

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

ISSN: 2215-2377

REVISTA JUDICIAL N° 113

Setiembre 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

Edición en homenaje al Profesor ANGELO FALZEA al cumplir cien años de edad

SUMARIO

PRESENTACIÓN

Dr. Víctor Pérez Vargas 5

EL VALOR NORMATIVO DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS EN EL SISTEMA DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL COSTARRICENSE: EL CASO PARTICULAR DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

Dr. Víctor Orozco Solano 9

SISTEMAS INSPECTIVOS DE TRABAJO CENTROAMERICANOS.

Dr. Eric Briones Briones. 33

EL RESARCIMIENTO DE LOS DAÑOS CAUSADOS POR EL SHOCK.

M. Sc. Yuri López Casal (Heidelberg) 89

LA DECLARATORIA DE REBELDÍA DE LA PERSONA IMPUTADA POR ENCONTRAR- SE PRIVADA DE LIBERTAD AL MOMENTO DE SER REQUERIDA Y SU INCIDENCIA EN LA PRESCRIPCIÓN: A PROPÓSITO DE UNA SENTENCIA DE LA SALA DE CASA- CIÓN PENAL COSTARRICENSE.

Frank Harbottle Quirós 93

LA DIRECTIVA COMUNITARIA SOBRE RESPONSABILIDAD AMBIENTAL Y SU RELA- CIÓN CON LOS REGÍMENES HISPANOAMERICANOS DE RESPONSABILIDAD AMBIENTAL.

M.Sc. Mario Peña Chacón 109

PODER POLÍTICO “DERIVADO Y OCULTO” Y SU RELACIÓN CON EL PROCESO DE CRIMINALIZACIÓN EN DERECHO PENAL.

Prof. Alonso Salazar 145

REPOSICIÓN DE TÍTULOS VALORES.

Lic. Pablo Solano Borbón 171

AUTORÍA MEDIATA EN APARATOS DE PODER. UNA NUEVA FORMA DE RESPONSABILIDAD PENAL EMPRESARIAL.

Licda. Soledad Cortés Sandí 177

EL DESARROLLO DEL DEBIDO PROCESO, COMO GARANTÍA PROCESAL, EN EL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL.

Lic. Adolfo Felipe Constenla Arguedas 205

EL HEREDERO APARENTE.

Lic. Carlos German Pantoja Murillo 213

PRESENTACIÓN

Dr. Víctor Pérez Vargas



Professore Angelo Falzea, con la Revista Judicial en sus manos, en su Studio Legale, con los profesores de Derecho Privado de la UCR, Víctor y Daniel Pérez. Foto de Ani Umaña, marzo de 2008.

La Revista Judicial de la Corte Suprema de Justicia dedica esta edición al Profesor ANGELO FALZEA, quien está cumpliendo 100 años (nació en Messina, el 26 agosto de 1914) y continua participando activamente en congresos jurídicos y ejerciendo en la ciudad de Messina su exitosa profesión de abogado, después de dedicarse durante décadas a la enseñanza en las cátedras de Introducción a las Ciencias Jurídicas y Derecho Civil en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Messina, de la que llegó a ser “Presidente”. La solidez de su magisterio ha formado una verdadera escuela de pensamiento dentro de la que destacan juristas de la talla de Scalisi. Durante muchos años, los estudiantes costarricenses pudieron conocer “Eficacia Jurídica”, de Angelo Falzea, gracias

a una traducción preliminar que estuvo circulando poligrafiada. Hoy, gracias al empeño y laboriosidad de don Walter Antillón ya tenemos la primera versión española de esta obra, cuyas enseñanzas continuarán, sin duda, permeando la cultura jurídica costarricense y acercando nuestro Derecho cada vez más a los valores e intereses reales

Publicamos estudios sobre Derechos Humanos, Derecho del Trabajo, Responsabilidad Civil, Derecho Procesal Penal, Derecho Comunitario Ambiental, Criminología, Títulos Valores, Responsabilidad Penal Empresarial, Debido Proceso y Sucesiones.

El Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla-La Mancha, letrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica, Víctor Orozco Solano, participa con EL VALOR NORMATIVO DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS EN EL SISTEMA DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL COSTARRICENSE: EL CASO PARTICULAR DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Comenta la manera en que los instrumentos internacionales sobre derechos humanos son vinculantes en el Sistema de Justicia Constitucional costarricense, es decir, si están dotados de fuerza normativa y si forman parte de lo que la doctrina ha denominado el bloque de constitucionalidad o el Derecho de la Constitución. Con ese propósito,

inicialmente, se refiere a algunas decisiones de Salas Constitucionales, Tribunales o Cortes Supremas latinoamericanas que tienden a reforzar el carácter normativo de estos instrumentos, por lo menos con un rango superior a la Ley o del mismo nivel que las normas constitucionales. Seguidamente, analiza algunas decisiones de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica sobre el tema la cual, salvo en el caso de la sentencia No. 2012-5590 de 2 de mayo, dictada en la acción de inconstitucionalidad promovida contra el artículo 10 del Reglamento de Salud de la Caja Costarricense de Seguro Social, ha sostenido una línea jurisprudencial tendiente a reconocer el valor supra-constitucional de los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos, a tal grado que si proclaman un derecho o brindan mayor protección de una determinada libertad que el texto de la Norma Fundamental, prevalecen sobre éste. Se trata, como se verá más adelante, de una interpretación efectuada por la Sala Constitucional con arreglo al artículo 48 de la Constitución Política. Por el contrario, en el sistema de justicia constitucional español (y, en términos más generales, en la mayoría de los países que integran o componen el modelo europeo de justicia constitucional) se ha negado valor normativo autónomo a estos instrumentos, los cuales solamente gozan de un valor interpretativo de los derechos y libertades proclamados por la Constitución. Finalmente, realiza algunos comentarios sobre el carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Sistema de Justicia Constitucional costarricense, sobre todo en aquellos casos en que la República de Costa Rica no es parte.

El Doctor Eric Briones Briones, abogado y Profesor Laboralista, comparte su estudio SISTEMAS INSPECTIVOS DE TRABAJO CENTROAMERICANOS. Se busca a partir

de este trabajo, hacer una propuesta sobre un nuevo paradigma (entendido como modelo o patrón dentro de una disciplina) dentro del ámbito de la competencia de la Inspección de Trabajo Costarricense, en referencia al régimen sancionatorio. Con una perspectiva comparatista, el autor nos dota de información acerca de los diversos regímenes inspectivos del área Centroamericana, con el fin de tener acceso a otras realidades, que en la mayoría de los casos distan de ser iguales a la Costarricense, a pesar de la cercanía territorial y experiencias históricas comunes. Nos promete, en una próxima entrega, una propuesta para el país, para perfilar un sistema administrativo sancionador dentro del ámbito laboral, con el ánimo de ir posicionando una nueva idea o modelo diferente del que hasta ahora Costa Rica, ha tenido por más de setenta años.

Del Máster en Derecho Civil (LL.M.) de la Universidad Ruprecht-Karls de Heidelberg, Yuri López Casal, publicamos EL RESARCIMIENTO DE LOS DAÑOS CAUSADOS POR EL SHOCK. Este trabajo explica cuáles son las características del llamado “daño causado por el Shock”, conocido en Alemania como “Schockschaden”, para que el damnificado pueda obtener el resarcimiento correspondiente. Se requiere que el damnificado haya sufrido un menoscabo en su salud tal que, según la forma cómo ocurrió y su gravedad, vayan más allá de una simple lesión de su estado de salud. Son resarcibles solamente los las pérdidas psicopatológicas que, según su gravedad y duración, desborden la medida usual o normal. El autor, transcribe una antigua resolución del Tribunal Primero Civil de San José en la cual, por primera vez, se hace mención del daño causado por el Shock; se trató de un caso de circunstancias intempestivas, traumáticas y especialmente dañinas en las que ocurrió una colisión.

El Máster en Criminología de la Universidad Estatal a Distancia, Licenciado de la Universidad de Costa Rica y Letrado de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, Frank Harbottle Quirós, participa con LA DECLARATORIA DE REBELDÍA DE LA PERSONA IMPUTADA POR ENCONTRARSE PRIVADA DE LIBERTAD AL MOMENTO DE SER REQUERIDA Y SU INCIDENCIA EN LA PRESCRIPCIÓN: A PROPÓSITO DE UNA SENTENCIA DE LA SALA DE CASACIÓN PENAL COSTARRICENSE. En este artículo, se presenta, en primer término, de forma general, la regulación del instituto de la rebeldía en el Código de Procedimientos Penales de 1973 y en el vigente Código Procesal Penal. En el segundo apartado se expone el tratamiento que ha dado la Sala Constitucional a esta figura. Finalmente, se da a conocer la tesis asumida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y el criterio del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, en la resolución 2012-01450 sobre la eficacia de la declaratoria de una rebeldía en un proceso penal de adultos, si se llega a demostrar con posterioridad a su dictado que la persona imputada no se presentó al despacho judicial que la requería, por encontrarse privada de libertad.

El Máster Mario Peña Chacón, Consultor Legal Ambiental, Profesor de Derecho Ambiental de la Universidad de Costa Rica y de la Universidad Tecnológica Centroamericana de Honduras, Miembro de la Comisión de Derecho Ambiental de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN), colabora con LA DIRECTIVA COMUNITARIA SOBRE RESPONSABILIDAD AMBIENTAL Y SU RELACION CON LOS REGÍMENES HISPANOAMERICANOS DE RESPONSABILIDAD AMBIENTAL. El autor nos explica que el régimen de responsabilidad ambiental establecido está sustentado en los principios 16 y 13 de la Declaración de Río

sobre Medio Ambiente y Desarrollo, los cuales establecen por una parte, que los sujetos que contaminan deben, en principio, cargar con los costos de la contaminación y, a la vez, se instituye la obligación de los Estados de desarrollar las legislaciones nacionales en materia de responsabilidad por daño ambiental e indemnización respecto de las víctimas de la contaminación y degradación ambiental. También recoge lo establecido por el apartado 2 del artículo 174 del Tratado de la Comunidad Europea, el cual establece los principios en que debe estar basada la política de la Comunidad en el ámbito del medio ambiente, siendo estos los de cautela y de acción preventiva, corrección de los atentados al medio ambiente preferiblemente en la fuente misma, y el principio de que quien contamina paga.

El Profesor de la Universidad de Costa Rica, Alonso Salazar comparte con nosotros su trabajo PODER POLÍTICO “DERIVADO Y OCULTO” Y SU RELACIÓN CON EL PROCESO DE CRIMINALIZACIÓN EN DERECHO PENAL. En el presente texto el autor realiza una crítica hacia el poder del Estado, el cual denomina como el “poder oculto”, un poder que no deriva de fuentes formales, que no siempre es legítimo. Así, busca demostrar la influencia de este poder oculto, en el fenómeno de la criminalización, la formación del Derecho y la concepción que del delincuente tenga la sociedad.

El Lic. Pablo Solano Borbón, Especialista en Derecho Comercial de la Universidad de Costa Rica, contribuye con su investigación denominada REPOSICIÓN DE TÍTULOS VALORES. Explica que el ordenamiento jurídico costarricense establece diferentes formas, dependiendo del tipo de título que se pretende reponer, ya sea nominativo, a la orden o al portador. El Código de Comercio regula el tema en siete artículos exponiendo el trámite a seguir, paso a paso para cada tipo de título valor.

De la Licda. Soledad Cortés Sandí, publicamos **AUTORÍA MEDIATA EN APARATOS DE PODER. UNA NUEVA FORMA DE RESPONSABILIDAD PENAL EMPRESARIAL**. El presente trabajo de investigación estudia a profundidad la teoría del dominio de hecho desde la óptica del dominio de la voluntad en aparatos organizados de poder, mediante la evaluación de casos prácticos surgidos en el seno y desde el entorno de las empresas. A través de este recorrido, se integran temas de gran actualidad que sobrevienen al entorno del derecho penal, todo desarrollado desde una perspectiva crítica. La autora trae a colación los problemas que giran alrededor del denominado “Derecho Penal Económico y Empresarial”, y la necesidad que parte de la doctrina ha encontrado de deslindar esta rama del Derecho Penal nuclear.

El Lic. Adolfo Felipe Constenla Arguedas, asesor parlamentario y Profesor de Historia del Derecho y Derecho Internacional Público en la Universidad Escuela Libre de Derecho, participa con **EL DESARROLLO DEL DEBIDO PROCESO, COMO GARANTÍA PROCESAL, EN EL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL**, trabajo donde analiza uno de los conceptos jurídicos de mayor relevancia, para la instrumentalización de la justicia, establecidos en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia: el concepto del “debido proceso”. El desarrollo está dividido en dos secciones: una primera, de carácter general, que comprende la definición del concepto de “debido proceso” y, una segunda, en la que se analiza su aplicación dentro de la normativa internacional, específicamente, en el Estatuto de Roma de

la Corte Penal Internacional, creado en la Conferencia de las Naciones Unidas número 183/9 celebrada el 17 de julio de 1998.

En materia sucesoria, **EL HEREDERO APARENTE** se titula el aporte del Lic. Carlos German Pantoja Murillo, Abogado costarricense, graduado en la Universidad de Brasilia, egresado del programa de Licenciatura en Estudios Latinoamericanos de la Universidad Nacional y de los programas de Gerencia Pública y de Gobernabilidad y Desarrollo Institucional del Instituto Nacional de Administración Pública de España y de la Universidad de Alcalá de Henares, Asesor parlamentario en la Asamblea Legislativa de Costa Rica. Este estudio del heredero aparente, quien se presenta como heredero sin que tenga a su favor título válido que respalde esa pretensión, se hace a partir de la teoría de la apariencia. Ésta, postula el reconocimiento jurídico de una realidad que se basa en los actos realizados a partir de la convicción de estarse celebrando con quién tiene derecho para disponer de los bienes o celebrar el negocio en cuestión. Esta posición de apariencia de derecho se ataca con la petición de herencia por parte del heredero real. La buena o mala fe del heredero aparente tiene consecuencias en su responsabilidad frente al heredero real. Considera el autor que, en cuanto a terceros adquirentes, la calificación de la acción como de buena o mala fe proyecta sus consecuencias sobre la validez o invalidez del negocio celebrado con el heredero aparente y tiene repercusiones sobre el acervo a ser entregado al heredero real. En su opinión, esta materia carece de una adecuada disciplina jurídica en nuestro medio.

El valor normativo de los Instrumentos Internacionales en materia de Derechos Humanos en el Sistema de Justicia Constitucional Costarricense: El caso particular de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Dr. Víctor Orozco Solano

Sumario:

- I.- Introducción.
- II.- Algunas decisiones de Tribunales, Cortes o Salas Constitucionales latinoamericanas con respecto al valor normativo de los Instrumentos Internacionales en materia de Derechos Humanos.
- III.- El valor normativo de los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos en el Sistema de Justicia Constitucional costarricense.
- IV.- El valor normativo de los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos en el sistema español.
- V.- El caso de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- VI.- Conclusiones.-

El valor normativo de los Instrumentos Internacionales en materia de Derechos Humanos en el Sistema de Justicia Constitucional Costarricense: El caso particular de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Dr. Víctor Orozco Solano¹

Introducción:

En términos generales, el propósito de estas notas es comentar la manera en que los instrumentos internacionales sobre derechos humanos son vinculantes en el Sistema de Justicia Constitucional costarricense, es decir, si están dotados de fuerza normativa y si forman parte de lo que la doctrina ha denominado el bloque de constitucionalidad o el Derecho de la Constitución.

Con ese propósito inicialmente se comentarán algunas decisiones de Salas Constitucionales, Tribunales o Cortes Supremas latinoamericanas que tienen a reforzar el carácter normativo de estos instrumentos, por lo menos con un rango superior a la ley o del mismo nivel que las normas constitucionales. En este sentido, sin duda son relevantes las decisiones de las Cortes argentina, dominicana, colombiana, peruana, salvadoreña y boliviana, cuyos

alcances serán comentados en esta exposición.

De igual modo, serán analizadas algunas decisiones de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica sobre el tema, la cual salvo en el caso de la sentencia No. 2012-5590 de 2 de mayo, dictada en la acción de inconstitucionalidad promovida por Yashin Castrillo Fernández, contra el artículo 10 del Reglamento de Salud de la Caja Costarricense de Seguro Social, ha sostenido una línea jurisprudencial tendente a reconocer el valor supra-constitucional de los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos, a tal grado que si proclaman un derecho o brindan mayor protección de una determinada libertad que el texto de la Norma Fundamental, priman por sobre éste. Se trata, como se verá más adelante, de una interpretación efectuada por la Sala Constitucional con arreglo al artículo 48 de la Constitución Política.

¹ Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla-La Mancha. Letrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. Correo electrónico: victorozcocr@gmail.com.

Por el contrario, en el sistema de justicia constitucional español (y en términos más generales en la mayoría de los países que integran o componen el modelo europeo de justicia constitucional) se ha negado el valor normativo autónomo a estos instrumentos, sino que a penas gozan de un valor interpretativo de los derechos y libertades proclamados por la Constitución, en los términos del artículo 10.2 de la Constitución Española de 1978. Esta situación será analizada con algún detalle en el presente trabajo.

Finalmente, realizaremos algunos comentarios sobre el carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Sistema de Justicia Constitucional costarricense, sobre todo en aquellos casos en que la República de Costa Rica no es parte. Este punto fue discutido en la sentencia No. 2012-5590 de 2 de mayo, en la cual el Magistrado Castillo Víquez en su voto particular ha mostrado reservas acerca del particular. Ya veremos, sin embargo, y como se expuso en el voto salvado de los Magistrados Armijo Sancho, Jinesta Lobo y Cruz Castro, que forma parte de una línea jurisprudencial de larga data la necesidad de conceder carácter vinculante a todas las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su carácter de intérprete último o privilegiado del Pacto de San José. Recientemente la Sala Constitucional ha dictado otra sentencia en la cual se tocó este tema, la No. 2013-4491 de 3 de abril, en la cual se negó a aplicar el criterio sostenido por la Corte aludida en el caso *López Mendoza vs. Venezuela*, que trata acerca de la inhabilitación de funcionarios públicos por parte de órganos administrativos.

II.- Algunas decisiones de Tribunales, Cortes o Salas Constitucionales latinoamericanas con respecto al valor normativo de los Instrumentos Internacionales en materia de Derechos Humanos.

Como se adelantó en la introducción de este trabajo, en el ámbito latinoamericano es posible mencionar algunas sentencias de las salas, cortes o tribunales constitucionales, en las cuales se ha potenciado el valor normativo de los Instrumentos Internacionales sobre derechos humanos, o al mismo rango de las normas constitucionales o, por lo menos, por encima de la ley. Dichas sentencias son:

- La Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, República Argentina, de 7 de junio de 1992, (sobre la obligatoriedad de las normas internacionales de derechos humanos en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico);
- La Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de República Dominicana de 24 de febrero de 1999 (por medio del cual se interpretó el artículo 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y se estableció en ese sistema el recurso de amparo para la protección de los derechos aludidos);
- La Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú de 3 de enero de 2003, sobre los límites sustantivos y procesales en la legislación antiterrorista;

- La Sentencia de la Corte Constitucional de la República de Colombia de 20 de enero de 2003 (sobre los derechos de la víctima en la acción de revisión de la sentencia penal y los límites de la cosa juzgada y el principio de non bis in idem);
- La Sentencia de la Sala Constitucional de El Salvador de 1° de abril de 2004, sobre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su vinculación axiológica con la Constitución (en el caso de la Ley anti Maras);
- Y la Sentencia del Tribunal Constitucional de Bolivia de 5 de mayo de 2004, sobre la aplicación de las normas y la jurisprudencia interamericanas de derechos humanos, el principio de unidad de la jurisdicción y la limitación de los alcances de la jurisdicción militar.

Así en la primera decisión, la Corte Suprema Argentina dispuso: “que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados – aprobada por ley 19865, ratificada por el Poder Ejecutivo nacional el 5 de diciembre de 1972 y en vigor desde el 27 de enero de 1980- confiere primacía al derecho internacional convencional sobre el derecho interno. Ahora esta prioridad de rango integra el ordenamiento jurídico argentino. La Convención es un tratado internacional, constitucionalmente válido, que asigna prioridad a los tratados internacionales frente a la ley interna en el ámbito del derecho interno, esto es, un reconocimiento de la primacía del derecho internacional por el propio derecho interno”. En esta línea, la Suprema Corte de Justicia de República Dominicana, al interpretar el artículo 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y establecer en ese sistema el

recurso de amparo para la protección de los derechos fundamentales y libertades públicas, consideró: “Primero: Declarar que el recurso de amparo previsto en el artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, de San José de Costa Rica, del 22 de noviembre de 1969, es una institución de derecho positivo dominicano, por haber sido adoptada y aprobada por el Congreso Nacional, mediante resolución núm. 739 de 25 de diciembre de 1977, de conformidad con el artículo 3° de la Constitución de la República”;

Otra sentencia relevante es la del Tribunal Constitucional del Perú, supra citada, sobre los límites sustantivos y procesales en la legislación antiterrorista. En este pronunciamiento, el Tribunal Constitucional peruano resolvió una acción de inconstitucionalidad dirigida contra un conjunto de decretos-leyes que habían sido emitidos para sustentar la legalidad de la lucha contra el terrorismo. De este modo, ese Órgano Jurisdiccional interpretó e hizo una aplicación directa de varios preceptos constitucionales, a partir de la interpretación de similares principios y valores contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y la manera en que han sido desarrollados tanto por la Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La otra decisión citada es la de la Corte Constitucional de la República de Colombia, sobre los derechos de la víctima en la acción de revisión de la sentencia penal y los límites de la cosa juzgada y el principio de non bis in idem; en esta sentencia el Tribunal Constitucional Colombiano se apoyó en las interpretaciones realizadas por los órganos interamericanos de los derechos de las víctimas de violaciones a los derechos

humanos y sus familiares, así como las regulaciones existentes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, para declarar que la acción de revisión de las sentencias penales proceden en los casos de preclusión de la investigación, cesación de procedimiento y sentencia absolutoria, siempre y cuando se trate de violaciones de derechos humanos o infracciones graves al Derecho Internacional Humanitario, y un procesamiento judicial interno, o una decisión de una instancia internacional de supervisión de control de derechos humanos, aceptada formalmente haya constatado la existencia del nuevo hecho o de la prueba no conocida al tiempo de los debates. Pero también procede en el supuesto en que una decisión judicial interna, o una decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos constaten un incumplimiento de las obligaciones del Estado colombiano en investigar de manera imparcial las lesiones alegadas;

De igual modo, en la sentencia de la Sala Constitucional de El Salvador se modifica el criterio seguido en anteriores fallos con respecto al Derecho Internacional sobre Derechos Humanos, para reconocer que no son contrarias a la Constitución las normas internacionales que sean análogas o reconozcan un derecho de modo más amplio que el Texto Fundamental. Finalmente, en su decisión el Tribunal Constitucional Boliviano consideró: "...el tema ha sido motivo de pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Citamos lo pertinente de la sentencia del 16 de septiembre de 2000 emitida por dicho órgano jurisdiccional: "en un Estado democrático de Derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses

jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Así, debe estar excluido del ámbito de la Jurisdicción militar el juzgamiento de civiles y sólo debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra los bienes jurídicos propios del orden militar"

Tales son, pues, algunas decisiones adoptadas por las Cortes, Tribunales, o Salas Constitucionales especializadas (en el ámbito regional de la Organización de los Estados Americanos) con respecto al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y a su reconocimiento como fuente normativa autónoma y, por ello, plenamente aplicable para la resolución de un asunto en que se plantee la violación de alguno de estos derechos, situados en la mayoría de los casos en un plano similar al de la Constitución, o al menos siempre superior al de la Ley.

III.- El valor normativo de los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos en el Sistema de Justicia Constitucional costarricense.

Como se ha adelantado, en el ordenamiento jurídico costarricense los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, más que meros criterios de interpretación de los derechos fundamentales, constituyen verdaderas reglas jurídicas, motivo por el cual los particulares pueden exigirlos directamente ante las autoridades públicas, a tal grado que si reconocen un derecho o confieren mayor protección de una libertad

o derecho fundamental que el previsto en la Constitución Política, priman sobre las disposiciones del Texto Constitucional.

En este sentido, se ha sostenido que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, a diferencia de los otros instrumentos del Derecho Internacional, no tienen únicamente un valor superior a la Ley de acuerdo con el artículo 7° de la Constitución Política de la República de Costa Rica, sino que sus disposiciones, en la medida en que brinden mayor cobertura, o tutela de un determinado derecho, deben prevalecer sobre éstos. Se trata entonces de una construcción efectuada por la Sala Constitucional a partir de los alcances del artículo 48 de la Constitución Política.

Estos razonamientos han sido utilizados por una parte de la doctrina especializada para defender el carácter supra-constitucional de estos instrumentos, sin embargo, esta posición no ha sido aceptada de modo unánime y así lo pone de manifiesto Castro Padilla en su estudio sobre la jerarquía y aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico costarricense².

Entre los que defienden el carácter supraconstitucional de estos instrumentos, Armijo Sancho ha señalado, al comentar el criterio sostenido por la Sala Constitucional en la sentencia No. 3805-92 de 28 de

noviembre, que: “lo expuesto, tiene como objeto presentar con claridad el lugar que, dentro de las fuentes normativas de nuestro ordenamiento jurídico, tienen los derechos humanos, desde luego prevalente sobre la legislación “municipal” desde la perspectiva internacional, categoría a la que pertenecen los Códigos, y además explica la razón por la cual la Sala ha declarado inaplicables algunas normas, o en otros casos ha visto la necesidad de emplear la técnica de dictar interpretaciones armónicas de sus reglas con las superiores de los tratados sobre derechos humanos y con las constituciones. En última instancia, lo que hacemos es parodiar y transformar la frase de García de Enterría, al señalar que: los instrumentos sobre derechos humanos aplicables en Costa Rica son normas jurídicas y como tales producen efectos jurídicos”³.

Es clara entonces la existencia una línea jurisprudencial muy definida por la Sala Constitucional, en el sentido de privilegiar la aplicación de los Instrumentos Internacionales de los Derechos Humanos sobre las disposiciones constitucionales, si confieren mayores libertades o un mayor ámbito de protección o tutela de un determinado derecho que la Norma Fundamental. En su estudio, Armijo Sancho menciona las siguientes sentencias de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, todas las cuales han tenido gran trascendencia en el foro jurídico costarricense⁴:

2 Véase Castro Padilla, F., La jerarquía y aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico costarricense, en La tutela de los Derechos Fundamentales en Costa Rica por medio del Recurso de Amparo (con jurisprudencia), varios autores, Investigaciones Jurídicas, Sociedad Anónima, San José, 2007, págs. 93 a 98.

3 Ver Armijo Sancho, G., La tutela supraconstitucional de los derechos humanos en Costa Rica, *Ius et Praxis*, Vol. 9, No. 1, Talca, 2003, págs. 39-62

4 Véase Armijo Sancho, G., La tutela supraconstitucional de los derechos humanos en Costa Rica, *op. cit.*, págs. 39-62

- La Sentencia No. 1147-90 de 21 de septiembre: en que se declaró la inconstitucionalidad del artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial para reconocer a un abogado sentenciado su derecho a la jubilación; en este pronunciamiento se expresó que los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos “tienen, no sólo el rango superior a la ley ordinaria que les confiere el artículo 7 de la Constitución sino también un amparo constitucional directo que prácticamente los equipara a los consagrados expresamente por la propia Carta Fundamental, al tenor del artículo 48 de la misma (reformado por ley N. 7128 de 18 de agosto de 1989); entre esos derechos, concretamente, los reconocidos en los artículos 25, 28 y 30 –así corregidos los que se invocan en la acción- del Convenio sobre la Seguridad Social, N. 102 de la OIT”. Así, en esta sentencia resalta la Sala que el Derecho de los Derechos Humanos, tanto interno como internacional, prohíbe cualquier tipo o clase de discriminación en el reconocimiento y garantía de los derechos de los delincuentes, imputados o condenados, y para ello utiliza como normas aplicables no sólo el artículo 33 Constitución Política, sino también el Preámbulo y el artículo 2 Declaración Americana de Derechos Humanos y Deberes del Hombre; los artículos 1, 2.1 y 7 Declaración Universal sobre Derechos Humanos; el Preámbulo, y los artículos 2.1 y 26 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el Preámbulo y el artículo 2.2 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y otros textos internacionales, entre ellos, el Convenio 102 de la OIT;
- La Sentencia No. 1739-92, de 1° de julio, en que la Sala Constitucional conoció la Consulta Judicial Preceptiva de Constitucionalidad (expediente No.1587-90) planteada por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, con base en un recurso de revisión interpuesto por Mario Enrique Arias Arguedas contra la sentencia del Juez Tercero Penal de San José de las 8:00 horas del 8 de mayo de 1964, que le impuso la pena de un año de prisión, con condena de ejecución condicional, por el delito de estafa en perjuicio de "Compañía Distribuidora G. Renero". En esta sentencia (redactada por el Magistrado Piza Escalante, q.d.d.g.) la Sala Constitucional desarrolló todos los elementos del derecho al proceso debido, cuyo contenido esencial no sólo ha sido protegido por los artículos 39 y 41 de la Constitución Política de la República de Costa Rica, sino también en diversos Instrumentos Internacionales en materia de Derechos Humanos, entre ellos la Convención Americana sobre Derechos Humanos;
- La Sentencia No. 3435-92 y su aclaración: No. 5759-93: en estos pronunciamientos, la Sala reconoció el derecho del extranjero casado con mujer costarricense a naturalizarse, tras haber interpretado el artículo 14 inciso 5) de la Constitución Política, de acuerdo con los artículos 2.1, 3 y 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; los artículos 1.1, 2, 17, 24, 51, 52 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y el artículo 23.1.4. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos;
- La Sentencia No. 2313-95, de 9 de mayo, en que se resolvió la acción de inconstitucionalidad planteada por Róger

Ajún Blanco, contra el artículo 22 de la Ley Orgánica del Colegio de Periodistas, por considerarlo contrario a lo dispuesto por el artículo 7 de la Constitución Política y 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En este pronunciamiento la Sala Constitucional declaró inconstitucional la norma impugnada, teniendo en consideración lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la colegiatura obligatoria de los periodistas en la Opinión Consultiva No. OC-5-85 de 13 de noviembre de 1985 en el sentido que: “que la colegiación obligatoria de los periodistas, en cuanto impida el acceso de cualquier persona al uso pleno de los medios de comunicación social como vehículo para expresarse o para transmitir información, es incompatible con el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”;

- La Sentencia No. 2000-09685 de 1 de noviembre, en que se conoció la consulta preceptiva de constitucionalidad formulada por el Directorio de la Asamblea Legislativa sobre el proyecto de ley de aprobación del “Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”; en esta decisión, la Sala Constitucional se refirió sobre la eficacia de que se dota en el sistema de justicia constitucional costarricense a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos que formalmente no han sido suscritos o aprobados conforme al trámite constitucional, del siguiente modo: “En este aspecto hay que rescatar la referencia específica que hoy la Constitución hace de los “instrumentos internacionales”, significando que no solamente convenciones, tratados o acuerdos, formalmente suscritos y aprobados

conforme al trámite constitucional mismo (tal el caso que ahora nos ocupa), sino cualquier otro instrumento que tenga la naturaleza propia de la protección de los Derechos Humanos, aunque no haya sufrido ese trámite, tiene vigencia y es aplicable en el país”. Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos (París, 10 de diciembre de 1948), por su carácter y naturaleza, no ha necesitado de los trámites constitucionales de aprobación, para entenderse como vigente y con la fuerza normativa que le otorga la materia que regula. Otro tanto cabe decir de las “Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos”, de la Organización de las Naciones Unidas, que aunque sean producto de reuniones de expertos o el trabajo de algún departamento de esa organización, por pertenecer nuestro país a ella, y por referirse a derechos fundamentales, tienen tanto el valor de cualquier normativa internacional que formalmente se hubiera incorporado al derecho interno costarricense. En este sentido puede citarse la sentencia N° 2000-07484, del veinticinco de agosto último, en que por virtud de un hábeas corpus formulado por un recluso, esta Sala condenó al Estado por violar esas Reglas Mínimas, particularmente por el hacinamiento y falta de higiene constatadas en un centro penitenciario. En esa misma fecha, también se estimó un recurso de hábeas corpus planteado en favor de unos ciudadanos panameños que habían ingresado al país con visa de turismo y que, según las autoridades de Migración, solamente permitía “fines de recreación” y que fueron sorprendidos ejerciendo una protesta pacífica ante las instalaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde pendía su

caso, originado en alegadas violaciones a sus derechos por parte del Gobierno de la República de Panamá. Se les detuvo y se les iba a deportar, de modo que la Sala anuló las resoluciones que en tal sentido se habían dictado, porque, como se nota, sería absurdo que al ser Costa Rica sede de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se impida a quienes tengan pendientes casos ante ella, entre ellos extranjeros, expresarse en forma pacífica y pública a favor de los derechos que considere les asisten”;

- Y la Sentencia No. 2002-10693 de 7 de noviembre, en que se reitera el criterio sostenido por la Sala Constitucional en las anteriores oportunidades, para admitir el derecho de toda persona de participar en la formación de las decisiones públicas referentes a la protección del ambiente, en los términos en que está consagrado en los numerales: 10 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, 16 de la “Carta Mundial de la Naturaleza”, adoptada por resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas N°37/7 de 28 de octubre de 1982; 8.2 de la “Declaración sobre el derecho al desarrollo”, adoptada por resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas N°41/128, de 4 de diciembre de 1996.

Por lo anterior, es claro que la Sala Constitucional no sólo ha defendido en su reiterada Jurisprudencia el carácter normativo y vinculante de los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos, sino también su valor supra-constitucional, en aquellos supuestos en que un instrumento internacional brinde mayor amplitud o protección de una determinada garantía que la propia Constitución.

Tales razonamientos sin duda son compartidos por el autor, no sólo porque se trata de una construcción jurisprudencial de la Sala Constitucional que le ha permitido aplicar directamente diversos Instrumentos Internacionales cuyos derechos no han sido previstos expresamente en la Constitución Política (entre ellos, el derecho de rectificación o respuesta, en los términos en que ha sido consagrado en el artículo 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), sino también porque se sustenta en el sentido literal del artículo 48 de la Constitución Política, que la habilita para conocer a través del recurso de amparo sobre cualquier vulneración de un derecho fundamental consagrado en la Constitución, como en los Instrumentos Internacionales en materia de Derechos Humanos aplicables en República.

IV.- El valor normativo de los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos en el sistema español.

En el supuesto del sistema de justicia constitucional español, el reconocimiento del carácter normativo autónomo de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos plantea mayores problemas que en el caso costarricense, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 10.2 de la Constitución Española de 1978, en cuya razón: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España” (artículo 10.2”).

Aunque del contenido de esta disposición, el Tribunal Constitucional Español reiteradamente ha señalado que los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos no tienen un valor normativo autónomo (semejante al que poseen las normas constitucionales) ni constituyen parámetro de constitucionalidad (sino que ostentan un mero carácter interpretativo de los derechos fundamentales), en reiteradas ocasiones han servido para “configurar el contenido y el alcance de los derechos”⁵, o bien “los perfiles exactos de su contenido”⁶, con lo que es innegable su relevancia en la interpretación de los derechos aludidos, así como la falta de claridad en el tratamiento de este tema por ese Tribunal⁷.

Pese a ello, el Tribunal Constitucional Español ha insistido que: “la interpretación a que alude el citado art. 10.2 del texto constitucional no convierte a tales tratados y

acuerdos internacionales en canon autónomo de validez de las normas y los actos de los poderes públicos desde la perspectiva de los derechos fundamentales⁸”

En Alemania, el Tribunal Constitucional Federal también ha sostenido sobre el carácter normativo de los instrumentos internacionales de los derechos humanos y, en concreto, sobre las disposiciones del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, de Roma, de 4 de noviembre de 1950, que tienen “the status of a federal statute, and it must be taken into account in the interpretation of domestic law, including fundamental rights and constitutional guarantees”⁹ y también, “but the guarantees of the European Convention on Human Rights and its protocols, by reason of this status in the hierarchy of norms, are not a direct constitutional standard of review in

5 Sobre el particular, se puede consultar la sentencia del Tribunal Constitucional Español STC 254/1993.

6 Véase la sentencia del Tribunal Constitucional Español STC 28/1991.

7 Sobre el particular, Díez-Picazo ha sostenido: “El Tribunal Constitucional ha venido entendiendo constantemente que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 10.2 CE, los tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos por España tienen carácter vinculante para la interpretación de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Española (SSTC 38/1995, 36/1991, 254/1993, etc.). Ello significa simplemente que, cuando cualquier tribunal en cualquier proceso se enfrenta a la aplicación de un derecho fundamental que, como ocurre a menudo, tiene su equivalente en un tratado internacional sobre derechos humanos, está obligado a adoptar la interpretación del derecho fundamental que sea más acorde con el tratado internacional. Sin embargo, el propio Tribunal Constitucional ha mantenido, de manera igualmente constante, que los tratados internacionales no pueden crear nuevos derechos fundamentales en el ordenamiento español; lo que significa que la vulneración de un derecho reconocido sólo mediante tratado internacional sin equivalente en la Constitución Española no determina la inconstitucionalidad de las leyes, ni puede ser objeto del recurso de amparo (SSTC 84/1989, 120/1990, 28/1991, etc.) En resumen, la jurisprudencia constitucional señala que los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales ratificados por España son un instrumento obligatorio y privilegiado para la interpretación de los derechos fundamentales consagrados por la Constitución Española; pero no gozan por sí solos del régimen jurídico propio de los derechos fundamentales en el ordenamiento español, tal como está recogido en el art. 53 CE”. Díez-Picazo, L. M., *Sistema de Derechos Fundamentales*, Tercera Edición, Serie Derechos Fundamentales y Libertades Públicas, Thomson-Cívitas, Madrid, 2008, pág. 170.

8 Al respecto, se puede examinar la sentencia del Tribunal Constitucional Español STC 64/1991

9 Véase la sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán 2BvR 1481/04 de 14 de octubre de 2004. Es decir, que tienen el status de una ley federal, y que deben tenerse en cuenta en la interpretación de la legislación nacional, incluidos los derechos fundamentales y garantías constitucionales”

the German legal system”¹⁰, con lo cual y a diferencia del criterio sostenido por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica, no es posible impugnar directamente la violación de un derecho humano contenido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos por vía del recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional Federal.

En términos similares, la Corte de Constitucionalidad Italiana ha sostenido que: “La Convenzione EDU, invece, non crea un ordinamento giuridico sopranazionale e non produce quindi norme direttamente applicabili negli Stati contraenti. Essa configurabile come un trattato internazionale multilaterale pur con le caratteristiche peculiari che saranno esaminate pi avanti da cui derivano obblighi per gli Stati contraenti, ma non l'incorporazione dell'ordinamento giuridico italiano in un sistema pi vasto, dai cui organi deliberativi possano promanare norme vincolanti, omissio medio, per tutte le autorit interne degli Stati membri”¹¹.

Ahora bien, en lo que atañe al valor jurídico o a los efectos de las decisiones adoptadas por los Órganos Internacionales de protección de los Derechos Humanos, entre ellos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, es preciso comentar el alcance de algunas sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional Español, en el sentido

que: “puesto que el contenido de aquellos constituye también parte del de éstos, formando el estándar mínimo y básico de los derechos fundamentales de toda persona en el Ordenamiento Jurídico Español, como resultado de la circunstancia de que los tratados y acuerdos internacionales sobre Derechos Humanos sean insoslayables instrumentos hermenéuticos de los derechos fundamentales de la Constitución Española (art. 10.2 CE)”¹².

Lo anterior, teniendo en cuenta que en el ordenamiento jurídico español no se ha previsto la manera concreta de ejecutar o de hacer efectivas las decisiones de los tribunales aludidos; sin embargo, el Tribunal Constitucional Español ha resuelto la laguna, y así lo ha realizado en la Sentencia 245/1991 de 16 de diciembre, en que se resolvió el recurso de amparo interpuesto con ocasión de la sentencia emitida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el asunto Barberá, Messeguer y Jabardo vs. España, en la que señaló¹³: “Ha de tenerse en cuenta que el Convenio no sólo forma parte de nuestro Derecho interno, conforme al artículo 96.1 de la CE, sino que además, y por lo que aquí interesa, las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas contenidas en la CE, deben interpretarse de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España (art. 10.2 CE) entre los que ocupa un especial papel el Convenio para la

10 Ver la sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán 2BvR 1481/04 de 14 de octubre de 2004. Es decir, pero las garantías del Convenio Europeo de Derechos Humanos y sus protocolos, por la razón de su status en la jerarquía de las normas, no son una norma constitucional directa de revisión en el sistema jurídico alemán.

11 Ver la sentencia de la Corte de Constitucionalidad Italiana No. 348/2007 de 22 de octubre de 2007.

12 Véase el Auto del Tribunal Constitucional Español 260/2000 de 13 de noviembre.

13 Ver Fernández de Casadevante Romaní, C., y Jiménez García, F., El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la Constitución Española: 25 años de Jurisprudencia Constitucional, Cívitas, Navarra, 2006, págs. 24 y 25.

Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. El TEDH es el órgano cualificado que tiene por misión la interpretación del Convenio, y sus decisiones son además obligatorias y vinculantes para nuestro Estado, cuando sea Estado demandado. De ello se sigue que, declarada por Sentencia de dicho Tribunal una violación de un derecho reconocido por el Convenio Europeo que constituya asimismo una violación actual de un derecho fundamental consagrado en nuestra Constitución, corresponde enjuiciarla a este Tribunal, como Juez supremo de la Constitución y de los derechos fundamentales, respecto de los cuales nada de lo que a ello afecta puede serle ajeno. Por tanto ha de valorarse, en el pleno de nuestro Derecho interno, si existen medidas para poder corregir y reparar satisfactoriamente la violación de ese derecho fundamental, en especial cuando se trata de la violación del derecho fundamental a la libertad del art. 17.1 de la CE, que sigue siendo actual y por ello no puede ser reparada por su equivalente económico”¹⁴.

De igual modo, y con respecto a los dictámenes del Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones

Unidas, el Tribunal Constitucional Español, ha considerado: “las “observaciones” que en forma de Dictamen emite el Comité no son resoluciones judiciales, puesto que el Comité no tiene facultades jurisdiccionales (como claramente se deduce de la lectura de los arts. 41 y 42 del Pacto), y sus dictámenes no pueden constituir la interpretación auténtica del Pacto, dado que en ningún momento, ni el Pacto ni el Protocolo Facultativo le otorgan tal competencia. (...)No obstante, las “observaciones” del Comité..., interpretadas en el estricto ámbito de su competencia se limitan a señalar que en un caso concreto, un individuo concreto no tuvo la posibilidad de que su condena fuera revisada de acuerdo con los requisitos del art. 14.5 del Pacto”¹⁵

Es claro entonces que en esa decisión el Tribunal Constitucional Español, de acuerdo con Fernández de Casadevante Romani y Jiménez de García, ha concluido que la existencia de una violación al tratado aludido, no sólo permite acreditar la posible vulneración de los correspondientes derechos fundamentales del actor, sino también, que constituye un hecho novedoso a los efectos del recurso de revisión, o para entablar una causa por error judicial¹⁶.

¹⁴ Véase la STC 245/1991 de 16 de diciembre.

¹⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional Español 70/2002 de 7 de abril.

¹⁶ Véase Fernández de Casadevante Romani, C., y Jiménez García, F., El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la Constitución Española..., op. cit., págs. 25 y 26. Sobre lo anterior, el Tribunal Constitucional Español, en la sentencia 240/2005 de 10 de octubre, señaló: “una interpretación del artículo 954.4 LECrim que excluya la subsunción de una Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de este tipo en el concepto de “hecho nuevo” se opone al principio de interpretación pro actione tal como lo hemos definido anteriormente, ya que se trata de una decisión de inadmisión que por su rigorismo y por su formalismo excesivo revela una clara desproporción entre los fines que las causas de inadmisión preservan (especialmente la seguridad jurídica que deriva de la intangibilidad de las Sentencias firmes) y los intereses que sacrifican, que en este caso es, ni más ni menos, que un derecho fundamental como el derecho de a la presunción de inocencia proclamado en el artículo 24.2 de la C.E. No cabe duda de que una declaración como la contenida en la Sentencia ahora invocada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos puede en hipótesis evidenciar “la equivocación de un fallo” condenatorio de personas distintas a las beneficiadas por aquella declaración, por lo que parece evidente que, frente a esta declaración no puede prevalecer “el efecto preclusivo de la Sentencia condenatoria (STC 150/1997, F.5). Para evitar este resultado contrario a la Constitución debe entenderse que, con la incorporación a nuestro ordenamiento de la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la expresión “hechos nuevos...que evidencien la inocencia del condenado” del artículo 954.4 LECrim, debe interpretarse de modo que en él se incluyan las declaraciones de dicho Tribunal que puedan afectar a procedimientos distintos a aquellos en los que tiene origen dicha declaración”

De otro lado, y siguiendo a los mismos autores, se debe mencionar que los alcances del artículo 10.2 de la Constitución Española operan una vez que la norma Internacional ha sido receptada en el ordenamiento jurídico español en los términos del artículo 96 ídem ¹⁷, o de acuerdo con los principios generales del derecho internacional en el supuesto de las normas institucionales o las normas consuetudinarias ¹⁸.

En este sentido, la doctrina española ha insistido que el artículo 10.2 de la Constitución Española “no atribuye un rango constitucional a los derechos y libertades proclamados en textos internacionales que no estén también recogidos en la Constitución española, pero sí establece una conexión entre los que la Norma Fundamental contiene y los de aquellos instrumentos, a los fines de determinar el contenido y alcance de los primeros” ¹⁹.

En suma, y de acuerdo con Bastida Freijedo; “la teoría de los derechos fundamentales de la Constitución encuentra en el artículo 10.2 CE un elemento importante que sirve de guía a la interpretación de los derechos

fundamentales: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre la materia ratificados por España”. Esta remisión a los citados tratados no da rango constitucional a los derechos en ellos reconocidos en cuanto no estén también consagrados por la CE (STC38/1995, FJ5°), ni tales tratados pueden ser considerados fuente adicional de límites junto a los que ponga el legislador orgánico cuando esté autorizado para ello (aunque la STC 62/1982, FJ3°, parece apuntar lo contrario al entender que la moral puede ser un límite –no previsto en el art. 20 CE– a las libertades de expresión e información, en virtud del principio contemplado en el art. 10.2 CE). Sin embargo, esta claro que este precepto obliga a los poderes públicos a interpretar los derechos fundamentales de la CE de conformidad con esos tratados, lo cual tiene una extraordinaria importancia, sobre todo para el legislador ²⁰.

Ahora bien, en lo que atañe a las relaciones entre los artículos 10.2 y 96

17 El artículo 96 de la Constitución Española de 1978 establece:

“Artículo 96

1. Los tratados internacionales válidamente celebrados una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional.

2. Para la denuncia de los tratados y convenios internacionales se utilizará el mismo procedimiento previsto para su aprobación en el artículo 94.”

18 Véase Fernández de Casadevante Romaní, C., y Jiménez García, F., *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la Constitución Española...*, op. cit., pág. 30.

19 Véase González Campos, J. D., y otros, *Curso de Derecho Internacional Público*, Cívitas, Madrid, 2004, pág. 266. Citado por Fernández de Casadevante Romaní, C., y Jiménez García, F., *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la Constitución Española...*, op. cit., pág. 30.

20 Véase Bastida Freijedo, F. J., y otros, *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2005, pág. 81.

de la Constitución Española de 1978 ²¹, Fernández de Casadevante Romaní y Jiménez de García han advertido sobre el error en que incurren los tribunales españoles en el momento de interpretar los alcances de ambas disposiciones y de enunciar la manera en que los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos se presentan en el ordenamiento jurídico español (es decir, con una doble vertiente: mientras la primera: “reconoce el efecto interpretativo directo e inmediato de los derechos y libertades fundamentales contenidos en la Constitución” ²², la segunda, “otorga a los tratados válidamente celebrados y publicados el efecto inmediato de constituir sus normas parte integrante del ordenamiento español” ²³). Así, estos autores han señalado que los tribunales españoles tienden a potenciar la primera vertiente sobre la segunda, soslayándose que estas disposiciones forman parte del ordenamiento jurídico interno español ²⁴.

Una manera correcta, sin embargo, de interpretar ambas disposiciones puede ser hallada en la sentencia del Tribunal Constitucional Español 38/1981 de 23 de noviembre de 2000, en que se dispuso: “Si se observa lo que dice su artículo 10.2 los

textos internacionales ratificados por España son instrumentos valiosos para configurar el sentido y el alcance de los derechos que, en este punto, recoge la Constitución. Los Convenios OIT, ratificados por España, constituyen, sin duda, textos invocables al respecto, al igual que otros textos internacionales (así el artículo 81 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; artículo 1.5, del Código Civil). Los convenios se incorporan al ordenamiento interno, y de estas normas internas surgen los derechos individuales que cuando se recogen en el capítulo de los derechos y libertades para cuya protección se abre el recurso de amparo (...) adquieren un valor capital las reglas del convenio o tratado. Las recomendaciones de la OIT si bien, como es obvio, distintas de los convenios y sin alusión directa en el artículo 10.2 de la Constitución, son textos orientativos que, sin eficacia vinculante, pueden operar como criterios interpretativos o aclaratorios de los convenios, carácter con el que se invocan aquí las recomendaciones a las que hemos hecho referencia”.

Sobre el anterior criterio jurisprudencial, Saiz Arnaiz ha comentado que mediante los alcances del artículo 10.2 de la Constitución

21 El artículo 96 de la Constitución Española de 1978 establece: “Artículo 96. 1. Los Tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios Tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional. 2. Para la denuncia de los Tratados y convenios internacionales se utilizará el mismo procedimiento previsto para su aprobación en el artículo 94”.

22 Ver Fernández de Casadevante Romaní, C., y Jiménez García, F., *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la Constitución Española*..., op. cit., pág. 31.

23 Véase Fernández de Casadevante Romaní, C., y Jiménez García, F., *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la Constitución Española*..., op. cit., pág. 31.

24 En este orden, los mencionados autores citan la sentencia del Tribunal Constitucional Español STC 37/1988 de 3 marzo y el auto STC 353/1988 de 16 de marzo.

Española, un acuerdo en materia de derechos fundamentales que en principio no posea eficacia directa, puede desplegar algunos efectos en cuanto contribuye en la interpretación del Texto Fundamental, muy semejantes de los que resultarían de su aplicación inmediata. De esta manera, concluye el autor, “tienden a desaparecer, en cierta medida, y sólo en el específico ámbito de los derechos fundamentales, las diferencias entre los acuerdos self-executing y los que no lo son”²⁵. De este modo, afirma el mismo autor: “es evidente que los tratados internacionales a los que se refiere el art. 10.2 CE no se comportan como todos los demás integrados en el ordenamiento español: sólo aquellos, posean o no efecto directo, se utilizarán en la interpretación-integración de las disposiciones constitucionales referidas a derechos fundamentales”²⁶.

En suma, los tratados internacionales sobre derechos fundamentales se comportan para el Tribunal Constitucional como parámetro de interpretación, pero no de validez, teniendo en cuenta su condición de normas interpuestas, en el juicio de inconstitucionalidad y ante la posible vulneración de un derecho fundamental. De ahí que, de acuerdo con Saiz Arnaiz: “las previsiones establecidas en aquellas fuentes subconstitucionales se comportan, en efecto, como límites para el legislador y los demás poderes públicos por expresa decisión del constituyente, de

modo no muy diferente a como lo hacen, en el seno de lo que se dado en llamar bloque de constitucionalidad, otras fuentes de rango infra-constitucional al proceder al reparto territorial del poder político”²⁷.

Lo anterior, a pesar que como se ha insistido, en el ordenamiento jurídico español los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos no tienen un valor normativo autónomo semejante al de las normas que componen la Constitución Española de 1978, ni equivalente, sino que con sustento en el artículo 10.2 de ese Texto Fundamental, más bien constituyen criterios de interpretación de los derechos fundamentales reconocidos por la propia Constitución. Tampoco forman parte estos instrumentos, valorados desde la tradición jurídica costarricense, del bloque de constitucionalidad o del Derecho de la Constitución, según se expuso supra.

A pesar de lo expuesto, es preciso agregar que los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos han sido incorporados al ordenamiento jurídico español conforme al procedimiento previsto en el artículo 96 de la Constitución Española de 1978 y, por ello, ostentan un valor superior a las leyes, y de una resistencia pasiva frente a éstas, que no pueden derogar o modificar su contenido. Sobre el particular, la doctrina ha comentado que: “el art. 96.1 CE prevé que los tratados válidamente celebrados y publicados forman

25 Véase Saiz Arnaiz, A., La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española, (Premio Rafael Martínez Emperador 1998), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pág. 272.

26 Ver Saiz Arnaiz, A., La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos, op. cit., pág. 272.

27 Ver Saiz Arnaiz, A., La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos, op. cit., págs. 274-275.

parte del ordenamiento jurídico español y, por lo que ahora específicamente interesa, que “sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas del Derecho Internacional”. Ello quiere decir que los tratados internacionales gozan de fuerza pasiva, entendida como resistencia a la derogación, superior a las leyes. Cabe ciertamente entender que esta intangibilidad de los tratados internacionales por parte del legislador no entraña, en puridad, la inconstitucionalidad de la ley contraria al tratado; pero, en todo caso, ha de plasmarse en la inaplicación de la ley anterior –e incluso, posterior- incompatible con el tratado y la aplicación preferente de éste”²⁸.

Ahora bien, en el caso particular de los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos (que si bien, como se ha dicho, no tienen un valor normativo semejante o equivalente al de las disposiciones constitucionales, ni componen el bloque de constitucionalidad) deberían ser aplicados sobre cualquier disposición inferior que se les oponga (así como derogar todo el ordenamiento jurídico inferior que les resulta incompatible), aun cuando se trate de un derecho que no encuentra propiamente equivalente en la Constitución española²⁹.

Pero también existe controversia sobre el valor normativo que eventualmente tendrían los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico español, a partir de los criterios sostenidos por el Tribunal Constitucional en el sentido que más bien constituyen una cláusula de interpretación de los derechos fundamentales. En palabras del autor: “ahora bien, cabría una respuesta alternativa, menos intuitiva y más restrictiva: los tratados internacionales sobre derechos humanos sólo poseen en el ordenamiento español un valor interpretativo, no un valor normativo en sentido estricto: y, por ello, si el derecho reconocido convencionalmente carece de equivalente constitucional, no puede determinar la inaplicación de una ley”³⁰.

De esta forma, agrega el mismo autor sobre los alcances del artículo 10.2 de la Constitución Española de 1978 que: “no sería tanto una verdadera cláusula de apertura al derecho internacional de los derechos humanos como una *lex specialis* respecto del art. 96 CE, que restringiría el alcance de este último precepto constitucional”³¹. De esta forma, si bien ningún sector de la doctrina defiende esta interpretación sobre los alcances del artículo 10.2 de la Constitución Española de 1978, en la práctica la construcción efectuada por el Tribunal Constitucional

28 Véase Díez-Picazo, L. M., Sistema de Derechos Fundamentales, Tercera Edición, Serie Derechos Fundamentales y Libertades Públicas, op. cit., pág. 171.

29 Véase Díez-Picazo, L. M., Sistema de Derechos Fundamentales, Tercera Edición, Serie Derechos Fundamentales y Libertades Públicas, op. cit., pág. 171.

30 Véase Díez-Picazo, L. M., Sistema de Derechos Fundamentales, Tercera Edición, Serie Derechos Fundamentales y Libertades Públicas, op. cit., pág. 171.

31 Ver Díez-Picazo, L. M., Sistema de Derechos Fundamentales, Tercera Edición, Serie Derechos Fundamentales y Libertades Públicas, op. cit., pág. 171.

Español nos conduce en esa dirección, en el sentido de desconocer el carácter normativo de los Instrumentos Internacionales sobre los Derechos Humanos, y otorgándoles únicamente un valor interpretativo de los derechos fundamentales reconocidos por el Texto Fundamental ³².

Es claro entonces que la construcción realizada por el Tribunal Constitucional Español sobre los alcances del artículo 10.2 de la Constitución Española eventualmente se encamina en esa vía (que apunta Díez-Picazo, y que consistiría en negar todo valor normativo a los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos ³³); sin embargo, es preciso reiterar que si bien tales instrumentos no componen el bloque de constitucionalidad

ni integran el Derecho de la Constitución, han sido incorporados al ordenamiento jurídico español conforme al procedimiento previsto en el artículo 96 de la Constitución y, por ello, su aplicación en ese ordenamiento jurídico se proyecta por una doble vía:

- Una, la del carácter interpretativo de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Española de 1978, sin que por eso posean un valor normativo semejante al de las disposiciones constitucionales, ni integren el bloque de constitucionalidad o el Derecho de la Constitución (en la medida en que no pueden ser utilizadas por el Juez Constitucional como parámetro independiente para determinar la

32 Véase Díez-Picazo, L. M., *Sistema de Derechos Fundamentales*, Tercera Edición, Serie Derechos Fundamentales y Libertades Públicas, op. cit., pág. 171. Sobre el particular, el mismo autor agrega: "Obsérvese que ésta no es una pura disquisición académica. Así, por ejemplo, el Protocolo n°4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, aprobado el 16 de septiembre de 1963, establece en su art. 4 una prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros. España no ha ratificado jamás dicho Protocolo n°4; pero la pregunta es, precisamente ¿qué ocurriría si lo hiciera? La prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros no tiene un derecho fundamental correspondiente en la Constitución Española, por lo que el valor interpretativo del citado art. 4 del Protocolo n°4 sería, cuando menos, limitado ¿Habría que entender, entonces, que introduciría un derecho directamente aplicable en el ordenamiento español, que prevalecería incluso frente a leyes de signo contrario? La respuesta a este interrogante dependería de cómo se entendiese la relación entre los arts. 10.2 y 96 CE".

33 Sobre el particular, el autor critica abiertamente la posición asumida por el Tribunal Constitucional Español con respecto a los alcances del artículo 10.2 de la Constitución y al valor que le otorga a los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos, del siguiente modo: "desde un punto de vista sustantivo, la construcción jurisprudencia del Tribunal Constitucional en torno al art. 10.2 CE está igualmente expuesta a críticas. Ya se ha visto que existe comunicación entre los niveles nacional e internacional de protección de los derechos –se trata básicamente de unos mismos valores- y, por ello, es razonable concebir los tratados internacionales sobre derechos humanos como normas que, de alguna manera, desarrollan materialmente el Título I de la Constitución. De aquí debería desprenderse una mayor relevancia de los tratados internacionales sobre derechos humanos tanto en los procesos de inconstitucionalidad como en los de amparo. Más aún, por más que la actual jurisprudencia constitucional sobre el art. 10.2 CE esté predominantemente orientada por consideraciones relativas al sistema de fuentes y, en concreto, por la superioridad jerárquica de la Constitución sobre los tratados internacionales, ello no autoriza a concluir que, en materia de derechos fundamentales, la relación que la Constitución mantiene con los tratados sea equiparable a la que mantiene con la ley. Como ha observado Francisco Rubio Llorente, mientras que la ley opta por un contenido posible de los derechos fundamentales de entre los varios que permite la Constitución, el tratado fija un "contenido necesario" de los mismos que vincula, en todo caso, a los Estados signatarios. Los tratados internacionales sobre derechos humanos, en otras palabras, tienen como finalidad específica delimitar el núcleo indisponible de esos derechos y, por tanto, su función es análoga a la que el art. 53.1CE atribuye a los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución española: imponer barreras al legislador". Véase Díez-Picazo, L. M., *Sistema de Derechos Fundamentales*, Tercera Edición, Serie Derechos Fundamentales y Libertades Públicas, op. cit., págs. 171-172.

regularidad constitucional de una disposición con rango de ley);

- Otra, la de un valor normativo superior a las leyes (pero no del mismo rango que las disposiciones constitucionales), habida cuenta que tales Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos, al igual que cualquier otro tratado internacional, han sido incorporados al ordenamiento jurídico español conforme al procedimiento previsto en el artículo 96 de la Constitución Española de 1978.

Tales son, pues, las ideas que se defienden en esta investigación sobre el valor normativo de los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico costarricense y en el español, en los cuales se les ha otorgado a estos Instrumentos un valor jurídico distinto, motivo por el cual igualmente son distintas sus conexiones y sus interacciones con las demás normas que integran el sistema normativo.

V.- El caso de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Una vez expuesto el carácter normativo de los Instrumentos Internacionales en materia de Derechos Humanos en el Sistema de Justicia Constitucional costarricense, como en el español, es preciso dedicar una líneas

a un tema que hoy día ha generado gran polémica en el Foro Jurídico costarricense, y es el relativo al carácter aparentemente vinculante de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre todo en aquellos casos en que el Estado costarricense no es parte³⁴.

Lo anterior se puso de manifiesto al resolverse la acción de inconstitucionalidad planteada por Yashin Castrillo Fernández, contra el artículo 10 del Reglamento de Salud de la Caja Costarricense de Seguro Social. En efecto, la Sala Constitucional en la sentencia No. 2012-5590 de 2 de mayo y mediante una votación dividida declaró que la norma impugnada (en cuanto define como compañero, para efectos de constituirse como beneficiario del seguro de salud, a la "persona, hombre o mujer, que convive en unión libre, en forma estable y bajo un mismo techo con otra de distinto sexo") no es inconstitucional, negándose para tal fin a aplicar el criterio sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Atala Riffo vs. Chile".

Cabe mencionar que en esta sentencia el actor expresamente solicitó la aplicación de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Atala Riffo vs. Chile". Lo anterior fue negado por la mayoría de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, al considerarse que el voto de mayoría de la Corte, no desarrolla ni realiza referencia alguna al tema de la

³⁴ Entre quienes se oponen al carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es preciso mencionar a don Fernando Castillo Víquez, Magistrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de la República de Costa Rica, cuyas objeciones han sido brillantemente plasmadas en su libro *Temas Controversiales del Derecho Constitucional*, Juriscentro, San José, 2009, págs. 81 a 109, así como en su voto particular a la sentencia No. 2012-5590 de 2 de mayo, dictada en la acción de inconstitucionalidad promovida por Yashin Castrillo Fernández, contra el artículo 10 del Reglamento de Salud de la Caja Costarricense de Seguro Social

conyugalidad homosexual, la seguridad social homosexual, la democratización de instituciones social y jurídicamente reconocidas a las personas heterosexuales, ni los derechos reproductivos de las personas homosexuales. En dicha resolución se desarrolló por el contrario el tema del derecho a la vida familiar como derecho humano, señalándose que no es posible decidir sobre la custodia y cuidado de los hijos con base en la orientación sexual de los progenitores. Con lo cual, según la mayoría de la Sala “es claro que el “juicio base” de la resolución de la CIDH, en nada resulta aplicable al caso concreto”. Lo anterior por cuanto, en aquel caso se tiene como supuesto fáctico dos menores de edad que no pueden relacionarse con su progenitor por motivos de inclinación homosexual, mientras que en el caso que ahora ocupa, lo pretendido es el reconocimiento de la unión de hecho entre personas del mismo sexo para tener acceso al seguro social de su conviviente. De lo anterior se deduce, siguiendo la argumentación sostenida por la mayoría de la Sala Constitucional, que el supuesto fáctico del caso resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos no es aplicable al conocido y fallado por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, pese a que en ambos se producen sendas discriminaciones por motivos de orientación sexual. Aunado a lo anterior, sin duda destaca el voto particular del Magistrado Castillo Víquez, quien se niega a conceder carácter vinculante a la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre todo en aquellos asuntos en que el Estado costarricense no es parte.

En el voto de minoría, en cambio (compartido por los Magistrados Armijo Sancho, Jinesta Lobo y Cruz Castro con redacción del primero), se declara que la norma impugnada es inconstitucional y transgrede el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el cual forma parte del bloque de constitucionalidad o del Derecho de la Constitución. Al respecto, en el voto salvado se indicó que en virtud del artículo 31.1 de la Convención de Viena, si un Estado firma un Tratado internacional —particularmente en el ámbito de los derechos humanos—, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar los pronunciamientos de los órganos supranacionales correspondientes, como en el presente caso, con relación al Pacto de San José y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. También se dijo que aunque ninguna norma del Pacto de San José le da el carácter vinculante, válido para todos los asuntos a las sentencias de la Corte IDH, salvo obviamente, para el caso concreto, lo cierto es que forma parte de una línea jurisprudencial de larga data por parte de esta Sala el criterio expresado en la sentencia No. 2313-95 de 9 de mayo, en el sentido que:

“tratándose de instrumentos internacionales de Derechos Humanos vigentes en el país, no se aplica lo dispuesto por el artículo 7 de la Constitución Política, ya que el 48 Constitucional tiene norma especial para los que se refieren a derechos humanos, otorgándoles una fuerza normativa del propio nivel constitucional. Al punto de que, como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala,

los instrumentos de Derechos Humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman por sobre la Constitución (vid. sentencia N° 3435-92 y su aclaración, N° 5759-93).” y la de que:

“si la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano natural para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), la fuerza de su decisión al interpretar la convención y enjuiciar leyes nacionales a la luz de esta normativa, ya sea en caso contencioso o en una mera consulta, tendrá -de principio- el mismo valor de la norma interpretada”.-

Es, por ello, que existe una vinculatoriedad moral y jurídica de acatamiento de lo dicho por la Corte Interamericana ya que el incumplimiento de los Tratados y de las decisiones de esa Corte podría imponer responsabilidad internacional al Estado. De ahí que todas las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes para el Estado costarricense, aunque no sea parte de los litigios. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado:

“282. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.

De lo anterior se deduce con toda claridad que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene carácter vinculante, y debe ser acatada tanto por la Sala Constitucional como por los jueces ordinarios, salvo en el único caso que el estándar de protección del derecho interno sea superior al del organismo internacional de protección de los derechos humanos, lo cual debe ser apreciado en cada caso. Lo anterior, justamente en aplicación del principio pro homine. Tampoco es válida la pretensión de algunos de trasladar el criterio del margen de apreciación de los Estados que ha utilizado reiteradamente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para resolver las controversias relativas a la ponderación de derechos ³⁵, pues en el fondo, dicho criterio riñe con el principio de

35 Véase sobre el particular las sentencias dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso “Lautsi c. Italia”. Un comentario a esas decisiones puede ser apreciado en el libro del autor: *Laicidad y Libertad de Religión*, Isolma - Maestria en Justicia Constitucional, Universidad de Costa Rica, 2011, págs. 144-147.

progresividad y del carácter universal de los derechos fundamentales, en cuanto relativiza el alcance de los derechos y libertades según las circunstancias socio culturales de cada país, lo que impide una interpretación uniforme de las disposiciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos, de Roma de 4 de noviembre de 1950. Afortunadamente dicho criterio del margen de apreciación no ha sido copiado por la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual sobre el particular más bien ha defendido un análisis expansivo y uniforme de los derechos fundamentales. Con lo cual en el sistema de justicia constitucional costarricense no cabe la menor duda acerca del carácter vinculante de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre todo teniendo en consideración que el Estado costarricense es la sede de la Corte aludida.

En el otro caso, el de la sentencia No. 2013-04491 de 3 de abril, la Sala Constitucional se negó a aplicar los alcances del fallo dictado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *López Mendoza vs. Venezuela*, también con el argumento que el supuesto de hecho conocido en aquel caso es distinto del fallado por la Sala, en la medida en que, como se argumentó en el voto de mayoría, la prohibición de inhabilitación de los funcionarios públicos por parte de órganos administrativos únicamente alcanza a los que son escogidos mediante elección popular. Al respecto, en el voto de mayoría se afirmó.

“En la sentencia de la Corte Interamericana en el caso López Mendoza vs. Venezuela de 1° de septiembre de 2012, ese órgano regional estimo que violentaba el parámetro de

convencionalidad (artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) una sanción de inhabilitación por tres años impuesta a quien se había desempeñado por ocho años como Alcalde del Chacao –Estado de Miranda-, sea en un puesto de elección popular, para postular su nombre como candidato de la Alcaldía del Estado Mayor de Caracas y, eventualmente, ser electo en ese cargo de designación popular. Esa sanción en el ordenamiento jurídico venezolano es accesoria a la declaratoria de responsabilidad administrativa de un funcionario público. La Corte Interamericana estimó que la sanción administrativa impuesta de inhabilitación para ejercer funciones públicas, por el Contralor de la República de ese país, violentaba el derecho al sufragio pasivo, sea a ser electo popularmente de López Mendoza, ante su proyecto de postularse como Alcalde del Estado Mayor de Caracas. Lo anterior, queda ratificado con la transcripción literal de las consideraciones de la Corte Interamericana. Así en el Considerando 104 estimó lo siguiente: “104. La Corte debe determinar si las sanciones de inhabilitación impuestas al señor López Mendoza por decisión de un órgano administrativo y la consiguiente imposibilidad de que registrara su candidatura para cargos de elección popular son o no compatibles con la Convención Americana” Luego

añade lo siguiente: “105. Así pues, refiriéndose específicamente al caso concreto que tiene ante sí, la Corte entiende que este punto debe resolverse mediante la aplicación directa de lo dispuesto por el artículo 23 de la Convención Americana, porque se trata de sanciones que impusieron una clara restricción a uno de los derechos políticos reconocidos por el párrafo 1 de dicho artículo, sin ajustarse a los requisitos aplicables de conformidad con el párrafo 2 del mismo. En la consideración de la Corte Interamericana 108 se indica: “En el presente caso, si bien el señor López Mendoza ha podido ejercer otros derechos políticos (supra párr. 94), está plenamente probado que se le ha privado del sufragio pasivo, es decir, del derecho a ser elegido.” En la consideración 140, vuelve a reiterar la Corte Interamericana lo siguiente: “140. Al respecto, la Corte resalta que existe una diferencia importante entre la sanción de multa y la sanción accesoria de inhabilitación para postularse a elecciones, que, como ya se señaló, implica una limitación al sufragio pasivo (supra párr. 108)”. En los “Puntos Resolutivos” o parte dispositiva, la Corte Interamericana resuelve, expresamente, lo siguiente: “1. El Estado es responsable por la violación del derecho a ser elegido, establecido en los artículos 23.1.b y 23.2, en relación con la obligación de respetar y garantizar los derechos,

establecida en el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio del señor López Mendoza, en los términos del párrafo 109 de la presente Sentencia. Finalmente, la Corte Interamericana declara lo siguiente: “1. El Estado, a través de los órganos competentes, y particularmente del Consejo Nacional Electoral (CNE), debe asegurar que las sanciones de inhabilitación no constituyan impedimento para la postulación del señor López Mendoza en el evento de que desee inscribirse como candidato en procesos electorales a celebrarse con posterioridad a la emisión de la presente Sentencia, en los términos del párrafo 217 del presente Fallo. En la presente acción de inconstitucionalidad, los funcionarios públicos que acuden a este Tribunal, no son de elección popular y no aducen que se hubieren postulado para un puesto de elección popular, por lo que no está en juego el derecho a ser electo o el sufragio pasivo, con lo que la sentencia de la Corte Interamericana, evidente y manifiestamente, no resulta aplicable.”

Acerca del particular, en el voto salvado del Magistrado Armijo Sancho se rebate el punto y se afirma que “En este asunto, efectivamente en el parágrafo 100 de la sentencia del caso López Mendoza vs. Venezuela (2011) la Corte discierne que el punto central del fallo radica en las sanciones de inhabilitación impuestas a López, por

decisión de un órgano administrativo, que le impidieron registrar su candidatura para cargos de elección popular. No obstante, cabe destacar que la sentencia aborda –y equipara– dos resoluciones sancionatorias contra López, la primera de ellas impuesta el 24 de agosto de 2005 por el Contralor General en Resolución N°01-00-00020690, por acciones que realizó estando designado como Analista de Entorno Nacional en la Oficina del Economista Jefe de la empresa Petróleos de Venezuela S.A, confirmada el 28 de marzo del mismo año y que le impuso la sanción de inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas por un período de tres años, con base en el artículo 122 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República de 1995 y el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal. Es decir, se trata de la inhabilitación decretada contra un funcionario público de designación por actividad administrativa, no electo popularmente”.

En suma, lo cierto es que la Sala Constitucional también se negó a aplicar la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *López Mendoza vs. Venezuela* para resolver un caso sometido a su conocimiento. En este sentido habría que reiterar que la Jurisprudencia de la Corte es vinculante para nuestro país, aunque no seamos parte de ese litigio, siempre que el estándar convencional sea superior al del derecho interino, pues de lo contrario, y en virtud del principio pro-homine, no hay obligación de seguirla.

VI.- Conclusiones.

Pues bien, en estas líneas se ha repasado el valor normativo de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos tanto

en el Sistema de Justicia Constitucional costarricense como en el español. En cuanto a lo primero, se ha defendido el carácter supra-constitucional de estos instrumentos, a tal grado que si brindan mayor protección o mayor alcance de los derechos que la propia Constitución, entonces priman sobre ella. Es distinto, sin embargo, el caso español, donde se ha afirmado que tales instrumentos no constituyen parámetro de constitucionalidad, sino meros criterios de interpretación de los derechos fundamentales proclamados en la Constitución Española de 1978.

Y es que en términos generales, en los países que componen el modelo iberoamericano de justicia constitucional existe la tendencia a reconocer el valor normativo de estos instrumentos, por lo menos con un rango superior a la ley, o del mismo nivel de las normas constitucionales. Algunas sentencias acerca del particular se han revisado en este ensayo. En el modelo europeo, sin embargo, se comparte las características que hemos apuntado con respecto al sistema español, en cuya razón se tiene a estos instrumentos como meros criterios de interpretación de los derechos fundamentales.

Finalmente, hemos insistido en el carácter normativo y vinculante de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el sistema de justicia constitucional costarricense, con la única salvedad que se produce en el supuesto que el estándar de protección del derecho interno con respecto a una determinada libertad sea superior al estándar internacional, en cuyo caso, no hay obligación ni de la Sala Constitucional ni de los tribunales ordinarios de acatar la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

SISTEMAS INSPECTIVOS DE TRABAJO CENTROAMERICANOS

***Dr. Eric Briones Briones.
Abogado y Profesor Laboralista***

SUMARIO:

1. Introducción.
2. El sistema inspectivo nicaragüense.
 - 2.1 Generalidades de la Inspección.
 - 2.2 Tipos de inspección.
 - 2.3 Medidas inspectivas.
 - 2.4 El proceso inspectivo en general.
 - 2.5 Sobre su sistema sancionador.
 - 2.6 Dificultar la acción inspectiva.
 - 2.7 Reincidencia.
 - 2.8 Destino de lo recaudado.
3. El sistema inspectivo hondureño.
 - 3.1 Estructura.
 - 3.2 Competencia.
 - 3.3 Del procedimiento.
 - 3.4 Multas.
4. El sistema inspectivo salvadoreño.
 - 4.1 Competencias.
 - 4.2 Organización estructural.
 - 4.3 Del procedimiento inspectivo.
 - 4.4 Del procedimiento sancionatorio.
 - 4.5 Las sanciones.
5. El sistema inspectivo guatemalteco.
 - 5.1 Estructura organizativa.
 - 5.2 Facultades.
 - 5.3 De la visita inicial.
 - 5.4 Reinspección.
 - 5.5 Prescripción y reparación del daño.
 - 5.6 Las multas y su quantum.
 - 5.7 Procedimiento sancionador a partir del decreto no. 18-2001, del Congreso de la República.
 - 5.8 Inconstitucionalidad.
 - 5.9 Panorama vigente.

6. El sistema inspectivo costarricense.

- 6.1 Antecedentes.
- 6.2 A partir del voto constitucional No. 4298-97.
- 6.3 El procedimiento en sede administrativa.
- 6.4 Estructura.
- 6.5 De personal.
- 6.6 De la competencia.
- 6.7 Del procedimiento en sede administrativa.
- 6.8 De la visita de inspección y prevención.
- 6.9 De la misé en demuere.
- 6.10 De la visita de revisión.
- 6.11 El procedimiento en sede judicial.
- 6.12 Denuncia o acusación.
- 6.13 Competencia.
- 6.14 Sustanciación del juicio.
- 6.15 La sentencia y su ejecución.
- 6.16 Destino de las multas.
- 6.17 Recurso de apelación.
- 6.18 Ejecución de sentencia.

7. Conclusiones.

SISTEMAS INSPECTIVOS DE TRABAJO CENTROAMERICANOS

***Dr. Eric Briones Briones.
Abogado y Profesor Laboralista***

INTRODUCCIÓN

Se pretende a partir de este trabajo, hacer una propuesta sobre un nuevo paradigma (entendido como modelo o patrón dentro de una disciplina) dentro del ámbito de la competencia de la Inspección de Trabajo Costarricense, en referencia al régimen sancionatorio. Para ello, se ha ideado realizar dos trabajos, el primero que vendría a ser el presente, en donde el lector se pretende obtenga un conocimiento general del panorama acerca de los diversos regímenes inspectivos del área Centroamericana, con el fin de tener acceso a otras realidades, que en la mayoría de los casos distan de ser iguales al Costarricense, a pesar de la cercanía territorial y experiencias históricas en muchos casos vividas, pero que pueden servir de corolario a la nueva idea.

Posteriormente en un segundo trabajo¹, se hará una propuesta para el país, sobre la posibilidad de perfilar un sistema administrativo sancionador dentro del ámbito laboral, junto con las modificaciones que se consideren pertinentes, con el ánimo de ir posicionando una nueva idea o modelo, del que hasta ahora Costa Rica, ha ostentado por más de setenta años.

Valga hacer mención, que lo escrito, corresponde en parte a los capítulos

cuarto y quinto, de la tesis doctoral del autor del presente trabajo, la cual se intitula: "Hacia un cambio de paradigma del Sistema Sancionatorio Costarricense por Infraccionalidad Laboral".

Para evitar la sobrecarga gráfica que supondría utilizar o/a para marcar la existencia de los géneros, se opta por emplear el masculino genérico clásico, en el entendido de que todas las menciones representan siempre a hombres y mujeres. Siendo que el autor, es consciente del deber de inclusión de ambos géneros, en la consecución de una igualdad de derechos.

Precisamente, el perfeccionamiento del derecho interno es uno de los fines principales que se busca al recurrir al estudio de otros ordenamientos o modelos jurídicos, mediante las comparaciones, que, a pesar del dicho popular que las mismas "son odiosas", en el caso presente viene a constituirse en una herramienta muy importante de análisis en pro de ese nuevo sistema al que se hará alusión en una posterior entrega. Y es que, por lo general, la existencia de una experiencia social que funcione dentro de un sistema, puede conllevar confianza y convertirse en una herramienta valiosa, eso sí, tomado en cuenta y siendo conscientes de las diferencias y experiencias diversas entre unos y otros.

1 El cual se va a denominar: "Un nuevo paradigma sobre las infracciones laborales".

Es oportuno, no considerar que un sistema sea superior o inferior que otro, lo que sí debe tenerse claro es que existen sistemas jurídicos, que pueden simplemente proponer soluciones diversas a problemas comunes. Sin obviar, asimismo, que conociendo otros derechos extranjeros, se puede mejorar el propio.

Seguidamente, se analizarán los sistemas inspectivos de Centroamérica, excluyendo a Belice, por encontrar su derecho laboral, las raíces dentro del Common Law, realidad ajena al resto de países que relativamente tienen entre sí, una cercanía geográfica al formar parte del mismo istmo, así como de sus creencias, experiencias y etnias en común, lo que ha provocado sistemas legales similares en la solución de los problemas sociales.

2. EL SISTEMA INSPECTIVO NICARAGUENSE

Nicaragua es un país de Centroamérica que cuenta con una población aproximada de 6 millones de habitantes, con una extensión de 129 494 km², lo que lo convierte en el país con más extensión del área centroamericana. Su situación geográfica lo ubica entre el océano Pacífico al oeste y el mar Caribe por el este, limitando con Honduras, al norte, y con Costa Rica, por el sur.

A nivel de legislación y en lo que interesa, puede decirse que el Código de Trabajo encomienda al Ministerio de Trabajo (Ministrab) la aplicación de las leyes, decretos y acuerdos relativos a su materia, en ese sentido, el artículo 263, refiere:

El Ministerio del Trabajo tendrá a su cargo, en lo administrativo, la dirección, estudio y despacho de todos los asuntos relativos al trabajo y vigilará el desarrollo, mejoramiento y aplicación de todas las leyes, decretos y acuerdos referentes a estas materias, principalmente las que tengan por objetivo directo fijar y armonizar las relaciones entre empleadores y trabajadores.

Como complemento a este se encuentran la Ley no. 290 sobre Organización, Competencia y Procedimientos del Poder Ejecutivo del año 1998, que establece las funciones del Ministerio, así como los recursos que deban admitirse contra los actos administrativos que dicta dentro de su funcionamiento (artículos 27, 39 a 45). La adición de los Riesgos y Enfermedades Profesionales que se le hizo al Código de Trabajo, vino a conferir al Ministerio, la potestad de suspender o paralizar los centros de trabajo en situaciones especiales que requirieron la adopción de medidas de urgencia (artículo 3). Por su parte, la Ley de Higiene y Seguridad del Trabajo, regula el funcionamiento de la Inspección de Higiene y Seguridad del Trabajo, así como su propio régimen de sanciones (artículos 306 a 331) y la Ley General de Inspección del Trabajo, estipula el proceso general para sancionar las infracciones junto con la reglamentación respectiva, según Decreto no. 13, emitido en el año de 1997.²

2.1. Generalidades de la Inspección del Trabajo

La Inspección Nicaragüense, se define como el servicio público que se encarga

² Como se verá posteriormente, el servicio inspectivo tiene fundamento constitucional, solo en Honduras y El Salvador. En Nicaragua, tiene una ley exclusiva destinada a su regulación. En el resto de los países que se estudiarán, si bien es, a nivel legal, la normativa es general.

de promover, prevenir, educar y tutelar el cumplimiento de las normas laborales, así como de sancionar su incumplimiento (artículo 4, inc. b, Ley General de la Inspección del Trabajo).³

Estructuralmente está conformado el cuerpo inspectivo por la Dirección General de Inspección del Trabajo; Dirección General de Seguridad e Higiene del Trabajo; Inspectorías Regionales de las Regiones Autónomas del Atlántico Norte y del Atlántico Sur; Inspectorías Departamentales; Inspectorías Municipales e Inspectores del Trabajo y de Higiene y Seguridad del Trabajo.

Por su parte, los inspectores laborales junto con los de higiene y seguridad del trabajo, están investidos de fe pública y autoridad administrativa. Las actas que levanten y hayan adquirido firmeza, tendrán carácter de documento público en la forma prevista por la legislación común, generando certeza y plena prueba, según lo determina el artículo 32 de su Ley General. En referencia al carácter que ostentan las actas, el Dr. Godínez, ha señalado lo siguiente:

En Nicaragua, tienen carácter de documento público (art.32 Ley General de Inspección del Trabajo) y los hechos en ellos narrados, cumpliendo los requerimientos previstos para tales actas, se presumen ciertos (art.41 Ibídem), hacen fe pública, constituyen plena prueba y generan certeza legal (art.61 Ibídem), salvo que existan otras pruebas

que de modo evidente revelen la inexactitud, falsedad o parcialidad del acto o informe (art.21 Reglamento de Inspectores del Trabajo). No obstante, si se trata de las actas elaboradas por los inspectores de higiene y seguridad en el trabajo, se dispone expresamente que no son impugnables (art.42 Reglamento de la Ley General de Higiene y Seguridad del Trabajo) (Estudio sobre infracciones..., 2011: p.22).

A su vez, los Inspectores del Trabajo dependen técnicamente del Director y orgánicamente del titular de la cartera del Ministerio, los cuales se consideran que son sus delegados dentro de los distintos Departamentos (artículo 7, de la ley). Debiendo la policía nacional, prestarles colaboración en el ejercicio del cargo (artículo 20 de la ley).

Contando los mismos con estabilidad laboral,⁴ por lo que refieren al respecto, Albert y Lorenzana et al., lo siguiente:

El ingreso y régimen jurídico de los Inspectores del Trabajo al Sistema de Inspección del Trabajo está establecido en la Ley No. 476, “Ley del Servicio Civil y de la Carrera Administrativa”, que garantiza su estabilidad laboral e independencia de criterio. Los Inspectores Laborales deberán ser al menos estudiantes del tercer año de la carrera de derecho o Diplomado en Procuraduría Laboral (Estudio de mayo 2011: p.78).

3 Amén de la ley y su reglamento, la Inspección Nicaragüense, cuenta con una guía técnica para la aplicación de su trabajo cotidiano.

4 A pesar que este país, no ha ratificado los Convenios 81 y 129 OIT, sobre la materia inspectiva - los cuales han referido a los Estados la necesidad de disponer de condiciones de servicio que le garanticen al personal de la inspección la estabilidad en su empleo y los independicen de los cambios de gobierno y de cualquier influencia exterior indebida-, ha logrado mediante su legislación interna el cumplimiento de la garantía de estabilidad dentro de la función pública.

2.2 Tipos de inspección

En el ejercicio de sus labores, pueden realizar los siguientes tipos de inspecciones: a) Anunciadas o Concertadas, cuando el Inspector del Trabajo realiza una inspección notificando de previo al empleador y a los trabajadores; b) Ordinarias, se realiza una inspección sin previo aviso; c) Extraordinarias, cuando el Inspector del Trabajo realiza una inspección a petición de parte; d) Reinspección, cuando el Inspector del trabajo realiza una inspección para verificar o comprobar que el empleador ha cumplido; e) Por comparecencia, cuando alguna de las partes de la relación laboral concurre a las inspecciones únicamente a presentar alguna documentación, de la cual el inspector deba dar constancia de haber tenido a la vista; f) Especiales, las practicadas por el inspector en temas vinculados a: trabajo infantil, situaciones laborales vinculadas a maternidad, derechos colectivos laborales, fuero sindical, suspensión temporal de contratos de trabajo y cualesquiera otras que determinen las leyes.

2.3 Medidas inspectivas

Ahora bien, de conformidad con la legislación, los Inspectores del Trabajo, podrán aplicar -entre algunas- las siguientes medidas: a) Requerimiento: se le otorga al sujeto responsable un plazo determinado, para que adopte las medidas necesarias

en el cumplimiento de la normativa laboral, indicándole siempre los plazos para ello; b) Levantamiento de actas de infracción: con lo cual se inicia el procedimiento administrativo por presunción de faltas mediante el levantamiento de actas de infracción por violación a las normas laborales o de infracción por obstrucción a la labor de inspección;⁵ c) cierre temporal o permanente: cuando haya inobservancia sobre prevención de riesgos laborales. Cuando el riesgo sea grave e inminente para la seguridad o salud de los trabajadores, a juicio del Inspector del Trabajo, podrá ordenar la suspensión inmediata o provisional de labores, mientras se tramita el proceso administrativo correspondiente; siendo su carácter de tipo cautelar.

2.4 El proceso inspectivo en general

Este tiene como fin desarrollar funciones de educación y vigilancia de las leyes laborales en las empresas públicas o privadas, a fin de establecer un ambiente de cordialidad entre las relaciones empleador-trabajador, y en lo general a contribuir al desarrollo de un clima de paz, estabilidad y justicia social.

Su actuación procedimental, la cual puede ser oficiosa o a solicitud de parte (art.14 Reglamento), se puede resumir de la siguiente manera: a) El Inspector Laboral se presenta al centro de trabajo, con la debida

5 En este sentido señalan los artículos 22 y 23 del Reglamento de Inspectores del Trabajo del año 1997:

“Artículo 22.- Las desobediencias a las disposiciones dadas por los Inspectores dentro del límite de sus atribuciones legales, así como el hecho de impedirles que cumplan los deberes propios de su cargo, o el uso de artimañas que les ocasionen dificultades en el ejercicio de sus funciones, se penarán con multa de DOS MIL (C\$2 000 00) a DIEZ MIL CÓRDOBAS (C\$10 000 00). Artículo 23.- Se faculta a los Inspectores Departamentales del Trabajo para sancionar o imponer la multa que establece el artículo anterior y se concede al sancionado el Recurso de Apelación ante el Inspector General del Trabajo, dentro de las veinticuatro horas después de notificado”.

identificación; b) Se da una reunión tripartita entre él, el empleador y el trabajador; c) El inspector procede a realizar la inspección, solicitando la documentación requerida de conformidad con la Guía Inspectiva, la cual, a su vez, se basa en las disposiciones del Código del Trabajo; d) El Inspector levanta el acta de Inspección correspondiente en caso de encontrar faltas, para lo cual entregará una copia de la misma a cada parte (tres copias) la cual contiene: las infracciones a la ley laboral, las medidas correctivas y los plazos de cumplimiento; e) Una vez vencido el plazo otorgado⁶ verifica el cumplimiento de las disposiciones orientadas en la inspección laboral; f) Y finalmente, elabora un Acta de Verificación, donde especifica el grado de cumplimiento de las disposiciones orientadas.

Relativamente, resulta ser un procedimiento sencillo, apegado en lo básico a los convenios y recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), referidas a la materia inspectiva -a pesar de no estar ratificadas-, en donde asimismo es interesante la potestad que le confiere su ley específicamente para el caso del dictado de las medidas cautelares, que vienen a hacer posible el desarrollo normal de la inspección ordinaria.

2.5 Sobre su sistema sancionador

La infraccionalidad se encuentra regulada dentro de la Ley General no. 664, específicamente capítulo VII, constituyendo infracciones administrativas en materia de relaciones laborales y de seguridad e higiene en el trabajo, los incumplimientos de las obligaciones contenidas en las leyes de la materia y convenios colectivos, mediante acción u omisión de los distintos sujetos responsables, previstas y sancionadas conforme con la ley mencionada. Las infracciones se gradúan teniendo en consideración su influencia en el riesgo que le pueda generar al trabajador, el respeto a su vida, integridad física y salud; el cumplimiento de las obligaciones esenciales que tienen los empleadores con los trabajadores; la posibilidad del trabajador de disponer de los beneficios de carácter laboral; el cumplimiento de las obligaciones dentro de los plazos legales y convencionales establecidos; la conducta dirigida a impedir o desnaturalizar las visitas de inspección y, el perjuicio provocado a los trabajadores por la violación de las normas laborales vigentes en Nicaragua.

6 No obstante tratándose de aquellos casos en que medie: Incumplimientos del pago de los salarios o regulaciones atinentes al mismo (pago en tiempo y forma), Irrespeto a las garantías de libertad sindical o incumplimientos a convenciones colectivas, Incumplimiento de las disposiciones contenidas en Convenios fundamentales de la OIT, sobre trabajo infantil, Inobservancia de las condiciones de las mujeres en estado de embarazo, discapacidad e igualdad (artículo 46 de la Ley General de Inspección del Trabajo); la Inspección levantará de una vez una acta de infracción y presunción de falta, iniciándose un procedimiento que se va a regir por principios del debido proceso, celeridad y pluralidad de instancias, cuyo fin es imponer la multa correspondiente. Las anteriores conductas son de las catalogadas como faltas muy graves por el orden inspectivo.

Así las infracciones se califican en leves,⁷ graves⁸ y muy graves,⁹ en atención a la naturaleza del derecho afectado o del deber infringido,¹⁰ de conformidad con lo establecido en la Ley (arts. 50 y 51). Ahora bien, dentro del ámbito de higiene y seguridad del trabajo, sostiene el Dr. Alexander Godínez, que la gradualidad de las sanciones, van asociadas con la repercusión del daño causado a la salud de los trabajadores:

Tratándose de infracciones en el ámbito de higiene y seguridad, la gravedad asociada a la naturaleza del deber infringido, constituye el criterio para distinguir entre faltas leves, graves y muy graves (art.323 de la Ley General de Higiene y Seguridad del Trabajo). Son infracciones leves, el incumplimiento de disposiciones de la Ley General de Higiene y Seguridad del Trabajo que no causen ningún daño y afecten a obligaciones meramente formales o documentales (art.324 Ibídem); son infracciones graves, el incumplimiento a la generalidad de las obligaciones contenidas

en las leyes o reglamentos que regulan esta materia y que no estén comprendidas en las anteriores categorías (art.325 Ibídem) e infracciones muy graves, el incumplimiento de las disposiciones de aquella misma Ley que causen daños en la salud o produzca la muerte del trabajador (art.326 Ibídem) (Estudio sobre infracciones... p. 8).

2.6 Dificultar la acción inspectiva

La obstrucción a la labor inspectiva, también se considera dentro de la gravedad más alta. En Nicaragua, el acto de obstrucción (lo que conlleva negativa a que se realice la inspección; obstaculización a la participación de los trabajadores dentro de la inspección; abandono patronal del proceso inspectivo; inasistencia injustificada a diligencias inspectivas y agresión contra los inspectores) provoca diversas consecuencias jurídicas, entre las que señala el Dr. Godínez, las siguientes:

-
- 7 Las infracciones se considerarán como leves cuando estén vinculadas al incumplimiento de obligaciones formales del empleador y cuya materia sea distinta de la contemplada en el artículo 46 de la Ley General de Inspección del Trabajo.
 - 8 De conformidad con el artículo 46 de la Ley General, se consideran graves las infracciones vinculadas a: Garantías básicas en las modalidades de contratación laboral establecidas por ley; Incumplimiento a los Convenios fundamentales de la OIT sobre discriminación en el empleo; Condiciones básicas que garanticen la Seguridad e Higiene en el Trabajo, la vida o la integridad física de los trabajadores e Inobservancia de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.
 - 9 Incumplimiento del pago de los salarios adeudados y de las regulaciones sobre el mínimo; Irrespeto a las garantías de libertad sindical a los trabajadores y al fuero sindical de sus dirigentes; Incumplimiento de las convenciones colectivas; Incumplimiento de las disposiciones contenidas en el Código del Trabajo y Convenios fundamentales de la OIT sobre el trabajo infantil; e Inobservancia de las condiciones especiales de protección a las mujeres en estado de embarazo o post natal y contravención del plazo en el pago de las prestaciones legales con consideradas como infracciones de suma gravedad. Con respecto al tiempo que ostenta el patrono para el pago de las prestaciones, se encuentra el artículo 95 del Código de Trabajo, el cual hace alusión solo a un rubro de las prestaciones, como lo es el aguinaldo: "El decimotercer mes deberá ser pagado dentro de los primeros diez días del mes de diciembre de cada año, o dentro de los primeros diez días después de terminado el contrato de trabajo. En caso de no hacerlo el empleador pagará al trabajador una indemnización equivalente al valor de un día de trabajo por cada día de retraso". Llama la atención que se le impone al moroso, además una especie de astreinte equivalente a un día de trabajo por cada día de retraso.
 - 10 De acuerdo con estudio supracitado del Dr. Alexander Godínez, la infraccionalidad más alta del país ocurre en el irrespeto a las jornadas máximas, otorgamiento de vacaciones y pago del salario mínimo, representando más del 50% de la infraccionalidad total, detectada durante el año 2009 (p. 31).

Su existencia presume como ciertos los hechos de la denuncia de infracción (art.31 Ley General de Inspección del Trabajo); es considerada como una infracción muy grave (art.52 Ibídem y 326.g Ley General de Higiene y Seguridad del Trabajo) y se sanciona con una multa de 2.000 a 10.000 córdobas (art. 22 Reglamento de Inspectores del Trabajo). Lo anterior, no excluye la responsabilidad penal derivada del mismo acto, especialmente cuando se trata de agresiones al inspector de trabajo (Estudio sobre infracciones... p. 13).

Lo anterior, es el reflejo del grado de autoridad que ostentan los inspectores en el cumplimiento de sus deberes, lo cual provoca un fortalecimiento del orden público. Por su

parte, la potestad de imponer sanciones¹¹ la tienen los inspectores regionales o departamentales, como primera instancia y como instancia final la Dirección General de Inspección de Trabajo,¹² la cual agota la vía administrativa.¹³ Las mismas son impuestas atendiendo a la gravedad de la falta cometida por el empleador, oscilando entre 5 a 80 salarios mínimos correspondientes al sector económico de la empresa o institución, a la que se le aplica la sanción.¹⁴ Tratándose de empresas calificadas como micro, pequeñas y medianas del sector informal, se reducirán en un 50%; eso sí, en caso de incumplimiento, pagará además de la multa, el equivalente a un día del salario mínimo por cada día de retraso (art. 58 de la ley). Ahora bien, cuando el empleador

11 El Dr. Godínez Vargas, en referencia a la cuantía de las sanciones, señala lo siguiente: “En Nicaragua la tabla de sanciones que como régimen general establece el art.57 de la Ley General de Inspección del Trabajo, fija la cuantía de las multas en una determinada cantidad de salarios mínimos vigentes en el sector económico de la empresa o institución pública o privada a la que se aplica la sanción. Igual sucede en materia de Higiene y Seguridad en el caso de empresas privadas (arts.327 Ley General de Higiene y Seguridad del Trabajo y 71 del Reglamento de la Ley citada y 17 Acuerdo Ministerial sobre el cumplimiento de la Ley 474 Ley de reforma al Título VI Libro Primero del Código de Trabajo). Aunque el salario mínimo se fija semestralmente de acuerdo con la modalidad de trabajo y sector económico (art.4 Ley de Salarios Mínimos), en el último acuerdo alcanzado por la Comisión Nacional de Salario Mínimo se estableció que los porcentajes allí fijados para el primer semestre del 2010, salvo algunas excepciones, se reiterarían en el segundo semestre del 2010, convocándose al órgano únicamente para la formalidad de cumplir con lo dispuesto por la ley, pero con el fin de que reiterara el aumento ya decretado (arts.2 a 4 Acuerdo Ministerial No. JCHG-04-02-10 del 9 de febrero del 2010, sobre aplicación de los Salarios Mínimos aprobados por la Comisión Nacional de Salario Mínimo)”. De lo cual se desprende el posible desfase en el que podría caer el sistema sancionador ante eventuales políticas de no aumentar los salarios, por cuanto es sabido que los mismos no van a tono con la inflación nacional, como ha venido ocurriendo para el caso costarricense. Como puede determinarse, a pesar de que las multas no corresponden a montos fijos como en Honduras y El Salvador; con montos que no sean actualizados en el transcurso del tiempo, los mismos no obstante, se van haciendo cada vez menos apegados a la situación económica real del país.

12 De acuerdo con el artículo 23 del Reglamento, se faculta a los inspectores para sancionar o imponer las multas, concediéndosele al sancionado el recurso de apelación ante el Director de Inspección en el término de veinticuatro horas.

13 Una vez que el Empleador agota la vía administrativa, sin estar conforme con la resolución, puede acudir a la Sala

14 Civil de los Tribunales de Apelación (de la circunscripción que corresponda) para plantear la tutela de los derechos que cree han sido violentados. Y si aún no está de acuerdo con esa resolución, puede interponer un amparo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia. Puede optarse también por interponer el amparo sin pasar por el Tribunal de Apelaciones (Entrevista a la Licda Ana Julia Moreno, en fechas 16 y 17 de agosto 2011). Al respecto, considera el Dr. Godínez, que en Nicaragua el criterio de gravedad dentro del régimen general de sanciones se utiliza en dos niveles: a) En leves, graves y muy graves, de conformidad con la naturaleza del derecho afectado o del deber infringido y b) Mediante la gradualidad entre los límites de inferioridad y superioridad de la multa (Estudio sobre infracciones... p. 8).

infraccionado, antes del vencimiento del plazo para apelar, manifiesta y comprueba que ya cumplió con las disposiciones violentadas, la multa se reducirá en un 30%. Asimismo si comprueba que cumplió con las disposiciones violentadas dentro de los diez días posteriores de dictada la resolución, la multa se reducirá en un 50%.¹⁵

2.7 Reincidencia

Con respecto al tema de la reincidencia de las faltas laborales, la legislación considera a esta, como agravante para la aplicación de sanciones más severas (art. 57 de la ley). Amén, tratándose de faltas muy graves establecidas por tres resoluciones recurrentes, la sanción consistirá en el cierre temporal del centro productivo hasta por el plazo máximo de 4 meses;¹⁶ y, por último, si después de dicho cierre, se incurre nuevamente en infracción “muy grave”, el titular del Ministro, solicitará en sede judicial su cierre de manera definitiva, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57 de la ley. Por otro lado, comenta el Dr. Godínez que cuando exista desacato o reincidencia que tenga como consecuencia la muerte del trabajador, conjuntamente con lo administrativo, podrá abrirse causa

criminal en contra del empleador (Estudio sobre infracciones... p. 27).

2.8 Destino de lo recaudado

En referencia al pago de la multa, ha de mencionarse que una vez firme la resolución que impone la misma - la cual tiene mérito ejecutivo (art. 62) -, debe ser cancelada ante la Tesorería General de la República de Nicaragua. En caso de renuencia, el trámite de ejecución se realiza de conformidad con el Código de Procedimiento Civil, sin necesidad de apertura a pruebas, por cuanto la ejecutoria se considera como de mero derecho. Pese a lo anterior, hay que señalar que en cualquier caso, el agraviado puede hacer uso de un recurso de amparo, que como lo ha referido el Dr. Godínez: “suspende el acto impugnado, en la práctica hasta por un mínimo de 3 años” (Estudio sobre infracciones... p. 26). Esto evidentemente, resta fuerza a la ejecutoriedad efectiva.

Tratándose de las infracciones en materia de higiene y seguridad del trabajo, señaló el Dr. Godínez que los montos ingresan a la Oficina de Tesorería de la Dirección Administrativa Financiera del Ministerio del Trabajo, siendo utilizados de la siguiente manera: el 75% para

15 Ostentando una reducción de las multas, mediante un sistema similar al tributario nacional comentado. Esto en vista, que lo que realmente se pretende es el cumplimiento de la normativa en general y no la retribución económica, como se refirió dentro de los fines del ius puniendi administrativo.

16 La decisión administrativa sobre cierres temporales será atribución única del titular del Ministerio. No obstante, tratándose de la materia de seguridad e higiene, la Ley General de Higiene y Seguridad del Trabajo, en su artículo 330, faculta al Director General de Higiene y Seguridad del Trabajo, a cerrar de forma indefinida: “En los casos que el empleador reincida en el no cumplimiento a las disposiciones de higiene y seguridad en el trabajo indicadas en la Ley No. 185, Código del Trabajo, la presente Ley, su Reglamento, Resoluciones y las respectivas Normativas; se faculta al Director General de Higiene y Seguridad del Trabajo para cerrar de forma indefinida cualquier centro de trabajo hasta que cumpla con las mismas, para lo cual se hará acompañar de la fuerza pública si es necesario”. Asimismo, señaló el Dr. Godínez (2011), que tratándose de violaciones de los derechos laborales de los adolescentes, puede realizarse el cierre de manera temporal de conformidad con Acuerdo Ministerial sobre el cumplimiento de la Ley 474, que reformó el libro primero del Código de Trabajo (p.9).

los programas de capacitación en materia de higiene y seguridad del trabajo, dirigido a los trabajadores y empleadores y el 25% para las actividades propias del Consejo Nacional de Higiene y Seguridad del Trabajo (art. 328 de la Ley General de Higiene y Seguridad del Trabajo). Ahora bien, las multas impuestas por infracción al salario mínimo ingresarán al Fisco, pero serán destinadas a los fondos estatales de atención a la niñez (art. 10 Ley de Salarios Mínimos). Si se trata de infracciones a los derechos laborales de los trabajadores adolescentes la multa se cancelará en la Caja del Ministerio de Trabajo a cuenta de la Comisión Nacional para la Erradicación Progresiva del Trabajo Infantil y Protección del Adolescente Trabajador, quien decidirá el destino de los fondos recaudados, según lo dispone el artículo 17 de Acuerdo Ministerial sobre el cumplimiento de la Ley no. 474, que reformó el Título VI, Libro Primero del Código de Trabajo (p. 32).

Finalmente, si bien el monto de las multas queda a facultad y discrecionalidad del Inspector para su imposición, ello se traduce en un mandato legal, para reducir la ambigüedad o una posible arbitrariedad.

3. EL SISTEMA INSPECTIVO HONDUREÑO

Honduras al igual que Nicaragua es uno de los países que conforman el área de Centroamérica, contando con una población aproximada de 8 millones de habitantes, de los cuales el 80% está alfabetizado. Limita al norte con el Atlántico, al este por el mismo océano y la República de Nicaragua, al sur también por Nicaragua, el Golfo de Fonseca y la República de El Salvador, y al oeste por la República de Guatemala. La extensión

territorial de Honduras junto con sus Islas es de 112 492 km².

Las relaciones laborales están regidas por la Constitución Política (CPO), los Convenios Internacionales (específicamente para el caso de la Inspección de Trabajo, 81 y 129) y la reglamentación pertinente. A nivel constitucional la Inspección de Trabajo, encuentra asidero en su artículo 138: “Con el fin de hacer efectivas las garantías y leyes laborales, el Estado vigilará e inspeccionará las empresas, imponiendo en su caso las sanciones que establezca la Ley”.

Asimismo, el artículo 246 constitucional, le confiere dependencia directa del Presidente de la República, a la Secretaría del Trabajo: Las Secretarías de Estado son órganos de la administración general del país, y dependen directamente del Presidente de la República. La Ley determinará su número, organización, competencia y funcionamiento, así como también la organización, competencia y funcionamiento del Consejo de ministros.

Señalando los artículos 10 y 28 de la Ley General de la Administración Pública, que la Secretaría del Trabajo, es parte del Poder Ejecutivo, y por lo tanto de la administración pública centralizada.

Dentro del marco legislativo y en lo que interesa, puede indicarse que el Código de Trabajo de 1959, es el que regula a nivel específico la actuación de la Inspección de Trabajo, a partir del artículo 610, disponiendo que por medio de un cuerpo de inspectores y de visitadoras sociales, la Inspección deberá velar, porque patronos y trabajadores cumplan y respeten todas las disposiciones legales relativas al trabajo y a previsión social.

No obstante, su actuación debe ser concordada con los siguientes cuerpos normativos: CNA de 1996; LGAP; Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República; Reglamento de Organización, Funcionamiento y Competencias del Poder Ejecutivo; Reglamento General de medidas Preventivas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales; junto con el Protocolo de Inspección sobre Buenas prácticas, Verificación e Investigación.

3.1 Estructura

La Inspección de Trabajo es una de las seis Direcciones Generales que conforman la Secretaría de Trabajo y Seguridad Social.¹⁷ El sistema inspectivo hondureño se basa en una distribución de quince oficinas a las cuales se les asignan una cantidad de inspectores de acuerdo con el volumen de trabajo que demuestre la zona indicada. Los inspectores cuentan con una oficina central en Tegucigalpa y las restantes oficinas distribuidas en el país (Bolandí, Estudio 2010: p. 20).

Encontrándose bajo la dirección de un Inspector General y un subinspector que reemplazará al primero, cuando haya sido inhabilitado en sus funciones por la Secretaría de Trabajo y Previsión Social o en su ausencia. Sus funcionarios cuentan con la protección de la Ley de Servicio Civil y su respectivo Reglamento, constituyéndose en agentes ejecutivos de la Secretaría.

No obstante, el servicio de inspección vigente no constituye un sistema homogéneo

y unificado, pues se encuentra fragmentado en tres Direcciones Generales: a) Dirección de Inspección General del Trabajo para el cumplimiento de las normas socio laborales; b) Dirección General de Previsión Social, para la supervisión del cumplimiento de normas de higiene y seguridad ocupacional; y, c) Dirección General de Salarios para el caso específico de la verificación del cumplimiento de los aspectos salariales, las cuales según el Diagnóstico técnico de la OIT (2009), no actúan de manera coordinada, lo cual les resta fortaleza en el cumplimiento de sus cometidos:

Estas tres direcciones actúan de modo independiente, sin estructuras de coordinación y sin canales de comunicación e información entre ellas. Esta situación reduce la efectividad del sistema de inspección, pues no se consolidan las actividades, originando la reiteración de las inspecciones en un mismo centro de trabajo, así como la falta de utilización de la información común obtenida de otras acciones inspectoras (p. 21).

Siendo, por lo tanto su impacto menor al que se esperaría, si se trabajara de manera conjunta y coordinada. Amén, del posible trastorno empresarial que se esperaría al tener que atender tres posibles requerimientos, que conllevan un mismo fin, sea el cumplimiento de la legislación social.

3.2 Competencia

En cuanto a su competencia se le confiere velar por el cumplimiento del Código de Trabajo (CT), sus reglamentos y demás

17 Denominada en 1986 por Ley General de la Administración Pública, como "Secretaría de Trabajo y de Asistencia Social".

disposiciones tanto a nivel individual como colectivo, para lo cual deberá visitar los centros de trabajo y hacer las reinspecciones respectivas. Ostentando, además, el carácter de asesoría jurídica, encargándose por medio de su jefe, de evacuar todas las consultas que le hagan las demás dependencias de la Secretaría de Trabajo y Previsión Social. Así como los patronos o trabajadores, sobre la forma en que deben ser aplicadas las disposiciones legales de su competencia, las que serían publicadas cuando se juzgue conveniente en alguno de los diarios de mayor circulación de la República, para el respectivo conocimiento de la población en general.

Debiendo -a su vez- tenersele como parte en todo conflicto individual o colectivo de carácter jurídico en que figuren trabajadores menores de edad o cuando se trate de acciones entabladas para proteger la maternidad de las trabajadoras, salvo cuando para estas últimas, se apersona el Instituto Hondureño de Seguridad Social:

La Inspección General del Trabajo debe ser tenida como parte en todo conflicto individual o colectivo de carácter jurídico en que figuren trabajadores menores de edad o cuando se trate de acciones entabladas para proteger la maternidad de las trabajadoras, salvo que, en cuanto a estas últimas, se apersona el Instituto Hondureño de Seguridad Social (art. 613 del CT).

Encontrándose dentro de sus funciones específicas, las siguientes: a) Revisar los libros de contabilidad, salarios, planillas, constancias de pago o cualquier otro documento; b) Coordinar con los tribunales de trabajo en caso de encontrarse resistencia por parte de los sujetos sometidos a la supervisión; c) Examinar las condiciones higiénicas de trabajo y de seguridad personal de los trabajadores. Además de velar porque se cumplan las medidas de prevención de riesgos laborales en los lugares del desarrollo de las actividades; d) Supervisar que se cumplan los lineamientos de trabajo señalados en el Ordenamiento Jurídico¹⁸ y los convenios internacionales ratificados por el país que versen sobre materia laboral; e) Intervenir cuando exista conflicto entre los trabajadores y los patronos y ser mediadores o conciliadores extrajudiciales;¹⁹ f) Colaborar con las autoridades judiciales de trabajo y los maestros al servicio de la educación pública; g) Visitar, a las empresas, para verificar las condiciones de trabajo; h) Imponer las sanciones dentro su propia sede.

Con esto ostentan de conformidad con el ordenamiento jurídico en general, potestades muy importantes tanto atinentes a la materia laboral sustantiva como a la que versa sobre la seguridad social.

18 En Honduras al igual que en Costa Rica, excluyen dentro de sus códigos de trabajo, a aquellas explotaciones agrícolas o ganaderas que no ocupen permanentemente más de 10 y 5 trabajadores respectivamente (arts. 2 y 14). En Costa Rica, es posible pensar que dicha disposición diferenciada, se plasmó en la legislación social de 1943, como consecuencia de la dependencia económica de la actividad agrícola, específicamente el monocultivo del café. No obstante la Corte Plena, actuando como Tribunal Constitucional en el año 1954, declaró inaplicable tal disposición (Resolución de las 14:30 hrs del 22 de julio 1954, expediente no. 0369-1954), pero sin que a la fecha exista una derogatoria expresa.

19 Los inspectores de trabajo no realizan labores de conciliación en la sede central de Tegucigalpa, San Pedro de Sula y Choluteca, pero en las demás Oficinas Regionales los inspectores de trabajo además de realizar visitas de inspección efectúan otras funciones encomendadas a la Secretaría de Trabajo, entre ellas la de conciliación (Diagnóstico de Honduras, 2009: p.16).

3.3 Del procedimiento

El mismo resulta básicamente desprenderse de los artículos 618 al 626 del CT; no obstante, hay diversidad de normativa que lo complementan. En general, el procedimiento inicia mediante una visita oficiosa²⁰ a los centros de trabajo, previa identificación, a todas horas del día y de la noche, pudiendo los inspectores interrogar a todo el personal de los establecimientos y solicitar toda la documentación pertinente. Con la información recabada, los mismos llegan a la oficina y la analizan. En caso de que encuentren infracciones, proceden a levantar el acta primera de inspección o de intimación, la cual consiste en un traslado de cargos al patrono, en donde se le confieren tres días para corregir; debiendo la misma ser leída al patrono como al trabajador. En este plazo, el patrono realiza los descargos que considere pertinentes. Rechazados los descargos en caso de haberlos o verificada la persistencia de la infraccionalidad durante la reinspección y previo dictamen de la Dirección de Servicios Legales de la Inspección General de Trabajo, se procede a levantar una segunda acta que notifica la resolución que impone la sanción. El motivo por el cual se debe contar con un previo dictamen legal, es a consecuencia de que en Honduras desde 1987, optó por unificar un procedimiento dentro de la función pública de todos sus órganos y entidades,

que dispone la oportunidad de contar con un dictamen jurídico siempre que tengan que declarar, reconocer o limitar derechos a los particulares, en este sentido el artículo 72 de la Ley de Procedimiento Administrativo, es el que dispuso:

El órgano competente para decidir solicitará los informes y dictámenes obligatorios y facultativos de los órganos consultivos, los que habrán de remitirse, en defecto de disposición legal, en el plazo máximo de quince días a contar desde la fecha en que reciban la petición. En todo caso, habrá de solicitarse dictamen de la Asesoría Legal respectiva antes de dictar resolución, cuando ésta haya de afectar derechos subjetivos o intereses legítimos de los interesados. Si transcurrido el plazo señalado no se hubiere recibido el informe o dictamen solicitado, proseguirán las actuaciones hasta dictarse la resolución, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido el funcionario culpable de la omisión.

Contra el acta que impone la sanción, podrá interponerse los recursos de reposición y de apelación ante la Inspección General del Trabajo. Este último se remitirá en alzada ante la Secretaría de Trabajo y Previsión Social, dentro del término de cinco días junto con informe que debe constar en el expediente.

20 Los Inspectores de Trabajo, de conformidad con los artículos 618 y 628 del Código de Trabajo, empero, tendrán la obligación de practicar las investigaciones, siempre que verbalmente o por escrito reciban queja de alguna de las partes o incluso de cualquier persona que dé cuenta de infracción, con lo que se confiere una acción pública. Si hay una denuncia por lo general son los mismos trabajadores los que costean el transporte del Inspector (Entrevista en Honduras, llevada a cabo entre los días 2 y 5 de agosto 2010). En igual sentido señaló el Diagnóstico técnico para Honduras: "No está previsto ningún bono por movilidad que los inspectores de trabajo reciban adicionalmente a su remuneración. Generalmente, es el propio trabajador quien tiene que pagar el costo de la movilización del inspector hasta el centro de trabajo en taxi o en transporte público, o costearlo el inspector de su propio peculio, recurriéndose en algunos casos a una colecta entre los inspectores, y en casos extremos se solicita el auxilio de la Secretaría" (2009: pp.11-12).

En este sentido señala el artículo 139 de la ley citada:

El recurso de apelación se presentará ante el propio órgano que dictó el acto impugnado, y éste lo remitirá al superior para su decisión, junto con el expediente y su informe, en el plazo de cinco días. El plazo para la interposición del recurso será de quince días.

Firme la resolución de imposición de la multa y ante su negativa a ser cancelada, la misma adquiere carácter de título ejecutivo,²¹ debiendo la Secretaría del Trabajo, enviar a la Procuraduría General de la República, el expediente completo para proceder a su cobro en sede judicial. Al ser la Procuraduría la representante de los intereses del Estado, según lo disponen los artículos 1, 19 y 20 de la ley indicada. Por ello es la llamada a promover los derechos del Estado en todos los juicios que necesite incoar. Compareciendo bajo dicha representación, conforme con las instrucciones del Poder Ejecutivo y al otorgamiento de los actos o contratos en que estuviere interesada la nación, velando por los intereses de la hacienda pública y por la correcta inversión de los fondos nacionales, entre varias de sus facultades.

No obstante y antes del envío al Juzgado de Letras Unificado del Trabajo, la Procuraduría requiere en su sede nuevamente el pago, mediante comparecencia obligatoria, con lo cual trata por todos los medios de conjurar el proceso judicial, por cuanto en la mayoría de los casos, resulta ser más costoso, del monto a recuperar por concepto de multas, como de seguido se analizará (Expediente no. PGR-46-2010, folio 112).

3.4 Multas

Como se desprende de lo anteriormente señalado, el régimen sancionatorio es impuesto por la misma Secretaría del Trabajo, por medio de la Inspección de Trabajo y específicamente por parte del Inspector General de Trabajo. Señalando el artículo 625 del código, multas que oscilan entre un rango de 50 a 5 000 lempiras, lo que equivale aproximadamente, entre 3 a 250 dólares norteamericanos;²² para lo que se valorarán las circunstancias particulares de cada caso, su reiteración y capacidad económica de la empresa infractora. Montos a los que se ha referido la Comisión de Expertos, en el sentido de que requieren ser revisados, para mantener un carácter disuasivo a pesar de las posibles fluctuaciones monetarias, que

21 En este sentido señala el artículo 468 del Reglamento General de Medidas Preventivas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales: "Las certificaciones de las resoluciones o acuerdos por medio de los cuales se impongan las multas, expedidas por la Secretaría del Trabajo y Seguridad Social tendrán valor de títulos ejecutivos a efectos de incoar el procedimiento de apremio para hacer efectivas las multas".

22 Durante la entrevista a Honduras, tanto el Letrado de la Sala Laboral como el Ministro de Trabajo, expusieron respectivamente lo siguiente sobre los montos consignados por la ley: Daniel Gómez: "la mayor multa es de 5.000 lempiras (\$250), que imponen los inspectores previo debido proceso. Al ser un código de 1959 realmente el monto de la multa se desfasó, pues no existe un mecanismo que mantenga actualizado el monto de la multa y eso hace irrisoria la labor de la Inspección, aún y cuando el procedimiento sea ágil, no es del todo efectivo, pues los patronos prefieren pagar la multa y no corregir la falta. En la Procuraduría, antes de que se pase a la vía laboral el cobro del título ejecutivo, de acuerdo al procedimiento se llama al Patrono para conciliar que pague la multa. En esa etapa, muchos asuntos se arreglan así"; Felicitó Avila: "La Inspección debe ser más preventiva, al existir multas, que son un problema, pues no sanciona realmente la economía de una empresa. Deben haber medidas más coercitivas, por ello es que hay que modificar la ley y el Código de Trabajo" (Entrevista 2-5 de agosto 2010, en Tegucigalpa).

puedan existir en el país (Godínez, Estudio sobre infracciones... p. 15).

El monto recaudado ingresa a la Tesorería Nacional para que forme parte del Presupuesto General de Ingreso y Egresos de la República, sin un fin específico (Godínez, Estudio sobre infracciones p. 32).

Dichas multas se impondrán cuando exista:

- a) Desobediencia a las disposiciones impartidas por los inspectores de trabajo, dentro del límite de sus atribuciones legales;
- b) Obstrucción del cumplimiento de los deberes que legalmente corresponden a los inspectores de trabajo;
- c) Agresión física, o moral hacia los inspectores de trabajo;
- d) Violación, de cualquiera de las garantías mínimas que establece el Código de Trabajo, que no tengan sanción pecuniaria especial.

Las sanciones se entienden, sin perjuicio de cualquier acción penal, civil o laboral que corresponda conforme a la justicia ordinaria.

Resulta llamativo que la legislación estipule como requisito para nombramiento de jueces y empleados judiciales dentro de la jurisdicción laboral, no haber sido sujetos de sanción por infracción a las leyes de trabajo, dentro de los dos años, anteriores al nombramiento (art. 671 del código), con lo cual, de alguna manera, trata de desalentar la infraccionalidad laboral del país, con

ocasión del acceso a un cargo público dentro de la judicatura.

Ahora bien, ante un cuestionamiento en sede de la Corte Suprema de Justicia (vía amparo constitucional), por violación del justo y debido proceso, conforme con el artículo 90 de la Constitución Política Hondureña ante la imposición de una multa, la Corte resolvió denegar por improcedente la demanda de amparo, por cuanto consideró que al no haber utilizado el recurrente todos los recursos disponibles dentro de la sede inspectiva, la inspección había sido consentida:

Considerando: Que al no haber interpuesto el recurrente los recursos ordinarios que le franqueaba la Ley contra la resolución dictada por la Inspección General del Trabajo, dependiente de la Secretaría del Trabajo y Asistencia Social, con fecha doce (12) de octubre del año dos mil (2000), es evidente que consintió el acto reclamado (Recurso de Amparo contra Secretaría del Trabajo Hondureña, 2000: folio 27 vltto).

Lo anterior, deja entrever que el sistema hondureño, propugna como causa de denegatoria de un amparo, la necesidad de que se agoten todos los recursos administrativos; caso contrario, el razonamiento es que ha habido consentimiento de los actos administrativos, por parte del administrado y, por lo tanto inadmisibles las gestiones que se presenten en la vía constitucional, resultan inadmisibles, aunque se trate de la imposición de multas dentro de la sede administrativa.

4. EL SISTEMA INSPECTIVO SALVADOREÑO

Al igual que los dos anteriores países, El Salvador es uno de los países que conforman el Istmo del centro de América. Resulta ser el más pequeño en extensión, con 21 040 km². Ostentando una población de aproximadamente 5.800.000 habitantes²³. Limita al noroeste con Guatemala, norte y este con Honduras, sureste con Nicaragua y sur con océano Pacífico, sin poseer costas en el Atlántico. Se divide en 14 Departamentos cada uno subdividido en municipios para un total de 262. Su moneda es el dólar desde el año 2001; no obstante, muchas de las disposiciones legales, aún hacen alusión al colón salvadoreño, por lo que aún tiene vigencia.²⁴

Dentro del plano histórico legal, el país, pasó a ser miembro de la OIT, a partir de la creación de dicho organismo, en el año 1919. Dentro de la Constitución del año 1939, se disponía de un capítulo referido a la “Familia y Trabajo”, el cual estipulaba específicamente en su artículo 62, lo siguiente:

El trabajo gozará de la protección del Estado por medio de leyes que garanticen su equidad y justicia en las relaciones entre patronos y trabajadores u obreros. El Trabajo de las mujeres y de los menores de dieciocho años deberá ser especialmente reglamentado, también el ejercicio de las profesiones será reglamentado por la ley (Cascante Carmona et al., Marzo 2011, p. 5).

Así es que se da el reconocimiento del trabajo mediante regulación especial constitucional. Desarrollándose a partir de allí una cantidad de leyes, decretos y reglamentos que regulaban las relaciones entre trabajadores y empleadores,²⁵ hasta que por Decreto Legislativo no. 241 del 22 de enero del año 1963 se promulgó el primer Código de Trabajo, como cuerpo legal que vino a unificar toda la normativa dispersa, siendo reformado, posteriormente en el año de 1972, mediante Decreto no. 15, que es el que, actualmente, rige y tiene por objeto armonizar las relaciones entre patronos y

23 La población activa laboralmente en el año 2005 se estimó en 2 792 600 de personas, con un porcentaje de desempleo del 6.5%. Encontrándose la misma ocupada en un 37% en el sector de la agricultura; un 18% en la industria y un 45% en el sector servicios (Diagnóstico para El Salvador, 2009: p. 2). El 48% de la población se encuentra comprendida dentro del sector informal laboral. El diagnóstico para el país del año 2009, señaló con respecto a la pobreza, lo siguiente: “En 2008 se estima que el 58% de la población vive bajo el umbral de la pobreza, una situación que provoca la salida del país de 720.000 personas cada año. El 70% de las familias que se quedan viven gracias a las remesas que los emigrantes envían desde el exterior, unas cantidades que, sin embargo, no alcanzan para cubrir las necesidades básicas. Siete de cada diez familias salvadoreñas reciben remesas mensuales que oscilan entre los 210 y los 425 euros, únicos ingresos a percibir para muchas de ellas” (p. 3).

24 Según refirió el Dr. Víctor López, en su condición de Ministro Comercial de la Embajada de El Salvador en Costa Rica, en su país existen ambas monedas; no obstante, en la práctica solo dejan circular el dólar y en aquéllos casos en que exista una fijación en colones, se debe entender que se debe convertir a lo que equivalga a dólares (Entrevista telefónica, en fecha 11 de octubre del 2011).

25 Así por ejemplo, en 1935, se emitió el Decreto de contratación Sobre Extranjeros; el 1 de junio del 1949, el Consejo de Gobierno Revolucionario, emitió la ley de Contrataciones Individuales de trabajo en Empresas y Establecimientos Comerciales e Industriales y en 1946, se dictaron las Leyes de Creación del Departamento Nacional de Trabajo junto con la de Sanciones en caso de Infracciones a las Leyes, Fallos y Contratos de Trabajo. En 1950, se dictó específicamente una ley de Inspección General, contando con un cuerpo de inspectores que velarán por el cumplimiento de la ley laboral (Cascante Carmona et al., Marzo 2011, pp. 6-7).

trabajadores, en condiciones de constante mejoramiento, según revela su título de disposiciones generales.

Al sistema inspectivo -al igual que Honduras- se le reconoce dentro de la Constitución Política, como un ente administrativo que propone reformas pertinentes en materia laboral y vela por el cumplimiento de ellas, según lo estipula el artículo 44:

La ley reglamentará las condiciones que deban reunir los talleres, fábricas y locales de trabajo. El Estado mantendrá un servicio de inspección técnica encargado de velar por el fiel cumplimiento de las normas legales de trabajo, asistencia, previsión y seguridad social, a fin de comprobar sus resultados y sugerir las reformas pertinentes.

Este servicio técnico elevado a rango constitucional de conformidad con el artículo 34 la Ley de Organización y Funciones del Sector Trabajo y Previsión Social (LOF) - la cual regula las competencias y funciones del Ministerio de Trabajo y sus diversas dependencias- tiene el deber de velar como función primordial por el cumplimiento de las disposiciones legales de trabajo y las normas básicas de higiene y seguridad ocupacionales, como medio de prevención de los conflictos laborales. Para lo cual se deberá llevar a cabo un procedimiento que acentúe la prevención y formación; para que sean acatadas las normas, sin necesidad de acudir a la represión, sino en primera instancia a la persuasión y recomendaciones del caso.

4.1 Competencias

Su funcionamiento, está regido por las siguientes competencias, según lo estipuló el artículo 34 de la ley supracitada: a) Proceder con inspecciones programadas y no programadas sujetas a inspección y verificar algún tipo de incumplimiento al ordenamiento jurídico y rectificar la conducta; b) En caso de detectarse infracciones realizar una re inspección. Esta se realizará al finalizar el plazo fijado por el inspector en el acta de inspección. Si en la reinspección se constatare que no han sido subsanadas las infracciones, el inspector levantará acta, la cual remitirá a la autoridad superior para la imposición de la sanción correspondiente; c) Registrar todos los centros de trabajo. Disponiendo el artículo 56 de la ley que el registro hará fe, respecto de la existencia de la persona jurídica titular y de la calidad de quienes han de representarla, para efectos tanto administrativos como judiciales; d) Realizar los cálculos de liquidación; e) Recomendar a los empleadores la manera más efectiva de acatar las normas laborales vigentes. En El Salvador, el marco jurídico en el cual la inspección puede ejecutar sus potestades se limita a la materia de seguridad social e individual laboral, siendo que le está vedada la materia sobre el tratamiento de los conflictos colectivos jurídicos, cuya solución corresponde exclusivamente a los jueces con jurisdicción en materia de trabajo (art. 35 de la ley);²⁶ f) Tramitar el procedimiento sancionatorio al patrono reacio; g) Dar trámite a las apelaciones concernientes a multas.

²⁶ Precisamente dentro de las recomendaciones que emitió el Diagnóstico Técnico OIT, fue la de eliminar dicha exclusión, por cuanto carece de sentido sobre todo si se tiene presente que la libertad sindical es uno de los derechos fundamentales dentro del trabajo (p. 21).

4.2 Organización estructural

Existe una Dirección General de Inspección, la cual a su vez se compone de un Departamento de Inspección de Industria y Comercio, un Departamento de Inspección Agropecuaria²⁷ y de Oficinas Regionales de Trabajo.²⁸ Las Regionales tienen todas las facultades que competen a los citados Departamentos de Inspección, excepto cuando la ley les dé a éstas exclusivamente determinadas facultades (art. 33). No obstante, existen tres cuerpos de inspectores que conforman el bloque de protección a nivel salvadoreño. El primero referido a la materia laboral sustantiva y adjetiva. Por su parte, también existe el de seguridad y salud y, finalmente el de pensiones. Estos si bien se organizan independientemente, tratan de que haya unidad de integración y colaboración técnica entre sí (Cascante Carmona et al., p. 27).

La Inspección laboral de Industria y Comercio, es la encargada de vigilar el cumplimiento de las leyes aplicables expresamente la industrial y comercial; la de agropecuaria, vigila lo agrícola y las regionales en su condición integral, realizan ambas tareas, incluyendo lo atinente a la seguridad social y la higiene ocupacional.

4.3 Del procedimiento inspectivo

El procedimiento en general está establecido tanto en la LOF, como dentro del Código de Trabajo, específicamente lo referido al régimen sancionatorio.

En este sentido, señala el artículo 41 y siguientes de la LOF que entre las posibilidades que ostenta la inspección laboral, para realizar sus labores están: a) Inspecciones programadas, o sea las consideradas dentro de los planes mensuales elaborados por la autoridad competente, con el objeto de constatar dentro de determinados sectores o centros de trabajo el cumplimiento de la ley y lo atinente a la materia de riesgos laborales; b) Inspecciones especiales o no programadas, sea las que se llevan a cabo para verificar hechos expresamente determinados, vinculados a la relación laboral, que requieran de una inmediata y urgente comprobación. Pudiéndose formular por escrito o verbalmente a petición de parte y conteniendo al menos los requisitos establecidos en el artículo 44 de la ley, que son básicos para iniciar un ciclo inspectivo.

Las visitas de inspección se realizan por el personal respectivo del Ministerio de Trabajo

27 Estas dos primeras en acatamiento a lo dispuesto por los convenios OIT, 81 y 129, los cuales están ratificados por el país, desde 1995.

28 Según señala el Decano de la Universidad Tecnológica de El Salvador, René Cuadra, existen ciento cincuenta y ocho inspectores de trabajo a nivel nacional y 38 técnicos en seguridad e higiene ocupacional (Funpadem, compilación 2011: p. 110). Existen también los inspectores de pensiones y seguridad social, dependientes del Instituto Salvadoreño del Seguro Social y regidos por ley especial, inspeccionando solo temas atinentes a la seguridad social y con facultades para imponer multas en caso de contravención a sus disposiciones (Diagnostico, p.9). Dentro de los perfiles para ser inspector, señala el diagnóstico que existe un manual de puestos, incorporándose a la administración dos tipos de contratos: a) Los que prevé la ley de salarios (que les dota del carácter de puesto permanente, y es regido por la ley de servicio civil y b) Los de la ley de contratos, que crea puestos de un año de duración sin carácter de estabilidad, en cuanto a éstos últimos ciertamente se ha recomendado la posibilidad de revisión para ir incorporando progresivamente a todos los inspectores al régimen de la ley de salarios, garantizando así su permanencia (Diagnostico, pp. 17 y 22).

y Previsión Social, debiendo cumplirlas bajo los principios de eficiencia, probidad e imparcialidad (artículo 37), para lo cual gozan sus funcionarios de ingreso libre sin previa notificación, en horas de labor del centro de trabajo sujeto a inspección, sea de día o de noche. En caso de obstrucción a su labor, puede conllevar a una sanción.²⁹ Dentro de la fase de inicio del ciclo inspectivo, la inspección puede interrogar sola o ante testigos, al empleador y a trabajadores de la empresa y a directivos sindicales en su caso (art.47), sobre cualquier asunto relativo a la aplicación de las disposiciones legales, sean de derecho individual o atinente a la seguridad social. Pudiendo requerir toda la documentación vinculada a la relación (planillas, recibos, etc.). En caso que el empleador o su representante no se encontrarán presentes en el momento de la inspección, se exigirá la intervención del personal de mayor nivel, quien deberá prestar las facilidades para la realización de las diligencias respectivas.

Cuando se encuentre infracción a la legislación, se señalará un plazo razonable dentro del cual deba subsanarse la infraccionalidad encontrada. No obstante, en caso de peligro inminente para la salud y seguridad de los trabajadores, puede disponer de las medidas de aplicación inmediata, como medidas precautorias.

En torno al tema de la discrecionalidad que goza el inspector en el otorgamiento de

plazos, refiere el Dr. Alexander Godínez, que de acuerdo con la legislación, estos no pueden ser concedidos más allá de los quince días hábiles y tratándose de inspecciones vinculadas a las actividades agrícolas, existe la particularidad de difusión de la ley, previo a levantar cualquier acta, lo cual va conforme los fines de persuasión y formación, previo a las fases preventiva y represiva:

En El Salvador, de modo general, el inspector puede fijar plazos diferenciados siempre que no se excedan los 15 días hábiles (art.50 Ley de Organización y Funciones del Sector Trabajo y Previsión Social). Sin embargo, los Inspectores del Departamento Agropecuario utilizan un procedimiento sui generis que consiste en que antes de proceder al levantamiento del acta de inspección de la primera visita, se limitan a realizar actividades de difusión de la ley que luego incorporan a su informe (Estudio sobre infracciones... p. 10).

Las actas que se levanten así como los informes que rindan los inspectores en el ejercicio de sus funciones, se tendrán como relaciones exactas y verdaderas de los hechos en ellos contenidos, en tanto no se demuestre su inexactitud, falsedad o parcialidad. Al punto, que para efectos de la imposición de las sanciones en

29 En este tópico, señala el Profesor Godínez: "En El Salvador la obstrucción de la diligencia de inspección, por impedirla o desnaturalizarla, se sancionará con una multa entre 500 y 5 000 colones, según la gravedad del caso (art.59 Ley de Organización y Funciones del Sector Trabajo y Previsión Social). Además, la agresión, injuria o amenaza a los inspectores de trabajo durante el desempeño de sus funciones, también será sancionada con una multa de 500 a 10 000 colones, según la gravedad del hecho y la capacidad económica del infractor (Ibíd.). En ambos casos, la imposición de la multa no excluye la responsabilidad penal derivada del mismo acto" (Estudio sobre infracciones... p12).

sede administrativa, la existencia de las sociedades de cualquier clase que sean y su representación legal se tendrán por probadas, con lo que al efecto señale la inspección dentro de sus actas o informes. Lo que refleja, el valor que le confiere la legislación dentro del ámbito administrativo a las actuaciones de los Inspectores de Trabajo con ocasión del desarrollo de sus funciones, salvo que alguna prueba ponga en tela de juicio lo actuado.

No obstante y paradójicamente el Código de Trabajo, le resta expresamente validez judicial, a la actividad administrativa inspectiva, cuando debe ser llevada a juicio, según lo dispone el artículo 597:

“Las actas, informes y diligencias practicadas por la Inspección General de Trabajo, salvo las excepciones legales, no tendrán validez en los juicios y conflictos laborales”.

Lo cual no es entendible, pues esta misma legislación en su artículo 402, dispone el reconocimiento de plena prueba, a los documentos privados presentados en juicio de trabajo, que traten sobre renuncia, terminación por mutuo acuerdo o recibo de pago de prestaciones, siempre que estén redactados en hojas que extenderá la Inspección General de Trabajo. En este sentido, pareciera que la legislación, le da más importancia a la forma que al fondo o actuación propia de la Inspección de Trabajo. Existe dentro de este ordenamiento una visita llamada de reinspección, la que se realiza

al finalizar el plazo fijado por el inspector. Si durante esta visita se constatare que no han sido subsanadas las infracciones, el inspector levantará dicha acta, la cual remitirá a la autoridad superior para la imposición de la sanción correspondiente.

4.4 Del procedimiento sancionatorio

Este se encuentra regulado, básicamente, entre los artículos 628 al 631 del Código de Trabajo, ya que por remisión de la LOF, se prevé el procedimiento de acuerdo con lo dispuesto por el Código de Trabajo.

Cuyo presupuesto principal -como se citó-, es que el personal de la Dirección General de Inspección de Trabajo, procure el acatamiento voluntario de las obligaciones legales en materia de trabajo, previsión y seguridad social, por parte de la ciudadanía. Valiéndose, en primera instancia, de la persuasión y las recomendaciones pertinentes (art. 57 de la ley).

Para imponer y hacer efectivas las multas en general, se debe aplicar siempre y cuando no se contrarie la letra y el espíritu de las disposiciones sobre procedimiento de infraccionalidad, lo dispuesto por las normas procesales en general de trabajo. En este entendido, el Jefe del Departamento respectivo de la Inspección General de Trabajo,³⁰ una vez que compruebe la infracción con el acta o informe del Inspector, mandará a oír al interesado para lo que deberá señalar una audiencia, fijando día

30 Durante esta etapa conocerán en primerat instancia los Jefes de los Departamentos de Inspección, Industria y Comercio y Agropecuaria, así como los Jefes de las Oficinas Regionales de Trabajo. En segunda instancia y última, conocerá el Director General de Inspección de Trabajo (artículo. 58 de la ley).

y hora, con un término para comparecer que no excederá de ocho días, tomando en cuenta para ello, el domicilio del citado y el número o la gravedad de las infracciones.

Las personas citadas comparecerán ante el Jefe de la Sección que los convocó, o bien, ante los Supervisores de Zona, cuando sean comisionados para verificar tal diligencia. Si la parte interesada lo pidiere, al evacuar la audiencia, se abrirán a prueba por cuatro días las diligencias. El Jefe de la Sección -comparezca o no el interesado- resolverá dentro de los dos días siguientes a la expiración del término de prueba, si lo hubiere, o dentro de los dos días siguientes a la audiencia si no hubiere habido apertura a pruebas. En esta instancia es posible que si las diligencias se hubieren abierto a pruebas en primera instancia, podrá el interesado solicitar que se abran nuevamente en segunda instancia, siempre que tal petición se realice dentro del término del emplazamiento. Siendo procedente, se concederá el término de recepción de pruebas por dos días perentorios. Vencido el término de pruebas en segunda instancia, cuando tuviere lugar, o el del emplazamiento cuando no procediere aquél, se dictará resolución definitiva dentro de los tres días siguientes.

De la resolución que imponga una sanción se admitirá el recurso de apelación para ante el Director General de Trabajo, siempre

que se interpusiere por escrito dentro de los cinco días siguientes al de la respectiva notificación, según disposición del artículo 628 del CT.

Dentro de las objeciones, que ha hecho el informe de diagnóstico para el país, es precisamente el hecho que este procedimiento, está sujeto a una duración excesiva, que inicia luego de concluida la reinspección y que tiene varias instancias en donde en cada una de ellas, se puedan presentar pruebas, por lo que se ha recomendado lo siguiente:

Modificar la Ley de Organización y Funciones del Sector Trabajo y Previsión Social (LOF) para facilitar el procedimiento de inspección del trabajo, instituyendo la posibilidad de sustituir en algunos casos las reinspecciones por la citación del empleador en las oficinas de la DGIT, cuando se trate de la sola presentación de documentos, así como la simplificación del trámite de audiencias con ocasión de las multas pues se repiten de manera innecesaria (2009: p. 21).

Pero, además de este procedimiento en sede administrativa, también las mismas pueden ser llevadas por el infractor a conocimiento del juez contencioso administrativo, lo cual dilata aún más el cumplimiento impuesto.³¹

³¹ Señala el Dr. Cuadra que de conformidad con el artículo 2 de la Ley de Jurisdicción Contenciosa Administrativa, le corresponde a ésta conocer de las controversias que se susciten sobre la legalidad de los actos del órgano ejecutivo y sus dependencias, por lo que se debe entender que incluyen los actos pronunciados por la Dirección General de Inspección de Trabajo (Funpadem, compendio 2011:p.121). Y entre los casos prácticos que ha señalado que han sido llevados a esta instancia, están los atinentes al acuse del valor probatorio de las actas inspectivas y en general al procedimiento que se lleva durante las etapas de visita.

La resolución que imponga la multa determinará un plazo prudencial que no excederá de quince días, para el cual deberá depositarse el valor, el que ingresará al Fondo General del Estado.³² No obstante en caso de renuencia la certificación de la resolución por la cual se impone una multa, tendrá fuerza ejecutiva. Pasándose la misma al Ministerio de Hacienda para su cobro y para que siga el procedimiento previsto en el artículo 422 del Código de Trabajo, atinente a la ejecución de sentencias:

Al ingresar las multas al Fondo General del Estado, no hay un fin determinado, por cuanto se le destinan a cubrir gastos normales, propios de la administración pública, sin que se dé un fortalecimiento específico dentro de la actividad inspectiva, como sí sucede, por ejemplo, en Costa Rica y se intentó en Guatemala, mediante el Decreto no. 18 del año 2001, como más adelante se verificará.

4.5 Las sanciones

Dispone el artículo 627 del Código de Trabajo que las infracciones que no tuvieren señalada una sanción especial, harán incurrir al infractor en una multa hasta de quinientos colones por cada violación, sin que por ello deje de cumplirse con lo dispuesto en la norma infringida. Tomándose en cuenta a la hora de la imposición la gravedad de la infracción, así como la capacidad económica del infractor. Por otra parte, el artículo 83 de la Ley General de Prevención de Riesgos en los Lugares de Trabajo, además de tomar como criterio

de imposición de la multa la solvencia del infractor, hace referencia, también, al número de afectados, la temporalidad del riesgo, las medidas adoptadas por el empleador y el cumplimiento de las indicaciones realizadas por la inspección.

Lo que da margen a la Dirección de Inspección de tomar en cuenta varios parámetros a la hora de determinar la sanción, para hacerla proporcional con lo acontecido para cada caso en particular.

Ahora bien, dentro de este ámbito sancionatorio, solo la Ley General de Prevención de Riesgos en los lugares de Trabajo, es la que hace alusión al criterio de reincidencia para imponer una multa más gravosa y bajo la imposición de multas no en colones, sino bajo la denominación del índice de salario mínimo, de acuerdo con el sector al que pertenezca el infractor, según lo dispone el artículo 82:

Las infracciones leves se sancionarán con una multa que oscilará de entre cuatro a diez salarios mínimos mensuales; las graves con una multa de entre catorce a dieciocho salarios mínimos mensuales; y las muy graves con una multa de veintidós a veintiocho salarios mínimos mensuales. Para todas las sanciones se tomará en cuenta el salario mínimo del sector al que pertenezca el empleador; el

³² Las multas que se impongan de conformidad con esta Ley, ingresarán al Fondo General del Estado, para lo cual la certificación que expida el Director General de Inspección de Trabajo, donde conste la condena y su cuantía, tendrá fuerza ejecutiva y conocerá de la misma el Juez de lo Laboral del domicilio del deudor, aplicando el procedimiento regulado por el Código de Trabajo (art. 60 de la ley en comentario). En este sentido se rescata que la ejecución la realiza al igual que los sistemas Hondureño y Guatemalteco -como se verá- un juez de la jurisdicción laboral.

pago de la multa no eximirá de la responsabilidad de corregir la causa de la infracción. En caso de reincidencia se impondrá el máximo de la sanción prevista para cada infracción.

Por su parte la LOF, es el instrumento que señala específicamente cada conducta sancionable³³ que atenta contra el funcionamiento efectivo de la inspección, disponiendo así en el artículo 59 las siguientes conductas: a) La obstrucción de la diligencia de inspección, como los actos que tiendan a impedirla o desnaturalizarla, serán sancionados con una multa que oscilará entre los quinientos hasta los cinco mil colones, según la gravedad del caso y sin perjuicio de la responsabilidad penal a que hubiere lugar; b) Los patronos y los trabajadores o los representantes de unos u otros que, en cualquier forma, agredieren, injuriaren o amenazaren al Director, Jefes de Departamento o Sección, Supervisores o inspectores de la Dirección General de Inspección de Trabajo o cualquier otro funcionario del Ministerio de Trabajo y Previsión Social, durante el desempeño de sus funciones, incurrirán en una multa de quinientos a diez mil colones, según la gravedad del hecho y la capacidad económica del infractor, apreciado, prudencialmente, por los funcionarios competentes, sin perjuicio de la responsabilidad penal a que diere lugar dicha conducta.

5 EL SISTEMA INSPECTIVO GUATEMALTECO

La República de Guatemala, como realmente es su nombre, forma parte de América Central, limitando al oeste y norte con México; sur: Océano Pacífico; sureste: Honduras y El Salvador; este: Belice. Ostenta una superficie de aproximadamente 109.000 kilómetros cuadrados, con una población de casi 14 millones de habitantes. En el año 2006, hubo 5 046 658 de personas económicamente activa. De esta cifra, 2 518 395 correspondía a una PEA urbana, y 2 528 263 a una PEA rural. Se estima que en el 2006, la población ocupada era de 4 885 738 de personas, de las cuales el 65% eran hombres y el 35% mujeres. El 24% de la población ocupada pertenecía al sector formal y el 75,4% al informal (Diagnóstico de Guatemala, 2009: p.2).

En cuanto a su historia, debe mencionarse que con la llegada de los gobiernos revolucionarios en 1944, estos marcaron un cambio radical en materia de relaciones de trabajo, siendo el primer antecedente el Decreto no. 46, el cual vino a organizar al Poder Ejecutivo en Secretarías, naciendo la Secretaría de Gobernación, Trabajo y Previsión Social (Estudio de Castro et al., marzo 2011:p.5).

El primer Código de Trabajo, data de 1947 (Decreto no. 330 del Congreso de la República), el cual en su título IX, venía a

33 No obstante dentro del Código de Trabajo Salvadoreño, los artículos 476, 494 y 536, señalan conductas específicas que son multadas y que atañen al derecho colectivo. Las otras conductas sancionables se encuentran dispersas dentro de los libros I, II y III, según lo refiere el artículo 627 de dicho cuerpo normativo, así como conductas descritas en la LOFSTPS dentro de sus artículos 56, 59, 66 y 67.

incluir, al Ministerio de Trabajo y Previsión Social, junto con la Inspección General de Trabajo.³⁴ Emitiéndose el segundo en 1961 (Decreto del Congreso no.1441), habiendo sido reformado por última vez, en el año 2001, mediante Decreto no. 18. El Capítulo Segundo del Título Noveno, de este regula lo concerniente a la Inspección General de Trabajo, aludiéndose a partir del artículo 278 el carácter, las obligaciones y facultades del cuerpo de inspectores de trabajo.

Asimismo, dentro de su bagaje legal laboral y en lo que interesa, destacan la CPO, los Convenios Internacionales sobre la Inspección de Trabajo, 81 (ratificado en 1952) y 129 (ratificado en 1994) de la OIT. Los acuerdos de paz de 1996, los cuales constituyen también, un marco importante para la actuación del gobierno y de referencia para la sociedad civil; aunque, según diagnóstico (2009) para el país, desde el momento en que fue firmado el mismo, ha sido objeto de revisiones, negociaciones y cambios, para que sea más viable para la convivencia social (p. 3).

Señala el Dr. Godínez, que dentro de este marco normativo, también se dispone de un Manual de Organización de la Inspección General de Trabajo y de un Manual específicamente referido al Inspector, junto con la reglamentación, según acuerdo gubernativo de 1957 (Estudio sobre infracciones... p. 4) . Sin obviar la existencia

de las leyes del Organismo Judicial y Ejecutivo, las cuales estipulan las funciones de los entes públicos dentro de su quehacer cotidiano, así como el procedimiento para juzgar las faltas a las leyes de trabajo.

5.1 Estructura organizativa

La Inspección General de Trabajo se constituye en un órgano de asesoría técnica del Ministerio de Trabajo y Previsión Social, junto a la Dirección Superior, la Procuraduría de la Defensa del Trabajador, la Dirección General de Trabajo, la Dirección General de Previsión Social, la Dirección General de Capacitación y Formación Profesional, la Dirección General de Recreación del Trabajador del Estado y la Dirección General del Empleo.

Estando constituida por: a) Un Inspector General de Trabajo, que es la autoridad superior delegada por el Despacho Ministerial en las funciones de asuntos laborales y, además, en la verificación en el cumplimiento de la normativa estipulada en el Código de Trabajo, leyes, acuerdos y reglamentos de previsión social; b) Los Subinspectores Generales de Trabajo, los cuales ostentan la jerarquía inmediata inferior, después del Inspector General, a quién representan o sustituyen por ausencia de éste. Dentro de sus funciones, se encuentran asesorar al Inspector General en las actividades que ejecute; asesorar a los

34 Con respecto a este decreto, señaló dentro del estudio jurídico técnico de la inspección Guatemalteca, el abogado Augusto Valenzuela, lo siguiente: "Por medio del Decreto número 330 de fecha 8 de abril de 1947, se estableció como entidad al servicio de trabajadores y empleadores, la Inspección General de Trabajo. Dicha norma entró en vigencia el 1° de mayo, como un homenaje al Día Internacional del Trabajo. Fue establecida con la finalidad de velar por la estricta observancia de las Leyes y Reglamentos de Trabajo y Previsión Social, promoviendo la sustanciación y la finalización de los procedimientos por faltas de trabajo que denuncian los inspectores y las inspectoras de trabajo y procurar por la aplicación de las sanciones correspondientes a los infractores, ante el órgano jurisdiccional competente" (Funpadem, Compendio 2011: p. 5).

empleados de la Inspección en las funciones administrativas y de orden laboral, junto con la supervisión de los inspectores y personal administrativo; c) Una Secretaría, cuyo fin es ejecutar las actividades secretariales y brindar, la información atinente a la Inspección General de Trabajo. Organizándolo el trabajo y archivando, llevando asimismo el control de la agenda diaria de actividades del despacho de la Dirección y apoyando en la administración de útiles y gastos menores al personal de la Inspección; así como registrarse las actividades y anunciando horarios de reuniones de trabajo y todo el resto de actividades propias de la labor secretarial; d) La Sección de Dictámenes y Opiniones Jurídicas Laborales, la que le compete elaborar estudios jurídicos relativos a consultas sobre asuntos laborales. Encargándose además de hacer el seguimiento y participación en los procesos judiciales de imposición de multas ante el Organismo Jurisdiccional correspondiente. Dentro de sus actividades el ordenamiento jurídico Guatemalteco, le designa la lectura e investigación de los expedientes junto con la interpretación imparcial de los problemas;³⁵ e) La Sección de Fiscalía o Visitaduría está integrada por un cuerpo de Inspectores de Trabajo, quienes se encargan de realizar visitas a empresas para verificar el cumplimiento de las leyes, reglamentos, y acuerdos de trabajo y previsión social, mediante un procedimiento de verificación del cumplimiento de la legislación; f) La Sección de Conciliación Laboral, la cual está a cargo de un cuerpo de Inspectores de Trabajo, que se encarga de atender las demandas

administrativas laborales, que interponen trabajadores, por: despido, cesación de contrato, o conclusión de relación laboral. Con la misión de establecer entre las partes un consenso en la equidad de derechos y obligaciones en toda relación laboral.

En términos generales, en cuanto al marco organizativo, se ha concluido que realmente el servicio inspectivo, no es homogéneo ni está unificado, pues se encuentra fraccionado entre la Inspección General del Trabajo, la Dirección General de Previsión Social y el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, sin canales institucionales de comunicación ni coordinación de actividades a pesar de las disposiciones legales y reglamentarias que recomiendan un trabajo conjunto.

5.2 Facultades

A nivel específico, el Manual de Organización de la Inspección de Trabajo, le encomienda otras funciones como realizar auditorías laborales y administrativas, revisiones de higiene y seguridad ambiental en centros de trabajo; prevenir a patronos y empleados para que cumplan con dignidad y respeto las leyes laborales, convenios, pactos colectivos y otras disposiciones que favorezcan la relación laboral; velar por la equidad en las relaciones sociales de producción; proteger la maternidad y lactancia de la mujer trabajadora; participar como representante mediador del Ministerio en los conflictos laborales, individuales o colectivos de carácter jurídico cuando figuren mujeres y menores; asesorar, técnicamente, al

³⁵ En el año 2009, la Asesoría Jurídica se encontraba gestionando seis mil ochocientos siete incidentes judiciales ante el Organismo Judicial para la imposición de las sanciones y preparándose para presentar ochocientos sesenta y nueve nuevos casos ante los Juzgados de Trabajo (Diagnóstico, p. 16).

Ministerio y evacuar consultas sobre la forma en que deben ser aplicadas las disposiciones legales de su competencia; sancionar a los infractores de las leyes laborales nacionales, convenios y tratados internacionales; e informar al despacho ministerial de las situaciones laborales especiales que se manifiesten en el ámbito laboral.

5.3 De la visita inicial

Aquí resulta de gran preponderancia la Sección de Inspección de Fiscalía o Visitaduría, que como se dijo le corresponde esencialmente por medio de un cuerpo de Inspectores de Trabajo, realizar las visitas a las empresas, para verificar el cumplimiento a la legislación (278 del Código de Trabajo).

La visita puede ser de carácter programada, o bien originarse por medio de una denuncia escrita, verbal, telefónica o vía correo electrónico. Es prácticamente, el 90% a solicitud de parte (Diagnóstico, 2009: p. 14). Su actuación está debidamente estipulada dentro del Manual del Inspector de Trabajo, el cual es una guía que cuenta con diecisiete tópicos (inspecciones oficiosas, Jornadas, vivienda, conciliación, indemnización, prestaciones, sindicatos, etc) y, a su vez, cada uno con procedimientos específicos de actuación.

Durante la visita el Inspector se identifica con su credencial, procediendo a realizar las entrevistas y a solicitar información y documentación que considere oportuna. En caso de encontrarse infracciones, se realiza una prevención que consiste en advertir las mismas y fijar un plazo en forma discrecional en atención a cada caso, para que se cumpla la recomendación.

No obstante y de manera precautoria, señala el Dr. Godínez, durante el procedimiento de visita, los inspectores ostentan la siguiente potestad:

tienen la posibilidad de ordenar la adopción inmediata de las medidas que consideren pertinentes, como suspender todos o algunos de los locales de determinado lugar de trabajo o prohibir el uso de determinadas máquinas artefactos, aparatos o equipos que en aquel se empleen, cuando constituyan un peligro grave para la vida, la salud o la integridad corporal de los trabajadores y hasta que no se tomen las medidas de seguridad necesarias para evitar el peligro (art.281.d Código de Trabajo y 111 Reglamento de Higiene y Seguridad) (Estudio sobre infracciones... p.5).

5.4 Reinspección

Luego del vencimiento del plazo otorgado, se realiza una segunda visita conocida como reinspección, en la cual tiene audiencia el empleador y en caso de se verifique que continúa el incumplimiento, se realiza un memorial de incidente que debe ser notificado al patrono, el cual contiene encabezado, hechos de actuaciones, razonamiento lógico jurídico, fundamentos y conclusiones; es decir el Inspector, realiza un nuevo informe para que la Asesoría Jurídica, presente la demanda por medio del procedimiento de incidente judicial - que es más breve que el procedimiento ordinario- y sea el Juez el que imponga la sanción.

No obstante que el mismo resulta ser accesorio de un procedimiento principal, sí, es necesario para su admisión la elaboración de una demanda judicial con todas las formalidades que la Ley del Organismo Judicial dispone. La misma debe ser suscrita por el Inspector de Trabajo que elaboró el acta de inspección,³⁶ acompañando todas las pruebas que acrediten que, efectivamente, se ha constatado la violación de la legislación laboral. En caso de no cumplirse con alguna de las numerosas formalidades, el expediente no es admitido.

5.5 Prescripción y reparación del daño

Otra cuestión por considerar dentro del procedimiento sancionador, es lo dispuesto por el artículo 271 del Código de Trabajo, el cual señala que la acción para iniciar el procedimiento e imponer la sanción administrativa, prescriben en el plazo de seis meses, por lo que si la Inspección se demora más de ese plazo, no es admitido el trámite incidental.

Asimismo, dentro del procedimiento incidental no puede dictarse la reparación del daño, como se verá que sí sucede en el caso de Costa Rica, dentro de su procedimiento judicial por infraccionalidad. No obstante, en Guatemala, al igual que en Honduras, el trabajador de escasos recursos tiene la posibilidad de solicitar la asistencia de la

Procuraduría de Defensa del Trabajador del Ministerio de Trabajo y Previsión Social, la cual se encarga de tramitar procesos ante el Organismo Judicial.

5.6 Las multas y su quantum

Son los artículos 271 y 272 del Código de Trabajo, los que establecen lo concerniente a las multas, así el primero de ellos señala que en materia de faltas de trabajo y previsión social, deben observarse las siguientes reglas, para la aplicabilidad de estas: En primer lugar, deben ser impuestas dentro de los límites señalados en el artículo 272 del Código de Trabajo³⁷ y tomándose en cuenta las circunstancias económicas y los medios de subsistencia del sancionado, los antecedentes y condiciones personales de este, el mal causado o la exposición al peligro, y, en general, los demás factores que puedan servir a la mejor adecuación de la sanción. Siendo que en caso de reincidencia se incrementará en un 50% la multa incurrida. No existiendo reincidencia si ha transcurrido un año entre la fecha en que se hizo efectiva la multa impuesta y la fecha de comisión de la nueva falta.

Ahora bien en cuanto al quantum de las mismas y las conductas a sancionar, es el artículo 272 *ibidem*, el que señala lo siguiente: a) Tratándose de violación al no pago de salarios, indemnizaciones y demás prestaciones laborales entre 6 y 18

36 Los inspectores de trabajo se convierten así en litigantes ante el Organismo Judicial, al tener que suscribir el memorial de incidente y ser los que se encargan de la tramitación judicial de los procesos; se han dado casos en que inspectores han sido sancionados a título personal por el Organismo Judicial por su actuación como litigantes (Diagnóstico, pp. 16-17 y entrevista con el Lic. Jesús Arbizú Hernández, en fecha 21 de mayo 2013).

37 Así el artículo 272 del código señala que tratándose de toda violación a cualquier disposición preceptiva al mismo, no prevista por la legislación da lugar a la imposición de una multa entre dos y nueve salarios mínimos mensuales, si se trata de patronos, y de diez y veinte salarios mínimos diarios, si se trata de trabajadores, vigentes en ambos casos para las actividades no agrícolas. Con lo cual se hace una diferenciación entre patronos y trabajadores, a la hora del castigo.

salarios correspondientes a las actividades no agrícolas; b) Violación de una disposición prohibitiva³⁸ dará lugar a la imposición de una multa entre 3 a 14 salarios; c) Violación al título tercero del código u otra ley o disposición de trabajo y previsión social referente a salarios, jornadas o descanso que haga algún patrono, dará lugar a la imposición de una multa entre 3 y 12 salarios; d) Las violaciones a las disposiciones preceptivas del título quinto del código, u otra ley o disposición de trabajo y previsión social referente a higiene y seguridad en el trabajo, entre 6 y 14 salarios; e) Violación a las disposiciones preceptivas del título séptimo del código u otra ley de trabajo y previsión social referente a huelga o paro, da lugar a la imposición de una multa entre 2 y 10 salarios, en caso de ser patronos y de 1 a 5 si son trabajadores; f) Violaciones a las disposiciones de los artículos 61, 87 y 281 inciso m) del Código de Trabajo (v.gr., dar las herramientas oportunamente a sus trabajadores; guardar a los trabajadores la debida consideración; entregar el certificado de conclusión de relación laboral; presentación a las citaciones de la Inspección de Trabajo, etc) , dan lugar a la aplicación de las multas establecidas en el inciso anterior, según se trate de patronos o trabajadores; g) Toda violación a cualquier disposición preceptiva del código,³⁹ no prevista entre 2 a 9 salarios mínimos si se trata de patronos y de 10 a 20 salarios mínimos diarios si se trata de trabajadores.

Tema aparte como lo señala el Dr. Godínez, es el caso de las infracciones a las disposiciones prohibitivas del Reglamento de Higiene y Seguridad, las cuales están tasadas en quetzales:

la multa será de Q.100.00 y Q.1.000.00. Las infracciones a las disposiciones preceptivas del mismo texto serán sancionadas con una multa de Q.25.00 a Q.250.00. En ambos supuestos, el monto final dependerá, entre otros, de la capacidad económica del infractor (art.109) (Estudio sobre infracciones... p.17).

Firme la resolución judicial que dicte la sanción pasa a ser cobrada por el procedimiento general de ejecución, comprendiendo el embargo y remate de bienes y en caso de insolvencia la sanción puede convertirse en prisión (arts 422 y 423 CT).

El destino de las multas sigue ingresando a los fondos del Organismo Judicial.⁴⁰ En este sentido, el artículo 187 de la Ley del Organismo Judicial, refiere:

“Todas las multas que provengan de la administración de justicia ingresarán a la Tesorería del Organismo Judicial, por ser fondos privativos de este Organismo”.

38 Por disposición prohibitiva, se entienden aquellas conductas que no deben hacerse y se caracterizan por su imperatividad, v.gr. prohibición de dirigir o permitir que se trabaje en estado de embriaguez (artículo 62 CT); prohibición del pago de salarios por medio de vales o cupones (artículo 90 CT); prohibición de los sindicatos a conceder privilegios a sus miembros fundadores (artículo 208 CT).

39 Por disposición preceptiva, se entiende la conducta determinada que debe ser cumplida, en referencia a descansos, jornadas, salarios, etc.

40 Lo anterior de conformidad con la resolución de la Corte de Constitucionalidad de fecha 3 de agosto del año 2004, la cual declaró parcialmente inconstitucional el Decreto no. 18-2001 del Congreso de la República Guatemalteca, la cual preveía que los fondos iban destinados al fortalecimiento del Ministerio de Trabajo.

5.7 Procedimiento sancionador a partir del Decreto 18-2001, del Congreso de la República

Hasta aquí se ha estudiado como el derecho punitivo laboral de la República de Guatemala ha estado compuesto por una clasificación de faltas a las leyes de trabajo, así como de las sanciones por imponer, por parte del Organismo Judicial, las cuales ostentan grados de gravedad, según la categorización prevista dentro del artículo 272 del CT.

No obstante, en el año 2001, el Código de Trabajo de 1961 (Decreto no. 1441), sufrió una reforma parcial mediante el Decreto no. 18, en referencia a los derechos colectivos, a la libertad sindical, al procedimiento sancionador por infracción, como a la regulación de la tercerización dentro de las relaciones laborales, para lo cual provocó la reforma de 27 artículos y derogó a su vez seis artículos de la legislación laboral.

Señalan, Castro et al., dentro del estudio ya referido, que esto ocurrió y específicamente en cuanto al tema de infraccionalidad, como consecuencia de haber quedado -con el transcurrir del tiempo- desfasado y obsoleto, lo que provocó la saturación de procesos llevados a sede judicial, no cumpliéndose así ya con el objetivo de la justicia pronta; sin obviar, el hecho de que las sanciones impuestas estaban desactualizadas, no siendo congruentes con la gravedad de las faltas que estaban tipificadas en la ley (p. 20).

Por ello, que el Congreso del país, aprobó el Decreto de modificación, con lo cual se daba una nueva cara al derecho laboral en general

y al punitivo en específico, modificándose, entonces, el procedimiento por seguir para el juzgamiento de las infracciones, trasladando la competencia a la Inspección General de Trabajo, otorgándole acción para llevar a cabo el juzgamiento de las faltas laborales, la imposición de las multas respectivas junto con la posibilidad de ejecutar el monto de estas por medio del procedimiento ejecutivo laboral y lo más relevante, destinando lo recaudado al presupuesto del Ministerio de Trabajo y Previsión Social, para fortalecer su organización. En este sentido el artículo 15, disponía -en lo que interesa- al reformar el artículo 269 del Código de Trabajo, lo siguiente:

“El monto recaudado por aquellas sanciones administrativas constituye fondos privativos del Ministerio de Trabajo y Previsión Social, con destino específico para capacitación y mejoramiento de equipo”.

En este sentido la reforma estableció en cuanto al ius puniendi administrativo, la siguiente disposición: La reforma del artículo 269 del Código de Trabajo, suprimiendo el hecho de que la falta debía ser declarada por los Tribunales de Trabajo y en su lugar confirió dicha facultad a la Inspección General de Trabajo. Asimismo introdujo que la sanción adquiriría categoría de sanción administrativa; teniendo las resoluciones de la Inspección General de Trabajo la categoría de título ejecutivo, debiendo proceder inmediatamente a promover su cobro y ejecución por medio del procedimiento de ejecución laboral, siendo que el monto de lo recaudado pasaría al fondo privativo del Ministerio de Trabajo, y no ya, al Órgano Judicial.

5.8 Inconstitucionalidad

Sin embargo, ante estos cambios, la cúpula empleadora, por medio del Comité Coordinador de Asociaciones Agrícolas, Comerciales, Industriales y Financieras (CACIF) y otros sectores interesados, interpusieron a partir del año 2001, diversas acciones de inconstitucionalidad, por considerar que la reforma en general atentaba contra principios básicos constitucionales como los atinentes a lo preceptuado en los artículos 103, 203 y 213 constitucionales.

Y, en efecto, mediante resolución de la Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala, en acumulación de los expedientes nos. 898 y 1014 del año 2001, resolvió en fecha 3 de agosto del año 2004, declarar la reforma parcialmente inconstitucional, al haber considerado en lo que interesa, lo siguiente:

Considerando: VIII... Los aspectos advertidos en los literales b), d), e) y f) antes citados, permiten evidenciar que el artículo impugnado adolece parcialmente de inconstitucionalidad, pues la regulación contenida en el mismo contraviene lo dispuesto en los artículos 103, segundo párrafo y 203, en sus párrafos primero, tercero y cuarto, ambos de la Constitución, pues se asigna una función de resolución de conflictos (juzgamiento de faltas) de trabajo a una autoridad administrativa (la Inspección General de Trabajo), obviando el mandato constitucional de que toda resolución de

conflictos en materia de trabajo debe emanar de órganos con potestad de administrar justicia; de la cual carecen los órganos administrativos; lo cual, aparte de la infracción constitucional que ello conlleva, también contempla un contrasentido entre dos normas de un mismo texto legal, pues lo regulado en el artículo 15 impugnado genera contradicción con lo dispuesto en el artículo 23 del Código de Trabajo. Por aparte, el hecho de atribuir la calidad de fondos privativos a un Ministerio de Estado, cuando es evidente que estos fondos, en correcta aplicación del segundo párrafo del artículo 103 ibid, son generados por la administración de justicia, permite advertir que tal regulación resulta ser violatoria de lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 213 de la Constitución (...).

De lo expuesto, deja entreverse que la reforma no previó las disposiciones específicas constitucionales y, por otro, pareciera que incluir dentro de un cambio de paradigma del procedimiento sancionador inspectivo, otras materias tan sensibles como la sindicalización y la tercerización, contribuyeron a dar al traste con la propuesta.

Por lo anterior, se le devolvió al Organismo Judicial la competencia del procedimiento para el trámite y la imposición de las sanciones, remitiendo finalmente y de conformidad con el artículo 135 de la Ley del Organismo Judicial, la respectiva tramitología

a la vía incidental.⁴¹ Debiendo finalmente los juzgados de trabajo, declarar la existencia de la falta e imponer la respectiva sanción y, asimismo, el monto de lo recaudado, pasando nuevamente a fondos del Organismo Judicial (Escobar Hernández, 2005: p. 8).

En este sentido, el Diagnóstico que se realizó para el país, recomendó ante tal situación, la idea de crear un procedimiento que sancione las infracciones a las leyes de trabajo, pero bajo la sede administrativa, previo consenso de una comisión tripartita:

Con el objeto de lograr efectividad y celeridad, debe analizarse la posibilidad de regular un procedimiento administrativo que respetando el derecho de defensa de los empleadores y en el marco de la sentencia de la Corte de Constitucionalidad del 3 de agosto de 2004, reconozca la facultad a la IGT de imponer sanciones que sean susceptibles de impugnarse y analizarse en una segunda instancia también administrativa; sin perjuicio de la acción contencioso administrativa si se mantuviera la disconformidad con lo resuelto por la IGT. Un procedimiento de estas características podría ser consensuado en forma tripartita en el seno de la Comisión Tripartita de Normas Internacionales del Ministerio de Trabajo y Previsión Social (p.24).

Esto ha conllevado a pensar en un retroceso del sistema, por lo que el consultor Miguel Canessa, ha concluido como consecuencia de un estudio realizado en Guatemala en el año 2011, sobre su situación actual, lo siguiente:

El panorama de la IGT es de un debilitamiento estructural en sus funciones: carencia de capacidad sancionadora, disminución de recursos humanos y materiales, disminución de su presupuesto, insuficiencia de personal calificado, etc., todo esto conduce a que los niveles de prevención y verificación del cumplimiento de las normas laborales sea extremadamente bajo, dando pie para que la violación de la normativa no represente un costo para los infractores. Es la plasmación de una impunidad laboral institucionalizada en Guatemala (Revista Real Card, 2011: p. 102).

5.9 Panorama vigente

Estas incongruencias sistemáticas ha conllevado dentro del acuerdo DR-Cafta, que Estados Unidos, haya resuelto seguir el proceso de activación de solución de controversias contemplado en el capítulo XX de dicho tratado, lo que podría conllevar a la imposición de la multa de \$15 millones y otras sanciones comerciales.

⁴¹ El trámite incidental se regula en los artículos 138-140 de la Ley de Organismo Judicial, los cuales establecen en general una audiencia de dos días al incidentado en donde se le comunica el incidente promovido; recepción de prueba en ocho días; resolución posterior a la recepción probatoria; y posibilidad de recurrir en los casos en que las leyes especiales que regulen la materia no excluyan la misma o se trate de incidentes resueltos por tribunales colegiados.

Por ello, el país, ante tal situación, esté generando propuestas, para solventar dicha situación.

6 EL SISTEMA INSPECTIVO COSTARRICENSE

Es menester realizar un análisis del marco actual en que se desarrolla el procedimiento por infracción laboral, tanto desde la perspectiva administrativa⁴² - por ser la que en la mayoría de los casos inicia el procedimiento- como de su tratamiento en la sede judicial.

6.1 Antecedentes

Mediante la promulgación del CT, vino para establecerse un cuerpo de Inspectores de Trabajo, por primera vez en el país, para que velaran, por el cumplimiento y respeto de las leyes, convenios y otras reglamentaciones concernientes a las condiciones del trabajo.

Lo anterior, se encontraba regulado dentro del título referido a la organización administrativa del trabajo, el cual constaba de veinte artículos (580-600), en donde se venía a prever las funciones tanto de la Secretaría del Trabajo como de la Inspección General de Trabajo.

En el año 1955, se emitió la Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo, la cual se avocaba a

una regulación más técnica y estructurada -en lo concerniente a la Inspección de Trabajo- de lo previsto en el año 1943. Originando, la derogatoria expresa del articulado referido en el título noveno del CT.⁴³

Esta legislación, le vino a otorgar a la inspección el rango de autoridad en el desempeño diario de sus funciones, pudiendo visitar los lugares de trabajo, cualquiera que fuere su naturaleza, en distintas horas del día y de la noche, siendo que las actas que levantan y sus informes tienen la credibilidad de prueba muy calificada, salvo que de modo evidente se demuestre su inexactitud, falsedad o parcialidad, según lo dispuso el artículo 94 de la Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

El desarrollo de la Inspección de trabajo ha subsistido a los vaivenes políticos y legales; en donde cada vez más, la normativa le confiere mayores funciones, sobre todo a partir de los años noventa, entre las que destacan: Ley no. 7360 de 1993 (Fuero Sindical), Ley Contra el Hostigamiento Sexual en El Empleo y la Docencia, Ley de Seguridad Privada, Ley de Igualdad de Oportunidades para las personas con discapacidad, Ley de promoción de la igualdad social de la mujer, Código de la Niñez y la Adolescencia (CNA), Ley de Protección al Trabajador, Ley General sobre el VIH-Sida, y en el año 2010, se le confirió el deber de visitar periódicamente las casas de habitación, en donde se empleen

42 Actualmente se está realizando un reajuste del manual de procedimientos administrativos laborales (2008), no obstante, los cambios resultan más formales que sustanciales, consecuencia de la normativa que la informa.

43 Debe recordarse que al promulgarse la Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo y Previsión Social, dentro de la misma, se dejó previsto dentro de su primer transitorio, su entrada en vigencia de manera total o parcial, cuando así lo acordare el Poder Ejecutivo conforme a la reorganización que se implementara dentro del Ministerio y a las posibilidades económicas del Estado. Entrando en vigencia cuatro meses después (21 de agosto 1955), con excepción del Título sexto y de los siguientes capítulos: 111 del Título primero; V del Título segundo: 1, 11 y 111 del Título tercero y 111 del Título 1V, según acuerdo no. 77 del Presidente Constitucional de la República, José Figueres Ferrer.

personas menores de edad en el trabajo doméstico (Ley no. 8842).

Siendo la Inspección de Trabajo un ente administrativo, hasta el año 1997, aplicaba en su proceder lo dispuesto por la Ley General de la Administración Pública, sea un proceso de investigación amplio, basado en la normativa del procedimiento ordinario, y bajo el aval de la misma Sala Constitucional, según se dispuso en voto 4295-93.

No obstante, esto equivalía a muchos años de demora para la resolución de algunos casos de gran significado en cuanto a protección de los derechos laborales; por lo que, se sentía y se palpaba un ambiente- hasta entonces- de inoperancia,⁴⁴ pues el derecho se estaba quedando atrás mediante la aplicabilidad del procedimiento ordinario, mientras las necesidades inmediatas en pro de la protección marchaban adelante, cada vez había más denuncias por infracciones a las leyes laborales, máxime que el Gobierno de José Figueres Olsen, estaba realizando dentro de la administración pública una modernización que proponía la reorganización y reestructuración, basada en movilidad laboral voluntaria y ello significó muchas denuncias administrativas laborales, sobre todo, promovidos por el sector sindical nacional.

6.2 A partir del Voto Constitucional no. 4298-97

No es sino cuando la Sala Constitucional, cambia su criterio mediante Voto no. 4 298, del año 1997, en que vino mediante el criterio de procesos especiales laborales, a producir un deslinde del procedimiento administrativo ordinario con respecto a las actuaciones de la Inspección⁴⁵ y específicamente en el tema de las prácticas laborales desleales (persecución sindical), sosteniendo en lo que interesa, el siguiente razonamiento:

Debe partirse del hecho de que por su naturaleza especial de procedimiento investigativo, éste difiere del procedimiento general que establece la Ley General de la Administración Pública, el que incluso atendiendo a lo dispuesto por el inciso h) del artículo 367.2 de la Ley General de la Administración Pública, debe excluirse en aquellos casos en que por Decreto Ejecutivo así se disponga, y para el caso concreto, los Decretos Ejecutivos número 8979-P y 9469-P, establecen que se exceptúan de la aplicación de la Ley General los procedimientos especiales contemplados en el

44 En este sentido, se ha señalado: "En un primer intento por aplicar las nuevas disposiciones normativas, la DNI recibía, con solo un acuse escueto, la denuncia, y la comunicaba a los inspectores correspondientes, para que éstos acudiesen al lugar de los hechos, tomaran las declaraciones sin formalidad alguna y rindieran un informe, el cual se emitía -muchas veces- con atraso de meses por las condiciones mismas del procedimiento, lo que venía a provocar, de alguna forma, desfases de tiempo e interés de las partes" (Briones, Revista Ivstitia, no. 124-125, p.34).

45 En este sentido, el fundamento se encontró en lo dispuesto por el artículo 367 de la Ley General de la Administración Pública, que en lo que interesa, dispone: "... 2. Se exceptúa de la aplicación de esta ley, en lo relativo a procedimiento administrativo:... e) Lo concerniente al personal, tanto público como laboral, regulado por ley o por reglamento autónomo de trabajo, en su caso, salvo en cuanto a los funcionarios excluidos de esas disposiciones por motivos de rango o confianza".

Código de Trabajo, con lo cual, técnicamente, no puede aplicarse de forma supletoria la normativa general administrativa

De allí que se sostuviera que al ser un proceso especial el plazo debía ser reducido y, para ello, dejó establecido en dos meses el cumplimiento del procedimiento inspectivo como máximo. Es decir, que en dicho plazo, debe haber concluido el ciclo inspectivo o tener resolución final cualquier caso sometido a la sede administrativa de la Inspección de Trabajo:

El procedimiento que contemplan los artículos 363 y siguientes del Código de Trabajo, es de carácter especial, pues su función primordial es la de velar porque exista armonía en las relaciones entre trabajadores y patronos, y en consecuencia, se observen las disposiciones legales de carácter laboral, sin que su objetivo fundamental sea el de dirimir en definitiva el conflicto suscitado entre las partes, sino que, tal y como se indicó, la participación de la sede administrativa es tan sólo para que se determine si existe o no mérito para plantear denuncia ante la sede jurisdiccional competente... Por lo expuesto, estamos frente a un procedimiento no sujeto a un término expreso, pero ello no obsta para que sean aplicados los principios generales del derecho laboral, como lo es la razonabilidad, derivado de lo dispuesto por el artículo 15 del Código de Trabajo... Si bien como se indicó líneas arriba no puede

aplicarse supletoriamente la normativa de la ley administrativa a este tipo de procedimiento laboral, lo cierto es que por razones de seguridad jurídica, no puede dejarse sin establecer un límite en el tiempo que circunscriba la actuación de la administración. Por lo que, ante la omisión legislativa y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 15 del Código de Trabajo, debe aplicarse en el caso bajo examen el principio general laboral de razonabilidad. Así, si la Ley General de la Administración Pública establece un plazo de dos meses para dar por concluido el procedimiento ordinario que resuelve en el fondo un conflicto, ponderando dicha situación, en la aplicación del procedimiento establecido en los artículos 363 y siguientes del Código de Trabajo, el cual como se indicó, no resuelve el conflicto suscitado sino que se trata de una investigación, es razonable entender que la Dirección Nacional de Inspección de Trabajo deberá respetar un plazo idéntico al mencionado para dar por concluido su intervención administrativa (desde la debida presentación de la denuncia ante ese órgano y hasta la decisión de denunciar en sede judicial o el archivo del expediente (Voto no. 4298-97).

Ante la anterior realidad, en sede administrativa y siendo que de conformidad con el artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, resultaba vinculante no solo para el ente administrativo, sino para

la actuación de todos los usuarios de la Inspección de Trabajo, es que procedió a emitirse resoluciones ministeriales que venían a promover el rechazo por inadmisión de las distintas gestiones (incidentes, recursos, etc.) que interponían las partes apegadas a lo estipulado en la LGAP. En este sentido, vino a señalarse, al respecto:

Con la promulgación de este procedimiento amparado al voto constitucional 4298-97 de las 16:45 hrs del día 23 de julio del año 1997 y diversas resoluciones administrativas emitidas por el Ministro de Trabajo (461-98 de las 15:10 hrs del 28 de octubre del año 1998) viene a ser posible que se despejen las lagunas de que padecía la inspección en cuanto a la tramitología, pues la diversa legislación existente era muy genérica (Briones, 2007: p. 60).

Incluso no faltaron aquellos que interpusieron recursos de amparo, al considerar violación de sus derechos, con el procedimiento que se empezó a idear en sede inspectiva a partir de dicho mandato judicial. No obstante la Sala Constitucional avaló la actuación de la Inspección de Trabajo, para que se cumpla por medio del procedimiento especial, la función primordial, sea la de velar porque exista armonía en las relaciones entre trabajadores y patronos (Voto no. 2434-2001).

6.3 El procedimiento en sede administrativa

Como se ha referido el sistema sancionatorio por contravención a las disposiciones laborales, está bifurcado. En un primer momento, se lleva en sede administrativa, en donde como se verá, en caso de incumplimiento de la misé en demuere (plazo de prevención, para cumplir lo encomendado por la autoridad administrativa) se pasa a acusar ante la jurisdicción laboral, de conformidad con lo dispuesto por la materia. Interesa en este aparte analizar el actual mecanismo que se lleva por parte de la Inspección de Trabajo, en la detección de la infracción y su consecuente resolución.

6.4 Estructura

La Inspección de Trabajo nacional, está conformada por un Director Nacional de la Inspección de Trabajo, con la función primordial -en coordinación con el Ministro de Trabajo, y Viceministro- de emitir y poner en práctica las políticas, directrices y disposiciones que hagan dable el desempeño de la Inspección de Trabajo⁴⁶. A su vez, cuenta con seis Direcciones Regionales por medio de todo el territorio, representadas cada una por un jefe.

A su vez, todas cuentan con el apoyo de los Departamentos de Asesoría Legal y el de Gestión, que tienen un personal entre ambas de 17 funcionarios. El primer Departamento posee en cada regional un representante legal, estando la jefatura en la provincia de San José.

46 A la hora de escribir el presente se está sacando a concurso la plaza que crea el puesto de la subdirección.

Amén, se dejó establecido tanto Consejos Consultivos Nacionales como Regionales, cuyo objetivo primordial, es constituirse en órganos de carácter tripartitos democráticos de donde van a surgir recomendaciones y sugerencias de métodos modernos de trabajo en la actuación de la Inspección de Trabajo.

6.5 Del personal

Su personal en su gran mayoría son funcionarios públicos que han entrado por exámenes de oposición, los cuales al ser contratados quedan cubiertos por el régimen estatutario, lo que significa que tienen estabilidad laboral y solo podrían ser despedidos por causal que justifique su cese o por las disposiciones que al respecto refiere el artículo 192 de la CPO. Lo anterior, en consonancia con lo preceptuado por los convenios y recomendaciones de la OIT, referidos a la situación jurídica y condiciones de estabilidad en el empleo inspectivo, con independencia de los cambios de gobierno.

Para acceder al cargo de inspector, además de entrar por oposición, se requiere ser profesional con grado de licenciatura, preferiblemente en las áreas del derecho, de la administración pública o del trabajo, con reconocida capacidad en materia de trabajo y de seguridad social.

6.6 De la competencia

De conformidad con la Ley no. 1.860 y Decreto 28.578, los inspectores de trabajo son competentes en general para velar por el cumplimiento y respecto de las leyes, convenios colectivos y reglamentos concernientes a las condiciones de trabajo y

seguridad social. Asimismo y de conformidad con el artículo 24 del decreto dicho, porque se cumplan y respeten las disposiciones contenidas en la CPO, los tratados y convenios internacionales ratificados, las leyes, las convenciones colectivas, los laudos, los acuerdos conciliatorios, los arreglos directos y los reglamentos relativos a condiciones salariales, de trabajo, de salud ocupacional y de seguridad social. Debiendo prevenir conflictos obrero patronales, mediante la instrucción, asesoramiento y capacitación a patronos, trabajadores y a sus respectivas organizaciones representativas, en cuanto a sus derechos y obligaciones; como intervenir en las dificultades y conflictos de trabajo que se presenten.

Para desempeñar lo anterior pueden requerir el auxilio de las autoridades de policía, así como coordinar sus actuaciones con las instituciones públicas de seguridad social y con las demás Direcciones, Oficinas y dependencias del Ministerio.

6.7 Del procedimiento en sede administrativa

El procedimiento inspectivo nacional -al igual que en la mayoría de los países analizados- tiene como fin que se respete lo preceptuado en la normativa laboral tanto en lo individual, en lo colectivo, como lo atinente a la salud ocupacional. En cuanto a su origen, la misma puede iniciar a petición de parte, como consecuencia de una denuncia interpuesta ante la Inspección de Trabajo, o bien, de oficio, referida a la acción que se origina en la iniciativa planificada de la Inspección de Trabajo, procurando identificar sectores o zonas con alta incidencia de infraccionalidad.

Mediante Directriz ministerial no. 014 del año 2011, se anexó al Manual de Procedimientos de la Inspección de Trabajo, a la acción originada de oficio, la posibilidad de levantar una acta inspectiva, solicitando previamente información; pudiendo el Inspector de Trabajo enviarla por la vía que considere pertinente y siempre que sea de manera fehaciente y fácil de comprobar. Cuando la inspección inicia con esta, le deberá informar al centro de trabajo, los alcances de esta, junto con el tiempo y lugar en donde puede contactar al inspector y dirigir lo prevenido. En caso de no entregar lo solicitado dentro del plazo requerido, o bien, la misma sea omisa, se hará la denuncia respectiva de conformidad con lo dispuesto por el artículo 617 del Código de Trabajo.

A la fecha esta posibilidad ha sido utilizada para verificar el aspecto salarial, como política pública que ha venido dictando el gobierno Chinchilla Miranda, en pro de hacer respetar el salario, como una medida paliativa para bajar la tasa de pobreza del país. No obstante, la misma fue pensada para la verificación de cualquier otro componente laboral.

6.8 De la visita de inspección y prevención

Iniciada de manera oficiosa o por denuncia, dentro de la primera parte del procedimiento se hará una visita al centro de trabajo, en donde después de la identificación del funcionario, hará una entrevista patronal, en la cual se le informa a este o su representante, el objetivo de la visita y se le pide la documentación pertinente. En un segundo momento se hará la entrevista individual con los trabajadores, la cual puede ser sola o en presencia de

testigos, de conformidad con los Convenios Internacionales de la OIT y donde se incluye además un recorrido general para observar lo concerniente a salud ocupacional y medidas de seguridad, en el cual se desarrollan las labores. Estos dos momentos darán a los inspectores los elementos necesarios para determinar la existencia o no, de infracciones. En caso de comprobarse la existencia de una falta, se confecciona un Acta de Inspección y Prevención, en la cual se enumera cada infracción, junto con la normativa legal que la sustenta. Pudiéndose a criterio del inspector conferir un tiempo prudencial (hasta 30 días), o bien, un cumplimiento inmediato, para que el patrono corrija las situaciones anómalas. No obstante, puede el patrono, a pesar del plazo conferido y siempre y cuando esté dispuesto a cumplir con lo prevenido, solicitar al jefe de la Oficina Regional, una prórroga dentro del término otorgado por el inspector. En caso que la solicitud se haga extemporáneamente la gestión será rechazada ad portas.

6.9 De la misé en demuere

Este es un término en francés, que significa un requerimiento para hacer cumplir algo y que, para ello, se otorga un plazo de respiro dentro de la visita inspectiva inicial, para que el patrono cumpla según lo indicado. Una vez vencido este término se procede con la visita de revisión que concluye con un acta que lleva la misma denominación y que es precisamente en donde se indica si hubo o no cumplimiento, con lo previamente indicado dentro del acta de inspección y prevención.

Este momento encuentra sustento, no solo dentro de la normativa nacional, sino también internacional - pero de manera excepcional-

dentro de los convenios atinentes a la regulación de la Inspección de Trabajo:

Los inspectores del trabajo estarán facultados, a reserva de cualquier recurso judicial o administrativo que pueda prescribir la legislación nacional, a ordenar o hacer ordenar... dentro de un plazo determinado, que sean necesarias para garantizar el cumplimiento de las disposiciones legales relativas a la salud o seguridad de los trabajadores... Las personas que violen las disposiciones legales por cuyo cumplimiento velen los inspectores del trabajo, o aquellas que muestren negligencia en la observancia de las mismas, deberán ser sometidas inmediatamente, sin aviso previo, a un procedimiento judicial. Sin embargo, la legislación nacional podrá establecer excepciones, para los casos en que deba darse un aviso previo, a fin de remediar la situación o tomar disposiciones preventivas [artículos, 13.2),a), y 17 del Convenio 81. [Cursivas añadida].

El plazo de respiro es generalizado dentro de los países del área en estudio. No obstante, refiere la doctrina con respecto a otros países del orbe, que más bien dicho plazo resulta ser excepcional y no la regla, como sucede en Costa Rica:

Este plazo de respiro -a diferencia de Costa Rica, como se verá- es excepcional en países de habla francesa, en donde solo se utiliza cuando entra en vigor un nuevo

texto reglamentario sobre normas de higiene o seguridad, algunas de sus disposiciones llevan aparejado determinado plazo de aplicación, que varía según las medidas que requiera su ejecución. Es decir propugna este sistema por las medidas de ejecución inmediata, así por ejemplo, en Finlandia, se puede prohibir la continuación del trabajo, cuando los asalariados están expuestos a un accidente o a un peligro de muerte; en Italia, sus decisiones en materia de prevención de accidentes del trabajo son de obligado cumplimiento; en Checoslovaquia, puede ordenar que se paren las máquinas y que se suspenda el trabajo si la demora en hacerlo supone peligro; conteniendo la legislación de Malasia algo análogo. En Luxemburgo, el "ingeniero-director" puede en el acto ordenar la evacuación y el cierre de las empresas y de las obras. En Japón, el inspector está habilitado para hacerlo cuando el peligro es resultado de una infracción (Briones, Revista Judicial, no. 101, 2011: pp.37-38).

Dentro del término concedido, puede impugnarse lo prevenido, cuyo recurso es el correspondiente al de revisión, señalado por el artículo 139 párrafo tercero, de la LOMTSS:

Sin embargo, respecto de las prevenciones formuladas por la Inspección General de Trabajo, así como de las resoluciones de ésta mediante las cuales

ordena incoar acciones judiciales por incumplimiento de dichas prevenciones, no procederá recurso alguno, salvo el de revisión ante la misma Inspección.

Este momento, pareciera que en el país - a pesar que es excepcional tanto a nivel de OIT, como de países de primer orden mundial a nivel económico y social- es de acatamiento no solo administrativo, sino que está elevado a rango legal, según se desprende de la misma Ley Orgánica, al establecer la posibilidad de recurrir el momento prevenido por la Inspección de Trabajo.

6.10 De la visita de revisión

Transcurrido el tiempo otorgado durante la primera visita o bien con el envío de la prevención al medio escogido -cuando se trate de un procedimiento que inició con acta de solicitud de documentos-⁴⁷ se realiza una visita al centro de trabajo (revisión), en la cual se verifica el cumplimiento de lo prevenido. Para lo cual se apersona el Inspector de Trabajo, debiendo cumplir con una nueva entrevista patronal en donde indica al patrono o su representante el objeto de la revisión. Asimismo, en caso de proceder, revisa la documentación pertinente, junto con otra entrevista a los trabajadores afectados, indicándoles la eventual acusación de su patrono ante la sede judicial y la posibilidad de obtener copias de las actas y de la denuncia. En caso de corroborar la persistencia, también deberá indicarse al patrono lo encontrado y

la eventual acusación. Dentro de un plazo de cinco días luego de realizada la visita de revisión, el inspector confecciona el acta de revisión, la notifica al patrono y la presenta ante el respectivo jefe de la oficina regional, con un informe de denuncia, en caso de proceder. Si hay cumplimiento dentro de esta acta de revisión, se le indica al patrono que se ha dado obediencia y se le remite al jefe, con la indicación del ciclo inspectivo cerrado por cumplimiento.

6.11 El procedimiento en sede judicial

Una vez agotado el procedimiento en sede administrativa y ante incumplimiento de lo prevenido, el jefe regional procede a incoar la acusación ante la judicatura, con base en la competencia territorial correspondiente. Sin perjuicio, de que el juzgador de manera oficiosa pueda investigar las faltas laborales, con independencia del ente administrativo.

Entonces, una vez que la Inspección de Trabajo, cumpla el ciclo inspectivo en sede administrativa o la autoridad judicial tenga conocimiento de una infracción, se procederá a ventilar las infracciones mediante un procedimiento instructivo que puede desencadenar en una condena, de conformidad con el Título Séptimo del CT, Capítulo Sexto, el cual se compone de 18 artículos. Disponiendo, el artículo penúltimo de dicho capítulo lo siguiente:

Artículo 580. En silencio de las reglas del presente Capítulo

⁴⁷ Puede ocurrir con base en la Directriz no. 014, que en vez de realizar una visita, se haya enviado un acta de solicitud de documentos; ahora bien, si se detecta de lo enviado una posible infracción, se previene para su cumplimiento y posterior al plazo otorgado, se acude a realizar la visita de revisión.

se aplicará supletoriamente el Código de Procedimientos Penales, en cuanto no hubiere incompatibilidad con el texto y los principios procesales que contiene este Título.

Lo anterior, con la única pretensión de -mediante remisión a la regulación del proceso penal- de subsanar cualquier laguna procesal dentro del CT. Y no convertirse en la regla, como lo han entendido algunos funcionarios de la judicatura. De acuerdo con esto, las faltas se investigarán, a falta de disposición expresa, mediante el procedimiento contravencional, con todos los recursos, incidencias y posibilidades que le otorga a las partes el CPP.

6.12 Denuncia o acusación

No se hace, para efectos del presente trabajo, una diferencia entre los conceptos de denuncia y acusación, ya que hoy se ha

diluido dicha diferenciación en la práctica forense laboral, por lo que su estudio resulta de escasa relevancia. No obstante, si se sitúan dichos institutos, en la época en que se consignaron, sí resultaban de gran trascendencia, al tenerse conocimiento que en materia penal, surtían diversos efectos.⁴⁸ Es necesario recordar que estaba en vigencia el Código de Procedimientos Penales de 1910, siendo relevante tal diferenciación, dándosele al acusado una mayor participación activa, al punto que podía desistir de la misma, para lo cual debía depositar una fianza en caso de incurrir en calumnia; sin embargo, para efectos prácticos actualmente no hay ninguna diferencia. Se faculta así a poner en conocimiento de las autoridades judiciales a cualquier persona perjudicada o a sus representantes legales o a sus apoderados que tengan conocimiento de una infracción laboral, sin cumplir con formalismo alguno, salvo lo estipulado por los artículos 567 y 568 ambos del CT.

48 Dentro de un contexto histórico durante la promulgación del CT, se encontraba en vigencia el Código de Procedimientos Penales de 1910, siendo relevante la diferenciación entre denuncia (artículo 144) y acusación (artículo 155). Así la denuncia de conformidad con dicho código, la podía realizar cualquier persona capaz, que hubiere presenciado un hecho, expresándose en el artículo 154 que el denunciante o delator, no contraía obligación alguna que lo ligare al procedimiento judicial, sin incurrir en responsabilidad alguna. Por el contrario, con la acusación o querrela, el acusador sí quedaba sometido a la jurisdicción del juez, junto con las consecuencias legales, estando obligado a afianzar la calumnia, salvo algunas excepciones. Señalando el artículo 162, referente a la responsabilidad del acusador y sus fiadores, en caso de fianza fiduciaria: "La responsabilidad del fiador se extiende á las penas pecuniarias á que fuere condenado el acusador, al pago de costas causadas en el juicio y á la indemnización de los perjuicios irrogados al ofendido por la acusación calumniosa". Ahora bien, el CT (artículos 567 y 568 CT), también realiza dicha diferenciación. Así si hay acusación se le otorga legalmente al acusador una participación activa, al punto que puede desistir de la misma, para lo cual debe depositar una fianza en caso de incurrir en calumnia; no obstante, el CT, no ventiló ningún presupuesto conceptual, sino que hizo alusión por primera vez del término acusación en el antiguo artículo 557 (hoy 564), reformado por Ley no. 668, en el año 1946, disponiendo que la acusación no podía presentarse simultáneamente con la demanda de indemnización que pueda ser consecuencia de la falta. Con lo que pareciera que el legislador pretendió que dentro del mismo procedimiento acusatorio por infraccionalidad laboral, se otorgara la indemnización correspondiente, en vista que a la sazón el Código de Procedimientos Penales, hacía doble la reparación del daño dentro del mismo proceso: " Conocerán del reclamo relativo á la reparación civil del daño proveniente de un hecho punible, los tribunales de justicia represiva, siempre que la acción correspondiente se haya ejercido antes de detectarse el auto de enjuiciamiento, y ante los mismos jueces que la acción pena" (artículo 135). Evitándose así, que se acudiera a una doble vía para la obtención de la correspondiente indemnización, todo con el fin de procurar armonía jurídica.

6.13 Competencia

En cuanto a la competencia de conformidad con lo preceptuado por los artículos 402 inc. f) del CT y 116 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), le corresponde a los juzgados de menor cuantía conocer de todas las infracciones a la legislación laboral, sin perjuicio de lo dispuesto por ley no.3664 concerniente a los tribunales de negocios en menor cuantía.⁴⁹ Las infracciones a las leyes laborales, siempre van a ser de conocimiento de los juzgados de menor cuantía o de los Tribunales de menor cuantía -según el ordenamiento territorial realizado por el Poder Judicial- con independencia del monto que se solicite como posible reparación del daño de conformidad con el artículo 610 del CT, por ser una disposición, en donde existe norma expresa del artículo 166 de la LOPJ, como fuente supletoria de conformidad con el artículo 399 del CT. Lo anterior ha sido avalado en este sentido por los despachos judiciales de alzada (Sala Segunda, Voto no. 1012-2007; Juzgado Civil y de Trabajo de Puriscal, Sentencia no.38-2012).

Actualmente, la competencia por territorio está definida por el artículo 314 del CT que establece como único competente para la imposición de las sanciones a los jueces de trabajo en cuya jurisdicción se cometió la infracción, y en su defecto, en el domicilio

del eventual responsable. Por su parte, el artículo 323 del mismo cuerpo legal, estipula que en esta materia no se suspende la competencia por ninguna razón (excepción, excusa, recusación ni por la declaratoria de incompetencia), y obliga y autoriza a la autoridad judicial que conoce el proceso a continuar haciéndolo, recabando información y pruebas en forma válida. Únicamente, le prohíbe el dictado de la sentencia hasta que no se resuelva en definitiva lo que corresponda, en igual sentido indica el artículo 573 de dicho código.

De lo anterior, se desprende que se aparta de la prórroga ordinaria de la competencia por razón del territorio, presupuestada en el artículo 420, al ser esta enmarcada dentro de un híbrido laboral penal.

6.14 Sustanciación del juicio

Este, debe ser sumario de acuerdo con el artículo 321 del CT, principiando con el dictado de un auto donde se ordena la instrucción para averiguar la situación puesta en conocimiento del juez. Asimismo, se cita al supuesto infractor y se le informa de su derecho a hacerse representar por un abogado, señalar medio para recibir notificaciones y comunicándosele que se presente ante la autoridad a declarar al respecto (fase indagatoria). Este es el

⁴⁹ Durante la discusión de la reforma al CT, mediante Ley no. 668 del año 1946, de los artículos. 385 y 395 (hoy 392 y 402 respectivamente), el Magistrado Iglesias, se pronunció sobre la inconveniencia de seguir recargando a los tribunales ordinarios de asuntos del resorte exclusivo de tribunales especiales, “ porque ello a la larga podría conducir a sumar al fuero común todas las controversias de orden específico, fuera de su control lógico y contrariamente a la naturaleza propia de ellas” (Documento no. 53, de 1947). Ello por cuanto, se disponía de manera provisional dentro de la propuesta que hasta tanto no se establecieran juzgados especializados en materia laboral, se recargaba el conocimiento a las Alcaldías comunes. No obstante pareciera que nunca se pensó en excluir la infraccionalidad de la sede judicial y enviarla a la administrativa, a pesar que se acusaba de una imposibilidad material y de la inconveniencia para que se tramitara la materia de infracción laboral dentro de la vía ordinaria de jurisdicción no especializada, por funcionarios judiciales no especializados.

momento donde inicia el procedimiento, sin embargo, la primera imputación formal de los hechos se realiza en el momento en que es indagado personalmente por la autoridad judicial. Si acepta los cargos se impondrá la multa respectiva, sino se procede a citar a juicio a los testigos, imputado e Inspección de Trabajo en caso de ser el ente acusador.

Durante la etapa del juicio, el mismo es oral y público y se aplica el rito del procedimiento penal en juicio, bajo los principios de la oficialidad y oralidad, debiéndose iniciar con una invitación tanto al representante del ministerio de Trabajo y Seguridad Social (MTSS) o acusador (puede ser la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS) o un tercero interesado) como al imputado para que concilien previamente a iniciar el juicio (en el entendido que en todos los casos deberán respetarse los derechos irrenunciables, indisponibles e indiscutibles del trabajador). Pudiéndose aplicar los institutos de la suspensión a prueba, el del criterio de oportunidad y de la extinción de la pena como consecuencia de la reparación integral del daño, de conformidad con el artículo 580 del CT y artículos 23, 25, 30 del CPP.

6.15 La sentencia y su ejecución

Señala el artículo 609 del CT que el juzgador apreciará la prueba, con base en las reglas

de la sana crítica⁵⁰ y en las circunstancias de hecho del respectivo proceso, con lo que se aparta de la valoración en conciencia,⁵¹ que se realiza ordinariamente dentro de la materia laboral, reflejo del carácter eminentemente penalista.

De conformidad con el CT y a diferencia del Código Procesal Penal, a la sentencia no se le dará publicidad, sin embargo, siempre se enviará copia de las mismas a la Inspección General de Trabajo, lo cual en la práctica no ocurre, pues sólo cuando la Inspección es parte en un proceso se le notifica la sentencia (Briones, Ivstitia, 2001: p. 31). Esta contendrá la imposición de la multa,⁵² la absolutoria o la declaración de la prescripción, debiendo por mandato legal en caso de aplicación de una multa, disponer la restitución de los derechos violados, la reparación del daño causado y las medidas necesarias que conduzcan a tales fines.

6.16 Destino de las multas

Con base en lo dispuesto por los artículos 103 del CNA, 327 y 612 (reformado por Ley no. 7983) ambos del CT, los favorecidos con las multas son: Inspección de Trabajo, CCSS, Consejo de Salud Ocupacional, Clínica del Adolescente de la Caja Costarricense de Seguro Social, Instituto Nacional de Aprendizaje, Fondo para la Niñez y la

50 Valorar mediante la Sana Crítica significa: "utilizar como método, el respeto a las reglas que gobiernan la conexión del pensamiento humano: las de la lógica, las de la psicología y las de la experiencia común (...). En otras palabras, dichas reglas permiten controlar el iter lógico que ha seguido el juzgador para formar su criterio sobre lo cierto y lo falso conforme a la valoración de la prueba evacuada" (sentencia Sala Tercera, no. 1008 del 2009).

51 La Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, ha considerado que resolver en conciencia, significa que la valoración de la prueba "es mucho más flexible que en el proceso civil, por lo que, el juzgador, no está sujeto a las reglas de éste y tiene libertad de apreciación; desde luego, dentro de parámetros razonables y objetivos" (Sentencia no. 145 del 2000).

52 La multa de conformidad con lo dispuesto por los artículos 614 del CT y 2 de la Ley no. 7337, corresponde al salario base de un auxiliar administrativo 1 del Poder Judicial.

Adolescencia y el Comité Directivo Nacional para la Erradicación del Trabajo Infantil. Ahora bien, el artículo 612 del CT, dispone como beneficiarios de las multas impuestas por infracciones tanto a la Inspección de Trabajo como a la CCSS, fortaleciendo, en este último caso, con un cincuenta por ciento de lo recaudado al régimen no contributivo y, a su vez, a la inspección con el restante cincuenta por ciento, pero con la prohibición expresa de crear nuevas plazas y contratar servicios personales. Esto como consecuencia de no desnaturalizar el presupuesto ordinario de la República, ya que la Sala Constitucional, ha referido que no se puede financiar gastos ordinarios como sería el pago de los salarios de los funcionarios, mediante fuentes extraordinarias, como vendrían a ser los dineros recaudados por concepto de las multas (Voto no. 6859-96).

6.17 Recurso de apelación

En cuanto a la posibilidad de recurrir y al tenor de lo dispuesto por el artículo 574 del CT, dentro de las 24 horas posteriores a su notificación deberá interponerse la apelación. Esta disposición evidencia, lo cual parece, que el legislador tuvo la intención de acelerar el proceso, empero, esto provoca en la práctica forense una desigualdad -y hasta una desventaja- de plazo, por cuanto en el resto de las materias el mínimo es de tres días para la interposición, para que se pueda ejercer una debida y oportuna defensa.⁵³

No obstante, ya la Sala Constitucional -mediante redacción del magistrado Solano Carrera- en referencia a dicha distinción, se

pronunció en el sentido de que dicho plazo de veinticuatro horas no lesiona ninguna norma o principio constitucional, en vista de la naturaleza misma del proceso (Voto no. 4893-2002).

6.18 Ejecución de sentencia

Una vez firme la sentencia, se seguirán, en cuanto fueren compatibles, el procedimiento señalado dentro de la normativa que al efecto señala el Código Procesal Civil (CPC), junto con las reformas producidas por la Ley no.8624 sobre el cobro judicial, para que se cancele la multa junto con la reparación integral para los trabajadores de conformidad con lo expresado en el artículo 610 del CT. Disponiendo dicho cuerpo legal, a su vez, en el artículo 601, que los derechos provenientes de sentencia judicial, prescribirán en el término de diez años que se comenzará a contar desde el día de la sentencia ejecutoria. A pesar, de este señalamiento expreso, algunos jueces han considerado que el término que rige es el señalado por el artículo 84, inc. 3, del CP, sea el de un año. No obstante, considerar lo anterior, significa desconocer que la materia penal, es aplicada exclusivamente de manera supletoria y básicamente a nivel procedimental. Que al existir dentro de la normativa laboral -incluso seguidamente del procedimiento de infraccionalidad- un capítulo expreso para las ejecuciones de sentencias y un artículo que señala expresamente el plazo de diez años, resulta incorrecto el de un año, al resultar incompatible con lo preceptuado por el mismo artículo 580 del CT.

⁵³ Actualmente, la Sala Constitucional, está conociendo acción de inconstitucionalidad, bajo el Expediente no. 11-15453-007-co, en donde se impugna dicho plazo, al considerarse que resulta ser insuficiente en la defensa de los intereses de las partes.

Finalmente, para el caso de ejecuciones de sentencia y tratándose de la acusación por violación a fueros laborales, en que haya sido incoada por la Inspección de Trabajo, existe al efecto la Directriz no. 15-2011 como adenda al manual de procedimientos inspectivo, confiriéndosele al Departamento de Asesoría Legal de la Inspección de Trabajo, el deber de darle seguimiento a aquéllas sentencias en que hayan dictado restitución y reparación integral del daño a trabajadores que ostenten dichos fueros. Así, las competencias asignadas a dicho Departamento, no se limitan única y exclusivamente a entablar las acciones y los recursos judiciales, sino que su mandato legal va más allá y abarca, también, el darles seguimiento, a las acciones judiciales.

7. CONCLUSIONES

Llama la atención de lo expuesto, que de los países estudiados, el desarrollo sistematizado laboral, surgiera hasta a mediados del siglo pasado; a pesar que, precisamente, hubo un desarrollo pujante desde principios del siglo pasado. Tal vez y a nivel sociológico la explicación se encuentre en el inicio de la doctrina social intervencionista, como consecuencia de los acontecimientos mundiales que se venían suscitando en el plano económico, militar y político, los cuales tuvieron efecto dentro del área centroamericana.

No obstante, específicamente en cuanto a los sistemas inspectivos, hoy los mismos no resultan ser homogéneos o unificados, sino por el contrario, se encuentran fragmentados en varias dependencias que lo conforman, así, por ejemplo, en Nicaragua, se divide en seguridad e higiene y en lo laboral; en Honduras en Inspecciones para el

cumplimiento de las normas sociolaborales, para el cumplimiento del salario y para la seguridad ocupacional; en el Salvador en Departamento de Inspección de Industria y Comercio, Departamento de Inspección Agropecuaria, Dirección de Seguridad y Salud y Pensiones y en Oficinas Regionales de Trabajo. Lo cual no ha contribuido en la protección de los derechos laborales, sino, por el contrario, según informes de la OIT realizados para la región han provocado múltiples esfuerzos sin coordinación y, por lo tanto, actuaciones poco productivas.

Solo en Honduras y El Salvador, las Inspecciones, ostentan rango constitucional, lo cual podría ser indicio de debilidad institucional. Por el contrario, en Nicaragua existe una ley específica y en el resto, lo es a nivel general, en donde se regulan también otras dependencias que convergen con la administración del trabajo.

En Honduras y Guatemala a diferencia de El Salvador, las inspecciones son competentes para ver todo conflicto de tipo colectivo en que figuren menores de edad o trabajadores en maternidad; por el contrario, dentro de este último sistema se dispone expresamente que la materia colectiva, le corresponde conocerla a los jueces con jurisdicción en materia de trabajo, según lo dispone el artículo 35 de la Ley de Organización y Funciones del Sector Trabajo y Previsión Social, que al respecto refiere:

“No se encuentran comprendidos en el ámbito de la función de inspección, los conflictos colectivos jurídicos derivados de la aplicación o interpretación de normas legales, cuya solución corresponde a los Jueces con jurisdicción en materia de trabajo”.

En la mayoría de las naciones se confunde la labor inspectiva con la conciliatoria, excepción Costa Rica. Por otro lado, solo el sistema Salvadoreño confiere a la inspección dentro de sus funciones, servir como registrador de los establecimientos laborales.

En Nicaragua durante el procedimiento de visita inspectiva, se dispone que la misma debe ser tripartita (Empleador, Trabajador e Inspector), a contrario sensu, en el resto de sistemas, queda a discrecionalidad y conveniencia de la autoridad laboral el momento de participación de los diversos actores durante la entrevista; así, por ejemplo, el sistema dominicano dispone en su artículo 434 del Código de Trabajo:

“Los inspectores de trabajo que acrediten su identidad, están autorizados: a) a interrogar, sólo o ante testigos, al empleador y al personal de la empresa sobre cualquier asunto relativo a la aplicación de las disposiciones legales”.

Los inspectores salvadoreños, tienen el deber de realizar el levantamiento del acta en el mismo centro de trabajo, ya que en el resto de los países con la información obtenida, puede realizarse en sus mismas dependencias gubernativas, ejemplo de ello Costa Rica, en donde se confeccionó la Directriz no. 014-2011, con el fin de evitar acudir cuando proceda al mismo centro de trabajo. Además, solo en Honduras el acta debe ser leída al patrono como al trabajador, lo cual podría explicarse como consecuencia de la baja tasa de alfabetismo que tiene el país y /o la certeza del acto que quiso asegurarse el legislador de los años 50s, durante la promulgación del Código de Trabajo.

En cada legislación, las actas que levantan durante el procedimiento están investidas de plena prueba, lo que hace presumir la certeza, salvo que se logre demostrar lo contrario, sea inexactitud, falsedad o parcialidad, como lo dispone la legislación Salvadoreña. Sin embargo, dicha demostración no procede en Nicaragua, con respecto de las actas que se levantan por parte de la Inspección de Higiene y Seguridad en el trabajo, según se desprende del numeral 42 del Reglamento a la Ley General de Higiene y Seguridad del Trabajo.

En referencia a las sanciones, los países que imponen las multas dentro de su propia sede, solo Nicaragua y El Salvador, agotan a lo interno los recursos, sea por medio de sus respectivas direcciones; pues en Honduras la misma le corresponde al jerarca de la cartera. Amén, en este último país, previo a la imposición de una sanción, debe contar con un dictamen legal de la Dirección de Servicios Legales.

Dentro de dichos sistemas, existen posibilidades de discutir las multas firmes, en la vía ordinaria judicial (en Nicaragua ante la Sala de lo contencioso administrativo de la Corte Suprema de Justicia; en Honduras y El Salvador, ante la judicatura contenciosa administrativa). Un intento de llevar dicha discusión a la sede constitucional, se produjo en Honduras; no obstante, como se verificó hubo una denegatoria de improcedencia, por cuanto se consideró que al no haberse utilizado los recursos disponibles dentro de la sede administrativa, la misma había sido tolerada, de lo que se desprende que es un sistema que aboga por el agotamiento de todos los recursos que ostenta la administración pública y que no estaría eventualmente excluido del orden constitucional.

Los países de Honduras y El Salvador, ostentan multas en valor monetario, lo que los hace ineficaces, según el sentir de sus propios funcionarios, como se refirió para el caso hondureño. En el resto de los países, la valoración -de las multas- se hace por medio de salarios mínimos, lo cual no es del todo señal de actualización, por cuanto al no subir los mismos, en muchos casos producen también desfases en menor o mayor grado. En el sistema guatemalteco, se realiza una diferenciación entre trabajadores y patronos multados; a los primeros se les aplica salarios mínimos equivalentes a un día a los últimos, concernientes a un mes (art. 272 del Código de Trabajo).

Por otro lado, solo en Nicaragua para efectos de graduar las multas, se considera la conducta mostrada por el patrono durante la visita inspectiva. Así, en todos los regímenes, la graduación sancionadora se califica en faltas leves, graves y muy graves, con la particularidad que estas últimas corresponden; por lo general, a la protección de los salarios mínimos, menores de edad, maternidad y la salud ocupacional; junto con la obstrucción a la labor inspectiva; la cual incluso dentro del sistema Nicaragüense, conlleva -además- la presunción de tenerse por ciertos los hechos denunciados por infraccionalidad laboral.

De los sistemas mencionados, solo en Guatemala, en caso de insolvencia para pagar la multa, acarrea prisión simple (artículo 423 del Código de Trabajo) y en caso de reincidencia en todos los países las multas se incrementan, por lo general, hasta en un cincuenta por ciento. No obstante Costa Rica, resulta ser omisa en referencia a dicho tema.

Paradójicamente, en ninguno de los sistemas, el destino de las multas es para el fortalecimiento inspectivo, con excepción de Costa Rica, conforme lo prevé el artículo 610 del CT. El único intento -fuera de la anterior nación- fue el caso de Guatemala mediante la promulgación del Decreto del Congreso no. 18-2001, el cual destinó lo recaudado para el Ministerio de Trabajo y Prevención Social, para capacitar al personal y mejorar su equipo. En este sentido llama la atención que no se haya ideado, un destino específico de las multas; cuando por ejemplo en Honduras, a los inspectores ni siquiera se les asigna un viático para transporte, lo cual en la práctica ha generado que el costo lo asuma el mismo inspector o se vea compelido a pedirlo a los propios usuarios del servicio. Esto en contravención con lo dispuesto por los convenios 81 y 129 OIT, los cuales refieren que la autoridad estatal, deberá adoptar las medidas necesarias para reembolsar a los inspectores todo gasto imprevisto y cualquier gasto de transporte que pudiese ser necesario para el desempeño de las funciones propias del cargo.

Ahora bien, en cuanto al régimen de empleo, los Inspectores de Trabajo Centroamericanos, ostentan -dentro del área en estudio- estabilidad laboral, de conformidad con los convenios y recomendaciones que al efecto ha emitido la OIT, lo cual ha ocasionado que en los sistemas tratados haya influido dicha normativa internacional, como en el caso de Nicaragua, el cual mediante la Ley del Servicio Civil y de la Carrera Administrativa, dispuso al efecto en su artículo 4, el principio de estabilidad de los servidores públicos, sobre la base del mérito, la capacidad, especialización, profesionalismo, con el objetivo de que las personas tengan como meta convertirse en servidores públicos de

carrera. En similar sentido, en Costa Rica, el funcionario público, ostenta estabilidad laboral desde el año de 1949, mediante la promulgación de la Constitución Política y la creación de la carrera administrativa del Servicio Civil. Solo en El Salvador, existen dos tipos de contratación posibles, la que crea puestos de un año, sin carácter de estabilidad y mediante convenio determinado entre partes y la que crea puestos de trabajo estables que es la regida por la ley de salarios.

En Honduras, se expresa como requisito, para optar a un puesto dentro de la judicatura laboral, el no haber sido sancionado por infracciones a las leyes de trabajo, dentro de los dos años, anteriores a la solicitud del empleo, con lo cual viene a fortalecer el carácter de no infraccionalidad a la legislación laboral, para aquellas personas que quieran acceder a un puesto de esa naturaleza.

Analizado lo anterior, mediante el abordaje general de los sistemas inspectivos de trabajo, centroamericanos, no resta más que empezar a realizar la segunda fase propuesta en el presente trabajo, la cual consiste en formular para Costa Rica, un nuevo paradigma que contribuya desde la inspección misma -al ser la que en primera instancia se inmiscuye directamente con el mismo entorno de las relaciones laborales- a hacer de manera más eficaz y eficiente el cometido de la protección de la institucionalidad democrática, dentro del ámbito socio-laboral.

Sin obviar el hecho de que los sistemas estudiados, sin lugar a dudas van a contribuir en la propuesta, pero teniendo el debido cuidado que algunas de sus disposiciones jurídicas sean adaptables y compatibles,

con la idiosincrasia del costarricense. Generando así un marco teórico que haga posible un cambio de paradigma dentro del ordenamiento jurídico, en pro de los nuevos mandatos nacionales como internacionales.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

LIBROS

Arufe Valera, A. (2007). Estudio comparado de la carrera administrativa de los funcionarios del sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social en Europa. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Madrid, 1 ed. Pp. 158.

Briones Briones, E. (2007). Manual de Procedimientos de la Inspección de Trabajo, comentado y con Legislación Conexa, Editorial Investigaciones Jurídicas. Pp. 360.

Sánchez-Terán Hernández, J.M. (2007). Los criterios de graduación de las sanciones administrativas en el orden social. Editorial Lex Nova, S. A. Valladolid, España. Pp. 468.

REVISTAS CONSULTADAS

Revista Ivstitia (1998). Diversos Procedimientos laborales en Sede Administrativas. Briones Briones, E. No. 139-140, pp.20-30.

Revista Ivstitia (2001). Infracciones Laborales. Procedimiento en sede administrativa y judicial. Briones Briones, E. No. 179-180, pp. 26-32.

Revista Ivstitia (2004). Los procedimientos en la Inspección de Trabajo. Briones Briones, E & Ramírez M. No. 211-212, pp.25-31.

Revista Istitia (2009). Fueros Laborales. Briones Briones, E. No. 271-272, pp.29-37.

Revista Judicial (2011). Régimen sancionatorio de la Inspección de Trabajo en Costa Rica (misé en demuere). Briones Briones, E. Corte Suprema de Justicia. San José, Costa Rica. No. 101, pp. 34-46.

Revista Real Card (2011). La Ineficacia de la Inspección General de Trabajo guatemalteca. Canessa Montejo, M. Editorial Proyecto Real Card, Asies, (6a. ed.). Guatemala. Pp. 87-102.

Revista Seguridad Hoy (2009). Personas Jurídicas sin penalización. Chinchilla Sandí, C. No. 4. San José, Costa Rica.

PUBLICACIONES INTERNACIONALES

OIT. Oficina Internacional del Trabajo. Ginebra. Diagnóstico de la situación de la Inspección de Trabajo en Guatemala. Programa sobre administración e inspección del Trabajo. Octubre, 2009.

OIT. Oficina Internacional del Trabajo. Ginebra. Diagnóstico de la situación de la Inspección de Trabajo en Honduras. Programa sobre administración e inspección del Trabajo. Octubre, 2009.

OIT. Oficina Internacional del Trabajo. Ginebra. Diagnóstico de la situación de la Inspección de Trabajo en El Salvador. Programa sobre administración e inspección del Trabajo. Octubre, 2009.

TESIS CONSULTADAS

Briones, E. (2013). Hacia un cambio de paradigma del sistema sancionatorio

costarricense por infraccionalidad laboral (Tesis de doctorado). San José, Costa Rica. UNED. Pp. 542

ANTOLOGÍAS

Varios autores (2010). Antología del Curso de Criminalidad Económica. Doctorado en Derecho de la Uned. Recopilado por el Dr. Carlos Chinchilla Sandí. Tomos 1 y 2. Pp.1769.

ESTUDIOS CONSULTADOS

Albert y Lorenzana, M; Brown Campbell, A; Castillo Villalobos R; Elizondo Muñoz, E; Fernández Castro J y Pacheco Muñoz R. La Inspección de Trabajo Costa Rica-Nicaragua. Estudio realizado para el curso de Maestría en Laboral. Derecho Colectivo. Universidad Latina de Heredia. Primer trimestre. Marzo, 2011. Pp. 181.

Bolandi Castro, O. Sistema Inspectivo Hondureño. Estudio realizado para el curso de Maestría en Laboral. Normas Internacionales. Universidad Latina de Heredia. Tercer trimestre. Septiembre, 2010. Pp. 61.

Cascante Carmona, C; Durán Oviedo F; García Moreno F; Keith Keith, S; Quesada Alpízar, P. Legislación laboral de El Salvador. Estudio realizado para el curso de Maestría en Laboral. Derecho Colectivo. Universidad Latina de Heredia. Primer trimestre. Marzo, 2011. Pp. 100.

Castro Sánchez, Y; Delgado Solís, E; Gamboa Badilla, M; De la O Villalobos, W. Sistema de Inspección del Trabajo de Guatemala, Constitución, Procedimientos y Sanciones. Estudio realizado para el curso

de Maestría en Laboral. Derecho Laboral Colectivo. Universidad Latina de Heredia. Primer trimestre. Marzo, 2011. Pp.66.

Escobar Hernández, J.M. Faltas contra las leyes de Trabajo y Previsión Social. Trabajo realizado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Quezaltenango. Universidad Rafael Landívar de Guatemala, mayo, 2005. Pp. 49.

Fundación para la Paz y la Democracia (Funpadem). Compendio Centroamericano sobre la Inspección del Trabajo. Compilado por Alfonso Carro Zúñiga. San José, Costa Rica. 2011. Pp. 179.

Godínez Vargas, A. Estudio sobre infracciones y sanciones en el ámbito de la inspección del trabajo: el caso de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y República Dominicana. Confeccionado para el Programa de Administración E Inspección Laboral (LAB/ADMIN). Organización Internacional del Trabajo. Documento de Trabajo, No 12- marzo, 2011. Pp. 41.

RESOLUCIONES NACIONALES

Juzgado Civil y de Trabajo de Puriscal, sentencia no.38 de las 14:15 hr, del 21 de junio del año 2012.

Sala Constitucional. Voto no. 15 de las 16:45 hr, del 5 de enero del año 1990.

Sala Constitucional. Voto no. 3103 de las 14:12 hr, del 2 de julio del año 1993.

Sala Constitucional. Voto no. 6859 de las 14:42 hr, del 17 de diciembre del año 1996.

Sala Constitucional. Voto no. 4298 de las 16:45 hr, del 23 de julio del año 1997.

Sala Constitucional. Voto no. 2434 de las 15:26 hr, del 27 de marzo del año 2001.

Sala Segunda. Voto no. 145 de las 10:00 horas, del 28 de febrero del año 2000.

Sala Segunda, Voto no. 1012 de las 9:50 hr, del 21 de diciembre del año 2007.

Sala Tercera. Voto no. 1008 de las 14:18 hr, de 19 de agosto de 2009.

RESOLUCIONES INTERNACIONALES

Corte de Constitucionalidad de Guatemala, del 3 de agosto del año 2004, que declara inconstitucional varias disposiciones normativas del derecho guatemalteco.

Inspección General del Trabajo de Honduras, del 28 de enero del año 2009, imposición de multa a ARQCO DE HONDURAS, S.A.

Juzgado de Letras del Trabajo del Departamento de Francisco Morazán, del 25 de septiembre del año 2009, requerimiento a Embotelladora La Reyna, S.A. de pago de multa.

LEYES, REGLAMENTOS, DIRECTRICES, CIRCULARES y PRONUNCIAMIENTOS, NACIONALES COMO INTERNACIONALES

Costa Rica

Código de Trabajo de Costa Rica. Administración R.A. CALDERON GUARDIA. Secretaria de Trabajo y Previsión Social.

26 de agosto de 1943. Imprenta Nacional, setiembre de 1943. San José pp. 159.

Código Procesal Penal (versión electrónica). Recuperado el día 20 de noviembre del 2013, desde http://www.pgr.go.cr/scij/busqueda/normativa/normas/nrm_repartidor.asp?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=41297&nValor3=76224&strTipM=TC.

Constitución Política de Costa Rica, 1949 (versión electrónica). Recuperado el 21 de noviembre del 2013, desde <http://www.tramites.go.cr/manual/espanol/legislacion/ConstitucionPolitica.pdf>.

Decreto no. 28578-MTSS publicado en el Alcance N° 28 de La Gaceta N° 76 del 18 de abril del 2000. Reglamento de Organización y de Servicios de la Inspección del Trabajo.

Directriz no. 1677. Manual de Procedimientos de la Inspección de Trabajo, publicada en La Gaceta No. 15 del 22 de enero del año 2001.

Directriz no. 23-2008. Manual de Procedimientos de la Inspección de Trabajo, publicada en La Gaceta No. 166 del 28 agosto del año 2008.

Directriz no. 014-2011. Adición del Capítulo VIII a la Directriz No. 023 del año 2008 (Manual de Procedimientos de la Inspección de Trabajo), publicada en La Gaceta No. 86 del 5 mayo del año 2011.

Directriz no. 015-2011. Protocolo sobre la verificación del efectivo cumplimiento de las órdenes judiciales de reinstalación de trabajadores por acción judicial interpuesta por la Dirección Nacional de Inspección del Trabajo, publicada en La Gaceta No. 88 del 9 de mayo del año 2011.

Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social, No. 17 (versión electrónica). Recuperada el 18 de noviembre de 2013, desde <http://www.ilo.org/dyn/travail/docs/875/Ley%20constitutiva%20de%20la%20caja%20costarricense%20de%20seguro%20social.pdf>.

Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo y Previsión Social (versión electrónica). Recuperado el 17 de noviembre del 2013, desde <http://admsjoarc19.ccss.sa.cr:82/rhumanos/normativa/Ley%20Org%C3%A1nica%20del%20Ministerio%20de%20Trabajo%20y%20Seguridad%20Social.pdf>

Ley que Regula el Proceso Laboral en Negocios de menor Cuantía (versión electrónica). Recuperado el 21 de noviembre del 2013, desde http://www.pgr.go.cr/scij/scripts/TextoCompleto.dll?Texto&nNorma=68335&nVersion=81513&nTamanoLetra=10&strWebNormativa=http://www.pgr.go.cr/scij/&strODBC=DSN=SCIJ_NRM;UID=sa;PWD=scij;DATABASE=SCIJ_NRM;&strServidor=\\pgr04&strUnidad=D:&strJavaScript=NO.

Ley no. 8220. Protección al Ciudadano del exceso de requisitos y trámites administrativos.

Ley no. 8624. Cobro Judicial (versión electrónica). Recuperada el 6 de diciembre del 2013, desde http://www.pgr.go.cr/scij/scripts/TextoCompleto.dll?Texto&nNorma=61662&nVersion=0&nTamanoLetra=10&strWebNormativa=http://www.pgr.go.cr/scij/&strODBC=DSN=SCIJ_NRM;UID=sa;PWD=scij;DATABASE=SCIJ_

NRM;&strServidor=\\pgr04&strUnidad=D:&strJavaScript=NO.

Ley no. 8805. Modificación de la Ley contra el Hostigamiento Sexual en el Empleo y la Docencia, no. 7476 (versión electrónica). Recuperada el día 6 de diciembre de 2013, desde http://www.pgr.go.cr/scij/scripts/TextoCompleto.dll?Texto&nNorma=68027&nVersion=80900&nTamanoLetra=10&strWebNormativa=http://www.pgr.go.cr/scij/&strODBC=DSN=SCIJ_NRM;UID=sa;PWD=scij;DATABASE=SCIJ_NRM;&strServidor=\\pgr04&strUnidad=D:&strJavaScript=NO.

Reglamento de Reorganización y Racionalización del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Reglamento de Organización y de servicios de la Inspección de Trabajo.

El Salvador

Código de Trabajo de El Salvador, (versión electrónica). Decreto no. 15 del 30 de junio de 1972. Recuperado el 1 de septiembre de 2011, desde http://www.bancohipotecario.com.sv/Red_Hipotecario/Asesor_Legal/Codigo_detrabajo_de_El_Salvador.pdf.

Constitución Política de El Salvador (versión electrónica). Decreto No. 38 de 15 de diciembre de 1983. Recuperada el 1 de septiembre 2011, desde http://www.asamblea.gob.sv/asamblea-legislativa/constitucion/Constitucion_Actualizada_Republica_El_Salvador.pdf

Ley de Organización y Funciones del Sector Trabajo y Previsión Social, de El

Salvador (versión electrónica). Decreto Legislativo, no. 888 de 27 de abril de 1996. Recuperada el 1 de septiembre 2011, desde <http://www.asamblea.gob.sv/eparlamento/indice-legislativo/buscador-de-documentos-legislativos/ley-de-organizacion-y-funciones-del-sector-trabajo-y-prevision-social>.

Guatemala

Código de Trabajo de Guatemala (versión electrónica). Decreto no. 1441, del 5 de mayo de 1961. Recuperada el 15 de septiembre 2011, desde <http://www.chmguatemala.gob.gt/informacion/legislacion-ambiental/legislacion-comun-de-relevancia-ambiental/Codigo%20de%20Trabajo%20Decreto%201441.pdf> DECRETO 1441.

Manual de Organización de la Inspección General de Trabajo de Guatemala (versión electrónica). Recuperado el 15 de septiembre del 2011. Desde <http://webcache.googleusercontent.com/search?hl=es&spell=1&q=cache:0SKA2WnRqO8J:http://www.mintrabajo.gob.gt:8080/org/funciones/inspeccion/funciones/manual-de-organización-igt+MANUAL+DE+ORGANIZACIÓN+DE+LA+INSPECCION+GENERAL+DE+TRABAJO+DE+GUATEMALA&ct=clnk>.

Manual del Inspector de Trabajo de Guatemala (versión electrónica). Recuperado el 15 de septiembre del 2011. Desde <http://www.mintrabajo.gob.gt:8080/org/acceso-a-la-informacion-decreto-57-2008/inspeccion-general-de-trabajo/manual-del-inspector>.

Ley del Organismo Judicial de Guatemala (versión electrónica). Decreto no.2-89, del

28 de marzo de 1989.). Recuperada el 15 de septiembre del 2011. Desde <http://www.mintrabajo.gob.gt:8080/org/leyes-y-convenios/leyes-ordinarias/ley-del-organismo-judicial>.

Reglamento Orgánico Interno del Ministerio de Trabajo y Previsión Social de Guatemala (versión electrónica). Acuerdo Gubernativo no. 242-2003. Recuperado el 26 de septiembre 2011. Desde http://www.mintrabajo.gob.gt/index.php?option=com_content&view=article&id=126:reglamento-organico-interno-del-mtpps&catid=57:acercad-el-ministerio&Itemid=72.

Honduras

Código de Trabajo de Honduras (versión escrita). Decreto No. 189, de 19 de mayo de 1959.

Constitución Política de Honduras (versión electrónica). Decreto No. 131, de 11 de enero de 1982. Recuperada el 29 de agosto del año 2011. Desde <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Honduras/hond05.html>

Ley de Procedimiento Administrativo (versión electrónica). Decreto no. 152-87, del 28 de septiembre del año 1987. Recuperada el 30 de agosto del año 2011. Desde <http://www.poderjudicial.gob.hn/juris/Leyes/Ley%20de%20Procedimiento%20Administrativo.pdf>.

Ley General de la Administración Pública de Honduras (versión electrónica), Decreto no. 146-85. Recuperada el 29 de agosto del año 2011. Desde <http://www.hondocompras.gob.hn/info/LeyGeneralAdministracionPublica.pdf>.

Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (versión electrónica). Decreto no. 74, del 11 de marzo de 1961. Recuperado el 29 de agosto del año 2011. Desde <http://www.hondocompras.gob.hn/info/LeyGeneralAdministracionPublica>.

Manual de procedimientos de Inspección Laboral. Pp. 61.

Reglamento General de medidas Preventivas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales (versión electrónica). Acuerdo Ejecutivo No. STSS-053-04, de 28 de junio del 2004. Recuperado el 30 de agosto del año 2011. Desde <http://www.cnpml-honduras.org/Documentos/Reglamento-Gral-medidas-Preventivas-Accidentes-de-trabajo.pdf>.

Nicaragua

Código de Trabajo de Nicaragua (versión escrita), Ley No. 185, del año 1996. Recuperado el 13 de agosto del año 2011. Desde <http://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/WEBTEXT/45784/65050/S96NIC01.htm>

Ley de Organización, Competencia y Procedimientos del Poder Ejecutivo de Nicaragua (versión electrónica). No. 290, del año 1998. Recuperado el 13 de agosto del año 2011. Desde [http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:X5QVyZNvTIYJ:legislacion.asamblea.gob.ni/Normaweb.nsf/\(%24All\)/58F5F2ED6CAB86C6062574FF0054B96E%3FOpenDocument+LEY+GENERAL+DE+INSPECCION+de+nicaragua&cd=1&hl=es&ct=cInk&gl=cr&source=www.google.co.cr](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:X5QVyZNvTIYJ:legislacion.asamblea.gob.ni/Normaweb.nsf/(%24All)/58F5F2ED6CAB86C6062574FF0054B96E%3FOpenDocument+LEY+GENERAL+DE+INSPECCION+de+nicaragua&cd=1&hl=es&ct=cInk&gl=cr&source=www.google.co.cr) Ley del Servicio Civil y de la Carrera

Administrativa (versión electrónica). No. 476, del 11 de diciembre del 2003. Recuperada el 9 de octubre del año 2011. Desde <http://www.mined.gob.ni/MARCO%20LEGAL/LEYES/Ley%20de%20Servicio%20Ciivil%20y%20Carrera%20Administrativa.pdf>

Ley General de Higiene y Seguridad del Trabajo (versión electrónica). Ley No. 618, del 19 de abril del año 2007. Recuperada el 16 de agosto del año 2011. Desde [http://legislacion.asamblea.gob.ni/Normaweb.nsf/\(\\$All\)/16624DBD812ACC1B06257347006A6C8C?OpenDocument](http://legislacion.asamblea.gob.ni/Normaweb.nsf/($All)/16624DBD812ACC1B06257347006A6C8C?OpenDocument).

Reglamento de Inspectores del Trabajo de Nicaragua (versión electrónica). Decreto No. 13-97, del 20 de febrero de 1997. Recuperado el 13 de agosto del año 2011. Desde [http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:ocJUxNai5AAJ:legislacion.asamblea.gob.ni/Normaweb.nsf/\(\\$All\)/81692E5E491163EC062570A10057A991%3FOpenDocument+REGLAMENTO+INSPECTORES+de+nicaragua&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=cr&source=www.google.co.cr](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:ocJUxNai5AAJ:legislacion.asamblea.gob.ni/Normaweb.nsf/($All)/81692E5E491163EC062570A10057A991%3FOpenDocument+REGLAMENTO+INSPECTORES+de+nicaragua&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=cr&source=www.google.co.cr).

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

Convenio 81 sobre la inspección del trabajo, 1947 (versión digital). Recuperado el 20 de noviembre del 2013, desde <http://www.cesdepu.com/instint/oit81.htm>.

Convenio 129 sobre la inspección del trabajo (agricultura), 1969 (versión digital). Recuperado el 23 de noviembre del 2013, desde <http://www.cesdepu.com/instint/oit129.htm>.

TALLER

Taller-Desayuno: "Sobre la Inspección General de Trabajo Guatemalteca (IGT)".

Realizado en Guatemala, 8 de julio del 2011. Auditorio de ASIES.

ENTREVISTAS Y ENCUESTAS

Entrevistas sobre el sistema inspectivo Hondureño, a los señores Selvin Martínez, en su condición de Director General de Inspección de Trabajo; Marlon Sánchez, Inspector de Trabajo; Francisco Daniel Gómez Huevo, Letrado de la Sala Laboral de Honduras; Claudina Cantareno, Jueza laboral; Felicito Ávila Ordóñez, Ministro de Trabajo. Realizada entre los días 2-5 de agosto del 2010, en Tegucigalpa.

Entrevista por correo electrónico a la Licda Ana Julia Moreno Velásquez, Facilitadora del país Nicaragua. Proyecto Cumple y Gana-Inspección. Correo electrónico (anajulia_moreno@cumpleygana.org), en fechas 16 y 17 de agosto del 2011.

Entrevista sobre el sistema monetario salvadoreño, al Dr. Víctor López, Ministro Comercial de la Embajada de El Salvador en Costa Rica, en fecha 11 de octubre del 2011 (vía telefónica).

Entrevista sobre el sistema sancionatorio inspectivo guatemalteco, al señor Luis Linares, consultor guatemalteco de la Asociación de Investigación y Estudios Sociales (Asies). Realizada en San José, Costa Rica, en el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, en fecha 8 de noviembre del 2011.

DIRECCIONES WEB SITE

El Periódico de Guatemala. Recuperado el 24 de agosto del 2011 desde (<http://www.elperiodico.com.gt/es/20110517/economia/195487/>).

OTRAS FUENTES

Actas 14 y 15 de la Comisión Especial Mixta de la Asamblea Legislativa, sobre discusión del proyecto no. 13.691, Ley de Protección al Trabajador, del año 1999.

Expediente tramitado por la Procuraduría General de la República Hondureña, No. PGR-46-2010. Institución de Procedencia

Secretaría de Estado en los despachos de Trabajo y Seguridad Social de Honduras. Asunto: Sanción Pecuniaria. Fecha de ingreso 17 de febrero del año 2010, Folios 117.

Expediente tramitado por la Corte Suprema de Justicia Hondureña, No. 08-390-01. Recurso de Amparo, interpuesto por Supermercados YIP, S.A, contra la Secretaría del Trabajo. Fecha 12 de octubre del año 2000, Folios 30.

El resarcimiento de los daños causados por el Shock

M. Sc. Yuri López Casal (Heidelberg)¹

I. Introducción

Dentro del variado conjunto de daños resarcibles (daño material, daño moral, daño psicológico, daño al proyecto de vida, etc...) muy poco se ha escrito en Costa Rica sobre el llamado “daño causado por el Shock”, conocido en Alemania como „Schockschaden“.

Este breve trabajo se propone explicar cuáles son las características que debe tener el evento dañoso para que el damnificado por este tipo de daño pueda obtener el resarcimiento correspondiente. Asimismo, se transcribirá una antigua resolución del Tribunal Primero Civil de San José en la cual, por primera vez, se hace mención del daño causado por el Shock.

2. Requisitos del daño causado por el Shock¹

La jurisprudencia civil alemana ha establecido que para que un daño sea resarcible como “daño causado por el Shock”, es necesario que concurran los siguientes requisitos:

2.1. En indispensable que el damnificado haya sufrido un menoscabo en su salud tal que, según la forma cómo ocurrió y su gravedad, vayan más allá de una simple lesión de su estado de salud, tal y como sucede en los casos en los que, de acuerdo con la experiencia, la noticia de la muerte de un ser querido suele producir daños de tipo psicológico en su núcleo familiar. En este sentido, es necesario aclarar que el dolor, la tristeza, la depresión o las conmociones nerviosas, por sí solas, no son suficientes para pretender el resarcimiento de daños y perjuicios a título de „Schockschaden“. Solamente cuando se está en presencia de una lesión traumática de la salud física o psíquica, la cual requiera tratamiento médico, sea médicamente comprensible y que por ello posea el atributo de enfermedad, es que se configura el requisito para el resarcimiento del daño a título de „Schockschaden“.

2.2. El Shock debe ser comprensible, lo cual, generalmente, ocurre en los casos de accidentes o sucesos muy graves. Una hipersensibilidad ante acontecimientos aciagos no se le puede atribuir al agente causante del daño. El resarcimiento del

¹ Con respecto al concepto y características del daño causado por el Shock en Alemania se puede consultar la siguiente bibliografía básica: Schwarz, Günter Christian, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 2003, Seite 413, Rn.139; Hemmer/Wüst, Deliktsrecht I, 7. Auflage, 2003, Seite 44, Rn. 75 y Olzen/Wank, Zivilrechtliche Klausurenlehre mit Fallrepetitorium, 4. Auflage, 2003, Seite 384.

„Schockschaden“ solamente puede ser exigido por parte de familiares cercanos a la víctima directa del daño. Por ejemplo, a raíz de un accidente de tránsito, un matrimonio pierde sus hijos (OLG Nürnberg NZV 1996, 367) o bien el caso de la persona cuyo cónyuge resultara mortalmente lesionado (BGH 56, 163).

En resumen, como lo menciona el autor Kurt Schellhammer, „Ersatzfähig sind erst psychopathologische Ausfälle, die nach Schwere und Dauer über das gewöhnliche Maß hinausgehen“² (Son resarcibles solamente los las pérdidas psicopatológicas que, según su gravedad y duración, desborden la medida usual o normal” (traducción libre del autor de este ensayo)).

3. El daño causado por el Shock en la jurisprudencia civil costarricense

No son frecuentes las referencias expresas a daños causados por el Shock en la jurisprudencia costarricense. Sin embargo, hay una resolución judicial en la cual, tomando en cuenta las circunstancias intempestivas, traumáticas y especialmente dañinas en las que ocurrió una colisión, creemos que, perfectamente, podría haber encajado dentro del concepto y requisitos del daño causado por el Shock, según la doctrina y jurisprudencia alemanas.

El caso es el Voto 835-R de las 7:50 horas del 6 de julio de 2001 del Tribunal Primero Civil de San José. En esa resolución judicial se resolvió el proceso de ejecución de sentencia de la siguiente manera:

“RESULTANDO:1. El Juez de Primera Instancia, en sentencia dictada a las ocho horas del dos de enero del dos mil uno, resolvió: “POR TANTO: Se declara con lugar parcialmente esta EJECUCION DE SENTENCIA de A. M. P. J. contra S. S. A. Se aprueba la partida liquidada por concepto de daño moral, en la suma de DOSCIENTOS MIL COLONES. Se rechaza la que se liquida por concepto de incapacidad. Se condena al demandado al pago de las costas personales y procesales de esta ejecución”.

2. En virtud de recurso de apelación interpuesto por la parte actora, conoce este Tribunal del presente proceso.

3. En los procedimientos se han observado, los plazos y las prescripciones de ley. Redacta el Juez Araya Knudsen; y, CONSIDERANDO: I._Se revisaron los hechos tenidos por demostrados en la sentencia de primera instancia, arribándose a la conclusión de que los mismos se deben aprobar, lo anterior en vista de que son reflejo de aquellos elementos de convicción importantes que se aportaran a los autos. Se aprueba además el hecho señalado como no determinado, esto debido a que ciertamente no se aportó la prueba necesaria al proceso que viniera a corroborar la existencia de una incapacidad permanente que ameritara la indemnización que solicita la actora en su demanda.- II. Al recurrir de la resolución antes indicada, el apoderado especial judicial de la señora P. J. señala que no comparte con el Juzgado lo dispuesto en cuanto a la ejecución formulada, lo anterior en vista de que la misma no se ajusta al mérito de los autos, al existir suficientes elementos para tener por bien acreditado el fundamento de su petitoria, además de estimar que el

2 Schellhammer, Kurt. Schuldrecht nach Anspruchsgrundlagen, 6. Neu bearbeitete Auflage, 2005, Seite 451, Rn. 955.

monto conferido por el daño moral es a todas luces injusto. Por lo anterior interpone este recurso, para que se le otorgue un monto que se ajuste a la realidad de los hechos y que además guarde relación con la situación económica del país. III. De los hechos que se tuvieron por demostrados consta que con motivo del accidente ocasionado por el demandado S. S. A., la actora sufrió serias lesiones, que no solamente la tuvieron postrada en una silla de ruedas por espacio de veintidós días, sino que además tuvo que ser intervenida quirúrgicamente en varias ocasiones, dejándole además secuelas como inmovilidad en el lado izquierdo del cuerpo, así como el hecho de tener que padecer constantes dolores. Lo anterior aunado a las circunstancias en que se produjo el percance, ya que el accionado colisionó su vehículo contra la vivienda de la señora A. M. P., lesionándola cuando esta se encontraba dormida en su cama, conducen a este Tribunal a la conclusión de que efectivamente hay motivos suficientes para el reclamo de un daño moral, primero por el shock emocional que puede ocasionar en una persona las circunstancias de este accidente, resultando difícil imaginar que alguien que duerma en su casa pudiera salir emocionalmente bien librado cuando de manera intempestiva un vehículo irrumpe en la vivienda causándole serias lesiones, y en segundo lugar debido a que las secuelas que esas lesiones le produjeran, como varias operaciones, parálisis de parte del cuerpo, dolores constantes, etc., evidentemente

también van a afectar emocionalmente a la persona afectada, al verse imposibilitada a efectuar en forma normal las labores que cotidianamente hacía, lo que en este caso resulta serio, ya que se demostró que la situación ocasionó inclusive una parálisis corporal a la señora P. J. IV. Todo lo anterior nos da un cuadro fáctico claro, no solo en cuanto a la procedencia de esta ejecución en lo que respecta al daño moral reclamado, sino en que resulta justo, por las consecuencias que el accidente le generó a la actora, que el monto fijado por la Juzgadora de Primera Instancia sea incrementado a una cantidad más justa, ya que un monto de doscientos mil colones resulta ser muy bajo acorde a todo lo que se indicara y que se acreditara en autos, es decir a los problemas emocionales y orgánicos que el percance le ocasionó a la actora, los que ciertamente evidencian un daño moral que ha de ser indemnizado. Por lo anterior, este Tribunal arriba a la conclusión de que la sentencia recurrida ha de ser modificada en cuanto a dicho monto, para fijar el referido extremo en la suma de un millón de colones, monto que podría venir a compensar un poco más el daño que se le ocasionara a la señora P. J., confirmándose la misma en los demás extremos.

POR TANTO: Se modifica la sentencia recurrida en cuanto al monto concedido por daño moral, para fijarlo en la suma de un millón de colones, confirmándose la misma en todo lo demás”.

LA DECLARATORIA DE REBELDÍA DE LA PERSONA IMPUTADA POR ENCONTRARSE PRIVADA DE LIBERTAD AL MOMENTO DE SER REQUERIDA Y SU INCIDENCIA EN LA PRESCRIPCIÓN: A PROPÓSITO DE UNA SENTENCIA DE LA SALA DE CASACIÓN PENAL COSTARRICENSE

Frank Harbottle Quirós¹

Introducción

En el presente artículo, se presenta, en primer término, de forma general, la regulación del instituto de la rebeldía en el Código de Procedimientos Penales de 1973 y en el vigente Código Procesal Penal.

En el segundo apartado se expone al tratamiento que le ha dado la Sala Constitucional a esta figura.

Finalmente, se da a conocer la tesis asumida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y el criterio esgrimido por el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal en la resolución 2012-01450 sobre la eficacia de la declaratoria de una rebeldía en un proceso penal de adultos si se llega a demostrar con posterioridad a su dictado que la persona imputada no se presentó al despacho judicial que la requería por encontrarse privada de libertad.

I. La rebeldía en la normativa procesal penal costarricense

Antes de proceder a estudiar la jurisprudencia penal y constitucional patria en relación con el instituto de la rebeldía, debe partirse de su regulación en el Código de Procedimientos Penales de 1973 y el vigente Código Procesal Penal (en adelante C.P.P.).

En el artículo 51, el Código de Procedimientos Penales señalaba:

“...Será declarado rebelde el imputado que sin grave y legítimo impedimento, no compareciere a la citación judicial, o se fugare del establecimiento o lugar en que estuviere detenido, o se ausentare, sin licencia del tribunal, del lugar asignado para su residencia” .

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.

*Por su parte, el ordinal 55 de este mismo texto legal establecía: "... Si el imputado se presentare con posterioridad a la declaración de su rebeldía y justificare que no concurrió debido a un grave y legítimo impedimento, aquella será revocada y no producirá los efectos previstos en el artículo anterior"*².

El Código Procesal Penal vigente contempla la figura de la rebeldía en los artículos 89 y 90. Conforme el numeral 89: "...Será declarado en rebeldía el imputado que, sin grave impedimento, no comparezca a una citación, se fugue del establecimiento o lugar donde esté detenido, o se ausente de su domicilio sin aviso". A su vez, el numeral 90 de este mismo texto normativo dispone: "...Si el imputado se presenta después de la declaratoria de rebeldía y justifica su ausencia en virtud de un impedimento grave y legítimo, aquella será revocada y no producirá ninguno de los efectos señalados en esta norma".

De lo anterior se colige que, en términos generales, no existe mayor diferencia entre la redacción contenida en el Código de Procedimientos Penales y el actual Código Procesal Penal, siendo que, más bien su regulación prácticamente es idéntica. Históricamente, en materia penal la rebeldía se ha conceptualizado como un estado procesal asociado a la no comparecencia de la persona imputada a una citación o

llamado judicial dentro del proceso que se tramita en su contra. Su declaratoria tiene como presupuesto la no presencia de la persona imputada no condenada, es decir, sus efectos son netamente procesales.

La normativa costarricense, tal y como se indicó supra, ha vislumbrado tres posibilidades bajo las cuales procede dictar esta condición:

- 1) Cuando la persona imputada no comparece a una citación.
- 2) Cuando la persona imputada se fuga del establecimiento o lugar donde esté detenida.
- 3) Cuando la persona imputada se ausenta de su domicilio sin aviso.

La revisión armónica de los numerales 89 y 90 del C.P.P. permite concluir que si la persona imputada no comparece al despacho por un impedimento grave y legítimo no resulta procedente dictar una rebeldía en su contra. En este sentido el reconocido jurista Javier Llobet ha señalado:

*"...Debe tenerse en cuenta que cuando existe impedimento legítimo no procede ordenar la rebeldía, igualmente se debe revocar esta cuando se justifique posteriormente en forma adecuada la existencia de un impedimento..."*³

Ello resulta relevante, en razón de que conforme el artículo 34 inciso f) del Código

2 Llobet Rodríguez, Javier. Código de Procedimientos Penales. Anotado y Comentado. Editorial Juricentro, San José, 1991, p. 94.

3 Llobet Rodríguez, Javier. Código de Procedimientos Penales. Anotado y Comentado... p. 96.

Procesal Penal, la rebeldía es una causa que suspende la prescripción de la acción penal. La prescripción ha sido concebida por la Sala Constitucional como un asunto de política criminal que adopta el Estado a través del órgano competente (Asamblea Legislativa) para establecer plazos para la denuncia, investigación y juzgamiento de los delitos definidos y limitados por la ley⁴. Constituye un mecanismo para regular de manera razonable el tiempo prudencial del proceso para ejercer la acción penal, que implica finalizar el conocimiento de la causa por irrespeto de los términos establecidos por la ley (cesa la potestad punitiva estatal de reprimir los delitos, de castigar a los autores con una pena). Es un concepto que está íntimamente vinculado con los principios de seguridad jurídica e igualdad.

La doctrina extranjera ha dicho:

*“...La duración de los términos de prescripción puede sufrir una prolongación en el tiempo por causas (legales) que producen la suspensión del término o su interrupción. El efecto de la suspensión de la prescripción es el de impedir que la prescripción siga corriendo mientras la causal de suspensión subsiste después de lo cual aquélla retoma su curso, para sumar tiempo nuevo al que ya había transcurrido antes de la suspensión...”*⁵

Según lo ha expuesto el Dr. Llobet Rodríguez:

*“...Si se reconoce la existencia de un grave y legítimo impedimento no puede considerar como suspendido el plazo de la prescripción desde el momento en que se decretó la rebeldía. Simplemente se tendría por no decretada la rebeldía”*⁶.

Cabe adelantar que, desde nuestra perspectiva, si en un proceso penal de adultos se trata de ubicar a una persona imputada para que se presente al despacho judicial y al momento de la citación se encuentra privada de libertad (a raíz de otro proceso judicial), esta circunstancia constituye un grave y legítimo impedimento, por lo que, si se dictó la rebeldía desconociéndose esta circunstancia, el juzgado o el Tribunal, con posterioridad, de enterarse de esta situación, tiene la obligación de declarar la ineficacia de esa rebeldía. La misma no tiene razón de ser al no encuadrar en ninguno de los supuestos contemplados en el artículo 89 del C.P.P. En las próximas líneas se presentan varias sentencias que ha emitido la Sala Constitucional desde el año 1998 en las que se pronuncia sobre el instituto de la rebeldía.

II. Perspectiva constitucional del instituto de la rebeldía

En el proceso penal la persona imputada debe indicar su domicilio y señalar el

4 Llobet Rodríguez, Javier. Proceso Penal Comentado. Editorial Jurídica Continental, San José, 2012, p. 242.

5 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 1999-04397, de las dieciséis horas con seis minutos, del 08 de junio de 1999.

6 Frascaroli, María Susana. Exigencias actuales de la persecución penal: propuestas, discusiones, práctica judicial. Rebeldía del imputado. Editorial Mediterránea, Córdoba, 2004, p.85.

lugar o la forma para recibir notificaciones, además de mantener actualizada esa información (artículo 84 C.P.P.). Existe una obligación de someterse al procedimiento que se sigue en su contra, es decir, no debe ausentarse de su domicilio sin aviso, así como acudir al llamado de las autoridades jurisdiccionales. El incumplimiento de tales obligaciones procesales –salvo grave y legítimo impedimento– puede justificar que se decrete su rebeldía y se disponga su captura, e, incluso, que se dicte prisión preventiva en su contra, a efectos de someterlo al proceso y permitir su correcto desarrollo hasta asegurar el descubrimiento de la verdad de los hechos.

En reiteradas oportunidades la Sala Constitucional ha dispuesto que la procedencia de la rebeldía a fin de cuentas es un asunto de constatación, pudiendo levantarse con posterioridad a su declaratoria conforme se regula en el C.P.P.

En el año 1998, al resolver un recurso de hábeas corpus, el máximo órgano Constitucional tímidamente anotó que la declaratoria de una rebeldía y su levantamiento más que un asunto de constitucionalidad es de competencia de la jurisdiccional penal. Al respecto estableció:

“...la procedencia de la declaratoria de rebeldía es de constatación, al no presentarse el imputado a la audiencia o al ausentarse de su domicilio, sea temporal o permanentemente. En el caso en estudio, el imputado no pudo ser habido en el domicilio reportado por él al Juzgado, motivo por el cual

se decretó su rebeldía. La orden de captura en su contra es ejecutable a partir del decreto de rebeldía, pudiendo hacerse efectiva en cualquier momento en que se encuentre al rebelde por parte de las autoridades competentes, lo anterior sobre una base de causalidad entre la declaratoria de rebeldía y la consecuente captura. Por otra parte, el mismo artículo 90 en su párrafo final establece el mecanismo para proceder en contra de la declaratoria de rebeldía el cual puede accionarse en forma inmediata por el imputado o su abogado, resultando innecesaria la presentación de ulteriores recursos en contra de lo resuelto por el recurrido...” () “...corresponde en exclusiva al Juzgado recurrido resolver la situación según se le haya planteado y de ser procedente, levantar en su oportunidad la declaratoria de rebeldía y sus efectos, todo al tenor de lo dispuesto en los citados artículos...”.

En el año 2001, esta misma Sala afirmó la constitucionalidad del artículo 89 del C.P.P., aceptando la posibilidad de que la rebeldía se dicte de oficio. Sobre este punto anotó:

“...debe tenerse en cuenta que le corresponde al juez decretar el estado de rebeldía del imputado, conforme a las causales establecidas en el artículo 89 del Código Procesal Penal, una vez verificados los motivos para su imposición; sea el no

señalar domicilio para recibir notificaciones, o el ausentarse a una actuación procesal a la que ha sido debidamente citado, sin una causa grave, declaración que incluso puede hacer de oficio, por una simple constatación de los motivos que la justifican; y en este sentido, no interesa en modo alguno determinar si la solicitud de la declaratoria de rebeldía fue a instancia de una de las partes, sea del Ministerio Público, la defensa, el actor civil, o la víctima...”⁸.

Se ha dicho que el fin último de la rebeldía es someter al recurrente al proceso y permitir el correcto devenir del mismo, situación que puede variar de existir un motivo real y suficiente que lleve a que se ausente de su asiento o domicilio normal⁹.

De seguido se exponen los criterios que han asumido la Sala de Casación Penal y el Tribunal de Apelación Penal del Segundo Circuito Judicial en cuanto a la validez y eficacia de la declaratoria de rebeldía en el supuesto en que la persona imputada no se presente a un llamado judicial por encontrarse privada de libertad desconociendo el despacho judicial en un momento inicial esta situación.

III. La ineficacia de la declaratoria de rebeldía de la persona imputada en el proceso penal de adultos por encontrarse privada de libertad al momento de ser requerida por el despacho judicial. Análisis en la jurisprudencia penal costarricense

De previo a examinar la resolución 2012-01450 del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José y el voto 2013-00035 de la Sala Tercera, se hará mención a dos antecedentes en los que la Sala de Casación se ha ocupado de analizar el tema que nos ocupa.

En un caso que se resolvió en el año 2005, el impugnante alegó que la rebeldía decretada en contra de su representado resultaba ilegítima, debido a que para el momento de su dictado se encontraba detenido, por lo que al estar erróneamente dictada, el plazo de la prescripción de la acción penal no se suspendió. Este punto fue abordado por la

8 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 1998-00820, de las dieciséis horas con cuarenta y ocho minutos, del 10 de febrero de 1998. En este mismo sentido, véase entre otras resoluciones de esta misma Sala, 1999-02155, de las diecisiete horas con treinta y nueve minutos, del 23 de marzo de 1999; 2000-04575, de las ocho horas con cuarenta y seis minutos, del 02 de junio de 2000; 2005-01659, de las catorce horas con treinta y seis minutos, del 22 de febrero de 2005; 2005-09527, de las quince horas con cincuenta y seis minutos, del 19 de julio del 2005; 2006-17103, de las catorce horas cuarenta y un minutos, del 28 de noviembre de 2006; 2008-15660, de las once horas y cuarenta y ocho minutos, del 17 de octubre de 2008; 2009-09145, de las nueve horas y tres minutos del 11 de junio de 2009; 2009-10729, de las dieciséis horas y dos minutos, del 7 de julio de 2009; 2011-01992, de las dieciséis horas y veintiuno minutos, del 15 de febrero de 2011; 2012-03241, de las catorce horas treinta minutos, del 7 de marzo de 2012; 2012-10189, de las catorce horas treinta minutos, del 31 de julio de 2012.

9 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2001-03043, de las quince horas con cuarenta y un minutos, del 24 de abril de 2001. De igual forma, esta misma Sala en el voto 2005-16913, de las quince horas y cinco minutos, del 7 de diciembre de 2005 se pronunció a favor de la declaratoria oficiosa de la rebeldía.

Sala Tercera, la cual acogió las pretensiones del gestionante, señalando:

“.....Esto significa que el error de los Tribunales en dictar la rebeldía cuando el imputado tenía un grave y legítimo impedimento para acudir al tribunal, como lo es, el hecho de encontrarse privado de libertad, por tratarse de un defecto que afecta garantías constitucionales, no puede ser objeto de convalidación. El artículo 175 del Código Procesal Penal establece que no pueden tomarse en cuenta para fundamentar una decisión judicial ni utilizados como presupuesto de ella los actos cumplidos con inobservancia de las formas y condiciones establecidas en la ley, y en general, en el ordenamiento jurídico, salvo que el defecto haya sido saneado. Tal y como se expuso arriba, los defectos relacionados con la libertad del imputado y la prescripción no son saneables ni convalidables, pues implican violación a normas constitucionales. De manera que para resolver el presente asunto, el Tribunal no podía tomar en cuenta un decreto rebeldía dictado sin darse las condiciones legales para el mismo, por lo que debe anularse y tenerse como inexistente. En cuanto al argumento del recurrente en el sentido de que ha operado la

prescripción, y tomando en cuenta la ineficacia del acto procesal del juez que decretó la rebeldía y ordenó su captura, debe ser declarado con lugar...” () “...Esto significa que el delito prescribió el 11 de diciembre de 2003, casi un año antes de la celebración del juicio oral. Así las cosas, se declaran ineficaces la declaratoria de rebeldía de las 9:00 horas del 31 de julio de 2001 y la sentencia recurrida. De conformidad con los artículos 30 inciso e, 311 inciso d y 444 del Código Procesal Penal, se sobresee al imputado, por haber prescrito la acción penal en relación con los hechos acusados...”¹⁰.

En el año 2007, al resolver otro caso, la Sala de Casación anotó:

“...el decreto de rebeldía supone, por definición, un acto de contumacia del imputado, es decir, la disposición voluntariamente adoptada de sustraerse al proceso y a la acción de la Justicia. Desde luego, esto no ocurre cuando la persona es privada de su libertad (ya sea por las autoridades, como sucedió aquí, o por terceros) o, por citar otro ejemplo, cuando afronte una enfermedad grave que le impida acudir al llamamiento judicial (v. gr.: si se encuentra hospitalizado). El Ministerio Público olvida que para el decreto

¹⁰ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2005-01659, de las catorce horas con treinta y seis minutos, del 22 de febrero de 2005.

de rebeldía no basta con que el justiciable se ausente del domicilio, sin indicar una nueva localización, sino que tal ausencia debe obedecer a motivos injustificados y voluntarios. Es evidente que ausentarse del domicilio en virtud de que se le privó de su libertad y se le internó en un centro de reclusión, no equivale a contumacia ni a ninguna conducta voluntaria orientada a evadir el proceso, sino que responde a un acto estatal que, por lo demás, coloca al acusado a disposición de todas las autoridades jurisdiccionales que lo requieran, al extremo de que siempre que media una orden de captura, es deber de la sección correspondiente de la policía judicial informar al despacho requirente que el sujeto se encuentra detenido. Lo que se aprecia en este caso es, entonces, una omisión de informe de las oficinas administrativas, mas no un incumplimiento voluntario de los deberes del acusado, máxime si, se reitera, este último más bien se hallaba recluido y disponible para cualquier autoridad jurisdiccional, incluido el a quo. Por ende, en ningún yerro se incurrió al disponer la ineficacia de un decreto de rebeldía que nunca debió dictarse y al excluir, en consecuencia, cualquier efecto

suspensivo de la prescripción que pudiese derivarse de él...”¹¹.

De la lectura de estas dos sentencias se colige fácilmente que ambas coinciden en cuanto a que la circunstancia de que la persona imputada se encuentre privada de libertad, es un grave y legítimo impedimento para acudir al despacho judicial, siendo un error del órgano jurisdiccional dictar la rebeldía ante tal supuesto, por lo que, de hacerlo ignorando esta situación, le resulta imperativo que una vez que tenga conocimiento de lo ocurrido, anule y tenga como inexistente la rebeldía dictada.

Siguiendo un paralelismo con lo indicado por la Sala Constitucional en el voto 2001-03043, si la rebeldía puede dictarse de oficio, se estima que también el juzgador está facultado a decretar de oficio su ineficacia en la medida en que se entere que la misma se dictó existiendo un grave y legítimo impedimento que le imposibilitara a la persona imputada acudir al despacho judicial (verbigracia, estar privada de libertad). No puede olvidarse que nos encontramos ante una figura que tiene relación directa con la prescripción como causa de extinción de la acción penal (numerales 30 inciso e) y 42 inciso c) del C.P.P.).

Debe advertirse que el punto central de esta temática no fue objeto de estudio por los antiguos Tribunales de Casación Penal existentes con anterioridad al 09 de diciembre de 2011, fecha en que entró a regir la ley N° 8837, “Ley de Creación del Recurso de

11 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2005-00086, de las diez horas treinta minutos, del 11 de febrero de 2005.

Apelación de la Sentencia, otras Reformas al Régimen de Impugnación e Implementación de Nuevas Reglas de Oralidad en el Proceso Penal”.

A partir de la entrada en vigencia de esta ley, los Tribunales de Casación Penal pasaron a ser Tribunales de Apelación de Sentencia, órganos jurisdiccionales colegiados encargados de conocer y resolver en alzada de los recursos de apelación contra las sentencias dictadas por los tribunales unipersonales y colegiados de juicio, así como del recurso de apelación de sentencia en la jurisdicción especializada penal juvenil (artículo 4, 6 y 8), siendo la Sala Tercera el único órgano competente para conocer de los recursos de casación (procedentes contra las sentencias emitidas por los Tribunales de Apelación) y procedimientos de revisión en materia penal de adultos y penal juvenil, con competencia en todo el territorio nacional con rango superior a los demás (artículos 5, 6 y 8)¹².

A raíz de las reformas introducidas por la ley N° 8837, para enriquecer este trabajo se realizó una búsqueda exhaustiva en el Sistema Costarricense de Información Jurídica (SCIJ) de resoluciones judiciales sobre el tema que nos ocupa, lográndose ubicar un voto del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José en el que se asumió un criterio distinto al mantenido por la Sala Tercera, estimándose que en el proceso penal de adultos resulta procedente la declaratoria de rebeldía de la persona imputada que se encuentra privada de libertad al momento de ser requerida por

el despacho judicial, en virtud de que para ese momento se desconoce su paradero en el proceso penal, de modo tal, que lo único viable ante esa circunstancia es revocar la rebeldía y tomarla en cuenta para el cómputo de la prescripción de la acción penal.

En este fallo los Jueces de Apelación consignaron:

“...El tema a dilucidar es, si la declaratoria de rebeldía decretada por el Juzgado Penal el 16 de agosto de 2006, es ineficaz por estar el encartado detenido descontando una pena o no, pues según se defina ese aspecto, entonces correrá la suerte de la prescripción. Es importante hacer ver que cuando el imputado declaró, luego de fijar un domicilio, se indicó: “Se le previene que si cambia de domicilio debe informarlo al despacho que conoce la causa, caso contrario se decretará la REBELDÍA, si no comparece a las citaciones judiciales y se ordenará su captura inmediatamente, de conformidad con los artículos 89 y 90 del Código Procesal Penal” (f. 12). La defensa pretende que se declare ineficaz la decisión que ordenó la rebeldía del encartado por infringir derechos fundamentales, sin embargo, tal como lo resolvió el Tribunal de Sentencia, la resolución se dictó en forma correcta, pues el encartado tuvo un cambio

12 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2007-01380, de las diez horas cincuenta minutos, del 23 de noviembre de 2007.

de domicilio y no informó a las autoridades judiciales, y la defensa tampoco hizo lo suyo, de manera que si ambos contribuyeron al vicio, no pueden ahora reclamar un beneficio indebido de su propia actuación. Es totalmente cierto, que al encartado le era imposible comparecer al proceso por estar detenido, pero ello era desconocido por el Juzgado Penal, precisamente porque no fue informado por el acusado, de manera que la resolución fue dictada conforme a los elementos de juicio que se tenían en su momento, por ello, lo único viable en esa circunstancia, era revocar la rebeldía al tener ubicado al encartado y continuar con el proceso. Es indudable que en el proceso el imputado no sólo tiene derechos, sino también obligaciones, en este caso la de informar sobre el domicilio como se le previno, pero en todo caso, aún cuando en este caso estuviera justificado por su condición de privación de libertad, ello no permite afirmar que la decisión de declarar la rebeldía fuera incorrecta, pues el proceso desconocía de su paradero. No comparte esta Cámara la tesis de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia que se cita, cuando declara la ineficacia absoluta de una decisión similar, y retrotrae los efectos para

computar la prescripción, pues no se considera la actuación del imputado y la defensa, y su deber de informar a la autoridad de su situación domiciliar, al punto que obligó a hacer una investigación para poder localizarlo, lo que evidencia que no cumplió con su deber de mantener informada a la autoridad del caso, lo cual no era impedimento, aún en prisión. Por esa razón, se considera que el término que permaneció la rebeldía constituye una suspensión del plazo de prescripción, y por ello, al haberse señalado a juicio el 24 de agosto de 2009, se interrumpió con ello nuevamente la prescripción, y por tal razón está vigente el ejercicio de la acción penal, y por ello debe rechazarse este aspecto...”¹³.

La Sala de Casación producto del recurso de casación presentado por la defensa técnica del imputado contra la sentencia recién mencionada apuntó:

“...En efecto, el Tribunal de Apelación al resolver el recurso formulado en su momento, señaló que si bien conocía la posición de esta Cámara en cuanto a la nulidad de la rebeldía –cuando el motivo por el cual el encartado no atiende el llamado judicial, es que se encuentra preso– se separaba de dicho criterio. Señalaron los jueces de apelación que, a pesar de que se tiene por cierto que la

13 Harbottle Quirós, Frank. Las medidas de seguridad en la jurisprudencia penal costarricense a propósito de la entrada en vigencia de la Ley de Creación del Recurso de Apelación. Revista Judicial N° 104, San José, 2012, pp. 41-56.

incomparecencia del encartado a los señalamientos judiciales obedece a imposibilidad material, existió un cambio de domicilio del cual no se informó al Juzgado Penal, y ello justifica la declaratoria de rebeldía. Ahora bien, una de las nociones más elementales del derecho penal, es la obligatoriedad de demostrar la concurrencia de acción, para sancionar la conducta humana. Se actúa por acción u omisión, pero existe consenso en que no puede actuar, quien no tiene capacidad de cumplir la conducta que el ordenamiento le pide realizar. Cualquier norma procesal o sustantiva, debe leerse tomando en cuenta dicha premisa. Por eso, sin importar la corriente de pensamiento que se siga para definir el concepto de acción, desde el finalismo hasta la conceptualización normativa de Roxin, como “manifestación de la personalidad”, no es acción lo que no es atribuible al sujeto. En palabras de este autor, “...es acción todo lo que se puede atribuir a un ser humano como centro anímico-espiritual de acción, y eso falta en caso de efectos que parten únicamente de la esfera corporal (“somática”) del hombre, o “del ámbito material, vital y animal del ser”, sin estar sometidos al control del “yo”, de la instancia conductora anímico-espiritual del ser humano...” (ROXIN: Claus.

Derecho Penal, Parte General, Tomo I, traducción de la 2ª edición alemana, Civitas, Madrid, 1997, p. 252). Por ello, cuando el artículo 89 del Código Procesal Penal, señala que “...Será declarado en rebeldía el imputado que, sin grave impedimento, no comparezca a una citación, se fugue del establecimiento o lugar donde esté detenido, o se ausente de su domicilio sin aviso...”, le está asignado (sic) una consecuencia procesal a una acción –en los términos ya dichos–. En este caso, se ha dicho que la rebeldía decretada en contra el sindicado, obedeció a que éste se ausentó de su domicilio (f. 102), pero atendiendo a la norma y a los principios más básicos del Derecho Penal, no fue eso lo que ocurrió, pues la acción de ausentarse requiere que dicha situación provenga de la voluntad del sujeto, dirían unos, o del “control del “yo”, como sostiene Roxin, y ni lo uno, ni lo otro, ocurrió en la situación particular. El imputado fue apresado, es decir, que en contra de su voluntad y sin que tuviese control alguno de dicha disposición, la administración de justicia le sacó de su domicilio habitual, para trasladarlo a un centro de atención institucional, en ejercicio legítimo de su poder punitivo...”¹⁴ (el subrayado es del original).

14 Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José. Sentencia 2012-01450, de las catorce horas con veinticinco minutos, del 26 de julio de 2012.

De acuerdo con este mismo fallo, el Tribunal de Apelación incurrió en una contradicción al darle eficacia a la rebeldía decretada a pesar de que la persona encartada se encontraba materialmente imposibilitada para acudir a los señalamientos judiciales. Además, se sostuvo que imponerle a la persona sometida al proceso penal la obligación de informar a la administración de justicia que lo privó de libertad que se encuentra recluida es un contrasentido.

Al respecto en la resolución de casación ampliamente se indicó:

“...Obsérvese que desde la propia redacción del artículo 89 del Código Procesal Penal, se sostiene este principio, pues se indica que el incumplimiento de alguna de las obligaciones allí impuestas, conlleva la sanción de rebeldía, en el tanto lo sea “...sin grave impedimento...” No obstante que el Tribunal de Apelación sostiene en su pronunciamiento, que el encartado se encontraba materialmente imposibilitado para acudir a los señalamientos judiciales, mantiene su rebeldía. En el caso particular, la situación de haber sido aprehendido e internado en prisión, constituye, sin lugar a dudas, un grave impedimento. Si el encontrarse preso no constituye impedimento grave para cumplir con el deber de mantenerse en el domicilio aportado, es difícil imaginar qué otra cosa lo sería. Por ello, se concluye que el imputado no

incurrió en la actuación prevista por la norma, con la sanción procesal consistente en el dictado de la rebeldía. El justiciable no cambió su domicilio y desatendió su deber de informarlo, como lo sostiene el Tribunal de Apelación (f. 334 vto.), o se ausentó del mismo sin dar aviso. Más bien, la propia Administración de Justicia coercitivamente lo internó en un centro de atención institucional, y esto segundo, ese cambio de condición de persona en libertad a preso, no se encuentra previsto como una de las hipótesis para el dictado de la rebeldía. Imponerle al encartado que debe informar a la misma administración de justicia que lo privó de libertad, que se encuentra internado, no sólo es excesivo, sino absurdo. La ausencia de controles a lo interno del Poder Judicial, que permitan conocer cuándo un imputado se encuentra preso, es inexcusable. En consecuencia, si está claro que dicha privación de libertad es la razón por la que el sindicado no pudo enterarse del llamado judicial, y por supuesto, tampoco se encontraba en posibilidad material de atenderlo, la rebeldía no tuvo nunca asidero legal y en tales condiciones, se trató de un acto nulo. Lo contrario significaría dar una sanción procesal al imputado por una disposición que él no tomó, sino la propia Administración de Justicia, y

luego sancionarle porque no lo informó...”¹⁵ (el subrayado y la negrita son del original).

Finalmente, la Sala Tercera concluyó que no existían motivos para variar la posición que sostuvo años atrás, por lo que al resolver este caso concreto decidió anular la declaratoria de rebeldía y, al carecer la misma de un efecto suspensivo sobre la prescripción, acogió la excepción de extinción de la acción penal, anuló la condena y, en su lugar, dispuso una absolutoria a favor del imputado. Sobre este extremo se dijo:

“...No puede olvidarse que la sanción procesal de la rebeldía es un corolario del peligro de fuga, y nunca pudo existir tal riesgo, si el motivo de la no presentación a una diligencia, o de la ausencia del domicilio estipulado, es el cumplimiento de otra pena. En razón de los fundamentos ya indicados, no aprecia esta Sala motivos para variar su posición y, por ello, se dispone la nulidad absoluta de la declaratoria de rebeldía, realizada por el Juzgado Penal de Pavas, a las 13:00 horas, del 16 de agosto de 2006 (f. 102). En consecuencia de lo resuelto, carece de efecto suspensivo dicha declaratoria de rebeldía, y por ello, como se verá, el plazo de prescripción se encuentra cumplido para la totalidad de los delitos...” () “...Por todas las razones antes expuestas,

debe declararse con lugar el recurso de casación incoado contra la sentencia del Tribunal de Apelación de Sentencia del Segundo Circuito Judicial de San José, número 1450-2012, de 14:25 horas, del 26 de julio de 2012. En consecuencia, se acoge la excepción de extinción de la acción penal por prescripción, se anula la condena recaída en contra de W.S.A. y se dicta a su favor la absolutoria...”¹⁶

La ley 8837 reformó la normativa procesal penal incluyendo como un motivo de casación “a) Cuando se alegue la existencia de precedentes contradictorios dictados por los tribunales de apelación de sentencia, o de estos con precedentes de la Sala de Casación Penal...” (Artículo 468 del C.P.P.), respondiendo al interés del legislador de garantizar los principios de seguridad jurídica e igualdad ante la ley, de modo tal que las personas pueden anticipar las consecuencias de sus actos, y exigir que la ley se aplique de la misma manera a quienes se encuentran en igualdad de condiciones.

Vale la pena aclarar que, conforme al numeral 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, sólo la jurisprudencia de la Sala Constitucional es vinculante u obligatoria para todos los habitantes del país. De esta forma, con la ley 8837, probablemente la jurisprudencia va a ostentar una importante fuerza dogmática a la hora de predecir futuras decisiones y establecer los fundamentos

15 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2013-00035, de las diez horas con veinte minutos, del 01 de febrero de 2013.

16 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2013-00035, de las diez horas con veinte minutos, del 01 de febrero de 2013.

de una petición determinada frente a los tribunales inferiores. Sin embargo, al no tener un carácter vinculante las y los Jueces penales –a quienes los cobija el principio de independencia judicial– tienen la facultad de resolver de forma distinta a los precedentes del órgano de casación. En la medida en que la Sala Tercera mantenga criterios uniformes (por ejemplo al resolver la causal de “precedentes contradictorios”), su decisión posiblemente irá encaminada hacia la anulación del fallo del órgano inferior que la contradiga.

El panorama actual sobre la temática que se ha abordado es claro. Coincidimos con la interpretación de la Sala de Casación Penal sobre la ineficacia de la declaratoria de rebeldía de la persona imputada en el proceso penal de adultos por encontrarse privada de libertad al momento de ser requerida por el despacho judicial con las respectivas consecuencias en lo que respecta a la prescripción de la acción penal.

Conclusiones

En estas líneas se ha mostrado un “estado de la cuestión” sobre la interpretación de la Sala de Casación y el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal en cuanto a la eficacia o ineficacia de la declaratoria de rebeldía de la persona imputada en el proceso penal de adultos por encontrarse privada de libertad al momento de ser requerida por el despacho judicial.

La Sala Constitucional ha apuntado que la procedencia de la declaratoria de rebeldía es de constatación, sin embargo, ello debe interpretarse en sus justos términos.

Si en el proceso penal de adultos se trata de ubicar a una persona imputada para que se presente al despacho judicial y al momento de la citación se encuentra privada de libertad, esta circunstancia constituye un grave y legítimo impedimento, por lo que, si se dictó la rebeldía desconociéndose esta circunstancia, el juzgado o el Tribunal, tiene la obligación de declarar la ineficacia de esa rebeldía en el tanto se de cuenta con posterioridad de esta situación (lo constate), resultando posible que incluso lo haga de oficio. Ello posee consecuencias importantes en el cómputo de la prescripción.

Tal y como lo apuntó la Sala de Casación Penal en el voto 2013-00035, el Tribunal de Apelación en la resolución 2012-01450 incurrió en una contradicción al darle eficacia a la rebeldía que se había decretado a pesar de que la persona imputada se encontraba materialmente imposibilitada para acudir a los señalamientos judiciales por estar privada de libertad.

La interpretación de la Sala Tercera es acorde con el significado de lo que representa la rebeldía, por cuanto su decreto supone la disposición voluntariamente adoptada de la persona imputada de sustraerse al proceso y a la acción de la justicia. Si estas circunstancias no se presentan, de haberse decretado la rebeldía, debe tornarse ineficaz.

Referencias Bibliográficas

Libros

Frascaroli, María Susana. Exigencias actuales de la persecución penal: propuestas, discusiones, práctica judicial. Rebeldía del imputado. Editorial Mediterránea, Córdoba, 2004.

Llobet Rodríguez, Javier. Proceso Penal Comentado. Editorial Jurídica Continental, San José, 2012.

Llobet Rodríguez, Javier. Código de Procedimientos Penales. Anotado y Comentado. Editorial Juricentro, San José, 1991.

Artículos de revista

Harbottle Quirós, Frank. Las medidas de seguridad en la jurisprudencia penal costarricense a propósito de la entrada en vigencia de la Ley de Creación del Recurso de Apelación. Revista Judicial N° 104, San José, 2012, pp. 41-56.

Normativa

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.

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.

Jurisprudencia

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia

2012-10189, de las catorce horas treinta minutos, del 31 de julio de 2012. .

2012-03241, de las catorce horas treinta minutos, del 7 de marzo de 2012.

2011-01992, de las dieciséis horas y veintiuno minutos, del 15 de febrero de 2011.

2009-10729, de las dieciséis horas y dos minutos, del 7 de julio de 2009.

2009-09145, de las nueve horas y tres minutos, del 11 de junio de 2009.

2008-15660, de las once horas y cuarenta y ocho minutos, del 17 de octubre de 2008.

2006-17103, de las catorce horas cuarenta y un minutos, del 28 de noviembre de 2006.

2005-16913, de las quince horas y cinco minutos, del 7 de diciembre de 2005.

2005-09527, de las quince horas con cincuenta y seis minutos, del 19 de julio de 2005.

2005-01659, de las catorce horas con treinta y seis minutos, del 22 de febrero de 2005.

2001-03043, de las quince horas con cuarenta y un minutos, del 24 de abril de 2001.

2000-04575, de las ocho horas con cuarenta y seis minutos, del 02 de junio de 2000.

1999-02155, de las diecisiete horas con treinta y nueve minutos, del 23 de marzo de 1999.

1999-04397, de las dieciséis horas con seis minutos, del 08 de junio de 1999.

1998-00820, de las dieciséis horas con cuarenta y ocho minutos, del 10 de febrero de 1998.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia

2013-00035, de las diez horas con veinte minutos, del 01 de febrero de 2013.

2007-01380, de las diez horas cincuenta minutos, del 23 de noviembre de 2007.

2005-00086, de las diez horas treinta minutos, del 11 de febrero de 2005.

Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José

2012-01450, de las catorce horas con veinticinco minutos, del 26 de julio de 2012.

LA DIRECTIVA COMUNITARIA SOBRE RESPONSABILIDAD AMBIENTAL Y SU RELACIÓN CON LOS REGÍMENES HISPANOAMERICANOS DE RESPONSABILIDAD AMBIENTAL.

M.Sc. Mario Peña Chacón.¹

“El Derecho Ambiental es un laberinto en el que EL MINOTAURO es la falta de efectividad del mismo, y el HILO DE ARIADNA, con que TESEO, mató al monstruo devorador, es la responsabilidad”

Salvador Darío Bergel

En abril de 2004 el Consejo de la Unión Europea aprobó la Directiva Comunitaria sobre Responsabilidad Medioambiental², la cual debió ser transpuesta por los estados miembros a más tardar el día treinta de abril de 2007³.

El régimen de responsabilidad ambiental establecido está sustentado en los principios 16 y 13 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo los cuales establecen por una parte, que los sujetos que contaminan deben, en principio, cargar con los costos de la contaminación, y a la vez se instituye la obligación de los Estados de desarrollar las legislaciones nacionales

en materia de responsabilidad por daño ambiental e indemnización respecto de las víctimas de la contaminación y degradación ambiental.

También recoge lo establecido por el apartado 2 del artículo 174 del Tratado de la Comunidad Europea, el cual establece los principios en que debe estar basada la política de la Comunidad en el ámbito del medio ambiente, siendo estos los de cautela y de acción preventiva, corrección de los atentados al medio ambiente preferiblemente a la fuente misma, y en el principio de quien contamina paga.

1 Consultor Legal Ambiental, profesor derecho ambiental de la Universidad de Costa Rica y de la Universidad Tecnológica Centroamericana de Honduras, mariopena@racsa.co.cr

2 Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004.

3 De conformidad con el artículo 189 del tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea “La directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que debe conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y los medios”. España traspuso la directiva por medio de la Ley de Responsabilidad Medioambiental mediante la ley 26/2007 del 23 de octubre de 2007, publicada en el BOE número 255 del 24 de octubre de 2007.

Sirvió como base de la Directiva el Libro Blanco sobre responsabilidad ambiental⁴, sin embargo ambos textos presentan diferencias sustanciales⁵. Mientras el Libro Blanco proponía un sistema de responsabilidad que incluía tanto los daños ambientales como los daños particulares, la Directiva de rito excluye a estos últimos de su competencia. Por otra parte, el Libro Blanco regulaba medidas preventivas sólo en casos de urgente necesidad, mientras que la Directiva adoptada por el Consejo de Europa regula la responsabilidad por daños ambientales producidos y establece un régimen preventivo.

Se trata de una Directiva de mínimos⁶ y no de armonización total, lo que faculta a los Estados miembros a adoptar disposiciones más rigurosas en relación a la prevención y reparación de los daños ambientales cuando aprueben su normativa de transposición, de igual modo se trata de un régimen de carácter no retroactivo, lo que conlleva que su aplicación será sobre los daños

acontecidos con posterioridad de su fecha de transposición, sea el 30 de abril de 2007⁷.

A continuación se analiza el sistema de responsabilidad ambiental contenido en la Directiva Comunitaria, y a la vez, se compara con los distintos regímenes adoptados, o por adoptar en Hispanoamérica, específicamente en España, Argentina, Chile, Ecuador, Perú, México⁸ y Costa Rica⁹.

1. Objeto y ámbito de aplicación.

De conformidad con el artículo 1 de la Directiva Comunitaria, la finalidad del régimen aprobado lo es establecer un marco para la prevención y la reparación de los daños ambientales sobre la base de la responsabilidad ambiental.

Tal y como lo afirma la Dra. De las Heras y Ojeda, dicha normativa comunitaria no tiene por objeto la protección del medio ambiente

4 Presentado por la Comisión de la Unión Europea el 9 de febrero de 2000.

5 Santos, M.J., Notas a la propuesta de Directiva sobre responsabilidad ambiental en relación con la prevención y reparación de daños ambientales, artículo extraído de la red mundial de la información en la siguiente dirección: www.lapaginadelmedioambiente.com

6 El artículo 130 inciso T del Acta Única Europea prescribe que las medidas de protección adoptadas conjuntamente no serán obstáculo para que cada Estado pueda adoptar y mantener medidas de mayor protección, siempre que sean compatibles con el propio Tratado. Por su parte, el artículo 16 de la Directiva 2004/35/CE dispone que la misma no constituirá obstáculo para que los Estados miembros mantengan o adopten disposiciones más rigurosas en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales, incluida la determinación de otras actividades que hayan de someterse a los requisitos de prevención y reparación de la presente Directiva y la determinación de otros responsables.

7 El numeral 17 de la Directiva dispone su carácter no retroactivo, y por tanto su no aplicación a los daños causados por una emisión, suceso o incidente que se hayan producido antes del 30 de abril de 2007; a los daños causados por una emisión, suceso o incidente que se hayan producido después del 30 de abril de 2007, cuando éstos deriven de una actividad específica realizada y concluida antes de dicha fecha; ni a los daños si han transcurrido más de 30 años desde que tuvo lugar la emisión, suceso o incidente que los produjo.

8 La Ley de Responsabilidad Civil por Daño Ambiental, aprobada por unanimidad en una de las Cámaras del Congreso de la Unión, actualmente se halla congelada.

9 El proyecto de ley denominado "Código Procesal General" que crea una jurisdicción ambiental especializada sigue durmiendo el sueño de los justos en la Asamblea Legislativa costarricense.

de forma global, puesto que la definición de daño medioambiental sólo se refiere a ciertos elementos de dicho medio que, por lo tanto, son los únicos que están sometidos a la obligación de prevención y reparación¹⁰.

Por ello, el régimen establecido se aplica exclusivamente a los daños ambientales, los cuales abarcan los daños a la biodiversidad¹¹, daños a las aguas y daños a los suelos.

El inciso 18 del artículo 2 de la Directiva clasifica al daño ambiental en tres categorías:

- Daños a la Biodiversidad, que son aquellos que afecten grave y adversamente al estado de conservación de la biodiversidad;
- Daños a las Aguas, que serían aquellos que afecten adversamente el estado ecológico, el potencial ecológico y

el estado químico de las aguas en cuestión, en tal grado que este se deteriore o pueda deteriorarse a partir de una de las categorías definidas en la Directiva 2000/60/CE, con excepción de los efectos adversos en que se aplica el apartado 7 del artículo 4 de la Directiva 2000/60/CE;

- Daños del Suelo, siendo estos aquellos que ocasionan graves daños posibles o reales contra la salud pública a raíz de la contaminación del suelo o del subsuelo.

El artículo 3 de la Directiva establece su rango de aplicación, el cual abarca tanto los daños ambientales producidos por alguna de las actividades ocupacionales¹² establecidas taxativamente en el Anexo I¹³, como a cualquier riesgo inminente de que tal daño se produzca a raíz de alguna de tales actividades. También se aplicará a los

10 De las Heras y Ojeda, Mariola, "Responsabilidad Ambiental. El Derecho Español y Comunitario", en Revista Electrónica de Derecho Ambiental Medio Ambiente y Derecho número 16, Universidad de Sevilla, España, accesible en <http://www.cica.es/aliens/gimadus/>

11 Es importante aclarar que el concepto biodiversidad utilizado por la Directiva no es aquel definido por el artículo 2 del Convenio sobre Diversidad Biológica que al efecto reza "Por diversidad biológica se entiende la variabilidad de organismos vivos de cualquier fuente, incluidos, entre otras causas, los ecosistemas terrestres y marinos y otros ecosistemas acuáticos y los complejos ecológicos de los que forman parte; comprende la diversidad dentro de cada especie, entre las especies y de los ecosistemas"; sino más bien, únicamente abarca los hábitats naturales y las especies relacionadas en el Anexo I de la Directiva 79/409/CEE o en los Anexos I, II y IV de la Directiva 92/43/CEE, o los hábitats y las especies no contemplados en dichas Directivas, cuyas áreas de protección o conservación se hayan designado de conformidad con la legislación de los Estados miembros correspondientes sobre la conservación de la naturaleza, tal y como se encuentra establecido por el artículo 2 inciso 2 de la Directiva, dejando por fuera por tanto, la idea de variabilidad contemplada en la definición que da el Convenio de Diversidad Biológica, excluyendo la responsabilidad derivada de los organismos modificados genéticamente y por consiguiente el régimen contemplado en el Protocolo sobre Bioseguridad de Cartagena de Indias. Las Directivas 79/409/CEE y 92/43/CEE carecen de disposiciones en materia de responsabilidad que fomenten un comportamiento preventivo y disuasorio, por tanto el régimen de responsabilidad propuesto viene a llenar tal vacío.

12 El término actividad ocupacional incluye las actividades sin ánimo de lucro y la prestación de servicios al público, según lo establece el artículo 2 inciso 13) de la misma Directiva.

13 Como actividades peligrosas contempladas en el Anexo I de la Directiva se encuentran aquellas relacionadas a sustancias o los preparados peligrosos, los organismos y microorganismos y los productos fitosanitarios y biocidas, su fabricación, utilización y liberación en el medio ambiente; por otra parte en relación con los daños causados a la biodiversidad, la Directiva se aplica a cualquier actividad ocupacional además de las contempladas en el Anexo I, en el tanto, entrañen un riesgo real o potencial para el hombre o para el medio ambiente.

daños causados a la biodiversidad por el desempeño de actividades distintas a las relacionadas en el Anexo I, y a cualquier riesgo inminente de que tal daño se produzca a raíz de alguna de dichas actividades.

Se deja por fuera aquellos daños que cuentan con un régimen de responsabilidad regulado en Convenios Internacionales, tales como aquellos causados por contaminación de hidrocarburos y daños nucleares. De igual forma, no se aplica en los casos de contaminación de carácter amplio y difuso cuando sea imposible establecer un vínculo causal entre los daños y las actividades de ciertos operadores individuales, tampoco a las actividades cuya única finalidad sea servir a la defensa nacional, ni concede facultades a las partes particulares de reclamar indemnizaciones por pérdidas económicas como consecuencia de daños ambientales o de una amenaza inminente de los mismos¹⁴.

La Ley de Responsabilidad Medioambiental de España, número 26/2007 del 23 de octubre del 2007 que traspone la presente Directiva Comunitaria incorpora al ordenamiento español un régimen administrativo de responsabilidad ambiental de carácter objetivo e ilimitado basado en los principios de prevención y de que quien contamina paga. Se trata, efectivamente, de un régimen administrativo en la medida en la que instituye todo un conjunto de potestades administrativas con cuyo ejercicio la Administración Pública debe garantizar el cumplimiento de la Ley y la aplicación del régimen de responsabilidad que incorpora. Se separa, pues, de la

responsabilidad civil clásica en la que los conflictos entre el causante del daño y el perjudicado se dirimen en sede judicial. La responsabilidad medioambiental es, además, una responsabilidad ilimitada, pues el contenido de la obligación de reparación (o, en su caso, de prevención) que asume el operador responsable consiste en devolver los recursos naturales dañados a su estado original, sufragando el total de los costos a los que asciendan las correspondientes acciones preventivas o reparadoras. Al poner el énfasis en la restauración total de los recursos naturales y de los servicios que prestan, se prima el valor medioambiental, el cual no se entiende satisfecho con una mera indemnización dineraria.

La Ley de Responsabilidad Medioambiental española sigue los pasos de la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, en el tanto no todos los recursos naturales se encuentran protegidos por esta Ley. Tan solo lo están aquellos que tienen cabida en el concepto de daño medioambiental, a saber: los daños a las aguas; los daños al suelo; los daños a la ribera del mar y de las rías; y los daños a las especies de la flora y de la fauna silvestres presentes permanente o temporalmente en España, así como a los hábitat de todas las especies silvestres autóctonas. Quedan excluidos los daños al aire y los denominados daños tradicionales, es decir los daños a las personas y a sus bienes (salvo que estos últimos constituyan un recurso natural). Igualmente, no todos los daños que sufran estos recursos naturales generarán responsabilidad medioambiental.

¹⁴ Llama poderosamente la atención el hecho que la Directiva deje por fuera de su rango de todos aquellos daños provocados por los elementos transportados por el aire tales como ruido, vibración, olor, etc., , así como todas aquellas actividades sometidas a Evaluación de Impacto Ambiental.

Para que la Ley pueda ser aplicada, se deberá estar en presencia de amenazas de daños o de daños propiamente dichos que produzcan efectos adversos significativos sobre el propio recurso natural. En el caso de los suelos el concepto de daño incluye, además, los riesgos significativos de que se produzcan efectos adversos sobre la salud humana.

La delimitación del ámbito de aplicación de la Ley se completa con las previsiones del artículo 3, el cual combina tres elementos para llevar a cabo tal delimitación: el tipo de actividad económica o profesional de que se trate; la clase de medida que deba adoptar el operador y la naturaleza de la responsabilidad en la que éste pueda haber incurrido. Por último, el propio artículo 3 delimita determinadas actividades y determinados daños que quedan excluidos en todo caso de la Ley e identifica en qué supuestos los daños ocasionados por contaminación difusa harán entrar en juego los mecanismos de responsabilidad medioambiental. Por su parte, el artículo define la aplicación temporal de la responsabilidad, estableciendo que la Ley no se aplicará a los daños medioambientales si han transcurrido más de treinta años desde que tuvo lugar la emisión, el suceso o el incidente que lo causó. La disposición transitoria única declara la no aplicación de la Ley a los daños causados por una emisión, un suceso o un incidente producido antes de su entrada en vigor o a los causados por una emisión, un suceso o un incidente que se haya producido después de la entrada en vigor de esta Ley, cuando éstos se deriven de una actividad específica realizada y concluida antes de dicha fecha

Cuestión especialmente relevante dentro del capítulo I de la ley española es la relativa a la regulación de la concurrencia de normas en materia de responsabilidad, habida cuenta de la pluralidad de regímenes actualmente existentes de distinta naturaleza través de los cuales se puede exigir la reparación de los daños ocasionados al medio ambiente. A este respecto, el artículo 5 declara la no aplicación de la Ley para reparar los daños que sufran los particulares en sus personas, bienes y derechos (daños no medioambientales), pero dispone, con el fin de evitar la doble recuperación de costos, que tales perjudicados no podrán exigir reparación por los daños que se les haya irrogado en la medida en la que los mismos queden reparados por la aplicación de esta Ley. Y es que ocurre que, en ocasiones, tales daños tienen la naturaleza propia de los daños medioambientales, en cuyo caso, su reparación sí puede llevarse a cabo conforme a esta Ley. Por esta razón, los daños no medioambientales son regulados en un artículo independiente, en el que se expone que estos daños están excluidos del ámbito de protección de la Ley salvo en los supuestos en los que tengan la condición simultánea de bien medioambiental y bien de propiedad o titularidad privada, en cuyo caso su reparación se puede realizar al amparo de lo previsto en esta Ley.

A la luz del derecho comparado latinoamericano, el régimen de responsabilidad ambiental instituido por la Ley General del Ambiente de Argentina¹⁵ enmarca en su numeral 27 su rango de competencia “El presente capítulo establece las normas que regirán los hechos o actos

¹⁵ Ley número 25.675, sancionada el día 06 de noviembre de 2002; promulgada el 21 de noviembre de 2002 y publicada el 28 de noviembre de 2002.

jurídicos, lícitos o ilícitos que, por acción u omisión, causen daño ambiental de incidencia colectiva”. El mismo artículo define daño ambiental como toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos.

Por su parte el proyecto de Ley de Responsabilidad Civil por el daño y el deterioro ambiental de México¹⁶ en su artículo 1 establece que el objeto del mismo es regular el régimen de responsabilidad civil por el daño y el deterioro ambiental con motivo de actos u omisiones en la realización de las actividades con “incidencia ambiental”¹⁷, así como evitar en la medida de lo posible afectaciones futuras. El objeto de regulación del régimen lo constituyen las

conductas u actuaciones, activas u omisivas, con incidencia ambiental¹⁸.

En el caso del Ecuador, el artículo 397 de su Constitución Política dispone que en caso de daños ambientales el Estado actuará de manera inmediata y subsidiaria para garantizar la salud y la restauración de los ecosistemas. Además de la sanción correspondiente, el Estado repetirá contra el operador de la actividad que produjera el daño las obligaciones que conlleve la reparación integral, en las condiciones y con los procedimientos que la ley establezca. La responsabilidad también recae sobre las servidoras o servidores responsables de realizar el control ambiental.

La Ley Orgánica del Ambiente de Costa Rica en su artículo 98 establece que el daño o

16 El 12 de diciembre del 2002 la Cámara de Diputados envió a la de Senadores el Proyecto quedando pendiente de su aprobación por la Cámara Alta de México.

17 El término “incidencia ambiental” utilizado en el proyecto de ley de Responsabilidad Civil por daño y deterioro ambiental de México se presta para malas interpretaciones, lo cual se convierte en un portillo que utilizarían los sujetos involucrados en actividades que degradan o contaminación el medio ambiente en su defensa. Parece que los redactores del proyecto quisieron equiparar el término “incidencia ambiental” con el de “afectación ambiental”. Cualquier actividad humana, conlleva algún tipo de incidencia sobre el ambiente, la cual puede ser tanto positiva como negativa. Debido a lo anterior, las actividades y conductas que deben ser objeto del régimen de responsabilidad civil ambiental son únicamente aquellas que afecten negativamente el bien jurídico tutelado medio ambiente, y no todas aquellas que causen algún tipo de incidencias o afectaciones insignificantes o mínimas. Es por ello que es conveniente que el término “incidencia ambiental” debería ser sustituido por “afectación negativa al ambiente”. Al efecto puede consultarse el ensayo escrito en coautoría por este autor junto con el Dr. Ramón Ojeda Mestre denominado “Análisis crítico del proyecto de ley de responsabilidad civil por el daño y el deterioro ambiental”, Revista Lex difusión y análisis, año VIII, enero 2004, número ciento tres, México.

18 “Hay que hacer notar la gran diferencia que existe entre el artículo 41 de la Constitución de Argentina y el mexicano que es el 4° y que se halla trunco. El mexicano señala solamente que “toda persona tiene derecho a un ambiente sano para su desarrollo y bienestar” en tanto que el argentino es más completo y determina que “Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos.” Ojeda Mestre, R., y Peña Chacón, M., “Análisis crítico del proyecto de ley de responsabilidad civil por el daño y el deterioro ambiental”, Revista Lex difusión y análisis, año VIII, enero 2004, número ciento tres, México.

contaminación ambiental puede producirse por conductas de acción u omisión, siendo imputable toda persona física o jurídica que las realice.

De lo anterior se desprende que los regímenes latinoamericanos no se limitan en su esfera de competencia a conocer únicamente a los daños acontecidos sobre aguas, suelos y biodiversidad, tal y como lo hacen la Directiva Comunitaria y la Ley de Responsabilidad Medioambiental de España, y más bien, llegan a abarcar los daños particulares derivados del daño ambiental colectivo o daño ambiental puro; así como en los casos de Argentina y Costa Rica incluso aquellos daños derivados de conductas lícitas.

2. Legitimación pasiva.

De conformidad con la Directiva de rito, el deber de prevenir y reparar el ambiente dañado recaerá sobre el operador que haya causado tal daño o que enfrente el riesgo inminente de que estos lleguen a producirse¹⁹. En el supuesto que sean las autoridades competentes, o un tercero a su nombre, quienes adopten las medidas necesarias, los costos ocasionados deberán ser resarcidos posteriormente por el operador, para lo cual cuenta la autoridad competente un plazo de cinco años, contados a partir de la fecha en

que se hayan llevado a cabo las medidas preventivas o reparadoras, para exigir la acción de reembolso²⁰.

Por operador la Directiva entiende “una persona que dirija el desempeño de una actividad contemplada en la presente Directiva incluyendo al titular de un permiso o autorización para la misma o a la persona que registre o notifique tal actividad”²¹. Es importante aclarar que el término “persona” utilizado en la definición de operador contempla tanto a personas físicas como jurídicas²².

Tal y como lo señala la profesora María José Santos Morón²³ la noción de operador quedaba más clara en el Libro Blanco cuyo apartado 4.4 exponía “en el régimen comunitario serán responsables la persona o personas que ejerzan el control de la actividad incluida en el ámbito de aplicación del régimen que haya ocasionado los daños”, además expresamente contemplaba la participación de la persona jurídica siendo ésta la única responsable, no así sus personeros o empleados.

El error parece haber sido percibido por el legislador español a la hora de trasponer la directiva de rito, es así como la ley de Responsabilidad Medioambiental define operador como cualquier persona física o

19 Artículo 4 inciso 1 de la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa. Por su parte La Ley de Responsabilidad Medioambiental de España en su http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l26-2007.html - c2 capítulo II contiene las reglas sobre atribución de responsabilidades, consagrande en el artículo 9 la obligación de los operadores que desarrollen actividades profesionales o económicas de adoptar las medidas de prevención, de evitación y de reparación y la de sufragar su coste, cualquiera que sea su cuantía, cuando así resulte como consecuencia de la aplicación de la Ley.

20 Artículo 7 en relación con el artículo 12 de la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa.

21 Artículo 2 inciso 9 de la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa.

22 Artículo 2 inciso 10 de la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa.

23 Notas a la propuesta de Directiva sobre responsabilidad ambiental en relación con la prevención y reparación de daños ambientales, en www.lapaginadelmedioambiente.com

jurídica, pública o privada, que desempeñe una actividad económica o profesional o que, en virtud de cualquier título, controle dicha actividad o tenga un poder económico determinante sobre su funcionamiento técnico, disponiendo que para su determinación se tendrá en cuenta lo que la legislación sectorial, estatal o autonómica, disponga para cada actividad sobre los titulares de permisos o autorizaciones, inscripciones registrales o comunicaciones a la Administración²⁴.

Existe la posibilidad que un mismo daño sea ocasionado por varios operadores, en estos casos la Directiva faculta a los Estados miembros para optar por un sistema de responsabilidad solidaria, o bien, mancomunado²⁵. Ante dicha prerrogativa España mediante la Ley de Responsabilidad Medioambiental, específicamente en el capítulo II incorporó adicionalmente reglas particulares para los supuestos en los que la responsabilidad recae sobre un grupo de sociedades, en cuyo caso es de aplicación lo previsto en el artículo 42.1 de su Código de Comercio y para los casos en los que existe una pluralidad de responsables, en cuyo supuesto entrarán en juego las reglas de la responsabilidad mancomunada siempre que se pruebe la participación del operador en la causación del daño. También incorpora normas para la identificación de los sujetos obligados a satisfacer las deudas dinerarias en los casos de muerte o extinción del operador responsable, así como en los supuestos de responsables solidarios y subsidiarios.

El artículo 3 del Proyecto de Ley de Responsabilidad Civil por el Daño y el Deterioro Ambiental de México contempla los supuestos de legitimación pasiva, recayendo la misma sobre las personas físicas, morales, o entidades públicas que por sí o a través de sus representantes, administradores o empleados generen daño, o deterioro ambiental, con motivo de sus actos u omisiones en la realización de actividades con incidencia ambiental. Cuando la responsabilidad por el daño o deterioro recaiga en diversas personas, serán solidariamente responsables, a no ser que prueben plenamente el grado de participación de cada una en la acción u omisión que hubiere causado. A la vez, en el artículo 19 del proyecto se regula la acción de regreso o de repetición, de quien haya reparado un daño ambiental, en contra de otras personas quienes también hayan participado en la consecución del daño acaecido.

Al respecto, los numerales 98 y 101 de la Ley Orgánica del Ambiente de Costa Rica establecen que serán civil y solidariamente responsables por los daños y perjuicios causados todas las personas físicas y jurídicas que con sus conductas activas u omisivas participen en la consecución de un daño de tipo ambiental. A la vez, solidariamente responden los titulares de las empresas o las actividades donde se causen los daños, sean estos por acción u omisión. Solidariamente también responden los profesionales y funcionarios públicos que suscriban una evaluación de impacto ambiental contra las disposiciones legales o

²⁴ Artículo 2.10 Ley de Responsabilidad Medioambiental

²⁵ Artículo 11 inciso 1 de la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa...

las normas técnicas imperantes o no den el seguimiento debido al proceso, originando un daño al ambiente o a la diversidad biológica. En concordancia lo anterior, el proyecto de ley denominado Código Procesal General de Costa Rica recoge en su artículo 197 inciso uno: “En materia ambiental la responsabilidad será de carácter objetivo y solidario”²⁶.

Por su parte, la Ley General de Ambiente de Argentina en su numeral 31 prescribe que si en la comisión del daño ambiental colectivo, hubieren participado dos o más personas, o no fuere posible la determinación precisa de la medida del daño aportado por cada responsable, todos serán responsables solidariamente de la reparación frente a la sociedad, sin perjuicio, en su caso, del derecho de repetición entre sí para que lo

que el juez interviniente podrá determinar el grado de responsabilidad de cada persona responsable. En el caso de que el daño sea producido por personas jurídicas la responsabilidad se hace extensiva a sus autoridades y profesionales, en la medida de su participación²⁷.

La Ley General del Ambiente de Perú establece como responsable a aquel sujeto que mediante el uso o aprovechamiento de un bien o en el ejercicio de una actividad, pueda producir un daño al ambiente, o a la calidad de vida de las personas, o a la salud humana o al patrimonio, estando obligado a asumir los costos que se deriven de las medidas de prevención y mitigación de daño, así como los relativos a la vigilancia y monitoreo de la actividad y de las medidas de prevención y

26 El tema de la responsabilidad solidaria ha sido abordado por varias leyes ambientales costarricenses. A manera de ejemplo se encuentra el artículo 57 de la Ley Forestal de Costa Rica que al efecto establece “En el caso de los actos ilícitos comprendidos en esta ley, cuando se trate de personas jurídicas, la responsabilidad civil se extenderá a sus representantes legales. Asimismo, tanto las personas físicas como jurídicas serán responsables, civilmente, por el daño causado, de acuerdo a lo que establece el artículo 1045 del Código Civil.” En un mismo sentido se expresa el artículo 384 de la Ley General de Salud “En todo caso la entidad jurídica responderá solidariamente con quien resultare responsable, por la indemnización civil que se derive de la infracción cometida en el establecimiento que sea de su propiedad o que explote o administre a cualquier título”. Por otra parte, el artículo 67 de la Ley de Protección Fitosanitaria establece un criterio de responsabilidad civil solidaria derivada de delitos o contravenciones, entre la persona jurídica y sus representantes legales. Por último la recientemente promulgada Ley de Pesca establece en los artículos 116 y 149 reglas de solidaridad, considerando en un primer término al armador, el patrón de pesca y el capitán, en materia civil y administrativa, solidariamente responsables por el incumplimiento de la legislación pesquera, cuando se cause un daño efectivo; además se considerarán civilmente responsables el patrón de pesca y el propietario o permisionario de la embarcación por los daños ocasionados por la destrucción de nidos de tortugas marinas, por la utilización de artes de pesca que impidan la navegación, por la no utilización del dispositivo excluidor de tortugas.

27 El tema ha sido abordado por la jurisprudencia argentina que al respecto ha expresado “... Aún cuando se acepte “in abstracto” que otros establecimientos industriales de la zona concurren a contaminar el medio ambiente en modo similar a la demandada, ello nos situaría ante un claro supuesto de causalidad acumulativa o concurrente con el alcance de atribuir a todos y cada uno el resultado final, o bien, de responsabilidad colectiva, anónima o de grupos, en que se llega a idéntico resultado imputativo, cuando el autor del daño que guarda relación causal con la actividad de cualquiera de los integrantes del grupo, queda sin individualizar y el imputado no prueba que él, pese a desplegar o participar de dicha actividad, no causó el daño... No se aportó prueba que demuestre que la contaminación tuvo su origen en el hecho de tercero –interrupción o ruptura del nexo causal-. No basta a la responsabilidad de las accionadas la circunstancia de que existan responsabilidades de que mediante las redes de desagüe operadas por OSN, hay Aguas Argentinas S.A., pudieran filtrarse combustibles pertenecientes a otras estaciones de servicios o que los desechos cloacales contribuyan a la generación de mayor contaminación, pues en todo caso puede llegar a existir una responsabilidad plural...”, texto de sentencia extraído del ensayo “Daño ambiental/Jurisprudencia” del autor Cafferatta, N., publicado, en Revista Jurídica La Ley, Año LXIII, número 131, Buenos Aires, 2003.

mitigación adoptadas. A la vez dispone que existe responsabilidad solidaria entre los titulares de las actividades causantes de la infracción y los profesionales o técnicos responsables de la mala elaboración o la inadecuada aplicación de instrumentos de gestión ambiental de los proyectos, obras o actividades que causaron el daño”²⁸.

La Constitución del Ecuador en su artículo 397 faculta al Estado a repetir contra el operador de la actividad que produjera el daño las obligaciones que conlleve la reparación integral, en las condiciones y con los procedimientos que la ley establezca, ampliando la responsabilidad hacia las servidoras o servidores responsables de realizar el control ambiental, y en el numeral 396 dispone que cada uno de los actores de los procesos de producción, distribución, comercialización y uso de bienes o servicios asume la responsabilidad directa de prevenir cualquier impacto ambiental, de mitigar y reparar los daños que ha causado, y de mantener un sistema de control ambiental permanente.

En el tanto no pueda diferenciarse con absoluta claridad los distintos grados de participación en la consecución del daño ambiental, los Estados miembros de la Comunidad Europea deben optar por el sistema de la responsabilidad ambiental de carácter solidario. De esta forma, lo ideal es que todos y cada uno de las personas (físicas o jurídicas) que participaron, tanto en la creación del riesgo, como en la consecución de los daños, respondan solidariamente a la hora de compensar o bien indemnizar, el daño acontecido. Existirá el problema en muchos

casos, sobre todo cuando existan varias fuentes contaminantes o degradadoras del ambiente, para determinar e individualizar el grado de participación de cada uno de los sujetos en el daño causado al ambiente, pero lo cierto es que, siendo la responsabilidad de carácter objetivo, basado en el riesgo creado, todas los agentes que participaron, ya sea en menor o mayor medida en la creación del daño, deberían responder por el mismo, independientemente que luego de compensar el ambiente, les asista acción de regreso contra las otras empresas o sujetos que participaron del mismo o mayor o menor grado.

De igual forma, es importante señalar que varios de los regímenes latinoamericanos expuestos contemplan la posibilidad de responsabilizar por los daños ambientales ocurridos a los gerentes y directores de las personas jurídicas con poder de decisión sobre las mismas, no así la Directiva Comunitaria, pero también es relevante aclarar que tratándose de una Directiva de mínimos, nada obsta para que los Estados miembros la contemplen a la hora de realizar la respectiva transposición a sus ordenamientos internos.

Así lo entendió España al disponer en la Ley de Responsabilidad Medioambiental como responsables subsidiarios de los deberes impuestos en la norma y en particular, de las obligaciones pecuniarias correspondientes a los gestores y administradores de hecho y de derecho de las personas jurídicas cuya conducta haya sido determinante de la responsabilidad de éstas; a los gestores o administradores de aquellas personas

28 Artículo 140 de la Ley General del Ambiente de Perú.

jurídicas que hayan cesado en sus actividades, en cuanto a los deberes y obligaciones pendientes en el momento de dicho cese, siempre que no hubieren hecho lo necesario para su cumplimiento o hubieran adoptado acuerdos o tomado medidas causantes del incumplimiento; a los que sucedan por cualquier concepto al responsable en la titularidad o en el ejercicio de la actividad causante del daño, con los límites y las excepciones previstos en el artículo 42.1.c de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre y a los integrantes de administraciones concursales y los liquidadores de personas jurídicas que no hubieran realizado lo necesario para el cumplimiento de los deberes y las obligaciones devengados con anterioridad a tales situaciones²⁹.

3. Legitimación activa.

El tema de la legitimación activa es de vital importancia para la correcta y justa aplicación de cualquier sistema de responsabilidad ambiental. La facultad de exigir responsabilidad al causante del daño ambiental le es otorgada por la Directiva Comunitaria a la autoridad que designe cada Estado miembro³⁰, teniendo como contenido la reparación “in natura” del daño causado, o bien la indemnización de los costos incurridos respecto a la prevención, reparación y evaluación del daño. Esta autoridad deberá determinar al operador causante del daño,

evaluar los daños y establecer las medidas necesarias para repararlo.

Previendo la posible inercia de la autoridad designada para llevar a cabo la investigación del daño inminente o ya acontecido, la Directiva mediante la figura de la “Solicitud de Acción”³¹ faculta a las personas adversamente afectadas, o que puedan verse adversamente afectadas, así como a las entidades cualificadas³², a formular ante la autoridad competente, observaciones relativas a incidentes de daños ambientales de los cuales tengan conocimiento, pudiendo solicitarle la adopción de medidas al amparo de la Directiva.

De lo anterior se concluye que el régimen contemplado por la Directiva, no otorga legitimación activa ni a los particulares ni a las Organizaciones No Gubernamentales con fines ecologistas, para interponer acciones de responsabilidad por daños ambientales sufridos. En su lugar, los faculta a ejercer un control de legalidad, sea ante la autoridad administrativa competente, o bien, ante la autoridad judicial superior, con el fin de impulsar, o bien enderezar los procedimientos.

Al respecto la Ley de Responsabilidad Medioambiental española faculta al particular interesado distinto del operador a solicitar la intervención pública en exigencia de la responsabilidad ambiental. Estos interesados

²⁹ Artículo 13 Ley de Responsabilidad Medioambiental.

³⁰ Artículo 13 de la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa.

³¹ Artículo 14 de la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa.

³² Por entidades cualificadas a la luz de la Directiva debe entenderse “una persona que, de acuerdo con unos criterios, establecidos en la legislación nacional, esté interesada en garantizar que los daños ambientales se reparen, incluyendo a órganos y organizaciones cuya finalidad, tal y como queda reflejado en los artículos de sus estatutos, sea proteger el medio ambiente y que cumplan los requisitos especificados por la legislación nacional”. Artículo 2 inciso 14 de la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa.

son aquellos titulares de bienes, derechos o intereses legítimos que puedan resultar afectados por el daño medioambiental o por la amenaza de que éste se produzca, así como aquellas organizaciones que tengan entre sus fines la protección del medio ambiente. En otras palabras, los interesados del artículo 31 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de 1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, así como las personas jurídicas sin ánimo de lucro que cumplan los siguientes requisitos:

- a. Que tengan entre los fines acreditados en sus estatutos la protección del medio ambiente en general o la de alguno de sus elementos en particular.
- b. Que se hubieran constituido legalmente al menos dos años antes del ejercicio de la acción y que vengan ejerciendo de modo activo las actividades necesarias para alcanzar los fines previstos en sus estatutos.
- c. Que según sus estatutos desarrollen su actividad en un ámbito territorial que resulte afectado por el daño medioambiental o la amenaza de daño.

Las solicitudes que formulen estos interesados deberán adecuarse a lo dispuesto en esta Ley y darán lugar a la apertura del procedimiento administrativo de exigencia de responsabilidad medioambiental. Dicho procedimiento habrá de ser debidamente regulado por cada Administración Pública y deberá respetar en todo caso las garantías fijadas por la Directiva Comunitaria, a saber: derecho del interesado a formular observaciones y aportar datos; evacuación del trámite de audiencia al operador y

a los demás interesados; y obligación de resolver de manera motivada y con notificación expresa al solicitante y a los demás interesados en el plazo máximo de tres meses. Como contrapeso al valor jurídico que se otorga a las solicitudes de exigencia de responsabilidad formuladas por los interesados y para evitar un uso espurio o abusivo de esta figura legal, la Ley reconoce la potestad de la Administración pública competente para denegar aquellas solicitudes que sean manifiestamente infundadas o abusivas.

En el plano latinoamericano, la Ley General del Ambiente de Argentina sigue un modelo de legitimación sumamente amplio en el cual se le otorga legitimación activa para obtener la recomposición del ambiente dañado, tanto al afectado directo, como al Defensor del Pueblo, a las asociaciones no gubernamentales de defensa del ambiente, al estado nacional, provincial o municipal. Además otorga legitimación para solicitar indemnización a la persona directamente damnificada por el hecho dañoso acaecido en su jurisdicción³³.

Siguiendo esa misma línea, el artículo 50 de la Constitución Política de Costa Rica dispone que toda persona está legitimada para denunciar los actos que infrinjan el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado y para reclamar la reparación del daño causado. A la vez, el artículo 105 de la ley de Biodiversidad legitima a toda persona para actuar en sede administrativa o jurisdiccional, en defensa y protección de la biodiversidad. Siguiendo los lineamientos dictados por la jurisprudencia emanada de la Sala Constitucional y de la Sala Primera

33 Artículo 30 de la Ley General del Ambiente de Argentina.

de la Corte Suprema de Justicia³⁴, el Código Procesal Contencioso Administrativo amplía el esquema de legitimación activa a todos aquellos que invoquen un interés difuso o colectivo, así como a todas las personas cuando exista previamente una acción popular creada por ley³⁵. El mismo corte lleva el proyecto de ley Código Procesal General de Costa Rica en su numeral 17.1 por medio del cual establece que la defensa de los intereses difusos podrá ser ejercida indistintamente por cualquiera en interés de la colectividad. Las organizaciones no gubernamentales, las vecinales, cívicas o de índole similar podrán coadyuvar en los procesos donde existan intereses difusos, o bien, intereses colectivos, sin afectar su marcha y pretensión³⁶.

Igualmente, el artículo 397 de la Constitución Ecuatoriana permite a cualquier persona natural o jurídica, colectividad o grupo humano, ejercer las acciones legales y acudir a los órganos judiciales y administrativos, sin perjuicio de su interés directo, para obtener de ellos la tutela efectiva en materia ambiental, incluyendo la posibilidad de solicitar medidas cautelares que permitan

cesar la amenaza o el daño ambiental materia de litigio, recayendo la carga de la prueba sobre la inexistencia de daño potencial o real recaerá sobre el gestor de la actividad o el demandado.

La ley de Bases Generales del Medio Ambiente de Chile otorga legitimación activa para el ejercicio de la acción de recomposición ambiental a las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que hayan sufrido el daño o perjuicio, las municipalidades, por los hechos acaecidos en sus respectivas comunas, y el Estado, por intermedio del Consejo de Defensa del Estado³⁷.

Más restrictivo, el artículo 6 del proyecto de ley de Responsabilidad Civil Ambiental de México otorgaría legitimación activa para reclamar y exigir la reparación del daño a cualquier persona física y moral que haya sufrido afectación o perjuicio en su persona o patrimonio. De esta forma, se establece un esquema de legitimación amplia para reclamar el daño únicamente a los sujetos y entidades directamente perjudicados en sus derechos subjetivos. Por otra parte, el numeral

34 En especial la Sentencia número 675 de las 10:00 horas del 21 de setiembre de 2007 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

35 Mediante la acción popular, el ordenamiento, entratándose de cierto tipo de bienes jurídicos de naturaleza colectiva, faculta a cualquier persona física o jurídica, a apersonarse a interponer acciones, con el fin de tutelar y proteger ese bien jurídico violentado. Debe quedar claro que la legitimación de recurrir en la acción popular deriva de la misma norma jurídica y no de la existencia de un derecho subjetivo o un interés legítimo. De esta forma, en la acción popular existe un interés legítimo objetivo, no así subjetivo". Peña Chacón, M., Legitimación Procesal en el Derecho Ambiental, en Revista de Direito Ambiental, año 8, enero-marzo 2003, número 29, Brasil.

36 De conformidad con el mismo artículo citado, esta tutela servirá para dar protección general a la salud, al medio ambiente, a la conservación y equilibrio ecológico, la prevención de desastres, conservación de especies, valores históricos, arquitectónicos, arqueológicos, los bienes y zonas públicas, los recursos naturales, la belleza escénica, el desarrollo urbano, los consumidores y en general la calidad de vida de grupos o categorías de personas o de bienes y servicios que interesen a tales grupos. Tendrán como objeto la prevención de daños, la cesación de perjuicios actuales, la reposición de las cosas al estado anterior al menoscabo, el resarcimiento económico del daño producido, suprimir las irregularidades en las prácticas comerciales, proteger y resarcir a los consumidores e invalidar condiciones generales o abusivas de los contratos.

37 Artículo 54 de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente de Chile.

7 del citado proyecto le otorga interés jurídico y legitimación activa pudiendo demandar la reparación en especie a la Procuraduría Federal de la Protección al Ambiente, a cualquier persona que tenga su domicilio en el municipio o delegación del Distrito Federal en donde se dio el deterioro ambiental, que haya habitado en él por lo menos durante los cinco años anteriores al acto u omisión que le dio origen, y a cualquier personal moral, sin fines de lucro, que actúe en representación de cualquiera de las personas físicas anteriormente enunciadas, siempre que tenga como objeto social la protección del ambiente en general, o de alguno de sus elementos, y haya sido constituida con tres años de anterioridad al acto u omisión que dio origen al deterioro ambiental. Como bien lo señala la maestra Tania Leyva Ortiz³⁸, se excluye categóricamente a todos los demás sujetos que no se encuentren dentro de las situaciones anteriormente expuestas, es decir, las personas que no hayan vivido al menos cinco años en el lugar en donde se produjo el daño, las personas jurídicas que no tengan como objeto social la protección del ambiente en general, de constitución menor a tres años a la fecha del daño, los gobiernos estatales o dependencias públicas que no sean la Procuraduría Federal de Protección del Ambiente.

Es importante recordar que el régimen creado por la Directiva Comunitaria no contempla la posibilidad que los particulares ejerzan acciones indemnizatorias por los

daños estrictamente personales sufridos, por ello estos deben acudir a los sistemas de responsabilidad civil tradicionales con el fin de resarcir sus pretensiones patrimoniales, lo que puede ser conveniente siempre y cuando los sistemas de responsabilidad civil tradicionales de cada Estado se encuentren lo suficientemente desarrollados.

4. Tipos de responsabilidad contemplados.

La responsabilidad por los daños ambientales ocasionados por operadores que realicen actividades riesgosas, sea aquellas que presenten un riesgo potencial o real para el ser humano y el medio ambiente, y que se encuentren contempladas en los supuestos del Anexo I de la Directiva, será de carácter objetivo.

Por otra parte, la Directiva también contempla la aplicación de responsabilidad por culpa, únicamente cuando se trate de daños ocasionados a la biodiversidad³⁹, debido a la ejecución de actividades no consideradas riesgosas, y por tanto no incluidas en el anexo I de la Directiva.

De lo anterior se deduce una dualidad de tipos de responsabilidad contenidos en la Directiva, por una parte la de tipo objetivo, que se aplica para las actividades riesgosas contenidas en el Anexo I, y por otra de carácter subjetivo, tratándose de daños exclusivamente a la biodiversidad y por

³⁸ Comentarios de la maestra Leyva Ortiz, T., a la Ley de Responsabilidad Civil por el Daño y el Deterioro Ambiental, octubre 2003, Segundo Encuentro Internacional de Derecho Ambiental. Seminario de Responsabilidad. UNAM-INE. México, 2003.

³⁹ Es importante recordar que de conformidad con la definición de daño ambiental contenida en la Directiva los daños a la biodiversidad son considerados uno de los tres tipos de daños contemplados, siendo los otros dos los daños a las aguas y a los suelos.

actividades no contenidas en el Anexo I, y por tanto no consideradas altamente riesgosas. Esta dualidad de tipos de responsabilidad es retomada por la Ley de Responsabilidad Medioambiental de España, la cual en el artículo 3 regula, en primer lugar, un régimen de responsabilidad objetiva en virtud del cual el operador que desarrolle una actividad económica o profesional de las enumeradas en el anexo III y ocasione daños medioambientales o amenazas de que dichos daños se produzcan deberá adoptar las medidas de prevención, de evitación o de reparación reguladas en la Ley. En segundo lugar, se regula un régimen de responsabilidad también objetivo pero de alcance sectorial más amplio, el cual afecta a las amenazas de daños medioambientales ocasionados por cualquier tipo de actividad económica o profesional, esté incluida o no en el anexo III. Este régimen, que posee menor contenido obligacional pues sólo requiere la adopción de medidas de prevención de daños medioambientales o de evitación de nuevos daños medioambientales, constituye una novedad respecto de lo previsto en la Directiva. En tercer lugar, se regula un régimen de responsabilidad subjetiva que incluye los daños y las amenazas de daños medioambientales ocasionados por cualquier tipo de actividad económica o profesional, esté incluida o no en el anexo III, y que obliga a adoptar las medidas de prevención, de evitación y de reparación reguladas por la Ley. La novedad de este régimen respecto de la regulación que de él lleva a cabo la Directiva consiste en la ampliación de los recursos naturales que son objeto de su protección. La Directiva Comunitaria sólo

prevé la inclusión en el mismo de los hábitat y de las especies protegidos, mientras que la ley española lo hace extensivo también a los daños al suelo y al agua, así como a la ribera del mar y a las rías, aumentando así el nivel de protección de la norma, en sintonía con lo ya exigido por la legislación española en la materia. El carácter objetivo del régimen de responsabilidad medioambiental se refuerza con una presunción por virtud de la cual se considera que las actividades económicas o profesionales del anexo III han causado el daño o la amenaza de que el daño se produzca cuando atendiendo a su naturaleza intrínseca o a la forma en la que han sido desarrolladas sean apropiadas para causarlo.

Idéntico sistema adopta Perú por medio de la Ley General del Ambiente en sus artículos 144 y 145, por una parte establece responsabilidad de tipo objetivo para aquellas actividades riesgosas o peligrosas, y un régimen de responsabilidad subjetivo para todos los demás supuestos. Lastimosamente a diferencia de la Directiva Comunitaria y la ley española, no enumera una lista taxativa de actividades riesgosas, por lo que pareciera estar al arbitrio del juzgador su determinación.

La ley de Bases Generales del Medio Ambiente de Chile⁴⁰ sigue la regla general del sistema de responsabilidad subjetiva del Código Civil⁴¹, a pesar de lo anterior, se denota una cierta tendencia hacia la objetivación de la responsabilidad, en virtud de incorporarse presunciones de culpabilidad del autor⁴², así como contemplar

40 Ley número 19300

41 Título XXXV del Libro IV Del Código Civil de Chile

42 Artículo 52 de la Ley de Bases del Medio Ambiente de Chile.

expresamente la prevalencia de la normativa contenida en leyes especiales por sobre los principios contenidos en la Ley de Bases⁴³, siendo que la normativa especial sigue claramente un sistema de responsabilidad ambiental de tipo objetivo

Por su parte, la Ley General del Ambiente de Argentina estipula en su artículo 28: “El que cause el daño ambiental será objetivamente responsable de su restablecimiento al estado anterior a su producción”⁴⁴. También, el proyecto de Código General Procesal de Costa Rica establece en el artículo 197 inciso uno “En materia ambiental la responsabilidad será de carácter objetivo y solidario”, criterio que va en concordancia

con lo ya desarrollado por la jurisprudencia costarricense⁴⁵.

La responsabilidad civil ambiental que pretende instaurar el proyecto de ley de Responsabilidad civil ambiental de México es de tipo objetiva. Así lo establece expresamente el numeral 4, atiende al riesgo creado por las actividades con incidencia ambiental, y es exigible con independencia de la culpa o negligencia de la persona que haya causado el daño o el deterioro ambiental⁴⁶.

Por último, el artículo 396 párrafo segundo de la Constitución Ecuatoriana dispone expresamente que la responsabilidad por daños ambientales es objetiva.

43 Artículo 51 de la Ley de Bases del Medio Ambiente de Chile.

44 La jurisprudencia se ha encargado de desarrollar el tema, al respecto cabe destacar”... En la perspectiva del sistema de responsabilidad objetiva, para liberarse el ofensor deber probar que la culpa de la víctima lo ha excluido. El nexo causal, a su vez, solo requiere de mero contacto. Los cuidados que se observan en el proceso industrial resultan irrelevantes si, en definitiva, el daño se produce... Puede atribuirse a la demandada responsabilidad objetiva en la producción del daño ambiental, tanto si se considera que el mismo fue ocasionado por la “cosa” en el caso arsénico de propiedad de la accionada – como si se estima el complejo industrial como cosa o actividad riesgosa... Puede estimarse el abandono de desechos contaminantes como conducta riesgosa, generadora de responsabilidad. También se ha señalado que quien debe responder es el dueño o guardián en el momento de la introducción del riesgo. Nuestro actual derecho positivo recoge la idea. Según el artículo 46 de la ley 24051, en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, no es oponible a terceros la transmisión o abandono voluntario del dominio de los residuos peligrosos”, texto de sentencia extraído del ensayo “Daño ambiental/Jurisprudencia” del autor Cafferatta, N., publicado, en Revista Jurídica La Ley, Año LXIII, número 131, Buenos Aires, 2003.

45 En materia de daños al ambiente la responsabilidad ha sufrido toda una transformación a través de los últimos años, pasando de ser de carácter subjetivo a responsabilidad objetiva. A raíz de los últimos pronunciamientos jurisprudenciales se puede afirmar que la responsabilidad por daño ambiental en Costa Rica es siempre de carácter objetivo y solidario, independientemente que exista una norma que así lo establezca, o que se trate de responsabilidad de la Administración o de particulares, al tratarse de un principio general del derecho reconocido por la misma Constitución Política.

46 “Este tipo de responsabilidad, se precisa en el artículo 1913 del Código Civil de México, que establece que cuando una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o sustancias peligrosas por sí mismos, por la velocidad que desarrollen, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía de la corriente eléctrica que conduzcan o por otras causas análogas, está obligada a responder del daño que cause, aunque no obre ilícitamente, a no ser que demuestre que ese daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima. La Ley General para la Prevención y Gestión Integral de los Residuos recientemente promulgada en México, maneja criterios diferentes al del proyecto. En su Artículo 42 determina que: ...La responsabilidad del manejo y disposición final de los residuos peligrosos corresponde a quien los genera. En el caso de que se contraten los servicios de manejo y disposición final de residuos peligrosos por empresas autorizadas por la Secretaría y los residuos sean entregados a dichas empresas, la responsabilidad por las operaciones será de éstas, independientemente de la responsabilidad que tiene el generador. Los generadores de residuos peligrosos que transfieran éstos a empresas o gestores que presten los servicios de manejo, deberán cerciorarse ante la Secretaría que cuentan con las autorizaciones respectivas y vigentes, en caso contrario serán

Continúa en la siguiente página

5. ***Causas eximentes de responsabilidad.***

El artículo 9 de la Directiva contempla los supuestos de exención de responsabilidad dentro de las que se encuentran:

- a) Actos derivados de un conflicto armado, hostilidades, guerra civil o insurrección;
- b) Fenómenos naturales de carácter excepcional, inevitables e irresistibles;
- c) Emisiones o actos permitidos en las leyes y reglamentos aplicables o en el permiso o la autorización expedidos al operador,
- d) Emisiones o actividades que no se hayan considerado perjudiciales de acuerdo con el estado de los conocimientos científicos y técnicos en el momento en que se produjo la emisión o tuvo lugar la actividad,
- e) Daños ocasionados por un tercero y se hubiesen adoptado las medidas de seguridad adecuadas,
- f) Daños producidos como consecuencia de una orden, instrucción u otra medida obligatoria o vinculante, dictada por autoridad pública,
- g) Daños difusos en donde sea imposible achacarle a ningún operador la imputación de cargos por daño ambiental.

La Ley española de Responsabilidad Medioambiental mediante las reglas de los artículos 14, 15 y 16 aborda los supuestos en los que el operador no está obligado a sufragar los costos de las medidas preventivas y reparadoras. Tales preceptos también identifican los medios a través de los cuales podrá recuperar los costos en los que hubiese incurrido por aplicación de la Ley, tal y como exige la directiva. El artículo

responsables de los daños que ocasione su manejo. En su artículo 68 prescribe que: Quienes resulten responsables de la contaminación de un sitio, así como de daños a la salud como consecuencia de ésta, estarán obligados a reparar el daño causado, conforme a las disposiciones legales correspondientes. En el siguiente que: Las personas responsables de actividades relacionadas con la generación y manejo de materiales y residuos peligrosos que hayan ocasionado la contaminación de sitios con éstos, están obligadas a llevar a cabo las acciones de remediación conforme a lo dispuesto en la presente Ley y demás disposiciones aplicables. También señala que: Los propietarios o poseedores de predios de dominio privado y los titulares de áreas concesionadas, cuyos suelos se encuentren contaminados, serán responsables solidarios de llevar a cabo las acciones de remediación que resulten necesarias, sin perjuicio del derecho a repetir en contra del causante de la contaminación. Además de la remediación, quienes resulten responsables de la contaminación de un sitio se harán acreedores a las sanciones penales y administrativas correspondientes. Indica asimismo que: En el caso de abandono de sitios contaminados con residuos peligrosos o que se desconozca el propietario o poseedor del inmueble, la Secretaría, en coordinación con las entidades federativas y los municipios, podrá formular y ejecutar programas de remediación, con el propósito de que se lleven a cabo las acciones necesarias para su recuperación y restablecimiento y, de ser posible, su incorporación a procesos productivos. La Secretaría (de Medio Ambiente) estará facultada para hacer efectivas las garantías que hubieren sido otorgadas por los responsables que hayan abandonado el sitio. En aquellos casos en que la contaminación del sitio amerite la intervención de la Federación, el titular del Ejecutivo Federal podrá expedir la declaratoria de remediación de sitios contaminados. Para tal efecto, elaborará previamente los estudios que los justifiquen. La Secretaría y las autoridades locales competentes, según corresponda, serán responsables de llevar a cabo acciones para identificar, inventariar, registrar y categorizar los sitios contaminados con residuos peligrosos, con objeto de determinar si procede su remediación, de conformidad con los criterios que para tal fin se establezcan en el Reglamento. Por último, dicha nueva Ley de residuos establece que: Las empresas que importen o exporten residuos peligrosos serán responsables de los daños que ocasionen a la salud, al ambiente o a los bienes como consecuencia del movimiento de los mismos entre la fuente generadora y el destinatario final, independientemente de las sanciones y penas a que haya lugar". Ojeda Mestre, R., y Peña Chacón, M., "Análisis crítico del proyecto de ley de responsabilidad por el daño y el deterioro ambiental" en Revista Lex difusión y análisis, año VIII, enero 2004, número ciento tres, México, 2004.

14 no incorpora causas de exención de la responsabilidad, pues el operador está obligado en todo momento a adoptar las medidas de prevención, de evitación o de reparación de los daños ambientales. Ocurre, sin embargo, que cuando concurren las circunstancias previstas en los apartados 1 y 2 del artículo, el operador puede recuperar el costo en el que hubiera incurrido al adoptar tales medidas. Las circunstancias previstas en el apartado 1 son la actuación de un tercero ajeno al ámbito de la organización de la actividad de que se trate e independiente de ella, a pesar de existir medidas de seguridad adecuadas, y el cumplimiento de una orden o una instrucción obligatoria dictada por una autoridad pública. Las dos circunstancias del apartado 2 sólo liberan del costo en el que hubiera incurrido el operador al adoptar medidas reparadoras y únicamente operan cuando no ha existido dolo, culpa o negligencia por su parte. La primera, que quiebra la presunción del artículo 9, se puede alegar cuando la emisión o el hecho que sea causa directa del daño medioambiental constituyan el objeto expreso y específico de una autorización administrativa otorgada de conformidad con la normativa aplicable a las actividades enumeradas en el anexo III. Se requiere, además, que el operador se haya ajustado estrictamente en el desarrollo de la actividad a las determinaciones o condiciones establecidas al efecto en la referida autorización y a la normativa vigente en el momento de producirse la emisión o el hecho causante del daño medioambiental. En cuanto a la segunda circunstancia del artículo 14.2., se puede alegar cuando el operador pruebe

que el daño medioambiental fue causado por una actividad, una emisión o la utilización de un producto que, en el momento de realizarse o utilizarse, no eran considerados como potencialmente perjudiciales para el medio ambiente con arreglo al estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en aquel momento. En cuanto a las vías para la recuperación de los costos, en los supuestos del apartado 1 del artículo 14 el operador deberá reclamar contra el tercero causante del daño o exigir de la Administración que ha dictado la orden la correspondiente indemnización, mediante el ejercicio de las acciones correspondientes de acuerdo con lo dispuesto en la legislación civil o administrativa aplicable en cada caso. En los supuestos del apartado 2 del artículo 14, los costos se restituirán, bien a través del Fondo Estatal de Reparación de Daños Medioambientales regulado en el artículo 34, bien a través de los instrumentos que prevean las normas que se dicten en desarrollo de la Ley.

El artículo 5 del proyecto de ley de Responsabilidad Civil Ambiental por Daño y Deterioro Ambiental de México establece como únicas causas eximentes de responsabilidad la culpa de la víctima, el caso fortuito y la fuerza mayor.

La Ley General del Ambiente de Argentina estipula en su artículo 29 como causas de exención de responsabilidad la culpa exclusiva de la víctima o de un tercero⁴⁷.

47 El tema ha sido abordado por la jurisprudencia argentina y a manera de ejemplo se muestran los siguientes extractos de sentencias "... No se aportó prueba que demuestre que la contaminación tuvo su origen en el hecho de tercero – interrupción o ruptura del nexo causal-. No basta a la responsabilidad de las accionadas la circunstancia de que existan responsabilidades de que mediante las redes de desagüe operadas por OSN, hay Aguas Argentinas S.A., pudieran filtrarse combustibles pertenecientes a otras estaciones de servicios o que los desechos cloacales contribuyan a la generación de mayor contaminación, pues en todo caso puede llegar a existir una responsabilidad plural... En la perspectiva del sistema de responsabilidad objetiva, para liberarse el ofensor deber probar que la culpa de la víctima lo ha excluido", texto extraído del ensayo "Daño ambiental/Jurisprudencia" del autor Cafferatta, N., publicado, en Revista Jurídica La Ley, Año LXIII, número 131, Buenos Aires, 2003.

También, la jurisprudencia de la Sala Primera de Casación de Costa Rica estableció “Quien asume un riesgo donde exista peligrosidad, debe responder por todos los daños causados por dicha peligrosidad, incluyendo si la conducta es lícita. El ordenamiento parte de la culpabilidad de quien asumió el riesgo y la peligrosidad, siendo las únicas causas eximentes de responsabilidad la fuerza mayor, la culpa de la víctima o el hecho de un tercero”⁴⁸.

De lo anteriormente expuesto es importante extraer que la Directiva Comunitaria contempla varias causales eximentes de responsabilidad no incluidas en los sistemas latinoamericanos expuestos. Dentro de estas se encuentra la “emisión o acto permitidos en las leyes y reglamentos aplicables o en el permiso o la autorización expedidos al operador” lo que nos lleva a concluir que el régimen instaurado por la Directiva no contempla la responsabilidad derivada de un hecho lícito, tal y como lo regulan tanto la legislación Argentina⁴⁹ como la jurisprudencia costarricense⁵⁰.

Otro tipo de causal de liberación de responsabilidad contemplada en la Directiva y no así en los sistemas latinoamericanos de responsabilidad ambiental son “las emisiones o actividades que no se hayan considerado perjudiciales de acuerdo con el estado de los conocimientos científicos y técnicos en el

momento en que se produjo la emisión o tuvo lugar la actividad”, al respecto manifiesta la profesora María José Santos Morón “...la excepción relativa a los riesgos del desarrollo, supone en cierto modo la introducción del criterio culpabilístico en un sistema de responsabilidad de carácter objetivo, ya que dicha excepción se basa en la idea según la cual no cabe imputar responsabilidad al causante de un daño cuando, conforme al estado de los conocimientos científicos vigentes en el momento en que se lleva a cabo la actividad que resulta ser perjudicial, no era previsible que el mismo se produjera. Llama la atención, sin embargo, que se disponga en el artículo 9.2 que, tanto la exención relativa a las actividades autorizadas como a los denominados riesgos de desarrollo no son aplicables si el operador haya actuado con negligencia⁵¹. Y es que, si el causante del daño actuó negligentemente, llevando a cabo por ejemplo una emisión de sustancias sin contar con la debida autorización, por encima de lo permitido legalmente, o sin adoptar las precauciones exigidas en la ley o la autorización concedida, o a las necesarias según el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes, lo normal será que no se esté ante ninguno de los mencionados casos de exención de responsabilidad”⁵².

48 Sentencia dictada a las dieciséis horas del seis de junio de dos mil uno por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica

49 Artículo 27 Ley General del Ambiente de Argentina: “El presente capítulo establece las normas que regirán los hechos o actos jurídicos, lícitos o ilícitos que, por acción u omisión, causen daño ambiental de incidencia colectiva...”

50 Sentencia dictada a las dieciséis horas del seis de junio de dos mil uno por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica

51 Sobre el tema de los riesgos del desarrollo la jurisprudencia argentina ha expresado “Resulta improcedente para excusar de responsabilidad de la demandada por ruidos molestos – en el caso, producidos por maquinarias-, el hecho que todas las personas que habitan grandes ciudades padezcan de un alto grado de ruido ambiental e incluso “socioacusia”, pues la generalidad del padecimiento no puede beneficiar a un demandado específico que ha transgredido disposiciones reglamentarias y que, además, produjo daños (de la invasión inmaterial, sonora y vibratoria).

52 Notas a la propuesta de Directiva sobre responsabilidad ambiental en relación con la prevención y reparación de daños ambientales, en www.lapaginadelmedioambiente.com

6. *Autoridad competente.*

De conformidad con el artículo 6 en relación con el artículo 13 de la Directiva en comentario, corresponderá a la autoridad competente designada por cada Estado la determinación del operador causante del daño, la evaluación de los daños y la determinación de las medidas necesarias para recomponerlo.

La autoridad competente será bien, uno o varios órganos administrativos, sobre los que recaerá la obligación de investigación, valorización y determinación de responsabilidades.

Dentro de sus prerrogativas, la autoridad competente designada por cada Estado, podrá exigir al operador correspondiente que facilite todos los datos e informaciones que se precisen para llevar a cabo tal investigación. A la vez, podrá facultar o requerir a terceros para que lleven a cabo las medidas preventivas o reparadoras necesarias⁵³.

Como obligaciones inherentes a la autoridad competente se encuentran:

- a) Adopción de las medidas reparadoras necesarias en los casos en que el operador incumpla sus directrices,
- b) Priorizar la reparación de los daños en los casos cuando ocurren varios daños ambientales y le resulte imposible hacer

que todas las medidas necesarias se adopten al mismo tiempo,

- c) Recuperación sobre el operador de los costos que haya causado o en que se haya incurrido por la adopción de medidas preventivas o de reparación, así como los costos de evaluación del daño.

Además de la autoridad competente administrativa, cada Estado deberá designar una autoridad judicial, cuya función se limitará a hacer cumplir la decisión adoptada por el órgano administrativo.

Toda persona o entidad cualificada que haya presentado una solicitud de acción⁵⁴ de conformidad con lo previsto en la Directiva podrá emprender acciones legales ante un tribunal, o cualquier órgano público independiente e imparcial competente para controlar la legalidad procedimental y material de las decisiones, actos y omisiones de la autoridad competente.

La Ley de Responsabilidad Medioambiental de España en el artículo 22 recoge las potestades reconocidas a la Administración para que ésta vele porque el operador cumpla las obligaciones que le impone la Ley de responsabilidad medioambiental, identificando las actuaciones administrativas que habrán de ponerse en práctica en los casos en los que el operador incumpla sus obligaciones. Además habilita la actuación directa de la Administración para ejecutar por sí misma las medidas de

⁵³ Artículo 13 inciso 4 de la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa.

⁵⁴ Las personas adversamente afectadas o que puedan verse adversamente afectadas por daños ambientales y entidades cualificadas podrán formular a la autoridad competente observaciones relativas a incidentes de daños ambientales de los cuales tenga conocimiento y podrán solicitar que la autoridad competente adopte medidas al amparo de la presente Directiva. Artículo 14 de la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa.

prevención, de evitación de nuevos daños o de reparación previstas en la Ley, cuando así lo requiera la más eficaz protección de los recursos naturales y concurren circunstancias que lo justifiquen.

El sistema adoptado por la Directiva encuentra grandes similitudes al régimen administrativo sancionador contemplado en la ley Orgánica del Ambiente⁵⁵ de Costa Rica, cuya naturaleza jurídica y jurisprudencia fue abordado en un apartado anterior de este mismo capítulo.

Por su parte, la legislación de Argentina le otorga a los tribunales jurisdiccionales ordinarios, según corresponda por el territorio, materia o persona, la aplicación del régimen de responsabilidad contemplado en la Ley General del Ambiente⁵⁶. El mismo camino adopta el proyecto de ley de Responsabilidad Ambiental de México.

7. Prevención de los daños ambientales.

Todo régimen de responsabilidad ambiental debe contemplar la posibilidad de interponer medidas cautelares. Las medidas cautelares cobran vital importancia en la aplicación del derecho ambiental, debido a la complejidad que es inherente al daño ambiental. Consciente de ello la Directiva Comunitaria viene a regular la responsabilidad no solo de los daños ambientales ya producidos, sino que también crea todo un régimen preventivo.

El medio ambiente es un bien jurídico de naturaleza común o colectiva, en donde su degradación afecta tanto a todos los sujetos que conforman la colectividad, así como a la colectividad misma. Por ello, una vez acontecido el daño, y dependiendo de la intensidad, extensión, momento y persistencia, el mismo podrá ser reversible o irreversible. De ahí la importancia de las medidas precautorias para el derecho ambiental, pues el daño ambiental irreversible trae consecuencias funestas para el equilibrio ecológico.

Según la Directiva, cuando aún no se hayan producido los daños ambientales pero exista una amenaza inminente de que ocurran, la autoridad competente requerirá al operador que adopte las medidas necesarias o adaptará ella misma dichas medidas⁵⁷.

Cuando los operadores tengan o debieran tener conocimiento de una amenaza inminente, estos operadores adoptarán las medidas necesarias para impedir que se produzcan daños ambientales, sin esperar que la autoridad competente los requiera para ello⁵⁸.

Los Estados miembros preverán que, cuando resulta oportuno, los operadores comuniquen la situación a la autoridad competente, y en cualquier caso cuando no desaparezca el riesgo inminente de que se produzcan daños ambientales pese a las medidas preventivas adoptadas por el operador correspondiente⁵⁹.

⁵⁵ Ley número 7554 del 4 de octubre de 1995.

⁵⁶ Artículo 7 de la Ley General del Ambiente de Argentina.

⁵⁷ Artículo 4 inciso 1 de la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa.

⁵⁸ Artículo 4 inciso 2 de la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa.

⁵⁹ Artículo 4 inciso 3 de la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa.

Si el operador incumpliere las obligaciones antes enunciadas la autoridad competente deberá adoptar las medidas preventivas necesarias⁶⁰.

El costo de las medidas preventivas en que haya tenido que incurrir la autoridad competente, deberá ser sufragado por el operador responsable de la creación de la situación de riesgo, así como también el costo que haya supuesto la evaluación de la amenaza. La autoridad competente cuenta con un plazo de cinco años, contados a partir de la fecha en que se tomaron las medidas preventivas, para obtener el correspondiente reembolso⁶¹.

La autoridad competente no podrá exigir al operador la adopción de medidas preventivas cuando el peligro provenga de fuerza mayor, conflicto armado, hecho lícito, riesgos del desarrollo, hecho de un tercero y cuando sea imposible individualizar a los operadores causantes de un posible daño ambiental o éste haya sido declarado insolvente⁶².

Por su parte el capítulo III de la Ley de Responsabilidad Medioambiental de España desarrolla las obligaciones de los operadores en materia de prevención, de evitación y de reparación, así como las obligaciones que corresponden a las administraciones públicas y las potestades que les reconoce la Ley para llevar a cabo su cumplimiento. De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 17 y 18, ante una amenaza de producción de un daño medioambiental derivado de cualquier actividad económica o profesional el operador

tiene la obligación de adoptar las medidas de prevención y de evitación y la de comunicar el suceso a la autoridad competente, la cual podrá requerir al operador para que le suministre información adicional o para que adopte tales medidas. Igualmente podrá proporcionarle instrucciones sobre la forma en la que deberá ejecutar dichas medidas o, en su caso, ejecutarlas a su costa cuando concurren las circunstancias previstas en la Ley. Según lo establecido en el artículo 19, ante un supuesto de daño medioambiental derivado de una actividad profesional de las enumeradas en el anexo III de la Ley, el operador tiene la obligación de adoptar las medidas de reparación correspondientes y la de comunicar el suceso a la autoridad competente. Si el daño deriva de actividades distintas de las enumeradas en el anexo III el operador sólo debe cumplir las obligaciones mencionadas cuando medie culpa o negligencia. El artículo 20 impone sobre el operador la obligación de elaborar una propuesta de medidas reparadoras conforme a los criterios del anexo II y de someterla a la autoridad competente, a la cual corresponderá aprobarlas formalmente y, en su caso, priorizar el orden en que tales medidas serán ejecutadas. Por lo demás, y al igual que en los supuestos de amenaza de daño, la Administración se reserva la facultad para requerir información adicional al operador, para exigirle que adopte medidas de carácter urgente o para adoptarlas ella misma, para requerirle la adopción de las medidas reparadoras, para darle instrucciones sobre la forma en la que debe adoptarlas o, finalmente, para ejecutar

60 Artículo 4 inciso 4 de la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa.

61 Artículo 6 en relación con el artículo 12 de la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa.

62 Artículo 9 de la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa.

subsidiariamente tales medidas a costa del operador cuando concurren las circunstancias previstas en la Ley. El capítulo III se cierra con dos previsiones normativas. Por un lado, el artículo 22 recoge las potestades que la Ley reconoce a la Administración para que ésta vele porque el operador cumpla las obligaciones que le impone la Ley de responsabilidad medioambiental, identificando las actuaciones administrativas que habrán de ponerse en práctica en los casos en los que el operador incumpla sus obligaciones. En segundo lugar, el artículo 23 habilita la actuación directa de la Administración para ejecutar por sí misma las medidas de prevención, de evitación de nuevos daños o de reparación previstas en esta Ley, cuando así lo requiera la más eficaz protección de los recursos naturales y concurren circunstancias que lo justifiquen.

En Latinoamérica, la ley General del Ambiente de Argentina expone que en cualquier estado del proceso, aún con carácter de medida precautoria, podrán solicitarse medidas de urgencia, aún sin audiencia a la parte contraria, prestando debida caución por los daños y perjuicios que pudieran producirse, encontrándose facultado el juez para realizarlo de oficio⁶³.

En el caso costarricense el proyecto de ley del nuevo Código Procesal General, establece la posibilidad de que las medidas cautelares sean conservativas, anticipadas o innovativas, pudiéndose únicamente dictarse en relación con un juicio de probabilidad o verosimilitud de la pretensión (*fomus boni iuris*). Por otra parte, el numeral 19 del Manual de Procedimientos del Tribunal Ambiental Administrativo establece que cuando la

gravedad de los hechos denunciados implique la eventualidad de que se cometan daños irreparables o de difícil reparación contra el medio ambiente o los recursos naturales, el Tribunal Ambiental gozará de poderes y podrá tomar medidas cautelares, tales como: a) Restricciones, parciales o totales, u orden de paralización inmediata de los actos que originen la denuncia, b) Suspender temporalmente, en forma total o parcial, el o los actos administrativos que provocan la denuncia, c) clausurar temporalmente en forma total o parcial, las actividades que provocan la denuncia, d) Así como cualquier otras medidas que a criterio de este Tribunal estime pertinente a fin de evitar un daño de difícil o imposible reparación. A la vez el artículo 45 de la Ley de Biodiversidad establece la obligación estatal de evitar cualquier riesgo o peligro que amenace la permanencia de los ecosistemas, así como la de prevenir, mitigar o restaurar aquellos daños ambientales que amenacen la vida o deterioren su calidad.

El proyecto de ley de Responsabilidad Civil Ambiental por Daño y Deterioro ambiental de México, en el artículo 14 establece “La legitimación activa regulada en los numerales 6 y 7 de esta ley, incluye en todo caso, la acción para exigir al responsable la adopción de las medidas necesarias que eviten la continuación o la repetición del daño o del deterioro ambiental. Estas medidas podrán comprender la instalación de elementos que prevengan la causa del daño o del deterioro ambiental, la contención temporal de la actividad dañosa y la clausura temporal, permanente, total o parcial, de las instalaciones donde dicha actividad se

63 Artículo 32 de la Ley General del Ambiente de Argentina.

desarrolla, con protección, en todo caso, de los derechos de los trabajadores”.

Por su parte, la Ley General del Ambiente de Perú en su artículo 137 prescribe que una vez iniciado el procedimiento sancionador, la autoridad ambiental mediante resolución fundada y con elementos de juicio suficientes, puede adoptar provisoriamente y bajo su responsabilidad, medidas cautelares contempladas en ley⁶⁴, si es que sin su adopción se producirían daños ambientales irreparables o si se arriesgara la eficacia de la resolución a emitir⁶⁵.

Por último, es importante señalar respecto al tema de la reparación del ambiente degradado que tanto la Directiva de comentario como la Ley de Responsabilidad Medioambiental de España contemplan dentro de sus respectivos Anexo II, toda una serie de reglas a seguir para reparar los parajes dañados, tema que será abordado ampliamente en el capítulo tercero de esta obra.

8. *Garantías financieras para el ejercicio de las actividades profesionales, seguro y fondos ambientales.*

En el considerando 27 la Directiva Comunitaria sobre responsabilidad ambiental dispuso que Los Estados miembros deben

tomar medidas para animar a los operadores a utilizar seguros apropiados u otras formas de garantía financiera y para fomentar el desarrollo de instrumentos y mercados de garantía financiera, a fin de proteger de forma eficaz las obligaciones financieras que establece la presente Directiva.

La Ley de Responsabilidad Medioambiental española en aplicación tanto del considerando 27 como del artículo 13 de la Directiva, estableció tres distintas modalidades de garantías financieras, las cuales podrán constituirse alternativa o complementariamente entre sí. Tales modalidades son las siguientes:

- a. La suscripción de una póliza de seguro con una entidad aseguradora autorizada para operar en España.
- b. La obtención de un aval, concedido por alguna entidad financiera autorizada a operar en España.
- c. La constitución de una reserva técnica mediante la dotación de un fondo ad hoc para responder de los eventuales daños medioambientales de la actividad con materialización en inversiones financieras respaldadas por el sector público.

Como complemento al sistema de garantías financieras, el artículo 34 de la ley española crea un Fondo estatal de reparación de daños medioambientales que será gestionado por el Ministerio de Medio Ambiente y que

64 Como medidas cautelares previstas en la Ley General del Ambiente de Perú se encuentran las siguientes: decomiso de los objetos, artefactos o sustancias empleados para la comisión de la infracción; paralización o restricción de la actividad causante de la infracción; suspensión del permiso, licencia u autorización; clausura temporal, parcial o total, del local o establecimiento donde se lleva a cabo la actividad que ha generado la infracción.

65 En franca contraposición con lo aquí establecido el numeral 137.4 de la misma norma establece como regla la imposibilidad de dictar medidas cautelares que puedan causar perjuicio de imposible reparación a los administrados. De esta forma los bienes jurídicos de carácter subjetivo como la propiedad, empresa, etc., prevalecen sobre los bienes colectivos y de interés general como lo son la tutela de la salud y el medio ambiente.

se dotará con recursos procedentes de los Presupuestos Generales del Estado. Este Fondo sufragará los costos derivados de las medidas reparadoras de los bienes de dominio público de titularidad estatal en aquellos supuestos en los que sean de aplicación las causas de inexigibilidad de la obligación de sufragar los costos regulados en los artículos 14.2 y 15.2. A la vez, se crea un Fondo de Compensación de daños medioambientales que administrará y gestionará el Consorcio de Compensación de Seguros, el cual se financiará con las aportaciones de los operadores que suscriban pólizas de seguros para garantizar su responsabilidad medioambiental con un recargo sobre la prima anual y estará destinado a prolongar la cobertura de la póliza contratada en caso de daños que se manifiesten después del transcurso de los plazos de manifestación o reclamación admitidos en la póliza, y se reclamen en el transcurso, como máximo, de un número de años igual a aquel durante el cual estuvo vigente la póliza de seguro, contados desde que ésta terminó y con el límite de 30 años. Este fondo también responderá cuando la entidad aseguradora haya sido declarada en concurso, haya sido disuelta y estuviera sujeta a un procedimiento de liquidación intervenida.

En Latinoamérica, la batuta en el tema la lleva Argentina que en su Ley General del Ambiente Argentina dispuso que cada persona física o jurídica, pública o privada, que realice actividades riesgosas para el ambiente, los ecosistemas y sus elementos constitutivos, deberá contratar un seguro de cobertura

con entidad suficiente para garantizar el financiamiento de la recomposición del daño que en su tipo pudiese producir; asimismo, según el caso y las posibilidades, podrá integrar un fondo de restauración ambiental que posibilite la instrumentación de acciones de reparación; en los casos en que no sea técnicamente factible, la indemnización sustitutiva que determine la justicia ordinaria interviniente, deberá depositarse en el Fondo de Compensación Ambiental que se crea por la misma ley, el cual será administrado por la autoridad de aplicación, sin perjuicio de otras acciones judiciales que pudieran corresponder⁶⁶. Los fondos recaudados serán destinados a garantizar la calidad ambiental, la prevención y mitigación de efectos nocivos o peligrosos sobre el ambiente, la atención de emergencias ambientales, así como la prevención, protección, conservación o compensación de los sistemas ecológicos y el ambiente⁶⁷.

Si bien la Ley General del Ambiente de Argentina obligó la contratación de seguros para todas aquellas actividades riesgosas para el ambiente para garantizar el financiamiento de la recomposición del daño que pudiese producirse, lo cierto del caso es que la norma no lo reguló, siendo las resoluciones de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación 1398/2008, 177/2007, 303/2007, 1639/2007 y las resoluciones conjuntas 178/07 y 12/07; 98/07 y 1973/04 con la Secretaría de Finanzas, las que delinean y determinan los aspectos claves y conflictivos, tales como las

66 Artículo 28 de la Ley General del Ambiente de Argentina

67 Artículo 34 de la Ley General del Ambiente de Argentina

actividades riesgosas que debe contratar el seguro para daños de incidencia colectiva, así como los criterios para establecer los montos mínimos asegurables. Actualmente, la cobertura se encuadra en la modalidad de caución, donde el Asegurado es la autoridad competente, el Estado, que es quien ejerce la tutela sobre el medio ambiente, el asegurador es la persona jurídica que cubre el riesgo pactado contractualmente en la póliza; y el tomador, el titular de la actividad riesgosa asegurada que celebra el contrato de seguro con el Asegurador.

En Costa Rica el artículo 21 de la Ley Orgánica del Ambiente de Costa Rica establece y regula la Garantía de Cumplimiento de las obligaciones ambientales de aquellas actividades, obras o proyectos sujetos a evaluación de impacto ambiental, siendo la misma de hasta un uno por ciento del monto de la inversión. Tal garantía es tanto de cumplimiento durante el diseño y la ejecución del proyecto, como de funcionamiento para lo cual se le otorga un periodo que puede oscilar entre cinco a diez años, y cuyo monto es revisado anualmente para ajustarlo a los requerimientos de la protección ambiental⁶⁸.

El proyecto de ley de Responsabilidad civil por daño y deterioro ambiental de México, contempla la creación de un fondo de Restauración y Preservación de Ecosistemas, el cual entraría a funcionar en el supuesto que fuese imposible la reparación en especie del deterioro ambiental, y establece la fijación de una cantidad a título de indemnización

por deterioro ambiental destinado al fondo para la Restauración y Preservación de los Ecosistemas, además le otorga la facultad de valorar el daño ambiental tanto al Instituto Nacional de Ecología, Procuraduría Federal de Protección al Ambiente o a instituciones de educación superior o de investigación científica. El fondo que se propone sería administrado por la Secretaría del Medio Ambiente y Recursos Naturales a través de la figura jurídica del fideicomiso. Además el citado proyecto en su artículo 20 establece la obligación de contar con una garantía financiera o con un seguro de responsabilidad objetiva, a aquellos sujetos o entidades que vayan a realizar las siguientes actividades: 1) Industriales, comerciales, servicios, que sean considerados altamente riesgosas según Ley General del Equilibrio Ecológico y Protección del Medio Ambiente 2) Producción, Almacenamiento, tráfico, transporte, abandono, desecho, descarga, confinamiento, tratamiento, o eliminación de residuos peligrosos o materiales peligrosos, así como aquellas actividades que los generen 3) Obras Hidráulicas y vías generales de comunicación 4) industria eléctrica y 5) Desarrollos inmobiliarios que afecten ecosistemas costeros.

9. Prescripción del daño ambiental

La Directiva Comunitaria establece dos distintos plazos de prescripción. Por una parte, dispone un plazo de cinco años dentro del cual la autoridad competente se encuentra

68 "En Honduras aún no se registran experiencias similares en la práctica, aunque existe una Ley que crea un Fondo de Protección al Medioambiente, que aún no ha sido reglamentado por el ejecutivo" Elvir, Laura y Castro Claudia, Responsabilidad de las personas jurídicas en el derecho ambiental hondureña, tesis para optar por el grado de maestría en Derecho Empresarial, Universidad Tecnológica Centroamérica, San Pedro Sula, Honduras, 2007.

facultada de incoar procedimientos de recuperación de los costos en que ésta incurrió contra el operador o bien un tercero que haya causado los daños o la amenaza inminente de daños. Este plazo empieza a correr a partir de la última de las fechas siguientes: la fecha en que se haya llevado a término la aplicación de las medidas o la fecha en que se haya identificado al operador o al tercero responsable. Tal y como lo afirma el jurista español Jesús Jordano Fraga “este funciona como plazo de prescripción y es criticable porque desconoce que los bienes ambientales son bienes de dominio público y que en tanto tales son imprescriptibles, habiendo anudado a ello en ocasiones la jurisprudencia, la imprescriptibilidad de la acción”⁶⁹.

Además, la Directiva de rito no es de aplicación si han transcurrido más de 30 años desde que tuvo lugar la emisión, suceso o incidente que los produjo. Esta limitación parece fundarse en la seguridad jurídica, pero puede ser peligrosa como cláusula de inmunidad en daños diferidos sobre todo en actividades nuevas⁷⁰.

Por su parte, la Ley de Responsabilidad Medioambiental de España en cuyo artículo 4 dispuso respecto al ámbito temporal de responsabilidad medioambiental:

Esta ley no será de aplicación a los daños medioambientales si han transcurrido más

de treinta años desde que tuvo lugar la emisión, el suceso o el incidente que los causó. El plazo se computará desde el día en el que haya terminado por completo o se haya producido por última vez la emisión, el suceso o el incidente causante del daño.

Como puede observarse, el legislador español a sabiendas que la Directiva transpuesta es de mínimos⁷¹, fue más allá respecto al tema de la prescripción, estableciendo como punto de inicio del plazo prescriptivo el día en que la emisión, suceso o incidente haya terminado por completo de producirse, o bien, desde que se haya producido por última vez.

La ley 25.675 Ley General del Ambiente⁷² si bien conceptualiza el daño ambiental, regula el carácter objetivo de la responsabilidad, el carácter simplemente mancomunado o solidario en algunos casos de la obligación de indemnizar, e inclusive posee disposiciones que innovan respecto al valor de la cosa juzgada y el principio dispositivo, en cuanto al tema de la prescripción del daño ambiental es absolutamente omisa, razón por la cual debe acudir a la doctrina y jurisprudencia para llenar ese vacío normativo.

En principio, la acción de responsabilidad civil ambiental iniciada en representación de intereses de incidencia colectiva (intereses difusos y los estrictamente

69 Jordano Fraga, Jesús, La responsabilidad por daños en el derecho de la Unión Europea: análisis de la directiva 2004/35, de 21 de abril, sobre responsabilidad Medioambiental, en Medio Ambiente y Derecho, revista electrónica de Derecho Ambiental, número 12-13 diciembre 2005, <http://www.cica.es/aliens/gimadus/>

70 Jordano Fraga, Jesús, La responsabilidad por daños en el derecho de la Unión Europea: análisis de la directiva 2004/35, de 21 de abril, sobre responsabilidad Medioambiental, en Medio Ambiente y Derecho, revista electrónica de Derecho Ambiental, número 12-13 diciembre 2005, <http://www.cica.es/aliens/gimadus/>

71 El artículo 130 inciso T del Acta Única Europea prescribe que las medidas de protección adoptadas conjuntamente no serán obstáculo para que cada Estado pueda adoptar y mantener medidas de mayor protección, siempre que sean compatibles con el propio Tratado.

72 Sancionada el 27/11/2002 y publicada en el Boletín Oficial del 28/11/2002.

colectivos), en virtud de sus connotaciones de perdurabilidad, es imprescriptible. Esto también aplica para todas aquellas acciones tendientes a la cesación del daño ambiental por molestias que exceden la normal tolerancia en relaciones de vecindad, en el tanto la contaminación o molestia se siga produciendo. A la vez, se han considerado imprescriptibles las obligaciones constitucionales que pesan sobre todos y cada uno de los sujetos de la comunidad y sobre el Estado de no violar, lastimar, impedir o interferir el ejercicio de los derechos constitucionales al medio ambiente, a la vida y a la salud⁷³.

Para todas aquellos daños ya producidos, y que no sean daños ambientales de naturaleza colectiva, o bien que no tiendan al cese de daños continuados en relaciones de vecindad, el plazo de la prescripción es de dos años, lo anterior debido a que la ley General del Ambiente no previó ningún plazo especial de prescripción para el daño ambiental⁷⁴.

En cuanto al inicio del plazo de la prescripción el jurista Cafferatta citando a Mosset Iturraspe explica⁷⁵:

“También el comienzo del plazo de prescripción, es objeto de la resolución que anotamos: que no es otro que desde el día en que acontece el hecho (el hecho ilícito se produjo), o desde que el daño es cierto y susceptible de

apreciación. Es decir, en casos como el presente, en los que el daño no es contemporáneo sino sobreviviente, el curso de la prescripción comienza con éste, “cuando se muestra cierto y susceptible de apreciación” (según enseña MOSSET ITURRASPE)

El tema ha sido amplia y acertadamente desarrollado por la jurisprudencia, y a continuación y a manera de ilustración, se exponen extractos de sentencias relevantes: En el caso Almada, Hugo Néstor c/ Copetro S.A., la Corte Primera Civil y de Comercio de la Plata, Sala Tercera mediante el fallo de fecha 9/2/1995, dispuso:

“Si la obligación de los particulares y del Estado (nacional y provincial) de abstenerse de contaminar el medio ambiente es imperecedera y constante, el co-respectivo derecho de los habitantes a gozar de un ambiente sano y al respeto a su vida y su salud, es esencialmente inextinguible. De modo tal que poco y nada importa que sus titulares se hayan sumido durante algún tiempo en la inacción o, incluso, consentido y aceptado los actos lesivos de tales derechos, pues siempre y en todo momento tienen la facultad de accionar en su defensa. En cambio, las acciones resarcitorias

73 López Herrera, Edgardo, La Prescripción de la Acción de Daños, en Tratado de la prescripción liberatoria, LexisNexis, Buenos Aires.

74 “La acción de cesación del daño es imprescriptible, tal como ya lo hemos manifestado; la acción de daños prescribe en cambio a los diez años el que se cuenta desde que las molestias pasaron de ser tolerables a intolerables, cuestión de hecho sumamente difícil de probar en la que debe primar la prudencia judicial”, López Herrera, Edgardo, La Prescripción de la Acción de Daños, en Tratado de la prescripción liberatoria, LexisNexis, Buenos Aires.

75 Cafferatta, Néstor, Molestias intolerables derivadas de la vecindad por la instalación de una torre y antena de celulares, publicado en: LA LEY 03/04/2008, 6

de los perjuicios provocados por la denunciada polución y que, se acumularon a la pretensión de cese de la contaminación, son prescriptibles.”

En el litigio de Irazú Margarita contra Copetro S.A., sobre Daños y Perjuicios, la Cámara Civil y Comercial de la Plata (Bs. As.) manifestó:

“El supuesto daño por el que se demanda sucede ininterrumpidamente, pues en forma diaria se sostiene se está dañando las propiedades y la salud de sus dueños y familiares. A los efectos del cómputo de la prescripción, cuando la ilicitud se manifieste ininterrumpidamente, la prescripción empieza a correr cuando aquella cese (Salas Acdeel E. “Código Civil Anotado”, Tomo III, pág. 71, art. 4037). No habiendo cesado Copetro S.A. en sus labores, evidentemente si el daño existe, se sigue produciendo, y dado ello la prescripción impetrada no se ha operado, analizando la cuestión desde otra prisma, dado el tipo de daños por los que se reclama, su existencia o su responsable son de difícil elucidación, en consecuencia el término de prescripción recién podría comenzar a computarse desde que ambos extremos lleguen a conocimiento de los actores, y aún cuando el criterio más arriba expuesto pudiera no ser aceptado, no cabe duda – por vía de hipótesis- que debería computarse la circunstancia

apuntada, y no hay en autos constancias adecuadas para permitir concluir con que dos años antes del inicio de las acciones en juicio, los demandantes conocían con fehaciencia el origen de los daños y quién debía cargar con la responsabilidad por los mismos.”

Además, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, en el caso “Bottero, Hugo Enrique y otros c/Nextel Communications Argentina SA sobre daños y perjuicios” del 05 de diciembre de 2007, expuso:

“Antes de examinar los hechos particulares de esta causa, recuerdo también que hay abundante jurisprudencia que al momento de computar el plazo de iniciación de las acciones de Daño Ambiental, considera que el comienzo debe demorarse, por la sencilla razón que falta certeza, o conocimiento fehaciente de la incapacidad de la víctima o de la fecha de ocurrencia del hecho, generador del daño, y por ende de la responsabilidad. También se señala el carácter progresivo o acumulativo del daño ambiental, y en consecuencia se dijo que el plazo se renueva día a día, de manera continua, permanente, o incesante”.

“...no ha de confundirse la acción que persigue la cesación de molestias con la facultad de reclamar indemnización por los daños causados. Existen muchos otros supuestos en los que pueden estar en juego el

derecho a la salud, o a la vida, y no por eso se amplía el plazo de prescripción o la acción se torna imprescriptible...”

“Lo que puede resultar imprescriptible es la acción de prevención y recomposición del daño ambiental colectivo (o daño al ambiente en sí mismo; Cafferatta, Néstor, El tiempo y las cautelares en el derecho ambiental, LA LEY 2007 B, 1341), que es un caso diferente al presente, en el que la acción es esencialmente resarcitoria.”

“Jurisprudencialmente, el criterio adoptado es similar. Así, se ha sostenido que tratándose de una acción por responsabilidad extracontractual, resulta aplicable el plazo de prescripción previsto por el artículo 4037 del Código Civil. Ese plazo comienza a correr, en principio, desde el día en que acontece el hecho fuente de la obligación. Sin embargo, si el daño no es contemporáneo sino sobreviniente, el curso de aquélla comienza con éste, cuando se muestra cierto y susceptible de apreciación, aunque se halle en proceso evolutivo y no se encuentre aún determinado definitivamente. A su vez, si la víctima ignora esos extremos, sin que la ignorancia le sea imputable, comienza a correr a partir de su conocimiento (conf. Sala I, “in re” “Ramirez Elfo c. M.C.B.A. s/daños y perjuicios”, 25/8/98; conf. Mosset Iturraspe, Jorge, De nuevo sobre la prescripción de

los daños sobrevinientes y de los continuados, LA LEY, 1988-D-102).

Por último, en el más reciente fallo la Suprema Corte de Buenos Aires en el caso “Sagarduy, Alberto Omar contra Copetro S.A. Daños y perjuicios” del diecisiete de diciembre de 2008, confirmando los anteriores precedentes jurisprudenciales aquí expuestos en cuanto al inicio del plazo de la prescripción, dispuso lo siguiente:

“Siendo ello así, entiendo que en situaciones excepcionales como las que presenta el sub lite, no alcanza con haber sufrido algún detrimento en la salud o en la propiedad para que se tenga por iniciado el lapso pertinente, sino que dicha circunstancia debe ser acompañada de una razonable posibilidad de información acerca del origen del daño, lo que a la par permite proponer correctamente la acción e identificar a su autor (v. mutatis mutandi, doct. causas “Genta c/ Potente”, sent. del 19-XII-1950, en “Jurisprudencia Argentina”, 1951-II-4; L. 42.474, sent. del 15-VIII-1989; C.S.N., Fallos 235:145). Sólo en tal hipótesis -teniendo siempre presente la particularidad de los daños aquí reclamados- puede imputarse a los afectados las consecuencias de su inacción, es decir de la omisión en la promoción del reclamo judicial (arg. causas L. 72.194, sent. del 3-XI-1999; L. 84.378, sent. del 19-VII-2006).”

“Finalmente, en esta línea de pensamiento, cabe recordar que el valor de la información es especialmente tutelado en ciertas materias, como ocurre en el ámbito de la defensa del medioambiente (arts. 41 2º párrafo, Const. nac.; 28 3er párr., Const. prov.; 1 inc. i], 16 a 18, ley 25.675; ley 25.831; arts. 2 inc. b], 26 a 28, ley 11.723). Entiendo, en tal sentido, que el criterio asumido precedentemente -en cuanto sólo autoriza computar el plazo de prescripción a partir del conocimiento suficiente del origen de los perjuicios sufridos- puede ser apreciado como una derivación de dicho principio fundamental.”

“Los elementos probatorios y demás constancias de autos tenidos en cuenta por la accionada para sustentar su tesis acerca de la acabada ilustración de los vecinos respecto de la contaminación ambiental concretada por la empresa, no son suficientes para revisar la conclusión del juez de grado (art. 384 y conchs., C.P.C.C.). Las meras exteriorizaciones dañinas no implican conocimiento suficiente de su origen y autor, por lo que lo alegado en tal sentido en la pieza de inicio no contradice la solución adoptada por el juez de grado.”

Por otra parte, la recientemente aprobada Constitución de Ecuador sigue un criterio de imprescriptibilidad de las acciones legales

que persigan o sancionan daños ambientales, al respecto el artículo 396 dispone:

Art. 396.- El Estado adoptará las políticas y medidas oportunas que eviten los impactos ambientales negativos, cuando exista certidumbre de daño. En caso de duda sobre el impacto ambiental de alguna acción u omisión, aunque no exista evidencia científica del daño, el Estado adoptará medidas protectoras eficaces y oportunas. La responsabilidad por daños ambientales es objetiva. Todo daño al ambiente, además de las sanciones correspondientes, implicará también la obligación de restaurar integralmente los ecosistemas e indemnizar a las personas y comunidades afectadas. Cada uno de los actores de los procesos de producción, distribución, comercialización y uso de bienes o servicios asumirá la responsabilidad directa de prevenir cualquier impacto ambiental, de mitigar y reparar los daños que ha causado, y de mantener un sistema de control ambiental permanente. Las acciones legales para perseguir y sancionar por daños ambientales serán imprescriptibles.

A diferencia del caso ecuatoriano, la ley de Bases Generales del Medio Ambiente de Chile⁷⁶ en su artículo 63 contabiliza de manera propia el plazo de prescripción de las acciones indemnizatorias que la misma ley regula, esto es, cinco años desde la manifestación evidente del daño.

Como puede observarse, la citada norma parte del principio de prescriptibilidad de las acciones indemnizatorias acaecidas a raíz de un daño ambiental, y además, fija un criterio subjetivo en cuanto al inicio del plazo prescriptivo empezando a correr a partir de la

76 Ley número 19300

manifestación evidente del daño ambiental. La Ley General del Equilibrio Ecológico y la protección al ambiente de México, tras la reforma operada en 1996 de su artículo 203, estableció un plazo perentorio de cinco años para el reclamo de la responsabilidad ambiental, siguiendo lastimosamente un criterio objetivo para el cómputo del citado plazo, sea que el mismo corre a partir del momento en que se produce el acto, hecho u omisión.

Artículo 203: Sin perjuicio de las sanciones penales o administrativas que procedan, toda persona que contamine o deteriore el ambiente o afecte los recursos naturales o la biodiversidad, será responsable y estará obligada a reparar los daños causados, de conformidad con la legislación civil aplicable. El término para demandar la responsabilidad ambiental, será de cinco años contados a partir del momento en que se produzca el acto, hecho u omisión correspondiente.

En el proyecto de Ley de Responsabilidad Civil por el Daño y el Deterioro Ambiental de México, el tema de la prescripción es abordado de una manera confusa, lo que puede llegar a convertirse en un portillo abierto para favorecer a los agentes contaminantes. Por un lado, el artículo 16 otorga un plazo de prescripción de cinco años a partir de que se tenga conocimiento de la conducta dañosa, y por otro, el numeral 17 establece un plazo máximo de prescripción de veinticinco años desde el día que tuvo lugar la acción u omisión causante del daño. Como puede observarse a simple vista, ambos artículos parecen contradecirse, y coincidiendo

con la maestra Tania Leyva Ortiz⁷⁷, podría interpretarse que se cuenta con cinco años a partir de que se conoce la conducta que causó el daño para reclamar la reparación del daño, pero que no se puede exceder de veinticinco años el tiempo transcurrido desde que aconteció la conducta y el ejercicio de la acción de reparación, contando el afecto con veinticinco años para darse cuenta que una conducta determinada causó un daño ambiental.

CONCLUSIONES

Mediante la instauración del régimen de responsabilidad ambiental, la Comunidad Europea da un paso fundamental en su política ambiental, dotándola de un régimen coercitivo que viene a uniformar las reglas básicas sobre prevención, responsabilidad y restauración del medio ambiente.

Se deja por fuera del rango de acción de la Directiva, los daños sufridos por las particulares por motivos achacables exclusivamente al siniestro ambiental acaecido. Debe por tanto, el directamente afectado, acudir a la jurisdicción común, con aplicación del régimen de responsabilidad civil imperante, a interponer su reclamo pecuniario por los daños sufridos.

No otorga legitimación activa a los particulares u organizaciones no gubernamentales, ni se les permite entablar reclamos económicos por el daño acaecido. En su lugar, mediante la creación de la figura jurídica de "solicitud de acción", únicamente los faculta a

⁷⁷ Leyva Ortiz, Tania Comentarios a la Ley de Responsabilidad Civil por el Daño y el Deterioro Ambiental, octubre 2003. Segundo Encuentro Internacional de Derecho Ambiental. Seminario de Responsabilidad. UNAM-INE. México.

ejercer un control de legalidad, sea ante la autoridad administrativa competente, o bien ante la autoridad judicial superior, con el fin de impulsar o bien enderezar, los procedimientos. Con ello evita los problemas propios que acarrearán las acciones populares, las class actions, las indemnizaciones masivas, el daño moral ambiental y las sentencias con eficacia erga omnes.

La Directiva incorpora como causas eximentes de responsabilidad los riesgos del desarrollo y los actos lícitos. De igual forma, dejó en manos de los estados miembros, la implementación de un sistema de responsabilidad por daño ambiental de tipo solidario o mancomunado.

Como un hecho digno de resaltar, la Directiva crea todo un régimen de prevención, con el fin de evitar que el hecho dañoso llegue a acontecer. Igualmente, se establecen una serie de reglas y lineamientos para la restauración de la zona afectada.

Por ello, se concluye que el legislador comunitario obvió la mayoría de los temas polémicos y de difícil implementación, los cuales la doctrina ha discutido por años, con el fin que la Directiva adoptada se llegue a constituir en un instrumento eficiente y eficaz para el cumplimiento de la política ambiental europea.

BIBLIOGRAFÍA

Aguilar Torres, Jorge, La Responsabilidad Civil Objetivo por daños ambientales y su regulación en México, en Revista Electrónica de Derecho Ambiental “Medio Ambiente &

Derecho” Universidad de Sevilla, número 18, enero 2009, España, www.cica.es/aliens/gimadus/

Aznar Yolanda, Observaciones al Libro Blanco sobre la Responsabilidad Ambiental, 2000.

Bautista Romero, José Juan, El Sistema de Responsabilidad por daños al medio ambiente, en Revista Electrónica de Derecho Ambiental “Medio Ambiente & Derecho” Universidad de Sevilla, número 18, enero 2009, España, www.cica.es/aliens/gimadus/

Cafferatta Néstor, Proceso Colectivo Ambiental a la luz de la Ley 25675 General del Ambiente, en Revista de Direito Ambiental, año 8, enero – marzo 2003, Editora Dos Tribunais, Brasil

Castro Valle, Claudia y Elvir Galo, Laura, Responsabilidad de las personas jurídicas en el derecho ambiental hondureño, Tesis para optar por el grado de maestría en derecho empresarial, Universidad Tecnológica Centroamericana, Honduras, 2008.

De las Heras y Ojeda, Mariola, Responsabilidad Ambiental, el derecho español y comunitario, en Revista Electrónica de Derecho Ambiental “Medio Ambiente & Derecho” Universidad de Sevilla, número 17, junio 2008, España, www.cica.es/aliens/gimadus/

Jordano Fraga, Jesús, La responsabilidad por daños ambientales en el derecho de la Unión Europea: análisis de la directiva 2004/35, de 21 de abril, sobre responsabilidad medioambiental, en Revista Electrónica de Derecho Ambiental “Medio Ambiente &

Derecho” Universidad de Sevilla, número 12-13, setiembre 2005, España, www.cica.es/aliens/gimadus/

Leñero Bohórquez, Rosario, La relación de causalidad en la responsabilidad de las Administración Públicas por daños ambientales, en Medio Ambiente & Derecho, Revista Derecho Ambiental de la Universidad de Sevilla, www.cica.es/aliens/gimadus/

Leyva Ortiz Tania “Comentarios a la Ley de Responsabilidad Civil por el Daño y el Deterioro Ambiental, octubre 2003. Segundo Encuentro Internacional de Derecho Ambiental. Seminario de Responsabilidad. UNAM-INE. México.

Lorenzetti Ricardo Luis, “La nueva ley Ambiental Argentina”, Revista de Direito Ambiental, año 8, número 29, Editora Dos Tribunais, Brasil.

Lozano Cutanza, Blanza, La responsabilidad por daño ambiental: situación actual y el nuevo sistema de responsabilidad de derecho público que introduce la directiva 2004/35/CE, , en Revista Electrónica de Derecho Ambiental “Medio Ambiente & Derecho” Universidad de Sevilla, número 12-13, setiembre 2005, España, www.cica.es/aliens/gimadus/

Ojeda Mestre Ramón. La legitimación activa para el juicio de amparo en materia ambiental. Revista Mexicana de Legislación Ambiental. Enero-Agosto de 2001. Año 2 No. 5 y 6.

Ojeda Mestre, Ramón, Responsabilidad por daño ambiental, Revista Lex, difusión y análisis, año VIII, diciembre 2004, número ciento dos, México.

Peña Chacón, Mario. Avance Jurisprudencial en materia de responsabilidad por daño ambiental. Junio 2002, publicado en la Revista Jurídica Lex difusión y análisis, año VII, agosto 2002, número 86, México.

Peña Chacón, Mario. Desarrollo Jurisprudencial de la Responsabilidad por Daño Ambiental en Costa Rica, publicado en Revista de Direito Ambiental de Brasil, número 28, año 7, edición de octubre – diciembre de 2002, Revista Jurídica Lex difusión y análisis, año VII, edición del mes de setiembre de 2002, número 87, México.

Peña Chacón, Mario. La Jurisdicción Ambiental en el Nuevo Código Procesal General, Revista Electrónica de Derecho Ambiental “Medio Ambiente & Derecho” Universidad de Sevilla, España, diciembre 2002, www.cica.es/aliens/gimadus/, Revista Jurídica Lex difusión y análisis, año VII, enero 2003, número 91, México.

Peña Chacón, Mario. La legitimación procesal en el derecho ambiental, el caso de Costa Rica, Revista Jurídica Lex difusión y análisis, año VII, marzo 2003, número 93, México. Revista de Direito Ambiental, año 8, enero-marzo 2003, número 29, Brasil.

Peña Chacón, Mario. Daño responsabilidad y reparación del medio ambiente, Revista Jurídica Lex difusión y análisis, año VII, mayo 2003, número 95, México y en Revista Digital de Derecho Ambiental del Instituto de Derecho y Economía Ambiental, tercera edición, julio 2004, Paraguay, www.idea.org.py/rda/.

Peña Chacón, Mario y Ojeda Mestre, Ramón. Análisis crítico del proyecto de ley de responsabilidad civil por el daño y el

deterioro ambiental, Revista Lex difusión y análisis, año VIII, enero 2004, número ciento tres, México.

Peña Chacón, Mario. Los principios de la responsabilidad ambiental a la luz de la jurisprudencia administrativa del Tribunal Ambiental de Costa Rica, Revista Lex Difusión y Análisis, año VIII, abril 2004, número 106, México.

Peña Chacón, Mario Aspectos procesales de la responsabilidad por daño ambiental aplicables en la nueva jurisdicción contencioso administrativa en el Dial.com, Biblioteca Jurídica Online, Suplemento de Derecho Ambiental, enero 2008, Año X, Argentina, www.eldial.com/suplementos/ambiental/ambiental.asp., en revista Lex Difusión y Análisis, año XII, febrero 2008, número 152, México; en Hermenéutica, Revista Jurídica, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, número 16, noviembre 2008, Costa Rica; Revista Derecho Administrativo del Círculo de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica del Perú, número 06, año 03, Perú.

Peña Chacón, Mario, Daño ambiental y prescripción, en Revista Derecho Ambiental y Ecología, número 29, febrero-marzo 2009, México; en el Dial.com, Biblioteca Jurídica

Online, Suplemento de Derecho Ambiental, febrero 2009, Año XI, Argentina, www.eldial.com/suplementos/ambiental/ambiental.asp; en revista Lex Difusión y Análisis, año XII, febrero 2009, número 164, México; Revista Electrónica de Derecho Ambiental “Medio Ambiente & Derecho”, Universidad de Sevilla, número 19, junio 2009, España, www.cica.es/aliens/gimadus/

Santos Morón, María José “Notas a la propuesta de Directiva sobre responsabilidad ambiental en relación con la prevención y reparación de daños ambientales”, en www.lapaginadelmedioambiente.com

Santander Mejía, Enrique “Instituciones de Derecho Ambiental” Ecoe Ediciones, 2002, Bogotá, Colombia.

Valls, Mario Francisco, Jurisprudencia ambiental –legitimación, Ugerman Editor, Buenos Aires, 2000.

Vall, Mario Francisco, Derecho Ambiental, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008.

Valls, Mariana y Brill Rossana, Prevención y compensación frente al daño ambiental – El seguro Ambiental, en www.cedha.org/docs/doc156-spa.doc

PODER POLÍTICO “DERIVADO Y OCULTO” Y SU RELACIÓN CON EL PROCESO DE CRIMINALIZACIÓN EN DERECHO PENAL

Prof. Alonso Salazar

RESUMEN

En el presente texto el autor realiza una crítica hacia el poder del Estado, el cual denomina como el “poder oculto”, un poder que no deriva de fuentes formales, que no siempre es legítimo. Así, pretende demostrar la influencia de este poder oculto, en el fenómeno de la criminalización, la formación del derecho y la concepción que del delincuente tenga la sociedad.

ABSTRACT

In this text the author makes a critic about the power of the State, that he denominates “occult power”, a power that isn’t come from the formal sources, that isn’t always is legitimate. In this form, he pretends to demonstrate the influence of this occult power in the criminalization phenomenon, the creation of the law and the society’s perception of the criminal.

PALABRAS CLAVE

Poder del Estado-Poder Político-Poder Oculto-Criminalización-Derecho- Delincuente

KEYWORDS

Power of the State-Occult Power- Criminalization-Law-Criminal

SUMARIO

- a) Concepto de poder político.
- b) Concepto de proceso de criminalización.
- c) El proceso de creación del derecho.
- d) El delito como un problema o como un conflicto.

SUMMARY

- a) Concept of Political Power.
- b) Concept of the criminalization phenomenon.
- c) The process of law creation.
- d) The crime like a problem or like a conflict.

PODER POLÍTICO “DERIVADO Y OCULTO” Y SU RELACIÓN CON EL PROCESO DE CRIMINALIZACIÓN EN DERECHO PENAL

Prof. Alonso Salazar

a) Concepto de poder político.

“...declarar la guerra a la criminalidad política es una forma ancestral de reacción social y alienta aquello que trata de erradicar...”

Ruggiero¹

Al hablar del poder político necesariamente se debe advertir que cualquier definición que se ensaye acerca del concepto, debe de considerar el doble componente o tándem que implica, en primer lugar el concepto de poder y en segundo lugar, ese concepto asociado a un fenómeno más complejo, que es el concepto de política. “Ha habido numerosos intentos y conflictos para conceptualizar satisfactoriamente el poder, tanto de un modo teórico como empírico. Ante esta situación, una teoría del poder no puede satisfacerse con una declaración descriptiva, con un análisis de rasgos esenciales que incorpora, por medio de supuestos, los resultados que produce.

[Esto porque] “el poder se compone de la distribución de las preferencias para las alternativas, y por lo tanto, depende, en lo que respecta a sus componentes de las combinaciones de estas preferencias”. [De ahí que] los intentos de analizar el concepto en sí mismo y de llegar a un acuerdo con respecto a sus diferentes significados no nos llevan a nada, excepto a la cautela y, al final, a la resignación”². Por eso aquí no se busca una definición de poder, sino que se parte de su existencia como tal, sin profundizar en el concepto dados los problemas a nivel teórico que una definición del concepto implican y que para los efectos de esta exposición, se torna innecesario analizar.

CASTILLO señala que si poder es la potestad de imponer decisiones a los demás, el ejercicio del poder estatal es, en el sentido más puro del término, ejercicio político. Si el poder del Estado se emplea en propiciar el desarrollo de la sociedad o en tratar el

¹ RUGGIERO (2009:41).

² Así LUHMANN (2005:3,85), quien hace uso de la teoría de los medios de comunicación como base para una teoría del poder.

fenómeno criminal, es cosa poco menos que circunstancial: ambas cosas tienen en común la misma esencia, es decir, son práctica o ejercicio del poder estatal³.

Cuando hablamos de poder, no me refiero aquí al poder otorgado, al formal, al legítimamente recibido por vías institucionales, este tipo de poder, por denominarlo de una forma, poder “derivado” no ofrece mayores problemas ni se presenta como interesante para efectos de este enfoque.

Téngase eso sí presente que LUHMANN ha señalado que “una definición, operacionalización y medición más cercana de las relaciones concretas de poder, es una empresa extremadamente compleja”⁴. ¿Quién va a dudar por ejemplo que el Jefe ejerza cierto poder sobre sus subalternos, o que el guardia penitenciario tenga cierto

poder para dirigir la vida de los privados de libertad, o bien, que el maestro de clase ejerza su poder sobre los alumnos? Si se analiza más profundamente, nadie se cuestiona el poder que tiene un Ministro, un Presidente por citar dos ejemplos, ese poder les ha sido otorgado, su poder se “deriva” de un marco institucional, de una normativa o reglamentación, para ser ejercido dentro las prerrogativas que el mismo marco institucional define con sus frenos y contrapesos, con instancias de control, más o menos eficaces, ese tipo de poder no es el que aquí nos interesa.

El poder al que me refiero y que guarda íntima vinculación con el proceso de criminalización⁵, es precisamente el otro poder: “el oculto”, el que no se deriva de una fuente de poder legítimamente establecida de acuerdo con las reglas sociales⁶.

3 Así CASTILLO E. (2008:357).

4 LUHMANN (2005:15).

5 Para el profesor Kaiser, Günther, la Criminología es el conjunto ordenado de saberes empíricos sobre el delito, el delincuente, el comportamiento socialmente negativo, y sobre los controles de esta conducta(...) a ella hay que agregar lo concerniente a la “víctima, y a la prevención del delito”, este autor postula la existencia de una concepción restringida de esta ciencia, y otra amplia; la primera sería la tradicional, que se limita a la investigación empírica del delito y la personalidad del autor; y la segunda por el contrario, incluye el análisis del conocimiento científico experimental sobre los cambios del concepto de delito (criminalización), y sobre la lucha contra éste, los controles de la conducta desviada, así como los mecanismos de control policiales y judiciales(...) en consecuencia, el objeto de la Criminología abarcaría, el estudio de la creación de las leyes penales, sus infracciones y las reacciones sociales importantes”. Así GÓMEZ PÉREZ (1999:204)

6 Continuando con la cita de FERRAJOLI, n. p. [28, en cuanto al protagonismo del sistema penal, nos señala: “Las razones de este protagonismo de la justicia penal son muchas y complejas. De ellas trataré solo dos, aparentemente opuestas. La primera, evidente y llamativa, es la expansión de la ilegalidad en la vida pública que ha afectado, en años pasados, al conjunto de los partidos, a la administración pública, al empresariado, al sistema bancario y, al mismo tiempo, a extensas capas de la población ligadas al mundo de la política por turbias relaciones clientelares e implicadas de distintas maneras, por connivencia o incluso sólo por resignación, en la práctica de la corrupción. Así, tras la fachada del estado de derecho, se ha desarrollado un infraestado clandestino, con sus propios códigos y sus propios impuestos, organizado en centros de poder ocultos y a menudo en connivencia con los poderes mafiosos, y, por consiguiente, en contradicción con todos los principios de la democracia: desde la legalidad al de publicidad y transparencia, del de representatividad a los de responsabilidad política y control popular del funcionamiento del poder. La segunda razón del papel decisivo ejercido por la intervención penal en la crisis del viejo sistema político ha sido la fuerte demanda social de legalidad que ha dado apoyo a esa reserva institucional de la democracia italiana representada, quizá más que en otros países, por la independencia de la magistratura y en particular de la acusación pública. No obstante su difusión social y su arraigo, el conocimiento de la ilegalidad de los poderes públicos en la impresionante extensión de sus verdaderas dimensiones ha supuesto para aquellos la pérdida total de legitimación política. Sólo así se explica que la incompatibilidad estructural entre poderes de gobierno ilegales e independencia del poder judicial, que en la última década había dado lugar a una permanente confrontación institucional dirigida a la neutralización de la segunda, se haya resuelto finalmente con el hundimiento de los primeros.”

Este poder y su ejercicio encierran misterios y relaciones, no siempre fáciles de detectar y que a la postre, ni su origen ni su dimensión resultan de fácil descubrimiento. ZAFFARONI ha señalado que el sistema penal no respeta la legalidad, porque para su verdadero y fundamental ejercicio de poder (el positivo configurador disciplinante) la misma ley se ocupa de renunciar a ella concediendo un amplísimo margen de arbitrariedad a sus agencias⁷.

De que el poder existe, creo que nadie duda⁸. Me refiero al poder “oculto”, ¿de dónde viene y hasta dónde puede ser ejercido?, esa es otra historia, ¿quién lo ostenta?, posiblemente nadie lo sabe a ciencia cierta, aunque probablemente en toda sociedad se identifican con meridiana claridad algunos de sus detentadores. Algo en lo que tampoco tengo duda, es en que una cantidad importante de individuos tienen consciencia de que se ejerce y de qué manera. En el fondo, lleva razón LUHMANN al apuntar que “el poder hace el trabajo de transmitir, al ser capaz de influenciar la selección de acciones (u omisiones) frente a otras posibilidades. El poder es mayor si es capaz de mantenerse incluso a pesar de alternativas atractivas para la acción o inacción. Y sólo puede aumentarse junto con un aumento de la libertad por parte de cualquiera que esté sujeto al poder”⁹.

A lo largo de todos los años en que he estudiado el derecho y en particular el derecho penal, me he hecho siempre una pregunta ante la cual no encuentro respuesta aún y es precisamente el origen y los límites del poder “oculto”. Como un pequeño ejercicio ejemplificativo, por supuesto, no pretendiendo agotar en ello la discusión, permítaseme citar algunas fuentes de poder “oculto” que he visto ejercer o que incluso lamentablemente he ejercido a veces hasta sin querer¹⁰.

Las fuentes del poder como dije, no me son del todo claras, sin embargo las encuentro a menudo en la vida, a veces hasta sin proponérmelo, en mi labor docente, en no pocas oportunidades, he encontrado alumnos con ciertos problemas para aprobar algunos cursos, en ciertos casos se trata de alumnos con problemas de promoción, en otros casos alumnos con problemas con sus trabajos finales de graduación incluso me ha sucedido con alumnos sin ningún tipo de problema, luego más adelante en nuestro devenir profesional, volvemos a toparnos con estas personas y ahí veo una fuente de poder oculto, veamos.

Cuando se ejerce la labor docente, y creo que a casi todos los docentes nos ha sucedido, encontramos a ex alumnos en puestos de autoridad con poder “derivado”

7 Cfr. ZAFFARONI (1989:33).

8 Resulta bastante ilustrativa la observación de LUHMANN citando a CROZIER, quien dice que en las organizaciones muy estructuradas el poder cambia a donde aún existe, en relación con las elecciones de acción de que dependen otros, un remanente de inseguridad. Así LUHMANN (2005:13).

9 Así, LUHMANN (2005:14).

10 Voy a prescindir aquí de manera deliberada de algunas fuentes del poder “oculto” como lo son los grupos económicos, las estructuras de los partidos políticos, los grupos criminales organizados, las organizaciones sindicales, las cámaras empresariales y toda clase de grupos o colectivos sociales organizados, pues no es el objetivo del presente trabajo el análisis de dichos grupos y/o sus injerencias en el proceso de creación jurídica, sino que quiero simplemente ejemplarizar el fenómeno como tal. Quizás en otro momento y con mayor amplitud, pueda dedicar un esfuerzo a explicar la relación de uno o algunos de esos grupos con respecto al derecho penal, más no ahora.

y si ha existido empatía con ellos, si ha existido una buena relación en el pasado, nos vemos favorecidos con el ejercicio del poder “derivado” precisamente como producto de esa relación preexistente, esto lo que significa es que tenemos un cierto poder “oculto” sobre aquellas personas por el rol que hemos jugado en sus vidas en un momento anterior, precisamente cuando ellos enfrentaron problemas en el campo académico.

He visto en otras oportunidades la relación de poder, surgir de hechos tan comunes y simples, como la información. Esto se da en distintos ámbitos del quehacer del ser humano, por ejemplo, el empleado que domina o conoce alguna información sensible y/o delicada de la vida privada o las relaciones de su jefe en la empresa, creo que nadie duda de que por temor a que esa información fluya, tiene cierto “poder” incluso frente al poder “derivado” del jefe, precisamente porque el poder “oculto” en la mayoría de los casos influye y limita el ejercicio del poder “derivado”.

Por citar un tercer ejemplo, ya no de mi labor docente, sino de mi labor profesional, en el pasado he tenido el honor y/o el privilegio de ejercer la representación legal de jueces con poder “derivado”, pero que no por ello, dejan de ser seres sociales y por tanto sufren las mismas vicisitudes del resto de los mortales. Resulta que luego de haber ejercido con éxito alguna de estas representaciones, he sentido cómo en algún momento el poder “derivado”, se ha visto limitado por el poder

“oculto” ante la toma de decisiones, en donde incluso se nota la incomodidad del o los jueces por resolver una cuestión que pueda resultar desfavorable para mis intereses o los de mi cliente [claro está, cuándo ello se encuentra en conflicto con la interpretación de la ley que hace el funcionario, pues en caso contrario lo hace sin reparo alguno y hasta con placer, creo que más convencido de que es una forma de devolver el favor, que de aplicar “correctamente”¹¹ el derecho].

Los ejemplos pueden abundar y las fuentes de poder son ilimitadas, he de indicar de igual manera, cómo en ocasiones he sentido el fenómeno inverso, cuando teniendo la razón [diría yo, creyendo tener la razón] y el derecho de mi parte o de parte de mis representados, se percibe la presencia de un poder “oculto” que limita el ejercicio del poder “derivado” y en consecuencia se experimenta una gran frustración e impotencia cuando se toma consciencia de ello.

Pues bien, con un criterio amplio de la política, entendiendo por política toda relación y/o forma de vinculación social que abarca desde las más simples hasta las más complejas relaciones del ser humano con sus semejantes, hemos de entender que el poder “oculto” encuentra fuentes materiales en todo tipo de relaciones y que de su ejercicio depende la subsistencia misma de la colectividad, sin el ejercicio del poder la sociedad no subsiste como tal.

Lo expuesto es más que claro, desde que tomamos consciencia de que el poder

¹¹ Si es que se puede hablar de que exista una aplicación “correcta” de la ley. Sobre eso me ocuparé en otro momento, baste por ahora señalar que en mi opinión lo que existe es una aplicación de la ley, de acuerdo con lo dispuesto por un intérprete de ella, cuando existe coincidencia en que dicha interpretación la realice un “intérprete autorizado” de la ley, consecuentemente tiene efectos jurídicos.

“oculto” se relaciona íntimamente con la figura de quien lo ejerce y que en no pocas ocasiones, la simple presencia de quien lo ostenta, sin ninguna otra manifestación de su parte, transmite de manera indubitable que se ejerce y que la inobservancia de las reglas que ese poder establece acarrea consecuencias. La falta de ejercicio de poder “oculto”, hace que las vinculaciones sociales desaparezcan y se genera un caos, que es la forma menos aceptable de vinculación social.

Baste un ejemplo, para dejar en claro a qué me refiero. Pensemos en un colectivo conformado por un Presidente electo popularmente y en pleno ejercicio¹², un Ministro de Estado, un guardia de Seguridad presidencial, un encargado de servicio personal de Presidente y un chofer del coche presidencial. A simple vista, está claro que he expuesto el orden de jerarquía del colectivo, con base en un poder “derivado” de carácter formal. Ejemplos del poder “oculto” sobran aquí. Si suponemos que el Ministro de Estado despidе de su cargo al chofer del Presidente porque quiere colocar en su puesto a un tercero, está claro que primero deberá cerciorarse de hasta dónde llega el poder del chofer en relación con el Presidente, pues una imprudencia de su parte podría más bien costarle el cargo de Ministro. Piénsese en el chofer quien además conoce de las “andadas” del Presidente y es quien atiende sus “asuntos personales” con absoluta discreción y reserva, y que venga un Ministro imprudente y desbordado a pretender prescindir de sus servicios; posiblemente le

resulte al Presidente más fácil conseguir un nuevo Ministro que poner en manos de un extraño sus infidencias más íntimas.

Pensemos por otra parte en el caso en que se accidentan en una montaña los miembros del colectivo antes citado y que resulta que el encargado del servicio personal del Presidente es un experto en montaña y salvamento, mientras que el resto son unos legos desconocedores por completo del desplazamiento y supervivencia en ese tipo de terrenos. No deberíamos tener que pensar mucho, para inferir que a partir de este momento habría un nuevo jefe de la delegación, por la supervivencia de todos, por el interés colectivo y que a mayor peligro para la vida propia, mayor delegación de poder y mayor poder “oculto” tendrá quien domine la escena, llegando incluso a imponer su criterio conforme aumente el nivel de crisis por encima de cualquiera otro de los miembros del grupo. Es más, muy probablemente su poder no se limite al lapso en que lo ejerza como tal y durante la crisis, sino que lo conserve aún después de la emergencia, precisamente sobre los miembros del grupo quienes le estarán eternamente agradecidos por salvar sus vidas.

Es a partir de lo expuesto y bajo este entendimiento, que pretendo desarrollar algunos conceptos básicos del fenómeno delincriminal, en particular con respecto al poder y los procesos de criminalización, que es el objeto de este estudio, más no pretendo enfocarme en los procesos “formales” de creación jurídica, sino por el contrario, poner

12 Téngase presente aquí que como bien apunta LUHMANN que las jerarquías de poder sirven como substitutos. “Se supone que un superior tiene más poder que un inferior (aunque en las organizaciones burocráticas lo contrario pueda ser lo normal). Así LUHMANN (2005:15). Más adelante apunta que dado que el poder se anula por el ejercicio real de la coerción física, debemos entender que el poder es “específicamente político”, siempre con la condición de que el poder no se degenera en coerción física LUHMANN (2005:87).

el dedo en la yaga en cuando al delito como un producto en no pocos casos, del poder “oculto” en la sociedad y de cómo éste se ejerce para la creación de los tipos penales.

Resumiendo, afirmo que existen dos tipos de poder, por un lado el poder derivado [originado en una fuente formal] y por otro lado el poder oculto [de cuyo origen no existe formalmente una fuente, pero se da por sentada su existencia]. Adicionalmente, claro está, de lo que se trata aquí, no es de un estudio de las fuentes formales del poder y sus consecuencias, sino que por el contrario, me ocuparé de analizar cómo es que el “poder oculto” influye en lo que conocemos como fenómeno delincuencial.

Una primera conclusión que se puede extraer de lo dicho, es que el poder como tal, sea este derivado u oculto, constituye en definitiva un factor determinante en el proceso de formación y aplicación del derecho. Las fuentes de poder “derivado” son claras y conocidas, por lo tanto controlables y verificables, debe de prestarse especial atención al poder “oculto” como génesis en la formación del fenómeno jurídico, especialmente desde una perspectiva penal, no sólo en cuanto a su función como generador de tipos penales, sino -cuanto más-, como escudo frente a la aplicación de los tipos penales y su individualización.

b) Concepto de proceso de criminalización.

Un primer aspecto que debe tenerse claro, es qué se entiende por proceso de criminalización:

“Como dice DELMAS-MARTY, las respuestas al crimen están condicionadas por el tiempo y por el espacio, porque el mismo crimen se configura en cada sociedad según criterios múltiples y, a veces, contradictorios. Por ello se hace indispensable, especialmente en esta época de tan profundos cambios reflexionar sobre las líneas de orientación en la configuración de aquellas conductas o comportamientos que deben ser considerados como infracciones penales, sobre cuáles hayan de ser las penas y/o medidas penales que a ellos hayan de asociarse y, en definitiva, examinar con detenimiento el catálogo de delitos y faltas y la relación de sanciones para descubrir si en el momento actual, sujeto a múltiples circunstancias, a tan profunda crisis de valores y de jerarquía de los mismos, la política criminal que se sigue es o no correcta desde el punto de vista de los postulados básicos de un Estado de Derecho y si son o no eficaces en función de la realidad social sobre la que el Derecho penal se aplica”¹³.

LOMBROSO trató de explicar el delito como una patología del individuo, trató de encontrar sus causas y cómo reaccionar ante esta patología, desde luego fracasó, no podría bajo ningún concepto tener éxito un intento de esta naturaleza, desde que se atribuye al delito una entidad propia.

13 DELMAS-MARTY, citada por RUIZ VADILLO (1987).

“La abstracción jurídica ve en el crimen el frío supuesto de hecho de la norma: el presupuesto conceptual de la pena. Para los patólogos sociales, el delito es una epidemia, una lacra; para los teólogos, un castigo del cielo; para los expertos en estadística, una cifra, un guarismo; para la Criminología científica el crimen es, ante todo, un problema social: esto es, un fenómeno masivo, que no circunscribe su existencia a un determinado período temporal o coyuntural, que produce dolor a todos -y es percibido por todos como fenómeno aflictivo-, y no cuenta con consenso alguno en el momento de explicar su génesis ni en el de diseñar los oportunos programas de prevención e intervención en el mismo. El crimen, en efecto, es tan antiguo como el hombre mismo, la otra cara de la moneda. Fascina, produce alarma y dolor: y no sólo a quien lo padece, ni a quien después sufre

las consecuencias de la pena, sino a toda la comunidad jurídica. No existen fórmulas mágicas para controlarlo, ni, desde luego, para terminar con él, pues la experiencia revela su faz humana, cotidiana e incluso doméstica: convivimos con el crimen, día a día. Todo sistema social produce necesariamente crimen, incluso un orden social intacto, en buen estado de funcionamiento (también el sistema democrático de nuestro tiempo, necesariamente plural, conflictivo y antagónico), sin que sea necesario referir el mismo a patologías, desorganización social, carencias o vacíos normativos”¹⁴.

Por mi parte, concibo el delito como una manifestación de poder del Estado, esto es, que desde mi óptica es delito aquello que el Estado defina con tal carácter, independientemente de la construcción teórica que se escoja¹⁵. Desde luego, un tema aparte lo constituye la legitimación ética,

14 Así, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA (1994).

15 “El estructural-funcionalismo (teorías de la anomia) ha rebatido la naturaleza patológica que tradicionalmente se atribuía al delito, argumentando que éste es consecuencia del normal funcionamiento del sistema social. Frente al principio del bien y el mal (la sociedad representa el bien, el delito y el delincuente, el mal), las teorías anómicas apelan a la funcionalidad del crimen, cuya etiología aparece unida -afirman estas teorías-a los procesos sociales ordinarios y cotidianos de un orden social intacto.” Así GARCÍA-PABLOS DE MOLINA (1994). La teoría estructural-funcionalista de la anomia y de la criminalidad afirma:

- 1) Las causas de la desviación no deben buscarse ni en factores bioantropológicos y naturales (clima, raza), ni en una situación patológica de la estructura social.
- 2) La desviación es un fenómeno normal de toda estructura social.
- 3) Sólo cuando se hayan sobrepasado ciertos límites, el fenómeno de la desviación es negativo para la existencia y el desarrollo de la estructura social, si se acompaña un estado de desorganización, en el cual todo el sistema de reglas de conducta pierde valor, mientras no se haya afirmado o formado??? aún un nuevo sistema (es ésta la situación de “anomia”). Viceversa, dentro de sus límites funcionales, el comportamiento desviado es un factor necesario y útil del equilibrio del desarrollo sociocultural. Así BARATTA (1986:56).

moral, social y/o religiosa de la conducta descrita en la ley¹⁶. Desde esta perspectiva, delito es aquello que un Estado defina como tal y no otra cosa, pero lo más importante es, que eso y nada más eso, es delito. Así el proceso de definición de la conducta delictiva tiene un rol tanto creador como limitador. Por una parte crea la figura del delito y a la vez lo define y en esa definición encuentra sus límites¹⁷.

De lo expuesto se colige, que en última instancia el delito ni existe como tal fuera de un proceso formal de creación jurídica y tampoco existe más allá de ese proceso. No obstante, a la vez que definimos la conducta delictiva, creamos el delito y por eso la pregunta obligada es ¿quién crea el delito,

por qué, cómo y cuándo se crea? y es a esto que se le denomina criminalización.

Así las cosas, se define el proceso de criminalización como el proceso a través del cual se llega a la creación de una figura delictiva, el cómo se criminaliza una conducta determinada, cuya característica será sin duda alguna la consecuencia jurídica que se le atribuye a determinada conducta que es seleccionada por el Estado con carácter positivo (en lenguaje de Kelsen) para dotarla de vigencia en un ordenamiento jurídico específico¹⁸. Señala SANDOVAL HUERTAS:

“De allí que parézcamos correcta en lo esencial la siguiente explicación de BUSTOS

16 No se desconoce aquí ni las tesis de ROUSEAU, acerca de la función legislativa de que “con el pacto social le hemos dado vida al cuerpo político; se trata ahora de darle el movimiento y la voluntad con la legislación”, ni tampoco los límites establecidos sobre todo desde la perspectiva del derecho constitucional, al principio de libertad jurídica, como tampoco el contrapeso establecido desde las corrientes constitucionales del derecho español con base en el “pluralismo político” o bien la doctrina de la racionalidad constitucional de cuño alemán y de origen anglosajón “due process of law” que pasó como garantía innominada de derechos fundamentales (1984 caso Hurtado vs California), Pasim, HERNÁNDEZ VALLE (2007). No obstante, desde mi perspectiva una cosa está clara, se podrá cuestionar la legitimidad de una ley penal desde cualquier punto de vista, pero mientras esté vigente en el Estado, se aplicará y en consecuencia será derecho positivo por más que se le cuestione.

17 Claro está eso sí, que me parecen muy acertados los comentarios de HULSMAN, en entrevista con BERNAT DE CELIS y ante la expresión de éste último “Lo que usted explica proyecta una imagen bastante inquietante sobre la manera como se consigue la aprobación de los proyectos de ley! Y sobre la manera como son elaborados! Durante ese período de mi vida vi claramente cómo son fabricadas las leyes por funcionarios subalternos. Enmendadas luego precipitadamente y por compromisos políticos, no tienen absolutamente nada de democráticas y difícilmente son el efecto de una coherencia ideológica. Peor aún, son dictadas ignorando la diversidad de situaciones sobre las que van a influir... Pero esta confrontación con una realidad sin relación con los principios recibidos no fue sino una etapa en mi descubrimiento de que, en nuestra sociedad, nada funciona en el fondo según los modelos que se proponen. HULSMAN/BERNAT DE CELIS (1984:8).

18 Señala GARCÍA-PABLOS DE MOLINA (1994): “Durante mucho tiempo se concibió el crimen como mero conflicto individual con la norma, propio de una minoría asocial y desviada. El delincuente era el «otro», una persona distinta de las demás, en términos cualitativos, un producto ajeno a la propia sociedad y externo a la misma; procedente, desde luego, de las clases de más baja extracción social. Las causas del comportamiento criminal se buscaron siempre en determinados factores individuales biofísicos o biopsíquicos, sin que sea necesario recordar ahora el conocido estereotipo lombrosiano de delincuente. El crimen aparecía, naturalmente, como comportamiento disfuncional, nocivo, patológico -fruto, incluso, de la propia «patología social» que la sociedad tenía que extirpar como cuestión de supervivencia.

Hoy día, sin embargo, se piensa de un modo bien distinto. La delincuencia de cuello blanco, la de tráfico, la problematización creciente del campo oscuro de la criminalidad y el incremento de la criminalidad juvenil, evidencian

RAMÍREZ, aunque pensamos exagera la valoración positiva de los sistemas jurídicos europeos: "mientras que en los Estados de derecho europeos de la sociedad burguesa desarrollada, el derecho escrito, esto es, la ley, tiene como función básica la de dar cauce a un proceso transparente de participación y discusión de las decisiones, lo que es fundamental para la constitución de un Estado de derecho democrático, en los países latinoamericanos, en cambio, ese derecho escrito tiene una función inversa, los signos se cambian. En efecto, el derecho escrito, la ley, no es garantía, sino arbitrariedad; representa solo la fuerza del que lo impone y, por otra parte, encubre -no es transparente- un proceso de pura dominación o manipulación" (JUAN BUSTOS RAMÍREZ, "Estructura jurídica y Estado en América Latina", en GEORG RUSCHE y OTTO

KIRCHHEIMER, Pena y estructura social, trad. De E. García Méndez, Bogotá, Edit. Temis, 1984, pág. LVI)¹⁹.

El entender el fenómeno jurídico penal, como manifestación de poder del Estado, nos permite de igual manera, determinar que ninguna consecuencia desde una perspectiva ontológica conlleva el no criminalizar determinadas conductas, esto es, si el Estado decide qué es delito, de igual forma define qué no es delito, por un proceso de definición negativa, a saber, todo aquello que no está sancionado como delito, no será delito hasta que el Estado así lo decida y lo que es delito hoy en día, será delito mientras el Estado lo determine²⁰.

Delito y delincuente están vinculados por una relación de género a especie, por lo tanto, el Estado al definir el delito, define de igual manera al delincuente, y no debemos olvidar por supuesto a la víctima; y ya veremos cómo opera el proceso de selectividad que descarta y/o incluye a determinados sujetos dentro de las denominadas agencias que controlan el ejercicio legal y monopólico de la

que cada vez es mayor el número de ciudadanos «normales» que transgreden la norma. El crimen se caracteriza como comportamiento desviado, pero «normal»: la otra cara de la ley, la sombra inevitable de la convivencia humana. Un fenómeno social -un «problema social» según el significado que cobra este término en OVCHARCHYN-DIEWITT y otros teóricos de las ciencias sociales- más que individual, mayoritario y esparcido en todas las capas de la pirámide social (ubicuo); unido inseparablemente a las estructuras de cada forma de sociedad (ubicuo); y capaz de cumplir, incluso, importantes funciones en el equilibrio y desarrollo de aquélla. Hasta el punto de que algún autor ha recordado que cada sociedad suele tener «la delincuencia que necesita y merece». Por otra parte, es difícil cuestionar en nuestros días que el único objetivo racional y posible, desde un punto de vista de política criminal, no es aniquilar la delincuencia, sino controlarla y someterla a índices tolerables."

¹⁹ Así SANDOVAL HUERTAS (1985:11).

²⁰ No debe perderse de vista, no obstante, que no siempre la ley como tal, está diseñada para la protección de bienes jurídicos en principio y por tanto para la protección del ciudadano alcanza los fines formalmente propuestos... "las leyes y las estructuras, hechas teóricamente para proteger al ciudadano, pueden, en ciertas circunstancias, volverse contra él. Es decir, vi que era falsa la idea oficial que, por una parte, pretende que el Estado es necesario para la supervivencia del individuo y, por otra parte, lo legitima dotándolo de la representatividad popular." Así HULSMAN/BERNAT DE CELIS (1984:11).

violencia estatal²¹, que es como se entiende aquí el sistema jurídico penal²². No perdamos de vista eso sí, que ya FOUCAULT en *Vigilar y Castigar*, desde hace mucho tiempo, sentó las bases de la idea de que existe una correlación estricta en nuestras sociedades y hay que situar los sistemas punitivos en “cierta economía política del cuerpo”²³.

Como señala CARBONELL “...al organizarse políticamente la sociedad en el Estado, la tutela de los bienes ha pasado a ser atributo de éste, entre otras cosas porque el Estado tiene el monopolio legal de la violencia y, como hemos, visto, la defensa de la estabilidad requiere de la amenaza de la fuerza y del uso de la violencia. El Derecho penal, es, precisamente, el instrumento encargado de dicha tarea”²⁴.

Parafraseando a SANDOVAL HUERTAS²⁵, “la reacción social formal comienza con la

creación de normas penales, esto es, con lo que jurídicamente se suele denominar su aprobación, expedición y entrada en vigencia”. A esto es a lo que me refiero, precisamente es en la forma en que se crea, expide y entra en vigencia la ley penal, que se manifiestan exactamente los fenómenos de criminalización.

Continúa SANDOVAL HUERTAS señalando que de igual forma debe estudiarse y averiguarse por qué otras normas no llegan a crearse, ve como unidad fenomenológica también junto con la creación, la abolición de éstas. Considera de la misma manera al estudio de la decisión judicial de crear normas penales y no de otra índole y parte de que la diferenciación entre las distintas normas jurídicas no es de tipo ontológica ni naturalista sino simplemente de una decisión política²⁶.

21 No es el objeto de este estudio, pero sí resulta interesante el análisis que sobre la ideología y el derecho realiza CAMPOS, quien nos señala: “...un primer eslabón importante entre ideología y derecho penal tiene que ver con el rol de este último en la construcción social de la violencia, es decir, en la formación de representaciones sociales y valores acerca de lo que se entiende como violento...” y nos aporta amplias referencias al respecto. Cfr. CAMPOS (2010:125).

22 HULSMAN define al derecho al igual que la teología moral, la interpretación de las entrañas, la astrología en cuanto a su funcionamiento como sistemas señalando que funcionan de la misma manera... “Son sistemas que tienen su propia lógica, una lógica que no tiene nada que hacer con la vida ni con los problemas de la gente. En cada sistema, me decía, se hacen depender las respuestas de signos que no tienen nada que ver con las verdaderas cuestiones planteadas.” HULSMAN/BERNAT DE CELIS (1984:16). Más elocuente y ejemplificativa de la posición de HULSMAN deviene la cita que hace de ORTEGA Y GASSET: “Se construyen sistemas abstractos para sentirse seguro en tanto civilización y se trabaja para perfeccionarlos. Pero, con el tiempo, su elaboración se ha hecho detallada y las condiciones para las cuales han sido creados dichos sistemas han cambiado de tal manera, que toda esta construcción no corresponde ya a nada. La distancia entre la vida y la construcción llega a ser tan grande, que ésta se reduce a ruinas...Así HULSMAN/BERNAT DE CELIS (1984:17).

23 Cfr CAMPOS (2010: 128-129), con referencias adicionales.

24 Así CARBONELL (1999:28-29).

25 SANDOVAL HUERTAS (1985:9).

26 Consultar SANDOVAL HUERTAS (1985), “La creación de normas penales como objeto de estudio criminológico, en síntesis, tiene un alcance mucho mayor que el que posee desde la perspectiva estrictamente jurídica”, p. 9. Más adelante señala “Estimamos, incluso, que para efectos del examen del sistema penal desde la perspectiva de la criminología crítica, la creación de normas reviste aún mayor importancia en los países latinoamericanos que en los de Europa occidental, como quiera que en estos últimos las condiciones materiales y la relativa influencia de partidos de izquierda y ecologistas, han conducido a que, al momento de proponer, dictar, abolir o modificar disposiciones penales, los intereses colectivos y de los sectores sociales mayoritarios no sean tan desatendidos como ocurre en nuestras naciones en las que, salvo excepciones, dichos intereses carecen totalmente de auténtica representación en los órganos que deciden sobre la creación de normas penales.”, p 10.

Apuntan NUÑEZ PAZ y ALONSO PÉREZ que "...la entrada en juego del control formal presupone el fracaso de las instancias de control informal, de la política social y económica que constituye la llamada PREVENCIÓN PRIMARIA y comprende, como señalan algunos criminólogos clásicos, más modernos y críticos (vid. BERGALLI, KAISER y ALBRECHT), tanto la actividad que se refiere a los delincuentes ocasionales (PREVENCIÓN SECUNDARIA) como la relativa a los autores criminales reincidentes (PREVENCIÓN TERCIAIA)"²⁷.

Cómo el poder político influye en este proceso, es precisamente lo que trataré de exponer, no sin antes resaltar lo expuesto por BARBERO SANTOS:

"La Humanidad, dice BARBERO SANTOS, se enfrenta últimamente a la agravación cualitativa y cuantitativa del fenómeno criminal. Y en no pocos Estados se observa una clara inclinación a reinstaurar una política criminal represiva, tanto en el plano de aumentar la severidad de las sanciones como en el ámbito del procedimiento, sea en la instancia policial, sea en la judicial y penitenciaria. A esta poderosa corriente confluyen

*incluso antiguos modelos liberales que se infiltran de autoritarismo y hasta de totalitarismo. El Estado tentacular moderno tiene no sólo la facilidad de convertirse en el temible Leviatán. Dispone de medios que pueden conducir a la anulación de la persona. Se ha advertido por ello del peligro de que el dirigismo y la socialización creciente del Derecho puedan desembocar en un totalitarismo no larvado. Nada de extraño que cada día se clame más por el control of control con el fin de evitar el daño que el no controlar al Estado puede ocasionar a la credibilidad del sistema y a la obligada protección de los ciudadanos y de la sociedad. Pocas dudas caben, pues, dice, de que los modelos en vigor están en crisis"*²⁸.

Resumiendo, entiendo por "criminalización" al proceso [también denominado fenómeno ²⁹] mediante el cual el Estado "crea" los tipos penales, por lo tanto, me refiero propiamente a la génesis, desde el punto de vista normativo de un fenómeno delincuencial en cuanto tal y en tano lo percibimos. No es a lo que la criminología -desde un punto de vista

27 Así, NUÑEZ PAZ/ALONSO PÉREZ (2002:158).

28 Citado por RUIZ VADILLO (1987), con referencias adicionales. El mismo FERRAJOLI (1995) en el prólogo de la edición de su libro para la versión española señala: "Hace algunos años que el derecho penal ha asumido en Italia un insólito papel central, convirtiéndose en protagonista de una crisis política e institucional sin precedentes ni parangón en la historia de las democracias modernas. Nunca hasta ahora toda una clase de gobierno, quizá la más longeva y estable entre las de los países occidentales, había sido sacudida de modo semejante desde los cimientos por el ejercicio de la jurisdicción penal, ni experimentado una tal conmoción junto a amplios sectores del mundo económico y financiero, p. 9.

29 En filosofía, el fenómeno (del griego: φαινόμενον: 'apariencia, manifestación', en plural: phenomena φαινόμενα) es el aspecto que las cosas ofrecen ante nuestros sentidos; es decir, el primer contacto que tenemos con las cosas, lo que denominamos experiencia. La misma palabra hace pensar que detrás del fenómeno puede existir una estructura no perceptible directamente, el filósofo Immanuel Kant lo llamó nómeno.

estrictamente formal- llama el análisis del delito en cuanto tal, o la dogmática reconoce de manera generalizada como el tipo penal [Tatbestand en alemán³⁰]. De la misma manera, aclaro desde ya, que ese fenómeno de criminalización es conceptualizado en este texto no como un punto específico y determinado que no trasciende de la creación jurídica (promulgación de una ley), sino que es percibido como un proceso dividido en varios niveles.

Una segunda conclusión de lo expuesto constituye por consiguiente entender que más importante que el estudio del proceso de criminalización, entendido como la génesis de los tipos penales (delitos) de especial importancia para la comprensión de la operatividad del sistema jurídico penal y su individualización [direccionamiento del tipo a

un sujeto determinado con consecuencias con respecto a ese sujeto], siguiendo el lenguaje de Kant, debemos avocarnos al estudio del fenómeno del delito, entendido el delito como un proceso que va desde el arquetipo normativo (tipo penal) hasta su aplicación a un sujeto determinado, comprendiendo que la aplicación del tipo se agota con el cumplimiento de una pena, esto es, tratar de comprender el delito tal y como se nos presenta en la realidad.

c) *El proceso de creación del derecho.*

Evidentemente, no me propongo aquí hacer una amplia exposición del proceso de formación de las leyes en nuestro medio, no interesa para los fines de este trabajo, baste con indicar que las leyes son discutidas y

Durante mucho tiempo se valoraba como verdadero lo que “estaba oculto” más allá de la apariencia, del fenómeno, y el intento del conocimiento era “desvelar” eso oculto como esencia, la cual así como diversas clases de verdad. El término fenómeno tiene un sentido especial en la filosofía de Kant, al poner en contraposición el concepto de fenómeno con el de noumeno. Los fenómenos constituyen el mundo tal como lo percibimos, en oposición al mundo tal como existe independientemente de nuestra experiencia, a lo que Kant llama «la cosa en sí misma» (Das Ding an sich). Según Kant, el ser humano no puede conocer las cosas-en-sí-mismas, sino solamente las cosas tal como las percibe o experimenta. Por lo tanto, la tarea de la Filosofía consiste en tratar de comprender el propio proceso de la experiencia. El concepto de “fenómeno” condujo a una corriente de la filosofía conocida como Fenomenología. Entre las figuras señeras de dicha corriente se encuentran los filósofos alemanes Hegel, Husserl y Heidegger, así como el francés Derrida.

La versión kantiana de los fenómenos se ha considerado asimismo que ha influido grandemente en el desarrollo de los modelos psico-dinámicos en la Psicología, así como de las más recientes teorías sobre el modo en que interaccionan el cerebro, la mente y el mundo exterior. Así <http://es.wikipedia.org/wiki/Fen%C3%B3meno>, consultado el 07 de septiembre de 2011.

- 30 Concepto introducido por Beling, *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906. Tatbestand debe entenderse como un estado que involucra tanto la Tipicidad (Rechtsbeschreibung) como las circunstancias del hecho (Tatumstände) [En castellano se habla por lo general de tipo objetivo y de tipo subjetivo, que corresponde en alemán a „objektiven“ und „subjektiven“ Vertypung (tipo). Tiedemann señala, que el concepto “Tatbestand” -al contrario de una gran cantidad de interpretaciones erradas- las que sobre todo conforman la teoría del tipo, representa una categoría penal específica ante todo clara, la que no coincide con el concepto de tipo penal (Gesetztatbestand) ni con el concepto de Tatbestand en la teoría general del derecho (como suma de presupuestos jurídicos) [Cfr. Tiedemann, *Tatbestandfunktionen im Nebenstrafrecht*, 1969, p. 22 s., con más referencias. Sobre el concepto de Tatbestand como tal Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Aufl. 1993: 6/46 ss.]. El concepto de Tatbestand como parte de la teoría jurídico-penal puede definirse de la siguiente manera:

Tatbestand = objektiver Tatbestand + Vorsatz (tipo objetivo + dolo)

Acerca de este concepto con un tratamiento más amplio, puede consultarse SALAZAR (2000:158). Así como la literatura allí citada.

aprobadas en la Asamblea Legislativa³¹ y luego de este proceso, son sancionadas por el Poder Ejecutivo. De la misma manera, salvo las excepciones previstas en la misma Constitución como iniciativas populares, la iniciativa en el proceso de formación de las leyes corresponde en períodos de sesiones ordinarias a los mismos miembros de la Asamblea Legislativa y en períodos de sesiones extraordinarias al Poder Ejecutivo; este sería, en síntesis y a groso modo, el proceso resumido.

Claro está, que las anteriores son las previsiones de orden jurídico y marco legal que rige para tales efectos. “No obstante esa intrínseca importancia de la etapa de la que hablamos, ésta ha sido particularmente descuidada en los análisis criminológicos y cuidadosamente disimulada, casi escondida, a los ojos de la colectividad. Por eso con alarmante frecuencia se cree que la expresión “sistema penal” alude solo a instituciones jurisdiccionales y administrativas, como si las normas penales constituyesen un dato dado y natural, proveniente de un “ser superior” cuyas decisiones fuesen incuestionables, o como si los legisladores pudieran ser un ente neutral y abstracto, al margen o por encima de los conflictos sociales”³².

“Buena parte del éxito de los modelos sociológicos estriba en la utilidad práctica de la información que suministran a los efectos político-criminales. Pues sólo estas teorías parten de la premisa de que el crimen es un

fenómeno social muy selectivo, estrechamente unido a ciertos procesos, estructuras y conflictos sociales, y tratan de aislar sus variables. Claro que algunas formulaciones macrosociológicas llegan a prescindir por completo del hombre, desindividualizando -despersonalizando- la explicación del suceso criminal, que pierde así su faz humana (vg. teoría sistémica). Que otras confunden las realidades estadísticas con las axiológicas, el mundo empírico y el de los valores, confiando a la aritmética de las mayorías sociales la distinción entre lo normal y lo patológico (vg. el relativismo y la neutralidad axiológica de la teoría de la desviación); o, en otro sentido, corren el riesgo de identificar el discurso sociológico y el político, equiparemos autenticidad y legitimidad (vg. teorías subculturales). Que algunas teorías exageran la relevancia de ciertos conflictos sociales en la génesis de la criminalidad (versiones radicales del modelo conflictual) o asignan a la reacción y a los mecanismos del control social (procesos de criminalización) una desmedida función «constitutiva», creadora de delincuencia (naturaleza «definitorial» del delito según

31 Con diferencias en cuanto a su estructura y conformación, amén de la forma de operar, sería algo así como el Congreso de los Diputados español.

32 Así SANDOVAL HUERTAS (1985:11).

el «labelling approach»), desentendiéndose del análisis de la «desviación primaria»³³.

Desde luego, que en torno al tema del poder político y su injerencia en el proceso de criminalización, es aquí en donde cobra especial relevancia lo hasta ahora expuesto.

Lo anterior, precisamente a partir de la conceptualización del derecho como manifestación del poder de Estado, la pregunta es ¿cuál poder, el “derivado” o el “oculto”?; lo no dicho, lo no expuesto tiene que ver y está íntimamente ligado con ese poder “oculto” y su influencia en el proceso de criminalización, puesto que el ejercicio del poder “derivado” dentro del marco legal preestablecido, con transparencia y en aras del interés colectivo, que es una de las metas manifiestas del Estado, no ofrece mayor problema y más aún, es un ideal por alcanzar, más que ello, diría yo, una utopía o una quimera de la que se alimentan los ingenuos que consideran que el Estado como tal existe que es un ente con vida propia, que tutela los intereses colectivos y se olvidan que al igual que el derecho, el Estado no es más que una ficción legal, que representa los intereses de quien ejerce el poder y no necesariamente el poder derivado como se expuso, sino por el contrario y esto es lo grave, el poder “oculto” de ciertos grupos y/o sectores sociales que se manifiestan precisamente a través del derecho en salvaguarda de sus intereses particulares y con un claro objetivo de mantenimiento del orden establecido.

“Dicha mimetización de la relevante injerencia del legislador en la configuración del sistema penal, no es gratuita ni fortuita. Ella, en efecto, tiende a conseguir que aquellas instituciones políticas en las que, por su carácter exclusivista, mejor se reflejan las relaciones de dominación, queden a salvo de las críticas y reacciones por el funcionamiento del sistema penal y que estas sean soportadas exclusivamente por los aplicadores de normas. Contemporánea y especialmente en los países latinoamericanos, sin embargo, preténdese hacer pasar inadvertido aún algo más, a saber: que, en forma sistemática, la función de legislar en materia penal no está siendo desempeñada por las entidades de la rama legislativa a las que teóricamente está asignada, sino que ha venido siendo asumida por el poder ejecutivo”³⁴.

En nuestro medio por ejemplo, desde hace aproximadamente tres lustros, se ha manejado la tesis de que la legislación penal, por su carácter “especialmente técnico”, requiere de un tratamiento y abordaje por “expertos” que comprendan el funcionamiento del sistema y que se encuentren “verdaderamente” capacitados para tal labor. Ello ha significado incluso, que el mismo Poder Legislativo a través del mecanismo de los denominados textos sustitutivos³⁵, se haya visto limitado en

³³ Así GARCÍA-PABLOS DE MOLINA (1994).

³⁴ Ver SANDOVAL HUERTAS (1985:11).

³⁵ Esto es que una vez sometido un proyecto de ley a discusión en la Asamblea Legislativa y previo al acto de aprobación, se sustituye el texto del proyecto por otro, supuestamente más preciso, corregido y ampliado, que evade el escrutinio legislativo precisamente por su alto grado de tecnicismo.

su función de analizar y discutir las leyes, pues ésta labor ha sido realizada por los tecnócratas del Poder Judicial, quienes les hacen llegar los textos legales como paquetes “listos para ser aprobados”.

Ya el mismo SANDOVAL HUERTAS ha expuesto lo antes dicho al señalar que “de una parte, acudiendo muchas veces al argumento de que la creación de ciertas normas requiere un manejo “altamente técnico”, dizque incompatible con la discusión de grupos más o menos numerosos, se restringe aún más la ya reducida participación democrática, que menos difícilmente podría tener lugar, mediante el conocimiento y debate previos de las futuras normas, si se siguieran los canales legislativos ordinarios”³⁶.

Resumiendo, el proceso de formación de la ley es un proceso más complejo de lo que se piensa, varía desde luego de país en país y por tanto, su análisis no admite ningún tipo de generalización.

Al abordar el proceso de creación del derecho, debe de tenerse presente, que no existe prácticamente un acceso directo para la proposición de fórmulas legales, sino que son ciertos sujetos quienes ostentan legitimación para la proposición de textos legales, su discusión, posterior aprobación y/o improbación.

De la misma manera, no siempre quienes formalmente discuten y aprueban la ley, son

quienes conocen los intrincados conflictos y problemas internos del texto jurídico, pues incluso en algunas ocasiones se ocultan detrás de fórmulas un tanto complejas, las verdaderas motivaciones y/o intereses existentes detrás del texto legal.

Como una tercera conclusión de lo dicho, se extrae que factores determinantes del contenido de la ley lo son todos aquellos “componentes” meta jurídicos que, de una u otra forma, influyen en el proceso de formación de la misma.

Si el derecho es [como aquí se ha expuesto] una manifestación de poder del Estado, importa en consecuencia y de una forma determinante, conocer las fuentes de poder “oculto” que influyen directamente en el proceso de formación de las leyes.

Las leyes no serán otra cosa, que el fiel reflejo de los intereses [derechos] de quienes ejercen ese poder y por tanto, responderán de forma directa a la salvaguarda y protección de esos intereses, esta y no otra será la función que cumplan las leyes penales, por lo que el concepto de delito o delincuente no son categorías ontológicas, sino que por el contrario, son fenómenos absolutamente normativos.

d) El delito como un problema o como un conflicto.

Otro aspecto de importancia capital es la concepción que se tenga del delito como

³⁶ Así SANDOVAL HUERTAS (1985:14). Continúa señalando: “En países como los latinoamericanos, donde, generalmente, los sectores sociales mayoritarios están actualmente separados de la posibilidad concreta de controlar los órganos de la rama legislativa, la mencionada acumulación de poder en manos del ejecutivo no configura un mecanismo para eludir la eventual oposición de congresos o parlamentos contra los intereses de grupos dominantes, pues estos últimos, por lo antes dicho, carecen entonces de cualquier motivo para temer que el enfrentamiento de esa especie adquiera, a corto o mediano plazo, unas características tan agudas como para que situación de privilegio peligre.”

fenómeno social³⁷. Ya he expuesto que considero el delito como una manifestación de poder del Estado, la pregunta ahora es, ¿se manifiesta el Estado para solucionar un problema, o por el contrario, la meta es enfrentar un conflicto?.

Señala HASSEMER que autor y víctima representan la realidad de la que se ocupa el Derecho penal, ambos son los actores del caso práctico jurídico-penal. El «conflicto por desviación» que el sistema penal ha de solucionar o, en su caso, tratar con su instrumental, surge entre personas, cada una de las cuales juega su papel en el caso, el papel del autor y el de la víctima³⁸. Allí mismo el autor manifiesta sus reservas acerca de si resulta o no probable que el sistema penal

pueda «solucionar» verdaderamente los problemas de los que se ocupa.

Si el delito es visto como un problema y como comúnmente se le denomina, como un problema social³⁹, al que se le atribuye una entidad grave, no tiene sentido que el Estado como tal no pueda solucionar el problema, pues lo más simple, dado que el Estado es el que crea los tipos penales, bastaría con dejar de crear tipos penales para evitar que nuevos delitos aparezcan y además, con la simple derogación de tipos ya existentes, dejaría de criminalizarse esas conductas, con lo cual, disminuiría sensiblemente el fenómeno delictual, pudiendo incluso llegar a desaparecer⁴⁰.

37 El mismo GARCÍA-PABLOS DE MOLINA (1994), en torno a los modelos explicativos del fenómeno delictual de corte sociológico señala: "Pero prescindiendo de tales excesos, los modelos sociológicos constituyen hoy el paradigma dominante y han contribuido decisivamente a un conocimiento realista del problema criminal. Muestran la naturaleza «social» de éste y la pluralidad de factores que interactúan en el mismo; su conexión con fenómenos normales y ordinarios de la vida cotidiana; la especial incidencia de variables espaciales y ambientales en su dinámica y distribución, que otorgan, por ejemplo, un perfil propio a la criminalidad urbana; el impacto de las contradicciones estructurales y del conflicto y cambio social en la dinámica delictiva; el funcionamiento de los procesos de socialización en orden al aprendizaje e identificación del individuo con modelos y técnicas criminales y la transmisión y vivencia de dichas pautas de conducta en el seno de las respectivas subculturas; el componente definitorio del delito y la acción selectiva, discriminatoria del control social en el reclutamiento de la población reclusa, etc."

38 Así HASSEMER (1984:31).

39 Para la Criminología el delito se presenta, ante todo como un «problema» social y comunitario, caracterización que exige del investigador una determinada actitud (empatía) para aproximarse al mismo. Así GARCÍA-PABLOS DE MOLINA (2001):61.

40 Cfr. JORGE MESAS (1994): "Este es, pues, el marco teórico en el que se desenvuelven los autores abolicionistas, esto es, partidarios de la supresión del Derecho penal. La crítica a la legitimidad de la sanción penal y a la función del sistema penal es lo que los lleva a propugnar en principio su desaparición. Aún dentro de los abolicionistas cabe distinguir entre aquellos que llegan hasta las últimas consecuencias, puramente abolicionistas, de preconizar la total y radical abolición del Derecho penal, como MATHIESEN y HULSMAN, y aquellos que postulan una drástica reducción del mismo, como BARATTA (con su propuesta de «minimalización penal»), o aceptan la referida reducción, como situación provisional de tránsito hacia la total abolición. Un elemento esencial en las posturas de minimalización penal es la desaparición de las prisiones.

Todos estos autores, tanto los que proponen soluciones extremas como los que se decantan por otras más matizadas, integran un grupo, en la base de cuyas concepciones se encuentra la idea de que el sistema penal es una forma de control social que sirve al poder de la clase dominante en la sociedad capitalista. El poder actúa etiquetando como delincuentes a determinados individuos, en un proceso de criminalización selectiva, con el fin de someterlos al rigor coactivo del Estado, para lograr el mantenimiento de las relaciones de dominación, en beneficio de los poderosos. El crimen no tiene una realidad ontológica, sino que es un concepto artificial, definiéndose las conductas criminales en función del mantenimiento de las relaciones de poder".

De lo dicho se concluye por consiguiente, que el delito no es un problema y no puede serlo, lo cual nos deja ante la visión del delito como un conflicto⁴¹. El conflicto como tal existe desde que se enfrentan por una parte sectores sociales que procuran criminalizar una conducta, con otros sectores que buscan cómo evadir la acción criminalizante del Estado⁴².

En una oportunidad, tuve -y lo digo sin ningún reparo-, que ejercer una defensa técnica de un sujeto que no reúne el perfil de mi clientela común. Se trataba de un sujeto proveniente de una familia disfuncional, con un padre quien había pasado la mayor parte de su vida en prisión, con una madre adicta

abandonada. El sujeto además era padre de familia y vivía en una de las zonas calificadas como de las más duras por la policía, en donde incluso, la misma policía suele evitar ingresar por lo peligroso que ello resulta.

Con el transcurso del tiempo, entablamos una especie de amistad, un tanto utilitaria pues el sujeto y yo no teníamos nada en común, más que el hecho de que yo era su defensor y él mi cliente, pero se trataba de un adulto joven, con un largo expediente de ingresos y salidas de prisión, con constantes enfrentamientos con la justicia [es decir, un individuo prisionizado⁴³]. En una oportunidad hablando un poco de sus problemas legales y la incidencia delictiva reiterada me expuso

41 Al respecto señala JORGE MESAS (1994): "El sistema de la justicia penal constituye un mecanismo, o más bien una maquinaria, de respuesta frente al problema de la criminalidad: es el llamado sistema del control social formal, que es objeto de estudio por la criminología moderna, como consecuencia del influjo de la sociología y de modernas teorías, como la del «labelling approach» (teoría del etiquetamiento y de la reacción social).

Surge por tanto, y tiene su razón de ser en ello, como una de las respuestas o soluciones para el hecho criminal. Pero éste último es un fenómeno complejo que no se agota en el delito y el delincuente, los cuales constituyeron el objeto de la criminología tradicional, positivista, hasta el nacimiento y consolidación en su seno de la victimología.

A la vista de las aportaciones científicas de la nueva disciplina, podemos -y debemos- considerar al fenómeno criminal como comprensivo de los siguientes términos o elementos, que lo integran:

a) El delincuente y su medio (su persona, sus características y su medio).

b) El delito y su correlativo, la victimización (qué son, cómo son, cuál es su génesis respectiva; cómo se controla el delito y cómo se previene, se impide o se trata la victimización). Ambos conceptos son sub aspectos de una misma realidad, aunque en algunos casos pueden existir delitos sin victimización en el sentido más estricto; y son susceptibles de considerarse como producto de la interacción delincuente-víctima-medio social.

c) La víctima (sus necesidades y expectativas, su medio, su influencia en el delito, etc.)."

42 Aunque con cierta crítica [no del todo clara sobre esta noción], señalan HASSEMER/MUÑOZ CONDE: Aunque el objeto de la Criminología, como el propio origen etimológico de la palabra indica, es principalmente el estudio (empírico) de la criminalidad, es decir, del conjunto de todas las acciones u omisiones punibles dentro de un determinado ámbito temporal y espacial, en el lenguaje cotidiano y en la apreciación vulgar (aunque también a veces en la exposición científica) el fenómeno de la «criminalidad» se suele explicar en clave de enfrentamiento entre dos actores o protagonistas: el autor, o si se prefiere, el delincuente, por un lado, y la víctima, por otro. Desde este punto de vista, el delito en particular y la criminalidad en su conjunto no sería más que la consecuencia de un conflicto entre dos personas o roles, en que alguien, el delincuente, lesiona injustamente los intereses de otro, la víctima. Vid. HASSEMER/MUÑOZ CONDE (2001):37-38. Nótese que la noción aquí planteada, hace referencia más a conflicto entre clases (en el plano político), que entre sujetos en cuanto a la conducta individual.

43 Este concepto fue creado por Clemmer en 1958 al estudiar la repercusión de la subcultura carcelaria y de la vida institucional sobre los internos. Este autor define la prisionización como la «adopción», en mayor o menor medida, de los usos y costumbres, y en general, de la cultura de la prisión. Estima la prisionización como «e(l) proceso de asimilación, lento, gradual, más o menos inconsciente durante el cual una persona aprende lo suficiente sobre la cultura de una unidad social en la que se ve tan insertado como para resultar característico de ella». Así LEGANÉS/ORTOLÁ (1999:346-347).

su situación, tratando de ser fiel al relato procuraré reproducir lo que me indicó⁴⁴:

“Vea licenciado, yo tengo un problema muy grande. Mi tata ha pasado media vida en el tabo, yo me he mamado un canaso larguísimo y tengo fama de que me pongo la leva. En mi barrio, si uno quiere que le respeten el chante y la vara, tiene que echar pa’ lante en todo momento, porque si no los cacos le pierden respeto y se lo lleva puta y tiene que jalar. Yo no tengo pa’ onde arrollar la mica, tengo dos güilas y la doña y si no quiero que las agarren feo, tengo que mantener la reputación. Ahora a los pintillas les agarra la nota de que para que los respeten, tienen que echarse con un mono bravo, es la única forma de probar que no se arrugan, entonces llevo al barrio y uno de esos pintas pura tuza me sale armando un mosquero, solo para que les den la entrada en la pelota y si yo me aculo, el chamaco me jode, no queda más

que sacar la máquina o el pico y joderlo o sino el chamaco me jode. ¿Y qué cree?, otra vez va uno embroncado con un palmo, vienen los amigos, compas, hermanos y se arma el despiche. Es una maldición que lo persigue a uno, ¿qué voy a hacer?”⁴⁵.

Como puede apreciarse del relato antes descrito, que como indiqué procuro ajustar en lo posible a la realidad, se infiere que la perspectiva desde la que se aprecia el fenómeno delincriminal difiere de manera significativa, dependiendo del punto de vista de quien lo mire⁴⁶. Desde luego, para “mi cliente” el problema no es el delito en sí, no radica en la criminalización, el problema es que el delito le persigue, porque vive con él, no tiene opción.

De otra parte, este tipo de personas han hecho del delito una forma de vida, que incluso al estilo de los aprendices medievales, repiten como un oficio de generación en generación, perpetuando el ciclo del crimen y constituyéndose en una clase social⁴⁷,

44 Trataré de emplear aquí el lenguaje en la jerga común en la que se comunican estos sujetos, para evidenciar y poner de manifiesto el denominado proceso de prisionización idiomática.

45 Para posibilitar una mayor comprensión del texto, aportó la interpretación de algunos de los términos empleados: Tata=padre. Tabo=cárcel. He mamado=he estado. Canaso=largo período en prisión. Leva=soy pependenciero. Respetar el chante y la vara=respeten la casa y sus pertenencias. Echar pa lante=enfrentar la situación. Se lo lleva puta y tiene que jalar=la situación se complica y debe abandonar. Arrollar la mica=recoger mis cosas. Güilas=hijos. Pintillas=maleantes incipientes. Agarrar la nota=crear. Echarse con un mono bravo=enfrentarse a una persona con mala reputación. Pinta pura tuza=maleante incipiente sin reputación. Mosquero=problema. Pelota=turba, mara. Si me aculo=si no enfrento. Máquina=arma de fuego. Pico=arma blanca. El chamaco me jode=el maleante me va a hacer daño. Embroncado con un palmo=acusado de homicidio. Se arma el despiche=se arma la marimorena.

46 Señala HULSMAN: “Las ciencias criminales han puesto en evidencia la relatividad del concepto de infracción, el cual varía en el tiempo y en el espacio, de modo que lo “delictivo” en un contexto se considera aceptable en otro. Según que uno haya nacido en tal lugar y no en otro, o en tal época y no en otra, se es o no merecedor de encarcelamiento por lo que uno hace o es”. HULSMAN/BERNAT DE CELIS (1984:52).

47 Haciendo un análisis de la incidencia delictiva en Costa Rica, por oficio o profesión, ENRIQUE CASTILLO señala que “...la administración de la justicia tiene una clientela que recluta sustancialmente de oficios que, en nuestro medio, son característicos de los estratos más bajos de la población costarricense, en su mayor parte, oficios manuales”. Así CASTILLO, E. (2008:291-292).

destinada por supuesto a ser clientela de los aparatos de poder estatal encargados del control social formal, a través del subsistema jurídico penal.

El control social penal es un subsistema en el sistema global del control social; difiere de éste por sus fines (prevención o represión del delito) y por los medios de los que se sirve (penas, medidas de seguridad, etc.). En el mismo sentido se manifiesta gran parte de la doctrina alemana capitaneada por KAISER, cuando afirma que el control del delito se diferencia del control social porque se limita por sus fines y empleo de medios, a la prevención o represión de delitos⁴⁸.

Por lo expuesto, quienes viven ajenos a esta realidad y no comprenden que con su apatía y la desigualdad social en la que habitan, segmentarizan la sociedad y con ello provocan mayor distanciamiento social, tampoco pueden comprender que el delito más que un conflicto en sí mismo, es una forma de enfrentar el problema generado por el conflicto de clases, la no conformidad de ciertos agentes con los roles asignados a cada uno y la falta de mecanismos que posibiliten la movilidad social, que a la postre es terreno fértil para el desarrollo de comportamientos socialmente inaceptables y sancionados penalmente.

“Desde el punto de vista social, no es exagerada la afirmación de que la columna vertebral de la sociedad es su sistema de estratificación social. Si la delincuencia tiene sus imbricaciones profundas en la estructura de clases, es

algo que debemos determinar a ciencia cierta y demostrar en toda su extensión. La estructura de clases tiene ramificaciones profundas en la desigual distribución de la riqueza, el prestigio y el poder, y estas tres dimensiones de la estratificación plantean interrogantes esenciales respecto de la delincuencia, que los sociocriminólogos latinoamericanos tenemos la responsabilidad de tratar de resolver mediante la investigación”⁴⁹.

Al respecto, resulta ilustrativo lo que CASTILLO nos apunta: “...de acuerdo con los conocimientos comúnmente aceptados en la criminología moderna, estos delitos, como hurto y robo, son propios de las capas socio-económicas más bajas de la población, con la excepción de dos o tres de ellos, como la estafa mediante cheque y el libramiento de cheques sin fondos.

Lo anterior puede significar que las desigualdades del sistema social costarricense y su estructura socio-económica están conformando (o deformando?), la actividad de la administración de la justicia y que esta es llevada a dedicar una parte importante de sus esfuerzos en mantener la separación entre los titulares de la propiedad y aquellos que quieren alcanzarla por medios que el ordenamiento jurídico ha definido como ilícitos. En esta última instancia, podría significar también por esa vía, que la administración de la justicia es llevada, inadvertidamente, a consolidar un estado

48 Así NUÑEZ PAZ/ALONSO PÉREZ (2002:158).

49 Así, CASTILLO, E. (2008:181).

de desigualdad social, legitimado por la ley penal, a la que tiene que dar cumplimiento”⁵⁰.

Claro está, que tampoco se debe caer en la ilusión de que únicamente las clases más desposeídas son las que delinquen, ni tampoco que dentro de los sectores sociales que se encuentran en las altas esferas del poder no se delinque⁵¹, recuérdense aquí las palabras de ZAFFARONI citadas al inicio de este texto “la criminalidad es un fenómeno que atraviesa todas las capas sociales”. Lo que quiero evidenciar y quedará de manifiesto más adelante, es que si bien es cierto, el fenómeno delincuencial se presenta aunque ya diferenciado y con mayor incidencia en ciertos delitos ubicados igualmente en ciertas clases sociales, hay delinquentes en todos los estamentos de la sociedad.

Lo que sucede, es que el sistema jurídico-penal no reacciona igual cuando se trata de unos u otros sujetos, y ello provoca que el fenómeno delincuencial en las altas esferas sociales, se disimule por la operatividad del sistema. Sin embargo, es indudable que la criminalización primaria, a la que ya me he referido de manera inicial⁵², es en primera instancia la definidora de las conductas delictivas mientras que la criminalización secundaria, se encarga más que todo de la aplicación efectiva de ese primer proceso,

con lo cual se cierra el círculo de selectividad social, no obstante como veremos, aquí prefiero estratificar los fenómenos de criminalización en cinco niveles, y abandonar por completo esa diferenciación que parece no enfoca con la precisión requerida lo que pretendo exponer.

“Hay que advertir, sin embargo, que en aquella valoración que los sectores dominantes hacen contemporáneamente de la importancia del sistema penal, no parece haber exageración alguna. En efecto, si se tiene en cuenta que dicho sistema constituye, por excelencia, una de las formas más violentas y extremas de control social, resulta entendible (no justificable, ni mucho menos plausible) que los grupos dominantes procuren utilizar las instituciones penales con las mayores intensidad y celeridad posibles, para enfrentar (no para solucionar, lo que implica medidas totalmente distintas) la actual agudización de los conflictos sociales, esto es, para defender posiciones de privilegio”⁵³.

Como corolario de lo expuesto, debemos aceptar en consecuencia, que el delito

⁵⁰ Así, CASTILLO, E. (2008:294).

⁵¹ “Desde este último punto de vista, la teoría funcionalista de la anomia ha sido desarrollada por Richard A. Cloward y L. E. Ohlin como teoría de las subculturas criminales basada en las diversidades estructurales de las chances que tienen los individuos de servirse de medios legítimos para alcanzar fines culturales. Según estos autores, la distribución de las chances de acceso a los medios legítimos sobre la base de la estratificación social está en el origen de las subculturas criminales en la sociedad industrializada, especialmente de aquellas asumen las formas de bandas juveniles. En el ámbito de ellas se desarrollan normas y modelos de comportamiento desviado respecto de aquellos que son característicos de los estratos medios. La constitución de subculturas criminales representa, pues, la reacción de minorías desfavorecidas y su tentativa de orientarse dentro de la sociedad, no obstante las reducidas posibilidades legítimas de actuar de que disponen. Así BARATTA (1986:67).

⁵² Cfr. LARRAURI PIJOÁN, n. p. [26].

⁵³ Así SANDOVAL HUERTAS (1985:18).

(producto de la criminalización estatal) no pretende bajo ninguna tesitura “solucionar” problema alguno, más bien, me atrevo a afirmar que es la forma de enfrentar un problema que consiste en la no conformidad de ciertos sujetos con las normas de convivencia y los roles asignados y establecidos por una minoría dominante a las grandes mayorías que conforman la sociedad⁵⁴.

Esta forma de enfrentar el problema, ha sido el control social formal, que se expresa como el ejercicio legal y monopolístico de la violencia

⁵⁵por parte del Estado, que es producto del ejercicio del poder político “oculto”, que en no pocas ocasiones, es ejercido por quienes ostentan un poder político “derivado”, pero que no necesariamente son coincidentes y en no pocos casos, ese mismo poder político “oculto” coloca en los estamentos del poder político “derivado” a agentes que representan sus intereses y así se aseguran su beligerancia política.

Ha de indicarse sin embargo, que ese poder político “oculto” no se limita a la producción

54 Este proceso lleva a ciertos individuos a conformar una especie de segmento social perteneciente al reclusorio y que pasa a formar parte de la clientela de los centros penales. El proceso de encarcelamiento, genera ciertos procesos sociales y llega incluso a crear una subcultura carcelaria. Siguiendo aquí a LEGANÉS/ORTOLÁ, resulta por demás interesante lo expuesto en su trabajo, acerca de lo que denominan subcultura carcelaria, no me ocuparé en este punto al respecto para lo cual remito al lector a dicha obra p. 342 y sgte. Si embargo, quiero rescatar lo que denominan “El «código» del preso, el cual ilustra claramente mi punto de vista. Señalan al respecto: “Existe, al parecer, un sistema universal de valores de los presos, es decir, hay un «código» integrado por normas que constituyen (dada la severidad de las «sanciones» derivadas del incumplimiento) modelos de conducta para los internos, a pesar de los países y de la diferencia de prisiones en los mismos [con cita de CABALLERO MORENO]. Según este autor [se refieren aquellos], los preceptos fundamentales del preso pueden clasificarse en los siguientes grupos:

- Normas que imponen cautela: La premisa principal es «no inmiscuirse en la vida del prójimo», cada uno debe ir por su camino, sin hacer preguntas y sin hablar demasiado de los problemas propios. Cada cual ha de ir a lo suyo, buscando discretamente, salir lo antes posible en libertad, y mientras que está en prisión el objetivo es conseguir el mayor número posible de privilegios y placeres. La clave está en no «chivarse», lo que sucede entre los presos no debe llegar a oídos de los funcionarios. El preso debe ser leal a su grupo frente al de los funcionarios que es el enemigo.
- Normas que prescriben no ser conflictivo: No se debe perder la cabeza, deben evitarse las discusiones y peleas. La actitud debe ser fría y evitar irritarse con la vida diaria de la cárcel. Ahora bien, una respuesta violenta se considerará correcta cuando haya una clara provocación y, por lo tanto, se debe actuar contra el adversario sin pedir ayuda a los funcionarios, sólo podrá pedir colaboración a sus amigos o colegas.
- Normas que prescriben no explotar a los demás presos mediante fuerza, fraude o engaño. Además de otras como pagar las deudas, no faltar a la palabra dada, no robar a otros, etc.
- Normas que giran en torno al mantenimiento del «yo»: Se debe ser «duro», resistente a las frustraciones y a los peligros de la vida en prisión. Hay que mantener la integridad de la propia personalidad frente a la privación. No hay que buscar pelea pero tampoco hay que aguantarse si le buscan a uno ya que un hombre debe de responder...
- Normas que prescriben desconfianza y hostilidad hacia los funcionarios: Y no sólo a estos sino también al resto de la sociedad pues por las injusticias de la misma están en prisión. Si hay conflicto entre funcionarios y presos, hay que dar la razón por sistema a estos.

Hay autores que discuten acerca de la existencia de este «código», al se afirma por algunos en el modelo norteamericano, se niega por otros en el modelo alemán, al respecto ver LEGANÉS/ORTOLÁ (1999): 342-346. En lo que respecta a Costa Rica, por experiencia personal puedo afirmar que existe y se encuentra en plena vigencia sin lugar a dudas.

55 LUHMANN hace un apunte interesante en torno al Estado como monopolizador del ejercicio de la violencia, señala: “El surgimiento del Estado soberano moderno basado en el monopolio de la toma de decisiones sobre el uso de la violencia física, y su inflación a un grado de complejidad que difícilmente puede controlarse, es el ejemplo más significativo de este desarrollo en el ámbito social general [se refiere al principio de discontinuidad entre el sistema y el entorno, dentro de la teoría de los sistemas]. Al mismo tiempo, esta teoría del poder explica el modo en que esta situación es propicia para la revolución, es decir, para el recurso de la violencia con el objeto de modificar un sistema incontrolablemente complejo, por medio de la progresión regresiva”. Así LUHMANN (2005:94-95).

jurídica, y en particular la producción jurídico-penal, más bien, el derecho penal a través su aplicación es solo una de las formas de manifestación del mismo, existen desde luego otras formas de su ejercicio, baste nada más un par de ejemplos para evidenciar mi dicho, piénsese en los distintos discriminantes mecanismos existentes para la selección de los agentes que se dedicarán al ejercicio efectivo del poder “derivado” (entiéndase el ejercicio efectivo del derecho a elegir y ser elegido en ciertos cargos públicos), decisión que recae por lo general en los partidos políticos de una manera clara y evidente.

Otra forma de manifestación del poder “oculto” lo constituyen los procesos de selección de los beneficiarios del crédito público o las subvenciones estatales, una manifestación más grave y sutil, consiste en las grandes diferencias cualitativas al comparar la calidad de la educación privada (de acceso a las minorías económicamente privilegiadas) en relación con la educación pública a la que acuden las mayorías desposeídas o con menor acceso a la riqueza y que se yergue como la más sutil forma de segregación social por desigualdad de oportunidades⁵⁶. “El carácter complementario de las funciones ejercidas por el sistema escolar y por el penal responde a la exigencia de reproducir y asegurar las relaciones sociales existentes, esto es, conservar la realidad social. Esta realidad se manifiesta con una distribución desigual de los recursos y de los beneficios, en correspondencia con una estratificación en cuyo fondo la sociedad capitalista desarrolla zonas consistentes de subdesarrollo y marginación”⁵⁷.

Lo dicho vale *ceteris paribus* para la selección de los miembros de la Corte Suprema de Justicia por ejemplo. CASTILLO nos retrata al Poder Judicial de una manera muy descriptiva, al referirse sobre la contextura y el contexto estructurales de la justicia penal y el condicionamiento que de él hacen la constitución real del país.

Al respecto señala: “...y la conclusión que en este plano se puede derivar de la observación de la realidad es la de que la justicia penal corresponde muy poco al concepto de un sistema dinámico encargado de «restablecer el ordenamiento jurídico», «de dar a cada quien lo suyo», o de «ajustar y reconciliar intereses contrapuestos». Más bien se adecua al concepto de administración de justicia como uno de los componentes mayores del engranaje estatal, como la actualización vertical del poder del Estado, cuyas normas, cuya estructura y cuyos condicionantes se dan desde fuera del sistema jurídico, desde las entrañas políticas, sociales y económicas del país. No es un eufemismo el que la propia Constitución Política le denomine Poder Judicial; trasluce las relaciones de poder, las desigualdades internas, la estratificación del sistema social del que forma parte. Por eso y no porque los jueces así lo quieran, es un poder que se ejerce sobre las capas más humildes de la sociedad costarricense”⁵⁸.

Resumiendo lo expuesto puedo afirmar en este punto, que más que un problema, el fenómeno delincencial debe ser analizado como un conflicto.

⁵⁶ Cfr. CASTILLO, E. (2007:444-445).

⁵⁷ Así, BARATTA (1986:179).

⁵⁸ Así CASTILLO, E. (2008:295).

Este conflicto presenta diferentes vertientes y hay muchas variables implícitas en él. Se abandona aquí por completo la visión del delito como un problema, a partir de la máxima de que si el Estado es quien crea el delito, la solución al denominado problema delincencial, sería [reduciendo al absurdo el argumento] la eliminación de toda forma de delito, pues ello necesariamente conduciría a la desaparición del delito [concepción abolicionista].

Si se quisiera rechazar por “absurdo” el argumento, podría argumentarse en sentido contrario, esto es, que bastaría con que el Estado como tal –en ejercicio de poder absoluto–, procediera a considerar como delito toda forma de conducta, de manera tal que si toda manifestación conductual constituye delito, nada sería delito, por cuanto desaparecería la noción de delito. Como consecuencia lógica, si una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo, está claro que el delito como tal, no es un problema.

Como cuarta conclusión puedo señalar que el delito como tal, es una manifestación de poder del Estado, poder que puede ser derivado u oculto, para nuestros efectos, importa únicamente tener claro que el origen y fin del delito es de orden normativo.

Será delito lo que el Estado defina como tal y dejará de serlo en tanto el Estado lo derogue. No existe delito más allá de la norma, y la noción de delito más que un problema en sí mismo [ontológico] representa un conflicto que deberá ser abordado como tal. Del entendimiento de esta noción, depende la comprensión que se tenga del delito en cuanto tal.

BIBLIOGRAFÍA

- Carbonell Mateu, Juan Carlos, Derecho penal: concepto y principios constitucionales, tercera edición, Tirant lo blanch, Valencia, España, 1999.
- Castillo, Enrique, Vida Social y Derecho. Cuarenta años de investigación y análisis, Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2008.
- García-Pablos de Molina, Antonio, Problemas y Tendencias de la Moderna Criminología, Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial, Ponencia, Serie: Penal, Consejo Superior del Poder Judicial, San José, Costa Rica, 1994.
- Baratta, Alessandro, Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal, Introducción a la sociología jurídico-penal, Siglo XXI editores, Buenos Aires, Argentina, 2004.
- Baratta, Alessandro, Criminología y Sistema Penal (Compilación in memoriam), Editorial B de F, Buenos Aires, Argentina, 2004.
- Larrauri Pijoán, Elena, ¿Para qué sirve la Criminología?, Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial, Ponencia-director, Serie: Penal. Consejo Superior del Poder Judicial, San José, costa Rica, 1999.
- Larrauri Pijoán, Elena, La Herencia de la criminología crítica, Siglo XXI editores, Madrid, España, 1991.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, En busca de las penas perdidas, Ediar, Buenos Aires, Argentina, 1989.

- Ruiz Vadillo, Enrique, El futuro inmediato del derecho penal, las tendencias descriminalizadoras y las fórmulas de sustitución de las penas privativas de libertad de corta duración, Revista del Poder Judicial, Estudios, Serie: Penal. Consejo General del Poder Judicial, nº 7, San José, Costa Rica, Septiembre 1987.
- Luhmann, Niklas, Poder, Anthropos Editorial, España, 2005.
- Campos Santelices, Armando, Violencia social, EUNED-ILANUD, San José, Costa Rica, 2010.
- Ferrajoli, Luigi, Derecho y razón, Editorial Trotta, Madrid, España, 1995.
- Gómez Pérez, Ángela, Reflexión y Referat Acerca del surgimiento de la criminología en en Revista Brasileira de Ciencias Criminais, Instituto Brasileiro de Ciencias Criminais, Editora dos Tribunais, Año 7, n. 26, abr – jun/99.
- Hernández Valle, Rubén, La creación de delitos y penas y los límites de la discrecionalidad legislativa, en Llobet Rodríguez, Javier (compilador), Justicia Penal y Estado de Derecho, libro homenaje a Francisco Castillo González, Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2007.
- Hulsman, Louk/Bernat de Celis, Jacqueline, Sistema penal y seguridad ciudadana, Hacia una alternativa, Editorial Ariel S.A., Barcelona, España, 1984.
- Jorge Mesas, Luis Francisco de, La Eficacia del Sistema Penal, Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial, Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial, Ponencia, Serie: Penal, Consejo Superior del Poder Judicial, San José, Costa Rica, 1994.
- Leganés Gómez, Santiago/Ortolá Botella, Ma. Ester, Criminología, Parte especial, Tirand lo blanch, Valencia, España, 1999.
- Núñez Paz, Miguel Ángel/Alonso Pérez, Francisco, Nociones de Criminología, Editorial Colex, Madrid, España, 2002.
- Ruggiero, Vincenzo, La violencia política. Un análisis criminológico, Editorial Anthropos, España, 2009.
- Salazar, A., „Error de tipo y error de prohibición en la dogmática hispanoamericana“, en RdPP (Revista de Derecho Penal y Procesal Penal), España, núm. 3, 2000.
- Sandoval Huertas, Emiro, Sistema penal y criminología crítica, Temis, Bogotá, Colombia, 1985.

Reposición de títulos valores

Lic. Pablo Solano Borbón*

El ordenamiento jurídico costarricense establece un método de reposición de título dependiendo del tipo de título que se pretende reponer, ya sea nominativo, a la orden o al portador.

El Código de Comercio regula la reposición en siete artículos exponiendo el trámite a seguir, paso a paso para cada tipo de título valor.

Reposición de títulos nominativos.

Recordando el concepto de título nominativo tenemos el que nos da el Código de Comercio en el artículo 687:

“Son títulos nominativos los expedidos a favor de persona determinada, cuyo nombre ha de consignarse tanto en el texto del documento como en el registro que deberá llevar al efecto el emisor.”

Un aspecto importante de señalar en este tipo de títulos es el principio de doble intestación, artículo 688 del Código de Comercio, que rige en cuanto a su circulación, el cuál manda que para que se dé la correcta transmisión del título debe darse tanto el endoso como la anotación en el registro del emisor.

Entrando en lo que es la reposición de los

títulos nominativos, se encuentra regulado en el artículo 689 del Código de Comercio, el cuál dicta:

“Cuando el propietario de un título nominativo lo perdiere, fuere ilegalmente desposeído de él, o el título se le hubiere dañado en forma tal que, si bien puede identificarse, no deba circular, puede solicitar al emisor que se lo reponga.

Si del registro no apareciere traspaso a terceros, ni anotación de embargo u otro gravamen, el emisor expedirá el duplicado a costa del solicitante, transcurrido un mes desde la última publicación de un aviso sobre el particular que ha de aparecer, por tres veces consecutivas, en el diario oficial La Gaceta y en uno de los diarios de circulación nacional, siempre y cuando no se le haya comunicado demanda alguna de oposición.

Igual trámite al señalado por el artículo 710 se seguirá en el caso de negativa injustificada del emisor, de emitir el nuevo título una vez vencido el plazo indicado. La oposición, en su caso, se ventilará por el trámite de los incidentes.

*Especialista en Derecho Comercial de la Universidad de Costa Rica

No podrá ordenarse judicialmente al emisor la suspensión de pago de un título valor, si no es con fundamento en un incidente en que se discuta la propiedad de dicho título.”

Al analizar este artículo podemos dividirlo en varias partes:

Causales de reposición.

Las razones que expone el artículo para solicitar la reposición del título se dan cuando el propietario del título:

- Lo perdiere.
- Fuere ilegalmente desposeído de él.
- El título se hubiere dañado de tal forma que no deba circular a pesar de que aún sea identificable.

La solicitud de reposición se hará por parte del propietario del título al emisor de este.

Trámite.

Una vez hecha la solicitud el propietario del título debe dar un aviso al respecto en una publicación por tres veces consecutivas en el diario oficial La Gaceta y un periódico de circulación nacional.

Posteriormente, el emisor estará en la obligación de emitir el duplicado del título, una vez haya transcurrido un mes de la última publicación, muy importante señalar que la emisión se hará a costa del solicitante.

Las situaciones que pueden impedir la emisión del título a pesar de que el solicitante haya seguido el trámite son:

- Que en el registro del emisor aparezca un traspaso a un tercero, haya anotación de embargo y otro gravamen.
- Haya una oposición, la cual se tramitará por vía incidental.

La interposición de una oposición en que se discuta la propiedad del título es la única forma en que puede ordenársele judicialmente al emisor que el no pago del mismo.

Finalmente si existe negativa injustificada de del emisor de emitir el duplicado del título, se tiene el artículo 710 del Código de Comercio.

Este artículo establece que ante la negativa del emisor de reponer el título, mediante la vía incidental se reclamará ante Juez.

Una vez firme la sentencia que ordene la reposición del título y pasado el plazo otorgado al obligado para que cumpla, el juez procederá a emitir el título.

La emisión del duplicado trae consigo la extinción del título repuesto.

Reposición de títulos a la orden.

El concepto de título a la orden también lo podemos encontrar en el Código de Comercio, específicamente en el artículo 693:

“Son títulos a la orden aquéllos que se expiden a favor de una persona, o a su orden.”

Mientras que la regulación acerca de su reposición se regula en el artículo 708 y 709 del mismo Código:

Artículo 708

“El tenedor de un título a la orden que sea desposeído del mismo por extravío, pérdida, robo, hurto o cualquier otro motivo, puede solicitar del emitente que le reponga el título, en los mismos términos en que había sido escrito el original. Los endosantes, fiadores y demás obligados en el documento, están obligados también a reponer sus firmas en el orden en que figuraban en el original. Si la obligación estuviere garantizada con hipoteca o prenda, también se hará constar esa circunstancia en el nuevo título que se emita.”

Artículo 709.

“La reposición de que habla el artículo anterior no podrá exigirse en tanto el interesado no asegure a los firmantes, mediante garantía satisfactoria, que el documento cuya reposición se pide no aparecerá por todo el término de la prescripción en manos de un tercero de buena fe. Una vez rendida la garantía y transcurrido el término de quince días, desde la última publicación de un aviso sobre el particular que ha de aparecer por tres veces consecutivas en el diario oficial La Gaceta y en uno de los periódicos de circulación nacional, se emitirá el duplicado, en el cual se repondrán todas las firmas que figuraban en el original.”

Causales de reposición.

La redacción que nos presenta este artículo es distinta a la de los títulos nominativos pero encierra las mismas causales, este artículo nos expone que el tenedor del título puede solicitar su reposición si es desposeído del mismo por:

- Extravío, pérdida, robo, hurto o cualquier otro motivo

Al incluir el artículo esa salvedad de “o cualquier otro motivo” nos hace pensar que incluye situaciones de deterioro.

Trámite.

La reposición podrá exigirse, de acuerdo al artículo 709 del Cod.Comercio, hasta que el interesado asegure a los firmantes, mediante garantía satisfactoria, que el documento cuya reposición se pide no aparecerá por todo el término de la prescripción en manos de un tercero de buena fe.

El duplicado se emitirá una vez se verifiquen dos situaciones:

- Rendición de la garantía.
- Transcurridos quince días desde la última publicación de tres consecutivas que deben hacerse al respecto de la reposición en el diario Oficial la Gaceta y un diario de circulación nacional.

En la reposición de títulos a la orden los endosantes, fiadores y demás obligados tienen la obligación de reponer sus firmas en el mismo orden en el que figuraban en el original, en el duplicado también debe constar si la obligación está garantizada con hipoteca o prenda.

Finalmente tenemos la disposición del artículo 710 del Cod.Comercio, que presenta a la vía incidental como la que se debe seguir en los casos en que:

- El emisor o algún otro obligado se negare a reponer el título o negare su calidad de tal.

- No hubiere acuerdo sobre la suficiencia o liquidez de la garantía ofrecido por el interesado.

Entonces el juez ordenará la publicación y una vez firme la sentencia que ordena la reposición, si transcurre el plazo concedido para que el obligado cumpla, el juez procederá a emitir el título y firmarlo a nombre del omiso.

Reposición de títulos al portador.

Los títulos al portador, de acuerdo al artículo 712 del Cod.Comercio:

“Son títulos al portador los que, no expedidos a favor de persona determinada, se transmiten por simple tradición, contengan o no la cláusula “al portador”

Para la reposición de los títulos al portador debemos tener en cuenta los artículos 719 y 721 del Código de Comercio.

En principio, de acuerdo a lo que dicta el artículo 719 Cod.Comercio, los títulos al portador no son reponibles.

Lo que nos presente ese artículo es un trámite en el que eventualmente el tenedor que perdió el título puede cobrarlo, el cual consta en lo siguiente:

- Se tienen en cuenta en primer lugar los supuestos del artículo 708 Cod. Comercio:

“tenedor de un título a la orden que sea desposeído del mismo por extravío, pérdida, robo, hurto o cualquier otro motivo”

- El tenedor del título, ante estos supuestos, puede notificar judicial o notarialmente, al emisor, la pérdida o disposición sufrida.

- Posteriormente una vez cumplida la prescripción del título, si no se hubiere presentado a cobrarlo un poseedor de buena fé, el obligado deberá pagar al denunciante.

Sin embargo el artículo 721 del Cod. Comercio, establece una excepción en la que sí es posible la reposición del título.

Se podrá dar la reposición bajo estas condiciones:

- Título se encuentre tan deteriorado que ya no sea idóneo para la circulación.
- A pesar del deterioro sea todavía seguramente identificable.
- Restitución del título deteriorado.
- Reembolso de gastos de emisión.

Ante la negativa del emisor, entra de nuevo a operar el artículo 710 Cod.Comercio.

Prohibición de reposición los títulos al portador.

El porqué de la prohibición del artículo 719 puede ser explicado como un asunto de seguridad jurídica.

El titular del derecho incorporado al título al portador y por ende quien está legitimado para ejercer sus derechos sería el poseedor de dicho título.

Uno de esos derechos sería el de poder obtener la reposición por parte del emisor cuando sea necesario, ya sea por hurto, robo, extravío o deterioro.

Pero la particularidad de los títulos al portador no nos permite poder determinar la legitimación y titularidad de la persona que eventualmente llegue a solicitar la reposición, esto por el régimen de circulación del mismo, que es la simple tradición.

El hecho de poder transmitir el título por su simple entrega hace imposible el determinar si la persona que solicita su reposición fue desposeído ilegítimamente de él o fue extraviado

Es por eso que el mismo artículo 719 establece una eventualidad de pago a la persona denunciante de la pérdida del título eso sí solamente ha pasado el plazo de la prescripción de los derechos principales y accesorios del título y no se haya presentado poseedor de buena fe que llegue a cobrarlos.

Acerca de la excepción del artículo 721 podemos ver que se requiere la restitución del título deteriorado, lo que apoya esta tesis, ya que de esa forma se prueba la legitimación y titularidad de quien reclama la reposición.

Autoría mediata en aparatos de poder. Una nueva forma de responsabilidad penal empresarial

Licda. Soledad Cortés Sandí

INTRODUCCIÓN

“Si el hombre es formado por las circunstancias, entonces hay que formar las circunstancias humanamente”

Karl Marx

El presente trabajo de investigación tiene la finalidad de estudiar a profundidad la teoría del dominio del hecho desde la óptica del dominio de la voluntad en aparatos organizados de poder, mediante la evaluación de casos prácticos surgidos en el seno y desde el entorno de las empresas.

A través de este recorrido, se integran temas de gran actualidad que sobrevienen al entorno del derecho penal, todo desarrollado desde una perspectiva crítica. Así, se trae a colación los problemas que giran alrededor del denominado “derecho penal económico y empresarial”, y la necesidad que parte de la doctrina ha encontrado, en deslindar esta rama del derecho penal nuclear.

Con el propósito de introducir las teorías estudiadas (a saber, la teoría del dominio funcional, autoría mediata en aparatos de poder, y las distintas formas ideas para la atribución de la responsabilidad empresarial) al plano práctico, se presentan

dos organigramas, una empresa estatal: Instituto Costarricense de Electricidad; y una empresa privada encargada de la distribución de fármacos. De esta manera, se pretende comprobar, cuáles preceptos doctrinales se adecuan satisfactoriamente a la realidad económica y empresarial, sin lesionar garantías y principios trascendentales para el derecho penal, tal y como sucede con el principio de legalidad.

El contenido de este proyecto, es de gran interés actual, debido a que tanto en la doctrina como en la jurisprudencia costarricenses, el tema aún no se ha desarrollado. Igualmente, es plausible afirmar que en la doctrina internacional, el estudio sobre el derecho penal económico y empresarial, aún se encuentra en un estado incipiente, y su progreso ha sido paulatino.

Esto se debe a que el tema es relativamente reciente. Fue hasta el año de 1940, cuando el sociólogo estadounidense Edwin Sutherland publica su obra titulada “White Collar Crime¹”, que viene a revolucionar por completo el enfoque criminológico mantenido hasta el momento, donde se creía que sólo los ciudadanos ubicados en los estratos más bajos de la sociedad, eran quienes cometían delitos. De manera que esta evolución criminológica logró dirigir la mirada hasta

1 En español, “Delitos de Cuello Blanco”.

los gobernantes y grandes empresarios, quienes en no pocas ocasiones, resultaban autores de delitos que implicaban sumas escandalosamente multimillonarias de dinero.

Desde entonces, la importancia que han tomado los delitos económicos y empresariales va en constante aumento. Actualmente, el mundo entero ha sido partícipe de cómo una de las mayores crisis económicas conocidas en la historia de la humanidad, ha llevado a la recesión a centenares de países, y a la quiebra a un número cuantioso de empresas. Asimismo, se incrementa la pobreza, la desigualdad y se vive una falta de empleo muy poco saludable para la ciudadanía. Sin embargo, nadie ha resultado culpable, y los responsables se han visibilizado, ante una evidente falta de punibilidad.

Por su parte, el derecho penal, se encuentra ante la titánica tarea de lograr compatibilizar el panorama económico, con sus derechos, garantías y principios, sin lesionarlos. Sin embargo, no pocos problemas causan a la doctrina jurídico-penal tratar de ajustar sus parámetros y preceptos a esta nueva realidad. Mientras tanto las empresas interaccionan entre sí por todo el mundo, introduciendo formas novedosas para salir adelante con sus transacciones comerciarles, en un mundo complejo, competitivo y muy exigente.

En el despliegue de este contexto, una parte de la doctrina jurídico-penal, ha propuesto encontrar en la teoría denominada “Autoría mediata en aparatos de poder”, una resolución ante los casos en donde el Gerente o Junta Directiva de una empresa debe resultar imputados por un delito cometido a lo interno o desde la misma corporación.

Esta teoría fue ingeniada por el profesor alemán Claus Roxin, para los casos surgidos a la luz de la segunda guerra mundial, en donde los dirigentes del partido nazi utilizaban su poder, su control, y su capacidad de influenciar a todas las personas, desde el aparato estatal, para ordenar la comisión de actos delictivos.

En 1963, Roxin crea ésta teoría, observando detenidamente el juicio del exdirigente nazista Adolf Eichmann. El planteamiento surge a raíz del interrogante de cómo se podía juzgar a quienes emitían las órdenes delictivas, desde la utilización del aparato estatal. Cuyo objetivo es vencer los obstáculos para llegar hasta el hombre de atrás, quien emite las órdenes, mediante la utilización de un sujeto que se encuentra en la base inferior del aparato estatal, empero es el ejecutor inmediato del hecho.

Por ello la problemática, planteada en este trabajo versa sobre la posibilidad o imposibilidad de introducir esta teoría al plano empresarial. Por este motivo se evaluarán sus posibles incompatibilidades, roces con las garantías y principios que abastecen el derecho penal costarricense.

El plan propuesto es iniciar en un primer capítulo un repaso sobre las teorías de la autoría y participación, cuyo enfoque será la reflexión sobre la teoría de del dominio del hecho, empero se trae a colación las teorías objetivas y subjetivas de la autoría.

Seguidamente, el segundo capítulo analiza el desarrollo del pensamiento de Roxin, sobre el dominio de la voluntad en aparatos de poder. En donde no solamente se plantea el tema teóricamente, sino que también se observan las sentencias internacionales,

como el caso Eichmann, el caso de las Juntas Militares argentinas, la sentencia contra Alberto Fujimori, etc. Con la finalidad de emprender una evaluación práctica de la teoría tratada.

Un tercer capítulo trata el toda la realidad económica y empresarial. Por ello se ha denominado “El entorno empresarial como núcleo problemático específico en el derecho penal, una reflexión crítica coyuntural”. En el último título, se emprende el tema de las estructuras empresariales a la luz del ICE y de las sociedades anónimas. Enfrentando todo este acontecer con una posible solución a la responsabilidad empresarial.

Finalmente, se comprobará que es posible prescindir de la teoría ideada por Roxin, sobre el dominio de la voluntad en aparatos de poder; debido a que es innecesaria, pudiendo el derecho penal suplirse de la coautoría para resolver los problemas que vendría a resolver una teoría tan complicada como la estudiada.

1. *Teoría roxineana de Dominio de la voluntad mediando aparatos organizados de poder*

1.A. *Constitución Dogmática de la Teoría de Autoría Mediata en Aparatos de Poder.*

La doctrina es unánime en aplicar la autoría mediata, en casos como, utilización de un instrumento bajo coacción, que dicho instrumento actúe por error, o bien, se trate de inimputables. No obstante, el Dr. Claus Roxin, presentó una tercera forma de autoría intelectual, llamada autoría mediata en aparatos de poder.

En el año 1963, el profesor alemán, expone una teoría que denominó “Dominio de organización como forma independiente de autoría mediata”. Esta idea surge ante la necesidad imperante de la época, de juzgar delitos cometidos en el periodo de la posguerra y se caracteriza porque el sujeto de atrás tiene a su disposición personal para ejecutar las órdenes delictivas, mediando una estructura de poder organizada, en donde los instrumentos actúan dolosamente y con conocimiento del injusto del hecho.

El planteamiento surge a raíz del interrogante de cómo se podía juzgar a quienes emitían las órdenes delictivas, desde la utilización del aparato estatal, es decir, cómo se puede imputar al hombre de atrás. Una idea trasnochada del problema, llevaría a pensar que se trata de una autoría mediata, no obstante, el ejecutor material es un sujeto que actúa con conocimiento de su propio dolo. Esto hace que la instrumentalización necesaria, según los presupuestos de la teoría de la autoría mediata, sea cuestionada, puesto que no existe tal error ni coacción por parte del ejecutor.

La finalidad de la teoría expuesta por Roxin, es solventar un grupo de casos, donde hay un “autor de escritorio” que utiliza su poder dentro de un aparato organizado, para impartir órdenes hacia todos los niveles de la organización; no obstante, considerar al “hombre de atrás” como autor mediato, según los presupuestos de la teoría tradicional, le presentaba el problema de que el instrumento actuante es doloso, si bien, únicamente se limita por acatar las órdenes de su director, es quien ejecuta la acción dolosamente.

Roxin decide rechazar profundamente, la tesis de tomar al “hombre de atrás”

como coautor de los hechos; descarta enfáticamente, la posibilidad de tomarlo como inductor (aunque, alguna parte de la doctrina reconocida², piensa que ambas formas, son plausibles para solventar este dilema jurídico). De igual forma, rechaza resolver este tipo casos mediante las teorías tradicionales de dominio utilizando coacción o error.

En el contexto en donde se genera este pensamiento, Roxin toma un modelo para estudiarlo y analizarlo a profundidad; así llega a la conclusión de refutar por completo que los ejecutores fueran coactados, por este motivo descarta que se trate de meros instrumentos. Confiesa Roxin, que una investigación interiorizada sobre los juicios de Núremberg, no se encuentra ni un solo caso en que alguien hubiera desacatado la orden de dar muerte a las víctimas: “lo máximo encontrado fue una nota desfavorable en el expediente, una negación de ascensos o un traslado (...) igualmente, el agente Staschynski tuvo la posibilidad de sustraerse a las órdenes de asesinar entregándose a las autoridades alemanas (Roxin C. , Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal , 2000, p. 270). Estos motivos son suficientes para descartar la posibilidad de una actuación mediando coacción de los ejecutores.

Cuatro condiciones de dominio de organización son las propuestas por Roxin para fundamentar la autoría mediata en estos casos, a saber: poder de mando, desvinculación del ordenamiento jurídico del aparato de poder, fungibilidad del ejecutor inmediato y elevada disponibilidad del hecho del ejecutor.

A. Poder de mando

Este primer elemento por evaluar, para definir quién es el autor detrás del autor, busca identificar quién tiene la potestad para emitir órdenes, y la utiliza para ejecutar las disposiciones que están al margen del ordenamiento jurídico. No solamente es aprehender la autoridad para emitir órdenes en la cadena de mando, a través de la estructura, sino que estas directrices son acatadas por todo el nivel de las jerarquías hasta llegar al sujeto ejecutor del hecho delictivo.

En este sentido, es necesario agregar, Roxin no niega la existencia de una jerarquización compleja, es decir, acepta que haya diferentes niveles. En cualquier nivel de estas jerarquías, se puede emitir la orden con carácter típico. Este elemento es principal en el tanto, todos los bandos, los medios como los altos, deben ser vistos como posibles autores mediatos. (Cfr. Caso Eichmann quien fue visto como un autor mediato, según su poder en el bando intermedio).

Aunque, debe verse que en el caso Eichman, el Tribunal de Jerusalén, si evaluó que cuanto mayor es la lejanía con el delito, mayor responsabilidad existe, y a la misma conclusión arriba Roxin. Se considera que al no tener contacto directo con las víctimas, hay mayor frialdad de emisión de las órdenes. No es lo mismo verle la cara a la víctima en el momento de la ejecución, que una simple orden, a sabiendas de que otro es quien va a ejecutar.

² Posteriormente se estudiará con Jakobs, Kai Ambos, entre otros autores.

Esta cadena de mando, es explicada por Roxin en relación con los sucesos acaecidos en la antigua República Democrática Alemana, en donde un comandante de rango intermedio en la cadena de mando, da la orden de exterminio en un campo de concentración nazi; esta orden es la consecuencia de una política seguida por los grandes jefes de la banda, Hitler, Himmler, etc. Explica Roxin lo siguiente:

“El comandante de un campo de concentración nazi era, por tanto, autor mediato de los asesinatos ordenados por él, aunque él mismo actuara por indicación de cargos superiores”

(Roxin C. , Dominio de Organización como forma Independiente de Autoría Mediata, 2006, pág. 6)

De esta forma, Roxin abre la posibilidad de considerar como autores mediatos, a una cantidad innumerable de sujetos, que participan en la cadena de mando, desde diferentes niveles. Cualquier miembro de la jerarquía que haya dado o transmitido la orden de llevar a cabo un hecho delictuoso puede ser considerado autor mediato, sin perjuicio, de inculpar a otros sujetos, también, como autores mediatos.

Los casos en donde el sujeto no ha emitido personalmente la orden, y tampoco ha prestado cooperación para su ejecución, aunque haya promovido de manera consciente los delitos “mediante cualquiera acciones” debe ser castigado de complicidad. (Roxin C. , Dominio de Organización como forma Independiente de Autoría Mediata, 2006)

B. Desvinculación con el ordenamiento jurídico

Uno de los grandes presupuestos sobre los cuales Roxin edifica su teoría, se trata de que el aparato de poder debe desligarse del ordenamiento jurídico, actuar al margen de éste. A pesar de las múltiples críticas que ha recibido Roxin ha tratado de afianzar y reflexionar sobre lo indispensable de su contenido. Es dudoso que un aparato de poder, por ejemplo, Estatal, actúe completamente fuera del ordenamiento jurídico, más bien un presidente elegido democráticamente se inviste de la institucionalidad y legalidad que le da el Estado. El paso convertir al aparato estatal en un instrumento para cometer sus crímenes no hace, per se, al Estado, como una institución ilegal.

Roxin, realiza dos aclaraciones a este presupuesto, con la finalidad de demostrar su condición indispensable y la imposibilidad de eliminar este elemento de la teoría. La primera aclaración expresa, el aparato de poder tiene que haberse desvinculado del derecho, empero no en toda relación, si no solamente en el marco de los tipos penales realizados por él.

La segunda, es más compleja que la anterior. Trata de contextualizar la valoración de la desvinculación con el ordenamiento jurídico actual, en este sentido, menciona literalmente, “no depende de una valoración del sistema político anterior”. (Roxin C. , Dominio de Organización como forma Independiente de Autoría Mediata, 2006, pág. 6).

A la luz de los sucesos de los casos en donde existe un régimen totalitario, es fácil

deducir porqué Roxin creó este presupuesto. Muchas de las reglas instauradas, en estos sistemas, como el de Fujimori o las Juntas Militares argentinas, son reglas positivizadas en los ordenamientos de estos regímenes de facto, pero son normas antijurídicas desde la perspectiva del derecho penal internacional, y hasta, se ha llegado a hablar de nuevo, la incompatibilidad con el derecho natural.

C. *Fungibilidad del autor inmediato*

Roxin trata el tema de fungibilidad del ejecutor refiriéndose a la posibilidad de “sustituibilidad” o “intercambiabilidad” del autor inmediato. Es decir, tienen que haber muchos potenciales ejecutores disponibles por realizar la orden del superior, y de tal forma se garantiza que siempre será consumada el mandato.

Así, se está ante dominio de un aparato de poder, si y sólo si, éste tiene un número importante de ejecutores inmediatos dispuestos a realizar el hecho, siendo estos fungibles, pueden ser fácilmente intercambiables por otro sujeto, sin importar la persona individual del ejecutor

Dentro del aparato del poder, existe un número ilimitado de ejecutores fungibles que le dan automaticidad a la organización. En palabras simples tal automaticidad, significa que si el jefe o superior, “aprieta el botón dando la orden de matar, puede confiar en que la orden se va a cumplir sin que tenga que conocer al ejecutor”. (Roxin C. , Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal , 2000, pág. 272). Ciertamente, el sujeto de atrás, se limita, a dictar la orden antijurídica e invariablemente habrá alguien dispuesto a cumplirla, en la medida que existan

diferentes ejecutores. Si uno de ellos se niega a cometer el hecho, habrá otro que lo ejecuta.

Como es ineludible la realización del ilícito, por ende, siempre se lleva a cabo el plan global, brindando una verdadera organización al aparato donde las órdenes son obedecidas o como dice el propio Roxin de esta forma la organización despliega una vida independiente de la identidad variable de sus miembros.

Para el profesor alemán, una verdadera organización, se certifica la ejecución de sus órdenes, las cuales serán cumplidas para que el aparato verdaderamente tenga suficiente fuerza de dominio o de organización. De lo contrario, el sistema organizativo del aparato no funciona del todo adecuadamente o se está ante una asociación criminal que no puede ser considerada aparato (por no cumplirse con el presupuesto indispensable de contar con un aparato firmemente organizado). Aunque, sí debe decirse, que las formas de organizaciones criminales como bandas de gánsteres pueden ser abarcadas desde este panorama, por contar con una organización totalmente estructurada, con poder de mando y la verticalidad característica, como la que describe Roxin.

Debería de formularse la pregunta que sobreviene necesariamente de este presupuesto, qué sucede cuando el autor inmediato tiene cualidades personales distinguidas, éste sujeto no es fácilmente reemplazable, el agente Staschynski por ejemplo, había sido entrenado para su operación. Probablemente, se hubiera tardado meses en entrenar a otro agente.

Examina el jurista alemán que el ejecutor inmediato solamente cuenta con un dominio parcial del hecho, en el sentido que aunque él no consume el suceso, habrá siempre alguien más dispuesto a consumarlo. Esta idea se robustece, según el pensamiento de Roxin, en virtud de que el sujeto de adelante no puede con su sola determinación dejar libre a la víctima, según esta posición vendrá otro sujeto a ejecutar la orden, así, no importa la voluntad del instrumento, si él se niega, igualmente habrá un reemplazo que ejecute la directriz.

D. La considerable elevada disponibilidad al hecho del ejecutor

Es quizá el elemento más oscuro de todos los tratados, ya se ha hablado un poco de él. Para entenderlo debe pensarse en una suerte de sumisión de los ejecutores a consumir la orden antijurídica a toda costa, en donde el instrumento doloso se ve permeado por las numerosas influencias de la organización y está dispuesto a realizar cualquier hecho que se le asigne, ya sea porque teme o duda, como consecuencia eleva su obediencia de ejecución de la orden.

La manifestación del temor se puede dar por varios motivos; explica Roxin, la negativa a cometer el hecho, puede ocasionar la pérdida del puesto de trabajo, incitar un menosprecio por parte de los compañeros, o bien, originar cualquier conducta rechazada por ese grupo asocial. También, se debe agregar, que ser parte de un grupo políticos como el nazismo, luego querer salirse de él no era una posibilidad, los riesgos que

se corren son muy altos, probablemente el partido político no permitiera la salida de uno de sus integrantes, menos la desobediencia, que era castigada con la muerte. De tal forma que el instrumento doloso (verbigracia un soldado), se ve inclinado a realizar el ilícito.

Nótese que Roxin habla de duda, pero nunca de incomprensión de la antijuridicidad material, debido a que el ejecutor material posee plena conciencia de su actuar delictivo, y es imposible desde el plano metodológico dar alguna justificación para probar lo contrario. Así, el mismo Roxin, hace relevancia en que la disponibilidad del sujeto inmediato tiene como distintivo el conocimiento del ilícito.

1.B. Sobre la adhesión o confrontación de la teoría en la doctrina

Roxin consideró una carencia en la dogmática penal actual, pensando que con los presupuestos de autoría mediata, en donde el autor intelectual sólo puede obrar detrás de un sujeto sometido a error o engaño, no son suficientes para imputar casos como los mencionados, de utilización del aparato estatal para comisión de crímenes de lesa humanidad con un instrumento doloso.

Se piensa con Roxin, y la mayoría de la doctrina, en este tipo de delitos debe descartarse la aplicación de la autoría mediata según las fórmulas tradicionales conocidas donde se instrumentaliza al sujeto de adelante que no posee el dominio de la voluntad, y obra en relación con el dominio del sujeto de atrás.

1. B.1.a Teoría sobre el dominio por poder de instrucción. La tesis Abstracta de Murmann³

Murmann propone desarrollar un dominio del hecho por instrucción, descartando el dominio por organización, que le parece inadecuado debido a que parte de un dominio instrumental del suceso exterior. Asimismo, debe descartarse debido a que por más perfecta que sea la organización, el ejecutor siempre tiene plena libertad de actuar.

Esta impresión lo lleva a descartar la fungibilidad de los ejecutores inmediatos, el hecho de que sólo entra en consideración para la realización del hecho en cada caso un número limitado de personas, de manera que no cabría hablar de ningún modo de un “número prácticamente ilimitado de personas dispuestas a llevar a cabo el hecho”.

Debe tomarse como punto de referencia la relación mutua de reconocimiento entre un autor (Estado) y la víctima (Ciudadanos). Parece ser que en el pensamiento de este jurista hay un supra Estado, que está personalizado, hasta por encima de sus propios dirigentes, de manera que un concepto global y abstracto de aparato estatal, es lo que considera como autor de los crímenes. El manejo lesivo y antijurídico del poder por parte Estado, es quien realmente lesiona a la víctima, y no el ejecutor inmediato, como se ha entendido.

Realmente, el Estado como ente “abstracto” es incapaz de dañar por su propia cuenta a la víctima. Es el ejecutor inmediato quien mediante el cumplimiento y la concreción de

la instrucción lesiva y antijurídica del Estado, quien de manera directa interviene en la libertad del ciudadano.

Hay un dominio del hecho normativo y personal, mediante el cual el hombre de atrás (Estado) domina el suceso a través del ejecutor que actúa en libertad (por ejemplo el centinela de frontera). Y sólo mediante la instrucción del ejecutor es que se constituye una modificación de la relación con la víctima hace lo injusto.

La propuesta de Murmann, es criticable desde muchos sentidos. Primeramente, es innecesaria, la compleja abstracción a la que somete el concepto de Estado. Se decanta por un metaconcepto que abarca los múltiples elementos que conforman el aparato estatal. Murmann le otorga al Estado vida propia, es decir, lo personifica. Todas las decisiones y las ideologías imperantes en una sociedad, son atribuidas a este metaconcepto abstracto ideado por Murmann.

1. B.1.b La transcendencia definir el concepto “aparatos de poder”. Lampe y su tesis de aparatos de poder formal e informal.

El mismo Roxin ha reconocido la debilidad de su teoría, para definir con claridad el concepto de “aparatos de poder”. El autor alemán ha determinado que la simple unión de una serie de elementos asociales para realizar el delito común, y la elección de uno de ellos como jefe, no constituye jamás un aparato organizado de poder, por faltar en ellos el presupuesto fundamental de dominio por voluntad.

³ En Täterschaft durch Weisungsmacht citado por Ambos.

Sobre este aspecto, Lampe propone una diferenciación entre aparatos de poder formal e informal (Lampe citado por Cárdenas, 2004, pág. 245), exponiendo que desde un principio, el dominio de organización sólo es posible en un aparato formal, cuya estructura sea jerárquico lineal, y caracterizada por una intercambiabilidad de los ejecutores.

Se puede afirmar con toda propiedad que son organizaciones formales aquellas cuyos miembros son en gran medida intercambiables, y la estructura de organización está caracterizada por un tipo de mando estricto, y como se indicó con una jerarquía vertical.

En ningún caso, se puede afirmar de manera genérica, con la mera concurrencia de criminalidad organizada, se da un caso de autoría mediata según aparatos de poder. La comprobación de elementos de la organización no es fácil, aunque si es indispensable para la confirmación de la existencia de una estructura de poder. Por lo tanto, ha de demostrarse en cada caso la existencia de la organización.

2. *Análisis de sentencias internacionales*

2.1 *Caso de Adolf Eichmann Eichmann. Juzgado por la Corte del distrito de Jerusalén, caso criminal número 40/61*

- Análisis sobre la aplicación de la teoría de la autoría y la participación en la sentencia

El principal argumento que expresó la defensa de Eichmann, para descartar su participación en los hechos, fue respaldarse en el supuesto deber de obediencia poseído con respecto de sus superiores. Según, la defensa, el imputado no cometió los hechos, y mucho menos fue el creador intelectual de éstos, por el contrario, solamente acepto las órdenes que procedían de sus superiores.

No obstante, este argumento fue desechado por completo por el Tribunal, en virtud de que el deber de obediencia, encuentra su límite cuando la orden es manifiestamente ilegal como en este caso. Así está tipificado por el Código Criminal alemán de 1936⁴.

Es necesario advertir la gran influencia que tiene el Common Law del derecho Inglés, en el sistema jurídico israelí. A pesar, de que en el Common Law, existen diferentes modalidades de participación, como el “principal in first degree”, o “co-principals in first degree”, en un sentido semejante a lo que se entiende en nuestro derecho como autores o coautores respectivamente. No obstante, no entró el Tribunal, en una disertación sobre la calificación legal de autoría que debía atribuirse al encausado.

La Corte prefirió desarrollar su argumentación en torno a la responsabilidad colectiva ejercía por Eichmann, dentro de todo el macro- aparato de poder nazista. La resolución es exhaustiva, en relacionar las órdenes y ejecuciones globales expedidas por el aparato nazista, con las órdenes y la jerarquía que poseía Eichmann en el mismo. Para el Tribunal, el encausado no era una simple pieza carente de control, más bien era un sujeto clave, más allá de un simple

4 Section 19(b) of the Criminal Code Ordinance, 1936, is the one dealing with "superior orders," as follows:

impulsador de los ideales nazista, era también un ejecutor de dichos ideales.

Parece que la sentencia siempre tuvo clara la complejidad con que actúan estos macro-aparatos criminales, los cuales se dotan de una serie de departamentos, ministerios y personal de trabajo, para lograr cumplir sus objetivos y metas que por lo general, requieren de un trabajo exhaustivo. No obstante, como ya se afirmó, siempre se trató de relacionar la responsabilidad colectiva de Eichmann entorno a todo el aparato, determinando los elementos individuales que lo incriminan.

Es justamente la complejidad de estos aparatos lo que deriva la oscuridad para determinar con certeza la autoría o participación que tienen los sujetos que trabajan en él. Aunque, finalmente Eichmann fue juzgado como un principal ofender.

Algunos presupuestos utilizados para incriminar al acusado, son actualmente elementos conformadores de la teoría del dominio de la voluntad por medio de aparatos organizados de poder. La diversidad de grados y niveles constituyen la totalidad del aparato, así cada dirigente tiene potestades distintas, y tienen esferas de dominio diferentes con respecto de sus subordinados, en el nivel en que se encuentran. Para el Tribunal, el grado de responsabilidad incrementa en la medida que se aleja del ejecutor del hecho. Nótese que este presupuesto, es utilizado posteriormente, por la doctrina del dominio de voluntad en virtud de aparatos de poder. En este caso, es más que evidente el aparato de poder existente y necesario para la comisión del delito. La teoría de Dominio de la voluntad en virtud de dominio de aparatos

organizados de poder no se aplicó debido a que para la fecha Roxin, mayor exponente y precursor de la teoría, aún no la había publicado. La publicación de la teoría se dio hasta 1964, mientras tanto la sentencia se dictó en 1961.

CAPÍTULO III. ENTORNO EMPRESARIAL COMO NÚCLEO PROBLEMÁTICO ESPECÍFICO EN EL DERECHO PENAL. REFLEXIÓN CRÍTICA A LA COYUNTURA ACTUAL.

1. ASPECTOS GENERALES DEL ANÁLISIS CRIMINO-LÓGICO

Dentro de la dogmática penal, se ha tratado de segmentar como rama del derecho penal, una nueva disciplina denominada derecho penal económico. Acuñando la importancia del quehacer económico en un mundo globalizado, donde concurren grandes empresas, y el dinamismo del mercado es cada vez más complejo y movido.

La realidad actual demuestra que la criminalidad empresarial, se conforma, en muchos de los casos, de delitos que provienen de los directivos de las empresas, la cumbre de la jerarquía de poder, la cual controla las decisiones generales de la empresa, y éstas, a su vez, repercuten de manera significativa en la dirección de toda la organización.

Como lo afirma (Feijoo Sánchez., Cuestiones actuales del derecho penal económico, 2009. Pp. 2) la empresa como organización

representa un problema central para la moderna teoría del delito. Dicho acontecer, demuestra que hay una nueva estructura empresarial, vulnerable a cometer delitos, y es menester identificar estos núcleos problemáticos, verificar si con la dogmática y legislaciones vigentes, son suficientes para solventar este tipo de delitos, como se procederá a estudiar.

En la naturaleza de este panorama se trae a colación la teoría de la anomia, es una doctrina desarrollada por Merton, para quien existe una relación lineal entre el proceso de modernización y los niveles de criminalidad. Se ha respaldado en los estudios de Emilie Durkheim, para esta socióloga, la industrialización y urbanización, generan un aumento de criminalidad en razón de un grado superior de anomia y de despersonalización, la ruptura de vínculos sociales y la integración social reducida y la desorientación del individuo. En este sentido, la modernización socioeconómica, de forma paralela trae un aumento de delitos contra los bienes, disminuyendo los delitos contra las personas (Pérez del Valle, Introducción al derecho penal económico, 2000).

No obstante, el primer esbozo sobre la criminalidad económica, y las características de los autores de los denominados delitos de cuello blanco, la realizó el sociólogo estadounidense, Edwin H. Sutherland, en su artículo "White-Collar Criminality" presentado en la revista *American Sociological Review*, en 1940.

En esta exposición Sutherland, demuestra cómo hasta la fecha se habían penado

delitos como robos o asaltos, que eran cometidos por los estratos sociales bajos, estos presentaban características diferentes, porque los delincuentes provenían de barrios difíciles, condiciones de pobreza extrema, etc. Sin embargo, señala cómo los llamados delincuentes de cuello blanco, quienes se visten traje entero, llevan una vida muy "sofisticada y ejecutiva", han tenido la oportunidad de tomar estudios en una universidad, de hecho tienen una profesión, y provienen de familias económicamente estables, es justo esta clase de delincuencia la que más dinero obtiene y que provoca daños a mayor número de personas.

Mientras la criminalidad que despliega los sectores más bajos de la sociedad, tiene mayor persecución debido a que las víctimas, tienen poder económico, y poseen influencias políticas para atacar a esta clase de criminalidad. Mientras el victimario no tiene ni influencia ni poder para defenderse. A contrario sensu, los delincuentes de cuello blanco, tienen capacidad para incidir sobre la legislación, con la finalidad de no verse atacados por normas del derecho penal que les afecte a ellos directamente⁵.

2. CONFRONTACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA DOCTRINA DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO

La moderna teoría del derecho penal económico en su aspiración por adscribirse como disciplina autónoma del derecho penal, encuentra grandes obstáculos para definir tal

5 "It means only that the upper class has greater influence in moulding the criminal law and its administration to its own interests than does the lower class. The privileged position of white-collar criminals before the law results". (Sutherland, 1940)

emancipación, y conservar los principios y garantías del derecho penal nuclear.

El principio de legalidad exige que el supuesto de hecho de cualquier delito, se determine con precisión y deba estar específicamente tipificado por una ley penal previa. Solicita una correspondiente descripción de la conducta humana exteriorizada contraria a la prohibición o al mandato contenidos en la norma primaria, con el fin de evitar la creación de peligro para el bien jurídico. (Lascano, Los principios constitucionales del derecho penal económico. Globalización y armonización del derecho penal económico., 2008) El principio de legalidad le solicita al legislador del derecho penal la existencia de una descripción diáfana sobre las conductas que se quieran penar.

Particular atención debe tenerse con este principio en los delitos económicos, pues presentan una tendencia real a la remisión de sus normas a otros preceptos extrapenales, requiriendo una comprobación (o conceptualización previa) de infracciones en normas mercantiles, bancarias, laborales, tributarias, ambientales, administrativas. Si hay dos características, que definan a los tipos de los delitos económicos, es gran cantidad de elementos normativos que poseen, y la segunda su abuso de leyes penales en blanco.

Las denominadas “leyes penales en blanco”, remiten a disposiciones extrapenales que integran y precisan el supuesto de hecho de la ley penal. Es frecuente y casi inevitable en materia penal económica, cuya naturaleza, se caracteriza por la mayor movilidad, especialización y complejidad, en comparación con el Derecho Penal nuclear (Lascano, Los principios constitucionales del derecho penal económico. Globalización y armonización del derecho penal económico., 2008), sin embargo, las transgresiones que

se pueden provocar de tal abuso puede tener impactos prejuiciosos en la aplicación del derecho, tales como el tratamiento del error.

En el derecho penal económico son frecuentes el tipo de leyes penales en blanco, debido a la necesidad de remitirse a elementos interdisciplinarios para suministrar contenido a sus normas. Verbigracia en el derecho español, se remite a las leyes o reglamentos sobre caducidad o composición de productos alimentarios para conocer cuándo se da la infracción del artículo 363 del CP que refiere al tema.

3. SOBRE LOS BIENES JURÍDICOS PENALMENTE TUTELADOS EN LOS DELITOS ECONÓMICOS

La delimitación de los entes tutelados en el marco del llamado derecho penal económico, ha sido un tema poco diáfano, con indicios de querer prescindir por completo de alguna protección, (al menos) remota de bienes jurídicos. La pretenciosa protección penal tocante a bienes jurídicos supraindividuales, colectivos, que albergan intereses, tanto del Estado como de todos los sectores sociales, e individuos, provocan que el margen de (in) definición sea tan extenso, que ni siquiera sus seguidores logran determinar qué se puede incluir bajo estas frases, quiénes son las víctimas y qué lesiona el justiciable.

Hassemer anunciaba desde 1995, la actitud tendiente a crear vaguedad en los bienes jurídicos, con la finalidad de apartar del camino, un requisito estorbo, que resultaba limitante en la creación de los tipos penales deseados. Menciona el citado autor

(...)“Ya en una primera aproximación vemos que las

nuevas leyes en el ámbito de nuestro Derecho penal material (Parte Especial y leyes penales especiales) no tienen como objeto de protección sólo bienes jurídicos universales sino asimismo que estos bienes jurídicos universales están formulados de forma especialmente vaga (...) Se trata de una criminalización anticipada a la lesión del bien jurídico; de la protección del «bienestar» de los hombres «en un sentido puramente somático» en vez de la protección de la vida y la salud de las personas» (Hassemer, Derecho penal simbólico y protección de bien jurídico, 1995)

Tiedemann, en un intento, por al menos, enmarcar cuáles tipos penales, corresponden al derecho penal económico, brinda un inventario de artículos, según la dimensión de diferentes legislaciones. Sin embargo, esta lista no es suficiente, a efectos de definir un contorno preciso sobre qué bienes jurídicos intenta proteger esta subárea del derecho penal.

4. PRINCIPIO DE CULPABILIDAD EN LA ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL

4.A. Elementos básicos de culpabilidad en su sentido tradicional o clásico

Es altamente aceptado en doctrina, que el principio de culpabilidad, requiere que una conducta humana sea exteriorizada, implica una modalidad de lesión a un bien jurídico penal. Dicha lesión debe ser la más intolerable

socialmente, y puede reprochársele al autor quien pudiendo actuar de otra manera, no lo hizo. La actitud del sujeto, lo hace ser responsable, y se encuentra un reproche por su conducta, quien de antemano la conocía como antijurídica.

Para legitimar la imposición de pena a su autor o partícipe, debe poder serle imputado objetiva, subjetiva y personalmente. Un sujeto debe poseer estos tres elementos en conjunto, para fundamentar la culpabilidad y por ende la responsabilidad. Este postulado tiene como presupuesto la libertad de decisión del hombre, como persona capaz de conducirse racionalmente (Lascano, Los principios constitucionales del derecho penal económico. Globalización y armonización del derecho penal económico., 2008, pág. 5).

5. ¿SOCIETAS DELINQUERE POTES? SU ENFRENTAMIENTO CONTRA EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

Como se trató de analizar en la disertación ulterior, la doctrina de la culpabilidad fue creada de cara a la punición de personas físicas. Naturalmente, el tratamiento para la atribución de culpabilidad a las personas jurídicas, no resulta fácil de “acondicionar” en la doctrina conocida, pues trabaja sobre la frase latina *societas delinquere non potest*, de manera que existe un gran trabajo para justificar una transformación y atribuir culpabilidad a las personas jurídicas.

De tal forma, se ha acudido, por parte de la doctrina del derecho penal económico, a una serie de fundamentaciones, algunas un tanto excéntricas, que buscan ajustar los principios y parámetros del derecho penal nuclear a nuevas realidades empresariales.

Menciona el profesor uruguayo (Aller) que no se deben satanizar los nuevos métodos que intentan responder a las necesidades imperantes de la criminalidad empresarial; pero, sí se debe evaluar si dichos métodos funcionan y son aplicables sin irrumpir en aquello que (Jakobs, 2003) ha descrito como derecho penal del enemigo, con la terrible repercusión de convertir a los delincuentes como enemigos que han incumplido sistemáticamente el rol de persona, y por tanto, no merecen ser tratados como ciudadanos, como se explicará posteriormente.

En definitiva, todas las categorías penales han sido pensadas por y para la actividad individual, y encima para personas físicas. De ahí que la criminalidad empresarial (en sus diferentes modalidades como imputación colectiva, o actuación por hecho ajeno) no armoniza con la dogmática “tradicional”. Como medida de respuesta de emergencia, se ha recurrido a métodos muy creativos e innovadores para lograr adecuar (o forzar) todo el ordenamiento jurídico penal, para imputar empresas (Cfr. Abanto Vásquez, El bien jurídico penalmente protegido en los delitos contra el orden económico: una contribución a su determinación, 2011).

Actualmente, existe una vasta literatura sobre el derecho penal económico, que incluye el tratamiento de la punición a las personas jurídicas. Sólo en Alemania se han escrito más de siete monografías, tratando el tema. Sin embargo, es plausible encontrar un común denominador en esta literatura:

la creación de un modelo singular para la criminalidad empresarial, abocando un nombre diferenciado de su tronco nuclear, que busca apartarlo de la dogmática tradicional, fundando la necesidad de darle un tratamiento separado por poseer una suerte de características particulares.

La recepción a nivel de las diversas legislaciones, no se hizo esperar, así Holanda, en su artículo 51 CP permite la sanción de las personas jurídicas, considerando imputable a ésta, la infracción cuando la persona física haya actuado en la esfera de la persona jurídica, siendo necesario que el hecho cometido aparezca como una acción de persona jurídica. En el mismo sentido Noruega, Dinamarca, Portugal⁶, y por supuesto que el Corpus Juris de la UE. España receptó la sanción mediante un derecho administrativo sancionador. Asimismo, se encuentran regulaciones fuera de Europa, como es el caso de Estados Unidos de Norteamérica y Japón.

6. LA CONVIVENCIA DE LOS DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO EN LA SOCIEDAD DE RIESGOS Y SU RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD. UNA TRILOGÍA INCOMPATIBLE

Ya se ha venido dibujando un primer boceto sobre los delitos característicos de esta materia, así la tendencia actual es crear

⁶ Este país tiene muchas administrativas que pueden ser aplicadas a personas colectivas, así como asociaciones sin personalidad jurídica.

delitos de peligrosidad, cuya distinción es el adelantamiento en la penalización; es decir, antes de que se realice la acción ya existe la punición de ésta (una prevención prospectiva de un hecho que potencialmente pueda pasar) aunado a la carencia de bien jurídico. Además, se debe sumar una dispersión en la descripción de las conductas mediante las leyes penales en blanco.

Asimismo, se agregan matices de delitos de mera actividad, los cuales no requieren de un comportamiento o conducta para su comisión. Y una interesante creación de delitos donde la infracción es un mero deber de obediencia, también carece de acción concreta. Entonces, hay un panorama, donde no es necesaria la lesión al bien jurídico y tampoco una ejecución de un hecho en sentido estricto para la comisión del delito (sin olvidar que no existe bien jurídico).

No es un proyecto aislado, se trata de la predilección a la que ha apuntado el derecho penal moderno, -incluida la doctrina que predica el derecho penal económico-, planteando que los delitos de peligro abstracto son la única salvación para proteger los valiosos bienes jurídicos que afectan incesantemente la realidad social, y que tanto perjudican el halo de la seguridad. Lo curioso del asunto, es que nadie logra explicar cuáles son estos bienes jurídicos que se suelen afectar, al menos, sin utilizar argumentaciones que, por generales, pecan de indeterminadas.

Con la creación de los delitos de peligro se busca la anticipación de la reacción penal al delito, y con ello se penalizan conductas que no llegan a ser concretas, pero que pueden dañar intereses “relevantes” de la sociedad. No se puede hablar estrictamente de tutela

a bienes jurídicos individuales y mucho menos determinados, pero sí de intereses vulnerables de la identidad de la sociedad (de esta forma los denomina Jakobs y Cancio Meliá., Derecho penal del enemigo. 2003. Pág. 101)

Lo importante es examinar que esta doctrina se conforma con la mera puesta en peligro, o con la “peligrosidad” que una diligencia pueda generar en bienes jurídicos universales o supraindividuales; haciendo suficiente la prueba de la realización de la acción típica, no es necesaria la peligrosidad de la conducta, que, tampoco, requiere ser comprobada por el juez, puesto que la infracción a la norma, es lo único que el legislador castiga, prescindiendo de cualquier otro valor para la demostración delictual.

● **Excursio**

Este primer esbozo sobre la criminalidad económica demuestra que existen núcleos problemáticos, debido a que se buscan relajar y hasta erradicar algunos principios fundamentales de la sociedad, con el fin de buscar sanciones a cualquier costo. Así, la comprobación de la culpabilidad individual, se dejó de ver como un problema, y se rebusca en conceptos indeterminados como defecto de organización, para vencer los presupuestos de la culpabilidad, donde los entes corporativos son penados a raíz de una mala administración que pone en algún riesgo el entorno social, ésta entre muchas otras interpretaciones.

Todo esto se desarrolla en una coyuntura, donde se visualiza al delincuente, desde lo que Jakobs denominó derecho penal del enemigo. Donde el criminal, no es una

persona, más bien es un objeto de derecho, y por eso se puede abalanzar sobre él, con todo el peso de la persecución criminal. El Estado ya no busca el diálogo con la sociedad, mediante la comunicabilidad de la pena, más bien, crea una guerra contra el delincuente, contra estos enemigos de la sociedad.

Las repercusiones y efectos reales: creación de tipos penales carentes de bien jurídico tutelado, introducción desmedida de delitos de peligro abstracto, donde hay un adelantamiento en la persecución penal, además, de prescindir de una conducta concreta; lesionando como resulta evidente el principio de legalidad y tipicidad.

Dentro de todo este panorama, y en la urgencia por buscar una respuesta para la sanción de estos entes empresariales, que tanto daño provocan, entra en consideración la teoría presentada por el profesor Roxin, autoría mediata en aparatos de poder. La idea es tomar los presupuestos explicados desde el Capítulo II, para introducirlos en la estructura empresarial y de esta manera llegar hasta la cúpula o jerarquía de la empresa.

CAPÍTULO VI. ESTRUCTURAS EMPRESARIALES DEL INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD Y LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS. UNA POSIBLE SOLUCIÓN ANTE EL PROBLEMA DE LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL

1. EXCLUSIÓN DE LA TEORÍA DE APARATOS ORGANIZADOS DE PODER EN LA RESOLUCIÓN DE CASOS DE RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL

Ha encontrado gran cabida en la doctrina, la teoría desarrollada por Roxin de la autoría mediata en aparatos de poder, en el tanto se acepta unánimemente la necesidad de castigar como autores a los directivos de las empresas que impulsan actividades ilícitas, o bien las consienten o permiten trasgrediendo su deber de garante. Aunque debe verse que falta en la mayoría de los casos una participación activa en el delito por parte de los gestores de la empresa, o su participación llega a lo sumo en tomar la decisión general de la empresa, tal y como se observó en los ejemplos anteriores.

Roxin llega a responsabilizar a los directivos por la organización de un aparato de poder, y visualiza a una empresa organizada para cometer delitos, como si fuera una banda o grupo militar encargado de cometer delitos. En el nivel de la autoría, la teoría de Roxin, arriba en considerar a los hombres de la cúpula como autores mediatos, y los autores directos estarían dispersos en la figura de ejecutores del delito, que siempre son los hombres de abajo en la organización empresarial, que suelen ser operarios o en algunos casos, la ejecución se ubica en los mandos medios de la empresa.

Si se trasladaran los cuatro presupuestos ideados por Roxin, en su teoría, se encuentran dudas de su correcta o posible

aplicación. El principio de desvinculación del ordenamiento jurídico, resulta imposible de ajustar en las actividades empresariales. Piénsese en todos los casos anteriormente expuestos, las empresas tenían actividades lícitas y ajustadas en el ordenamiento jurídico, aunque en algún momento y en un caso en particular se comete un hecho ilícito.

Prácticamente, en el ámbito económico todas las empresas han sido constituidas de conformidad con el ordenamiento jurídico, ya sea en la figura de sociedades anónimas, o bien, mediante cualquier modalidad permitida por la legislación mercantil. De manera que la desvinculación jurídica, en la mayoría de las empresas, no se da.

Como segundo presupuesto Roxin, propone el poder de mando. Argumentando que hay una potestad de emitir órdenes, y tales directrices son acatadas por todo el nivel de las jerarquías hasta llegar al sujeto ejecutor del hecho. No obstante, al evaluar el acontecer de las empresas económicas actuales, se encuentra una realidad harto diferente a la ideada por el profesor alemán en su teoría.

La conformación vigente indica una conformación mediante la división de funciones, operando con gran primacía la delegación de éstas. Las estructuras de organización, presentan una complejidad, y distribución de responsabilidades horizontal, y una delegación de responsabilidad vertical.

Así, el presupuesto del poder de mando, pensando para una distribución de responsabilidades totalmente jerarquizada, donde el poder de mando presupone, una

organización dirigida de manera rígida, marcada por una estructura jerárquica-lineal, dista mucho de la realidad empresarial, y se acerca a la concepción del aparato de poder alemán en los tiempos de la Segunda Guerra.

Formula la docta en la materia (Roxin Imme , Autoría y Participación en una empresa económica), no puede existir poder de mando en la dirección de la empresa en donde exista delegación de la responsabilidad vertical. En cuanto en los niveles de dirección superior se delega la realización de las tareas en responsabilidad propia. A su vez, esto implica un alivio para la cúspide de la organización ya que la responsabilidad penal se une al campo de tareas de aquellos que laboran bajo su propia responsabilidad.

El presupuesto de la fungibilidad de los ejecutores, también encuentran incompatibilidad en su traslado a la empresa económica. Primeramente, no puede hablarse que en un nivel empresarial todos los empleados sean fungibles. Por cuanto cada sujeto tiene funciones específicas y ha sido entrenado para sus tareas, o bien, posee conocimientos técnicos que son aplicados en el ámbito laboral.

Una revisión somera de los organigramas empresariales presentadas, demuestra como los empleados ubicados en los mandos medios y algunos de los niveles bajos, son personas con conocimientos muy específicos sobre el departamento en el cual se desenvuelven, y sería erróneo pensar que podrían ser intercambiados fácilmente por cualquiera otra personas.

Un último presupuesto planteado por Roxin en su teoría, habla sobre la alta

predisposición a la realización del hecho típico. Como se mencionó desde el segundo capítulo, aunado al carácter fungible de los ejecutores, éstos, además, poseen un carácter de obediencia que los somete a las órdenes de los superiores aunque éstas sean ilícitas.

Tampoco, se cumple este requisito en el ámbito empresarial. Es más, aun aceptando que algún ejecutor de los mandos bajos sea fungible, no podría afirmarse que éste estaría en disposición de cumplir una orden ilícita solamente porque haya sido emitida por un órgano superior de la empresa.

La negativa de cumplimiento, de cualquiera de los hombres, sea que estén ubicados en los mandos altos, medios o bajos de la empresa, implicaría un rompimiento por completo de la formulación roxineana, con el resultado fatal de volver infecunda la teoría para resolver este tipo de casos.

2. *Planteamientos Doctrinales Actuales sobre la Imputación Objetiva*

Indiscutiblemente, no es posible evitar todos los riesgos que surgen en el marco de las actividades económicas y empresariales. Por ello, imputar cualquier riesgo no evitado, a los directores o gerentes de la empresa resulta irracional, además de transgredir principios importantes como el de culpabilidad.

De igual manera, la sola determinación de la elevación de un riesgo no permitido, no parece suficiente para constatar la responsabilidad jurídico-penal. Entonces, se debe partir de un punto de referencia, el cual debe ser analizado antes de realizar

cualquier conclusión sobre imputación en el plano empresarial: “tanto los riesgos como los resultados negativos forman parte de la vida”. Asimismo, es significativo el aporte de (Frisch, Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la empresa y de la división del trabajo, 1996, pág 107) quien expresa “nadie renuncia racionalmente a una actividad que implica la producción de un riesgo, sino que todos cuentan con ellos racionalmente, como riesgos generales de vida”.

Para estos casos, parte de la doctrina ha encontrado, en las teorías de la imputación objetiva, respuestas ante los problemas surgidos en este ámbito. No obstante, tales propuestas deben evaluarse detenidamente, pues existen grandes interrogantes que aún no logran solventar con claridad.

Primero, desde la edificación de la teoría de la Imputación Objetiva, específicamente desde el planteamiento de (Jakobs G. , La imputación objetiva en el Derecho Penal, 1996, pág. 24) esta teoría fue constituida en virtud de los delitos de resultado o bien para los delitos culposos; entonces, en su edificación deja de lado los delitos de infracción de deber y delitos especiales, o los delitos de peligro abstracto. Segundo, tanto para Hegel como para Jakobs, el concepto de imputación debe ser entendido solamente en su sentido objetivo, consideran que es un error buscar su sentido subjetivo.

Así, es necesario identificar que dentro del panorama empresarial, sobreviene el problema de lograr individualizar al autor del hecho o bien, definir las competencias

de cada funcionario. Tampoco, se han logrado vencer con éxito las críticas sobre atribución de responsabilidad a los directivos de la empresa, y cuándo se debe acusar tal responsabilidad. Por este motivo, ante todas estas interrogantes, la doctrina ha encontrado en la imputación objetiva y en la teoría de los roles (ideada por Jakobs) una manera de solventar estos problemas⁷.

El mayor aporte que deriva de la teoría de la imputación objetiva, a la imputación empresarial, es lograr individualizar la función de cada sujeto en la empresa, sin llevar a generalizaciones absurdas por un aumento de riesgo indeterminado. Hay autores que llevan más allá la idea, e introducen la teoría de los roles; así, (García Caverio, La imputación jurídico-penal a los miembros de la empresa por delitos de dominio cometidos desde la empresa, 2006) desde la observación de la competencia de cada sujeto dentro de la organización, es plausible identificar el rol específico para realizar la imputación, sin lesionar el principio de culpabilidad⁸.

3. SOBRE LA NECESIDAD DE INTEGRAR LA IMPUTACIÓN SUBJETIVA A LA CONOCIDA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

Las propuestas analizadas anteriormente, que toman como referencia única la imputación objetiva como fórmula para

resolver los problemas de imputación empresarial, no resultan suficientes. En primera instancia, porque la imputación objetiva ha sido ideada para resolver delitos de resultado. Empero, como se ha estudiado, en el ámbito económico el común denominador ha sido la creación de delitos de peligro abstracto, delitos de infracción de deberes, especiales y delitos imprudentes que se bastan de una mera elevación de un riesgo.

De tal manera, que la característica del “derecho penal económico y empresarial”, es que los delitos creados carecen de una acción en sentido estricto, y correlativamente, no existe una relación entre la acción y el resultado. Lo cual torna sumamente difícil la identificación de la causalidad, para conocer cuando un sujeto pudo o no anticipar un resultado lesivo. Esta técnica legislativa debe modificarse, para mirar en el horizonte al menos, de los delitos de peligro concreto.

Por este motivo, y alejándose de la posición de Jakobs, se vuelve menester concebir al lado de la mencionada imputación objetiva, una imputación subjetiva, con la cual se busca integrar elementos concernientes al conocimiento requerido para el dolo o la culpa. De tal manera, el sujeto tiene que ser capaz de conocer el resultado, es decir, que pueda anticiparlo, preverlo y planificarlo.

Dentro del panorama empresarial, buena parte de las teorías de la imputación buscan al alcanzar a los directivos o mandos altos en la jerarquía. Sin embargo, en la mayoría de casos no se hace a partir de un resultado,

⁷ Aunque no está demás mencionar que no ésta exente de críticas como se mencionará posteriormente.

⁸ Este tema será evaluada en el apartado siguiente.

sino de un peligro que ellos no dominan, y que más bien lo dominan los mandos medios y los ejecutores, provocando que haya una desconexión entre los conocimientos, la intención y la capacidad de previsión y planeamiento del resultado.

Una teoría que resuelva de manera integral la imputación a los directivos de la empresa, logra integrar una verdadera conexión entre dos momentos primordiales, el conocimiento de la creación del resultado lesivo, y el dominio de la causalidad que condujo a la ejecución del delito o a su provocación.

En este sentido, el jurista (Cavero, La imputación jurídico-penal a los miembros de la empresa por delitos de dominio cometidos desde la empresa, 2006) considera que la imputación del conocimiento fundamentador del dolo a los directivos de la empresa, debe configurarse también, en atención a las competencias de conocimiento y las características de la organización empresarial.

No obstante, con los resultados teóricos conocidos hasta este momento, la imputación hecha a los directivos, se hace no a partir de un resultado, sino se imputa un mero peligro que, en muchas ocasiones, la Junta Directiva no domina. Más bien, el dominio sobre la ejecución del hecho está fuera de su alcance. Es fácil entrever que existe una desconexión entre los conocimientos que domina la Junta Directiva.

Entonces, no solamente es necesaria la cognoscibilidad de la Junta Directiva sobre el dolo o la culpa; sino también, se debe realizar la pregunta acerca de cómo determinar el nexo de causalidad, que entre otras cosas es estadísticamente poco reconocible y poco estudiado.

Jurídicamente hablando, se debe identificar ¿cuándo realizar el análisis?, si antes de que

los hechos sucedan o posteriormente a la realización del mismo. Anterior al hecho, el examen debe estar en el dolo y la culpa, por la intención, los conocimientos y previsibilidad que pueda tener el sujeto.

Un pronóstico posterior, lo realizará el juez quien determinará la responsabilidad desde su punto de vista panorámico de todos los acontecimientos. El juez desde su posición ya conoce el resultado. Se debe ser crítico ante una postura de analizar un pronóstico del hecho a nivel posterior, debido a que el juez tiene una posición que difiere ampliamente de la que mantuvo el sujeto en el momento de los hechos.

Estos motivos obligan a decantarse por el análisis anterior al hecho. Este punto de vista se prefiere, porque se acerca más a la posición mantenida por el sujeto en el momento de realizar los hechos, hay una mayor aproximación con los conocimientos, la capacidad de previsibilidad de antelación mantenida por el sujeto o los sujetos, la proyección que el mismo o los mismos tuvieron cuando consideraron el resultado o anticiparon el peligro. Entonces, permite realizar una conexión entre la imputación subjetiva y la causalidad de los hechos.

A contrario sensu, ocurre con el análisis de los hechos causales a nivel posterior. Donde el juez tiene una visión macro de todos los sucesos, y desde su perspectiva es fácil poder anticipar los resultados, porque se le presenta un panorama global y de antemano conoce el resultado. Como se explicó, en situación muy distinta se encuentra el autor de los hechos.

Asimismo, con el ánimo de identificar las competencias de cada sujeto dentro de la empresa y de esta forma lograr individualizar al verdadero responsable del resultado ilícito, parte de la doctrina, ha querido encontrar

en la teoría de los roles una fórmula para delimitar las competencias de cada sujeto en el entorno empresarial.

CONCLUSIONES

Primeramente, se ha comprobado, en este proyecto de investigación, que el planteamiento abordado por el profesor Claus Roxin, en cuanto a la autoría mediata por dominio de aparatos de poder resuelta inaplicable en los casos de organizaciones empresariales.

Lo anterior, en virtud de las características propias de la estructura empresarial moderna. En donde existen estructuras verticales, jerarquizadas, y muy divididas, hasta organizaciones horizontales que se distribuyen el poder a un mismo nivel, definiendo competencias y dividiendo las funciones donde no existe la jerarquización, requerida por la teoría de dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder.

De manera que la distribución de estas organizaciones, dista mucho de ser la ideada por Roxin, en la década de los sesenta. En donde su foco de atención, era responsabilizar a los jerarcas nazis que abusaban del poder desde su posición de jefes de la nación, y funcionarios del mismo gobierno.

Como segunda comprobación. La aplicación práctica a empresas públicas como el Instituto Costarricense de Electricidad, y empresas constituidas por modalidad de sociedades anónimas, logra demostrar que la teoría de autoría mediata por dominio de aparatos de poder, no logra resolver casos usuales presentados en la realidad empresarial.

Por ejemplo, se aportó al estudio, casos en donde la Junta Directiva de una empresa

se encuentra en un país distinto de donde se desarrollan las operaciones y donde el mismo gerente encargado ha cometido un resultado ilícito, sin que la Junta pueda anticipar el resultado. Tampoco, se logra resolver mediante la teoría desarrollada por Roxin, qué sucede cuando se trabaja por modalidad de casa matriz y franquicias, o simplemente, una modalidad de outsourcing.

De igual forma sucedería, en casos de ilícitos suscitados a nivel horizontal. Verbigracia, cuando parte de la Junta Directiva, toma el acuerdo de cometer un delito, pero otros miembros están en desacuerdo.

Finalmente, se logró comprobar que en el entorno de la organización empresarial, los sujetos que actúan en jerarquías menores o mandos medios, están muy lejos de ser sujetos fungibles y mucho menos están altamente disponibles a cometer ilícitos. Éstas son personas que actúan dentro de la organización como trabajadores, pero que en la mayoría de casos no están en disposición de cometer ilícitos. Asimismo, por los conocimientos que puedan tener estas personas en su área, no resultan ser sujetos necesariamente fungibles.

Ante la negativa por aceptar esta teoría para resolver conflictos surgidos en la empresa, y desde la empresa. Se ha concluido que existe la necesidad de traer a colación otras formas dogmáticas que permitan la resolución de los casos presentados a la luz del derecho penal empresarial.

Por este motivo, se presentó la teoría del dominio funcional, para resolver mediante la coautoría, los conflictos en donde, por ejemplo, la Junta Directiva o la gerencia de la empresa toman una decisión antijurídica, y ejecutan su plan mediante las personas ubicadas en los bandos medios e inferiores de la empresa, sujetos que tienen el conocimiento sobre la

ilegalidad de la conducta ejercida.

No obstante, en relación con el plano empresarial y la teoría del delito, es necesario ir más allá de la autoría, y resolver la problemática presentados con los casos de la imputación y la responsabilidad penal. Así las cosas, se trajo a colación los presupuestos de la imputación objetiva, establecidos por Jakobs, y se comprobó la necesidad de integrar a dicha propuesta meramente objetiva, con la imputación subjetiva, con la cual se requiere que la persona conozca el resultado, pueda anticiparlo, preverlo, y planificarlo.

No pocos problemas le causa al derecho penal, que en virtud de regular la actividad de las empresas y la economía misma, se creen una gran cantidad de delitos de peligro abstracto. Ésta ha sido una errada técnica legislativa, que lejos está de lograr alguna resolución. Por este motivo, se prefiere el uso de delitos que al menos tengan un peligro concreto.

Actualmente, se encuentra en doctrina una discusión acalorada, en donde se trata de acusar a la Junta Directiva o mandos altos, como sujetos encargados de un deber de control y vigilancia sobre todo lo que sucede en la empresa, y por tanto, se intenta encontrar en la comisión por omisión una resolución

Por este motivo, se abordó la propuesta de Imme Roxin, donde de lege ferenda, se crea un tipo penal, para los sujetos que estando encargados de impartir órdenes permita que se produzcan ilícitos en el seno de la empresa por una infracción a su deber de vigilancia y cuidado.

Tal propuesta de lege ferente, versa en

el siguiente sentido:

“Quien en calidad de superior autorizado a impartir órdenes en una empresa o negocio... determine a sus subordinados a un hecho punible relativo a la empresa o negocio o permita que tal hecho ilícito se produzca, incurrirá en la pena que está prevista para la realización del hecho punible a título de autor.

Lo mismo aplicará para los miembros de una empresa o negocio...a quienes se les haya delegado en el negocio o empresa la vigilancia o el control de la ejecución de actividades, que hayan sido confiadas a otro miembro de la empresa o negocio, en la medida que las acciones que integran el hecho realizado pertenezcan a la actividad realizada por aquellos que deben vigilar o controlar”.

Finalmente, se planteó una propuesta de solución, también de lege ferenda, para resolver casos de delitos especiales, los cuales quedaban impunes debido a que el sujeto actuante no contaba con las calidades especiales requeridas en el tipo penal. O bien, la calidad de sujeto activo recaía sobre la persona jurídica, y por ende, causaba impunidad, como en algunos casos de los delitos tributarios. La resolución es la introducción en el Código Penal, de la cláusula denominada “del actuar por otro”:

“El que actúa como administrador de hecho o de derecho de

una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de un delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre”.

BIBLIOGRAFÍA

- Abanto Vásquez, M.(Enero de 2008). Hacia un nuevo derecho penal de las empresas. Más allá de la solución penal y meramente administrativa del “delito económico”. Doctrina.
- Abanto Vásquez, M.(16 de Junio de 2011). El bien jurídico penalmente protegido en los delitos contra el orden económico: una contribución a su determinación. CIIDPE.
- Ambos, K. (2011). El juicio a Fujimori: Responsabilidad de un presidente por crímenes contra la humanidad como autor mediato en virtud de un aparato de poder organizado. Revista de Derecho Penal y Criminología, 5, 231-272.
- Ambos, K. (s.f.). Algunas consideraciones sobre el caso Eichmann. Revista de Derecho Penal.
- Arroyo Zapatero, L. Derecho penal económico y constitución . Doctrina .
- Arroyo Zapatero, L. El principio de culpabilidad y sus plasmaciones. Reflexiones y propuestas para la construcción de una normativa europea . Doctrina .
- Bacigalupo, E. (1996). Manual de Derecho Penal (Tercera reimpresión ed.). (Temis, Ed.) Bogotá, Colombia .
- Bacigalupo, E. (1997). Autoría y participación . Bogotá, Colombia : Editorial Jurídica Bolivariana .
- Bacigalupo, E. (2000). La problemática constitucional de las leyes penales en blanco y su repercusión en el Derecho penal económico. En E. Bacigalupo, Derecho penal económico. Buenos Aires, Argentina : Hammurabi .
- Bacigalupo, E. (2009). Teoría y Práctica del Derecho Penal (Vol. II). (M. Pons, Ed.) Madrid.
- Barbero Santos, M.(1994). ¿Responsabilidad penal de la empresa? En K. T. Zapatero, Estudios de derecho penal económico. Universidad de Castilla la Mancha, España.
- Beling, E. (1944). Esquema del derecho penal. La doctrina del delito-tipo. Traducción de Sebastián Soler. Buenos Aires, Argentina: Delpalma.
- Bellati, C. A. (Octubre de 2007). Exigencias dogmáticas fundamentales en materia de autoría criminal. Revista Jurídica online. Recuperado el junio de 2012, de www.revistajuridicaonline.com.
- Bockelmann, P. (1960). Relaciones entre autoría y participación. (C. F. Friker, Trad.) Buenos Aires, Argentina.
- Bolea Bardon, C. (2000). Autoría Mediata en el Derecho Penal. Valencia, España: Tirant lo blanch.
- Bolea Bardon, C.(2010). Tendencias sobre la autoría y participación en el ámbito

de la criminalidad empresarial . En D. L. Peña, Derecho penal del Estado Social y Democrático de Derecho .

Caballero Brun, F.(Enero de 2008). Algunos problemas de autoría y participación en insolvencias punibles. Revista penal. Barcelona : La Ley .

Canció Meliá y Jakobs G. (2007). Derecho penal de enemigo. Argentina: Hammurabi .

Castillo González, F.(1987). La autoría mediata. San José: Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica.

Castillo González, F.(2006). Autoría y Participación en el Derecho Penal. San José: Editorial Jurídica Continental.

Castillo González, F.(2008). El bien jurídico penalmente protegido (Primera ed.). San José, Costa Rica : Editorial Jurídica Continental.

Castillo González, F.(2010). Derecho penal, parte general, Tomo III. San José, Costa Rica : Editorial Jurídica Continental.

Caro Coria, D. (2009). Sobre la punición del expresidente Alberto Fujimori. ZIS.

Cerezo Mir, J.(1997). Derecho penal. Parte General . España : Universidad Nacional de Educación a Distancia .

Chirino Sánchez, A. (2007). El retorno a los delitos de peligro ¿Un camino posible hacia el derecho penal del enemigo? En J. L. (coordinador), Justicia penal y Estado de derecho. Libro Homenaje a Francisco Castillo (págs. 145-160). San José, Costa Rica : Editorial Jurídica Continental.

Chirino Sánchez, A. (2013). Aspectos Fundamentales del Derecho Penal Económico.

Un acercamiento desde la dogmática y la política criminal centroamericanas. En Chirino A. y Martínez H., Ensayos sobre derecho penal económico y de empresa . San José , San José, Costa Rica.

Chirino Sánchez, A. Seguridad ciudadana y prevención del delito. Iusdoctrina.

Choclán Montalvo, J. A. (2006). La responsabilidad de la persona jurídica y de los administradores por la actuación en su nombre. Estudios de Derecho Judicial, 91, 13-46.

Choclán Montalvo, J. A. (2006). La responsabilidad de la persona jurídica y de los administradores por la actuación en su nombre. En L. A. Pascual, & E. d. Judicial (Ed.), Responsabilidad de las personas jurídicas en los delitos económicos. Especial referencia a los Consejos de Administración en nombre de otro (Vol. 91). Madrid , España: Consejo General del Poder Judicial .

Cuello Calón, E.(1948). Derecho penal conforme al "Código Penal, texto refundido de 1944". Tomo I. Parte general (Novena ed.). (Bosh, Ed.) Barcelona, España

Díaz y García Conlledo, M. (2008). Autoría y Participación. Revista de Estudios de la Justicia. Revista número 10 .

Díaz y García Conlledo, M. (1991). La Autoría en Derecho Penal. Barcelona: Editorial Colombiana del Libro.

Donna, E. A. (2001). El concepto de autoría y la teoría de los aparatos de poder de Roxin. En U. N. Distancia (Ed.), Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología (Primera ed.). Madrid.

Donna, E. A. (2002). La autoría y la participación criminal. (II ed.). Buenos Aires, Argentina: Rubinzal-Culzoni.

Donna, E. A. (2004). El concepto de autor. En J. y. S.A (Ed.), *Dogmática y Ley Penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo* (pág. 177 al 199). Madrid.

Donna, E. A. (2004). La autoría y la participación criminal. (II ed.). Buenos Aires, Argentina: Rubinzal-Culzoni.

Feijoo Sánchez, B. (2013). Imputación objetiva en el derecho penal económico. En A. C. Acevedo, *Ensayos sobre derecho penal económico y de empresa*. San José, Costa Rica : Editorial Jurídica Continental .

Feijoo Sánchez, B.(2003). ¿Culpabilidad y punición de las personas jurídicas? En E. M. (coordinador), & U. E. Colombia (Ed.), *El funcionalismo en derecho penal: Libro homenaje al profesor Günther Jakobs*. Bogotá , Colombia .

Feijoo Sánchez, B.(2009). Cuestiones actuales de derecho penal económico. Buenos Aires, Argentina : Euros editores .

Foffani, L. (17 de Diciembre de 1999). Criminalidad organizada y criminalidad económica. Doctrina.

Frisch, W. (1996). Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la empresa y de la división del trabajo. En S. M. Peña, *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*. Barcelona: José M. Bosh.

Frisch, W. (1996). Responsabilidad penal de las empresas. En S. M.-M. Peña, & J. M.

Bosch (Ed.), *Responsabilidad penal de las empresa y sus órganos, y responsabilidad por el producto* (págs. 99-127). Barcelona, España.

García Caveró, P. (2006). La imputación jurídico-penal a los miembros de la empresa por delitos de dominio cometidos desde la empresa . CIIDPE .

García Caveró, P. (Julio de 2006). Otra vez sobre la responsabilidad penal del administrador del hecho: una cuestión general y otra particular. InDret.

García Caveró, P. (noviembre de 2009). La autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados. ZIS.

García Caveró, P.(agosto 2005). La reponsabilidad penal de las personas jurídicas. Jornadas internacionales de derecho penal. Bogotá, Colombia : Universidad de Externado .

Gimbernat Ordeig, E. G. (1966). Autor y Cómplice en el Derecho Penal. Argentina: B de F.

Gómez Benítez, J.(1984). Teoría Jurídica del delito. Derecho penal. Parte General. Madrid: Civitas.

Gómez- Jara Díez, C.(2006). Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial. Revista electrónica de ciencia penal y criminología.

Gómez- Jara Díez, C. (2006). Métodos de autorresponsabilidad empresarial. El modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial. Aranzadi SA.

Hassemer, W. (1990-1991). El destino de los derechos del ciudadano en un derecho pena

“eficaz”. Estudios penales y criminológicos, Número 15 , 181-198.

Hassemer, W. (1995). Derecho penal simbólico y protección de bien jurídico. (E. J. Conosur, Ed.) Obtenido de Neopanopticum: <http://neopanopticum.wordpress.com/2007/08/24/derecho-penal-simbolico-y-proteccion-de-bienes-juridicos-w-hassemmer-2/>

Hassemer, W. (1998). Perspectivas del derecho penal futuro (Abstract). Revista Penal , 1, 37-42.

Hassemer, W. (2001). Introducción a la criminología. Tirand lo Blanch.

Hassemer y Muñoz Conde. (1995). Responsabilidad penal por el producto en derecho penal . Tirant lo Blanch

Hernández Basualto, H. (2006). El problema de la causalidad general en el derecho penal chileno. Política Criminal, I.

Hernández Plasencia, J. U. (1996). La autoría mediata en el derecho penal. Granada: Comares.

Hirsch, H. J. (Setiembre a diciembre de 1993). La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas. Anuario de derecho penal y ciencias penales, XLVI, 1099-1124.

Hirsch, H. J. (enero-diciembre de 2008). Sistemática y límites de los delitos de peligro abstracto. Revista latinoamericana de derecho(9), 151-181.

Hirsch, H.-J. (1992). Acerca de los límites de la autoría mediata. Presupuesto para la reforma penal. Centro de Estudios Crimonológicos. Universidad de Laguna .

Jaén Vallejo, M.(2004). Cuestiones actuales del derecho penal económico (Primera ed.). Buenos Aires, Argentina : Ad-Hoc.

Jakobs, G. (1992). Principio de Culpabilidad. ADPCP, XLV(III), 1051-1083.

Jakobs, G. (1996). La imputación objetiva en Derecho Penal. Madrid, España : Civitas .

Jakobs, G. (1996). Responsabilidad penal en supuestos de adopción colectiva de acuerdos. En S. M. Peña, Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto (págs. 75-98). Barcelona: Bosch editor.

Jakobs, G. (1997). Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación (2da ed.). (J. C. González, Trad.) Madrid, España: Marcial Pons.

Jakobs, G. (2001). La Normativación del Derecho Penal en el Ejemplo de la Participación. En U. N. Distancia (Ed.), Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología (Primera ed.). Madrid.

Jakobs, G. (2003). ¿Punibilidad de las personas jurídicas? En E. M. Lynett, & U. d. Colombia (Ed.), El funcionalismo en derecho penal. Libro Homenaje al profesor Günther Jakobs (págs. 327-347). Bogotá, Colombia.

Jakobs, G. (2003). ¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma? En E. M. (coordinador), El funcionalismo en derecho penal. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs (M. C. Meliá, Trad., págs. 41-90). Bogotá , Colombia : Universidad Externado de Colombia.

Jescheck, H.-H. (1981). Tratado de Derecho Penal. Parte General. Barcelona: Clarasó.

Jiménez de Asúa, L. . (1990). Principios de derecho penal. La ley y el delito. Buenos Aires , Argentina.

Kuhlen, L. (1996). Cuestiones fundamentales de la responsabilidad por el producto . En S. M. Peña, Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto . Barcelona : José M. Bosch .

Lascano, C. (2003). La insostenible “modernización del derecho penal” basada en la tolerancia cero desde la perspectiva de los países emergentes.

Lascano, C. (28 de Marzo de 2008). Los principios constitucionales del derecho penal económico. Globalización y armonización del derecho penal económico. CIIDPE.

López Camacho, J. A. (2003). “El dominio del hecho. Bases para una elaboración dogmática en el derecho penal Costarricense”. Tesis para optar por el grado de licenciatura en derecho. San José, Costa Rica.

Luzón Peña, D. (1997). La autoría, La tipicidad. Bogotá: Editorial Jurídica bolivariana.

Maurach, R. (1962). Tratado de Derecho Penal. II. Traducido por Juan Córdoba Roda. Barcelona.

Márquez Cárdenas, Á. E. (2004). La autoría mediata en el derecho penal. Bogotá, Colombia : Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda.

Mezger, E. (1957). Tratado de Derecho Penal. II. Traducido por José Rodríguez y actualizado por Quintano Ripollés. Madrid.

Mir Puig, S. (1995). Derecho penal. Parte General. Barcelona: PPU.

Muñoz Conde, F. Cuestiones dogmáticas básicas de los delitos económicos . Doctrina

Nieto Martín, A. (2008). La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo . Madrid: Iustel .

Pariona Arana, R. (Julio de 2007). El derecho penal “moderno”. Revista Doctrina (Número 20).

Pérez del Valle, C. (2000). Introducción al derecho penal económico. En E. Bacigalupo, Derecho penal económico. Buenos Aires, Argentina : Hammurabi .

Puppe, I. (1996). Problemas de imputación del resultado en el ámbito de la responsabilidad civil por el producto . En S. M. Peña, Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto . Barcelona : Bosh .

Roxin, C. (1997). Derecho Penal Parte General. España: Civitas.

Roxin, C. (2000). Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal . Barcelona: Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.

Roxin, C. (2006). Dominio de Organización como forma Independiente de Autoría Mediata. Estudios de Justicia, VII.

Roxin, I. (s.f.). Autoría y participación en una empresa económica. (A. C. Sánchez, Trad.) Roxin, I. (s.f.). Autoría y Participación en una empresa económica. (A. C. Sánchez, Trad.) Sama, F. (1947). Comentarios al Código Penal. ???

Soler, S. (1992). Derecho Penal Argentino (Vol. v). Buenos Aires: TEA.

Silva Sánchez, J. M. (2008). La evolución ideológica de la discusión sobre la “responsabilidad penal” de las personas jurídicas. Revista de Derecho penal y criminología(29), 129-148.

Sutherland, E. (Febrero de 1940). White Collar Criminality. American Sociological Review, V.

Tiedemann, K. (1988). Punibilidad y responsabilidad administrativa de las personas jurídicas y de sus órganos . En Revista jurídica de Buenos Aires . Argentina : Abeledo-Perrot .

Tiedemann, K. (1996). Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Anuario de derecho penal.

Tiedemann, K. (2010). Manual de Derecho Penal Económico. Parte general y parte especial. (M. Abanto. Vásquez, Trad.) Valencia: Tirant lo Blanch.

Welzel, H. (1993). Derecho Penal Alemán. Parte General (12 ed.). Chile.

Yacobucci, G. (2010). Modelos de atribución de responsabilidad penal en la empresa. En G. Yacobucci, & B. d. F (Ed.), Derecho penal del empresario. Buenos Aires, Argentina .

Zaffaroni, E. R. (2005). Manual de Derecho Penal. Parte General. (EDIAR, Ed.) Buenos Aires, Argentina .

● **Revistas electrónicas**

Aller, G. (s.f.). Aspectos dogmáticos y criminológicos de la delincuencia empresarial ., de Faculta de Derecho. Universidad República. Uruguay : http://www.fder.edu.uy/contenido/penal/aller_delincuencia-empresarial.pdf Recuperado el Febrero de 2013

Cervini, R. (s.f.). Derecho Penal Económico. Concepto (integrado) y Bien Jurídico. Obtenido de <http://staticsp.atualidadesdireito.com.br/lfg/files/2012/04/Derecho-Penal-Economico-Concepto-Integrado-y-Bien-Jur%C3%ADdico.pdf>

Díaz y García Conlledo, M. (2008). Revistas Universidad de Chile. Obtenido de www.revistas.uchile.cl

Lascano, C. (2008). Los principios constitucionales del derecho penal económico. Globalización y armonización del derecho penal económico. Recuperado el Febrero de 2008, de Centro de investigación interdisciplinaria en derecho penal económico : <http://www.ciidpe.com.ar/area4/principios%20constitucionales%20dpe.%20Carlos%20Lascano.pdf>

● **PÁGINAS WEB**

Ambos, K. (1998)., de Institute of criminal law and criminal justice: http://www.department-ambos.unigoettingen.de/index.php/component?option=com_docman/Itemid,133/gid,132/task,cat_view/ Recuperado el febrero de 2012

College of Criminology and Criminal Justice. Florida State University . (s.f.). Recuperado el Febrero de 2013, de Florida State University: <http://www.criminology.fsu.edu/crimtheory/matza.htm>

Electricidad, I. C. Grupo ICE. Obtenido de www.grupoice.com

Historia de las relaciones exteriores de Argentina: <http://www.argentina-rree.com/14/14-042.htm> Recuperado el 13 de Enero de 2013

Postulación al premio nacional a la calidad en la gestión pública. <http://documentos.mideplan.go.cr/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/b97cf6fc-cab4-423e-ba45-c3facc46822c/ICE.pdf> Mayo de 2011). Recuperado el 4 de Marzo de 2013

El desarrollo del debido proceso, como garantía procesal, en el Estatuto de la Corte Penal Internacional

Lic. Adolfo Felipe Constenla Arguedas *

“El hombre es el protagonista del delito, pero porque haya violado la ley, no pierde sus derechos, tampoco pierde su dignidad”¹

0. Introducción

Con la creación de la Corte Penal Internacional, como nuevo órgano internacional, independiente e imparcial, tanto el Derecho Internacional Público, como la humanidad en general, han logrado desarrollar uno de los mecanismos más importantes para erradicar la arbitrariedad y el irrespeto a los Derechos Humanos.

En este sentido, todas las naciones, que consideran la protección de los Derechos Humanos como el norte por seguir para alcanzar el mayor desarrollo posible, deben unir sus esfuerzos con el fin de fortalecer, al máximo, las potestades conferidas a este nuevo órgano jurídico.

El presente trabajo pretende analizar uno de los conceptos jurídicos de mayor relevancia, para la instrumentalización de la justicia, establecidos en el Estatuto De la Corte

Internacional de Justicia. Nos referimos al concepto del “debido proceso”.

El desarrollo del tema estará dividido en dos secciones: una primera, de carácter general, que comprende la definición del concepto “debido proceso” y, una segunda, en la que se analizará su aplicación dentro de la normativa internacional, específicamente, en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, creado en la Conferencia de las Naciones Unidas número 183/9 celebrada el 17 de julio de 1998.

1. Concepto de debido proceso

Se trata de un concepto normativo que se ha integrado históricamente a través del proceso de evolución del Estado de Derecho. En su formación han confluído factores de tipo cultural, social y político. La fórmula “debido proceso legal” obliga a remitirse a la expresión que utiliza la Constitución de los Estados Unidos de América “due process of law”², que puede traducirse como “debidas formas legales”.

*Abogado, asesor parlamentario y profesor de Historia del Derecho y Derecho Internacional Público en la Universidad Escuela Libre de Derecho

1 MARTINEZ, RINCONES J. F. “El proceso penal y la persona humana”. Revista de Ciencias Penales, año 5, número 8, Costa Rica. Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. p 24.

2 CLARKE ADAMS, John. Debido Proceso. En la obra Antología de Derecho Procesal de ANTILLON MONTEALEGRE, Walter. Costa Rica, Universidad de Costa Rica. p. 228.

Sobre el término debido proceso se presentan diversas opiniones en la doctrina; no hay una definición única acerca de él.

Altamira lo traduce como “debido procedimiento legal”; Pérez Serrano y González Posada como “debida formación de causa”; Llorens como “debidos requisitos jurídicos”.³

Señala Linares que : “ Con la fórmula “debido proceso legal” (lato sensu) nos referimos a ese conjunto no sólo de procedimientos legislativos, judiciales y administrativos que deben jurídicamente cumplirse para que la libertad individual sea formalmente válida (aspecto adjetivo del debido proceso), sino también para que se consagre una debida justicia en cuanto no lesione indebidamente cierta dosis de libertad jurídica presupuesta como intangible para el individuo en el Estado de que se trate (aspecto subjetivo) “. ⁴

Ricardo Levene señala que: “... el debido proceso no solamente es aquel que nos da las grandes líneas o principios a los que se somete un proceso penal como corresponde, sino también que

es aquel que contiene todas las prevenciones necesarias para evitar que la autoridad afecte o lesione la libertad, la propiedad, en general los derechos individuales”

⁵

El término “proceso” se entiende como la ejecución de un conjunto ordenado de actos debidamente reglados, en virtud de los cuales los órganos jurisdiccionales aplican la ley al caso concreto.⁶

Para que se trate de un debido proceso debe garantizársele al ciudadano la vigencia y el respeto de sus derechos fundamentales.⁷

En este sentido ha señalado la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica que: “... el concepto del debido proceso envuelve comprensivamente el desarrollo progresivo de prácticamente todos los derechos fundamentales de carácter procesal o instrumental, como conjuntos de garantías de los derechos de goce, cuyo disfrute satisface inmediatamente las necesidades o intereses del ser humano., es decir, de los medios tendientes a asegurar su vigencia y eficacia”. ⁸ Igualmente ha indicado,

3 LINARES, Juan Francisco. Razonabilidad de las leyes; el debido proceso como garantía innominada en la Constitución Argentina. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1989. p 11.

4 Ibid. p11-2.

5 LEVENE, Ricardo (hijo). El debido proceso legal, en El debido proceso penal y otros temas. San José de Costa Rica , ILANUD y Corte Suprema de Justicia . 1981. p 15.

6 SALAZAR, BONILLA, Ana Isabel. El debido proceso, su tutela constitucional. Tesis para optar al grado de licenciatura en Derecho. Tesis 1996-B. Costa Rica. 1988. p. 111

7 Ibid. p 1.

8 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Consulta Judicial Preceptiva de Constitucionalidad (expediente número 1587-90), de las once horas cuarenta y cinco minutos del primero de julio de mil novecientos noventa y dos.

*el mencionado tribunal de justicia, que la fórmula “debido proceso” se refiere a: “una garantía de toda una serie de derechos y principios tendientes a proteger a la persona humana frente al silencio, al error o a la arbitrariedad, y no sólo de parte de los aplicadores del derecho, sino también del propio legislador.”*⁹

*Alvarado Velloso¹⁰ señala que debido proceso es: “sólo aquel que se adecua plenamente con el simple concepto de proceso”¹¹, es decir, que se puede instrumentar a partir de la acepción del sistema dispositivo o acusatorio con los principios esenciales que se han de tener en cuenta como puntos de partida para lograr la coherencia interna que todo sistema requiere para su existencia como tal; que el debido proceso, “no es más ni menos que el proceso (lógicamente concebido) que respeta los principios que van ínsitos en el sistema establecido desde el propio texto constitucional.”*¹²

2. Principios que conforman el debido proceso y su incorporación en la normativa jurídica de la Corte Penal Internacional.

El concepto de debido proceso no se limita a la existencia de un proceso tramitado de acuerdo con ciertas formalidades; requiere del concurso de ciertos principios que le den un carácter de seguridad y justicia. Estos principios conforman el sustrato, la base, los presupuestos indispensables para la tramitación de un debido proceso.

Son, en esencia, los requisitos fundamentales para el proceso dirigidos a protegerlo, no sólo en su aspecto formal o adjetivo, sino que también atienden a la realización y aplicación de un derecho justo, aspecto sustantivo de un debido proceso.

Como lo señalamos al inicio del desarrollo del tema en estudio, el concepto de debido proceso y los principios que lo conforman, no son un tema en el cual la doctrina presente una postura pacífica; por el contrario, cada autor, por lo general, concibe que son ciertos principios los que integran al concepto.

Con vista en esta realidad, hemos optado, para analizar la composición del debido proceso, por la clasificación que utiliza uno de los grandes procesalistas costarricenses, el Dr. José María Tijerino Pacheco.

Señala el autor mencionado que el principio del debido proceso está conformado por 4 subprincipios: a) Imparcialidad del juez, b) Igualdad de las partes, c) Economía procesal y d) Lealtad procesal.¹³ Algunos de estos subprincipios se dividen, a su vez, en varios componentes.

9 Ibid.

10 ALVARADO VELLOSO, Adolfo. El debido proceso, en la obra colectiva Justicia y sociedad, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1994. Material poligrafiado. p 1.

11 Ibid, p 13.

12 ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Op cit. p.13

13 TIJERINO PACHECO, José María. Apuntes y material de clase. 1997.

Debemos señalar que el principio del debido proceso lo encontramos contemplado, a nivel internacional, en diversas normas jurídicas, por ejemplo, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el Artículo 8, párrafo 1 o, en la Convención Europea de Derechos Humanos, en el Artículo 5, párrafo 1.¹⁴

De igual forma observamos este principio contemplado en el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional en su Artículo 55, Sección D).¹⁵

A continuación nos dispondremos a desarrollar cada uno de los subprincipios que conforman al debido proceso y a observar si los mismos se encuentran contemplados en el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

2.1 Principio de imparcialidad del juez

Para Alvarado Velloso, la imparcialidad del juzgador es de suma importancia pues define la calidad y carácter de la autoridad

encargada de sentenciar.¹⁶ Dentro de un derecho procesal penal, basado en el sistema acusatorio, el juez cumplirá la función de decidir la resolución del conflicto; por lo cual, debe carecer de todo interés subjetivo en la solución del litigio.

Este principio se encuentra estipulado en el Estatuto de la Corte Penal Internacional en su Artículo 41, Inciso 2, Sección A).¹⁷

Un juez para ser imparcial, debe: a) tener independencia y b) estar predeterminado legalmente.¹⁸

2.1.1 Independencia del Juez

La independencia del juez debe ser tomada, no desde un punto de vista subjetivo o personal, sino desde una perspectiva objetiva o institucional, es decir, el juez debe ser independiente hacia lo externo (frente a los otros poderes del Estado, a los políticos, a las grandes fuerzas económicas) y hacia lo interno (frente a las estructuras jerárquicas del mismo Poder Judicial).

14 CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. "ARTÍCULO 8, PÁRRAFO 1: "Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. CONVENCION EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS: "ARTÍCULO 5, PÁRRAFO 1: "Toda persona tiene el derecho a la libertad personal y a su seguridad. Nadie podrá ser desprovisto de su libertad, salvo en los siguientes casos, sin el correspondiente procedimiento prescrito por la ley..."

15 ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL. "ARTÍCULO 55...d) Nadie será sometido a arresto o detención arbitrarios ni será privado de su libertad salvo por los motivos previstos en el presente Estatuto y de conformidad con los procedimientos establecidos en él."

16 ALVARADO VELLOSO, (Adolfo). Op cit. p 13.

17 ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL. "ARTÍCULO 41...a) Un magistrado no participará en ninguna causa en que, por cualquier motivo, pueda razonablemente ponerse en duda su imparcialidad.

La obligación de mantener la imparcialidad cuando se está resolviendo un asunto, puesto en conocimiento de la Corte, se encuentra contemplada también en el Artículo 45, que indica: "PROMESA SOLEMNE.- Antes de asumir las obligaciones del cargo de conformidad con el presente Estatuto, los magistrados, el fiscal, los fiscales adjuntos, el secretario y el secretario adjunto declararán solemnemente y en sesión pública que ejercerán sus atribuciones con toda imparcialidad y conciencia."

18 ALVARADO VELLOSO,(Adolfo). Op cit. p.13

Este subprincipio, integrante del principio de imparcialidad del juzgador, se encuentra, expresamente estipulado, en el Artículo 40 del Estatuto.¹⁹

2.1.2 Juez legal o natural

Este subprincipio prohíbe aquellos tribunales, comisiones o jueces extraordinarios, también llamados *ex post facto*, creados para juzgar un hecho en particular o a una persona determinada. En caso que se violentara el principio, la consecuencia sería la nulidad absoluta o inexistencia del proceso.

El subprincipio se encuentra desarrollado en los Artículos 1, 4 y 5 del Estatuto, al establecer la existencia legal de la Corte, como organismo con competencias exclusivas y excluyentes, por la materia, de otros tribunales internacionales.²⁰

2.2 Igualdad de las partes

El principio de igualdad de las partes viene a determinar que ambas, en un proceso, deben tener idénticas oportunidades de ser oídas y admitida la contestación de una a lo afirmado por la otra, como mecanismo para buscar la verdad. El juez, al sentenciar, conoce los argumentos de ambas partes.

El principio se formula y resume por medio del precepto: “*audiatur altera pars*” (óigase a la otra parte) .

Jiménez Asenjo²¹ indica que este principio determina que ambas partes, acusador y acusado, deben estar situadas en un mismo plano procesal de derechos y deberes, a fin de que la justicia no resulte menoscabada.

El desarrollo de este apartado se encuentra contemplado por el Artículo 67, Inciso 1 del Estatuto.²²

19 ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL. “ARTÍCULO 40.- INDEPENDENCIA DE LOS MAGISTRADOS.- 1.Los magistrados serán independientes en el desempeño de sus funciones. 2. Los magistrados no realizarán actividad alguna que pueda ser incompatible con el ejercicio de sus funciones judiciales o menoscabar la confianza en su independencia. 3. Los magistrados que tengan que desempeñar sus cargos en régimen de dedicación exclusiva en la sede de la Corte no podrán desempeñar ninguna otra ocupación de carácter profesional.

20 ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL. “ARTÍCULO 1. LA CORTE.- Se instituye por el presente una Corte Penal Internacional (“la Corte”).

La Corte será una institución permanente, estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con el presente Estatuto y tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales. La competencia y el funcionamiento de la Corte se regirán por las disposiciones del presente Estatuto”.

ARTICULO 4.- CONDICIÓN JURÍDICA Y ATRIBUCIONES DE LA CORTE 1. La Corte tendrá personalidad jurídica internacional. Tendrá también la capacidad jurídica que sea necesaria para el desempeño de sus funciones y la realización de sus propósitos. 2. La Corte podrá ejercer sus funciones y atribuciones de conformidad con lo dispuesto en el presente Estatuto en el territorio de cualquier Estado Parte y, por acuerdo especial, en el territorio de cualquier otro Estado.

ARTICULO 5.- CRÍMENES DE LA COMPETENCIA DE LA CORTE.- 1.La competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. La Corte tendrá competencia, de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes: a) El crimen de genocidio; b) Los crímenes de lesa humanidad; c) Los crímenes de guerra; d) El crimen de agresión...”

21 JIMENEZ ASEÑO, Enrique. Derecho Penal. Volumen I, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado. p 103.

22 ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL.”ARTÍCULO 67. DERECHOS DEL ACUSADO. 1. En la determinación de cualquier cargo, el acusado tendrá derecho a ser oído públicamente...”

De este subprincipio, de acuerdo con la clasificación seguida, se desprenden dos más: el de defensa y el de contradicción o audiencia.²³

2.2.1 Principio de defensa

En el caso del principio de defensa se ha dicho que fue una garantía que surgió a partir de la superación de la etapa de la venganza privada. Este principio se puede resumir en el reconocimiento del derecho del imputado de tener las mayores facilidades posibles para poder plantear su defensa. Su desarrollo, en todos sus aspectos y consecuencias, se encuentra establecido en el Artículo 67 del Estatuto de Roma²⁴

2.2.2 Principio de audiencia

Este principio, conocido también como “contradictorio”, lo que busca es proporcionar una adecuada oportunidad a las partes para defenderse. De ese modo, si se acusa, se deben tener pruebas que sostengan la

afirmación; “acuso porque puedo probar, porque si no puedo probar no puedo acusar”²⁵.

La audiencia es de suma importancia para cumplir con el debido proceso; es el medio idóneo para llegar a la verdad real pues, los elementos de prueba básicos, para dictar sentencia, son obtenidos a través de ésta.

Sin este principio no es posible el proceso pues, su no vigencia, significaría que las partes, o alguna de ellas, podrían estar ausentes en el debate en donde sus intereses están en juego y, por ende, quedarían indefensos, o podrían, aunque presentes, carecer de facultades para intervenir eficazmente en la defensa de sus intereses, postulando sus pretensiones y contradiciendo las de su adversario. El proceso, por lo tanto, se desarrolla mediante el sistema de la contradicción.

Puede encontrarse desarrollado este principio en el artículo 67 del Estatuto de Roma.²⁶

23 TIJERINO PACHECO, José María. Apuntes y material de clase. 1997.

24 ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL”ARTÍCULO 67. DERECHOS DEL ACUSADO. 1. En la determinación de cualquier cargo, el acusado tendrá derecho a....a) A ser informado sin demora y en forma detallada, en un idioma que comprenda y hable perfectamente, de la naturaleza, la causa y el contenido de los cargos que se le imputan; b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse libre y confidencialmente con un defensor de su elección...d) Con sujeción a lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 63, el acusado tendrá derecho a hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistido por un defensor de su elección; a ser informado, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente si careciere de medios suficientes para pagarlo; e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo. El acusado tendrá derecho también a oponer excepciones y a presentar cualquier otra prueba admisible de conformidad con el presente Estatuto; f) A ser asistido gratuitamente por un intérprete competente y a obtener las traducciones necesarias para satisfacer los requisitos de equidad, si en las actuaciones ante la Corte o en los documentos presentados a la Corte se emplea un idioma que no comprende y no habla...”

25 LEVENE, Ricardo (hijo). Op cit. p.30.

26 ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL”ARTÍCULO 67. DERECHOS DEL ACUSADO. 1. En la determinación de cualquier cargo, el acusado tendrá derecho a una audiencia justa e imparcial, así como a las siguientes garantías mínimas en pie de plena igualdad...”

2.3. Principio de Economía Procesal

El principio de economía procesal, o de concentración²⁷, tiende al establecimiento de medidas para acelerar el proceso; concentra sus actividades en un espacio de tiempo lo más corto posible y reúne, en la menor cantidad posible de tratamiento, todo el contenido del proceso.

Su regulación se encuentra establecida en el Artículo 64 del Estatuto de Roma.²⁸

Este principio se divide a su vez en el subprincipio de celeridad.²⁹

2.3.1 Celeridad

El subprincipio de celeridad lo encontramos estipulado en el Artículo 64 del Estatuto de Roma.³⁰

2.4 Principio de lealtad procesal

Este principio proclama, en general, el deber de no utilizar el proceso o los medios y recursos legales sino, de conformidad, con los fines lícitos para los cuales se

instituyeron. Igualmente busca imponer esa conducta de alguna manera, sea directa o indirectamente y, sancionar la contraria a dichas reglas. El proceso debe ser utilizado como un instrumento para la defensa de los derechos, no para perjudicar u ocultar la verdad y dificultar la recta aplicación del derecho.³¹

Un ejemplo de la aplicación de este principio, a la práctica forense, se encuentra establecido en el Artículo 63 del Estatuto de Roma, al indicarse la posibilidad de los jueces de solicitar el retiro del acusado que, durante la audiencia, abuse de su derecho de defensa en perjuicio del proceso.³²

3. Conclusiones

Las normas procesales de naturaleza penal están íntimamente ligadas a la persona humana. Al observarse este vínculo, por lo tanto, debemos señalar que el proceso, para que sea “debido proceso”, “proceso justo”, o “en estricta conformidad con las leyes”, debe seguir ciertos patrones: respetar la dignidad humana, estar adecuado a las exigencias de la vida moderna y lograr acercar el proceso al ser humano.

A partir del análisis desarrollado podemos indicar que, para alegría de quienes

27 ARGUEDAS SALAZAR, Oltman. Principios del Derecho Procesal Civil, Revista Judicial, número 18, año V, diciembre de 1980, Costa Rica.

28 ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL”ARTÍCULO 64.-Funciones y atribuciones de la Sala de Primera Instancia... 2. La Sala de Primera Instancia velará por que el juicio sea justo y expedito...”

29 TIJERINO PACHECO, José María. Apuntes y material de clase. 1997.

31 ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL”ARTÍCULO 64.-Funciones y atribuciones de la Sala de Primera Instancia... 2. La Sala de Primera Instancia velará por que el juicio sea... expedito...”

32 ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL”ARTÍCULO 63.-... 2. Si el acusado, estando presente en la Corte, perturbare continuamente el juicio, la Sala de Primera Instancia podrá disponer que salga de ella y observe el proceso y dé instrucciones a su defensor desde fuera, utilizando, en caso necesario, tecnologías de comunicación. Esas medidas se adoptarán únicamente en circunstancias excepcionales, después de que se haya demostrado que no hay otras posibilidades razonables y adecuadas, y únicamente durante el tiempo que sea estrictamente necesario. “

consideran que la protección de los Derechos Humanos consiste en el camino a seguir por toda nación democrática, la normativa internacional que da origen a la Corte Penal Internacional se encuentra ampliamente influenciada por la idea que indica que el ser humano debe ser el centro primordial de atención, si queremos señalar con el nombre de “debido proceso” a cualquier proceso penal que se lleve a cabo.³³

4. Bibliografía

1. ALVARADO VELLOSO, Adolfo. El debido proceso, en la obra colectiva Justicia y sociedad, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1994. Material poligrafiado.
2. ANTILLON MONTEALEGRE, Walter. Antología de Derecho Procesal, Costa Rica, Universidad de Costa Rica.
3. ANTILLON MONTEALEGRE, Walter. Síntesis de Derecho Procesal, Costa Rica, Universidad de Costa Rica.
4. ARGUEDAS SALAZAR, Olman. Principios del Derecho Procesal Civil, Revista Judicial, número 18, año V, diciembre de 1980, Costa Rica, Corte Suprema de Justicia.
5. ESPARZA, LEIBAR. Iñaki. Debido Proceso. El principio del debido proceso. Barcelona, Bosch, 1995.
6. JIMENEZ ASENJO, Enrique. Derecho Penal. Volumen I. Madrid. Editorial Revista de Derecho. Privado.
7. LEVENE, Ricardo (hijo). El debido proceso legal, en El debido proceso penal y otros temas. San José de Costa Rica, ILANUD y Corte Suprema de Justicia . 1981.
8. LINARES, Juan Francisco. Razonabilidad de las leyes; el debido proceso como garantía innominada en la Constitución Argentina. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1989.
9. MARTINEZ, RINCONES, J.F. El proceso penal y la persona humana. Revista de Ciencias Penales, año 5, número 8, Costa Rica. Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica.
10. ROMERO, PEREZ, Jorge Enrique. El debido proceso: una garantía constitucional. Revista de Ciencias Jurídicas número 61, setiembre-diciembre 1988. Costa Rica. Colegio de Abogados.
11. SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Consulta Judicial Preceptiva de Constitucionalidad (expediente número 1587-90), de las once horas cuarenta y cinco minutos del primero de julio de mil novecientos noventa y dos
12. SALAZAR, BONILLA, Ana Isabel. El debido proceso, su tutela constitucional. Tesis para optar al grado de licenciatura en Derecho. Tesis 1996-B. Costa Rica. 1988
13. TIJERINO PACHECO, José María. Apuntes y material de clase. 1997.
14. VESCOVI, Enrique. Teoría General del Proceso. Bogotá, Editorial TEMIS. 1984.

³³ MARTINEZ, RINCONES J. F. El proceso penal y la persona humana. Revista de Ciencias Penales, año 5, número 8, Costa Rica. Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. p 25.

EL HEREDERO APARENTE

*Lic. Carlos German Pantoja Murillo **

Bonorum igitur possessionem ita recte definiemus; jus persecuendi retinendique patrimonii sive rei quae cujusque, quum moritur, fuit.

Ulpiano.**

RESUMEN

El estudio del heredero aparente, quien se presenta como heredero sin que tenga a su favor título válido que respalde esa pretensión, se hace a partir de la teoría de la apariencia. Ésta, postula el reconocimiento jurídico de una cierta realidad que se basa en actos realizados a partir de la convicción de estarse celebrando con quién tiene derecho para disponer de los bienes o celebrar el negocio en cuestión. Esta posición de apariencia de derecho se ataca con la petición de herencia por parte del heredero real.

La buena o mala fe del heredero aparente tiene consecuencias en materia de responsabilidad del heredero aparente frente al heredero real. En cuanto a terceros adquirentes, la calificación de la acción como de buena o mala fe proyecta sus consecuencias sobre la validez o nulidad del negocio celebrado con el heredero aparente y sus repercusiones sobre el acervo a ser entregado al heredero real. Esta materia carece de una adecuada disciplina jurídica, mostrando amplias lagunas en nuestro medio.

La normativa sobre la atribución de frutos es la menos omisa, aunque su solución pueda considerarse simplista al utilizar un criterio temporal como deslinde del trato como heredero aparente de buena fe en cierto caso, sin que se juzgue sobre la conducta del sujeto.

PALABRAS CLAVE

Heredero aparente, teoría de la apariencia, acción de petición de herencia, buena fe y mala fe, tercero, distribución de frutos.

* Abogado costarricense, graduado en la Universidad de Brasilia, Egresado del programa de Licenciatura en Estudios Latinoamericanos de la Universidad Nacional y de los programas de Gerencia Pública y de Gobernabilidad y Desarrollo Institucional del Instituto Nacional de Administración Pública de España y de la Universidad de Alcalá de Henares. Ha ocupado cargos diplomáticos y consulares en Brasil y en México. Desde 1994 se desempeña como asesor parlamentario en la Asamblea Legislativa de Costa Rica.

** Esto supuesto, definiremos la posesión de los bienes de este modo; un derecho para perseguir o retener el patrimonio o la herencia que fueron del muerto. (Digesto, Libro 37, título I, Ley 3, parr.2.)

ABSTRACT

The study of the heir apparent, who portrays himself as heir without having going for valid title to support tmalahis claim, it is make from the theory of appearance. This, argues the legal recognition of a certain reality that based on acts that made from celebrating with the conviction of standing who has the right to dispose of assets or enter into the business in question. This position of appearance of law protection is attacked by the demand to be declared heir called petitio hereditatis in Roman Law.

The good or bad faith of the heir apparent has implications on liability of the heir apparent against the real heir. As to third party purchasers, the rating of the action as good or bad faith extending its consequences on the validity or invalidity of the business held with the heir apparent and their impact on the net worth of an estate to be delivered to the real heir. This area lacks an adequate legal discipline, showing large gaps in our legal system.

The rules on the allocation of fruit is the least remiss, though their solution to be simplistic to use a time criterion as demarcation of the deal as heir apparent good faith in a certain case, but without judged on the subject's behavior.

KEYWORDS:

Heritage, heir apparent, appearance theory, inheritance demand action, good faith, bad faith, third, distribution of fruit.

RESUMO:

Este artigo estuda o herdeiro aparente, que se apresenta como herdeiro, sem ter um título válido para apoiar esta reivindicação, e o faz a partir da teoria da aparência. Ela, promove o reconhecimento legal de uma determinada realidade que, baseada em atos materializados a partir da convicção de interatuar com quem tem o direito de dispor dos bens ou entrar no negócio em questão. Esta posição aparente é atacada com a demanda de herança feita pelo herdeiro real.

A boa ou má fé do herdeiro aparente tem implicações sobre a responsabilidade deste em face ao herdeiro real. Quanto aos terceiros adquirentes, a classificação da ação como sendo de boa ou má fé projecta suas conseqüências sobre a validade ou invalidade do negócio realizado pelo herdeiro aparente e seu impacto sobre o acervo a ser entregue ao herdeiro real. Esta área não tem uma disciplina jurídica adequada no nosso meio, mostrando grandes lacunas

As regras sobre a atribuição dos frutos é, no mínimo, muito simples; embora a sua solução seja usar um critério de tempo, como demarcação do tratamento do herdeiro aparente de boa-fé, num determinado caso, mas sem julgar respeito do comportamento do sujeito.

PALAVRAS CHAVE

Herança, herdeiro aparente, teoria da aparência, ação de petição de herança, boa e má fé, terceiro, distribuição dos frutos.

EL HEREDERO APARENTE

*Lic. Carlos German Pantoja Murillo **

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. Teoría de la apariencia.
- III.- El concepto de heredero aparente.
- IV.- La acción de restitución y la acción de petición de herencia.
- V.- La buena o mala fe del heredero aparente.
- VI.- La buena o mala fe del tercero que adquiere de un heredero aparente.
- VII.- Disciplina de la atribución de los frutos, gastos de conservación y mejoras.
- VIII.- Algunos corolarios.
- IX.- Referencias Bibliográficas.

I. Introducción.

Dentro del derecho sucesorio, uno de los temas incluidos en nuestro ordenamiento positivo, que han sido históricamente marginados por los pocos autores que se ocupan de la disciplina en nuestro país, es el heredero aparente. Pese a tratarse de una situación fáctica relativamente frecuente, por declaraciones de indignidad sobrevenidas, por aparición de nuevos herederos, o la nulidad de testamentos entre otras causas, la pobre normativa legislativa, donde solamente en tres artículos del Código Civil (en adelante C.C.) se regulan algunos aspectos de manera directa, induce a los estudiosos a ocuparse de otros asuntos. En el afán de llamar la atención de nuestra comunidad de

cultores del derecho sobre la problemática del heredero aparente o putativo¹, tanto en una perspectiva nacional como de derecho comparado, abordamos nuestro tema a partir de la teoría general de la apariencia. Luego haremos una aproximación al concepto de heredero aparente, que nos conducirá al siempre complejo asunto de la intencionalidad de la acción humana, donde necesariamente nos ocuparemos de los conceptos de buena y mala fe que, al aplicarse al heredero y su relación con la acción de petición de herencia, nos colocarán frente a una serie de consecuencias respecto de la restitución de la herencia, los actos de administración y de disposición, los gastos de mantenimiento, las mejoras, las inversiones, la responsabilidad del heredero

1 El heredero putativo es el heredero aparente con título, en otras palabras el possessor pro herede. Tiene un significado más restringido que el de heredero aparente, dentro del cual, además, incluimos al poseedor de bien hereditario que resiste la pretensión del heredero cuestionando el título de éste. Es el possessor pro possessore del derecho romano, aunque limitando su calidad de legitimado pasivo en la petitio hereditatis al bien en cuestión.

aparente frente al heredero real y frente a terceros, y la disciplina de la atribución de los frutos en el tiempo y respecto de los sujetos. Además, haremos una constante remisión a los artículos que en nuestro C. C. disciplinan la materia y a la manera en que es tratada en otras legislaciones. Acto seguido, veremos los efectos frente a terceros en general de los principales actos de disposición y los negocios jurídicos realizados por el heredero aparente, con especial consideración para dos temas directamente relacionados y de importancia central: la anulación y la eficacia de esas actuaciones y la oponibilidad de esos actos frente al heredero real.

Los orígenes del instituto del heredero aparente se hallan en el derecho romano donde se le designa como simple poseedor de los bienes hereditarios, en su doble faceta de *possessor pro herede*, cuando el demandado aduce a su favor una causa hereditaria de adquisición a título universal, exista o no dicho título, y *possessor pro possessore*, cuando es un simple poseedor de la herencia y nada más. En el primer caso, se presenta externamente como si fuera heredero (heredero aparente), siendo que es otro el verdadero. En sus orígenes fue considerado un gestor de negocios.

Un relato de Ihering traza el contorno de este origen, a partir de una descripción de Gayo:²

“cuando moría alguien que no dejaba sui heredes, cualquier persona interesada podía adelantarse al que tuviera vocación hereditaria y tomar posesión de los bienes de la herencia. Eso no era furtum. Solo quienes ya estaban en posesión de los bienes del difunto no podían transformar la relación posesoria o, como dirían los romanos, el título que habían tenido hasta ese momento, en un título pro herede.

(...) la toma de posesión de los bienes de la herencia tenía que verificarse mediante un acto visible, para que el heredero más próximo supiera quién los había tomado y pudiera reclamarle su restitución. Para eso tenía aún plazo de un año. Si dejaba transcurrir ese plazo, ya fuera por demorar la adición de la herencia o el ejercicio de la acción, perdía su derecho y los poseedores pasaban en virtud de la *usucapio pro herede*, a ser propietarios y no solo propietarios sino también herederos”

Este régimen se modificó en la época clásica, produciendo una mutación sustancial en el sistema, tanto en las relaciones que median entre él y el heredero real, como también en las que vinculan a este con terceros adquirentes del heredero aparente. Por

2 IHERING, Rudolf Von. Bromas y Veras en la Jurisprudencia. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. México, 2012, págs. 109-110.

tratarse de un *possessor ad usucapionem*³, es decir, un poseedor en concepto de dueño pero necesitado de consolidación jurídica *tracto temporis*, su situación se equipara a las situaciones jurídicas provisionales, ya que está destinada a la reversión si el heredero real ejercita en tiempo la acción de petición de herencia (*petitio hereditatis*), o cualquiera otra extintiva de la apariencia hereditaria⁴, o derecho preferente, sea sobre la totalidad o de una alícuota del patrimonio que constituye el acervo sucesorio, para reivindicar la herencia a título personal. En caso contrario, la posesión del heredero aparente, *usucapio pro herede* lucrativa, tiende a consolidarse.

Un aspecto importante de destacar es que en el Derecho Romano antiguo, la posesión

de los bienes hereditarios durante un año, por parte de cualquier persona, atribuye al poseedor la condición de heredero por *usucapio*. Al final de la República, la *usucapio pro herede* deja de ser *usucapio* de la herencia sino que son los bienes singularmente considerados, los que están sujetos a prescripción adquisitiva, aunque los conceptos de título verdadero y válido y su nexo con la buena fe que dominan la *usucapio* ordinaria no le son aplicables⁵.

Así, vemos que el tratamiento y la complejidad del tema vienen de hace milenios, mientras que nuestra normativa decimonónica continua siendo pobre e incompleta y, en el tema de la eficacia de los actos practicados por el heredero aparente, nos encontramos

3 La manifestación del fenómeno posesorio de la *usucapio* en el concreto ámbito sucesorio, se había desenvuelto en el derecho romano dentro de las coordenadas de una *usucapio* extraordinaria vinculada a la herencia yacente. En sentido estricto, la *usucapio pro herede*, sin embargo, requiere no tanto de la pendencia de los bienes en espera de la aceptación hereditaria cuanto de la producida por la espera de aprehensión posesoria; en definitiva, no depende tanto de la aditio jurídica como de la aditio "posesoria". Cabe cumplir por medio del año de posesión ininterrumpida el despojo definitivo de los bienes hereditarios más allá de la aceptación, siempre que no hayan sido aprehendidos de forma efectiva los bienes por el heredero. Resulta imposible *usucapir pro herede* contra el llamado que, sin aceptar inequívocamente, ha entrado en la posesión de los bienes, pues eso supone una *usurpatio* que rompe la cadena posesoria del *usucapiente*. Asunto distinto es determinar si la efectiva toma posesoria del heres no puede en definitiva asimilarse a una *pro herede gestio* que, sin los ostentosos ropajes de la *cretio*, cumpla también suficientemente con el fin de la aditio. Vid. CASTRO SÁENZ, Alfonso. Aproximación a la *usucapio pro herede* (2). Una hipótesis. In *Revista de Estudios Históricos Antiguos*. Valparaíso, Chile, 1999, pág. 173.

4 Escribe Papiniano en el *Digesto*: "Cierta pariente acusa de falso el testamento, y lo probó después de largo tiempo: aunque parezca que llegó el día de poder pedir la posesión, que acaso cierto de la posesión debió pedir; con todo, porque su intención en la acusación fue para conservar su derecho, con razón parecería que admitió la sucesión." (*Digesto*, libro 37, Título 1, 14.) Otra manifestación que expresamente nos coloca frente al problema del heredero aparente la hace Juliano que escribió: "...si lo compró al que no era su señor juzgando que lo era: y lo mismo si fuese instituido heredero por el señor, o se le diese la posesión de sus bienes, que empezará a poseer como heredero. A más de esto si tuviese justa causa para juzgar que él es heredero del señor o poseedor de sus bienes, poseerá el fundo como heredero, y no parecerá que por sí mismo mudó la causa de la posesión; porque entendiéndose esto respecto de aquel que está en posesión, con cuanta más razón se ha de entender del colono que no posee en vida ni después de la muerte del señor? Y ciertamente si el colono comprase el fundo después de la muerte del señor al que creía que era heredero de él, o poseedor de sus bienes, empezará a poseer como comprador." (*Digesto*, libro 41, Título 3, 33, 1.) Estas citas evidencian lo remoto del tema.

5 IGLESIAS, Juan. *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*. Ariel, Barcelona, 1972, pág. 617. Resulta particularmente interesante el escrito de IHERING, indicado en la nota 2, en el que el autor descarta la explicación de Gayo sobre la *usucapio pro herede* que atribuye ésta a una presión sobre los herederos legítimos para que procedieran a adir la herencia, tanto en interés de los acreedores como para asegurar el cuidado regular de los sacra. Interpreta

con posiciones contradictorias en nuestra jurisprudencia.

Concluimos entonces abogando por un cambio en la legislación que regule mejor y que cubra los actos practicados por el tercero de buena fe, en aras de objetivar la protección legal que demanda la seguridad jurídica propia del tráfico de bienes, visto que, el que tiene un derecho debe hacerlo valer a su debido tiempo, pues como también dijera IHERING, “los derechos son de aquellas cosas que, como la fruta, no pueden estar mucho tiempo en depósito.”

II.- Teoría de la apariencia.

La doctrina del heredero aparente se inscribe dentro de la más amplia doctrina de la apariencia jurídica. El vocablo apariencia deriva del término latino “*apparentia*”⁶ que

significa “aquello que se muestra a primera vista, o aspecto exterior; probabilidad, exterioridad ilusoria”. Una primera noción sobre éste concepto nos evoca la posibilidad de que la manifestación exterior y la esencia del objeto manifestado puedan o no coincidir. La apariencia implica la existencia de dos realidades, una realidad exterior y otra realidad interior⁷.

La realidad exterior comprende la exteriorización de un hecho, de una realidad visible e inmediatamente captada, que es el fenómeno manifestante, o aparente.

Son varias las posibles relaciones que se pueden establecer entre el fenómeno manifestante y la realidad que, por este, es manifestada de manera mediata. Puede, por ejemplo, aparecer lo irreal como real, lo real como real, lo irreal como irreal, o aún,

el maestro alemán que el objeto real fue velar por el patrimonio yacente, pues cuando el heredero regresaba tenía gran dificultad para recuperar lo que le han quitado, mientras que él, tan pronto como había cumplido con la adición, respondía ante los acreedores. Siendo muy difícil atacar la costumbre de apoderarse de cuanto fuera posible, como garantía de créditos por parte de los acreedores, de los legados de manera anticipada por parte de los legatarios o simplemente de los bienes que formaban la hereditas iacens por parte de cualquier vecino a quien su conducta, en el peor de los casos, le acarrearía la obligación de devolver lo tomado, se optó por conceder después de una posesión de un año el título de propiedad, pero además el título de heredero por usucapión. Producto de esa consolidación de derecho, caía sobre quien se había apoderado de los bienes la obligación del pago de las deudas y de los sacra, sin que los demandantes tuvieran que probar previamente el acto de adición. Esta posición de los nuevos herederos *ad usucapionem* la indica Cicerón, (Vid. CICERÓN, Marco Tulio. *De Legibus*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1953, págs. 169-170) cuando indica que se impone a los que reciben la herencia la ceremonia de los ritos familiares para hacer los sacrificios, indicando que se encuentran obligados, en primer lugar los herederos, luego el que por donación a título de muerte o por testamento, consigue tanto como todos los herederos y “En tercer lugar, si no hay heredero, aquel poseedor que haya usucapido más bienes de los que pertenecían al difunto en el momento de la muerte” (“*Tertio loco, si nemo sit heres, is qui de bonis quae eius fuerint quom moritur usu ceperit plurimum possidendo*”). Así, transformando la posesión en título hereditario, se hace ésta tan gravosa, que se convierte el mayor incentivo para respetar la herencia. De allí que IHERING no duda en ubicar este cambio dentro de las “tretas y mañas del viejo derecho romano”. (Op. cit., págs. 115 a 123)

6 Según la definición del Diccionario de la Real Academia Española significa 1.- Aspecto o parecer exterior de una persona o cosa. 2.- Verosimilitud, probabilidad. 3.- Cosa que parece y no es. Vid Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española. 21ª ed. Tomo I, España, 1992.

7 Véase MOTA, Mauricio Jorge. *Teoria da Aparência*. In Revista da Faculdade de Direito de Campos. Ano 1, No. 1, Brasil, Jan/Jun 2000. pág. 152.

aparecer neutro, indiferente a toda realidad o irrealdad⁸.

La apariencia de derecho solamente se da cuando un fenómeno manifiesto hace aparecer como real aquello que es irreal, o sea, cuando existe una disociación absoluta entre el fenómeno manifiesto y la realidad manifestada.

El profesor de la Universidad de Mesina, Angelo Falzea entiende que:

“Una situación jurídica aparenta existir, aunque realmente no existe. Esta circunstancia, de aparentar sin ser, coloca en juego intereses humanos relevantes que la ley no puede ignorar”⁹,

para agregar luego que:

“A partir de la sugestión etimológica del término, se puede observar que la apariencia es un aparecimiento: el aparecimiento de lo irreal como real.”¹⁰

En esta definición se expresan los aspectos medulares de la idea de apariencia de derecho. Destaca en primer plano el hecho del predominio de la seguridad por sobre la certeza del derecho. Una de las razones de importancia central atribuida al fenómeno de la apariencia está en el hecho de que la realidad jurídica escapa, normalmente, a la posibilidad de una investigación segura del derecho, que requiere, no rara vez, de indagaciones complicadas y prolongadas.

De allí que se acuda al reconocimiento de la apariencia para resolver las situaciones en los cuales la indagación se presenta en extremo complicada o hasta imposible.

Se trata de casos de exteriorización material de una conducta o un estado, en los cuales no existe correspondencia entre la actividad del individuo y la realidad de los actos que practica. Por esa razón, los terceros de buena fe pueden tener en cuenta esa exteriorización e ignorar la realidad oculta, de manera tal que su conducta se funda en la convicción de estar frente al verdadero detentor del derecho.

Otro aspecto relevante de la definición es la restricción de los casos de apariencia de derecho a las situaciones de hecho que manifiesten como real una situación jurídica no real. Cuando estamos en presencia de situaciones de apariencia para las cuales el derecho ya ha asegurado tutela, como la pose (apariencia de propiedad) o la naturaleza cartular de los títulos de crédito, no estaremos delante de situaciones regidas por los cánones de la apariencia de derecho, sino por otros principios jurídicos que buscan su realidad en otras formas jurídicas específicas.

Para el autor en comentario, “En la fattispecie del heredero aparente...hay algo que parece existir, pero que no existe en realidad, o sea, la calidad de heredero; sin embargo, hay un sujeto que realiza ciertos actos y que se encuentra en ciertas situaciones y son dichos actos y situaciones los que dan lugar a falsas inferencias”¹¹. Tenemos entonces

8 Cfr. FALZEA, Angelo. Apparenza. Enciclopedia Del Diritto. Vol. II. Milano, Giuffrè Editore, 1958, pág. 685.

9 FALZEA, Angelo. Loc. Cit.

10 Ibidem.

11 FALZEA Loc. cit.

que en la apariencia se presenta una relación por la cual un fenómeno materialmente presente e inmediatamente real manifiesta otro fenómeno, que no está presente materialmente y que no es inmediatamente real¹².

Recuerda Mariano D'Amélio que, en el mundo jurídico, el estado de hecho no siempre corresponde al estado de derecho; pero el estado de hecho, por sí, teniendo en vista consideraciones de orden diversa, puede recibir el mismo respeto del estado de derecho y, en determinadas condiciones y en resguardo de determinadas personas, genera

consecuencias no diferentes de aquellas que derivarían del correspondiente estado de derecho. De este modo, la situación general por la cual alguien haya tenido racionalmente confianza sobre una dada manifestación jurídica y se haya comportado en coherencia con tal manifestación, le da derecho de contar con ella, aunque tal manifestación no se corresponda con la realidad¹³. La apariencia entonces, puede ser objetivamente entendida como el apareamiento de lo irreal como real, dentro de un campo de experiencia pública, en virtud de relaciones reconocidas socialmente, de significación no simbólica¹⁴.

12 Este concepto de manifestación se emplea en la teoría del negocio jurídico, donde se distingue entre voluntad, o mejor dicho volición, que es un hecho subjetivo e individual, y manifestación de dicha voluntad, que es, por contraste, un hecho socialmente apreciable. Agrega FALZEA que "la relación por la cual un fenómeno manifiesta objetivamente otro fenómeno no es otra cosa que ésta relación de significación social: la relación en virtud de la cual el primer fenómeno significa socialmente el segundo fenómeno, es decir, lo hace aparecer en el campo de la experiencia pública" Cfr. FALZEA, Angelo. *Apparenza*. Enciclopedia Del Diritto. Vol. II. Milano, Giuffrè Editore, 1958, pág. 687. En el mismo sentido, PÉREZ Y UMAÑA afirman que "En el negocio jurídico hay un elemento interno, sustancial, que es la voluntad, y un elemento externo o formal, que es su objetivación a través de la manifestación. De allí que en este sentido amplio el término "forma" se aparta de su significación tradicional, restringida como sinónimo de formalidad, para aparecer como sinónimo de manifestación, en tanto que es el modo como el negocio se presenta a los demás, su figura exterior. Para que se tenga manifestación es necesario que la voluntad sea exteriorizada, llevada al mundo exterior desde el propio yo del sujeto, e inserta en la vida social de modo que sea perceptible a los demás. Toda voluntad que permanece interna es jurídicamente carente de valor, hasta que es exteriorizada" Cfr. PEREZ VARGAS, Víctor y UMAÑA ROJAS Ana Lorena. Elementos del negocio jurídico In Revista Judicial N°12, Costa Rica, junio de 1979, págs. 85-86.

13 D'AMÉLIO, Mariano. *Apparenza dei diritto*. In Novissimo Digesto Italiano. Vol. I. Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1958, p. 714., Cit por MOTA, Mauricio Jorge. *Teoria da Aparência*. pág. 153.

14 "Un signo es señal o símbolo, en atención a si permite inferir la realidad o si se limita a evocar la estructura ideal del fenómeno significado. La antigua distinción entre lo que se manifiesta rebus ipsis ac factis, o sea, según conexiones empíricas reales, y lo que se manifiesta verbis vel scriptis, o sea, con medios puramente ideales y simbólicos, ilustra bien esta diferencia. Naturalmente, la manifestación en sentido estricto, mucho más que la simbólica, es cercana a la realidad, pero no por ello el fenómeno manifestado es necesariamente real. Las señales pueden ser falsas: y la apariencia es, precisamente, una falsa señalización de la realidad." La manifestación se da objetivamente, por medio de signos o relaciones de significación socialmente apreciables. Lo manifiesta, no a través de signos, sino rebus ipsis ac factis sobre la base de conexiones empíricas normales. "Lo manifiesta como real, aunque no es real, porque las conexiones empíricas, abstractamente verificables en la normalidad de los casos, están ausentes en el caso concreto". Vid. FALZEA, op. cit. nota 8, pág. 687. En el mismo sentido se pronunciaban Víctor Pérez y Ana Lorena Umaña, para quiénes los comportamientos se distinguen en: "Comportamientos significantes: en ellos la significación está entendida como manifestación, de modo que un comportamiento en su materialidad, manifiesta una situación inmaterial no presente" mientras que en los: "comportamientos simbólicos...la significación tiene el carácter de declaración, es decir, de un hecho de lenguaje, en el que puede distinguirse el comportamiento en su materialidad, y su significado inmaterial. En el campo de la manifestación, esta comprende aquellas dos posibilidades. La manifestación significativa es aquella en que el hecho manifestante es un comportamiento concreto; en la manifestación simbólica el hecho manifestante es una actividad simbólica, abstracta, lingüística; es el campo de la declaración" Cfr. PEREZ VARGAS, Víctor y UMAÑA ROJAS Ana Lorena. Elementos del negocio jurídico In Revista Judicial N°12, Costa Rica, junio de 1979, pág. 85.

De hecho, nuestro derecho no fija una regla general previendo la validez de la apariencia de derecho. Las normas referentes a la tutela de la apariencia de derecho que existen en el ordenamiento civil, elaboradas en una época donde aún predominaba una concepción eminentemente individualista y tradicional del Derecho, contribuyeron mucho a opacar un enfoque integral del problema, pues el carecer de un enfoque teórico sólido, propició un tratamiento oscilante y casuístico.

Finalmente, sobre la trascendencia del fenómeno de la apariencia y su relación con el tema de la seguridad jurídica, es oportuno recordar lo señalado por los hermanos MAZEAUD en el sentido de que:

“La sécurité des transactions exige qu’une acquisition en apparence régulière ne puisse être remise en question; l’acquéreur qui a pris toutes les précautions ne doit pas être inquiété. D’autre part la règle protège les propriétaires véritables eux-mêmes, beaucoup plus qu’elle ne leur nuit: sans elle, les acquéreurs hésiteraient à traiter, réclameraient des justifications sans nombre. Pour toutes ces raisons, la jurisprudence a admis que l’apparence était susceptible de produire des effets dans le

domaine des droits réels, et spécialement du droit de propriété. Elle fait jouer la règle même lorsque l’acquisition qui crée l’apparence est nulle de nullité absolue.”¹⁵

III.- El concepto de heredero aparente.

En nuestro Derecho, el llamamiento a suceder se genera por dos vías. Por la voluntad del causante, expresada mediante testamento válido o, por imperativo legal. Ambas hipótesis pueden operar en forma independiente o de manera concurrente¹⁶.

En la práctica se presentan conflictos en relación con la determinación de los verdaderos herederos del causante, ya sea con llamamiento preferente o concurrente, por problemas derivados de la validez del título. Estas cuestiones se pueden dirimir a través de la acción de petición de herencia en la que se discute la calidad de heredero o pueden sobrevenir, por ejemplo, de la impugnación del testamento o de la declaración de indignidad.

El vencedor en la acción de petición de herencia será el heredero real y el vencido el heredero aparente, cuya responsabilidad frente al heredero real

15 “La seguridad en las transacciones que requiere una adquisición en apariencia regular no puede ser puesta en duda; el adquirente que ha tomado todas las precauciones no debe ser perturbado. Por otro lado, la norma protege a los mismos propietarios reales, mucho más de lo que les afecta: sin ella, los compradores serían reacios a tratar, reclamando justificaciones sin límite. Por todas estas razones, la jurisprudencia ha reconocido que la apariencia es susceptible de producir efectos en el campo de los derechos reales, y especialmente de propiedad. Ella aplica la regla, incluso cuando la adquisición que crea la apariencia es nula por nulidad absoluta”. Cfr. MAZEAUD, Henri, Léon et Jean. *Leçons de droit civil*. Tomo II. 5ª ed. Éditions Montchrestien, Paris, 1975, pág. 140.

16 El artículo 522 del C.C. estipula en su párrafo segundo que “la sucesión puede ser parte testamentaria y parte intestada. Además, el artículo 540 del mismo C.C. permite a quién renuncia a la herencia intestada reclamar la misma herencia en virtud un testamento.

depende esencialmente de la buena o mala fe de sus actos¹⁷. Así, Heredero aparente es aquél que posee la herencia en concepto de heredero, es decir, como dueño de los bienes hereditarios. Resulta entonces que el heredero aparente es el que posee como si fuera heredero, y puede ser de buena y mala fe, no importa que los títulos que alegue sean válidos, nulos y ni aún falsos, basta con la creencia general de considerarlo como verdadero propietario¹⁸.

Dentro del concepto “manifestación” se distingue entre la manifestación en sentido estricto, que es un comportamiento unívocamente orientado según cierto programa práctico –la pro heredere gestio, por ejemplo –, y la declaración, que es un hecho del lenguaje, escrito, oral o mímico – la aceptación expresa de la herencia, por ejemplo. Destaquemos en este punto que la manifestación en general consta siempre de una relación de significación social¹⁹.

Nuestro Código Civil (CC) no define estrictamente al heredero aparente;²⁰ el significado surge a partir del artículo 533, que permite que, vencido el término para aceptar la herencia, (que el artículo 529 fija en treinta días hábiles) el heredero y sus sucesores (con lo que cobija la representación) en el tanto aún no haya prescrito el derecho para pedir la herencia, “podrán reclamarla de cualquiera que la posea, por habersele declarado heredero; pero éste se considerará poseedor de buena fe para la cuestión de frutos”²¹.

Como dicen las palabras, heredero aparente es quien parece heredero. Pero en qué sentido “parece”. Explica Zaccaria²² que se puede responder a esta pregunta recordando que no es la del heredero aparente la única situación de apariencia de la cual se ocupa el derecho civil:

“Se disciplina todavía la especie fáctica del pago al acreedor

17 En el mismo sentido, opinan LLOVERAS, Nora y Olga ORLANDI. El heredero aparente: la perspectiva en las XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil. In. Revista Jurídica UCED, No.8, Argentina, 2007. pág.40.

18 Vid. POUS DE LA FLOR, María Paz. La Problemática de los Frutos en la Herencia Aparente. Boletín de la Facultad de Derecho, números 8-9, UNED, España, 1995. pág. 277.

19 FALZEA op. cit. nota 8.

20 En Italia, “El Código no habla...de “heredero aparente”, pero es este un término tradicionalmente usado en la práctica en relación a las dos situaciones previstas en los artículos 534 y 535. Se regulan en los artículos citados: A) las relaciones entre el heredero verdadero y el heredero aparente que haya poseído los bienes hereditarios (art.535); B) las relaciones entre el heredero verdadero y los causahabientes del heredero aparente (art. 534). Vid. TRABUCCHI, Alberto. Instituciones de Derecho Civil. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2008. pág. 456. Como veremos a continuación, en Costa Rica sucede de manera semejante pues, en el indicado art. 533 se asume la naturaleza provisional y, por lo tanto, la precariedad de la declaratoria de heredero.

21 El Código de Procedimientos Civiles dice en el ARTÍCULO 920.- Declaratoria de herederos y legatarios. Transcurrido el emplazamiento, el juez hará la declaratoria de herederos y legatarios, sin perjuicio de tercero de igual o mejor derecho.

Si nadie reclamare la calidad de heredero, o si se desecharen los reclamos que en ese sentido se hubieren hecho, el juez declarará heredera a la junta o juntas de educación del lugar donde estén los bienes. La resolución en la que se declare heredera a la junta de educación se publicará por una vez en el Boletín Judicial, y entre tanto no podrá entrar en posesión de los bienes.

Si en cualquier momento, antes de la aprobación de la cuenta partición o de la conclusión del sucesorio, se apersonaren quienes reclamen la calidad de sucesores, cuyo igual o mejor derecho sea evidente, el juez podrá modificar la declaratoria hecha, conforme corresponda. (La numeración de este artículo fue así modificada por el artículo 1º de la ley No.7643 de 17 de octubre de 1996, lo traspasó del antiguo 897 al actual, los destaques son nuestros)

22 ZACCARIA, Alessio. L'erede apparente. In. Revista Jurídica UCED, No. 8, Argentina, 2007. Pág. 98.

*aparente, figura esta última que es el estado inverso, claramente delineado, requiriéndose que el acreedor aparente sea aquel que aparenta estar legitimado para recibir el pago con base en una circunstancia unívoca*²³.

Así, no parece aceptable que dos situaciones equivalentes de apariencia sean definidas de manera distinta. Se puede ahora concluir, a la luz de la legislación civil que heredero aparente es aquel que muestra tal apariencia con base en una circunstancia unívoca, en concordancia con la jurisprudencia, según la cual heredero aparente es el que, sin ser heredero, se comporta como si la herencia fuese a él ofrecida y fuese por él aceptada.

Heredero aparente es, en suma, aquel que, objetivamente, teniendo

en cuenta su comportamiento, aparenta ser heredero.”(el destaque es nuestro)

Las situaciones en las que el sujeto aparenta objetivamente ser heredero, pueden ser de las más diversas. La circunstancia de ser poseedor puede contribuir a crear la situación de apariencia, pero no necesariamente la figura del poseedor a título de heredero es la del heredero aparente. (Aunque puede coincidir, no es necesario que coincida) Así como puede darse un heredero aparente no poseedor, bien puede darse un poseedor a título de heredero que no parezca tal.

La simple circunstancia de afirmar la condición propia de heredero no constituye, aquella circunstancia unívoca, capaz de generar la convicción de terceros, que una situación de apariencia, según dijimos, presupone²⁴.

23 Al referirse al código Civil Italiano, cita lo dispuesto en el artículo 1189 sobre el acreedor aparente. En nuestro país si bien la solución es distinta, podemos fijar nuestra atención en el párrafo segundo del artículo 803 del C.C. que dice: “cuando una persona, a consecuencia de un error propio, ha pagado una deuda ajena, no tendrá derecho a repetición contra el que en razón del pago, y con buena fe ha suprimido o destruido un título necesario para el cobro de su crédito, pero podrá intentar contra el deudor las acciones del acreedor”.

24 Vale recordar a este respecto las palabras de FALZEA, en el sentido de que: “la realidad manifestada es la voluntad, que no es una situación jurídica, sino un hecho psíquico. En cambio, la apariencia es siempre una apariencia de derecho, es decir, apariencia de una situación jurídica”. Luego agrega: “cuando la divergencia entre los elementos objetivos y subjetivos no tiene que ver directamente con el interés que es fundamento del negocio, y para cuya realización se ha predispuerto el programa negocial, sino con un interés ajeno al negocio, del cual es portador un sujeto distinto. En relación a la incompatibilidad que se postula, entre el interés interno y externo, si el ordenamiento jurídico atribuye preeminencia al interés externo, debe negar eficacia al negocio jurídico en la parte relativa al interés interno incompatible; en cambio, si la preeminencia es atribuida al interés interno, debe retirar su protección al interés externo, y atribuir al negocio eficacia jurídica definitiva, a pesar del error.

Puesto que el interés externo es, por definición, un interés jurídico el cual ha sido constituido y ha obtenido la garantía del derecho con anterioridad a la constitución del interés negocial, una rigurosa aplicación del principio temporal en la protección jurídica debería conducir a la negación sistemática de protección y, por ello, al sacrificio sistemático del interés negocial posterior. Dicha solución se concretaría en la imposición de una carga ilimitada de determinación de la realidad, por cuenta de los sujetos, y, por consiguiente, en una obstrucción paralizante del desenvolvimiento de las mutaciones jurídicas, que sería inadmisibles, con mayor razón, en un ordenamiento moderno, en el cual la exigencia de agilizar el comercio jurídico va acentuándose continuamente a medida que aumenta el número de sujetos de la comunidad, y que se hace más intenso y rápido el ritmo de vida de estos”. Op. Cit. nota 8.

Una consideración adicional es que, con fundamento en lo expuesto, podríamos toparnos con la hipótesis del legatario aparente, por ejemplo, en virtud de un testamento que se da por válido y luego se demuestra que fue revocado por otro posterior, cuya existencia era desconocida al momento del llamamiento judicial y en el cual el legado se suprime o se destina a otro.

El concepto de heredero aparente abarca, en general, los siguientes supuestos:²⁵

a) El heredero que, habiendo obtenido una declaratoria de heredero a su favor, o la aprobación formal de un testamento en el que haya sido instituido como heredero, resulta vencido en la acción de petición de herencia. En este caso, habrá de devolverla con sus frutos, “sin más derecho que el de indemnización de gastos y pago de mejoras como poseedor de buena fe”²⁶.

b) El que incurrió en falsedad para obtener una declaratoria de herederos nula u obtuvo el auto aprobatorio del testamento referido a un testamento ineficaz (por revocación, nulidad, indignidad u otra causa), o que entrañe falsedad instrumental.

Unger, citado por Ferrara,²⁷ dice que se produce esta clase de simulación cuando deben ser

titulares del negocio jurídico personas distintas de aquellas que indican las palabras de la declaración. Aquí, la apariencia está en los sujetos del negocio.

c) También podría ser considerado heredero aparente quien cuente con una declaratoria de heredero o un auto aprobatorio de testamento, se comporte como un heredero real pues se le ha reconocido el derecho a heredar sin que medie fraude, pero antes de que se produzca la prescripción decenal del derecho para pedir la herencia, la pierde por haberse declarado heredero a otro, con mejor derecho, en su lugar.

La nueva declaratoria puede ser sobre la totalidad o una parte de la herencia recibida por el heredero aparente, como por ejemplo ante la aparición de un hermano cuya existencia se desconocía. Ante esta circunstancia, reviste vital importancia esa declaración primera, luego revocada, para ser considerado poseedor de buena fe, lo que tiene como consecuencia la liberación de la obligación de devolver los frutos (art. 533 en relación con el art. 285, ambos del C.C). En este caso se es heredero aparente de una parte del espolio.

En síntesis, el heredero aparente es quien se encuentra en posesión de los bienes hereditarios y se comporta como heredero real sin serlo, en virtud de un título idóneo por su naturaleza para adquirir la herencia, pero ineficaz -total o parcialmente- para ello, por estar afectado de un vicio, o por existir circunstancias fácticas que le privan de sus consecuencias jurídicas²⁸. Por lo tanto, la pose pura y simple, constituye un elemento de la herencia aparente, pero

²⁵ Cfr. LLOVERAS, Nora y Olga ORLANDI. El heredero aparente: la perspectiva en las XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil. In. Revista Jurídica UCED, No.8, Argentina, 2007. pág.41.

²⁶ Según el art. 534 del C.C.

²⁷ FERRARA, Francesco. La Simulación de los Negocios Jurídicos. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. México, 2007. pag.280-281.

²⁸ LLOVERAS, Nora y Olga ORLANDI. Op. cit. pág. 39

resulta insuficiente para determinar que nos encontramos ante tal instituto²⁹.

4.- La acción de restitución y la acción de petición de herencia.

Al heredero corresponden todas las acciones personales o reales que dispuso el difunto para hacer valer sus derechos contra los terceros deudores o poseedores de cosas de la herencia, lo que resulta una consecuencia lógica de la transmisión a título universal de derechos que se produce con la herencia³⁰.

Entre estas acciones están las reivindicatorias,³¹ que son acciones por medio de las cuales “una persona reclama la restitución de un objeto que le pertenece o el libre goce de alguno de los derechos que la propiedad comprende”.³² Aún y cuando no

haya aprehendido materialmente los bienes, el heredero se reputa poseedor legítimo contra cualquiera que los pretenda.

Como requisitos para la interposición de la acción de restitución tenemos los siguientes:

- a) El actor debe demostrar su condición de dueño y en particular su derecho preferente.
- b) Respecto al demandado, hay que demostrar su estado de poseedor. La mera tenencia es suficiente.
- c) La cosa debe ser plenamente coincidente con el título que justifica el reclamo. En caso de discrepancia entre la cosa reclamada y la que detenta el demandado, la acción deviene sustentada de forma insuficiente.³³

Sin embargo, existe una acción especial

29 “No pueden dar lugar a hipótesis de apariencia aquellos hechos que se caracterizan por tener una estructura opaca, y que por ello, no son capaces de señalar nada, salvo su propia existencia. Por esa razón, al menos en el derecho positivo italiano, la fattispecie de la posesión no puede ser considerada, sino incorrectamente, como figura de apariencia”. Vid. FALZEA, op. cit. Nota 8.

30 Se ha atribuido tradicionalmente una importancia decisiva al senadoconsulto Juvenciano en la evolución histórica de la acción para la reclamación de la herencia y según la opinión mayormente aceptada sus disposiciones introdujeron dos innovaciones fundamentales en materia de hereditatis petitio: una de ellas consistió en un tratamiento diferenciado de la responsabilidad del condenado en el juicio seguido con ocasión de dicha acción según su buena o mala fe; y la otra en una ampliación del grupo de sujetos legitimados pasivamente a la hereditatis petitio, en el sentido de incluir como tales, por un lado, a los poseedores de los precios de bienes hereditarios vendidos y, por otro lado, a los que dolosamente dejaron de poseer bienes hereditarios. Vid. CASINOS MORA, F. Javier La repercusión del Senadoconsulto JUVENCIANO en materia de reclamación de Herencia. In Revista de Estudios Históricos Antiguos, Vol. XXIII, Valparaíso, Chile, 2001, pág. 53.

31 Vid. PÉREZ VARGAS, Víctor. Propiedad y reivindicación de bienes inmuebles. In AA.VV. La Propiedad. Juricentro, San José, 1983, pág. 239. Quien cita a CAPITANT definiendo la acción reivindicatoria como “la acción judicial mediante la cual se hace reconocer el derecho de propiedad que se tiene sobre un bien”. Etimológicamente significa “reclamo de la cosa” Vid. BRENES CÓRDOBA, pág.63.

32 BRENES CÓRDOBA, Loc. cit.

33 “...la pretensión de las sucesiones actoras sobre la propiedad exclusiva en el lote que ocupa la demandada, por falta de prueba del correspondiente derecho, no puede prosperar pues, tratándose de una acción reivindicatoria respecto a un inmueble, debió aportarse título inscrito del mismo (artículo 267 del C.c. y sentencia de Casación de 2:30 p.m. de 27 de junio de 1933) A cargo de la parte actora, según lo establece el artículo 719 del Código Civil estaba la necesaria demostración del fundamento de sus peticiones y no es buen argumento, la falta de prueba en cuanto a la demandada, porque esta se limitó a contestar negativamente la acción, y en tales condiciones, nada tenía que probar de modo obligado”. SALA DE CASACIÓN, No.117 de 15 hrs. de 19 de diciembre de 1951. Cit. por PÉREZ VARGAS, Víctor. Op. Cit. pág 446.

que protege el título hereditario: la acción de petición de herencia.³⁴ No se trata de una acción restitutoria, dirigida contra el heredero aparente o algún o algunos poseedores del acervo hereditario sino de una acción que pretende el reconocimiento de un estado y tiene por consecuencia la atracción del conjunto de bienes y derechos al patrimonio del heredero real.

Por medio de la acción de petición de herencia, que compete al heredero o sucesor, se pretende que le sea reconocida

esa condición y atribuida la propiedad y pose de los bienes hereditarios que se encuentren en posesión de cualquier persona, que indebidamente tenga la sucesión o parte de ella. Conforme al artículo 528 del C.C. “La aceptación de la herencia, para que produzca todos los efectos legales, ha de ser expresa, pidiendo al juez del domicilio de la sucesión la declaratoria de ser tal heredero”.

Indica VARGAS SOTO³⁵ que “es necesario que el juez se pronuncie sobre la calidad de heredero reclamada en su oportunidad

34 Se trata de la *petitio hereditatis*. Destaca Arezo que los sistemas jurídicos de la familia romano-germánica se dividen, respecto a la petición de herencia en dos grandes campos. Los que reglamentan, sea total o parcialmente los aspectos jurídicos de la petición de herencia como los derechos alemán, italiano o argentino; y los que carecen de toda disciplina sobre la acción de petición de herencia, limitándose en algunos casos a mencionarla, como sucede en el derecho uruguayo, pero sin dar respuesta a los problemas del heredero aparente, en particular, en lo que se refiere a la validez, o no, oponibilidad, o no, frente al heredero real de los actos cumplidos por el poseedor de la herencia (heredero putativo) durante su detentación pública y pacífica, cuando podía ser considerado como el verdadero heredero por terceros. En esta última corriente se encuentran también la legislación de Francia, España y la de Costa Rica. Cfr. AREZO PÍRIZ, Enrique. *Teoría del heredero Aparente*. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1982, pág. 19. Destacaba De RUGGIERO que a los principios romanos hay que recurrir hoy con frecuencia por cuanto en el Código Italiano (de 1865) solamente el artículo 933 se destinaba a la materia. Este artículo disponía que si el heredero aparente ha enajenado de buena fe una cosa de la herencia, solo está obligado a restituir el precio recibido o a ceder su acción contra el comprador que no la hubiese pagado totalmente. Vid. DE RUGGIERO, Roberto. *Instituciones de Derecho Civil*. Tomo II, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. México, 2006. pág. 1019. Una disciplina más completa se encuentra en el C.C. Italiano de 1942 en el artículo 487, parr. 3º que prevé la decadencia de la cualidad de heredero y, por tanto, del derecho de aceptar y en consecuencia de adquirir la herencia, cuando el llamado, que no está en la posesión de los bienes hereditarios, no haga, dentro de los cuarenta días a contar del cumplimiento del inventario, la declaración de aceptación a beneficio de inventario. “Quando ha fatto l’inventario non preceduto da dichiarazione d’accettazione, questa deve essere fatta nei quaranta giorni successivi al compimento dell’inventario; in mancanza, il chiamato perde il diritto di accettare l’eredità.” Otro artículo que se ocupa del tema es el 534 sobre derechos de los terceros: “Art. 534 Diritti dei terzi L’erede può agire anche contro gli aventi causa da chi possiede a titolo di erede o senza titolo.

Sono salvi i diritti acquistati, per effetto di convenzioni a titolo oneroso con l’erede apparente, dai terzi i quali provino di avere contrattato in buona fede.

La disposizione del comma precedente non si applica ai beni immobili e ai beni mobili iscritti nei pubblici registri, se l’acquisto a titolo di erede (2648) e l’acquisto dall’erede apparente non sono stati trascritti anteriormente alla trascrizione dell’acquisto da parte dell’erede o del legatario vero, o alla trascrizione della domanda giudiziale contro l’erede apparente”. (2652, n. 7) (Derechos de los terceros. El heredero puede accionar contra los causahabientes de quien posea a título de heredero o sin título. Quedan a salvo los derechos adquiridos, por efecto de convenciones a título oneroso por el heredero aparente, por los terceros que prueben haber contratado de buena fe.

La disposición del apartado anterior no se aplica a los bienes inmuebles y a los bienes muebles inscritos en los registros públicos, si la adquisición a título de heredero y la adquisición por el heredero aparente no han sido transcritas anteriormente a la transcripción de la adquisición por parte del heredero o del legatario verdadero, o a la transcripción de la demanda judicial contra el heredero aparente).

35 VARGAS SOTO, Francisco L. *Manual de Derecho Sucesorio Costarricense*. 5ª ed. Tomo II, Editorial Investigaciones Jurídicas S. A, Costa Rica, 2001. pág. 289.

por aquellos que se hubieran apersonado al proceso pretendiendo derivar derechos de la muerte del causante”. Una vez finalizado el plazo concedido a las partes, el Juez debe dictar la resolución donde establece quienes han demostrado su parentesco con el causante en el caso de la sucesión ab intestato y el orden de prelación en que, de conformidad con la ley serán llamados a suceder³⁶ o, en el caso del testamento, a quienes corresponde repartirse el espoleo. En este segundo caso, el parentesco pasa a segundo plano, pues lo primordial es la voluntad del testador y la validez del testamento.

El Tribunal Superior Primero Civil ha considerado que:

En materia de acreditación de vocación hereditaria ya sea por vía testamentaria o “ab intestato”, las previsiones legales sobre la materia exigen comprobación “evidente” de esa cualidad sucesorial. Precisamente el ordinal 920 del Código Procesal Civil, dispone respecto a las personas que reclamen calidad de sucesores mediante simple solicitud -según se presenta

en el sub lite- que el derecho petitionado ostente esa condición de “evidente”...³⁷

Tanto si la resolución es favorable o no, “por su naturaleza es modificable...dentro del proceso sucesorio, siempre y cuando no se hubiere llegado a aprobar la cuenta partición o hubiese concluido el proceso por convenio extrajudicial”.³⁸ Ello recoge diversas hipótesis dentro de las cuales tenemos la comparecencia tardía de heredero preferente dentro del proceso sucesorio o la declaratoria de ser hijo del causante en un juicio paralelo de paternidad que legitima para solicitar posteriormente la declaratoria de heredero, entre otros.

La modificación de la distribución, una vez concluido el sucesorio, únicamente se puede intentar por medio de una acción ordinaria.

Al haber sido vencido en la acción de petición de herencia o haber sido desplazado de la calidad de heredero sin controversia, el heredero aparente debe entregar al heredero real todos los bienes del acervo que se encuentren en su poder (o la parte alícuota que corresponda al nuevo heredero) con los frutos, las accesiones y las mejoras que hubieran recibido, aunque sean por el hecho del poseedor, siempre que la solicitud del

36 En Costa Rica, la desheredación, entendida como el medio de privar al heredero forzoso de participar de la herencia, cuando ha ofendido al testador de manera grave, desapareció desde que, en 1881 la ley de herencia de ese año estableció la libre testamentación. Desde entonces tenemos la ausencia de Legítimas, parcelas fijas asignadas por ley a ciertos herederos, que existen en otras legislaciones, pero que son prácticamente desconocidas en nuestro medio. Puede considerarse en una sucesión ab intestato como el equivalente al testamento, pero en sentido inverso, pues acarrea exclusión y sus causales son fijadas por el código respectivo. Véase in totum ARROYO ALVAREZ, Wilberth. La Ley de Sucesiones de 1881. Universidad de Costa Rica, San José, 2001. También en Revista Judicial. V. 24, No.79, Junio 2001, pág. 49-61.

37 Tribunal Superior Primero Civil. Sentencia No 00465, de las 08:25 hrs. del 15 de junio de 2011.

38 VARGAS SOTO, Francisco L. Manual de Derecho Sucesorio Costarricense. 5ª ed. Tomo II, Editorial Investigaciones Jurídicas S. A, Costa Rica, 2001. pág. 290.

heredero real se haya producido dentro del término para la aceptación de la herencia. (art.529 del C.C.)

También debe entregar los bienes que el causante no poseía como dueño, como los que tenía en comodato, mutuo o depósito, (arts.1335 y sgts.; 1343 y sgts.; y 1348 y sgts. del C.C.) pues como sucesor genérico del acervo patrimonial del causante, le corresponderá dar cuenta de estos negocios jurídicos, aunque la sucesión se configure en nuestro país a beneficio de inventario, pues constituyen obligaciones válidas que pesan sobre la masa relicta.

V.- La buena o mala fe del heredero aparente.

El principio de la buena fe, en general, se encuentra consagrado en nuestro Derecho y establece un “estándar jurídico” o regla flexible inherente a la conducta social media de la buena fe lealtad y la buena fe creencia, pero exigiendo una buena fe diligente, o sea, se debe actuar con cuidado y previsión y aprehendiéndose la subdirectiva de la

verosimilitud que obliga a actuar no solo por lo que se entiende, sino a lo que con diligencia se puede entender.

La responsabilidad del heredero aparente frente al heredero real depende de su buena o mala fe. Tal y como indicaba el maestro BRENES CÓRDOBA:

“el que posee una cosa con entero conocimiento de que no le asiste derecho para ello, comete una acción punible que no puede menos que colocarle en una situación desventajosa; y, por el contrario, el que procede sin malicia, ignorante de la mala calidad de su título,³⁹ no merece ningún castigo”.⁴⁰

Para el heredero aparente, el concepto de buena o mala fe, que emana de la ley, adquiere connotaciones particulares y consecuencias relevantes que pasamos a analizar.

Señala FALSEA que existe un vínculo entre la apariencia y el aspecto objetivo de la

³⁹ Entendido como la causa jurídica en que se funda el derecho.

⁴⁰ Cfr. BRENES CÓRDOBA. Alberto. Tratado de los Bienes. Editorial Costa Rica, San José, 1963. pp. 38-39. Si bien esta posición tan clara es expresada en torno a la posesión, pues respecto del heredero aparente dice en la página 358 que: “si el asignatario reclamó su herencia en el curso de los tres meses (reducido a treinta días con la reforma del art. 529 C.C.) y no le fue concedida por cualquier motivo, quien la recibió, al ser desposeído a consecuencia del respectivo juicio reivindicatorio, tiene que devolver junto con los bienes, los frutos que hubiere percibido deducción hecha de gastos y mejoras, cuyo pago debe arreglarse de acuerdo con las prescripciones aplicables a la posesión de buena fe. (...) el poseedor, en este caso, no debe, rigurosamente hablando, ser considerado ni de buena ni de mala fe, porque, por una parte, conociendo como debió conocer, el reclamo del que se decía heredero, pudo tomar en cuenta la posibilidad del futuro desposeimiento, y porque, de otro lado, fue puesto en posesión de los bienes por mandato de autoridad competente.” Nosotros opinamos que la buena fe se interrumpe con el conocimiento de la existencia de un mejor derecho o al menos un derecho concurrente en igualdad de condiciones o legitimado para la asignación hereditaria, verbigracia un heredero de grado preferente, un hermano o pariente del mismo grado que concurre a la sucesión u otro heredero o legatario cuyas porciones o bienes están fijadas en la ley o en el testamento que les instituye como sucesores. En consecuencia, no creemos que sea de recibo la tesis de que la mala fe se elimina por la existencia de un “mandato de autoridad competente” pues el fundamento de ese mandato puede ser el ocultamiento de información relevante al juzgador que resuelve con base en los datos de que dispone e inducido por la conducta del declarado heredero sea esta dolosamente omisiva o intencionalmente falsa y engañosa.

presencia de “circunstancias ambientales”, y no hace referencia a ninguna idea de estados de ánimo propios del sujeto que adquiere del heredero aparente. Ello, en atención a que esas “circunstancias están preconstituidas al acto o negocio en el cual incide la apariencia y existen, por lo tanto, con independencia de toda apreciación del tercero”.⁴¹ De allí se fundamenta el carácter objetivo del fenómeno de la apariencia. Por lo tanto, si la ley requiere de la buena fe como elemento concomitante de la apariencia, el nexo entre ambos es de naturaleza jurídica.

El mismo C.C. nos coloca frente a lo que podríamos llamar una tesis de principio, pues el artículo 286 alecciona que: “En caso de duda, se presume de buena fe la posesión.” La cuestión, entonces, radica en determinar cuándo el heredero aparente es de mala fe.⁴² Indica el artículo anterior, el 285 que

“Cesa de ser de buena fe la posesión en el momento de adquirir la certidumbre de que se posee indebidamente, y cesa también desde la notificación de la demanda en que otro reclame el derecho de poseer”.

Una sentencia de casación de las 9:15 horas de 12 de junio de 1929 se estableció el principio de que la simple notificación de la demanda, a pesar de lo dicho en el artículo 285 citado, no da al poseedor el calificativo de serlo de mala fe, porque su confianza en la solidez del título puede perdurar y aún ratificarse si la demanda fuera declarada sin lugar.⁴³ Se reconoció por esa vía que la litis puede darse con base en la “bona fide”.

Es corriente que en la legislación extranjera se admita la buena fe del heredero aparente por error de hecho y de derecho.⁴⁴

41 Vid. FALZEA, op. cit, nota 8, especialmente el punto 6. “Apariencia, buena fe, error”.

42 Para ZANNONI, la mala fe del heredero aparente consiste en saber que el pariente con vocación preferente o concurrente se mantiene inactivo por ignorar que la sucesión le fue deferida; esta expresión legal no significa que el heredero real ignora que la sucesión se está tramitando, sino que ignora la muerte del causante, ya que la muerte, la apertura y la transmisión de la herencia se causan en el mismo instante. Si bien podemos entender que esta posición tenga sustento legal en la Argentina, no pasa lo mismo en nuestro derecho, donde el concepto de heredero aparente es más amplio, pues no se restringe al pariente, y, por lo tanto, está cerca de las definiciones más generales auspiciadas por el ex decano BRENES CORDOBA, para quién el heredero aparente “es el que no conoce el vicio que invalida el título en que funda su posesión”, mientras que el de mala fe es “el que sí conoce esa circunstancia y también aquel que posee sin título de ninguna especie”. Vid. ZANNONI, Eduardo A., Derecho de las sucesiones. Tomo 1, 4ª ed. Buenos Aires, Astrea, 1997. No. 310, pág. 257. “La mala fe solo se juzga cuando aquéllos saben que éstos no se han presentado a ejercer sus derechos porque ignoraban que la sucesión se les defería”.

43 BRENES CORDOBA, op. cit. pág. 41. Es un entendimiento judicial que compartimos aunque se trata, evidentemente, de una interpretación *praepeter legem*.

44 De una manera general, la jurisprudencia francesa venía considerando como fundamento de la apariencia el adagio *error communis facit ius*, o sea, exigiendo para la validez de los actos, de una parte, que el tercero estuviese de buena fe y, de otro lado, que el error fuese común o mismo invencible. Vid. MOTA, Mauricio Jorge. Teoría da Aparência. pág. 162-163. Según Henri Mazeaud podemos dar la siguiente definición general: “Nous avons ainsi défini et précisé la portée de la maxime *error communis facit ius* : toute situation de fait, contraire au droit, doit être maintenue, lorsqu’elle est née d’une erreur invincible. La jurisprudence trouve dans cet adage un merveilleux instrument, qui lui permet d’adoucir et de tempérer tout ce qu’une application stricte de la loi aurait de contraire à l’intérêt social”. (“Hemos definido y aclarado el alcance de la máxima *error communis facit ius*: toda situación de hecho que es contraria a la ley, se debe mantener cuando nace de un error invencible. La jurisprudencia fundamenta en este adagio un instrumento maravilloso, que le permite suavizar y templar todo lo que con la aplicación estricta de la ley se haría contrario al interés social”).

En este sentido, el heredero no es reputado de mala fe cuando ha obrado considerando ser propietario de la herencia aunque esa creencia se base en error de hecho o de derecho.

Y el error de derecho será excusable, cuando exista una convicción razonable de tener un título legítimo de heredero. Sin embargo en nuestro país tenemos establecida por ley una presunción a favor del heredero aparente que, para todos los casos es considerado de buena fe.

El error de hecho será excusable cuando, obrando con la debida diligencia, y teniendo en cuenta las circunstancias de tiempo, persona y lugar, no se ha podido lograr el conocimiento cabal de los hechos.⁴⁵

Constituye una acción compatible con la mala fe, la omisión de informar al juez del sucesorio que existe otra persona con derecho a la masa relictiva, o bien no comunicar al heredero verdadero o coheredero la apertura del proceso sucesorio.

Si se conoce positivamente la existencia de un heredero de igual o mejor derecho y se calla, se infringen mandatos procesales claros que requieren la citación y denuncia de los herederos conocidos. La publicación de edictos no cubre la omisión de declarar los herederos conocidos y que se hagan las citaciones directas a los que tuvieran residencia conocida.⁴⁶

Si de las constancias de autos aparece la existencia de un pariente conocido, no debe prevalecer la ficción sobre la realidad y es

Vid. MAZEAUD, Henri, Léon et Jean. *Leçons de droit civil*. págs. 142-143. Para FALZEA, "no es difícil darse cuenta de la imposibilidad de configurar la apariencia como una situación de error común. Error común es error colectivo vigente, y es a este título que él da justificación al error del sujeto en particular. Pero un error colectivo vigente no es requerido en el fenómeno de la apariencia, aunque a veces, como ocurre en la hipótesis del heredero aparente, la falsa calidad del sujeto puede tener amplia difusión en la colectividad; en algunos casos, además, ella no podría ni siquiera presentarse como normal" En particular considera que la calidad de heredero aparente "preexiste lógicamente, y a veces temporalmente, al acto o negocio que estos aparentes titulares de derechos subjetivos celebran con el tercero: por ello, los hechos y estados subjetivos del tercero no pueden ser esenciales". Esta posición puede inducir a la falsa impresión de que al sustentar el carácter objetivo de la apariencia como fenómeno jurídico se descarte la presencia del error como fenómeno subjetivo. No es esa la posición de este autor, para quien se trata de fenómenos ligados con "una relación bastante íntima", de manera que "los dos fenómenos –el objetivo de la apariencia y el subjetivo del error–, a pesar de seguir siendo distintos ideal y jurídicamente, actúan juntos como elementos parciales de una *fattispecie* compleja unitaria". Vid. FALZEA, nota 8.

45 Lafaille ejemplifica el error de derecho con un caso en que el heredero -colateral del causante cree serlo ya que en ciertas legislaciones europeas es preferido este orden al del cónyuge (Lafaille, *Sucesiones*, N° 354, Tomo 1, pág. 240). Borda dice que podría darse en el caso que un heredero instituido entra en posesión de la herencia por un testamento por acto público que luego se declara nulo por defecto en las formas (Borda, Guillermo, *Tratado de sucesiones*, Tomo 1, N° 475). Ambos cit. por ZANNONI op. cit. pág. 256-257.

46 En este sentido se establece en el C.P.C. en su artículo 915 que entre los requisitos del escrito inicial "2.- Los nombres y calidades de los presuntos herederos. 3.- Si el causante hubiere dejado hijos de diferentes matrimonios. 4.- Si hubiere menores incapaces o ausentes interesados". Cabe interpretar que la omisión dolosa de esa información merece, como mínimo ser considerado de mala fe, acarreando al heredero desleal para con el heredero cuya existencia conoce y para con el juez, a quien induce a error, las cargas que esta calificación atrae en materia de frutos y mejoras. En una línea coherente con lo anterior ha declarado el Tribunal Superior Primero Civil No. 1665-M de las 9:10 horas del 4 de noviembre de 1992 que dijo: "En cuanto al agravio de que sólo es posible declarar como heredero a quien se ha apersonado, la tesis es improcedente. Son herederos y así deben declararse, aquellos incluidos por la ley en caso de las sucesiones legítimas, independientemente de que se hayan o no apersonado".

indispensable citar al heredero ausente para que tome intervención en el juicio.

VI.- La buena o mala fe del tercero que adquiere de un heredero aparente.

En el derecho moderno, enseña Ferrara que el tema de los efectos del negocio frente a un

tercero tiene una extraordinaria relevancia:

“a causa de la multiplicidad e importancia de los intereses necesitados de protección. El colosal aumento del comercio y de la industria, la multiplicación y entrelazamiento de las relaciones económicas, la intensa y rápida actividad de la vida social han agudizado cada vez más la necesidad de dar firmeza a las relaciones de derecho, ya que hoy no puede considerarse el negocio jurídico como una figura aislada, sino como anillo en una gran cadena, no interrumpida, de otras relaciones también jurídicas; cual una célula del organismo comercial...el Derecho moderno no podía vacilar en conceder su protección, y protección amplia, sin restricciones ni reservas, en defensa del desenvolvimiento ordenado y conforme a la buena fe de las relaciones de cambio y de la seguridad contractual”⁴⁷

Bahr sostiene que para la protección de la buena fe del comercio, la voluntad no debe concebirse como un elemento interno, sino que los efectos jurídicos deben depender de la apariencia exterior y consciente de la misma voluntad.⁴⁸ Enneccerus rechaza igualmente que pueda oponerse la simulación a los que han actuado sobre la fe del acto aparente.⁴⁹

Quizás la más contundente es la opinión de Regalsberger quien señala:

“La nulidad del negocio simulado es absoluta; puede alegarse por terceros y contra terceros, pero no contra los terceros que, confiados en la seriedad del negocio, han adquirido a título oneroso o realizado un pago”⁵⁰

Obviamente, junto a la buena fe, es de esperar que se actúe con la diligencia propia de un hombre prudente, como “un buen padre de familia”, reza la fórmula reiteradamente utilizada en nuestro derecho positivo.

La buena fe del tercero adquirente es el elemento esencial para juzgar la validez o nulidad del acto; en cambio, la buena o mala fe del heredero aparente, ninguna implicación tiene sobre la suerte del negocio. No se trata de proteger al heredero aparente, sino a los que han contratado con él a partir de la apariencia de tratarse de un heredero real.

La jurisprudencia argentina se ha ocupado del tema indicando:

47 FERRARA, Francesco. La Simulación de los Negocios Jurídicos. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. México, 2007. pág. 304.

48 Ibidem, pág. 305.

49 Ibid. págs.. 305-306.

50 Ibid. pág.. 306.

“Para que un tercero sea considerado de buena fe no se le puede exigir otra condición que el conocimiento de aquel acto judicial que es la exteriorización formal del derecho del heredero aparente; salvo, claro está, que no obstante la “declaratoria” se probase que el tercero tenía conocimiento de la existencia de otros sucesores con mejor derecho o que estaba judicialmente controvertido el derecho”.⁵¹

De conformidad con esta tesis, el tercero es de buena fe si ignora que existen otros herederos con igual o mejor derecho que los del heredero aparente, o que los derechos del heredero aparente estaban en litigio.

En nuestro país se han confrontado dos tesis opuestas en materia civil y en materia penal. A partir de la vigencia del principio conocido como “sustantividad registral” se protege al tercero de buena fe, quien adquiriendo con fundamento en la información registral que expide el Registro Público de la Propiedad, principio de la “publicidad registral”, que se supone es fidedigna por no existir motivo para dudar de su veracidad, encuentra el amparo en las sentencias de la Sala Primera de la Corte Suprema.⁵² Según esta tesis quien fue despojado de sus bienes puede accionar contra el autor de dicho despojo. Tenemos

que la existencia de un tercero de buena fe configura la excepción de la preservación de los derechos del adquirente.⁵³ La opinión contraria ha sido expuesta por la Sala Tercera de la Corte Suprema que sostiene que, en caso de fraude, la propiedad debe restituirse al legítimo propietario, mientras que el comprador de buena fe, debe cobrar los daños y perjuicios a quien le vendió sin estar facultado para poder hacerlo.

Pensamos que una solución intermedia la ofrecería el condicionar la inscripción registral con una anotación provisional, agregando el caso del heredero declarado en juicio como uno de los supuestos del artículo 468 del C.C. de manera que el tercero adquirente sea advertido de que su adquisición no será tenida como de Buena Fe, en caso de que un nuevo heredero reclame y el tribunal le conceda la condición de heredero en perjuicio del heredero aparente, ello en el plazo que se estime suficiente para el resguardo de los derechos de los herederos reales y de las necesidades del tráfico comercial.

Respecto de los actos de disposición a título oneroso, en nuestra opinión, deben ser considerados válidos los realizados sobre todo tipo de bienes o derechos a favor de terceros que ignoren la existencia de herederos de mejor o igual derecho que el heredero aparente, o que los derechos de este estaban judicialmente controvertidos.⁵⁴

51 Publicado en: JA 1999-II-síntesis, Lexis Nexis – sumarios –Lexis N°1/3415. Citado por LLOVERAS, Nora y Olga ORLANDI. El heredero aparente: la perspectiva en las XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil. In. Revista Jurídica UCED, No.8, Argentina, 2007. pág.46.

52 Entre otras sentencias que han recogido esta tesis citamos a modo de ejemplo la Sentencia N°60 de las 15.00 hrs. del 24 de abril de 1991; Sentencia N°82 de las 14.30 hrs. del 22 de mayo de 1992, o la Sentencia N°56 de las 13.50 Hrs. del 4 de agosto de 1994, todas de la SALA PRIMERA DE LA CORTE.

53 Sobre esta excepción dice el artículo 456 del C.C. lo siguiente: “La inscripción no convalida los actos o contratos inscritos que sean nulos o anulables conforme a la ley. Sin embargo, los actos o contratos que se ejecuten u otorguen por persona que en el Registro aparezca con derecho para ello, una vez inscritos, no se invalidarán en cuanto a tercero, aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante en virtud del título no inscrito o de causas implícitas o de causas que aunque explícitas no consten en el Registro.”

54 Lo anterior se sintetiza del texto del art. 3430 del C.C. Argentino, citado por por ZANNONI op. cit. págs. 261-262.

Se han planteado tres posturas sobre los actos del tercero adquirente. Se ha dicho que la buena fe no es necesaria, ateniéndose a la poca conveniencia práctica de anular actos que no ocasionan perjuicio al heredero. Otros han sostenido que no cabe validar los actos celebrados por el tercero, cuando éste sabía que el poseedor de la herencia era de mala fe. Una tercera tesis, de carácter relativo, ha postulado distinciones: para los actos meramente conservatorios o los de administración ordinaria, sería indiferente la condición del tercero y siempre tendrían validez; en cambio, los actos de administración extraordinarios, ajenos a los actos de producción y que comprometan o perjudiquen el patrimonio del heredero, sólo serían eficaces cuando el tercero fuera de buena fe.

Entendemos, por nuestra parte, que aunque se trate de un requisito no exigido expresamente, para la validez del acto siempre será exigible la buena fe del tercero, esto es, la ignorancia de sucesores de mejor derecho o que los derechos del heredero estaban judicialmente controvertidos.

Más allá de los alcances pecuniarios y de los perjuicios que el acto puede causar o no, la buena fe aparece como un requisito indispensable, toda vez que se quiere oponer un acto al auténtico titular de un derecho y para el cual él no ha prestado su consentimiento. Aquélla, como se ha dicho, reemplaza en su potencia creadora las condiciones de titularidad y de consentimiento válido que deben reunirse.⁵⁵

VII.-Disciplina de la atribución de los frutos, gastos de conservación y mejoras.

En el derecho costarricense tenemos solamente dos artículos, en el Título XI del Código Civil, que abordan el tema de la atribución de los frutos en materia de heredero aparente.

La ley obliga a reintegrar la cosa heredada, a “devolverla” dice literalmente el artículo 533 del C.C., con sus frutos⁵⁶ siempre que la pérdida de pose del heredero aparente ante el heredero real se produzca como resultado

55 Cfr. MAFFIA, Jorge. Manual de Derecho Sucesorio. Tomo I, 4ª edición, Depalma, Buenos Aires, 1993.pág. 310.

56 En esta materia de los frutos, nuestra legislación se asemeja a la española y a la francesa, estableciendo una clasificación tripartita en frutos naturales, frutos civiles y frutos industriales. Por su parte, la doctrina italiana nos dice que el fructus “arranca de la producción natural, precisamente vegetal o animal”. Biondi se remonta a los romanos para señalar que se trata de “una producción natural, periódica, que deja íntegra la cosa que los produce hasta el agotamiento de la fuerza productiva ínsita en la naturaleza”, agregando que “en esta primera noción de fruto hay plena adherencia del concepto jurídico a la noción naturalística y la formulación no presenta dificultad, como todas las nociones antiguas que son obvias e intuitivas”. (BIONDI, BIONDO. Los Bienes. Bosch, Barcelona, 1961. pág. 226) Y agrega: “no siempre la producción implica que los frutos reproduzcan la cosa madre (...) La reproductividad es tan poco esencial que, a propósito del ganado, se consideran frutos los partos como extensión de la noción de fructus”. (Biondi, Ibidem, pág. 227) Posteriormente, “a la noción de fructus, entendido como producción natural, substituye la de rédito económico. El elemento de la producción, como creación de nueva entidad y el de reproducción como perpetuación de la cosa madre, no son considerados esenciales”. La noción se transforma pues ahora “fructus no es más que redivit, esto es, aquello que retorna. Reditus está en antítesis a destrucción”, y este cambio permite comprender “lo que en lenguaje moderno se llaman frutos civiles, o sea utilidad que la cosa produce por efecto de las relaciones jurídicas sobre ella” (Loc. Cit. págs. 229-230). De esta manera se consolidó en el derecho italiano la división entre frutos naturales y frutos civiles, recogida en el art. 820 del Código Civil: “son frutos naturales aquellos que provienen directamente de la cosa, concurra

de una petición planteada “mientras no haya prescrito el derecho” concedido para la aceptación de la herencia.

El problema de los frutos en la herencia aparente puede resolverse aplicando un criterio semejante al usado en el caso de la posesión ordinaria. En cuanto a los frutos de la herencia y a las mejoras hechas en las cosas hereditarias, se aplicará lo dispuesto para los poseedores de buena o mala fe. En armonía con lo dispuesto por el artículo 287 tenemos que: “En virtud del derecho de usufructuar las cosas (que no cabe duda acompaña al heredero real) pertenecen al propietario todos los frutos naturales, industriales o civiles que ellas produzcan ordinaria o extraordinariamente”. Este artículo interpretado en armonía con el artículo 327 del C.C. fija, en favor del poseedor de buena fe obligado a restituir, el alcance de su responsabilidad, en este caso, limitada a los bienes que formen parte del acervo hereditatis. Dice la norma que: “no estará obligado a pagar daños y perjuicios ni a devolver los frutos que hubiere percibido antes de la notificación de la demanda, ni a responder de los deterioros que sin su culpa hubieren sobrevenido a la cosa.” (El destaque es nuestro)

En cuanto a los frutos pendientes, se trate de naturales o civiles, pertenecen al triunfante en la petición como accesorios de la herencia, aunque destaca Jorge Maffia,⁵⁷ que pesa sobre el heredero real la obligación de pagar al proveedor los gastos invertidos para producirlos.

En el mismo sentido se pronuncia la jurisprudencia patria: “si los demandados son poseedores de buena fe, pues adquirieron la finca de quien aparecía como dueño de ella, tienen derecho a que se les pague el valor de las mejoras útiles y necesarias”⁵⁸

Convendrá señalar, además, que la obligación de restituir incluye los frutos percibidos y los que por su negligencia hubiese dejado de percibir, desde el día en que se le considere poseedor de mala fe. Naturalmente cuando se trate de procesos productivos que se descuidaron por negligencia del heredero aparente.

Debe agregarse que el poseedor de buena fe puede ejercer el derecho de retención sobre la cosa mejorada o en la que hizo el gasto hasta que sea pagado, pero no puede extender este derecho a las otras

o no la obra del hombre, como los productos agrícolas, la leña, los partos de los animales, los productos de las minas, canteras y tuberías... son frutos civiles aquellos que se obtienen de la cosa como compensación del goce que otro tenga sobre ella. Tales son los intereses de los capitales, los cánones enfiteúticos, las rentas vitalicias y cualquiera otra renta y la retribución de los arrendamientos”. La doctrina francesa sigue la clasificación de su Código Civil (art. 583), fijando tres categorías de frutos. Los frutos naturales, producto espontáneo de la tierra, sin ningún valor agregado (a lo que se añade el crecimiento de los animales). Los frutos industriales, que salen, gracias al cultivo, del trabajo del hombre (de su industria). Finalmente tenemos a los frutos civiles, cuyo entendimiento se asemeja al italiano, como rentas producto de las relaciones jurídicas de los bienes con sus titulares cuando disfrutados por otro, como el alquiler, el arriendo, la mora de las rentas, el interés de los capitales invertidos o prestados. (CORNÚ, Gérard. *Derecho Civil. Los Bienes*. Vol. III, Editorial Juricentro, San José, 1996. pág. 70) Esta trilogía es reproducida en los Códigos civiles de España (art. 354, véase Pous de la Flor, M^a Paz. *La problemática de los frutos...* pág. 278) y de Costa Rica, donde en el art. 288, se dice: “Son frutos naturales los que espontáneamente produce la tierra y los productos y las crías de los animales; frutos industriales son los que se obtienen por el trabajo o cultivo y el interés del dinero, el alquiler de las cosas y el precio del arrendamiento de las fincas, edificios o de cualquier otro inmueble, son frutos civiles”.

⁵⁷ Véase MAFFIA, Jorge. *Manual de Derecho Sucesorio*. Tomo I, 4ª edición, Depalma, Buenos Aires, 1993. pág. 293.

⁵⁸ SALA SEGUNDA CIVIL, No. 390, de 15:10 hrs de 13 de noviembre de 1974. Cit. por PÉREZ VARGAS, pág. 447.

cosas de la herencia (art. 328 del C.C. y en Argentina el art. 3929 del C.C.). Respecto de los beneficios de indemnización de gastos y mejoras, situación distinta surge de la aplicación del artículo 330 que, aplicada en lo concerniente, concede al heredero aparente de mala fe el derecho a que se le abone el valor de las mejoras necesarias, inclusive el derecho de retención hasta el pago efectivo. Sobre las mejoras útiles también tiene derecho al pago de lo invertido, pero sin que le acompañe el derecho de retención. Finalmente sobre las llamadas “mejoras de adorno” no puede retirarlas ni reclamar nada por ellas. Este criterio ha sido mantenido de forma reiterada por nuestra jurisprudencia.⁵⁹

Tratándose del poseedor de mala fe no sólo está obligado a restituir los frutos percibidos, sino que responderá por aquellos que por su culpa hubiera dejado de percibir o producir y de los deterioros que haya sufrido la cosa, salvo que provengan de la naturaleza o de un vicio de la misma cosa. Tampoco responderá si fuese posible demostrar que habrían ocurrido aún hallándose en poder de su dueño. (artículo 329 del C. C.)

Interesa señalar que esta restitución permitirá deducir los gastos de cultivo, cosecha o extracción de los frutos pendientes, percibidos o que debieran percibirse, pero

limitada la deducción al beneficio a los que hubiere podido percibir con mediana inteligencia y actividad el heredero real. Por lo tanto, no estará obligado más allá del valor de los frutos, según los parámetros descritos y no responderá en absoluto si éstos se perdieron por caso fortuito. En caso contrario, y ante la falta de los frutos, deberá el valor que tenían o hubieran tenido cuando estuvieron disponibles.

Cuando se trate de un reclamo planteado por el heredero real o verdadero, dentro del plazo del artículo 529 del C.C. ante un poseedor de buena fe, entendido según lo define el artículo 327 del mismo C.C., se le reconoce el derecho de ser indemnizado por los gastos y el pago de las mejoras en que haya incurrido como consecuencia de sus actos de administración y disposición.

Nos corresponde siempre determinar cuando el poseedor lo es de buena fe, para discernir si tiene el derecho, según dicta el artículo 534 del C.C. a obtener la indemnización de los gastos⁶⁰ y el pago de mejoras⁶¹ como poseedor de buena fe, las que se dividen en nuestra legislación en necesarias, útiles y de puro adorno.

Resulta que la ausencia o la pérdida de la buena fe colocan al heredero aparente frente

⁵⁹ Así lo ha dicho la Sala Primera de la Corte, entre otras, en las resoluciones siguiente: Sentencia N° 94 de las 15.30 hrs del 13 de marzo de 1990 y Sentencia N° 4 de las 14.15 hrs del 18 de enero de 1991.

⁶⁰ Gastos son las erogaciones necesarias para cuidar y mantener la cosa, sin que esta inversión permita más que la conservación del bien. Por lo tanto, no pretende añadir valor, sino velar por la preservación. Un ejemplo típico es el pago de vigilancia.

⁶¹ En lo que atañe a las mejoras son, según el artículo 332 del C.C., de dos tipos. Tenemos las mejoras necesarias que consisten en “todos los gastos indispensables para la conservación de la cosa”. Por otro lado están las mejoras útiles que son las que “hayan aumentado el valor venal de la cosa”. Como puede apreciarse, el concepto de mejoras necesarias tiende a confundirse con el de gastos sin que exista mayor sustento doctrinal para la categoría de mejoras necesarias, que evidentemente no son mejoras. Las llamadas mejoras de puro adorno de las que habla el artículo 330 del mismo cuerpo legal son aquellas de naturaleza ornamental cuya utilidad es estética y no funcional o de mantenimiento.

a un valladar luego del cual, si interpretamos a contrario sensu la misma norma, no tendría derecho, en igualdad de condiciones que el poseedor de buena fe, a los frutos, pues ambos deben devolverlos. Además, tampoco tendría derecho a la indemnización de los gastos y pago de mejoras que, se infiere del artículo en comentario, que es un privilegio del poseedor de buena fe.⁶²

El artículo 285 indica que:

“En todos los casos en que la ley exige posesión de buena fe, se considera poseedor de buena fe al que en el acto de la toma de posesión creía tener derecho de poseer. Si había motivo suficiente para que dudara corresponderle tal derecho, no se le debe considerar poseedor de buena fe; pero si la posesión fuere de buena fe en un principio, no pierde ese carácter por el solo hecho de que el poseedor dude posteriormente de la legitimidad de su derecho. Cesa de ser de buena fe la posesión en el momento de adquirir la certidumbre de que se posee indebidamente, y cesa también desde la notificación de la demanda en que otro reclame el derecho de poseer.”

Varias son las consideraciones que podemos extraer. Para comenzar parece razonable que si la convicción de “tener derecho de poseer” es suficiente para que se califique de buena fe la posesión, igual consecuencia

tendrá en el poseedor pro herede que no llegue a poseer y que plantee su petición de herencia. Esta convicción no puede ser un aspecto exclusivo del fuero interno, imposible de valorar, sino el resultado de situaciones que induzcan a pensar razonablemente que se tiene ese derecho.

Si el reclamo de la herencia llegara a plantearse una vez vencido el plazo del artículo 532 C.C., de treinta días, mientras no haya prescrito el derecho para pedir herencia, el poseedor que fue declarado como tal tiene derecho de apropiarse de los frutos, como si fuese de buena fe, en todos los casos. Vemos aquí una consecuencia negativa sobre el patrimonio del heredero real, posiblemente como castigo a la inacción durante el llamamiento a heredar. Así, el heredero aparente de mala fe tendrá también derecho a los frutos, siempre que haya sido declarado heredero por la autoridad judicial competente.

La anterior es la regla general. Sin embargo, el artículo 534 fija la otra hipótesis, cuando la herencia haya sido reclamada dentro del plazo del artículo 526. En ese caso el heredero aparente tendrá que devolver la totalidad de los frutos, siendo irrelevante la buena o mala fe de su accionar. Recordemos que el plazo de treinta días se duplica cuando el heredero se hallare fuera del país, no necesariamente tiene que fijar su residencia en el exterior, y aún más, que el plazo ni siquiera corre para el heredero cuyo nombre y lugar de residencia consten en el expediente, pues para éste fija la ley que el plazo correrá únicamente después de notificado personalmente.

⁶² En cuanto a las mejoras: “si los demandados son poseedores de buena fe, pues adquirieron la finca de quien aparecía como dueño de ella, tienen derecho a que se les pague el valor de las mejoras útiles y necesarias”. Vid. SALASEGUNDA CIVIL. N° 390 de 15:10 hrs de 13 de noviembre de 1974.

Encontrándose el heredero real dentro de las circunstancias contempladas, tendrá el heredero aparente que devolver la herencia con sus frutos, con aplicación de la misma hermenéutica señalada para el artículo 533 precedente, y sin consideración de la buena o mala fe del sujeto.

VIII.- Algunos corolarios.

1) La comprensión del Heredero Aparente debería de partir de la teoría de la apariencia. La apariencia de derecho solamente se da cuando un fenómeno manifiesto hace aparecer como real aquello que es irreal, o sea, cuando existe una disociación absoluta entre el fenómeno manifiesto y la realidad manifestada. Son varias las doctrinas que buscan fundamentar la apariencia de derecho. Particularmente, cabe destacar la doctrina francesa, la alemana y la italiana. La doctrina francesa buscó fundamentar la apariencia de derecho en el adagio *error communis facit ius*, o sea, en la idea de que, desde que el error sea compartido por la mayor parte, sino por todos, es insuperable. No pudiendo ser prevista ni impedida, la apariencia sería creadora de derecho. La teoría alemana buscó vincular la apariencia al principio general de la publicidad: desde que el titular fuese portador de un título de investidura formal, estaría creada una situación de garantía para el tercero, aunque el derecho en cuestión fuese apenas aparente. El derecho italiano basó el fundamento de la apariencia de derecho en criterios objetivos, partiendo sobre todo de la interpretación analógica de los preceptos reguladores de apariencia en el derecho positivo, sobre todo lo relativo al heredero aparente, y levantando ese *ius singulare* en principio, extendible a todo el ordenamiento jurídico.

2) Partiendo de las fuentes anteriores, se construye modernamente el concepto de Heredero Aparente entendido como aquel que posee la herencia invocando un título hereditario, verbigracia un testamento o un determinado grado de parentesco. No importa que el título exista o no exista; es suficiente que el poseedor afirme ser heredero y se comporte como tal frente a los terceros. Tampoco se requiere que el poseedor estime dicho título válido y eficaz. Si existe el título, y supuesta su invalidez, (si el título fuese válido sería heredero el poseedor) el poseedor pro herede puede ignorar el vicio del título o conocerlo; si lo ignora, es un heredero aparente de buena fe, y es de mala fe en caso contrario. Queda además excluido el heredero *ad usucapionem*, pues este no tiene título, no tiene derecho, posee de mala fe y no pretende, ser heredero sino adquirir *tracto temporis* determinados bienes.

3) La acción de petición de herencia, entendida como la solicitud hecha al juez por el heredero para que le sea reconocida esa condición y atribuida la propiedad de los bienes hereditarios que se encuentran en posesión de otra persona que, indebidamente la detente, resulta ser el parámetro ideal para ubicar la figura del Heredero Aparente, más allá de la simple posesión. En caso de resultar vencedor, el declarado heredero real puede encontrarse con una serie de obligaciones recíprocas con el heredero aparente. La principal obligación del heredero aparente, igual que la del poseedor en materia de reivindicación, es la restitución de la cosa, pero a su lado se generan una serie de relaciones conexas cuyo deudor es el heredero real en función del tratamiento del heredero aparente como poseedor de buena fe y que tiene que ver con el reconocimiento del derecho de retención,

hasta que sean satisfechas las mejoras y gastos necesarios al mantenimiento de él o los bienes objeto de la petición de herencia, siempre en referencia directa a esos bienes.

4) Colocados delante del Heredero Aparente, la determinación de la buena o mala fe del sujeto, resulta determinante. Frente a la legislación nacional y a la doctrina tradicional encabezada por BRENES CORDOBA, el concepto del heredero aparente de buena fe “es el que no conoce el vicio que invalida el título en que funda su posesión”, mientras que el de mala fe es “el que sí conoce esa circunstancia y también aquel que posee sin título de ninguna especie”, pensamos que ésta definición debe modificarse en el sentido de considerar que es Heredero Aparente de buena fe quien no conoce el vicio que invalida el título en el que funda su pretensión, pues la posesión puede ser un aspecto a considerar pero ya se estableció que no es esencial para que exista heredero aparente, pudiendo darse la figura sin posesión, por la atribución de la condición de heredero, donde un heredero aparente dispute a un possessor ad usucapionem la propiedad de un bien, sin que medie en beneficio del primero el hecho posesorio.

5) El tema de la responsabilidad del Heredero Aparente entonces, queda condicionado por el “animus domini” que se oculta bajo su acción exterior y a su conocimiento de la idoneidad o carácter espurio del título en el que funda su pretensión.

Diferente es el caso de los actos de disposición donde, en aras de una cuestionable noción de justicia, se tiende a congelar en el tiempo el derecho del Heredero Real. Éste se perpetúa en perjuicio de la dinámica comercial y de la seguridad jurídica de terceros de buena

fe que deberían gozar, al amparo del ordenamiento jurídico, de la consolidación de sus derechos y la estabilidad de las transacciones realizadas con quienes, al momento de concretar los negocios de que se trate, detentaban la condición de herederos. Ello es particularmente cierto cuando las transacciones se realizaron al cobijo de una información registral que acreditaba el título del heredero aparente.

Cosa distinta tenemos en el caso de los bienes que no requieren o cuentan con registro, para los que aplica el principio del C.C. de que la “posesión vale por título”. Claro está que ello siempre que el tercero adquirente no tuviera noticia de que el derecho en cuestión estaba en disputa o, de la existencia de un heredero con mejor derecho, mismo que tal no hubiese hecho valer sus derechos aún.

6) En materia de frutos, la ley establece dos hipótesis. Cuando se trata de un heredero aparente obligado a devolver durante el período fijado para la aceptación de la herencia debe restituir la cosa heredada, con sus frutos. Igual situación se presenta en el caso del heredero excluido por indignidad. En estos casos la ley no hace diferencia entre el heredero aparente de buena o mala fe, excepto para la indemnización de gastos y pago de mejoras.

En el segundo caso, cuando la pérdida de la posesión sea el resultado de una petición de herencia luego de vencido el plazo para la aceptación pero antes de de la prescripción del derecho, que es el plazo decenal para la prescripción adquisitiva de los bienes, el que se cuenta desde la firmeza de la resolución que declara heredero y hace la partición, este se considera poseedor de buena fe.

El artículo 327 del C.C. fija en favor del poseedor de buena fe obligado a restituir el alcance de su responsabilidad, en este caso la herencia, “no estará obligado a pagar daños y perjuicios ni a devolver los frutos que hubiere percibido antes de la notificación de la demanda, ni a responder de los deterioros que sin su culpa hubieren sobrevenido a la cosa. En consecuencia, solamente será considerado heredero de mala fe si careciere de título.

En cuanto a los frutos pendientes, se trate de naturales, industriales o civiles, pertenecen al triunfante en la petición como accesorios de la herencia.

7) Puede considerarse la adición al Código Civil de una disposición que proteja los derechos del tercero de buena fe en los siguientes términos:

“Art... El heredero está obligado a respetar los actos de administración que ha celebrado el poseedor de la herencia a favor de terceros. Los actos de disposición de bienes inmuebles a título oneroso efectuados por el heredero aparente, son igualmente válidos cuando exista declaratoria de herederos o la aprobación judicial de un testamento, siempre que el tercero contratante sea de buena fe, pues ignora la existencia de sucesores de mejor derecho o que los derechos del heredero aparente eran objeto de litigio judicial.”

Para evitar esta última hipótesis, el heredero real siempre podrá solicitar al juez que cautelarmente ordene al registro público hacer

la anotación correspondiente, de manera que, de operarse la transacción, exista la posibilidad para el tercero de informarse de la controversia judicial pendiente, haciendo desaparecer su buena fe.

IX.- Referencias Bibliográficas.

AREZO PÍRIZ, Enrique. Teoría del Heredero Aparente. Con especial referencia a la validez de sus actos respecto a terceros de buena fe. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1982.

ARROYO ALVAREZ, Wilberth. La Ley de Sucesiones de 1881. Universidad de Costa Rica, San José, 2001.

BRENES CÓRDOBA. Alberto. Tratado de los Bienes. Editorial Costa Rica, San José, 1963.

BIONDI, BIONDO. Los Bienes. Bosch, Barcelona, 1961.

BALLESTER GINER, Eladio. Derecho de Sucesiones. Aspecto Civil y Fiscal. 2ª ed. Editorial Revista de Derecho Privado-Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1989.

CASINOS MORA, F. Javier La repercusión del Senadoconsulto JUVENCIANO en materia de reclamación de Herencia. In Revista de Estudios Históricos Antiguos, Vol. XXIII, Valparaíso, Chile, 2001, págs. 53-74.

CASTRO SÁENZ, Alfonso. Aproximación a la usucapio proherede (2). Una hipótesis. In Revista de Estudios Históricos Antiguos, No. 45, Valparaíso Chile, 1999, págs. 165-218.

CICERON, Marco Tulio. De Legibus, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1953.

CORNÚ, Gérard. Derecho Civil. Los Bienes. Vol. III, Editorial Juricentro, San José, 1996.

DE RUGGIERO, Roberto. Instituciones de Derecho Civil. Tomo II, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. México, 2006.

FALZEA, Angelo. Apparenza. Enciclopedia Del Diritto. Vol. II. Milano : Giuffré Editore, 1958.

FERRARA, Francesco. La Simulación de los Negocios Jurídicos. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. México, 2007.

IGLESIAS, Juan. Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado. Ariel, Barcelona, 1972.

IHERING, Rudolf Von. Bromas y Veras en la Jurisprudencia. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. México, 2012.

LLOVERAS, Nora y Olga ORLANDI. El heredero aparente: la perspectiva en las XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil. In. Revista Jurídica UCED, No.8, Argentina, 2007. Pág. 39-53.

MAFFIA, Jorge. Manual de Derecho Sucesorio. Tomo I, 4ª edición, Depalma, Buenos Aires, 1993.

MAZEAUD, Henri, Léon et Jean. Leçons de droit civil. Tome II. 5ª éd. Éditions Montchrestien, Paris, 1975.

MOTA, Mauricio Jorge. Teoria da Aparência. In Revista da Faculdade de Direito de Campos. Ano 1, No. 1, Brasil, Jan/Jun 2000. págs. 151-242.

PARAJELES VINDAS, Gerardo. Manual

del Proceso Sucesorio. Judicial y Notarial. Investigaciones Jurídicas S.A., San José, 2010.

PÉREZ VARGAS, Víctor. Propiedad y reivindicación de bienes inmuebles. In AA.VV. La Propiedad. Juricentro, San José, 1983. Págs. 235-251.

PEREZ VARGAS, Víctor y UMAÑA ROJAS Ana Lorena. Elementos del negocio jurídico In Revista Judicial N°12, Costa Rica, junio de 1979, pp. 57-121.

POUS DE LA FLOR, María Paz. La Problemática de los Frutos en la Herencia Aparente.

In Boletín de la Facultad de Derecho, números 8-9, UNED, España, 1995. Págs. 277-291.

SCHNEIDER, Mariel V. Heredero aparente de mala fe y delito de estafa por omisión. LA LEY 2002-E, Argentina, 2002, pág. 1023.

TRABUCCHI, Alberto. Instituciones de Derecho Civil. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2008.

VARGAS SOTO, Francisco L. Manual de Derecho Sucesorio Costarricense. 5ª ed. Tomos I y II, Editorial Investigaciones Jurídicas S. A, Costa Rica, 2001.

ZACCARIA, Alessio. L'erede aparente. In. Revista Jurídica UCED, No. 8, Argentina, 2007. Pág. 89-108.

ZANNONI, Eduardo A. Derecho de las sucesiones. Tomo 1, 4ª ed. Buenos Aires, Astrea, 1997.

LEGISLACIÓN CIVIL.

Código Civil de Argentina (1871). Disponible en <http://www.codigocivilonline.com.ar/>

Código Civil de Brasil (1916). 38 ed., Editora Saraiva, São Paulo, 1988.

Código Civil de Brasil (2002), Disponible en http://dike.pucp.edu.pe/?cod_civil_ibero.htm

Código Civil de Costa Rica (1888), 23 ed., Investigaciones Jurídicas, San José, 2011.

Código Procesal Civil de Costa Rica (1989), 4ª. Edición, al cuidado del Dr. Olman Arguedas. Editorial Juritexto, San José, 2006.

Código Civil de Francia (1804) Disponible en

[http://logp4.xiti.com/hit.xiti?s=124093&s2=5&p=Codes_en_vigueur::consultation::detail_code&di=&an=&ac="" alt=""](http://logp4.xiti.com/hit.xiti?s=124093&s2=5&p=Codes_en_vigueur::consultation::detail_code&di=&an=&ac=) >

Código Civil de Italia (1942). Disponible en

http://www.jus.unitn.it/cardozo/Obiter_Dictum/codciv/home.html

JURISPRUDENCIA

Sala Primera de la Corte.

Sentencia N° 94 de las 15.30 Hrs. del 13 de marzo de 1990.

Sentencia N° 4 de las 14.15 Hrs. del 18 de enero de 1991.

Sentencia N°60 de las 15.00 Hrs. del 24 de abril de 1991.

Sentencia N°82 de las 14.30 Hrs. del 22 de mayo de 1992.

Sentencia N°56 de las 13.50 Hrs. del 4 de agosto de 1994.

Sentencia N°102 de las 8.00 Hrs. del 10 de noviembre de 1994.

Sentencia N° 976 de las 7.40 Hrs del 19 de diciembre de 2006.

Sala Segunda Civil.

Sentencia N° 390 de las 15:10 Hrs. de 13 de noviembre de 1974.

Tribunal Superior Primero Civil

Sentencia No. 1665-M de las 9:10 Hrs. del 4 de noviembre de 1992.

Sentencia No. 1127-N de las 7:40 Hrs. del 14 de noviembre de 2007.

Sentencia N° 393-M- de las 8:20 Hrs. del 5 de mayo de 2010.

Sentencia N° 01119 de las 8:20 Hrs. del 5 de mayo de 2010.

Sentencia No 00465, de las 08:25 Hrs. del 15 de junio de 2011.

Sentencia N° 66-3C, de las ocho Hrs. cinco minutos del 3 de febrero de 2011.