un laudo extranjero, la verdad es que el Derecho Empresarial Transnacional configura en sí mismo un ordenamiento, con reglas propias supranacionales, con jurisdicción no estatal, con sanciones propias (por lo que los laudos suelen ser cumplidos voluntariamente) y con un sistema de producción de normas propio e independiente de cualquier sistema estatal.

¿Cuándo se aplica?

El Derecho Empresarial Transnacional (como Ordenamiento no estatal) tiene vigencia en varias situaciones posibles:

Cuando los particulares crean contratos atípicos, que son iguales en todo el mundo (leasing, franchising)

Cuando las partes siguen los usos y costumbres comerciales transnacionales

Cuando las partes adoptan, como *Lex Contractus*, alguna de las diversas recopilaciones de usos y costumbres comerciales (INCOTERMS, REGLAS YORK AMBERES, por ejemplo)

Cuando las partes se someten a un arbitraje internacional bajo los Principios de UNIDROIT

Cuando los árbitros deciden desvincular un caso de las leyes estatales de las partes contendientes; desde 1969, se ha hablado de la aplicabilidad de un Derecho ANACIONAL ^{37/}, identificado con la *Lex Mercatoria*.

¿Cuál es el objeto del Derecho Empresarial Transnacional?

El objeto de regulación del **Derecho Empresarial Transnacional** está constituido por los contratos del comercio internacional.

¿Cuál es el contenido del Derecho Transnacional?

Los ejemplos son numerosos; los encontramos en las costumbres bancarias, en las costumbres marítimas, en la contratación aeronáutica y, prácticamente, en todos los ámbitos del comercio internacional.

UN EJEMPLO: **La IATA** ^{38/}

En buena medida, la globalidad actual de esta “**nueva Lex Mercatoria**” se debe, en lo

³⁷ “el infrascrito árbitro no considera necesario decidir si es aplicable al contrato que se somete un sistema particular de derecho nacional” (1972, CASO C.C.I. 2151, cit. DERAIS, p. 72 y de 1971, CASO C.C.I. 1512).

“El árbitro internacional carece de una *Lex fori* de la que pueda tomar las normas de conflicto de leyes” (1971, CASO C.C.I. 1512).

“...los árbitros no pueden recurrir a tales normas en la medida en que su poder no lo reciben de ningún Estado” (1970, CASO C.C.I. 1776).

En un caso donde el actor era francés y el demandado sueco :

“Las partes no indicaron en sus acuerdos ni en su correspondencia el derecho nacional que llegado el caso estimaban debería aplicarse a sus relaciones o a sus desavenencias. De este modo han otorgado implícitamente al árbitro la facultad y el poder de aplicar a la hora de interpretar sus obligaciones las normas del derecho y en sus defecto, los usos del comercio” (1969 CASO C.C.I. 1641 71 Véase además : de 1969, CASO C.C.I. 1641 Cit. p. DERAIS, p. 70).

“La conducta posterior de las partes, por ejemplo el haber sometido sus disputas a las reglas de la I.C.C. es una clara evidencia y confirmación de que las partes estaban a favor de la “deslocalización” de la resolución de la disputa... escoger el arbitraje comercial internacional tiene un efecto “deslocalizante” en el Derecho aplicable” (Caso C.C.I. 7110 de 1995,98 y 99).

“Seis de los nueve contratos contienen la expresión “justicia natural”. “reglas de justicia natural” en relación con la resolución de la disputa mediante arbitraje... El hecho de que los contratos estén en inglés no es decisivo, dado que el inglés ha llegado a ser un instrumento internacional para expresar los términos y condiciones de sofisticadas transacciones...”

(Caso C.C.I. 7110 de 1995,98 y 99).

“Las referencias a “la justicia natural”, “reglas de justicia natural” encontradas en la mayoría de los contratos, deben ser uniformemente interpretadas como relativas no solamente a la justicia procesal, sino al especial tipo de justicia sustancial que las partes tuvieron en mente, sobre la base de la neutralidad de la ley aplicable al mérito” (Caso C.C.I. 7110 de 1995,98 y 99).

“...los árbitros no están ligados a las reglas estrictas de un derecho nacional cuando se trata de determinar si, y en que medida, los usos del comercio pueden aplicarse, eventualmente en sustitución de normas dispositivas de la ley... esto permite a los árbitros atribuir un lugar más importante a los usos del comercio y en consecuencia, a las reglas consuetudinarias establecidas a nivel internacional... Naturalmente, todo esto se aplica cuando se trata de verdadero usos : esto es, de usos ampliamente conocidos y regularmente observados en el ramo considerado : debe establecerse que se trata de reglas que las personas comprometidas en el comercio internacional (y particularmente en el ramo en cuestión) consideran aplicables, sin ninguna necesidad de referencia expresa, porque ellas han llegado a ser obligatorias como consecuencia de un uso continuado...” (Caso C.C.I. 8873 de 1997).

³⁸ En 1929 , el 28 de agosto se fundó en La Haya, la denominada International Air Traffic Association. En abril de 1945 se fundó una nueva organización en La Habana, con los nombres de Association du Transport Aérien o bien International Air Transport Association. Matuvo ella las siglas de su predecesora de 1929.

³⁴ http://www.nissardi.it/DCI/01_fonti/Cass%20722-1982.pdf

³⁵ FRIGNANI, Aldo. *Il Diritto del Commercio Internazionali*, IPSOA, 1986, p. 25

³⁶ GARCÍA, Ignacio. *Lex Mercatoria, pluralismo jurídico y globalización. El Monopolio del Derecho por parte del Estado*. Revista Judicial, San José, N. 92, p. 159

material, al desarrollo del transporte aéreo, al acortamiento de distancias por medio del vuelo, a los rápidos avances de la llamada “era del Jet” y, en lo jurídico, a nuevas formas de contratación entre las mismas empresas aéreas, a los llamados acuerdos de cooperación y especialmente a la I.A.T.A. (International Air Traffic Association y, en modo subsiguiente, a su reformulación en la “International Air Transport Association”), que busca dictar pautas uniformes, evitar la competencia desleal, establecer medidas de seguridad, en relación con pasajeros o mercancías peligrosas ^{39/} así como condiciones de embalaje ⁴⁰ y discutir problemas específicos, además, brinda el servicio de “cámara de compensación”. Esta organización funciona como fuente de prácticas, pues sus acuerdos se incorporan en los documentos de transporte.

La I.A.T.A. ^{41/} es, a la vez, un centro de intercambio, un foro de debates y un organismo de control, que defiende los intereses de sus miembros, a la manera como lo hacen las Conferencias Marítimas.

Desde el punto de vista de la “nueva Lex Mercatoria”, el fenómeno I.A.T.A. nos evoca el desarrollo medieval de las organizaciones de los propios comerciantes, pues representa una manifestación del llamado “Derecho de los Particulares” (*diritto dei privati*) fruto -al margen del Estado- de los usos de los

propios operadores del comercio, quienes crean y administran sus propias reglas. Todos estos caracteres nos recuerdan las organizaciones de comerciantes medievales (Hansas, Gremios y Corporaciones) que establecían sus propias reglamentaciones internas, tenían sus propios foros y tribunales y defendían a sus asociados

¿Cuáles son las fuentes del Derecho Empresarial Transnacional?

Se habla, en la doctrina italiana, de tres categorías de fuentes de este Derecho:

- a) **Los Principios generales de Derecho**
- b) **Los usos y costumbres**
- c) **Las reglas establecidas por la jurisprudencia arbitral internacional** ^{42/}

a) --- Los Principios

Los Principios de UNIDROIT para los contratos comerciales internacionales

Son muchos los laudos internacionales que afirman que la Lex Mercatoria se encuentra

39 IATA / OACI Regulaciones para el transporte de mercancías peligrosas 2010

40 Existen condiciones generales relativas a los embalajes e instrucciones de embalaje que, conjuntamente, tienen por objeto garantizar la seguridad del transporte de mercancías peligrosas por vía aérea. IATA / OACI Regulaciones para el transporte de mercancías peligrosas 2010. PEREZ UMAÑA, Daniel. El valor negocial de las indicaciones en el embalaje, Facultad de Derecho, U.C.R. 2006 y PÉREZ VARGAS, Víctor. El Contrato de Transporte Aéreo Internacional. Revista IVSTITIA, Año 15, N 175-176. Pág. 29

41 Dirección: 1155, Mansfield St, Montreal, Canada y 20m Chemin de Joinville, B.P., 160, 1216 Cointrin SUISSE. 61 oficinas en 59 países. Oficina central: Montreal, Canadá. Oficina Ejecutiva: Ginebra, Suiza. Oficinas regionales en Amman, Beijing, Bruselas, Johannesburgo, Madrid, Miami, Moscú, Singapur, y Washington.

42 FRIGNANI, op.cit. p. 26

“codificada” en los PRINCIPIOS DE UNIDROIT y las disposiciones contenidas en estos han sido aplicadas en numerosos casos, como un verdadero Código transnacional vigente, como lo demostró Rosemarie McLaren en su tesis de grado ^{43/}.

En algunos laudos costarricenses se ha justificado, del siguiente modo, la aplicación de Los Principios, como doctrina:

Por ejemplo:

“Sin que constituya una aplicación de Derecho no pactado ni invocado por las partes, sino por su valor doctrinario ... 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 redundará 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

5. Más que vagos principios, ellos proporcionan reglas específicas útiles” ^{44/}.

b) --- Los usos y costumbres

Muchos de ellos recopilados:

“...las prácticas, los usos y las costumbres son registrados, recopilados y publicados, como consecuencia de su divulgación, aceptación por los particulares, asunción como textos dotados de autoridad por organismos, profesionales y empleo como referencia por los órganos jurisdiccionales y comienzan a tomar una jerarquía normativa no promulgada” ^{45/}.

ALGUNAS RECOPIACIONES de usos y costumbres globalmente utilizadas:

Tenemos, en primer lugar, los INCOTERMS, en sus diferentes ediciones

Los INCOTERMS (acrónimo) son recopilaciones de **términos** del comercio

43 McLaren Rosemarie, Los Principios de UNIDROIT en la Jurisprudencia Comercial Internacional, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 2003.

44 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.

45 marzoRATTI, Lex Mercatoria, separata, p. 7

internacional con los que se expresan las obligaciones de compradores y vendedores. Constituyen verdaderas normas usualmente establecidas en los contratos de compraventa internacional, con el fin de brindar el orden y la seguridad jurídica que requieren las transacciones.

Como explica Paula María Chavarría, los INCOTERMS, en sus distintas versiones, regulan distribución de los gastos, transmisión de los riesgos, lugar y forma de entrega y diligencias documentales ^{46/}.

También podemos mencionar las diversas reglas y usos uniformes sobre prácticas bancarias de la CCI, por ejemplo:

LAS REGLAS UNIFORMES SOBRE LAS GARANTÍAS CONTRACTUALES DE LA CCI

Reglas Uniformes sobre Cobranzas (Cámara de Comercio Internacional)

Reglas Uniformes para garantías a la vista. Cámara de Comercio Internacional

Hace CUATRO MESES:

La Cámara de Comercio Internacional (ICC) aprobó las obligaciones de pago bancario, vigentes desde el 1° de julio pasado. Implica un compromiso irrevocable del banco del importador de transferirle los fondos al banco del exportador ⁴⁷.

46 V. Chavarría, Paula María, Los INCOTERMS 2010, Revista Judicial 107, junio 2013

47 La publicación de la ICC que regula este medio de pago se denomina URBPO 750E (Uniform Rules for Bank Payment Obligations, o Reglas Uniformes para Obligaciones de pago Bancario) y consta de 16 artículos. <http://www.lanacion.com.ar/1611737-un-nuevo-medio-de-pago>

48 VALENCIANO, Carlos, La avería gruesa, Tesis UCR, 2008

Otro ejemplo de recopilación de usos son las REGLAS YORK-AMBERES ^{48/} que regulan la avería gruesa o avería general.

La avería gruesa o avería general (“**general average**”) no es una pérdida o daño total, sino un sacrificio parcial de los intereses de la aventura marítima para salvar ésta. La avería gruesa, cuyos orígenes se encontraban en la Ley Rodia de la echazón es una institución propia de la **Lex Mercatoria**, prácticamente admitida en toda la historia occidental y en todas las naciones. Su regulación actual se encuentra en las Reglas York Amberes 2004.

Existe un acto de avería gruesa cuando y únicamente cuando, intencional y razonablemente, se hace o se incurre en un sacrificio o gasto extraordinario para la seguridad común, con el objeto de preservar de un peligro las propiedades comprometidas en una aventura marítima común”. De lo expuesto, resultan sus elementos:

1. Sacrificio o gasto extraordinario
2. Intencional y razonable
3. Para la seguridad común
4. Preservación de un peligro
5. Aventura marítima común.

Se entiende, además, que el resultado haya sido exitoso, por ejemplo que gracias a la echazón de carga al mar se haya podido salir de una tempestad.

En la Conferencia del Comité Marítimo Internacional, en Vancouver, en junio 2004,

se aprobó una nueva redacción de las Reglas de York y Amberes, que supone reformas significativas respecto a la versión anterior de 1994 ^{49/}.

Usos no recopilados

En cuanto a los usos no recopilados, queda la tarea del intérprete de determinarlos y de verificar su relevancia

c) ---La jurisprudencia arbitral, particularmente, la de la Cámara de Comercio Internacional

Ha sido la jurisprudencia arbitral la que se ha encargado de afirmar algunos principios del Derecho Transnacional

Algunos de los principios jurisprudencialmente afirmados por la jurisdicción arbitral de la C.C.I., en muchos casos, en aplicación de los Principios de UNIDROIT, han sido ^{50/}:

La autonomía de la cláusula arbitral ^{51/} y su interpretación restrictiva, en oposición a la doctrina norteamericana denominada “*favor arbitration*”. ^{52/}

La competencia del árbitro para decidir sobre su propia competencia.

La resarcibilidad de la pérdida de chance.

La presunción de competencia

profesional, en lo que se refiere a los vicios de la voluntad y a la excesiva onerosidad sobreviniente.

La no indemnizabilidad de los daños imprevisibles.

Los deberes de comunicación y cooperación entre las partes contractuales.

La buena fe, en la formación y ejecución del contrato

Los deberes de evitar daños a la contraparte; los *Schadenverhütung Pflichten* de la doctrina alemana ^{53/}.

El respeto al fin del contrato.

Para concluir:

El **Derecho Empresarial Transnacional**, la *Lex Mercatoria*, configura en sí mismo un ordenamiento, con reglas propias transnacionales, con jurisdicción no estatal, con sanciones propias y con un sistema de producción de normas independiente de cualquier sistema estatal.

Este Ordenamiento Jurídico Transnacional, en estrecha intersección y coexistencia espacio temporal con todos los ordenamientos nacionales y con otros no estatales es el **nuevo Derecho Privado planetario**.

Muchas gracias.

49 <http://iidmaritimo.org/instituto/wp-content/uploads/2013/07/LA-AVER%C3%8DA-GRUESA-EN-ESTADO-DE-AVER%C3%8DA1.pdf>

50 Un mayor desarrollo de este aspecto en mi trabajo: PÉREZ, Vargas, Víctor. La continuidad entre La Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercancías, los Principios de UNIDROIT para los Contratos Comerciales Internacionales, la Jurisprudencia de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional y la Jurisprudencia Arbitral Costarricense. Revista Judicial, N 96, Corte Suprema de Justicia, junio, 2010. http://sitios.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/archivos%20actuales/documents/revs_juds/rev_jud_96/principal.html

51 Sus orígenes se remontan al caso: Prima Paint Corporation vs Flood and Conklin Manufacturing Co. U.S. Supreme Court, 12 de junio de 1967 -388 US 396 1967, Yearbook on Commercial Arbitration T. II, 1977, p 123, cit p. HUYS, op.cit., p.486. V. también SANDERS, Peter, Trends in the field of international commercial arbitration, recueil des cours de l'Academoe de Droit International de La Haya, 1975-II, Sithof, Leyden, 1976, p 215.

52 DERAINS, Ives, Jurisprudencia Arbitral, Clunet, 1974, p. 938

53 http://vds.de/fileadmin/vds_publikationen/vds_3427_web.pdf

BIBLIOGRAFÍA

ASCARELLI, Tulio, *Iniciación al estudio del derecho Mercantil*, Bosch, Barcelona.

BERMAN, Harold, *International Commercial Transaction, U.S.A. materials for use of students at Harvard Law School*, texto mimeografiado, 1978.

The UNIDROIT Principles as a Means of Interpreting and Supplementing International Uniform Law. Special Supplement, I.C.C. International Court Bulletin, June, 2002

BORTOLOTTI, Fabio, *Diritto dei contratti internazionali*, Cedam Padova, 1997

BLACK'S Law Dictionary, West Publishing Co. St. Paul, Minnesota, 1979

BROSETA PONT, Manuel, *Manual de Derecho Mercantil*, Editorial Tecnos, Madrid, 1978

CHACÓN, Rubén. *Disposiciones Jurídicas. Normas Jurídicas que tutelan los derechos de los pueblos indígenas*, ISOLMA, P. 57.

CHAVARRÍA, Paula María, *Los INCOTERMS 2010*, Revista Judicial 107, junio 2013

DAVID, René, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, Biblioteca Jurídica Aguilar, Madrid, 1973

DAVID, René, *Tratado de Derecho Civil Comparado*, Editorial revista de Derecho Privado, Madrid, 1953.

DERAINS, Yves, *Jurisprudencia arbitral de la Cámara de Comercio Internacional*, Gráficas Morales, Madrid, 1985

DERAINS, Yves, *Jurisprudencia Arbitral*, Clunet, 1974

FERNANDEZ QUESADA, José Rafael. *Los términos del comercio internacional. INCOTERMS*. Iustitia, San José, 1987.

FOUCHARD, Philippe, *L'arbitrage commercial international*, Paris, Librairie Dalloz, s.n.e., 1965.

FRIGNANI, Aldo, *Il Diritto del Commercio Internazionale*, Torino, IPSOA Informatica, s.n.e., 1986.

GALGANO, Francesco, *Storia del diritto commerciale*, Il Mulino, Bologna, 1976.

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

GARRIGUES, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil*, I, Madrid 1976

GOMEZ RODAS, Carlos, *Apuntes sobre arbitraje comercial internacional*. Revista de Ciencias Jurídicas, N. 64 San José, setiembre-diciembre de 1989

GONZÁLEZ BOLAÑOS, Karla. *La Contratación Electrónica a la luz de la teoría general del contrato imperante en la legislación costarricense*, Facultad de Derecho, UCR, Setiembre, 2013 ICC INTERNATIONAL COURT OF ARBITRATION BULLETIN, vol 10/N° 2- Fall 1999.

GUILLÉN JIMÉNEZ, Daniel, *La Lex Mercatoria*, Revista Judicial, San José, N. 89 http://sitios.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/archivos%20actuales/documents/revs_juds/rev_jud_89/Introducci%C3%B3n%20a%20la%20Lex%20Mercatoria.htm

JACQUT, Jean Michel y DELEBECQUE, Philippe. *Droit du Commerce International*, Salloz, 2000, París

KOZOLCHYK, Boris, *Cartas de crédito electrónicas. Estudios de Derecho bancario. La Ley S.A.*, Madrid, 1994 LE GOFF, *Mercaderes y Banqueros en la Edad media*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1975.

MAC LAREN, Rosemarie, *Los Principios de UNIDROIT en la Jurisprudencia Comercial Internacional*, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 2004

MALAGARRIGA, Carlos, *Tratado elemental de Derecho Comercial*, TEA, Buenos Aires, t. I, 1963.

MARQUEZ NARVAEZ, José Ma. *Medios de Pago en la Compraventa Internacional*. Manual Práctico, Madrid, 1993.

MATUTE MORALES, Claudia, *Los Principios Jurisprudenciales de la Cámara de Comercio Internacional en Arbitraje Comercial*. Revista Judicial, N. 80

MERRYMAN, J.H., *La Tradición jurídica romano canónica*, Fondo de Cultura económica, México, 1980.

MONTOYA ALBERTI, Lex Mercatoria, capítulo XI de *El arbitraje Comercial Internacional*, Cultural Cuzco, Lima, 1988

MORA, Fernando. *Estructuralismo y Derecho*. <http://inif.ucr.ac.cr/recursos/docs/Revista%20de%20Filosof%C3%ADa%20UCR/Vol.%20XI/No.32/Estructuralismo%20y%20Derecho%20.pdf>

MORA, Fernando, *La Ley modelo sobre arbitraje comercial internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)*, Revista de Ciencias Jurídicas N. 64, setiembre-diciembre de 1989

NASSAR GUIER, Edgar, *El marco jurídico del contrato de compraventa internacional*. Revista de Ciencias Jurídicas, N. 84, mayo-agosto de 1997

PÉREZ VARGAS, VÍCTOR y PÉREZ UMAÑA, Daniel - PEREZ VARGAS, Víctor. *"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. *El Contrato de arbitraje en el comercio internacional*. Revista judicial N. 40, marzo, 1987

PEREZ VARGAS, Víctor, *El Contrato de franquicia comercial*. Revista Judicial N. 56.

PEREZ VARGAS, Víctor, *El contrato de transporte aéreo*, Revista Iustitia, N- 175, 176, julio-agosto, 2001

PEREZ VARGAS, Víctor, *El Contrato de Seguro Marítimo*, Revista Iustitia, N 168, diciembre, 2000

PEREZ VARGAS, Víctor. *La continuidad entre La Convención de Viena, los Principios de UNIDROIT, la jurisprudencia de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional y la jurisprudencia arbitral costarricense*. Revista Judicial 96, junio, 2010

PEREZ VARGAS, Víctor. Los medios de pago en la compraventa internacional. Revista Judicial N. 21

PEREZ VARGAS, Víctor, Los INCOTERMS, 2000, Revista Iustitia, Ns. 164-165, agosto setiembre, 2000

PEREZ VARGAS, Víctor, Tendencias Unificadoras en el comercio internacional, Revista Judicial, N. 19, Corte Suprema de Justicia, San José, marzo de 1981.

RODRIGUEZ AZUERO, Sergio. Contratos Bancarios. Felabán, Bogotá.

ROMERO PÉREZ, Jorge Enrique, La Sociología del Derecho en Max Weber. UCR, 1975

SÁENZ CARBONELL, Jorge Francisco. Los Sistemas Normativos en la Historia de Costa Rica, ISOLMA, San José, 2013

SOLANO PORRAS, Julián, La Lex Mercatoria, Revista Judicial, N. 76, Corte Suprema de Justicia.

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/>



De B. 41365 as