CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

ISSN: 2215-2377

REVISTA JUDICIAL N° 117

Setiembre 2015

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

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

Sumario

Presentación
Dr. Víctor Pérez Vargas **5**

Compétence-compétence y la remisión al arbitraje
Dr. Francisco González de Cossío **11**

El interdicto de reposición de mojones y su relación con los interdictos de amparo y restitución de la posesión
Dr. Francisco Chacón Bravo..... **15**

La problemática juridica del patrimonio natural del estado (PNE) y la ocupacion irregular de la zona marítimo-terrestre (ZMT)
Dr. Jorge Cabrera Medaglia **31**

El control de Constitucionalidad en Centroamérica: estudio comparado
Dr. Víctor Orozco Solano **57**

El Derecho Constitucional Ambiental Costarricense en momentos de un neo-constitucionalismo con enfoque Bio-céntrico
M.Sc. Álvaro Sagot Rodríguez **93**

La deseable transición del "Reenvío" a la "Remisión" en el arbitraje costarricense.
M.Sc. Mauricio París Cruz **101**

Razones institucionales. Problemas en la distinción entre admisión y valoración de la prueba en el proceso penal
M.Sc. Miguel Zamora Acevedo **111**

Marco Jurídico para la prevención de la contaminación atmosférica
Lic.Raúl Guevara Villalobos **131**

Desarrollo jurisprudencial del principio de no regresion del Derecho Ambiental en Costa Rica
M.Sc. Mario Peña Chacón **149**

Apuntes sociológicos para una accion concertada
Lic. Fernando Coto Martén
Servicio en Sociología, SBA **171**

La "Transparencia Política", en el ejercicio del poder, en los Ordenamientos Jurídicos de América Latina
Lic. Adolfo Felipe Constenla Arguedas **183**

La nueva realidad del Derecho del Trabajo y del trabajador en la era de la globalización: los institutos de la flexibilidad y des-regulación.
Lic. Warren Corrales **197**

PRESENTACIÓN

Dr. Víctor Pérez Vargas

Esta es la última edición de la Revista Judicial bajo mi dirección, en razón de mi jubilación.

No puedo dejar el cargo, ejercido durante casi cuarenta años, sin agradecer a los Señores Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, que depositaron su confianza en mi persona desde que, en 1976, por iniciativa de don Ulises Odio Santos y don Fernando Coto Albán, la Corte Plena acordó la creación de la Revista y mi nombramiento.

Agradezco, además, a los centenares de autores, que han enriquecido con sus valiosos aportes nuestras páginas; a los compañeros del Departamento de Artes Gráficas del Poder Judicial, de la Escuela Judicial y de la Biblioteca Judicial, que siempre han contribuido a su producción y distribución y a los lectores, que nos han honrado con su preferencia durante estas décadas.

En esta ocasión, publicamos artículos sobre Arbitraje ("Compétence-Compétence", reenvío y remisión), Interdictos, Zona Marítimo-Terrestre, Control de Constitucionalidad, Derecho Constitucional Ambiental, Contaminación atmosférica, Principio de No Regresión Ambiental, Sociología, Transparencia Política y Derecho del Trabajo.

Ofrecemos, en primer lugar, compétence-compétence y la Remisión al Arbitraje, del maestro mexicano **Dr. Francisco González de Cossío**, quien cuenta con una maestría y un doctorado por la Universidad de Chicago (en análisis económico del Derecho), así como un grado de negocios y finanzas por la Universidad de Harvard; es Co-Director de la Revista de Derecho Privado y, además, es miembro de la *London Court of International Arbitration*, Árbitro del Tribunal Arbitral del Deporte (*Tribunal Arbitral du Sport*), Presidente del Centro de Arbitraje de la Industria de la Construcción (CAIC).) y es socio del Bufete González de Cossío Abogados (un Bufete con un alto nivel de preparación y experiencia, orientado a dar un servicio legal personalizado, especializado y de calidad). El distinguido jurista nos explica que este principio implica en esencia un justo medio entre dos polos que incluyen derechos fundamentales. Por un lado, el derecho a que se cumpla el pacto arbitral: el derecho fundamental a acudir al arbitraje. Por otro, el derecho fundamental a obtener justicia estatal: el derecho público subjetivo de tutela judicial. El autor nos revela la función que cumple este Principio por el cual 'el *primer* juez de la jurisdicción del árbitro es el árbitro'.

El **Dr. Francisco Chacón Bravo**, Profesor de la Universidad de Costa Rica, en su trabajo EL INTERDICTO DE REPOSICIÓN DE MOJONES Y SU RELACIÓN CON LOS INTERDICTOS DE AMPARO Y RESTITUCIÓN DE LA POSESIÓN, expresa la tesis de que el interdicto de reposición de mojones no es un interdicto posesorio porque lo que protege son los límites entre las propiedades, con independencia de la posesión. Como buen romanista nos introduce a la génesis de los interdictos. Examina los dos elementos constitutivos de la *possessio,* que según los textos romanos integran la posesión: el *corpus* que es la sujeción efectiva de la cosa y el *animus* que es la intención. Explica que por medio

de los interdictos se puede proteger tanto la propiedad como la posesión, según el caso, y llegar a la conclusión que la mayoría de los interdictos no son posesorios. En su opinión, los interdictos estrictamente posesorios son únicamente el de amparo de la posesión y el de restitución de la posesión. Concluye con la pregunta inicial: ¿En qué casos, el hacer una cerca nueva o la colocación de la cerca, en un lugar distinto al que le corresponde, no constituye un acto de despojo o de perturbación de la posesión?

Publicamos la Ponencia presentada en el Congreso de Derecho Notarial y Ambiente, Colegio de Abogados, agosto del 2013, por el **Dr. Jorge Cabrera Medaglia**, Profesor de Derecho Ambiental (maestría y licenciatura) en la Universidad de Costa Rica, titulada LA PROBLEMÁTICA JURIDICA DEL PATRIMONIO NATURAL DEL ESTADO (PNE) Y LA OCUPACION IRREGULAR DE LA ZONA MARITIMO-TERRESTRE (ZMT). Después de explicarnos que la aplicación de la Ley Forestal corresponde al Ministerio de Ambiente y Energía por medio de la Administración Forestal del Estado (AFE) y que actualmente, las funciones de la administración forestal se llevan a cabo por medio del Sistema Nacional de Áreas de Conservación, nos indica que los terrenos forestales y bosques que constituyen el patrimonio natural del Estado no pueden ser embargados, ni vendidos; su posesión por los particulares no causará derecho alguno a su favor y la acción reivindicatoria del Estado para recuperarlos es imprescriptible; al respecto, el autor analiza diversas disposiciones sobre los terrenos dentro de la Zona Marítimo-Terrestre y sobre el régimen de los permisos de uso. En sus Conclusiones sostiene: “no parece posible desentenderse e ignorar una problemática que tiene carácter nacional y considerar que los desalojos y demoliciones son, en todos los casos, la solución que debe imperar. En ciertas hipótesis no cabe duda que este tipo de acciones deben ser emprendidas. No obstante, una visión integral conlleva a buscar otras alternativas para supuestos particulares de ocupación. Para ello se requiere, entre otros aspectos, disposiciones legales diferentes a las actuales”.

EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN CENTROAMÉRICA: ESTUDIO COMPARADO es la nueva colaboración del **Dr. Víctor Orozco Solano**, Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla-La Mancha, Coordinador de la Maestría en Justicia Constitucional de la Universidad de Costa Rica, Profesor del Programa de Doctorado en Derecho de la Universidad Escuela Libre de Derecho, Letrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. El propósito de sus notas es examinar la manera como en Centroamérica se realiza la función relativa al control de constitucionalidad desde una perspectiva comparada. Examina la composición y las competencias de los Órganos de Justicia Constitucional en la región y el método de control de constitucionalidad que predomina en la región centroamericana, dentro de los cuales la mayoría de los países aplican el método mixto de control de constitucionalidad con las salvedades de Belice y Costa Rica, quienes se inclinan por los métodos difuso y concentrado, respectivamente. También examina los procedimientos que realizan los órganos de justicia constitucional en Centroamérica a la hora de inaplicar o de expulsar del ordenamiento jurídico una norma que no es compatible frente a la Constitución, y se revisa la tipología y los efectos de las sentencias de los órganos comentados. Finalmente, se estudian algunas competencias que han sido añadidas a estos órganos de justicia constitucional.

En EL DERECHO CONSTITUCIONAL AMBIENTAL COSTARRICENSE EN MOMENTOS DE UN NEO-

CONSTITUCIONALISMO CON ENFOQUE BIO-CÉNTRICO, el **M.Sc.** Álvaro Sagot Rodríguez, Máster en Derecho Ambiental por la Universidad del País Vasco. Académico en Universidad Nacional de Costa Rica (UNA) en la Escuela de Ciencias Ambientales y en la maestría en Desarrollo Sostenible de la Universidad de Costa Rica (UCR), nos ofrece una concepción biocéntrica, donde la racionalidad ecosistémica es importante y se considera que los seres humanos somos parte del entorno; es una perspectiva de un mundo inclusivo de todas las formas de vida, que cree vital superar los obstáculos de la postmodernidad biocida, tratando preservar diferentes ecosistemas vitales y frágiles por respeto a la generaciones que incluso no han nacido, donde se parte de que es fundamental aplicar lo precautorio y el principio de tutela científica de manera objetiva y trasparente. Bajo esta luz, el Máster Sagot Rodríguez examina nuestra normativa constitucional, para visualizar con ejemplos nacionales, algunas posiciones respecto a proyectos que han obtenido deficientes licencias ambientales al amparo de la norma 50 de la Constitución Política. Una de sus valiosas conclusiones es: "somos del criterio de que la actual norma 50 constitucional; que desarrolla el derecho ambiental, tiene errores que pueden limitar la visión del paradigma biocéntrico. Por ello el ideal sería no sólo modificar el actual texto, sino que de la misma manera en que nuestros legisladores originarios hicieron un capítulo de garantías individuales y otro de las sociales, deberíamos hacer uno de garantías ambientales".

Bajo el título LA DESEABLE TRANSICIÓN DEL "REENVÍO" A LA "REMISIÓN" EN EL ARBITRAJE COSTARRICENSE, el **M.Sc. Mauricio París Cruz** (quien cuenta con una Maestría en Asesoría Jurídica de Empresa en la Universidad Carlos III de Madrid, y es Coordinador Regional para América Latina del *Young Arbitrators Forum* de la International Chamber of Commerce), analiza la figura del reenvío del laudo parcialmente anulado en el arbitraje costarricense y propone su sustitución por la figura de la remisión, figura aceptada en el arbitraje internacional. En su opinión: "Aplicar el reenvío judicial propio de los recursos de casación al arbitraje es una invasión de unas reglas a las cuales las partes voluntariamente y en ejercicio de un derecho constitucional renunciaron, con la finalidad de someterse a un procedimiento distinto que se rige por unas normas y unos principios igualmente distintos".

El **M.Sc. Miguel Zamora Acevedo**, Máster en Argumentación Jurídica, Universidad de Alicante, máster en Sociología Jurídico-penal, Universidad de Barcelona. Profesor universitario de la Universidad de Costa Rica, defensor público en su artículo RAZONES INSTITUCIONALES. PROBLEMAS EN LA DISTINCIÓN ENTRE ADMISIÓN Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL, busca resaltar ciertas prácticas injustificadas mediante transgresión del derecho positivo, pero "sin ánimo de crear constructos legales estipulativos y dogmáticos sino, simplemente hacerlas ver críticamente". Para él: "la forma interpretativa de la Sala Tercera y por ende los criterios de admisión de prueba basados en principios y obviando a sus reglas señaladas para la admisión de prueba, es una práctica que se enmarca en la visión valorativa del proceso penal. Sin embargo, esta perspectiva valorativa es una manifestación institucional porque soslaya la aplicación regulada del contexto ya que en los criterios de inclusión de prueba mediante la retórica de los principios de acceso a la justicia y demás derechos asociados a las víctimas, dejan por fuera "otros" principios igualmente válidos y reconocidos por la normativa, doctrina y jurisprudencia".

MARCO JURÍDICO PARA LA PREVENCIÓN DE LA CONTAMINACIÓN ATMOSFÉRICA fue la Ponencia presentada en el Congreso Nacional de Derecho Ambiental, celebrado en el Colegio de Abogados, el 20 de Noviembre 2013 por **Lic. Raúl Guevara Villalobos**. Respetando el propio resumen del autor: "Costa Rica carece de un marco jurídico para la prevención de contaminación atmosférica. Los informes de monitoreo realizados en el marco del Plan Nacional para la mejora de la calidad del aire en la Gran Área Metropolitana han permitido evidenciar que ciertas medidas tomadas han surtido un efecto positivo en la reducción de las concentraciones de contaminantes criterio en los sitios de muestreo, no obstante, sigue habiendo problemas con algunos de ellos, y se ha evidenciado un fenómeno de acidificación sin evidenciarse con claridad su causa. La legislación costarricense cuenta con algunas reglamentaciones para las emisiones de cierto tipo de sistemas de combustión, que regulan el contenido de contaminantes en ciertos combustibles, cuentan con algunos incentivos a tecnologías que generan menos o evitan las emisiones al aire, y con un impuesto a combustibles contaminantes. No obstante, no existe un marco regulatorio que abarque transversalmente todos los sectores involucrados, ni establece competencias claras a los órganos y entes estatales, ni metas de cumplimiento, ni obligaciones de rendición de cuentas, por lo que resulta evidente y necesario contar con una regulación general que englobe a diferentes sectores (transporte, infraestructura, energía, ambiente y salud) e integre medidas de combate a la contaminación atmosférica y de reducción de gases efecto invernadero, mitigación y adaptación al cambio climático, con la estrategia de competitividad país. Esto se traduce además en reglamentaciones que se han ido adoptando casuísticamente, y que no regulan fenómenos económico-sociales que resultan de importancia para el combate de la contaminación atmosférica y la reducción de los gases efecto invernadero".

M.Sc. Mario Peña Chacón, Profesor de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica y de las Maestrías de Derecho Ambiental y Derecho Público Comparado Franco-latinoamericano del Sistema de Estudios de Posgrados de la Universidad de Costa Rica. Miembro de la Comisión de Derecho Ambiental de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN) participa con DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DEL PRINCIPIO DE NO REGRESION DEL DERECHO AMBIENTAL EN COSTA RICA. Este artículo es producto del Proyecto de Investigación denominado "Las clínicas del Derecho Ambiental y Gestión de Riesgos Climáticos a través de una cultura jurídica de la sostenibilidad y no regresión" inscrito ante la Vice-Rectoría de Investigación y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad de Costa Rica bajo el código 722-B3-193. El autor lo resume así: "Para efectos didácticos, es posible clasificar la jurisprudencia constitucional costarricense relativa al principio de no regresión siguiendo su desarrollo evolutivo, iniciando con el reconocimiento del carácter progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales; siguiendo con su reconocimiento de manera tácita de la mano de otros principios constitucionales y finalizando con su plasmación expresa como principio autónomo y parámetro de constitucionalidad".

El **Lic. Fernando Coto Martén**, del Servicio en Sociología de SBA, comparte con nosotros APUNTES SOCIOLOGICOS PARA UNA ACCION CONCERTADA. Este trabajo tiene como propósito "desarrollar un proceso de sensibilización y de entendimiento creativo de doble vía (indígenas-funcionarios), que incida en la recuperación de los valores culturales con vocación de futuro (en correspondencia con el derecho a la salud y a la seguridad social) y que posibilite la asunción de canales de información y participación, todo en vista

a mejorar el acceso a la atención integral y el fortalecimiento de la salud".

El **Lic. Adolfo Felipe Constenla Arguedas** (Profesor de Historia del Derecho en la Universidad Escuela Libre de Derecho y de Derecho de los Tratados y Derecho Diplomático en la Universidad Internacional de las Américas) participa con LA "TRANSPARENCIA POLÍTICA", EN EL EJERCICIO DEL PODER, EN LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS DE AMÉRICA LATINA. Con esta investigación se describe, inicialmente, en qué consiste la "Transparencia política", como concepto axiológico aplicable al ejercicio del poder que ejercen los gobernantes. Clarificando ese aspecto, se observan las características del concepto en tratados internacionales, de carácter regional, aplicables en América Latina y en diversas legislaciones; en particular la argentina, la chilena, la colombiana, la dominicana, la ecuatoriana, la guatemalteca, la hondureña, la nicaragüense, la mexicana, la peruana, la salvadoreña y la uruguaya. Por último, analiza la existencia del concepto de "Transparencia Política" en la legislación costarricense, con el propósito de observar sus características.

En LA NUEVA REALIDAD DEL DERECHO DEL TRABAJO Y DEL TRABAJADOR EN LA ERA DE LA GLOBALIZACIÓN: LOS INSTITUTOS DE LA FLEXIBILIDAD Y DES-REGULACIÓN, El **Lic. Warren Corrales Castillo** sostiene que pareciera que los laboralistas han encontrado que el derecho laboral como lo conocemos no responde o pareciera no responder a las nuevas vicisitudes de la realidad social. "¿Se queda corto ante una crisis?, ¿Es demasiado proteccionista y otorga derechos que son imposibles de respetar y cumplir ante una crisis?, ¿Es viable económicamente?, ¿Se pierde competitividad en contraposición con regímenes y Estados menos proteccionistas?". El autor responde todas esas interrogantes en un esfuerzo por analizar temas puntuales como la descentralización, el verdadero papel del Derecho del Trabajo, la era de la globalización, la des-regulación y la flexibilidad.

COMPÉTENCE-COMPÉTENCE Y LA REMISIÓN AL ARBITRAJE

***Dr. Francisco González de Cossío*[1]**

Hay algo profundo e interesante en la relación entre la remisión al arbitraje y la facultad del árbitro de decidir sobre su competencia (el principio *compétence-compétence*). Su comprensión y correcta implementación es crucial pues implica en esencia un justo medio entre dos polos que incluyen derechos fundamentales. Por un lado, el derecho a que se cumpla el pacto arbitral: el derecho fundamental a acudir al arbitraje. Por otro, el derecho fundamental a obtener justicia estatal: el derecho público subjetivo de tutela judicial. Para explicar por qué, a continuación abordo el significado de *compétence-compétence*, el motivo por el que existe y el dilema que resuelve, no sin antes mencionar el régimen de trasfondo: el derecho publico subjetivo a obtener justicia.

Como regla, están los tribunales estatales para resolver los problemas entre particulares. De ello se cerciora la Constitución. El mismo precepto contempla el derecho a no ejercer dicho derecho. Más puntualmente, el derecho a utilizar mecanismos alternativos de solución de controversias. Dicho derecho existe por el simple hecho que hay ocasiones en que lo que más conviene o lo que le puede interesar al gobernado es encausar un problema a uno de los mecanismos que conforman el género de solución alternativa de controversias. Los motivos son diversos, y no son objeto de esta nota.[2] Lo que es conveniente aquí mencionar es que si un particular hace uso de dicho derecho, el pacto debe ser respetado.

Aceptado ello, puede suceder que la validez del pacto sea objeto de diferencia de opinión – en sí, una disputa. Esto encierra – o más bien puede encerrar – una ironía. Si una persona considera que no existe la obligación de arbitrar, exigir que se encause en arbitraje la solución a dicha postura es hacer justamente a lo que se opone. Obligarlo a cumplir la obligación cuya existencia cuestiona.

Este es el dilema que deseo comentar en esta nota. Para entender su solución, es necesario tener un cabal entendimiento del principio *compétence de la compétence*.

Significado de *compétence de la compétence*

Compétence, en su mejor expresión, significa que el árbitro es el *primer* juez de su jurisdicción. Es decir, la versión más refinada de *compétence* es que es una *regla de tiempos*: el árbitro decide primero, el juez en definitiva.

---

1 González de Cossío Abogados, SC (www.gdca.com.mx) Observaciones bienvenidas a fgcossio@gdca.com.mx

2 Éstos son abordados en Arbitraje, Ed. Porrúa, 4ª Ed. 2014. El marco conceptual detrás de cuándo usarlos está en las páginas 9 y siguientes.

El principio es frecuentemente citado como emblemático del arbitraje. Como uno de sus principios más caros. Lo que con menos frecuencia se comenta es la función que cumple. Su por qué y para qué.

Si *compétence* no existiera, tendría que inventarse. El motivo se hace aparente si se considera lo que ocurriría en un mundo *sin* compétence.

Un ejemplo puede ilustrar por qué. ***A*** demanda a ***B***. *B* opone como excepción (defensa) que el contrato es nulo. No se trata de una táctica dilatoria o uno de los frecuentemente vistos argumentos "escopeta" que cuestionan todo, desde la identidad del tribunal, todas sus órdenes procesales, hasta la marca del café usado en las audiencias. Y por supuesto, *la validez del contrato*. Se trata de un argumento que puede ser exitoso dada la inteligencia con la que se presenta, y sobre todo por que descansa en una norma imperativa contenida en el derecho aplicable que bien puede tener el resultado indicado.

Una respuesta natural es aducir que la cuestión sobre la validez del contrato que contiene el acuerdo arbitral es parte del género de disputas comprendidas en la cláusula arbitral (que dice "Toda disputa de este contrato será ventilada en arbitraje"). Pero ello detona un problema. Si ***B*** cuestiona la validez del contrato, incluyendo la validez jurídica de las obligaciones contenidas en el mismo, una de las cuales es arbitraje, *exigir* arbitraje invita una discusión semejante a lo que la lógica llama "afirmar el consecuente": suponer el resultado. Dar efectos justamente a la obligación que se está cuestionando.

Es en esta coyuntura analítica que entra *compétence*. No es un paso obligado ni en la lógica ni en la jurídica. Es un paso de política legislativa. En su expresión cruda, *kompetenz* significaba 'el árbitro es ***el*** juez de su jurisdicción'. Su expresión refinada es 'el ***primer*** juez de la jurisdicción del árbitro es el árbitro'. ¿Por qué el primer? Por que el juez *final* será el juez estatal competente.

No puede ser al revés y por tres motivos. Primero, por que el árbitro no puede pasar juicio sobre la determinación del juez. Segundo, si el juez pasara juicio *ex ante* sobre la jurisdicción del árbitro, el efecto sería que para arbitrar, se necesitaría litigar un contrasentido si se considera que el núcleo de la voluntad de las partes al pactar arbitraje es no litigar. Lo que en el *Liber Amicorum Cremades y Derains* llamé "*La Ironía de Compétence*":[3] para arbitrar sería necesario litigar. Tercero, es válido suponer que éste resultado *lamentable* se tornaría en *insoportable*: cualquier cuestionamiento, sin importar cuán banal e improcedente sea, daría lugar a que tuviera que litigarse judicialmente probablemente durante años para que se le dé la razón a quien quería recurrir al arbitraje en primer lugar.

Una táctica dilatoria preciosa por exitosa.

Es lo anterior lo que explica el que exista la decisión de política arbitral que los cuestionamientos sobre la jurisdicción de un tribunal arbitral sean considerados por el tribunal arbitral mismo, salvo casos de nulidad "manifiesta" (según la visión francesa) o "gateway" (en términos de Estados Unidos). Es decir, en su esencia, *compétence* es un principio que da efectos a la voluntad de las partes. Que evita caer en la ironía que para *arbitrar* es necesario *litigar*.

Esto es importante recalcar pues es frecuentemente pasado por alto. Jurisdicciones diversas a veces por sus máximos tribunales han errado en este punto. Los motivos han sido entendibles:

---

3 Miguel Ángel Fernández Ballesteros y David Arias (eds.), La Ley, Wolters Kluwer, 2010.

la preocupación de afirmar el consecuente. Exigir arbitrar cuando se cuestiona todo es suponer demasiado. Sin embargo, conocidos los motivos ya indicados, se torna en entendible y aceptable. Y por ende venerable.

La remisión al arbitraje

La remisión al arbitraje es la forma en que se implementa lo anterior. Entendido el dilema, la redacción de la norma que acoge el principio no es fácil. Si se mal diseña, puede afectarse un derecho fundamental: ya sea por exceso o por defecto. Por *exceso*, si se encausan al arbitraje casos que deberían ir a los tribunales. Por *defecto*, si se encausan a los tribunales casos que debían acabar en arbitraje.

¿Cómo distinguir?

Los artículos 37 y 38 de la Ley 7727, Ley Sobre Resolución Alterna de Conflictos y Promoción de la Paz Social de Costa Rica dicen:

> El tribunal arbitral tendrá competencia exclusiva para decidir sobre las objeciones referentes a su propia competencia y sobre las objeciones respecto de la existencia o validez del acuerdo arbitral.
>
> Además, estará facultado para determinar la existencia o validez del convenio del que forma parte una cláusula arbitral. …
>
> La excepción de incompetencia del tribunal arbitral deberá ser opuesta, a más tardar, en la contestación a la demanda de arbitraje. Sin embargo, el tribunal podrá declarar, de oficio, su propia incompetencia en cualquier momento o resolver, si así lo considerare conveniente, cualquier petición que una parte presente, aunque sea, en forma extemporánea.
>
> El tribunal arbitral deberá decidir, como cuestión previa, las objeciones relativas a su competencia. Sin embargo, mientras resuelve sobre su competencia o sobre el recurso de apelación, que más adelante se menciona, el tribunal, a su discreción, podrá continuar con las actuaciones propias del proceso arbitral si resultaren indispensables, urgentes o convenientes y no resultaren perjudiciales para las partes. …

El artículo II(3) de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrajes Extranjeras ("Convención de Nueva York")[4] dice:

> El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable.

La relación entre ambos preceptos es la esencia de esta nota. Los artículos 37 y 38 contiene el principio: *compètence*. El artículo II(3) de la Convención de Nueva York la manera de implementarlo cuando una de las partes lo incumple: la remisión al arbitraje vía la incompetencia del juzgador a quien le es planteado el asunto amparado por un acuerdo arbitral. Este es —y debe ser— el punto de partida de todo el análisis. No hacerlo sesga. Corre el riesgo de errar por comenzar en un punto de partida diverso al correcto.

4 Ratificada por Costa Rica el 26 de octubre de 1987 y que entró en vigor el 24 de enero de 1988.

Es ante este trasfondo que debe plantearse la incógnita: ¿*quid iuris* si existe duda[5] sobre la competencia, como resultado de un duda sobre la validez o alcance del acuerdo arbitral?

Esta duda ha enigmado a varios. Después de todo, mucho depende de ella. Una postura sobre-estimulada del arbitraje propiciaría que, quien tiene un duda legítima sobre la competencia, sea turnado al arbitraje—algo injusto, pues no pactó arbitraje. Por otro, que una persona que pactó el arbitraje presumiblemente por su ventaja en velocidad o uni-instancialidad, sea obligada a litigar en varias instancias y durante mucho tiempo, la cuestión sobre si existe un deber de acudir al arbitraje. Y concluida dicha discusión, aún así tiene que litigar su asunto—durante algo de tiempo y varias instancias. Un resultado que hace nugatorio su pacto.

La solución al dilema, el punto medio que no comete el error de defecto ni de exceso, está en comprender la naturaleza de *compétence*: ***una regla de tiempos***. Si una parte cuestiona la validez de un acuerdo arbitral, y por ende, la jurisdicción de un tribunal arbitral, ello debe ser decidido por el árbitro atento a los artículos 37 y 38. Si la duda se presenta al juzgador como motivo para no remitir al arbitraje, conforme al artículo II(3) de la Convención de Nueva York, el juez debe:

1. **Suposición: validez del acuerdo arbitral**: Como punto de partida, el acuerdo arbitral se presume válido, por lo que se debe remitir al arbitraje de inmediato.

2. **Vencimiento de la Suposición**: La determinación del mérito del argumento de invalidez debe ser conspicua. "Notoria", dice el derecho arbitral mexicano.[6] "Manifiesta" dicen los franceses y los peruanos.[7] "Evidente" dicen otros. El punto: tiene que ser un motivo casi incuestionable. Axiomático. Si es discutible, *tiene que irse al arbitraje*. Ya tendrá oportunidad el juez de analizar la determinación del árbitro durante el juicio de nulidad o ejecución del laudo. (Y la carga de la prueba está en los hombros de quien se opone a la remisión.)

3. **Ante la duda, remitir**: Cualquier duda sobre la validez, eficacia o imposible ejecución del acuerdo arbitral debe ser resuelta a favor de la remisión.

Comentario final

Uno de los juristas más influyentes de la historia de Estados Unidos, Oliver Wendell Holmes, observaba que :

> *The life of the law has not been logic, it has been experience.*
>
> [La vida del Derecho no ha residido en la lógica, sino en la experiencia]

Compétence es un producto de la *experiencia*, no la *lógica*. De entender que sin *compétence*, no se lograría la voluntad de las partes, y que se accidentarían procesos arbitrales. Ante ello, *compétence* es la pieza de política legislativa que cambia el cauce natural que generaría problemas.

---

5 Por seriedad analítica, supongo que el cuestionamiento jurisdiccional es serio. Que no es fruto de una táctica dilatoria. Después de todo, éstas quedan comprendidas en la regla (remisión), y no detonan el dilema que busca abordar este ensayo.

6 Artículo 1465 del Código de Comercio.

7 Artículo 16(3) y 16(4) del Decreto Legislativo 1071.

EL INTERDICTO DE REPOSICIÓN DE MOJONES Y SU RELACIÓN CON LOS INTERDICTOS DE AMPARO Y RESTITUCIÓN DE LA POSESIÓN

Dr. Francisco Chacón Bravo
Profesor de la Universidad de Costa Rica.

PREÁMBULO

La tesis que deseo sostener es que el interdicto de reposición de mojones no es un interdicto posesorio porque lo que protege son los límites entre las propiedades, con independencia de la posesión. Si protegiera solo la posesión la pregunta es: ¿En qué casos, el hacer una cerca nueva o la colocación de la cerca, en un lugar distinto al que le corresponde, no constituye un acto de despojo o de perturbación de la posesión? Lo usual deslindar y amojonar la propiedad, aun cuando algunas veces también se deslinden terrenos que sólo están en posesión.

GÉNESIS DEL INTERDICTO EN EL DERECHO ROMANO.

Para los romanos, los límites de la propiedad eran sagrados, estos se establecían en una ceremonia solemne y sagrada, denominada *limitatio,* en donde no se establecía una simple línea, como nuestras típicas cercas, sino un sendero de cinco pies de ancho, como mínimo, según su orientación como explicaremos más adelante. Estos senderos eran *res sanctae*, públicos e imprescriptibles. Su carácter público, permitía a la gente poder pasar por ellos sin ninguna limitación, y el acceso a cualquier fundo sin problemas. Es decir, servían de calles lo que hacía que no hubiera fundos enclavados. Su origen, lo encontramos primero, en las divisiones que hicieron los gentiles, de sus fundos, y luego, en los territorios, quitados a los enemigos, y repartido por el Estado a los ciudadanos romanos. Esto permitió que fueran trazados matemáticamente. Se formaron así, al igual que en nuestras ciudades, con cuadrados o rectángulos. Fueron orientados, no por la topografía del terreno, sino de acuerdo con los puntos cardinales. Los *centuriatios,* eran cuadrados y de líneas continuas. Los *strigatios* eran rectangulares y las líneas discontinuas, van de norte a sur con senderos dobles los que van en este sentido, es decir por lo menos de diez pies y los que van de este a oeste de cinco pies. Los *scamnatios* eran rectángulos que van de este a oeste, con senderos dobles, es decir de diez pies, cuando van en este sentido y simples los que van de norte a sur, es decir de cinco pies. Los *agri arcifinii,* no están medidos, sus límites son naturales, tales como ríos, montes o los artificiales como zanjas, cortes de árboles, cercas etc. Los límites no son santos, y su origen era el *ager públicus,* ocupados por permiso del Estado o dados

por éste en arrendamiento. De manera que eran propiedad del Estado.[1] En cuanto a la época posclásica, podemos decir, que lo clásico pervive en ella. No podemos como lo hacen algunos romanistas, decir que es una época decadente, en verdad lo "*deslucido en ella, no quiere decir que haya quebrado la línea de la razón histórica"*[2] . Así, en el digesto encontramos en el Libro 47, el título 21, sobre el corrimiento de mojones.

Dije, en el artículo sobre la posesión en el nuevo proyecto del Código Procesal Civil, que en cuanto a los interdictos posesorios la distinción entre propiedad y posesión, como dos instituciones con sus características, *es propia del derecho evolucionado*.[3] Cuando los dos contendientes reclamaban la propiedad de la cosa, en la época preclásica, existió la necesidad de conservar la cosa en buen estado, y de allí nació la necesidad de entregarla, bajo garantía a uno de los contendientes. En la época clásica, la razón era concederla provisionalmente a uno de ellos, para entregarla en propiedad a quien en definitiva resultaba vencedor.[4] En cuanto a cómo surgió la protección interdictal existe entre los romanistas gran controversia que no es del caso entrar en su examen. En lo que cabe menos duda es que la orden fue un acto de *imperium* del magistrado, la cual si no se acataba, se sufría una sanción pecuniaria. En el período clásico el magistrado examina rápidamente el caso y si se dan los presupuestos concretos para que se de la protección o la prohibición que se solicita. El procedimiento es un procedimiento distinto al ordinario, porque la tramitación corresponde solo al magistrado. No es posible saber, si la petición de la orden se realiza solo con la presencia del actor o si era necesario citar también al demandado. El procedimiento podía realizar por ser una emergencia incluso en días nefatos. Era un procedimiento sumario en que el magistrado realiza una investigación para comprobar si se dan los requisitos previstos en su edicto, u si amerita que magistrado otorgue un *interdictum repentinum* es decir para el caso concreto y examina además, si puede insertar una *exceptio,* por ejemplo la *exceptio vis,* o sea si se ha empleado violencia, incluso puede dar instrucciones sobre cómo realizar el procedimiento, el termina con un *decretum,* denegando el interdicto, o dando la orden, de prohibir, restituir, o exhibir. En realidad *interdictum* significa prohibir, es decir es una negación, prohíbo se haga violencia, prohíbo que hagas… etc. El que pierde el interdicto está obligado a acatar la orden al igual que si fuera una sentencia. Es un acto de *imperium* cuya consecuencia es que el pretor puede imponerle una multa *multae dictio,* o el temor a enfrentar un juicio ordinario contra él. Se cierra así la fase

---

1 BONFANTE, Pedro, Instituciones de Derecho Romano. 5ª. Ed. Trad. de Luis Bacci y Andres Larrosa, Ed. Instituto Editorial Reus, págs. 316 y 317.

2 IGLESIAS, Juan. Derecho Romano. Pág. 40. Ediciones Ariel. Barcelona. 1958.3 Según Manrique Jiménez Meza (Jiménez Meza, Manrique; Jinesta Lobo, Ernesto; Milano Sánchez, Aldo y González Camacho, Oscar, El nuevo proceso contencioso-administrativo, San José, Escuela Judicial y Poder Judicial, 2006, p. 79), "la legitimación es una aptitud especial o una capacidad cualificada para ser parte en algún procedimiento administrativo o en algún proceso. Tal capacidad procesal se deriva de la relación existente entre la esfera de intereses y derechos de tal sujeto con la conducta realizada por otro sujeto que ilegítimamente invadió su esfera de intereses y derechos".

3 ARANGIO-RUIZ,Vicenzo, Instituciones de Derecho Romano, pág. 301. Ediciones De Palma, Buenos Aires, 1973.5

4 "*La orden autoritaria de dejar la cosa controvertida, que originariamente debió convertirse en su conservación apud iudicem hasta la decisión de la controversia, queda en la época histórica como un mero residuo frente a la práctica establecida de asignar a uno de los litigantes la posesión interima (vindiciae), lo que se hacía ciertamente sobre la base de la opinión de los vecinos e integrantes de la familia; esto debía conducir insensiblemente, a los árbitros a ser más exigentes con respecto al no poseedor que con respecto al poseedor interino, considerar como vencedor en la causa a éste, toda vez que aquel no llegase a probar su derecho preferente"* ARANGIO-RUIZ, Vicenzo, Instituciones de Derecho Romano, Pág. 302, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1973.

interdictal. El procedimiento en su contra *ex interdicto,* es establecido por el perjudicado con la desobediencia. Se sostiene que no es una desobediencia sino un derecho del perdidoso a demostrar que los supuestos de hecho establecidos son ciertos y la orden debe ejecutarse. Si el actor triunfa el demandado debe pagar una suma de dinero más los perjuicios, pero si pierde es el demandante el que debe pagar una suma de dinero. En la época posclásica desaparece la oposición entre *interdictum* y *actio* y ambos se ventilan ante el magistrado. La discusión se centra entre si es una *actio* ordinaria o si se le puede calificar de sumario, sin embargo puede sostenerse el carácter de sumario por ser sumaria la apreciación de la prueba y se limita y o se excluye la posibililidad de la apelación en algunos casos.

En el Derecho romano además la posesión está totalmente relacionada con la propiedad.

Como en realidad lo que interesa en el presente trabajo es de carácter eminentemente práctico, examinemos, en primer lugar, quiénes están protegidos por la posesión, para encontrar si existe una relación inmediata con la propiedad y así llegar a la conclusión de que no existe un solo interdicto posesorio que no se relacione con el propietario. Así, están protegidos por los interdictos:

1.- El propietario cuando tiene la cosa en su poder.

2.- El que tiene la cosa creyendo que es suya o sea de buena fe.

3.- El que tiene la cosa sabiendo que no es suya con *animus domini* es decir como si fuera propietario.

4.- El que tiene la cosa porque el dueño se la ha dejado en prenda, es decir el acreedor pignoraticio.

5.- El que tiene la cosa porque el dueño se la ha dado para que goce de ella hasta que él se la pida. Es decir el que la tiene en precario.

6.- El que tiene la cosa porque varias personas discuten quien debe tener la cosa en definitiva y acuerdan que se entregue en depósito a una de ellas y esta queda obligado a dejársela o a entregarla a aquel cuando se den determinadas circunstancias. Es una forma de depósito denominado secuestro el que tiene la cosa en su poder se denomina secuestrario. Por ejemplo si existe un litigio pendiente se le debe entregar la cosa al que resulte vencedor o si se trata de varios herederos y el testador les lega la cosa con una condición que se encuentra pendiente.

7.- El enfiteuta que posee la cosa porque tiene un derecho real sobre la ella, transmisible *inter vivos* y *mortis causa,* consistente en el más amplio disfrute de un fundo, con la obligación de pagar al dueño del fundo un canon anual contrato denominado enfiteusis.

8.- El superficiario, o sea el que tiene un derecho real sobre una cosa, transmisible intervivos y mortis causa, derecho que le concede pleno disfrute sobre un edificio construido en un predio ajeno con el consentimiento del dueño, mediante el pago de un precio.

Examinemos ahora quienes no están protegidos por los interdictos.

1.- El que tiene la cosa en arrendamiento. En la actualidad, sobre todo por influencia de la concepción germánica de una posesión mediata e inmediata tanto el arrendante como el arrendatario tienen la protección interdictal.

2.- El que tiene la cosa en depósito porque el dueño se la entregó.

3.- El que tiene la cosa porque el dueño se la prestó.

4.- El que tiene la cosa porque sobre ella tiene un derecho de usufructo otorgado por el dueño.

5.- El que tiene la cosa porque el pretor se la entregó (ex primo decreto), fundamentado en lesiones a la propiedad.

Ahora bien, la pregunta que cabe hacerse es ¿Por qué se protege la posesión interdictal en unos casos y en otros no, ya que lo que diferencia la posesión de la tenencia, según SAVIGNY, es el *animus domini,* según IHERING la voluntad de tener la cosa bajo su poder.

Examinemos los dos elementos constitutivos de la *possessio,* que según los textos romanos integran la posesión.

El *corpus* que es la sujeción efectiva de la cosa y el *animus* que es la intención.

Para Savigny el *animus* es tomar la cosa como dueño, *animus dosmini* y para Ihering, es el sólo la intención de saber y querer tener la cosa para sí, porque eso es lo que le interesa.

Savigny dice:

> *"Hemos definido anteriormente la detentación como el estado físico correspondiente a la propiedad… De aquí se deduce que* ***el animus possidendi consiste en la intención de ejercer el derecho de propiedad…*** *Cuando el detentador tiene intención de ejercer el derecho de propiedad que reconoce en otro, esta clase de animus possidendi que tiene no es capaz por su naturaleza de dar a la detentación el carácter de posesión…"* Luego agrega*: "...****aquel en que la intención está dirigida al ejercicio de su propia propiedad, de modo que animus possidendi debe ser explicado por animus domini o por animus sibi habendi*** *y* ***no puede por consiguiente considerarse como poseedor más que el que trata como propietario la cosa detentada****… y este es el motivo para que la posesión competa lo mismo al ladrón y salteador que el verdadero propietario****, y por tanto éste como aquellos se oponen al arrendatario que no tiene posesión porque no considera la cosa como suya."*[5]

Ihering dice, en su prólogo de la Teoría de la Posesión:

> *"Quien desee combatir una falsa tendencia, debe buscar a aquel que ha sido el primero en seguirla… Por esta razón he elegido a Savigny y la teoría de la posesión…*
>
> *…Tengo el convencimiento de haber puesto en pleito mi nombre científico, en esta obra, de una manera tal, que si las censura y las acusaciones que contra Savigny lanzo son infundadas, el perjuicio que experimentaré será irreparable. He criticado sin piedad, y quien me quiera mal podrá tildarme de ingrato, aun sin considerar el pleno homenaje que rindo a los méritos de Savigny..."*[6]

---

5 SAVIGNY, M. F. C. TRATADO DE LA POSESIÓN, según los principios de Derecho Romano. Traductor Desconocido. Edición y Estudio Preliminar de José Luis Montero Pérez. Granada, Editorial Comares, S. L. 2005. Págs. 66 y 67.

6 IHERING, Rodolfo Von, LA VOLUNTAD EN LA POSESIÓN, Con la crítica del método jurídico reinante, Versión española de Adolfo Posada, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1910. Págs, 12 y 13.

Luego agrega en el capítulo II que titula "NUESTRO ASUNTO"

.. El asunto que estas investigaciones se refieren entraña la cuestión siguiente: Una vez dadas las condiciones legales exteriores (corpus) de la relación posesoria, ¿de qué depende que haya posesión o tenencia? Savigny y con él la doctrina imperante, responde de la voluntad del que tiene la cosa, si tiene voluntad de poseer para él (animus rem sibi habendi, o al modo de propietario (animus domini), hay posesión. Si tiene la voluntad de poseer para otro, hay tenencia.[7]

En el Cápitulo X ttulado LA PRUEBA POLÍTICO-LEGILATIVO, expone:

La prueba a que hemos sometido la teoría en el anterior capítulo desarrollase ante el Juez: ésta ante el juez…

…La voluntad individual libre hace de la relación posesoria lo que le place, puede decidir hoy por la posesión, mañana por la tenencia…Encuentro una cosa que creo poder considerar como abandonada, me voy a mi lecho con el animus domini. Al día siguiente sé que el propietario la ha perdido y deseo entregársela, me quedo con el animus alieno nomini detinendi… Tercer noche, duermo con el animus domini.[8]

Para Ihering, esta es una tesis subjetiva errónea. De manera que construye una tesis objetiva y dice*:*

*"Una noción de posesión que no esté fundada en la voluntad, es completamente irrealizable… El motivo que la pone en movimiento, que la solicita, según diría Shopenhauer es el interés. La relación exterior en que nos ponemos con ellas**, tomándolas para nosotros**, contiene de hecho la expresión del interés que **tomamos por ellas;** la **relación posesoria es la afirmación del interés que una persona tiene en una cosa.** Las cosas que podríamos tomar y que no tomamos no tienen interés para nosotros…En realidad el corpus no puede existir sin el animus, como el animus tampoco puede existir sin el corpus…son entre sí como la palabra y el pensamiento…En la palabra toma cuerpo el pensamiento…. En el corpus toma cuerpo la voluntad… pero (se refiere a la cosa) no se convierte en corpus sino desde que la voluntad le imprime el sello de la relación posesoria…Pero aquí también el animus debe realizarse en corpus lo cual se advierte de que el tenedor se conduzca como propietario: enajene la cosa, se niegue a entregarla al dueño de la posesión, niegue haberla recibido, le prohíba la entrada al fundo."*

¿Cómo explicó SAVIGNY, que el acreedor pignoraticio, el secuestrario y el precarista estuvieran protegidos por los interdictos si no tenían *animus domini*?

En realidad el acreedor que tiene la cosa en prenda, es decir, que el dueño se la entrega como garantía; el precarista que se comporta como como dueño por voluntad del dueño; el secuestrario que tiene la cosa mientras se dan las circunstancias que alega cada uno como dueño, no tienen *animus domini,* lo que Savigny explica diciendo que la posesión de todos ellos deriva de la voluntad de los

---

7, IHERING, Ob. Cit. Pág. 21.

8. Ihering, Ob. Cit. Págs. 173, 192.12 Sala Constitucional, sentencia n.° 3705-93 de las 15:00 horas del 30 de julio de 1993.

dueños de la cosa, es decir, de la voluntad del propietario.¿Cómo explicó IHERING, por qué no se concede protección interdictal al arrendatario, al depositario, al comodatario, y al usufructuario, que según su concepción, tienen *animus,* porque tienen conciencia de que tienen la cosa, lo saben y lo quieren, y eso es lo que les interesa?

En el capítulo VIII, bajo el Título Desenvolvimiento histórico de la noción de tenencia Ihering, fundamenta su explicación en la historia de la tenencia, porque estos casos, son tenencia y en consecuencia no son posesión ni están protegidos por los interdictos, y da las siguientes razones:

I.-La casa romana es el lugar originario de la aparición ***de hecho*** *de la distinción entre posesión y tenencia, y el sitio donde por primera vez fue conocida.*

II.- La separación de la noción de tenencia de la casa romana y extensión de uno de sus lados: ***la continuación de la posesión*** *para el dueño* o señor de ella, a la relación contractual.

1. *Para las cosas* ***inmuebles –****interés* ***práctico:***

a) *Concesión* ***parcial*** *de las mismas a los colonos y a los inquilinos.*

b) *Abandono* ***total***

2. *Para las cosas muebles –****fuerza de la noción.***

III. Separación del ***segundo*** *lado, o sea, la continuación de la posesión separada de la relación de mera tenencia doméstica.* ***Adquisición*** *de la posesión. Admisión de la representación por medio de personas libres.*

IV. Combinación de la ***noción de tenencia*** *con la de* ***posesión****; el punto de unión; la* ***juris possessio.***

V. Traspaso de la posesión a los hijos de familia.

Ihering, concluye diciendo:

> *"No fue el elemento subjetivo de la voluntad, sino los motivos objetivos, el interés práctico, el técnico y el jurídico, los que han efectuado el desenvolvimiento completo de la noción de tenencia".*[9]

Como puede verse en todos está presente el derecho del propietario, el dueño y señor de la cosa.

D´Ors, lo explica con mayor claridad, y en su explicación encontramos como en todos los casos los romanos dieron la protección interdictal partiendo del concepto de propiedad.

Se concede la protección interdictal a los **propietarios,** (aunque luego se pruebe que no lo son). A los precaristas que son concesionarios a discreción del **propietario,** a los vectigalistas, que son concesionarios del ager publicus por el **propietario**, a los precaristas que son concesionarios del **propietario,** a los acreedores pignoraticios para retener la prenda dada por el **propietario**, a los secuestratarios que son depositarios con devolución a determinar en un evento futuro y a los que habían recibido embargo definitivo de bienes ajenos. Es decir para determinar en definiva quien es el **propietario** y dice:

En estos casos se trata de defender la retención de una cosa con cierta independencia, por eso se niega esta

9 IHERING. OB. CIT. Pág. 131

protección a otras personas que dependen, respecto a la cosa que retienen, de la persona de quien la recibieron, como los depositarios y arrendatarios ordinarios, *missi in possessionem (rei servanda gratia* los comodatarios, incluso los usufructuarios , todos estos tienen una simple detentación de las cosas que retienen.[10]

De acuerdo con esta tesis es el propietario el que va determinando cuando por su voluntad entrega la cosa con independencia, por lo que se les conceden los interdictos y cuando se les entrega la cosa por el propietario para que ejerzan solo una tenencia por lo que no gozan de los interdictos.

De acuerdo con lo expuesto, se llega a la conclusión de que no cabe ninguna duda de que el origen de la posesión, está en primer lugar en el concepto de propiedad. Si ello es así, no podemos sostener dos conceptos irreconciliables de posesión y propiedad, para la protección interdictal. Por medio de los interdictos se puede proteger tanto la propiedad como la posesión, según el caso, y llegar a la conclusión que la mayoría de los interdictos no son posesorios. Los únicos interdictos estrictamente posesorios son únicamente el de amparo de la posesión y el de restitución de la posesión. No lo son aun cuando se pueda proteger también la posesión, en algunos casos, el interdicto de restitución de mojones, el interdicto de obra nueva, el interdicto de obra ruinosa. A partir del Derecho romano, estudiemos la evolución que sufre el interdicto de reposición de mojones hasta nuestros días.

LA REPOSICIÓN DE MOJONES EN LAS SIETE PARTIDAS

Las Siete Partidas del Rey don Alfonso el sabio, constituye el eslabón entre el Derecho romano, y el derecho español, de allí que es necesario examinar que fue lo que se estableció en cuanto a los mojones en ese texto. Dice, al respecto la Partida VII, del Título IV, Ley XXX:

> *"Mojon es señal que departe una heredad de la otra, et non lo debe ningún home mudar sin mandamiento del rey o judgador del lugar; et sin alguno contra esto ficiese mudando los mojones maliciosamente que estudiesen entre la de su heredat et la de su vecino, como quien non puede home decir que face furto porque lo face en cosa que es raíz; pero face yerro ó maldar que es semejante de furto et por ende debe pechar al rey todo home que esto ficiere, por quantos mojones así mudare, por cada uno de ellos cincuenta maravedís de oro: et demás de esto si hobiere algunt derecho en aquella parte de heredat que asi cuidó ganar a furto por mudamiento de mojones, débelo perder. Et si derecho non habie en ella, debe tornar lo que entró en esta manera á su dueño, et otro tanto de lo suyo quanto aquello que el tomó de lo ageno…*

Obsérvese como en las Siete Partidas que como se dijo es el paso del Derecho romano al español lo que se protege es la propiedad.

---

10 D´ORS, Alvaro. Elementos de Derecho Romano. Ed. Universidad de Navarra, S. A. Pamplona, 1975. Pág. 91

GÉNESIS DEL INTERDICTO DE REPOSICIÓN DE MOJONES EN COSTA RICA.

EL CÓDIGO GENERAL DE 1841.

Después de la independencia de España, Costa Rica, se rigió por espacio de veinte años por las leyes de ese país. En 1841, se promulga el primer Código General que comprendía tres partes: civil, penal y de procedimientos.

El CÓDIGO GENERAL, EN MATERIA CIVIL POSESORIA.

Este Código en materia civil, se refiere a la posesión, en el Título XXI, dedicado a la prescripción o sea a la posesión *ad usucapionem*. Vamos hacer referencia a lo más destacado en relación con nuestro tema: Define la posesión como la detención continuada o el goce de una cosa, o de un derecho que tenemos o que ejercemos por nosotros mismos, o por otro en nuestro nombre. Distingue (respetamos la ortografía) entre posesión natural y posesión civil:

> *"Natural la que uno tiene o ejerce corporalmente por sí mismo, civil la que uno tiene o ejerce por disposición de la lei". Expresa que: "los actos de pura facultad i los de simple tolerancia, no pueden fundar posesión" y prescribe que: "el que por si (sic) por otro poseyere una cosa como propia, con titulo i buena fe por un año continuado, sin ser demandado sobre la posesión, no podrá quitársele esta, sino cuando se declare que el dominio o propiedad corresponde a otro".*

MATERIA INTERDICTAL, REGULADA COMO JUICIOS SUMARIOS NO COMO INTERDICTOS.

En cuanto a la materia interdictal, la regula como juicios sumarios, para adquirir, conservar y recobrar la posesión, y enumera, la posesión hereditaria, el amparo de posesión, el despojo, la demanda de obra nueva y edificio que amenaza ruina. No menciona la reposición de mojones como una cuestión civil sino penal.

REPOSICION DE MOJONES MATERIA PENAL NO CIVIL

La alteración de mojones no se regula civilmente sino en la vía penal y se sanciona al que haya destruido o quitado los mojones, árboles, paredes, márgenes, cercas, zanjas, vallados, lindes o cualquiera otra señal, o hubiere mudado cualquiera de dichas señales, con arresto de seis días a un mes y pagará una multa de cincuenta pesos a favor del que lo denuncie a más de las costas de la averiguación. También sanciona el despojo violento de una finca, con arresto de uno a cuatro meses y multa de cincuenta a cien pesos.

Como puede observarse, en el deslinde y amojonamiento se conserva la protección de la propiedad, no la protección de la posesión.

EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DE 1887

TRASLADO DE LA REPOSICIÓN DE MOJONES DE LA VIA PENAL A LA CIVIL INTERDICTAL.

Este Código fue decretado de acuerdo con la ley número 13 de 25 de marzo de 1887, bajo la presidencia de don Bernardo Soto, el seis de mayo de ese año, siendo secretario de Estado don Cleto González Víquez y es el fundamento de nuestra legislación procesal, incluyendo el Código actual. Transcribimos lo pertinente para una mejor comprensión del lector:

> *"Art. 690. Los interdictos son de amparo de posesión, de restitución, de reposición de mojones, de suspensión de obra o de derribo.*

Como reformas de importancia tenemos que se traslada la protección de la posesión que se encontraba regulada en la vía sumaria, a la vía interdictal y que se incluye la reposición de mojones, no como un juicio sumario, sino como un interdicto más pero además se traslada la reposición de mojones que estaba en la vía penal, a la vía interdictal. De esta manera se convierte un ilícito penal que claramente protegía la propiedad, en un ilícito civil que también protege la posesión y se dice:

> *Art. 691. Los interdictos solo proceden respecto de bienes raíces y de ninguna manera afectan las cuestiones de propiedad o de posesión definitiva. En ellos no se admitirá prueba alguna sobre propiedad.*

LA INDEBIDA INTERPRETACIÓN DE ESTE ARTÍCULO.

Debemos poner atención en cuanto a la afirmación del artículo anterior, de que los interdictos no afectan cuestiones de "propiedad o posesión definitiva" porque esta afirmación no ha sido interpretada de acuerdo con la evolución histórica. La interpretación que estimo adecuada es que los interdictos no afectan las cuestiones de propiedad definitiva o posesión definitiva, es decir, que lo resuelto en un interdicto, tanto si se trata de posesión o de reposición de mojones, la propiedad que se afecta es la propiedad provisional o la posesión provisional, porque es en la vía ordinaria donde se resolverá el problema de límites en forma definitiva, que pudieran haber sido afectados equivocadamente. Esa frase, de que no afecta la propiedad o posesión definitiva, ha llevado a interpretar, que el interdicto de reposición de mojones solo es procedente en cuestiones de posesión y no de propiedad. Es decir, se ha interpretado contra la evolución histórica, que la frase de que los interdictos no afectan la propiedad, es cualquier clase de propiedad tanto la definitiva como la provisional. Si ello es así un propietario, que solo es propietario y no poseedor no está legitimado para interponer un interdicto de reposición de mojones porque no es poseedor ya que el artículo dice que no afectan las cuestiones de propiedad tanto la provisional como la definitiva. La interpretación incorrecta es la que se dio en el Código de 1933, por influencia de la jurisprudencia, al sostener que los interdictos no afectan la propiedad. Si tomamos en cuenta que se traslada a la vía interdictal el interdicto de reposición de mojones que protege los límites entre propiedades, sí se afectan las cuestiones de propiedad provisionalmente porque en el juicio ordinario se discutirá la propiedad

definitiva o la posesión. Pero este artículo tiene el mérito de no calificar los interdictos de reposición de mojones, suspensión de obra o derribo como interdictos posesorios porque no lo son, ni nunca lo han sido. Además decía, que no se admitía prueba de propiedad. Desde luego no podía admitirse prueba sobre propiedad en el sentido de que no iba a discutir si el actor o el demandado eran o no propietarios, eso no era necesario para la legitimación de la intervención de las partes. La posesión se prueba con prueba testimonial, la reposición de mojones se prueba mediante agrimensores o con prueba testimonial que dirán dónde iba la antigua cerca, y con la inspección judicial por la que el juez puede apreciar los rastros de la antigua cerca. Además ordenaba citar al propietario para que interviniera porque podía resultar afectado como puede verse en los artículos siguientes.

LA INTRETACIÓN LÓGICA DEL ARTÍCULO 691 DEL CODIGO DE 1887-

Si examinamos los siguientes artículos del Código de 1887, podemos fundamentar la interpretación mencionada con una interpretación lógica que es aquella que relaciona el artículo interpretado con las otras disposiciones. Examinemos los siguientes artículos:

> *Art. 692. En el caso en que el demandante no fuere propietario, podrá pedir el demandado que se cite al propietario, a fin de que pueda perjudicarle la sentencia que se dicte en el interdicto.*
>
> *El término que se señale al citado para su comparecencia será el de tres días, prorrogables en razón de las distancias.*
>
> *El propietario así citado, tendrá derecho a gozar de un término probatorio igual al que goce el demandado, cualquiera que sea el tiempo en que sea llamado a juicio. Este término se contará desde que venza la citación.*

En consecuencia el propietario si es tomado en cuenta y se le debe admitir la prueba que lo acredite como propietario y de que al él pertenece la propiedad, cuyos límites se discuten e incluso aportar los planos en que fundamente su derecho. La prueba versará no sobre un mejor derecho de propiedad o de posesión, en relación con la de su vecino, sino donde estaban situados los límites de su propiedad o posesión. Como lo veremos a continuación sobre los artículos que se refieren específicamente a la reposición de mojones y no al despojo ni a la perturbación de la posesión.

> *Art. 704. El interdicto de amojonamiento tiene lugar en toda alteración de límites entre heredades, cuando se ha hecho furtiva o dolosamente, ya arrancando las vallas y poniéndolas en lugar distinto del que tenían, ya haciéndose una nueva cerca y colocándola en lugar que no le corresponde.*
>
> El hacerlo furtiva o dolosamente fue con el fin de evitar la confusión que se daba con la figura penal que se refería a la violencia, pero en realidad no fue muy feliz, y la Comisión de Magistrados la eliminó.
>
> La prueba sobre los límites se regula independientemente de la prueba sobre los otros interdictos, y no se refiere en nada a la posesión. Así dice:
>
> *Art. 705. El perjudicado debe dirigirse contra el beneficiado con la alteración.*
>
> *Art. 706. El Juez mandará a citar a juicio verbal en el lugar de la cuestión. Deberá mediar tres días por lo menos entre el juicio y la citación del demandado.*

Art. 707. En el juicio verbal, después de exponer el reclamante lo que estimare en defensa de su derecho, y de contestar el demandado lo alegado por aquel, propondrán ambas partes sus pruebas.

Admitidas por el juez las que estime procedentes se practicarán en el mismo acto.

Art. 708. Del resultado del juicio se extenderá acta, que firmarán el Juez, las partes, los testigos que se hubieren examinado y el Secretario.

Art. Si alguna de las pruebas propuestas y admitidas hubiere de practicarse fuera del lugar en que se celebre el juicio, el juez señalará día y hora para la práctica de ella.

Art. 710. Las pruebas se limitarán a poner en claro la alteración de límites y el que la hizo ó la mandó hacer.

Cuando el actor compruebe ambos extremos, se ordenará la restitución a costa de quien hizo la alteración y con lugar á la indemnización de daños y perjuicios.

Si se comprueba la alteración y el demandado en ella conviene, pero negare ser el autor, se ordenará la restitución a costa de ambos.

Comprobada la alteración y negada ésta por el demandado, se ordenará la restitución a costa de este.

Art. 711. Si el reclamante no justificare la alteración, denegará el juez el interdicto con costas a su cargo.

Art. 712. La restitución de mojones se llevará a efecto á presencia del Juez si fuere decretada y se pudiere; de lo contrario en el mismo auto que la decrete se autorizará al victorioso para que la lleve a efecto a cargo del vencido"

EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DE 1933.

La disposición de que no podía ofrecerse prueba en juicio sobre propiedad pasó al Código de Procedimientos Civiles del 19 de enero de 1933 y don Ricardo Jiménez le puso el ejecútese el veinticinco de ese mes. Este Código, es una copia textual, del Código de 1887 que hemos transcrito, pero tiene algunos cambios fundamentales, que deben ser objeto de análisis, como es el establecimiento de la caducidad por tres meses y se cambia el procedimiento de citación y ofrecimiento de pruebas, y en su lugar se convoca al juicio verbal en el lugar de la cuestión, que era exclusivo para los interdictos de obra nueva y de reposición de mojones. El Código, sufrió una gran reforma en 1937, que fue planteada por una Comisión de Magistrados, y adicionadas por dos comisiones más, una del Congreso y otra del Colegio de Abogados. Un gran jurista, el magistrado don Antonio Picado, ordenó y explicó el porqué de las reformas. Estas explicaciones, fueron expresamente ordenadas publicar por el Congreso, "*a fin de que sirvieran como fuente de información e interpretación a litigantes y Tribunales".* Se convirtió así, La Explicación de la Reforma del Código de Procedimientos Civiles, de Don Antonio Picado, en una verdadera interpretación auténtica, de la que no se apartaron los tribunales de la república. Sin embargo, la Comisión de Magistrados hizo cambios, que empezaron por crear confusión. Y así dijo:

> *Artículo 653. Los interdictos sólo proceden respecto de bienes raíces y de ninguna manera afectan las cuestiones de propiedad o posesión definitiva. Por lo mismo no se admitirá en ella discusión acerca de cuestiones de propiedad o posesión definitiva.*

No podrá ser establecido un interdicto si han transcurrido tres meses desde el comienzo de los hechos u obras sobre las cuales se reclama.

Obsérvese que el artículo que le sirve de fundamento decía

Art. 691. Los interdictos solo proceden respecto de bienes raíces y de ninguna manera afectan las cuestiones de propiedad o de posesión definitiva. En ellos no se admitirá prueba alguna sobre propiedad.

CAMBIOS DEL ARTICULO 653 DEL CODIGO DE 1933

Analicemos los cambios: En lugar de la frase "*En ellos no se admitirá prueba alguna sobre propiedad.*" Se cambia por la frase," *Por lo mismo no se admitirá en ella sobre cuestiones de propiedad o posesión definitiva."* El cambio tiene la siguiente motivación en las Explicaciones a la Reforma, de don Antonio Picado.

*"En lugar de la disposición que contiene el texto vigente de que en los interdictos no se admitirá prueba alguna sobre propiedad, se consigna la de que en ellos no se admitirá discusión acerca de cuestiones de propiedad o de posesión definitiva. La primera no es exacta porque en algunos casos se admiten documentos demostrativos del derecho de propiedad como base del interdicto; lo que no debe permitirse es en la discusión d*el derecho de propiedad*."*

La explicación de la reforma es correcta, porque aclara que es necesario en algunos casos, admitir documentos sobre la propiedad como, agregamos nosotros en el caso de la reposición de mojones, el interdicto de obra nueva y de derribos, que no son interdictos posesorios. Y agrega que lo que no debe permitirse es la discusión del derecho de propiedad. A primera vista parece que es contradictoria la aclaración porque se permiten documentos sobre el derecho de propiedad y no discusión sobre el derecho de propiedad. Lo que se quiso decir es que no se admite discusión sobre quién será en definitiva declarado propietario, del todo o parte del terreno, porque esa discusión es propia del juicio ordinario.

LA PRIMERA GRAN REFORMA QUE AYUDA A LA CONFUSIÓN ES EL TRASLADO DE ARTICULOS PROPIOS DE EL INTERDICTO DE REPOSICION DE MOJONES AL TITULO GENERAL DE LOS INTERDCTOS.

La confusión nació de trasladar artículos propios del interdicto de reposición de mojones al Título General de los interdictos. Esto fue un grave error porque lo lógico era que los artículos propios y específicos de la reposición de mojones quedaran, no en un Título General sino en un aparte específico para la reposición de mojones. Veamos los artículos mencionados:

Articulo 654. En el caso de que el demandado no fuere propietario podrá pedir el demandado que se cite al propietario, a fin de que pueda perjudicarle la sentencia que se dicte en el interdicto.

El término que se señale al citado para su comparecencia será el de tres días, prorrogables en razón de las distancias.

El propietario así citado, tendrá derecho de gozar de un término probatorio igual

al que goce el demandado, cualquiera que sea el tiempo en que sea llamado a juicio. Este término será contado desde que venza la citación.

Este artículo es copia textual del **artículo 692,** del Código de 1887 que hemos citado anteriormente y que nos ha servido para demostrar con una interpretación lógica que el interdicto de reposición de mojones es un interdicto que protege la propiedad y no la posesión, porque repito, este artículo es exclusivo para el interdicto de reposición de mojones y no tenía nada que ver con los interdictos de perturbación de la posesión ni de despojo. El trasladado esta disposición, que como hemos dicho es propia del interdicto de reposición de mojones, y ser refería a él exclusivamente, se traslada al TITULO IX, INTERDICTOS, CAPITULO I DISPOSICIONES GENERALES. La Comisión de Magistrados, no se refiere a esta reforma trascendental, en primer lugar porque así lo tenía el texto del Código de 1933, y ellos lo que hicieron fue una gran reforma unos meses después, y en realidad, encontraron que podía estar en la parte general.

El artículo 664, decía:

"Corresponde este interdicto al que estando en posesión pacífica de una cosa ha sido despojado de ella".

Pero este artículo fue reformado por la Comisión de Magistrados y se agregó el párrafo referente a cuando se hubiere interpuesto un interdictos por otro, quedando en definitiva así

Artículo 664.

"*Corresponde este interdicto al que estando en posesión pacífica de una cosa ha sido despojado de ella.Cuando hubiere duda acerca de si ha habido despojo, simple perturbación de la posesión o alteración de mojones y se hubiere establecido equivocadamente un interdicto por otro o todos a la vez, el Juez, con vista de la situación de hecho que resulte de las probanzas declarará con lugar el que proceda según que haya habido despojo, simple perturbación o alteración de mojones."*

Esta reforma, que indudablemente es muy valiosa, y que en muchos países como España, dio lugar a jurisprudencia contradictoria, debido a que algunos tribunales consideraron que el juez no podía cambiar la pretensión, mientras otros sostuvieron, que era más bien de aplicación del derecho correspondiente a cada situación. En Costa Rica, fue debidamente este problema fue debidamente resuelto desde la reforma mencionada. Sin embargo, esta reforma contribuyó a la confusión, porque equiparó el interdicto de reposición de mojones a los interdictos de amparo de posesión y de restitución de la posesión, cuando en realidad, no podía darse la confusión, entre los interdictos de amparo de posesión y de restitución de la posesión con un interdicto de reposición de mojones ya que el objeto de los interdictos, tanto de amparo como de restitución tienen un objeto totalmente diferente al del interdicto de reposición de mojones. Los interdictos de amparo y restitución tienen por objeto la protección de la posesión interdictal, en cambio el interdicto de reposición tiene como único objeto, la protección de los límites entre las propiedades. En consecuencia, al interponerse una demanda por si perturbación de la posesión, procede el interdicto de amparo de posesión, si hay despojo de la posesión, procede el interdicto de restitución de la posesión.

De manera que nada tienen que ver los interdictos posesorios citados, con el de reposición de mojones que se refiere,

según hemos visto, a la restitución de los linderos entre las propiedades. Y mucho menos haberlo colocado en el interdicto de restitución de la posesión.

El CÓDIGO PROCESAL CIVIL DE 1989

El Código Procesal Civil de 1989, fue redactado por uno de los mejores procesalistas de Costa Rica, el Dr. Olman Arguedas, y el Ministro de Justicia y el Ministro de la Presidencia los Dres. Luis Paulino Mora y Rodrigo Sánchez también grandes juristas. El Código está muy bien ordenado La Sección Cuarta se refiere a los Interdictos, y la sub sección primera, se refiere a las Disposiciones Generales de los interdictos.

LOS CAMBIOS EN EL CÓDIGO DE 1989

El artículo 457 se refiere a la Naturaleza del Proceso interdictal:

> Y así dice: *"Los interdictos solo procederán respecto de bienes inmuebles y de ninguna manera afectarán las cuestiones de propiedad o de posesión definitiva, sobre los cuales no se admitirá discusión alguna.*
>
> *Los interdictos son: de amparo de posesión, restitución, reposición de mojones, de suspensión de obra nueva y de derribo.*
>
> *Cuando se haya establecido equivocadamente un interdicto por otro, o todos a la vez, el juez con vista de la situación de hecho que se demuestre, declarará con lugar el que proceda."*

El mérito de la anterior reforma consiste en haber sacado del interdicto de reposición de mojones del artículo que se refería a la restitución de la posesión. Dese luego siempre debe interpretarse el párrafo primero que no afecta cuestiones de propiedad definitiva ni de posesión definitiva.

El párrafo primero es copia del artículo 653 del Código de 1933 en cuanto a que los interdictos solo proceden sobre bienes raíces. El párrafo segundo se refiere a las clases de interdictos y los enumera, y el párrafo tercero se refiere a cuando se ha establecido un interdicto por otro. Este artículo tiene el mérito de no dar lugar a confusión alguna, puesto que no coloca la equivocación de la acción en el artículo de restitución de la posesión, como lo hacía el anterior Código. Se suprime lo dispuesto en el artículo 654 del Código de 1933 en cuanto a la citación del propietario. Los demás artículos quedaron igual con algunos cambios de terminología como son la palabra inmueble por heredades, vallas por mojones, etc. Pero una cosa importante, es que ni en el Código de 1933, ni el Código de 1989, se usa en el interdicto de reposición de mojones la palabra posesión como sí se usa, en los interdictos de amparo y restitución de la posesión, véanse los artículos 461 y siguientes, hasta el artículo 269 inclusive, del Código de 1989.

LAS MAYORES CONFUSIONES

Varias son las modificaciones que han llevado a la jurisprudencia ha considerar que todos los interdictos son posesorios en forma evidentemente equivocada. Paso a enumerarlas.

PRIMERO:

Las reformas que hemos mencionado en el Código de 1933, ya habían sembrado la confusión entre los jueces; sin embargo, ya el Tribunal Superior Civil y Contencioso Administrativo, en sentencia N° 34, de las 14:50 hs. del 28 de marzo de 1967, resolvió que el interdicto de obra nueva no es un interdicto posesorio.[11s]

SEGUNDO: La mayor confusión que se ha producido y que ha llevado a la jurisprudencia a interpretar que todos los interdictos son posesorios excepto el interdicto de derribo es el haber insertado en la parte general en el artículo 459, bajo el título: Demanda, emplazamiento y prueba el siguiente párrafo:

> *"La prueba versará sobre el mero hecho de poseer, o sea, la posesión momentánea y actual"*

Esta disposición desde luego no puede estar entre las disposiciones generales porque entonces lleva a la conclusión ineludible de que todos los interdictos son posesorios, cuando desde luego no pueden ser posesorios por su propia naturaleza: el interdicto de obra nueva, puesto que la obra nueva puede construirse y eso es lo normal en la propiedad de quien la hace y desde luego causar daños a la propiedad ajena, como cuando la obra priva de luz o de vista una edificación construida incluso, en una propiedad no colindante, o cuando la obra pone en peligro por falsear los terrenos en que se encuentran las construcciones de propiedades aledañas, etc. Así lo resolvió desde antigua fecha, el Tribunal Civil y Contencioso Administrativo en la resolución que hemos citado.

CONCLUSIÓN

Estimo haber demostrado con un examen del origen del interdicto de reposición de mojones, y a través de toda la evolución que ha tenido este interdicto a lo largo del transcurso de los siglos hasta nuestro días, que el interdicto de reposición de mojones no es un interdicto posesorio sino un interdicto que protege los límite de las propiedades, o de los terrenos poseídos, cuando el poseedor, aunque carezca de título de propiedad, tiene dichos terrenos, debidamente deslindados. Y cabe hacer de nuevo la misma pregunta formulada en el preámbulo de este artículo ¿En qué casos, el hacer una cerca nueva o la colocación de la cerca, en un lugar distinto al que le corresponde, no constituye un acto de despojo o de perturbación de la posesión? Si no existe ningún caso, porque dentro de un razonamiento lógico no puede existir, no cabe más que una respuesta, el interdicto de reposición de mojones no es un interdicto que proteja la posesión, sino los límites de las propiedades o de los terrenos poseídos debidamente deslindados.

BIBLIOGRAFÍA.

BONFANTE, Pedro, Instituciones de Derecho Romano. 5ª. Ed. Trad. de Luis Bacci y Andres Larrosa, Ed. Instituto Editorial Reus,

IGLESIAS, Juan. Derecho Romano.. Ediciones Ariel. Barcelona. 1958.

ARANGIO-RUIZ,Vicenzo, Instituciones de Derecho Romano,. Ediciones De Palma, Buenos Aires, 1973.

---

11 FERNANDEZ German, y CALDERON Francisco Jurisprudencia Civil, Ed. Casa Gráfica Ltda. San José 1968. Pág. 146

SAVIGNY, M. F. C. TRATADO DE LA POSESIÓN, según los principios de Derecho Romano. Traductor Desconocido. Edición y Estudio Preliminar de José Luis Montero Pérez. Granada, Editorial Comares, S. L. 2005. Págs. 66 y 67.

IHERING, Rodolfo Von, LA VOLUNTAD EN LA POSESIÓN, Con la crítica del método jurídico reinante, Versión española de Adolfo Posada, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1910.

D´ORS, Alvaro. Elementos de Derecho Romano. Ed. Universidad de Navarra, S. A. Pamplona, **1975. Pág. 91**Las Siete Partidas del Rey don Alfonso el sabio, Partida VII, del Título IV, Ley XXX: Cotejada con varios códices antiguos, por la Real Academia de Historia. Tomo III, Imprenta Real, Madrid, 1807.

Código General de la República de Costa Rica, Nueva York, Imprenta de Wynkoop, Hallenbeek, Thomas 113 Fulton, 1858.

LA PROBLEMÁTICA JURÍDICA DEL PATRIMONIO NATURAL DEL ESTADO (PNE) Y LA OCUPACIÓN IRREGULAR DE LA ZONA MARÍTIMO-TERRESTRE (ZMT)

Ponencia presentada en el Congreso de Derecho Notarial y Ambiente, Colegio de Abogados, agosto del 2013

***M.Sc. Jorge Cabrera Medaglia*[1]**

A. Consideraciones generales del PNE.

La Ley Orgánica del Ambiente solo enuncia el deber del Estado de conservar, proteger y administrar el recurso forestal y remite a la Ley Forestal lo relativo a la producción, el aprovechamiento, la industrialización y el fomento de estos recursos, garantizando su uso sostenible, así como la generación de empleo y el mejoramiento del nivel de vida de los grupos sociales directamente relacionados con las actividades silviculturales.

La Ley Forestal, No 7575 del 5 de febrero de 1996, establece en su artículo 1 como función esencial y prioritaria del Estado velar por la conservación, protección y administración de los bosques naturales, y por la producción, el aprovechamiento, la industrialización y el fomento de los recursos forestales del país destinados a ese fin, de acuerdo con el principio de uso adecuado y sostenible de los recursos naturales renovables. Además, velará por la generación de empleo y el incremento del nivel de vida de la población rural, mediante su efectiva incorporación a las actividades silviculturales.

La Ley define al bosque de forma poco apropiada, pues deja por fuera ecosistemas que no calzan en este concepto. El bosque se define como el ecosistema nativo o autóctono, intervenido o no, regenerado por sucesión natural u otras técnicas forestales, que ocupa una superficie de dos o más hectáreas, caracterizada por la presencia de árboles maduros de diferentes edades, especies y porte variado, con uno o más doseles que cubran más del setenta por ciento (70%) de esa superficie y donde existan más de sesenta árboles por hectárea de quince o más centímetros de diámetro medido a la altura del pecho (DAP).[2] Algunos elementos incluidos en la definición, como el relativo a los árboles maduros, no se encuentran claramente conceptualizados en el ordenamiento jurídico nacional.

---

1 Profesor de derecho ambiental (maestría y licenciatura), Universidad de Costa Rica.

2 Sin embargo, para efectos del Convenio Marco de Cambio Climático, se ha utilizado una definición diferente de bosque: aquel que cumple con los parámetros de cobertura de copa (30%); área de parche forestal (1 hectárea) y altura de los árboles en sitio (5m). Resolución del SINAC R-174 publicada en La Gaceta del 14 de junio del 2005.

La aplicación de la Ley Forestal corresponde al Ministerio de Ambiente y Energía por medio de la Administración Forestal del Estado (AFE). Actualmente, las funciones de la administración forestal se llevan a cabo por medio del Sistema Nacional de Áreas de Conservación. El patrimonio natural del Estado está constituido por los bosques y terrenos forestales[3] de las reservas nacionales, de las áreas declaradas inalienables, de las fincas inscritas a su nombre y de las pertenecientes a municipalidades, instituciones autónomas y demás organismos de la Administración Pública, excepto inmuebles que garanticen operaciones crediticias con el Sistema Bancario Nacional e ingresen a formar parte de su patrimonio[4](art. 13).

Los terrenos forestales y bosques que constituyen el patrimonio natural del Estado no pueden ser embargados, ni vendidos; su posesión por los particulares no causará derecho alguno a su favor y la acción reivindicatoria del Estado para recuperarlos es imprescriptible, es decir no tiene plazo para ser ejercida. En consecuencia, no pueden inscribirse en el Registro Público por particulares mediante el procedimiento llamado información posesoria y tanto la invasión como la ocupación de ellos será sancionada conforme a lo dispuesto en esta ley.

De acuerdo a este artículo en el patrimonio natural del Estado el Estado podrá realizar o autorizar labores de investigación, capacitación y ecoturismo, una vez aprobadas por el Ministro del Ambiente y Energía, quien definirá, cuando corresponda, la realización de evaluaciones del impacto ambiental.

Por medio del Decreto No 31750-MINAE[5] se pretendió, mediante la regulación del ecoturismo, permitir la corta de árboles en zonas boscosas ubicadas en la zona marítimo terrestre, previo el cumplimiento de determinados requisitos (plan regulador, viabilidad ambiental de la SETENA, etc). Adicionalmente, el citado Decreto afirma la competencia de las Municipalidades para dar concesiones en dichas zonas. Cabe reiterar que la legislación forestal vigente (Ley No 7575) prohíbe en su artículo 1 las labores de corta y aprovechamiento en el Patrimonio Natural del Estado (constituido entre otros por los bosques) permitiendo labores de investigación, capacitación y ecoturismo (art 18). Debido a tales restricciones, el MINAE utilizando la figura del ecoturismo, posibilita, mediante el citado decreto, la corta de árboles en el Patrimonio Natural del Estado. De esta manera, se pretendió autorizar la corta de árboles en el caso de proyectos ecoturísticos, tal y como los define el decreto en su artículo 2[6].

La Procuraduría concretamente respondió una consulta efectuada por el MINAE (C-297-2004 de octubre del 2004) de la siguiente manera:
" Al ser la zona marítimo terrestre de carácter demanial, si en ella existe bosque o es terreno de aptitud forestal, por Ley pasará en forma automática, a formar parte del Patrimonio

---

3 Profesor de derecho ambiental (maestría y licenciatura), Universidad de Costa Rica.

4 Lo anterior ha sido declarado así por votos 2003 08742, 5399-93, de las dieciséis horas treinta y nueve minutos del veintiséis de octubre de mil novecientos noventa y tres, entre otros.

5 La sentencia No. 16975-08 de la SC, declara con lugar acciones de inconstitucionalidad acumuladas y anula el Decreto Ejecutivo No. 31750-MINAE-TUR de 30 de marzo de 2004.

6 Los alcances de la expresión ecoturismo ya habían sido delineados en una consulta realizada a la Procuraduría, no vinculada directamente con el decreto 31750, No C-339-2004 de noviembre del 2004.

Natural del Estado y su administración le corresponderá al Ministerio de Ambiente y Energía, quedando excluida de la aplicación de la Ley 6043. Cuya consecuencia práctica, es que las Municipalidades no pueden legalmente otorgar concesiones sobre bosques o terrenos forestales de la zona marítimo que integran el patrimonio natural del Estado, sin poderlo administrar tampoco.“

Al respecto la Contraloría General de la República ha indicado (Informe No. DFOE-SM-3-2007 del 16 de febrero, 2007)

¨ Los aspectos comentados en el presente informe, evidencian que la Municipalidad de Aguirre se extralimitó en las potestades que le confiere la Ley sobre la zona marítimo terrestre, por cuanto aprobó y publicó el Plan Regulador de Playa Pará para su desarrollo turístico, clasificada como zona boscosa por el MINAE, sin solicitar su delimitación para que fuese respetada y reservada como patrimonio nacional, por lo que se incumplió con los artículos 73 de dicha ley y 13, 14 y 15 de la Ley Forestal. Con la aprobación de ese plan, las áreas boscosas que le corresponde administrar al MINAE, corren el riesgo de ser objeto de ocupación por privados con la posible alteración irreversible del ecosistema natural, pues a la Municipalidad se han presentado a la fecha, 22 solicitudes de concesión en esa playa.

Ese plan regulador también fue aprobado por el INVU y el ICT. A pesar de que posterior a la aprobación, el ICT se percató que esa zona era boscosa y tuvo la intención de revocar lo acordado, a la fecha del presente informe no se ha dado tal acción, con el consecuente incumplimiento de uno de los propósitos que establece la Ley sobre la ZMT, de garantizar el correcto uso de la zonas costeras conforme el marco regulador vigente. Esto pone de manifiesto las débiles acciones de control que ejercieron el Gobierno Local de Aguirre así como el INVU y el ICT sobre esa playa, consintiendo el desarrollo turístico en zonas que por disposición legal son patrimonio nacional que no puede permutarse, cederse, enajenarse, de ninguna manera, ni dar en arrendamiento, sin que antes haya sido clasificado por el Ministerio del Ambiente y Energía (MINAE).¨

De esta manera se obliga al Concejo Municipal de Aguirre, al Director de Urbanismo del Instituto Nacional de Urbanismos y al Instituto Costarricense de Turismo a dejar sin efecto la aprobación un Plan Regulador por cuanto según el MINAE dicho terreno es una zona boscosa y por consiguiente pertenece al Patrimonio Natural del Estado, según los artículos 13, 14, 15 de la Ley Forestal No. 7575 y al artículo 73 de la Ley sobre la ZMT y su Reglamento. Al Ministerio de Ambiente se le ordena proceder a demarcar la zona boscosa y su correspondiente inscripción como finca a su nombre mediante la ayuda de la Procuraduría."[7]

El Dictamen C-297-2004 contiene varias conclusiones de interés:

¨El Patrimonio Natural del Estado es aplicable a todos los bienes nacionales donde haya recursos naturales forestales (*SALA CONSTITUCIONAL,* voto 4587-97, considerando IV).

Los bosques y terrenos forestales ubicados en la zona marítimo terrestre, dentro de las áreas inalienables, de titularidad estatal, constituyen bienes integrantes del

7 El Informe No. DFOE-SM-119-2007 de Diciembre del 2007, va aún más allá, pues obliga a la Municipalidad de La Cruz a iniciar un proceso de lesividad contra el plan regulador de Punta Castilla-aprobado en el 2002- y las concesiones otorgadas a particulares, debido a que los terrenos son boscosos o de aptitud forestal.

Patrimonio Natural del Estado, en virtud de la afectación inmediata, sin concurrencia de la Administración, que hace la Ley Forestal (arts.13 y 14), e invalida los actos administrativos de enajenación o aplicación a otros usos (*SALA CONSTITUCIONAL,* voto 3789-92).

Como la demanialidad es obra del legislador y se proyecta sobre la categoría de bienes descritos en el citado artículo 13, la clasificación a que alude el numeral 15 ibid es un acto de constatación o corroboración protectora, para impedir la salida anómala de los inmuebles forestales o boscosos del Patrimonio Natural del Estado. El término "quedarán" que emplea ha de entenderse como sinónimo de "permanecerán", "se mantendrán incorporados".

Bajo la normativa actual se impone una interpretación sistemática y armónica de los artículos 1° de la Ley 6043 (sobre la Zona Marítimo Terrestre) con el 13, 14 y 15 de la Ley 7575 (Ley Forestal), y de estos entre sí. La Ley Forestal opera un cambio de destino, usos o aprovechamiento, traslado de competencia para la administración, planificación, conservación y protección de los bienes.

Las Municipalidades están inhibidas para otorgar concesiones sobre los bosques o terrenos forestales de la zona marítimo terrestre que integran el Patrimonio Natural del Estado y no administran.

Las áreas silvestres protegidas del Patrimonio Natural del Estado ubicadas en la zona marítimo terrestre, están excluidas de la aplicación de la Ley 6043, por expresa disposición de su artículo 73, y se rigen por la legislación respectiva***".*** (Opinión Jurídica O. J.-014-2004)¨

De esta forma, el PNE lo integran dos componentes importantes[8]:

a) Las Áreas Silvestres Protegidas, cualquiera sea su categoría de manejo, declaradas por Ley o Decreto Ejecutivo: reservas forestales, zonas protectoras, parques nacionales, reservas biológicas, refugios nacionales de vida silvestre, humedales y monumentos naturales (Ley Forestal 7575, artículo. 1°, párrafo. 2°, 3° inciso i; Ley Orgánica del Ambiente 7554, artículo 32; Ley de Biodiversidad Nº 7788, artículos. 22 y siguientes. y 58; Ley del Servicio de Parques Nacionales Nº 6084, artículo 3° incisos d y f, en relación con la Ley Orgánica del MINAE Nº 7152 y su Reglamento; Ley de Conservación de la Vida Silvestre Nº 7317, artículo 82, inciso a).

b) Los demás bosques y terrenos forestales o de aptitud forestal del Estado e instituciones públicas (artículo 13 de la Ley Forestal), que tienen una afectación legal inmediata. Para la zona marítimo terrestre, la misma Ley 6043 (artículo 73) excluye de su ámbito las Áreas Silvestres Protegidas y las sujetas a su propia legislación.

El resto de áreas boscosas y terrenos de aptitud forestal de los litorales están también bajo la administración del Ministerio del Ambiente y Energía y se rigen por su normativa específica (Ley Forestal, artículo 13 y concordantes) y el Voto de la Sala Constitucional 4587-97#

Finalmente, el Voto 16938-2011 dispuso que todos los humedales forman parte del PNE al concluir que : “

8 Véase el Voto de la Sala Constitucional 16975-2008 sobre el alcance del PNE.

“El Patrimonio Natural del Estado es un bien jurídico, definido e individualizado en nuestro ordenamiento jurídico, cuyos terrenos que lo conforman según la legislación ambiental, no necesitan de una declaratoria de área silvestre protegida para ser objeto de protección por parte de la Administración. Lo anterior no obsta la obligación de la Administración competente de darles las clasificaciones que científica y técnicamente correspondan, para su debida protección y preservación como áreas silvestres protegidas. Esto es materia de interés público y nacional que urge y no puede quedarse indefinidamente sin resolver. Con base en lo expuesto se declara inconstitucional del artículo 2 del Decreto Ejecutivo No. 35803-MINAET la frase "*son aquellos que cuenten con una declaratoria de Área Silvestre Protegida";* en adición, para que la norma preserve su sentido se elimina la conjunción "*que*", luego de la palabra "continentales". También se declara inconstitucional del artículo 3 del Decreto supracitado la frase "*son aquellos que cuenten con una declaratoria como Área Silvestre Protegida";* en adición, para que la norma preserve su sentido también se elimina la conjunción "*que*", luego de la palabra "marinos". De esta manera se preserva la voluntad del Poder Ejecutivo en el sentido que los citados humedales forman parte del Patrimonio Natural del Estado. En relación con el ordinal 3° se deja la frase “los cuales serán administrados por el MINAET a través del Sistema Nacional de Áreas de Conservación”, porque todos los ecosistemas de humedales marinos son áreas inalienables de la zona marítimo terrestre, de dominio público y bienes de la nación, por lo que solo pueden ser administrados por el Estado a través de los órganos que indique la ley.

Por consiguiente, los artículos supracitados deberán leerse de la siguiente forma:

“Artículo 2°- Ecosistemas de Humedales Continentales. Los ecosistemas de humedales continentales forman parte del Patrimonio Natural del Estado”.

“Artículo 3°- Ecosistemas de Humedales Marinos. Los ecosistemas de humedales marinos forman parte del Patrimonio Natural del Estado, los cuales serán administrados por el MINAET a través del Sistema Nacional de Áreas de Conservación”.

Actualmente, el decreto No 35868-MINAET define los términos de ecoturismo, capacitación e investigación y especifica los tipos de acciones que pueden desarrollarse en el PNE fuera o dentro de ASP, así como los procedimientos para obtener los respetivos permisos de uso.

Sobre la clasificación del bosque o terrenos forestales.

El Decreto Ejecutivo Nº 32781**,** declara de interés público la labor de definición del Ministerio del Ambiente y Energía de las áreas de bosque y terrenos de aptitud forestal dentro de la zona marítimo terrestre. **Por su parte, el Decreto No. 36786-MINAET, Manual** para la clasificación de tierras dedicadas a la conservación de los recursos naturales dentro de la zona marítimo-terrestre en Costa Rica, publicado en La Gaceta del 11 de noviembre del 2011"[9],tiene por objetivos identificar dentro de la ZMT aquellos terrenos que clasifiquen como bosques y reservas nacionales para certificarlos e incorporarlos al Patrimonio Natural del Estado; delimitar los terrenos de humedales y definir cuáles de

9 El Manual deroga al decreto anterior que regulaba esta temática e incluye nuevamente (lo que ocurría con el 34295-MINAET del 29 de enero del 2008 primero que normó esta materia) , los terrenos de aptitud forestal como parte de las Unidades a clasificar.

ellos conformar el PNE y delimitar las áreas de protección establecidas en el artículo 33 de la Ley Forestal (art I).

La categorización de los terrenos dentro de la Zona Marítimo-Terrestre corresponderá a las Áreas de Conservación (AC) del SINAC y a profesionales privados debidamente acreditados por los Colegios Profesionales respectivos para que realicen la respectiva clasificación. La validez de los documentos de clasificación emitidos por profesionales privados quedará sujeta a la aprobación que emita el AC respectiva. A las AC con jurisdicción en la ZMT es competerá además, la verificación, fiscalización, deslinde y certificación de tierras del PNE y zonas de protección (artículo III). A nivel de la Dirección Ejecutiva del SINAC, la Gerencia de Ordenamiento Territorial y Cuencas apoya a las AC en lo relativo a la delimitación y gestión del PNE.

La ubicación y delimitación de las áreas del Patrimonio Natural del Estado dentro de la Zona Marítimo Terrestre, debe realizarse como parte del proceso de aprobación del Plan Regulador Costero (PRC), definido por la Ley 6043. El Plan Regulador Costero debe indicar clara y expresamente, las áreas del Patrimonio Natural del Estado para no contabilizarlas en el área total a concesionar y excluirlos de los planos de catastro que forman parte del expediente de concesión.

Para efectos del Manual se consideran en la clasificación las siguientes unidades (V):

1) Bosques

2) Humedales (manglares, esteros, rías, marismas, lagunas costeras, pantanos, bosques anegados, salitrales y/o yolillales).

3) Áreas de protección (ríos, quebradas, nacientes, pozos, entre otros).

El Manual regula con detalle el procedimiento general para la clasificación en su artículo VI; el procedimiento para la definición de bosque (artículo VII[10]); para la definición de terrenos de aptitud forestal (artículo VII); y para humedales (artículo IX) y para las áreas de protección (artículo X). También el proceso de elaboración de las certificaciones (artículo XI) y del Registro y control de las mismas (ante el Registro Inmobiliaria) (artículo XII).

Respecto a los criterios técnicos para la identificación, clasificación y conservación de los humedales existe el decreto No. 35803-MINAET publicado en La Gaceta del 16 de abril del 2010. El decreto tiene por objetivo que los ecosistemas de humedal estén o no creados por decreto o ley, independientemente de quién sea su propietario, deberán ser protegidos y conservados. El MINAET a través del SINAC deberá velar por su conservación. Sin embargo, solo los humedales que estén constituidos dentro del PNE deben ser administrados por el SINAC (artículo 1). El decreto aclara adecuadamente que los humedales continentales o marinos que forman parte del PNE son aquellos que cuenten con declaratoria de Area Silvestre Protegida (artículos 2 y 3). Los artículos 6, 7 y 8 establecen los criterios y características técnicas y científicas para la identificación y clasificación de los humedales. Cada AC deberá asignar a un profesional en

10 En setiembre del 2011 (decreto No. 36818-MINAET publicado en La Gaceta del 11 de noviembre del 2011), se oficializaron los mapas de cobertura boscosa de los años 2000 y 2005 que debe ser utilizados en la toma de decisiones relacionadas con los procesos de planificación, clasificaciones del uso de la tierra, trámite de corta y aprovechamiento forestal, desarrollos agropecuarios, construcciones de infraestructura, entre otros (artículo 1).

Recursos Naturales quien atenderá los temas relacionados con los ecosistemas de humedal (artículo 9).

Sobre la gestión del MINAE respecto a los humedales, el Informe de la Contraloría DFOE-PGAA-59-2008 de diciembre del 2008 indica:

"Aunado a lo anterior, cabe indicar que la propuesta de decreto acerca de los humedales se aparta de lo estipulado en los artículos 2 al 4 de la Convención de RAMSAR (COR), de acatamiento obligatorio para las autoridades públicas costarricenses desde 1991, y que obligan al MINAET a poner freno a las progresivas intrusiones sobre las áreas silvestres protegidas y las zonas húmedas, a fin de impedir su pérdida o deterioro.

Sobre el particular, es interés de esta Contraloría General resaltar la afectación negativa que podría implicar en la conservación y protección del ambiente, las actuaciones señaladas, y en particular el caso de los humedales que estando o no declarados oficialmente, tienen regulaciones especiales tanto nacionales como internacionales que las autoridades públicas están obligadas a respetar.

Asimismo, el artículo 41 de la Ley antes citada señala que los humedales y su conservación son de interés público, por ser de uso múltiple, estén o no estén protegidos por las leyes que rigen la materia ambiental. Sin embargo, desde 1998 el entonces MINAE reconoció la ausencia de reglamentación específica y de protección efectiva para esas áreas[11], así como la carencia de instrumentos de planificación conjunta y de acciones concretas para reducir su vulnerabilidad ante acciones antrópicas, las cuales se siguen presentando en muchos lugares, como se demuestra en los documentos revisados en este estudio[12]. Esta situación incrementa el riesgo de pérdida irreversible de la biodiversidad (flora y fauna) y del hábitat de muchas especies que solo viven en los humedales.

En consecuencia, resulta evidente la débil gestión del MINAET pese a que tanto esta Contraloría General como organismos internacionales han indicado en años precedentes la obligación institucional de supervisar, administrar y proteger los humedales, estén estos o no incluidos dentro de las ASP[13].

De los resultados expuestos en los puntos anteriores, se concluye que el SINAC no cuenta con procedimientos formales para la emisión de políticas institucionales, ni con un marco orientador amplio y actualizado para la administración de las áreas silvestres protegidas, en sus diferentes categorías de manejo, lo cual le impide ser eficiente en el logro de los objetivos, principalmente en la gestión de las áreas silvestres protegidas costeras, que están siendo impactadas por el desarrollo inmobiliario y turístico de esas zonas, poniendo en riesgo la conservación y protección de los recursos naturales que ahí se encuentran y que son Patrimonio Natural del Estado. De igual forma, el MINAET no

---

11 Ver el Inventario Nacional de Humedales de 1998, el oficio SINAC-DG-GASP-331-07.

12 Ver entre otros, los casos señalados con los oficios SINAC-DG-GASP-331-07, SINAC-DS-GASP-249-05, SINAC-DS-GASP-22-04, SINAC-DS-GASP-066-04, SINAC-DS-GASP-441-03, SINAC-DS-GASP-440-03, SINAC-DS-GASP-439-03.

13 Ver informe de la Contraloría General No. DFOE-AM-11/2004, e informes de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN).

ha sido efectivo en la vigilancia de las áreas silvestres protegidas costeras y ha actuado en contravención del ordenamiento jurídico, al permitir que particulares eventualmente se aprovechen de dichas zonas para beneficio propio, concediendo permisos de uso y promoviendo la desafectación de algunas áreas silvestres, sin contar con los estudios técnico científicos necesarios, en contra incluso de criterios emitidos por sus unidades técnicas, e invadiendo potestades reservadas para el poder legislativo; todo ello en detrimento de la conservación y protección del ambiente y de la satisfacción del interés público."

Sobre los permisos de uso

Una de las formas autorizadas para realizar actos sencillos en el PNE (y en otros bienes de dominio público como la ZMT) lo constituyen los permisos de uso.

Los Permisos de Uso. Es entendido como un acto jurídico dictado unilateralmente por la Administración Pública, que permite a un particular el uso en precario del dominio publico[14].

El permiso de uso presenta las siguientes características:

1.- El permiso de uso es a título precario, es un acto de tolerancia administrativa, es decir no crean derechos adquiridos a favor del beneficiario del permiso o permisionario.

2.-La anterior característica conlleva a que la Administración, en cualquier momento pueda revocarlo, acorde con los principios el articulo 154 de la Ley General de la Administración Pública por razones de oportunidad y conveniencia y no genera cobro indemnizatorio a favor del perjudicado.

3.-Los motivos de esa revocación pueden ser: a.- necesidad del Estado de ocupar plenamente el bien; b.- razones de interés general; c.- razones de seguridad; d.- razones de higiene; e.- razones de estética; f.- construcción de obra pública.

4.-Si hay contraposición de intereses entre el fin del bien y el permiso otorgado, debe prevalecer el uso natural de la cosa pública.

Los permisos de uso no pueden ser cedidos o traspasados, sin el visto bueno de la Administración Pública y se acepta que el beneficiario cancele algún tipo de canon o contribución monetaria

Ha sido una figura utilizada por los gobiernos locales para permitir el uso de los particulares de la zona restringida de la zona marítimo terrestre, cuando no existe un plan regulador, que solamente permiten actos sencillos o menores (por lo que no debe permitirse la construcción de edificaciones de carácter permanente, solamente obras menores que permitan su rápida y fácil remoción, articulo 19 de la Ley 6043).[15]

Como de indicó anteriormente, según el reglamento 35868-MINAET:

"En los terrenos previamente declarados como Patrimonio Natural del Estado, tanto dentro de las Áreas Silvestres Protegidas como fuera de ellas, sólo se permitirá realizar actividades de capacitación, ecoturismo e investigación, estas actividades estarán sujetas a lo establecido en el plan de

14 Procuraduría General de la Republica C 072-97, C-100-95, C-011-2005.

15 En algunos casos las Municipalidades han procedido a reglamentar el otorgamiento de los mismos, por ejemplo, véase el reciente Procedimiento para Otorgar Uso del Suelo en la Zona Marítimo-Terrestre del Cantón de Osa, publicado en La Gaceta del 5 de abril del 2010.

manejo del Área Silvestre Protegida y otras regulaciones establecidas en la presente normativa, de la siguiente manera:

A- Dentro de las Áreas Silvestres Protegidas

En el caso de las Áreas Silvestres Protegidas a excepción de los Parques Nacionales y las Reservas Biológicas, las actividades de ecoturismo se podrán realizar única y exclusivamente en las zonas establecidas por el Sistema Nacional de Áreas de Conservación (SINAC), de conformidad con la zonificación de cada Área Silvestre Protegida.

B- Fuera de las Áreas Silvestres Protegidas

En los terrenos del Patrimonio Natural del Estado, que se ubiquen fuera de las Áreas Silvestres Protegidas se permite desarrollar todas las actividades establecidas en el artículo 18 de la Ley Forestal. A continuación se detalla el tipo de actividad permitida según cada categoría:

Las actividades de ecoturismo que se pueden desarrollar son las siguientes:

a. Senderos o caminos rústicos.

b. Áreas para acampar.

c. Miradores.

d. Canopy.

e. Ascensión a un árbol que sirva de mirador (plataformas de observación en árboles, siempre que el árbol no sea el nicho de crianza o cueva de alguna especie).

f. Puentes colgantes.

g. Rapel.

h. Áreas para descanso.

i. Áreas para almuerzo.

j. Kayak, canotaje.

k. Ciclismo recreativo.

l. Pesca (esta actividad no podrá realizarse dentro de los Parques Nacionales y Reservas Biológicas, ni dentro de los humedales que se encuentren dentro de estas categorías).

m. Otras compatibles con el ambiente y los objetivos de este decreto.

n. Alberges.

Las actividades de investigación que se pueden desarrollar son las siguientes:

a) Miradores para observación de especies silvestres o para control y protección. (única y exclusivamente con fines científicos).

b) Senderos (única y exclusivamente con fines científicos).

c) Instalación de trampas cámara.

d) Recolección de muestras de biodiversidad, de conformidad con lo establecido en la Ley de la Biodiversidad Nº 7788 y su reglamento.

e) Restauración, mejoramiento y/o rehabilitación de humedales y otros ecosistemas.

f) Otras relacionadas y debidamente autorizadas.

Para realizar actividades de capacitación se pueden desarrollar son las siguientes:

a) Giras demostrativas.

b) Aulas ecológicas.

c) Programas de educación ambiental.

d) Otras relacionadas y debidamente autorizadas.

El SINAC concederá permisos de uso dentro del Patrimonio Natural del Estado cuyas actividades deberán ser autorizadas por el Director o Directora del Área de Conservación correspondiente. Todo permiso de uso aprobado o denegado será a través de una resolución administrativa debidamente fundamentada. Dicho permiso no podrá ser cedido, traspasado o donado, será otorgado en condición precaria, y por ende no implica derecho alguno de propiedad sobre el terreno, y podrá ser revocado cuando el Estado así lo determine por razones de conveniencia, de oportunidad o de interés público, de conformidad con el artículo 154 de la Ley General de la Administración Pública, Ley Nº 6227.

El plazo de vigencia de los permisos de uso otorgados será de cinco años, y podrá ser superior a dicho plazo cuando legal y técnicamente ha sido justificado por el solicitante y aprobado por el Área de Conservación respectiva, la necesidad del plazo para su ejecución, mismo que no podrá superar los 10 años. En todos los casos, y con seis meses de antelación al vencimiento del permiso, el Área de Conservación respectiva comunicará al interesado el vencimiento de su permiso de uso, para tal efecto el interesado deberá de solicitar la respectiva prórroga por escrito y haciendo constancia de ello en el expediente administrativo, bajo el apercibimiento de que la omisión implicará la caducidad automática del permiso de uso. Las prórrogas podrán darse en forma consecutivas. Una vez vencido el permiso de uso, y no medie solicitud de prórroga, el mismo no tendrá validez alguna para el administrado, teniendo la obligación de gestionarlo nuevamente, con el respectivo cumplimiento de los requisitos dados por ley y reglamento.

Cada Área de Conservación deberá conformar un expediente debidamente rotulado, ordenado cronológicamente y foliado, por cada permiso de uso otorgado e inscribirlos en un libro de registro, en el cual consignará fecha de emisión, número de resolución administrativa con la que se aprueba o rechaza el permiso, periodo de vigencia del permiso, tipo de permisionario sea persona física o jurídica, y actividad a realizar.

Para todo aquel permiso de uso en áreas del Patrimonio Natural del Estado deberá cumplirse con los siguientes requisitos, ante el Área de Conservación correspondiente:

1. Solicitud por escrito indicando nombre completo, número de cédula física o jurídica, dirección del solicitante, lugar o medio para recibir notificaciones y teléfono, área de interés, actividad a realizar, ubicación en hoja cartográfica del área solicitada.

2. Croquis o dibujo a escala del área de interés.

3. Copia certificada de la cédula física o cédula jurídica.

4. Anteproyecto de las actividades que desea desarrollar.

El Área de Conservación respectiva, tendrá un plazo máximo de un mes para aprobar o denegar la solicitud, una vez el administrado haya cumplido a cabalidad con los requisitos aquí establecidos.

Además de los requisitos citados, los interesados deberán cumplir con las siguientes disposiciones:

a) La infraestructura deberá contar con facilidades para cubrir las necesidades de personas discapacitadas. (Ley Nº 7600)[16]

b) Todo desarrollo deberá contar con los equipos necesarios y un plan para actuar en caso de emergencia.

c) Los sistemas de iluminación exterior deberán estar proyectados hacia el suelo y en las vías de acceso (caminos, senderos) estarán a una altura de 80 centímetros sobre el suelo y siempre dirigiendo su haz de luz hacia abajo. Bajo ninguna circunstancia se autorizarán reflectores dirigidos hacia el bosque o la playa.

d) No se permitirá la excavación y, los desechos de cualquier construcción deberán ser adecuadamente dispuestos para su traslado o eliminación.

e) En casos debidamente justificados, se permitirá la poda de ramas o bien la corta de árboles cuando estos representen un peligro para las personas y la fauna del lugar.

f) Las actividades de investigación a desarrollar deberán contar con los requisitos y permisos establecidos en la Ley de Conservación de la Vida Silvestre N° 7317 y su Reglamento.

g) El permisionario deberá garantizar la integridad del área asignada, estableciendo los medios y mecanismos efectivos de control y protección, los cuales deben formar parte del plan de manejo.

h) Presentar informes periódicos sobre la ejecución del plan.

i) El AC valorará si en un determinado territorio se puede autorizar la realización de dos o tres actividades simultáneamente en el mismo sector o dispersas en el tiempo y espacio.

Una vez aprobada la solicitud por parte del Área de Conservación respectiva, el interesado deberá presentar un Proyecto Específico de las actividades a desarrollar y la aprobación por parte de la Secretaría Técnica Nacional Ambiental (SETENA), de la viabilidad ambiental o estudio de impacto ambiental, según corresponda.

Según la actividad a realizar, el Proyecto respectivo deberá contener al menos:

1) Actividad ecoturística

a. Resumen Ejecutivo del proyecto

b. Introducción.

c. Justificación.

d. Objetivos

e. Diagnóstico e inventario de los recursos naturales del área de interés y de la zona aledaña,

f. Desarrollo de la propuesta de proyecto.

g. Capacidad de carga turística (cuando aplica).

16 Es poco claro el alcance de estas disposiciones considerando que los permisos de uso no autorizan en general a levantar construcciones de carácter permanente sino actos sencillos.

h. Estudio de factibilidad. Relación costo-beneficio.

i. Plan de diseño del sitio

j. Plan de manejo de desechos (cuando corresponda)

k. Cronograma de actividades

2) Actividad de capacitación

a. Resumen ejecutivo del proyecto

b. Introducción.

c. Justificación.

d. Objetivos

e. Desarrollo de la propuesta de proyecto.

f. Plan de manejo de desechos (cuando corresponda)

g. Cronograma de actividades

3) Actividad de investigación

a. Anteproyecto de investigación según Decreto Ejecutivo Nº 32553-MINAE, publicado en *La Gaceta* N° 197 de 13 de octubre de 2005.

Tendrán prioridad para el otorgamiento de un permiso de uso en terrenos del Patrimonio Natural del Estado, siempre que cumplan con los requisitos establecidos en este Reglamento, los siguientes casos:

a) Las empresas o personas físicas que sean titulares de un contrato de concesión por parte de la Municipalidad respectiva, conforme lo establece la Ley 6043 sobre la Zona Marítima Terrestre sobre esos terrenos con anterioridad a su traslado al Patrimonio Natural del Estado[17].

b) Las empresas o personas físicas que sean ocupantes de la parcela y que han realizado acciones previas para obtener un contrato de concesión o la obtención de un permiso de uso, cuido y mantenimiento de la parcela ante la respectiva Municipalidad[18]. Para todos los efectos deberán aportar la documentación que acredite dicha condición.

c) Los pobladores u organizaciones locales.

El SINAC será el órgano responsable para establecer los montos por los cánones según las actividades a realizar. Para el otorgamiento del permiso de uso cobrará un canon anual correspondiente al 2% anual sobre el valor de las obras de infraestructura construidas dentro del área del permiso de uso y el valor de la tierra de acuerdo con el avalúo de la Dirección General de Tributación Directa respectiva. El canon a pagar por el permisionario deberá ser depositado en la cuenta del Fondo de Parques Nacionales N° 41220-5 del Banco Nacional de Costa Rica; y deberá presentar comprobante de depósito ante el Área de Conservación respectiva para dejar constancia de ello en el expediente administrativo".

---

17 La redacción de este inciso es inadecuada. En principio si existiere una concesión ilegalmente otorgada sobre PNE en la ZMT, corresponde proceder, dentro de los procedimientos legales del caso, a su respectiva anulación (incluyendo las indemnizaciones que fueren procedentes) y posteriormente la parcela estaría sujeta a la posibilidad de permisos de uso.

18 El alcance de este inciso es incierto. Parece referirse al PNE en la ZMT debido a las referencias a la " concesión" y al ente municipal. Es decir, quienes han ocupado, sin título, el PNE en ZMT tendrían preferencia si solicitan un permiso de uso, pero por supuesto, únicamente posibilitaría las actividades indicadas en el artículo 18 de la Ley Forestal y reglamentadas mediante este decreto.

Otros casos específicos de permisos de uso.

Existen sin embargo, otros regímenes legales de permisos de uso existentes en la legislación nacional, que es menester describir brevemente, pues indican que, a pesar de las consideraciones doctrinarias, existe cierta flexibilidad normativa para establecer el alcance de los permisos de uso.

Permisos de uso para antenas de telecomunicación en ASP

La Opinión Jurídica-J 144-2001 refleja la posición de la PGR respecto a los permisos de uso para la instalación de antenas de telecomunicación en ASP regulados en el decreto No. 26187:

" El permiso de uso ha sido definido como un acto jurídico unilateral, dictado por la Administración en el uso de potestades discrecionales. Mediante él, en forma transitoria, se autoriza el uso de un bien perteneciente al Estado. El permiso de uso es "precario", puede revocarse por razones de oportunidad o conveniencia sin responsabilidad para la Administración, siempre que no se haga en forma intempestiva o arbitraria. Así, por ejemplo, podría presentarse una contraposición de intereses entre el fin del bien y el permiso otorgado, en cuyo caso debe prevalecer el uso dado por el ordenamiento o la necesidad del Estado de utilizar directamente el bien para construir una obra pública, o razones de seguridad, higiene, estética. Circunstancias de esa índole justificarían la revocatoria del permiso (Ley General de la Administración Pública, numeral 154; Sala Constitucional, Votos Nos. 2306-91, 5976-93, 6434-93, 422-96 y 6079-94; dictámenes nuestros C-072-97, C-139-97, C-014-2000 y C-083-2000). -

Por su parte, el Reglamento a la Ley Forestal, Decreto Nº 25721 de 17 de octubre de 1996 (La Gaceta Nº 16 de 23 de enero de 1997), artículo 2, define los permisos de uso como "*autorizaciones para el uso de partes de terrenos de propiedad Estatal, para fines que no conlleven el aprovechamiento forestal". –*

El permiso de uso genera un beneficio económico o de índole diversa, que justifica fijar una contraprestación a cargo del administrado y en favor de la Administración (Sala Constitucional, Nº 2777-98). -

En vista de que las instalaciones para telecomunicación en áreas protegidas producen utilidades y beneficios a los permisionarios, debe existir una adecuada relación entre la rentabilidad económica que genera el uso autorizado y la contraprestación que recibe el Estado. No es permisible que los permisionarios obtengan un enriquecimiento injusto derivado por el cobro de exiguas remuneraciones. Las normas reglamentarias deben velar por la observancia en la equidad de esa contraprestación (OJ-017-2000 y OJ-079-2001). -

Conforme al artículo 12 de la Ley del Servicio de Parques Nacionales, N°6084 de 24 de agosto de 1977, no *"pueden otorgarse concesiones de tipo alguno para la explotación de productos de los parques nacionales, ni otorgarse permiso para establecer otras instalaciones que las del Servicio."*

Sin embargo, los artículos 154 de la Ley General de la Administración Pública, Nº 6227 de 2 de mayo de 1978 y el 39, inciso i) de la Ley Forestal, 7575 de 5 de febrero de 1996, dan fundamento legal para autorizar puestos de telecomunicaciones en áreas silvestres protegidas.-

De acuerdo con el artículo 154 de la Ley 6227, es posible otorgar permisos de uso sobre el dominio público siempre que sea a título precario. Por su parte, el numeral 39, inciso i)

de la Ley 7575 señala que el Fondo Forestal, se financiará, entre otros, con el valor de los cánones pagados en función de "*los permisos de uso de los recursos naturales, otorgados en las áreas silvestres protegidas, cualquiera que sea su categoría de manejo, que conforman el patrimonio natural del Estado*." La norma se refiere a permisos de uso en forma genérica y contempla todas las categorías de manejo.-

En consonancia con esas disposiciones legales, el artículo 11 del Reglamento a la Ley Forestal, establece que dentro del Patrimonio Natural del Estado podrán otorgarse permisos de uso que no requieran aprovechamiento forestal y no afecten los ecosistemas, la vida silvestre, los suelos, los humedales y los sistemas acuíferos. El canon es fijado por la Administración mediante resolución razonada y su incumplimiento dará lugar a revocar el permiso conforme al artículo 154 de la Ley General de la Administración Pública."

Por su parte, refiriéndose al tema de la constitucionalidad de estos permisos de uso, la SC en el voto 8945 del 2005, estableció:

" VI. El caso concreto. Una vez realizadas las anteriores consideraciones preliminares como marco de referencia, se procede a resolver los alegatos del accionante, quien infiere que el decreto impugnado violenta el artículo 50 de la Constitución Política, por cuanto -en su criterio- infringe lo dispuesto en la Ley de Servicio de Parques Nacionales, en el sentido de que no es posible otorgar permiso alguno dentro de las áreas protegidas. Ciertamente el artículo 12 de la Ley No. 6084 de 24 de agosto de 1977 dispone:

"No pueden otorgarse concesiones de tipo alguno para la explotación de productos de los parques nacionales, ni otorgarse permiso para establecer otras instalaciones que las del Servicio."

Sin embargo, este Tribunal comparte la tesis esbozada por la Procuraduría General de la República, en el sentido de que dicha norma debe ser analizada en el contexto normativo surgido con posterioridad a dicha ley y atendiendo a la necesidad de un desarrollo sostenible. Lo cuestionado en el decreto ejecutivo No. 26187-MINAE es la posibilidad de otorgar un permiso de uso para instalar puestos de telecomunicación en áreas protegidas. Esta facultad de otorgar permisos de uso se encuentra debidamente contemplada en la Ley General de Administración Pública del 2 de mayo de 1978, en el artículo 154 que dice:

"Los permisos de uso del dominio público, y los demás actos que reconozcan a un administrado un derecho expresa y válidamente a título precario, podrán ser revocados por razones de oportunidad o conveniencia sin responsabilidad de la Administración; pero la revocación no deberá ser intempestiva ni arbitraria y deberá darse en todos los casos un plazo prudencial para el cumplimiento del acto de revocación."

Ha señalado la Sala que el permiso de uso es un acto jurídico unilateral que lo dicta la Administración, en el uso de sus funciones y lo que se pone en manos del particular, es el dominio útil del bien, reservándose siempre el Estado, el dominio directo sobre la cosa. La precariedad de todo derecho o permiso de uso, es consustancial a la figura y alude a la posibilidad que la administración, en cualquier momento lo revoque, ya sea por la necesidad del Estado de ocupar plenamente el bien, por la construcción de una obra pública al igual que por razones de seguridad, higiene, estética, todo ello en la medida que si llega a existir una contraposición de intereses entre el fin del bien y el permiso otorgado, debe prevalecer el uso natural de la cosa pública. Por consiguiente, sometiendo lo señalado al caso concreto, estaríamos entendiendo que una norma posterior vino a establecer

la posibilidad de otorgar un permiso de uso sobre bienes de dominio público, con carácter precario y haciendo prevalecer el uso natural de la cosa, tratándose de las áreas protegidas, su fin de conservación. Por otro lado, la Ley Forestal, que es ley No. 7575 y que fue emitida el 13 de febrero de 1996, dispone en el artículo 39, que uno de los recursos que constituirá el Fondo Forestal es precisamente el valor de los cánones o tasas que el Ministerio del Ambiente y Energía determine, **producto de los permisos de uso de los recursos naturales, otorgados en las áreas silvestres protegidas** , cualquiera que sea su categoría de manejo, que conforman el patrimonio natural del Estado. Y así fue reglamentado en el Decreto No. 25721-MINAE del 17 de octubre de 1996, que es Reglamento a la ley Forestal:

"Artículo 11.-

La A.F.E. concederá permisos de uso del patrimonio natural y forestal del Estado únicamente a aquellos proyectos que no requieran aprovechamiento forestal y que no afecten los ecosistemas, la vida silvestre, los suelos, los humedales y los sistemas acuíferos, excepto las actividades expresamente permitidas por la Ley 6084 de Parques Nacionales y la Ley 7317 de La Vida Silvestre. Excepciones adicionales se permitirán únicamente en el interés público y sujeto a un estudio de impacto ambiental y al cumplimiento de sus recomendaciones..."

Este Tribunal entiende de la misma normativa citada la facultad para emitir estos permisos, así como también a la protección de los ecosistemas, la vida silvestre, los suelos, los humedales y los sistemas acuíferos……

Este Tribunal valoró precisamente que la instalación de torres se trataba de un permiso de uso de las zonas protegidas, como un acto típico de administración, indicando que estos terrenos ya han sido declarados de uso público por parte de la Asamblea Legislativa y la Administración lo único que hace es establecer controles y límites a ese uso público a fin de lograr el objetivo de la protección de los recursos naturales….

Y atendiendo a lo anterior, definió la naturaleza jurídica de los permisos de uso dentro de las áreas protegidas:

"...Con anterioridad a la actual Ley Forestal número 7575, en el otorgamiento de autorizaciones para ubicar puestos de telecomunicación dentro de áreas protegidas, se utilizó por la naturaleza jurídica de los terrenos sobre los cuales se ubicaban esos puestos, la figura del permiso de uso, figura que fue posteriormente ratificada por el artículo 39 inciso i) de esa Ley Forestal que expresamente señaló que el Fondo Forestal se nutriría del valor de los cánones o tasas que el Ministerio del Ambiente y Energía determinare, producto de los permisos de uso de los recursos naturales, otorgados en las áreas silvestres protegidas, cualquiera que fuere su categoría de manejo, que conforman el patrimonio natural del estado. Siendo los terrenos sobre los cuales el Estado autoriza la instalación de puestos de telecomunicación, parte del patrimonio natural del estado, están sujetos a un uso público determinado por ley, por lo que la detentación privada deviene en excepcional al destino por el que esos terrenos están afectados, requiriendo para legitimarla un acto expreso de la Administración, que en el presente caso consiste en un permiso de uso otorgado vía resolución administrativa..."

Determinó además, que de conformidad con las Leyes Orgánica del Ambiente No. 7554, Forestal No.7575 y de Creación del Servicio de Parques Nacionales No. 6084, le corresponde al Ministerio del Ambiente y Energía, la administración de las áreas silvestres, al tener incidencia las disposiciones a dictar en la materia sobre

la administración de esas áreas, por lo que siendo esas reglas de carácter general, lo procedente en estos casos es regular este tipo de relaciones con el administrado, con el artículo 121.1 de la Ley General de la Administración Pública que señala que los actos de alcance general se deben emitir por medio de decretos, por ello, a pesar de que durante los primeros años se reguló en las mismas resoluciones que otorgaban esos permisos, todo lo referente a las condiciones que el Estado le imponía al permisionario, incluyendo el área que ocuparía cada puesto dependiendo de la actividad a la que se dedicara y el canon a pagar por el uso del terreno, posteriormente mediante los Decretos Ejecutivos No. 213124-MIRENEM y No. 23109-MIRENEM, se establecieron regulaciones diferentes para los puestos ubicados en parques nacionales (caso del Volcán Irazú) y en reservas forestales (caso del Cerro de la Muerte), tomando en consideración que la legislación vigente en ese momento diferenciaba entre estas categorías de manejo. Consideró desde aquel momento, que con la aparición primero de la Ley Orgánica del Ambiente y posteriormente la Ley Forestal, nuestro ordenamiento jurídico nuevamente le dio un trato similar a las diversas áreas silvestres, lo que hizo necesario que el Estado unificara las disposiciones que deben regir para otorgar permisos de uso en estos casos. De esta forma se dictó el Decreto Ejecutivo No. 26187-MINAE, que fue cuestionado por el recurrente en aquella sentencia, mediante el cual el Ministerio del Ambiente y Energía señaló, como administrador de esas áreas protegidas, cuáles son las disposiciones que regirán a partir de esa fecha para los puestos de telecomunicaciones ubicados en esas áreas. Con este decreto se pretende no sólo el mantenimiento de esos puestos dentro de las áreas protegidas, sino además, proteger las bellezas escénicas y los recursos naturales existentes en ellas, de ahí que el Decreto citado clasifica los diversos tipos de puestos existentes, establece los cánones correspondientes y norma además el impacto de esos puestos sobre los ecosistemas. En materia de telecomunicación el decreto establece tres tipos de canon a pagar al Estado, según la actividad a que está dedicada cada uno de ellos: televisoras, radiodifusoras y radiocomunicación privada. El monto establecido para cada uno de los distintos tipos de estos puestos obedece además, a la realidad económica del país y a la necesidad de que las áreas silvestres protegidas autofinancien los gastos que produce su administración, manejo y protección, por medio de los servicios que prestan (ver sentencia No. 2777-98). La Sala no estima que deba variar el criterio expuesto, por lo que el decreto impugnado no resulta inconstitucional según lo indicado, atendiendo precisamente a la necesidad actual de someternos a un desarrollo sostenible."

Debe mencionarse que la la Ley de ARESEP en su artículo 79 (mediante reforma operada por la Ley No. 8660) expresamente autoriza los permisos de uso para la instalación de torres de telecomunicaciones en el PNE.

Permisos de uso contenidos en la Ley General de Vida Silvestre y el reglamento.

El reglamento a la LCVS también contiene normas relacionadas con los permisos de uso que son de interés comentar brevemente.

De conformidad con el artículo 152 del reglamento a la LCVS, el SINAC podrá otorgar **permisos de uso, en la zona marítima terrestre (zona restringida) comprendida dentro de los límites de los Refugios de Propiedad Mixta, de acuerdo al artículo 82 de la Ley Vida Silvestre, Nº 7317, al artículo 19 de la Ley Forestal 7575 y el artículo 11 del reglamento a la Ley Forestal, Decreto Ejecutivo 25721-MINAE y otras leyes conexas.**

Los interesados en realizar actividades de tipo a y h contempladas en el artículo 151 de este reglamento deben cumplir con los siguientes requisitos (art 153):

a) Presentar solicitud por escrito ante las oficinas del SINAC, en el Área de Conservación que corresponda.

b) Original y copia certificada de la escritura o concesión.

c) Original o copia certificada del plano catastrado. En la Zona Marítimo Terrestre, si la propiedad no esta amojonada el SINAC solicitara al IGN dicho amojonamiento. Si el documento no puede catastrarse por ausencia de amojonamiento, el SINAC solicitará copia de un plano y verificará mediante inspección de campo la posesión y verificación de límites.

d) Certificación de personería jurídica en caso de sociedades.

e) Presentación de la Viabilidad Ambiental otorgada por la SETENA.

f) Plan de Manejo, tal como la establece la ley de biodiversidad.

Los interesados en realizar actividades de tipo b y c contempladas en el artículo 151 de este reglamento deberán cumplir con los siguientes requisitos (art. 154):

a) Presentar solicitud por escrito ante las oficinas del SINAC, en el Área de Conservación que corresponda.

b) Original y copia certificada de la escritura o concesión.

c) Original o copia certificada del plano catastrado. En la Zona Marítimo Terrestre, si la propiedad no esta amojonada el SINAC solicitara al IGN dicho amojonamiento. Si el documento no puede catastrarse por ausencia de amojonamiento el SINAC solicitará copia de un plano y se verificará junto con el IGN, mediante inspección de campo la posesión y verificación de límites.

d) Certificación de personería jurídica en caso de sociedades.

e) Planos de construcción, tratamiento de aguas negras jabonosas y desechos sólidos, aprobadas por las entidades receptoras respectivas.

Para efectos del artículo Nº 151 en su inciso f, se solicitarán los siguientes requisitos (art.155):

a) Llenar formulario de solicitud.

b) Original o copia certificada de la escritura o concesión.

c) Original o copia certificada del plano catastrado.

d) Personería jurídica en caso de sociedades.

e) Presentación de la Viabilidad Ambiental otorgada por la SETENA.

f) Para realizar proyectos de extracción de arena, piedra se deberá cumplir con los requisitos que al efecto exige el Código de Minería.

Para efectos del artículo 151 de este Reglamento en sus incisos d) y e) se solicitarán los siguientes requisitos (art. 156).

a) Presentar solicitud escrita ante las oficinas regionales del SINAC, en el Área de Conservación que corresponda.

b) Original o copia certificada de la escritura o concesión

c) Original o copia certificada del plano catastrado. En la Zona Marítimo Terrestre si el documento no puede catastrarse por ausencia de amojonamiento el

SINAC solicitará una copia de un plano y verificará, junto con funcionarios del Instituto Geográfico Nacional, medi ler de carros, tiendas de venta y alquiler de artículos deportivos en edificaciones hotelera-turísticas; tiendas de campaña o carpas, instalaciones comerciales artesanales, estacionamientos, tiendas de abarrotes o artículos deportivos, restaurantes, etc. (Exp. No. 05-006979-0007-CO, Voto No. 11155-2007).

Debido a los Informes de Fiscalización no se continúan otorgando este tipo de permisos en PNE para actividades diferentes a las listadas en el artículo 1 y 18 de la Ley Forestal, según se explicó.

Permisos de uso en el caso de manglares

El transitorio 1 de la Ley Forestal establece que los permisos, concesiones y los contratos amparados a la legislación derogada seguirán vigentes hasta el vencimiento. No obstante, en la zona marítimo terrestre y los manglares, la Administración Forestal del Estado prorrogará los permisos, las concesiones y los contratos amparados en la legislación anterior, siempre que en virtud de ellos se haya realizado inversiones en infraestructura y cumplan con los requisitos ambientales para tal efecto.

El decreto No 29432 MINAE establece los requisitos para la renovación de permisos de uso en áreas de manglar existentes relacionados con la producción de sal o camarones, publicado en La Gaceta No 50 del 12 de marzo del 2001. Estos se complementan con la resolución SINAC-No 7 publicada en La Gaceta del 21 de mayo del 2002 sobre los procedimientos para las prórrogas de permisos de uso en ecosistemas de manglar, principalmente para la producción de sal y cultivo de camarones.

Permisos de uso en el caso de actividades de ecoturismo

Igualmente, el reglamento para el desarrollo de proyectos de producción de moluscos y ecoturísticos en el Pacífico Central autoriza al MINAE por medio del SINAC a otorgar permisos de uso en las zonas de manglar del Pacífico Central y Norte para proyectos productivos de moluscos y ecoturismo, desarrollados por comunidades costeras organizadas (decreto No 28474-MINAE del 3 de marzo del 2000). Para tal efecto se debe contar con un plan de manejo, que se trate de una comunidad organizada aledaña, que exista un convenio suscrito con una organización no gubernamental involucrada en el manejo de los recursos naturales que actuará como regente y el pronunciamiento sobre la viabilidad ambiental por parte de la SETENA (art. 2, 3, 4, 6 y 7 del decreto). Igualmente debe contarse con la aprobación y participación del INCOPESCA en lo tocante a sus competencias legales.

B. Conflictos por la ocupación irregular del territorio en áreas bajo regímenes especiales (PNE y ZMT).

Diversas publicaciones y foros (Programa de Regularización de Catastro y Registro, Informes del Estado de La Nación,) han puesto en evidencia la problemática de la ocupación irregular de las áreas bajo regímenes especiales y del patrimonio natural del Estado. Diversos documentos han desnudado las deficiencias en la administración de estas porciones del territorio y la complejidad de la normativa legal que debe ser aplicada por los diferentes actores. Desde el 2006 aproximadamente, la intervención reiterada de la Contraloría General- fundamentalmente por medio de sus Informes de Fiscalización- y sentencias

de la Sala Constitucional relacionadas el Patrimonio Natural del Estado (fuera y dentro de áreas protegidas) y la zona marítimo terrestre han visualizado esta problemática.

Las publicaciones relacionadas con los posibles desalojos y demoliciones en la zona marítimo-terrestre de Gandoca-Manzanillo constituyen un ejemplo más e ilustran un grave problema de vieja data y cuyas causas son de la más variada índole: la ocupación ilegal de ciertas porciones del territorio y las implicaciones jurídicas, sociales y ambientales derivadas de este estado "irregular", por llamarlo de esta manera. Las controversias legales por la tenencia irregular de la tierra son particularmente evidentes en las llamadas áreas bajo regímenes especiales (conocidas como zonas "ABRE"), las cuales incluyen fundamentalmente a las franjas fronterizas (2000 metros en cada caso); los territorios indígenas; las áreas silvestres protegidas y en general el llamado Patrimonio Natural del Estado (terrenos boscosos o de aptitud forestal de naturaleza pública); los inmuebles bajo administración del IDA y la zona marítimo terrestre (en estos dos últimos supuestos también existen terrenos que conforman el Patrimonio Natural del Estado a cargo del MINAE). Otro caso no menos complejo, aunque por razones diferentes, resulta el relativo a las tierras de JAPDEVA.

De manera puntual, esta problemática general se traduce en numerosas situaciones conflictivas, entre las cuales se cuentan: los asentamientos humanos en el Refugio de Vida Silvestre Ostional; alguna de la ocupación del Refugio de Vida Silvestre de Gandoca-Manzanillo; la vieja cuestión de la titulación en la Reserva Forestal Golfo Dulce, entre muchos otros. A ello se suma la presencia ilegal verificada a lo largo de toda la zona marítimo-terrestre, tanto en el Caribe como en el Pacífico. Esta realidad ha sido- en no pocas ocasiones- tolerada, fomentada y apoyada por el Estado cuyas instituciones también tienen presencia- al margen de la legalidad- en los espacios indicados.

Las causas subyacentes son múltiples: tolerancia de acciones ilegales y falta de capacidad y voluntad para aplicar la normativa existente; legislación cuyas consecuencias en la realidad no fueron adecuadamente sopesadas ni anticipadas; criterios jurisprudenciales y de autoridades administrativas excesivamente restringidos e inflexibles; dificultades para hacer cumplir ciertas normas debido a la inacción del pasado; interpretaciones legales nuevas de normas vigentes desde hace mucho tiempo; etc.

Los siguientes ejemplos concretos pueden servir para ilustrar los alcances de este conflicto:

- PNE y la ZMT. La aplicación del concepto legal de PNE ha implicado la pérdida de la administración municipal de los terrenos ubicados en la zona marítimo-terrestre cubiertos de bosque o de aptitud forestal, los cuales no pueden ser otorgados en concesiones ni incluirse en los planes reguladores costeros (Dictamen C-297-2004 de la Procuraduría General). La Contraloría General de la República ha emitido Informes de Fiscalización que obligan a la anulación de planes reguladores costeros que comprenden territorios del PNE. El Informe No. DFOE-SM-119-2007 de Diciembre del 2007, va aún más allá, pues obliga a la Municipalidad de La Cruz a iniciar un proceso de lesividad contra el plan regulador de Punta Castilla-aprobado en el 2002- y las concesiones otorgadas a particulares, debido a que los terrenos son boscosos o de aptitud forestal. Conclusiones similares se encuentran en el Informe DFOE-SM-3 del 2008 sobre Playa Ventanas en Osa.

- El Refugio de Vida Silvestre de Ostional[19]. Según sentencias de la Sala Constitucional (Voto No.8743 del 2003) el Refugio de Vida Silvestre Ostional es un área silvestre protegida de naturaleza estatal. Por ende, lo procedente legalmente es la expropiación de quienes sean titulares de derechos adquiridos antes de su creación. Para la gestión de esta zona del territorio se aplicarían las limitaciones indicadas al tratarse del PNE, es decir solamente pueden darse permisos de uso para actividades de capacitación, investigación, ecoturismo y protección de los recursos, excluyéndose otras actividades productivas o de vivienda. De manera más reciente un voto de la Sala dispuso que el desalojo de los ocupantes ilegales (después de 1983) debía realizarse en un plazo de seis meses. La aplicación de esta disposición hubiera traído graves consecuencias sociales en una zona fuertemente ocupada desde hace varios años. No obstante, finalmente ante una solicitud de aclaración la Sala manifestó que esta orden se refería a los ocupantes que afectaran las condiciones ambientales del Refugio[20].

Casos similares al expuesto se en la Reserva Forestal Golfo Dulce[21] y la imposibilidad, bajo el marco legal actual, para regularizar a ciertos ocupantes.

- La ZMT en general. Con respecto a la ocupación de la ZMT fuera del Patrimonio Natural d10de permisos de uso o de concesiones no otorga derecho a la ocupación, los mismos inclusive han pagado, y se les ha aceptado, cánones.

Ocupantes por títulos no válidos. Consiste en aquellos que, bajo figuras jurídicas absolutamente nulas, invocan un " derecho de ocupar" para justificar su permanencia en la ZMT. Entre ellos cabe citar: compra venta de " derechos de ocupantes (en sentido estricto) o pobladores "; transmisión de permisos de uso; actos municipales que reconocen " derechos a los ocupantes, etc." . Tales actos son absolutamente nulos (art 7 y 71 de la LZMT)

---

19 Precisamente para responder a las dificultades derivadas de aplicar el régimen legal del patrimonio natural del Estado al refugio se presentó el proyecto de Ley No. 17512, Ley de Creación del Refugio Nacional de Vida Silvestre Ostional publicado en La Gaceta del 18 de setiembre del 2009.

20 No. 2009-2020 de las 8:30 horas de 13 de febrero de 2009 en el siguiente sentido: El MINAET y la Dirección Regional del Área de Conservación Tempisque del SINAC, deberán desalojar, únicamente, a las personas físicas o jurídicas cuya presencia en el entorno pueda afectar los fines o propósitos del Refugio Nacional de Vida Silvestre Ostional, como sitio de anidamiento masivo de las Tortugas Lora. La determinación de esas personas, la hará el MINAET y la Dirección Regional dicha, con fundamento en criterios objetivos, unívocos, técnicos y científicos que deberán serle informados a este Tribunal Constitucional. Lo anterior, bajo el entendido que de aplicarse criterios arbitrarios o subjetivos para definir las personas que deben ser desalojadas o de provocarse lesión a los recursos naturales o ecosistemas objeto de protección -por faltas de desalojos- en un futuro será responsabilidad del MINAET y de la Dirección Regional antes citada. De otra parte, esta aclaración y adición, no supone legitimar la situación irregular o sustancialmente disconforme con el ordenamiento jurídico de aquellas personas físicas o jurídicas -aunque no impacten directamente los fines del Refugio-, la que debe ser subsanada o suprimida en un futuro cercano a través de los instrumentos que brinda el sistema jurídico y de las competencias y atribuciones otorgada a cada ente u órgano responsable en la materia. Los Magistrados Armijo y Molina salvan el voto en lo que respecta a la adición y aclaración de la parte dispositiva del Voto No. 2009-2020 de las 8:30 horas de 13 de febrero de 2009 por considerarla improcedente."

21 Para resolver esta problemática en este caso se han presentado igualmente diversos proyecto de ley, entre ellos, el publicado en Gaceta No. 124 del 27 de junio de 2008, Ley de Consolidación Socio Ambiental del Asentamiento Campesino Osa en finca, del Instituto de Desarrollo Agrario, expediente Nº 17.003.

En conclusión existen ocupaciones en la ZMT que no se encuentran reconocidas por la ley y deben, en tesis de principio, ser objeto de desalojo. No obstante, se constata una realidad social: hay quienes han ingresado a la ZMT en condiciones de ilegalidad, por motivos de necesidad económica o de trabajo. La inacción del Estado durante muchos años, ha contribuido a facilitar estas situaciones irregulares, contándose con casos en los cuales se ha prestado servicios públicos, asistencia por parte de instituciones y otros, a pesar de la carencia de requisitos legales.

Actores principales del conflicto:

La Contraloría General de la República desde hace varios años ha venido emitiendo Informes de Fiscalización, cuyas recomendaciones son de acatamiento obligatorio una vez que adquieren firmeza, en materia de ocupación y gestión de la ZMT y en general del Patrimonio Natural del Estado (fuera y dentro de áreas silvestres protegidas), incluyendo en el caso de terrenos boscosos administrados o entregados por el IDA a parceleros. Por ejemplo, para el año 2011 se emitieron los Informes de Fiscalización No DFOE-AE-IF-03-2011 sobre la zonificación del Refugio de Vida Silvestre Gandoca-Manzanillo (REGAMA), DFOE – AE-IF-04-2011 respecto a varios proyectos-permisos de uso- en el REGAMA y DFOE-AE-IF-05-2011 respecto a permisos de uso otorgados por la Municipalidad de Talamanca en dicha área protegida.

Dichos informes han conllevado recomendaciones para que otros actores institucionales, particularmente el Instituto de Desarrollo Agrario; las municipalidades, el Ministerio de Ambiente y el Instituto Costarricense de Turismo, procedan a tomar medidas legales y administrativas para ordenar y llevar a cabo desalojos y demoliciones (cuando procedan); anular planes reguladores y concesiones; modificar planes reguladores costeros, revisar la legalidad de permisos de uso otorgados, etc. Debe indicarse que la CGR ha iniciado procesos contencioso administrativas contra algunas de estas instituciones por la omisión en el cumplimiento de los deberes legales relacionados con la administración de estas tierras (ejemplo la omisión en el derribo de infraestructura en el REGAMA) o la anulación de planes reguladores por parte del ICT, INVU y Municipalidades (casos de Ventanas y Playa Arco)

El Instituto Costarricense de Turismo: tiene como misión principal la promoción del turismo y la superior vigilancia de la ZMT. En particular, ha debido anular declaratorias de interés turístico, planes reguladores y la aprobación de concesiones (en algunos casos) por tratarse de terrenos Patrimonio Natural del Estado. Por ejemplo, como parte del proceso de conciliación de la demanda contenciosa-administrativa presentada por la Contraloría contra esta entidad (y otras), en el caso de Playa Ventanas (Sesión Ordinaria de Junta Directiva N° 5738, Artículo 5, Inciso V, celebrada el día 13 de marzo de 2012), se anula parte del plan regulador y la declaratoria de interés turístico de dicha zona. En sentido similar se procedió con el Plan Regulador de Playa Ballena (sector de Playa Arco), conciliado mediante Acuerdo publicado en La Gaceta del 20 de octubre del 2010. Igualmente, fue modificado el Acuerdo sobre el “Procedimiento Institucional para Planes Reguladores Costeros”, publicado en *La Gaceta* N° 47 del 7 de marzo del 2006, para considerar los casos de planes reguladores y concesiones afectados por la existencia de PNE vigente al momento de surgir esta problemática. El actual Manual para la elaboración de planes reguladores costeros en la zona maritímo-terrestre (Acuerdo de Junta Directiva SJD-616-2012 y SJD-039-2013 publicado en el Alcance de La Gaceta del 23 de abril del 2013, expresamente se refiere a la delimitación del PNE y a la exclusión de estas zonas de la administración municipal.

El Ministerio de Ambiente y Energía, en particular el Sistema Nacional de Areas de conservación (y las respectivas Areas de Conservación) quien en su condición de administrador del Patrimonio Natural del Estado (dentro y fuera de las ASP) ha debido presentar denuncias penales, revisar el otorgamiento de permisos de uso y tomar acciones para proceder al desalojo y demolición de infraestructura en esta porción del territorio, particularmente en ASP. Este órgano ha manifestado su anuencia a buscar soluciones que permitan la regularización de manera selectiva de algunos ocupantes.

Las municipalidades han debido proceder a realizar desalojos en zonas de la ZMT donde existe ocupación ilegal y a la anulación de planes reguladores y concesiones debido a que cubren zonas del PNE.

Procuraduría General de la República: en general su actuación se ha traducido en la emisión de dictámenes- algunos jurídicamente vinculantes para la instancia que consulta-. Por ejemplo el Dictamen 297-2004 que estableció la administración por parte del MINAET de los terrenos boscosos en ZMT.

Ocupantes ilegales de la más variada naturaleza. Constituyen una amplia gama de ocupantes en las diferentes zonas indicadas (ZMT, PNE, etc) y que en algunos casos han alegado (especialmente en el caso de los descendientes afrocaribeños) derechos históricos para permanecer en la zona.

El siguiente cuadro se presenta el caso específico del Refugio de Vida Silvestre Gandoca Manzanillo (REGAMA):

Cuadro 1. El caso del REGAMA: ilustración de un conflicto de ocupación

Marco legal:

El decreto 16614-MAG de 29 de octubre de 1985, que crea el Refugio Nacional de Vida Silvestre Gandoca-Manzanillo (REGAMA), el artículo 6°del decreto16614-MAG excluyó expresamente de ese refugio la zona urbana de Gandoca, Manzanillo y Puerto Viejo. El Art 5 estableció que Dirección General de Catastro Nacional está autorizada para realizar el levantamiento de la cartografía catastral y el registro de oficio de los planos individuales necesarios para desarrollar el proyecto de titulación dentro del área del Refugio y el de las comunidades aledañas de Gandoca, Mata de Limón, San Miguel, Manzanillo y Puerto Viejo".

El **decreto 23069-MIRENEM** del 5 de abril de 1994; el artículo 16 de ese Decreto derogó el art. 6 del decreto 16614-MAG, la consecuencia inmediata de ello, fue que las áreas urbanas de Gandoca, Manzanillo y Puerto Viejo pasaron a formar parte del Refugio.

Posteriormente, se promulgó el **decreto 29019-MINAE de 31 de octubre del** 2000, el cual, a través del artículo 8°, derogó el decreto 23069-MIRENEM; con ello, tácitamente recobró vigencia el artículo 6 del decreto 16614-MAG, se produce en ese momento una disminución tácita del territorio al excluirse de nuevo las áreas urbanas de Gandoca, Manzanillo y Puerto Viejo.

Más adelante, se emitió el **decreto 32753-MINAE de 16 de mayo del 2005, el cual derogó expresamente el artículo 6 del Decreto 16614-MAG; de manera que nuevamente las zonas urbanas de Gandoca, Manzanillo y Puerto Viejo pasan a formar parte del Refugio.**

Por último se emite el **decreto 34043-MINAE,** del 22 de octubre del 2007, que modifica los límites del Refugio, cuyo objetivo consistió en ampliar la zona marítima del refugio y disminuir la zona terrestre, dejando por fuera a las comunidades de Gandoca, Manzanillo y Puerto Viejo, ratificando el decreto original de creación. Esta disposición fue declarada inconstitucional por el Voto No. 1056-09 de la SC, de forma que las zonas urbanas de Gandoca, Manzanillo y Puerto Viejo quedan nuevamente dentro del Refugio, situación que se mantiene a la fecha.

El Plan de Manejo y la zonificación

El Plan de Manejo anterior del REGAMA, fue anulado por inconstitucional mediante Voto Nº 11155-2007 del 01 de agosto del 2007 de la Sala Constitucional debido a incompetencia material (no fue aprobado por el Consejo Nacional de Areas de Conservación).

El Reglamento de Zonificación actual se contempla en el Decreto No. 34946, del 23 de diciembre del 2008.

Intervención de la Contraloría.

El Informe DFOE-PGAA-59-2008, ordena al otorgar permisos de uso ajustarse a lo dispuesto en el art 18 ley forestal (únicamente para ecoturismo, investigación, capacitación) de conformidad con el plan de manejo y en apego a la reglamentacion que regula este tipo de permisos.

El DFOE-AE-IF03-2011, resultado del estudio sobre la zonificación del REGAMA ordena revisar y ajustar reglamento de zonificación conforme a la técnica y legalidad y de acuerdo a los artículos 18 y 19 Ley Forestal, debiendo diferenciarse entre actividades dentro del PNE (únicamente para capacitación, investigación y ecoturismo, excluyendo otras como vivienda) y aquellas en propiedad privada. Otros dos informes- antes indicados- se refieren a dos permisos de uso específicos otorgados por el Area de Conservación y a los permisos otorgados por la Municipalidad de Talamanca.

Desalojos y demoliciones de Las Palmas y Suerre

Luego de años de procesos administrativos y jurisdiccionales de diversa índole para anular los permisos de uso y desalojar a los Hoteles Las Palmas y Suerre sin haberse materializado el mismo, en el año 2009, la CGR presentó una demanda ante el Tribunal Contencioso Administrativo, en la que solicitó la ejecución inmediata del desalojo. Se le ordenó al MINAET y al SINAC proceder con el desalojo de las personas ocupantes del área, a la vez que la jueza ejecutora pidió la demolición del sitio. Mediante una “medida cautelar provisionalísima” de la Sala Primera se provisionalísima” de la Sala Primera se suspendieron los actos administrativos de desalojo y derribo de los Hoteles Las

Palmas y Suerre. Finalmente, en el 2011 el SINAC ejecutó la orden de desalojo y demolición del Hotel Las Palmas, días después se demolió el Hotel Suerre. La remoción de los escombros aún no se realiza debido a trámites y permisos legales.

Adicionalmente a este caso concreto que despertó una gran atención pública, existen problemas relacionados con la ocupación de la ZMT y con la ausencia de derechos de propiedad en la porción de terrenos fuera de la ZMT pero dentro del Refugio que los convertiría en parte del PNE y por ende solo podría realizarse las actividades autorizadas por el artículo 18 de la LF, que excluyen la posibilidad de vivienda o negocios.

Existen además procesos penales, fundamentalmente por infracción a la LZMT contra diversos habitantes de la zona.

Información presentada ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se presentó (mediante el instrumento de las audiencias temáticas) información respecto a la (Audiencia en el 140º periodo ordinario de la CIDH). “Situación de los Derechos Humanos de los Afro-caribeños, Campesinos e Indígenas del cantón de Talamanca, Costa Rica” que indica la problemática de la ocupación y posibles desalojo. Se alega derechos históricos sobre las tierras. La Comisión solicitó a las partes buscar una solución al conflicto, proceso que hoy lidera la Cancillería.

Finalmente, el Consejo Nacional de Areas de Conservación acordó “Respecto a las denuncias planteadas contra los pobladores en el cuadrante de Manzanillo, ubicado dentro del Refugio Nacional de Vida Silvestre Mixto Gandoca Manzanillo; se le solicita a la señora Ana Lorena Guevara, Viceministra de Ambiente del MINAET, que eleve ante la Procuraduría General de la República (PGR), la solicitud de evaluar las acciones correspondientes, a fin de que se suspendan los procesos judiciales interpuestos contra los pobladores, según la lista adjunta, de causas y partes, para que sean suspendidos, hasta tanto no se tenga una resolución de la queja planteada ante la Comisión Internacional de Derechos Humanos (CIDH), por violación a los derechos humanos de los afro-caribeños, campesinos e indígenas del cantón de Talamanca”

Fuente: elaboración propia con base en diversos documentos

C. Conclusiones.

Como respuesta a uno de los conflictos ambientales más relevantes de los últimos años- posibles desalojos de ocupantes de ciertas porciones del territorio como la zona marítimo-terrestre; el Patrimonio Natural del Estado y la zona fronteriza- se aprueba la Ley No. 9073 que establece una moratoria- con algunas excepciones puntuales- al desalojo de ocupantes de las citadas zonas y se otorga un plazo de dos años para la búsqueda de soluciones legales que permitan la regularización de ciertas ocupaciones. Debe indicarse que la citada legislación- contra la cual se cuenta con una acción de inconstitucionalidad- faculta una suspensión temporal por dos años de

los desalojos, pero la solución definitiva de la problemática dependerá de la redacción y aprobación de nuevas leyes (o reforma a las existentes). Como parte de las respuestas a este conflicto se cuentan con la aprobación de la Ley de Reconocimiento de los Derechos de los Habitantes del Caribe que segrega una porción del Refugio de Vida Silvestre Gandoca-Manzanillo y la Ley Marco para la Declaratoria de Zonas Urbanas Litorales y su Régimen de Uso y Aprovechamiento y la Ley de Regularización de Construcciones Existentes en la ZMT. No obstante, aun con estas reglas problemática de la ocupación de las zonas mencionadas no se resuelve en su totalidad a pesar de que el plazo de vencimiento de la moratoria se ha fijado en octubre del 2014. Estos esfuerzos se complementan con el Proyecto de Ley de Régimen Especial dentro de las ASP (No. 19017) y el relativo a la Zona Fronteriza (No. 19018).

Debido a cambios legales, criterios de los órganos de fiscalización o asesores; sentencias de los tribunales, la gestión del PNE requiere importantes esfuerzos por encontrar soluciones que, dentro del respeto a las disposiciones constitucionales sobre protección del ambiente, permitan un mejor proceso de gobernabilidad ambiental y otorguen mayor seguridad jurídica. En particular, el tema ha sido de interés por la relación entre el PNE y la adopción de planes reguladores y el posterior otorgamiento de concesiones en la ZMT, pero tiene implicaciones mucho más profundas con respecto a la ocupación de áreas silvestres protegidas y a los terrenos boscosos o de aptitud forestal del IDA.

Por la magnitud del mismo, no parece posible desentenderse e ignorar una problemática que tiene carácter nacional y considerar que los desalojos y demoliciones son, en todos los casos, la solución que debe imperar. En ciertas hipótesis no cabe duda que este tipo de acciones deben ser emprendidas. No obstante, una visión integral conlleva a buscar otras alternativas para supuestos particulares de ocupación. Para ello se requiere, entre otros aspectos, disposiciones legales diferentes a las actuales. En este sentido, correctamente, las instituciones de control han indicado que deben aplicar la normativa tal y como se encuentra vigente. Sin embargo, también es cierto que cuando se ha intentado proponer nueva legislación para ser interpretada, estas instancias se han opuesto de manera sistemática a su modificación.

El esfuerzo político para atender este asunto puede ser importante, pero no pueden obviarse los costos sociales y ambientales de mantener el status quo. Algunas iniciativas han sido avanzadas por el Programa de Regularización de Catastro y Registro y otros actores, pero aún no se han traducido en las reformas normativas imprescindibles. Estas últimas serán siempre mejorables, a condición de que se acepte como punto de partida, la necesidad de identificar opciones para regularizar selectivamente las ocupaciones que así lo ameriten.

EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN CENTROAMÉRICA: ESTUDIO COMPARADO

Dr. Víctor Orozco Solano[1]

Sumario: I.- Introducción. **II.-** Composición de los Órganos de Justicia Constitucional. **III.-** Método de control de constitucionalidad: difuso, concentrado o mixto. **IV.-** Tipos de control: **1.-** A priori y a posteriori; **2.-** Abstracto o concreto. **V.-** Procedimientos de control de constitucionalidad. **VI.-** Tipología y efectos de las sentencias de los órganos de control de constitucionalidad. **VII.-** Otras competencias de los Órganos de Justicia Constitucional. **VIII.-** Conclusiones. **IX.-** Bibliografía.

I.- *Introducción.*

En términos generales, el propósito de estas notas es examinar la manera en que en Centroamérica se realiza la función relativa al control de constitucionalidad desde una perspectiva comparada. Con ese fin, se utilizará como punto de partida los reportes que han sido elaborados por los alumnos del Curso Retos y Perspectivas del Derecho Procesal Constitucional del Programa de Doctorado en Derecho Constitucional de la Universidad Escuela Libre de Derecho, a saber: Isaac José Quesada Morales (*Belice),* Silvia Quesada Casares (*Guatemala*), Vivian Castillo Calvo (*Honduras*), Iván Quesada Rodríguez (*El Salvador*), Mabel Longan Montoya (*Nicaragua)*, Karol Monge Molina (*Panamá*), Georgina García Rojas (*República Dominicana*), y Jhonatan Gerardo Morales Herrera (*Cuba*).

Lo anterior nos obliga a revisar, en primer lugar, la composición y las competencias de los Órganos de Justicia Constitucional en la región. En este sentido, mientras *Guatemala* y *República Dominicana* se decantan por una Corte o Tribunal Constitucional independiente y especializado con respecto a los otros órganos constitucionales, *Honduras, El Salvador, Nicaragua y Costa Rica* poseen una sala especializada de la Corte Suprema de Justicia donde se desarrollan las funciones relativas a la Justicia Constitucional. Por su parte, en *Panamá* es la Corte Suprema de Justicia integrada por 9 Magistrados quien realiza dichas funciones, en tanto que el caso *cubano* raramente será expuesto en este estudio, puesto que se ha determinado, y a diferencia de los otros países centroamericanos, que no tiene garantías jurídicas sino políticas para asegurar la normatividad del Texto Fundamental y su supremacía[2].

---

1 Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla-La Mancha. Coordinador de la Maestría en Justicia Constitucional de la Universidad de Costa Rica. Profesor del Programa de Doctorado en Derecho de la Universidad Escuela Libre de Derecho. Letrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Correo electrónico: victorozcocr@gmail.com

2 Un sincero agradamiento a mis amigos: Lucía Valenzuela, Karla Romero, Edín de la O, Juan Beltrán, Jeannette Portillo, Wendy Jarquín, Christian García, Enrique Ulate, Hernán De León, y Hermógenes Acosta, por la ayuda recibida para la elaboración de este trabajo.

De esta forma, se examinará cual es el método de control de constitucionalidad que predomina en la región centroamericana, dentro de los cuales la mayoría de los países aplican el método mixto de control de constitucionalidad con las salvedades de *Belice* y *Costa Rica,* quienes se inclinan por los métodos difuso y concentrado, respectivamente. Además se estudiará la manera en que se verifica dicho control ya sea, a priori o a posteriori (es decir, si el control se verifica antes o después que una norma jurídica entra en vigor) y, además, abstracto o concreto (sea si el control se realiza prescindiéndose o no de un supuesto particular de aplicación de la norma impugnada). En este sentido, ya veremos que son escasos, con la salvedad notoria de *Costa Rica y Guatemala,* los supuestos de control de constitucionalidad a priori en la región, en tanto que existen diversas modalidades en los países centroamericanos de control abstracto y concreto, todo lo cual se revisado más adelante.

También se analizará los procedimientos que realizan los órganos de justicia constitucional en Centroamérica a la hora de inaplicar o de expulsar del ordenamiento jurídico una norma que no es compatible frente a la Constitución, y se revisará la tipología y los efectos de las sentencias de los órganos comentados. Finalmente, se estudiará algunas competencias que han sido añadidas a estos órganos de justicia constitucional, entre ellas, la protección de los derechos fundamentales mediante la vía del recurso de amparo, o bien la resolución de los conflictos de competencias entre órganos constitucionales.

II.- *Composición de los Órganos de Justicia Constitucional.*

En *Guatemala,* la Corte de Constitucionalidad se integra normalmente con 5 miembros titulares, salvo cuando se trata de apelaciones de sentencias de amparo proferidas por la Corte Suprema de Justicia o de inconstitucionalidades de leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general, en cuyo supuesto se conforma con 7 miembros; en tales casos se elige a los otros 2 Magistrados por sorteo entre los suplentes. Las resoluciones son adoptadas por mayoría absoluta y el Presidente no tiene voto de calidad. Dichos Magistrados son electos de la siguiente forma: uno por la Corte Suprema de Justicia, uno por el Congreso, otro por el Presidente de la República en Consejo de Ministros, otro por el Consejo Superior Universitario de la Universidad de San Carlos de Guatemala, y el último por la Asamblea del Colegio de Abogados y Notarios. Además, de acuerdo con el artículo 270 de la Constitución de Guatemala para ser electo Magistrado se requiere ser guatemalteco de origen, abogado colegiado, de reconocida honorabilidad y al menos 15 años de graduación profesional; debe tratarse preferentemente de personas con experiencia en la función y administración pública, magistraturas, ejercicio profesional y docencia universitaria, según sea el órgano que los designe[3]. En *Honduras* el control de constitucionalidad lo puede realizar, en primer lugar la Sala de lo Constitucional, la cual está compuesta por 5 Magistrados y si se pronuncia por unanimidad de sus votos

3 Quesada Casares, S., Control de constitucionalidad en la República de Guatemala, monografía presentada para el curso: Retos y Perspectivas del Derecho Procesal Constitucional, Programa de Doctorado en Derecho, Universidad Escuela Libre de Derecho, págs. 3-4.

o, en segundo, por la Corte Suprema de Justicia, si no se alcanza esa mayoría y la decisión tiene el carácter de definitiva[4].

En *El Salvador*, por su parte, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia conoce los procesos de amparo, habeas corpus o exhibición personal e inconstitucionalidad de las normas jurídicas y dirime las controversias entre el Órgano Ejecutivo y el Órgano Legislativo. Dicha Sala la conforman únicamente 5 Magistrados titulares, quienes son designados por la Asamblea Legislativa, y tiene la particularidad que su Presidente también es el de la Corte Suprema de Justicia[5]. En *Nicaragua,* y de acuerdo con lo dispuesto por la Ley Orgánica del Poder Judicial de 15 de julio de 1998, la Corte Suprema de Justicia está dividida en cuatro Salas, a saber: Civil, Penal, Constitucional y de lo Contencioso Administrativo, en tanto que en *Costa Rica* el control de constitucionalidad lo ejerce de manera exclusiva la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, la cual está integrada por 7 Magistrados titulares y 12 suplentes, todos electos por la Asamblea Legislativa. Finalmente, en *Panamá* la Corte Suprema está integrada por 9 Magistrados, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 71 del Código Judicial, los cuales son nombrados mediante acuerdo del Consejo de Gabinete con sujeción a la aprobación del Órgano Legislativo, por un período de 10 años (ver artículo 200 de la Constitución de la República de Panamá).

Finalmente, en *República Dominicana* el Tribunal Constitucional está compuesto por 13 jueces, designados por el Consejo de la Magistratura por un período de 9 años sin posibilidad de reelección; los jueces deben ser dominicanos por nacimiento, mayores de 35 años y menores de 75 años. Deben hallarse en el ejercicio pleno de sus derechos civiles y políticos y deben poseer el grado académico de licenciados en derecho y haber ejercido la profesión por al menos 12 años[6].

III.- Método de control de constitucionalidad: difuso, concentrado o mixto.

Tras analizar los métodos de control de constitucionalidad que se han implementado en la región centroamericana la tendencia es sin duda hacia el método mixto. Esto vale para los sistemas de justicia constitucional de *Guatemala, Honduras, El Salvador, Nicaragua* y *República Dominicana*, de modo que los jueces ordinarios bien pueden inaplicar para el caso concreto una norma que es incompatible frente a la Constitución. En *Costa Rica*, por su parte, y a partir de lo dispuesto en el artículo 10 de la Constitución Política, a todas luces es evidente que la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia es el único órgano que puede controlar, en términos de validez, si una norma jurídica se adecua o no al Derecho de la Constitución.

---

4 Castillo Calvo, V., El control de constitucionalidad en Honduras, monografía presentada para el curso: Retos y Perspectivas del Derecho Procesal Constitucional, Programa de Doctorado en Derecho, Universidad Escuela Libre de Derecho, págs. 2-3.

5 Quesada Rodríguez, I., Control de constitucionalidad en El Salvador, monografía presentada para el curso: Retos y Perspectivas del Derecho Procesal Constitucional, Programa de Doctorado en Derecho, Universidad Escuela Libre de Derecho, págs. 4.

6 García Rojas, G., Análisis del control de constitucionalidad en República Dominicana, monografía presentada para el curso: Retos y Perspectivas del Derecho Procesal Constitucional, Programa de Doctorado en Derecho, Universidad Escuela Libre de Derecho, pág. 7

Esta función no es compartida en el sistema de justicia constitucional costarricense ni por los tribunales ordinarios ni por el Tribunal Supremo de Elecciones en el ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y pese a que en alguna oportunidad se ha pretendido configurar a este último como un tribunal constitucional especializado en materia electoral, lo cierto es que la Constitución no le asigna la función que le brinda al Tribunal Constitucional su configuración como tal en toda su dimensión, es decir el control de constitucionalidad.

Ciertamente, aunque el artículo 102 inciso 3) de la Constitución Política de Costa Rica establece que le corresponde al Tribunal Supremo de Elecciones: "*Interpretar en forma exclusiva y obligatoria las disposiciones constitucionales y legales referentes a la materia electoral"* tal disposición a mi juicio no da pie para considerar que dicho órgano es un tribunal constitucional en materia electoral. En este orden de ideas, dicha disposición debe ser interpretada de modo conjunto con el artículo 121 inciso 1) de la Constitución Política, en cuya razón le corresponde a la Asamblea Legislativa: "*dictar las leyes, reformarlas, derogarlas y darles interpretación auténtica, salvo lo dicho en el capítulo referente al Tribunal Supremo de Elecciones*". Es decir, se trata de una excepción frente a la competencia de la Asamblea Legislativa de dictar las leyes y darles interpretación auténtica, con lo que esa función que la Constitución Política le asigna al Tribunal Supremo de Elecciones se refiere a su posibilidad de emitir normas jurídicas en materia electoral. Desde esa perspectiva, es errónea la orientación según la cual el Tribunal Supremo de Elecciones es el único que puede interpretar las normas electorales, con motivo de las funciones relativas a la justicia electoral. Lo anterior por cuanto, esta interpretación bien puede ser compartida tanto por la Sala Constitucional en el ejercicio de sus competencias constitucionales (control de constitucionalidad, resolución de los procesos de garantía de los derechos fundamentales, y resolución del conflicto de competencias entre órganos constitucionales) como por los tribunales ordinarios. No en vano, el propio artículo 103 de la Constitución Política, expresamente estipula: "*las resoluciones del Tribunal Supremo de Elecciones no tienen recurso, **salvo la acción por prevaricato***", con lo cual un juez penal eventualmente podría conocer, en el ejercicio y disfrute de sus competencias legales, de la interpretación de normas electorales.

Por su parte, dentro de los países que han adoptado el método mixto de control de constitucionalidad el caso *hondureño* es particularmente polémico. Al respecto, de acuerdo con el artículo 316 de la Constitución hondureña, inicialmente se podría concluir que el método de control de constitucionalidad en ese sistema era concentrado y le correspondía con exclusividad a la Sala de lo Constitucional. Sin embargo, en el año 2000 y a partir de una reforma al artículo 320 ídem, se suscitó gran polémica sobre el tema, y se produjeron opiniones dividas, entre las que sobresalieron las de Brewer Carías, quien abogaba por un método mixto, y las de Orellana y Haro, quienes defendieron uno concentrado[7]. A pesar de lo anterior, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia Hondureña aclaró el punto por medio de la sentencia No. AA-0406-13 de 28 de junio de 2013, en que se dijo: "*los demás jueces del país (…) podrán desaplicar las normas que infrinjan la Constitución y/o los tratados internacionales que reconozcan derechos humanos, solo para efectos del caso concreto y sin hacer una declaración de invalidez de las disposiciones",* con lo cual no cabe la menor duda en cuanto a la existencia del método mixto

7 Castillo Calvo, V., op cit, págs. 3-5

Por su parte, en *República Dominicana* el Tribunal Constitucional es el órgano supremo de interpretación de control de constitucionalidad, autónomo de los poderes públicos y de los demás órganos del Estado, además que en algunas materias actúa como primera y única instancia, también participan del control de constitucionalidad los tribunales ordinarios, quienes tienen la competencia para disponer la inaplicación de una norma al conocer de la excepción de constitucionalidad de los asuntos sometidos a su conocimiento, aunque existe la posibilidad que el Tribunal Constitucional revise la actuación del a quo como órgano de alzada y emita la última palabra[8]. Algo similar ocurre en *Nicaragua,* en cuya razón el control de constitucionalidad se realiza de manera concentrada en el seno de la Suprema Corte y de la Sala Constitucional, como también en forma difusa, debido a que los jueces pueden inaplicar una ley en el caso concreto cuando esta lesiona o contradiga la Constitución (véase los artículos 22, 23 y 24 de la Ley de Amparo Vigente y sus reformas, así como el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial[9]).

Ahora bien, volviendo al método concentrado, ya se dijo que el control de constitucionalidad en *Panamá* lo realiza la Corte Suprema de Justicia. De esta forma y según lo dispuesto por el artículo 2545 del Código Judicial, al pleno de la Corte le corresponderá "*conocer y decidir de manera definitiva y en una sola instancia: a) de la objeción de inexequibilidad, b) de la consulta oficial sobre constitucionalidad, y c) de la acción de inconstitucionalidad*"[10].

IV.- Tipos de control:

Pues bien, una vez repasado, aunque de manera sucinta, los métodos de control de constitucionalidad que imperan en el istmo centroamericano, a continuación se analizará los tipos de control, dentro de los cuales es preciso distinguir entre el control a priori y a posteriori, así como entre el control abstracto y concreto. De esta forma, la primera división alude al hecho de si el control se verifica antes o con posterioridad a que la norma jurídica cuestionada goce o no de vigencia y, la segunda, en cuanto a si el control se realiza o no en el marco de un caso particular, donde la situación cuestionada depende justamente de la aplicación de la norma que se considera podría tener vicios de inconstitucionalidad. Ya veremos que todos los supuestos analizados gozan de un control a posteriori y, en algunos casos, también de un control previo. También se ha implementado en el área centroamericana tanto procesos de control abstracto como concreto.

1.- A priori y a posteriori.

Como se expuso con anterioridad, todos los países analizados gozan de un control a posteriori: en algunos casos de manera exclusiva por la Sala Constitucional (*Costa Rica*) o la Corte Suprema (*Panamá*), o bien

8 García Rojas, G., op. cit., pág. 5.

9 Longan Montoya, El control de constitucionalidad en Nicaragua, monografía presentada para el curso: Retos y Perspectivas del Derecho Procesal Constitucional, Programa de Doctorado en Derecho, Universidad Escuela Libre de Derecho, págs 17-18.

10 Monge Molina, K., Investigación sobre el control de constitucionalidad en Panamá, monografía presentada para el curso: Retos y Perspectivas del Derecho Procesal Constitucional, Programa de Doctorado en Derecho, Universidad Escuela Libre de Derecho, págs 9-10.

compartida por los tribunales ordinarios (*Guatemala, Honduras, El Salvador, Nicaragua y República Dominicana).* En lo que atañe al control previo, lo podemos encontrar en todos los países con la excepción de *Nicaragua;* En este orden, aunque de la sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia *nicaragüense* No. 59 de 7 de mayo de 2004 (ratificada por la Corte Plena de la Corte Suprema de Justicia mediante la sentencia No. 69 de las 13:45 hrs. de 23 de septiembre de 2004) se desprendía esa facultad, ello fue derogado por una norma posterior, la Ley No. 643 de 2008, en la cual se incorpora la solución de los conflictos de competencia y constitucionalidad entre los poderes del Estado, de donde se deduce que el control de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico *nicaragüense* solo existe a posterior.

Ahora bien, dentro de las distintas modalidades del control previo, los casos *costarricense, guatemalteco y panameño* son los más amplios: así, el ordenamiento jurídico costarricense distingue entre las consultas preceptivas y las facultativas, así como el veto por razones de constitucionalidad. Las primeras se producen en los casos que enuncia la Constitución en su artículo 10 (a saber, los proyectos de reforma constitucional y de aprobación de convenios o tratados internacionales) y la ley (en concreto la Ley de la Jurisdicción Constitucional, que en el inciso a) del artículo 96 agrega la obligación de plantear la consulta en aquellos casos en que se pretende la reforma de la Ley que rige esta Jurisdicción). Las facultativas, en cambio, se realizan, cuando son presentadas por un número no menor de diez diputados, con respeto de cualquier otro proyecto de ley, incluyendo las reformas al Reglamento de la Asamblea Legislativa. Esta norma también concede legitimación para promover la consulta a la Corte Suprema de Justicia, al Tribunal Supremo de Elecciones, a la Contraloría General de la República y al Defensor de los Habitantes, si se trata de proyectos de ley referidos a sus materias. En estos casos la Sala Constitucional costarricense emite un dictamen o una opinión consultiva que resulta vinculante en cuanto establezca la existencia de trámites inconstitucionales del proyecto consultado, sin perjuicio que las cuestiones de fondo sean impugnadas nuevamente por las otras vías de control de constitucionalidad. Finalmente, otra modalidad de control preventivo se verifica cuando el Poder Ejecutivo veta un proyecto de ley por motivos de constitucionalidad, cuyas razones no son aceptadas por la Asamblea Legislativa, de acuerdo con el artículo 128 de la Constitución Política. En este caso es discutible si la opinión consultiva de la Sala Constitucional es vinculante tanto por razones de fondo como de procedimiento, teniendo en consideración el sentido literal de esta disposición.

Por su lado, en el caso *guatemalteco* esta función conocida como dictaminadora permite a la Corte de Constitucionalidad incidir en el proceso legislativo de formación de la ley o constituirse en un consultor especializado dentro de la estructura estatal[11]. De esta forma, el control previo es de carácter obligatorio y vinculante cuando se trata de proyectos de reforma de leyes catalogadas como de rango constitucional, y obligatorio y no vinculante cuando se trata de proyectos de leyes vetados por el Ejecutivo alegándose vicio de inconstitucionalidad. Por su parte, el control es facultativo y no vinculante cuando se trata de tratados, convenios, y proyectos de ley, a solicitud de cualquiera de los organismos del Estado. También se realiza una función asesora, cuando cualquiera de los organismos del Estado le requiera opinión consultiva sobre alguna materia de su interés[11]. De otra parte, en el supuesto *panameño,* es por medio

11 Quesada Casares, S., op. cit., pág. 4.

de la objeción de inexequibilidad, que se controlan normas jurídicas no vigentes, entre ellas, proyectos de ley y de reformas a la Constitución, y procede cuando la Asamblea Legislativa insistiere en la aprobación de un proyecto de ley que ha sido devuelto por el Ejecutivo por considerar que tiene vicios de inconstitucionalidad. En este supuesto, según el artículo 165 de la Constitución de la República de Panamá: "*el fallo de la Corte que declare el proyecto constitucional obliga al Ejecutivo a sancionarlo y hacerlo promulgar*"[12].

Ahora bien, otros supuestos similares son los de H*onduras* y *El Salvador, en cuya virtud* el control previo se verifica cuando el Poder Ejecutivo objeta algún proyecto de ley por razones de inconstitucionalidad. Así, en El Salvador, esta facultad se deduce de la lectura integral de los artículos 137, 138 y 174 de la Constitución *salvadoreña.* En este sentido, el artículo 138 ídem estipula: "*Cuando la devolución de un proyecto de ley se deba a que el Presidente de la República lo considera inconstitucional y el órgano legislativa lo ratifica en la forma establecida en el artículo que antecede, deberá el Presidente de la República dirigirse a la Corte Suprema de Justicia dentro de tercer día hábil, para que ésta oyendo las razones de ambos, decida si es o no constitucional, a más tardar dentro de quince días hábiles…. Si la Corte decidiere que el proyecto es constitucional, el Presidente de la República estará en la obligación de sancionarlo y publicarlo como ley".* Al respecto, Quesada Rodríguez explica que cuando la Constitución alude en esa norma a la Corte Suprema, debe entenderse que hace referencia a la Sala de lo Constitucional[13].

Por su lado, en el supuesto *hondureño* este tipo de control previo se deduce del artículo 216 de la Constitución, y su regulación es bastante laxa, por lo que no se conoce cuales son los efectos de las decisiones en estos supuestos por parte de la Sala de lo Constitucional. También son escasos los precedentes que se pueden encontrar sobre este tema y, en este orden de ideas Paz Aguilar ha comentado "*en Honduras la utilización del veto presidencial no es frecuente, porque el sistema tiene mecanismos informales de diálogo y negociación entre partidos políticos y sus corrientes internas. El único antecedente es la utilización del veto presidencial en una forma sui géneris se produjo durante la administración Suazo Córdoba, que provocó una crisis entre los poderes del estado[14].*

Finalmente, en la *República Dominicana* se prevé el test o el control preventivo de constitucionalidad de los tratados internacionales, de acuerdo con los artículos 55 a 58 de la Ley No. 137-11, en cuya razón antes de su aprobación por el Congreso Nacional, el Presidente de la República someterá los tratados internacionales suscritos al Tribunal Constitucional. En este supuesto, el Tribunal tiene un plazo de 30 días para decidir y si considera el tratado internacional su decisión será vinculante para el Congreso Nacional y el Poder Ejecutivo[15].

---

12 Monge Molina, K., op. cit. pág. 12.
13 Quesada Rodríguez, op cit., págs. 11 -12.
14 Paz Aguilar, E., La reforma política electoral en Honduras. Citado por Castillo Calvo, V., op cit. pág. 9.
15 García Rojas, G., op. cit., pág. 21.

2.- Abstracto o concreto.

En lo que atañe al tipo de control: abstracto o concreto, cabe mencionar que *Guatemala, El Salvador, Nicaragua* y *República Dominicana* se caracterizan porque poseen, en primer lugar, un proceso abstracto de control de constitucionalidad que conoce la Corte o el Tribunal Constitucional (*Guatemala* y *República Dominicana*), o bien la Sala especializada (*El Salvador y Nicaragua*) de modo concentrado, prescindiéndose de cualquier supuesto de aplicación de la norma impugnada y, en segundo, por el hecho que también se reconoce a los jueces ordinarios, en el marco del control difuso de constitucionalidad, la posibilidad de inaplicar en el marco de un caso concreto la norma que se estima inconstitucional con efectos inter-partes. De este modo, en el caso *salvadoreño* el control concentrado y abstracto de constitucionalidad se desprende de los artículos 149 y 183 de la Constitución Política, así como de los artículos 1º inciso 1), 2 y 6 al 11 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, en cuya razón: "*Cualquier ciudadano puede pedir a la "Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, que declare la inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos en su forma y contenido*"[16]. En este sentido, aunque de la lectura de esa disposición se podría entender que la declaratoria de inconstitucionalidad únicamente comprende en caso de las leyes, decretos y reglamentos (es decir, disposiciones con carácter general), la Sala de lo Constitucional, por medio de la sentencia No. 77-2003 de 14 de octubre de 2013, también lo ha extendido a los actos concretos, con sustento en el siguiente orden de consideraciones: "*en el proceso de inconstitucionalidad el control no puede ejercerse exclusivamente sobre las fuentes del Derecho que el artículo 183 Cn establece de modo expreso, es decir, solo sobre "leyes, decretos y reglamentos". Esta Sala ha interpretado que también tiene competencia para realizar el examen de actos concretos que se realizan en aflicción directa de la Constitución y que pudieran afectar su contenido (…) Dado que en el ordenamiento jurídico salvadoreño no deben existir zonas exentas de control constitucional, se exige que tales actos queden sometidos a la fiscalización del Tribunal".*

De igual modo, llama profundamente la atención que la Sala de lo Constitucional ha reconocido la existencia de una acción popular en el control abstracto (véase al respecto la sentencia No. 83-2006 de 25 de junio de 2009), es decir, por el mero interés en hacer valer la supremacía de la Constitución: "*sin necesidad de legitimación material alguna".* Por su parte, en lo que atañe al control concreto y difuso, éste puede ser ejercido de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 149 párrafo 1º y 185 de la Constitución Salvadoreña, de ahí que el juez bien puede tener por derogada una disposición preconstitucional que se opone a la Constitución Salvadoreña de 1983, o bien, si se trata de una norma post-constitucional, puede declarar su inaplicabilidad[17].

Ahora bien, en *Guatemala,* por medio del control abstracto la Corte de Constitucionalidad conoce en única instancia de las acciones contra leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general que contengan vicio parcial o total de inconstitucionalidad. Asimismo, se pueden

16 Quesada Rodríguez, op cit., págs. 13-14.
17 Quesada Rodríguez, op cit., págs. 14-18

impugnar normas preconstitucionales y dicha facultad reviste el carácter de acción popular[18]. Al respecto, la Corte de Constitucionalidad, en la sentencia de 13 de junio de 2000, ha señalado: "*La Constitución Política de la República reconoce a sus habitantes el derecho y el deber de velar por el cumplimiento de su normativa suprema. Esto permite ejercer libremente la acción popular de su defensa por medio de la acción de inconstitucionalidad y compete a esta Corte resolver su planteamiento".* Por su parte, en el control concreto y difuso se permite a las partes en cualquier instancia de todo proceso plantear como acción, excepción o incidente la inconstitucionalidad total o parcial de una disposición dentro de un proceso, a fin de que se declare la inaplicación en cada caso concreto. Esta cuestión tiene carácter prejudicial y es necesario decidirla antes del proceso principal. Lo que resuelva el a quo tiene recursos ordinarios y apelación ante la Corte de Constitucionalidad, de lo contrario la decisión adquiere firmeza[19].

En términos similares, en *República Dominicana* el control abstracto y concreto se realiza mediante la acción de inconstitucionalidad que se interpone ante el Tribunal Constitucional y procede contra leyes, decretos, reglamentos, resoluciones u ordenanzas que infrinjan alguna norma sustantiva de la Constitución, ya sea por acción o por omisión. Por su lado, en el control concreto o difuso todo juez o tribunal ante el cual se alegue, como medio de defensa, la inconstitucionalidad de una ley, reglamento o acto, tiene competencia y está en el deber de examinar y decidir la excepción como cuestión previa al resto del caso. En este marco, la decisión que rechace la excepción de inconstitucionalidad solo podrá ser recurrida conjuntamente con la sentencia que recaiga sobre el fondo del asunto. Cabe mencionar que el juez ordinario también puede inaplicar una disposición por inconstitucional aunque no haya sido alegada por las partes en el caso. En este supuesto, los efectos de la decisión del a quo solo son para el caso concreto, es inter-partes[20].

Por su lado, los casos de *Panamá y Costa Rica* son distintos, teniendo en cuenta que en estos sistemas el juez ordinario no puede inaplicar por razones de inconstitucionalidad una norma jurídica. Así, por ejemplo, en *Panamá*, en el control concreto el juez ordinario no puede inaplicar la norma directamente sino que debe plantear la consulta de inconstitucionalidad ante la Corte Suprema, para que sea ésta la que en definitiva resuelva el punto. Además, la parte involucrada en el asunto previo también puede acudir a la Corte Suprema por medio de la advertencia de inconstitucionalidad. De otro lado, el control abstracto se verifica mediante la acción de inconstitucionalidad y la puede promover: "cualquier persona", según lo dispuesto por el artículo 2550 del Código Judicial, que estipula: "*cualquier persona por medio de apoderado legal puede impugnar ante la Corte Suprema de Justicia las leyes, decretos de gabinete, decretos-leyes, decretos, acuerdos, resoluciones y demás actos provenientes de autoridad que considere inconstitucionales y pedir la correspondiente declaración de inconstitucionalidad*"[21]. Como se puede apreciar, se trata entonces de una acción popular, que se puede interponer por el mero

18 Quesada Casares, S., op. cit., pág. 5-6 y 18
19 Quesada Casares, S., op. cit., pág. 18
20 García Rojas, G., op. cit., pág 23.
21 Monge Molina, K., op. cit. pág. 12-15.

interés en hacer valer la supremacía de la Norma Fundamental.

Ahora bien, en *Costa Rica* el control abstracto se produce a partir de los supuestos de los párrafos 2º y 3º del artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, en cuya razón se puede interponer directamente la acción de inconstitucionalidad cuando por la naturaleza del asunto no exista lesión individual y directa, o se trate de la defensa de intereses difusos, o que atañen a la colectividad en su conjunto. También ostentan legitimación directa para promover la acción el Contralor General de la República, el Procurador General de la República, el Fiscal General de la República y el Defensor de los Habitantes, siempre que se trate de asuntos que corresponden con el ejercicio de sus competencias constitucionales y legales. Por su lado, el control concreto (es decir en el marco de un asunto base) se verifica en el supuesto del articulo 75 párrafo 1º de la Ley de la Jurisdicción Constitucional que estipula: "*Para interponer la acción de inconstitucionalidad es necesario que exista un asunto pendiente de resolver ante los tribunales, inclusive de hábeas corpus o de amparo, o en el procedimiento para agotar la vía administrativa, en que se invoque esa inconstitucionalidad como medio razonable de amparar el derecho o interés que se considera lesionado*". Por su parte, el objeto de las acciones de inconstitucionalidad está regulado en el artículo 73 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional[22]. Asimismo, el artículo 74 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, estipula que no cabe la acción contra los actos jurisdiccionales del Poder Judicial ni contra los actos o disposiciones del Tribunal Supremo de Elecciones, aunque a modo de interpretación se ha entendido que es procedente contra la Jurisprudencia reiterada de los Tribunales de Justicia[23], teniendo en consideración lo dispuesto por el artículo 3° de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

Las consultas judiciales facultativas están reguladas en los artículos 102 a 106 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, en cuya virtud el Juez puede plantear la consulta

---

22 El artículo 73 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional establece:
"Cabrá la acción de inconstitucionalidad:
a) Contra las leyes y otras disposiciones generales, incluso las originadas en actos de sujetos privados, que infrinjan, por acción u omisión, alguna norma o principio constitucional.
b) Contra los actos subjetivos de las autoridades públicas, cuando infrinjan, por acción u omisión, alguna norma o principio constitucional, si no fueren susceptibles de los recursos de hábeas corpus o de amparo.
c) Cuando en la formación de las leyes o acuerdos legislativos se viole algún requisito o trámite sustancial previsto en la Constitución o, en su caso, establecido en el Reglamento de Orden, Dirección y Disciplina Interior de la Asamblea Legislativa.
ch) Cuando se apruebe una reforma constitucional con violación de normas constitucionales de procedimiento.
d) Cuando alguna ley o disposición general infrinja el artículo 7º, párrafo primero, de la Constitución, por oponerse a un tratado público o convenio internacional.
e) Cuando en la suscripción, aprobación o ratificación de los convenios o tratados internacionales, o en su contenido o efectos se haya infringido una norma o principio constitucional o, en su caso, del Reglamento de Orden, Dirección y Disciplina Interior de la Asamblea Legislativa. En este evento, la declaratoria se hará solamente para los efectos de que se interpreten y apliquen en armonía con la Constitución o, si su contradicción con ella resultare insalvable, se ordene su desaplicación con efectos generales y se proceda a su denuncia.
f) Contra la inercia, las omisiones y las abstenciones de las autoridades públicas.

23 Sobre el particular, se puede ver la sentencia No. 3180-93 de 6 de julio.

en aquellos casos en que tuviere dudas fundadas sobre la constitucionalidad de una norma o acto que deba aplicar, o de un acto, conducta u omisión que deba juzgar en un caso sometido a su conocimiento. En estos casos, la sentencia estimatoria del Tribunal Constitucional produce los mismos efectos que los de una acción, de acuerdo con el artículo 107 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

Además, en el párrafo 2° del artículo 102 ídem se establecía la consulta judicial preceptiva, cuando se requiera resolver los recursos de revisión a que se refiere el artículo 42 de la Constitución Política, fundados en una alegada violación de los principios del debido proceso o de los derechos de audiencia o defensa; pero esto solamente para los efectos de que la Sala Constitucional defina el contenido, condiciones y alcances de tales principios o derechos, sin calificar ni valorar las circunstancias del caso concreto que motiva el respectivo recurso. Esta última disposición fue derogada por el Legislador, de modo que actualmente ha sido suprimida la consulta judicial preceptiva.

Finalmente, el caso *Hondureño* reviste algunas particularidades que es preciso mencionar en esta oportunidad. En este sentido, el control abstracto se ejerce por medio de la acción directa ante la Sala Constitucional (que ya veremos que hay discusión en cuanto a si se trata o no de una acción popular), mientras que el control concreto se puede verificar, en primer lugar, por medio de la inaplicación de la norma por parte del juez ordinario en el marco del control difuso que ha reconocido jurisprudencialmente la Sala Constitucional, en segundo, por vía de excepción, que permite a cualquiera de las partes plantear acudir ante la Sala Constitucional por medio de una acción de inconstitucionalidad y, por ultimo, que el Órgano Jurisdiccional plantee de oficio la declaratoria de inconstitucionalidad ante la Sala, lo cual constituye un procedimiento similar a lo que en el sistema de justicia constitucional *costarricense* se conoce como la consulta judicial[24].

V.- *Procedimientos de control de constitucionalidad.*

En lo que respecta a los procedimientos para promover los respectivos reclamos de inconstitucionalidad ante los Tribunales Constitucionales, Salas especializadas o Cortes Supremas, lo que caracteriza a la región es su singularidad. En este sentido, una descripción detallada de cada uno de estos procesos por país excede sobradamente los efectos de este trabajo. Por ese motivo, en este apartado se dedicarán algunas líneas en cuanto a la legitimación para promover el control abstracto en los distintos países, sobre lo cual algo ya se ha adelantado, sin perjuicio de conocer algunos supuestos particulares que llaman poderosamente la atención, como lo son *El Salvador y República Dominicana.*

De esta forma, en lo que respecta a la legitimación para promover el control abstracto, lo primero que se debe comentar es que mientras en *Guatemala, El Salvador y Panamá* se reconoce la acción popular para promoverlo, es decir se concede a cualquier persona la posibilidad de plantear una acción de inconstitucionalidad por el mero interés en hacer valer la supremacía

24 Castillo Calvo, V., op cit, págs. 9 y 11.

de la Norma Fundamental, los casos de *República Dominicana, Honduras y Costa Rica* revisten ciertas características que es necesario mencionar en esta investigación. Así, en el caso *dominicano*, la ley le otorga legitimación, en primer lugar, al Presidente de la República, en segundo, a una tercera parte de los miembros del Senado o de la Cámara de Diputados y, tercero, a cualquier persona, siempre que cuente con "*un interés legítimo y jurídicamente protegido".* Aunque todavía no hay jurisprudencia del Tribunal Constitucional dominicano que aclare el tema, lo cierto es que de una interpretación literal de esa disposición podría entenderse que no hay acción popular en ese sistema, teniendo en consideración que se califica el interés (debe ser legítimo y jurídicamente protegido)[25].

A pesar de lo anterior, uno de los Magistrados actuales del Tribunal Constitucional, don Hermógenes Bienvenido Acosta, se ha mostrado favorable a reconocerlo, con la siguiente argumentación: "*en la medida en que todos los miembros de la comunidad política somos destinatarios de la Constitución, todos somos parte interesada en reclamar que las normas infraconstitucionales se produzcan en observación de los procedimientos y con los contenidos que manda la Ley Suprema. Basta que cualquiera de los poderes públicos adopte una norma o decisión contraria a la Constitución para convertir a toda la sociedad en parte interesada. ¿Interesada en qué? En el objeto de retrotraer las actuaciones del poder a los límites que la Constitución dispone. La ciudadanía, como parte de esa "comunidad abierta de intérpretes de la Constitución" de que nos habla Haberle, es la primera interesada en la sumisión del poder a los cánones constitucionalmente establecido, cuya efectividad y garantía se hace operativa a través del ejercicio de la acción de inconstitucionalidad. Será tarea del Tribunal Constitucional fijar el sentido de la noción constitucional de parte interesada en materia de control de constitucionalidad de la ley*"[26].

Algo similar acontece en el ordenamiento jurídico *hondureño,* donde el artículo 185 de la Constitución, al regular la acción de inconstitucionalidad, exige que se interponga "*por quien se considere lesionado en su interés directo, personal y legítimo".* Con lo cual también se califica el interés (en la medida en que debe ser directo, personal y legítimo) y, por ende, no se trata de una acción popular estrictamente considerada. Al respecto, la doctrina ha sostenido: "*no cabe el control abstracto, puesto que se exige que exista una efectiva lesión en el interés directo, personal y legítimo del actor; y, por otro lado, que no se admite la "acción popular", por cuanto no existe posibilidad alguna de que la inconstitucionalidad sea planteada por quien no es titular de interés directo, personal y legítimo lesionado por la ley impugnada."*[27]

---

25 García Rojas, G., op. cit., pág. 15.

26 Acosta de los Santos, H., La Justicia y Jurisdicción Constitucional. El control abstracto de constitucionalidad, Citado por García Rojas, G., op. cit., pág. 15.

27 Véase Orellana, E., La nueva justicia Constitucional en Honduras, Tegucigalpa, 2011, pág 120. Citado por Castillo Calvo, V., op cit, págs. 12-13. En el mismo sentido Edmundo Orellana agrega: En tercer lugar, y como consecuencia inmediata de lo anterior, que el interés debe ser calificado, esto es, que representa la relación existente entre la persona y la ley impugnada En cuarto lugar, que el interés lesionado debe ser directo. Con ello se está indicando que la resolución final necesariamente debe suponer un beneficio a favor del actor, esto es, debe favorecerle de algún modo, por cuanto la ley impugnada le produce un perjuicio concreto en su esfera jurídica . En quinto lugar, y como derivado de lo anterior, que el interés siempre debe ser personal, es decir que el beneficio que resulte de la declaratoria de inconstitucionalidad ha de ser a favor de la persona que, concretamente, comparece como parte actora en el proceso En sexto lugar, que el interés debe necesariamente tiene que ser legítimo. Esto significa que el interés que se alega debe coincidir con el que la Constitución protege; en consecuencia, la declaratoria de inconstitucionalidad

continúa ...

Ahora bien, en *Costa Rica*, la Sala Constitucional reiteradamente ha rechazado la idea de concebir la acción de inconstitucionalidad como una acción popular. Así, en uno de sus primeros años de funcionamiento, por medio de la sentencia No. 1634-90 de las 16:00 hrs. de 14 de noviembre de 1990, la Sala Constitucional expresó: "*se ha rechazado reiteradamente la tesis de que la sola consideración particular de la inconstitucionalidad de una disposición normativa legitima a una persona para interponer una acción sin requerir la existencia de un asunto pendiente. Además, no se ha admitido la tesis que se permite la acción popular en esta materia, entendida como la posibilidad de accionar en esta vía sin requerir del todo la vinculación con el asunto principal", y se ha exigido a los accionantes demostrar que se encuentran en alguna de las causales para la acción directa de inconstitucionalidad regladas en los párrafos segundo y tercero del artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional."*

En otro orden de ideas, llama poderosamente la atención el ordenamiento jurídico *salvadoreño* con motivo del control difuso, donde se prevé la obligación del juez ordinario, a la hora de inaplicar una ley, disposición o acto, por motivos de inconstitucionalidad, de remitir el mismo día la certificación de la sentencia a la Sala de lo Constitucional, de modo que esta última determine en sentencia definitiva la inconstitucionalidad o no de la declaratoria emitida por los tribunales ordinarios. Este pronunciamiento definitivo no admitirá ningún recurso y será vinculante de un modo general para los órganos del Estado. De este modo, si en dicha sentencia definitiva la Sala de lo Constitucional determina la conformidad de la ley, ningún funcionario puede negarse a aplicarla[28]. Sobre el particular: "*el inicio de un proceso de inconstitucionalidad, en virtud de requerimiento judicial por ejercicio de control difuso, no implica que el eventual pronunciamiento de la Sala de lo Constitucional recaiga sobre lo resuelto por el Juez, esto es, sobre su sentencia de inaplicabilidad, mucho menos sobre lo que pudiere resolver también otro juzgador, al conocer en segunda instancia por motivo de algún recurso interpuesto…El control de constitucionalidad en un proceso de inconstitucionalidad vía requerimiento judicial (…) no es un recurso mediante el cual se pueda modificar, revocar o confirmar lo resuelto por un Juez en un proceso e instancia determinada-, y sus efectos, si bien son obligatorios y de general acatamiento esto se limita, en cuanto al criterio del tiempo, a establecer en el fallo una declaratoria con efectos constitutivos…En el ejercicio de la potestad de control difuso, el juez debe identificar el parámetro de control, es decir la(s) disposición(es) constitucional(es) que considera vulnerada(s) por el objeto de control, lo cual implica que el Juzgador debe realizar previamente una interpretación de la Constitución –sobre lo cual la Sala de lo Constitucional no tiene monopolio- y cotejar con ella la interpretación que de la ley ha efectuado".* En términos similares, en el

---

viene de la pág. anterior ...

debe basarse en la violación a una norma constitucional que reconozca una situación jurídica subjetiva o que contenga una disposición que haya sido dictada en beneficio del interés público (por ejemplo, cuando se viola el procedimiento legislativo de aprobación de la ley) En conclusión no toda persona puede incoar un juicio de inconstitucionalidad contra una ley. Las únicas legitimadas serán las que acrediten tener un interés directo, personal y legitimo protegido por la Constitución y lesionado por la ley que se impugna."

28 Quesada Rodríguez, op cit., pág. 20.

sistema de justicia constitucional *dominicano* el Tribunal Constitucional tiene la potestad de revisar las decisiones jurisdiccionales que hayan adquirido autoridad de la cosa irrevocablemente juzgada en tres casos: el primero, cuando la decisión declare inaplicable por inconstitucional una ley, decreto, reglamento, resolución u ordenanza, en segundo, cuando la decisión viole un procedente del Tribunal Constitucional y, tercero, en caso de violación de un derecho fundamental[29]. De esta forma, vemos como aunque el sistema *salvadoreño*, como el *dominicano* son sistemas mixtos, a la postre prevalece la interpretación última del Órgano Superior de Control de Constitucionalidad, sea la Sala de lo Constitucional (*en El Salvador*), o el Tribunal Constitucional (*en República Dominicana*), con lo cual desde mi perspectiva ambos sistemas se aproximan de una manera u otra al método concentrado, aunque todavía lejano de la manera en que ha sido configurado en *Costa Rica*.

VI.- Tipología y efectos de las sentencias de los órganos de control de constitucionalidad.

En este punto analizaremos cuáles son los efectos de las sentencias de los Órganos de Justicia Constitucional en la región centroamericana con ocasión del control abstracto. En este sentido, las decisiones de los supremos interpretes de la Constitución bien pueden ser erga omnes (es decir, vinculantes para todas las dependencias y autoridades públicas, con efectos generales), o inter-partes (sólo para el caso concreto), y además pueden ser constitutivas e irretroactivas (ex nunc), así como declarativas y retroactivas (ex tunc). De otra parte, en lo que atañe a la tipología de las sentencias podemos encontrar en la región, con motivo del control abstracto, desde las sentencias desestimatorias y estimatorias, hasta las conocidas por la doctrina de interpretación conforme en sus distintas modalidades (aditivas, manipulativas, entre otras).

De esta forma, y en términos generales, los efectos de las sentencias en *Guatemala, El Salvador, Nicaragua y Panamá* son erga omnes y constitutivos (es decir ex nunc). En el sistema de justicia constitucional *hondureño*, en cambio, no queda claro si los efectos son a futuro o retroactivos. También hay imprecisión en *Honduras* en cuanto se establece que el principal efecto de la declaratoria de inconstitucionalidad es la derogación[30], cuando lo que se produce en el derecho comparado es la anulación de la norma post-constitucional que resulta incompatible frente a la Constitución, precisamente porque pierde su validez.

Ahora bien, tanto en *Costa Rica*, como en *Republica Dominicana* se distingue entre las sentencias estimatorias y desestimatorias. Las primera expulsan con efectos erga omnes la disposición impugnada que viola la Norma Fundamental, sólo que en *República Dominicana* la anulación se produce hacia el futuro, mientras que en *Costa Rica,* en principio es retroactiva, aunque en ambos casos se prevé la posibilidad de modular en el tiempo los efectos de la declaratoria. Dichas sentencias estimatorias tienen autoridad de cosa juzgada formal y material, lo que no acontece con las desestimatorias.

---

29 García Rojas, G., op. cit., pág. 15.
30 Castillo Calvo, V., op cit, págs. 17-19.

VII.- *Otras competencias de los Órganos de Justicia Constitucional.*

Sobre el particular, Víctor Ferreres, en su libro, "*Una defensa del modelo europeo del control de constitucionalidad*", clasifica los Tribunales Constitucionales en puros e impuros, dependiéndose de si realizan con exclusividad, y de manera única o no, el control de constitucionalidad. Dentro de esta perspectiva, bien se puede comentar que ninguno de los Tribunales Constitucionales (Cortes o Tribunales Constitucionales, Cortes Supremas, o Salas Constitucionales especializadas) son órganos puros de control de constitucionalidad, sino más bien impuros, en la medida en que el ordenamiento jurídico les asigna otras competencias, entre las que sobresalen: la resolución de conflictos de competencia entre órganos constitucionales, y los procesos de garantía de los derechos fundamentales, como el recurso de amparo, de exhibición personal o de habeas corpus, o el habeas data. El desarrollo de cada uno de estos procesos excede el objeto de este trabajo.

VIII.- Conclusiones.

Pues bien, en esta investigación se ha analizado, desde una perspectiva comparada, los sistemas de justicia constitucional en el istmo centroamericano. De esta forma, se ha estudiado desde la composición e integración de las Salas, Corte Supremas y Tribunales Constitucionales de la región, hasta el método de control de constitucionalidad y la forma en que en la mayoría de éstos coexisten los métodos difusos y concentrados. Ciertamente, y tras analizar dichos métodos, y teniendo en cuenta los extremos de *Costa Rica y Belice*, notamos una aproximación en la mayoría de éstos.

Pero también hemos revisado la forma en que se verifica dicho control: a priori y a posteriori, así como si se corresponde con un tipo abstracto y concreto. Además, se ha revisado aunque de manera sucinta algunos procedimientos, así como la tipología y los efectos de las decisiones de estos Órganos de Justicia Constitucional en el desempeño de sus cometidos constitucionales y legales.

Cabe mencionar, sin embargo, que en el desarrollo de este trabajo se han encontrado muchas limitaciones en cuanto al acceso a la información, de ahí que resulta sumamente meritoria la labor de los alumnos del curso Retos y Perspectivas del Derecho Procesal Constitucional del Programa de Doctorado en Derecho de la Universidad de la Escuela Libre de Derecho, así como de mis amigos centroamericanos todos mencionados en esta contribución. Quedan muchos temas pendientes tras elaborar este trabajo, como por ejemplo el estudio de las competencias añadidas de estos tribunales constitucionales centroamericanos, o el detalle de los distintos procesos de control de constitucionalidad, las cuales espero revisar en otra oportunidad.

IX.- Bibliografía.

A demás de los materiales que se han consultado para esta investigación, se ha utilizado la siguiente bibliografía básica:

- Bachof, O., *Jueces y Constitución*, Cívitas, Madrid, 1985.

- Bidart Campos, G., y Carnota, W., *Derecho Constitucional Comparado, Tomo I*, Ediar Ediciones, primera edición, Buenos Aires, 2001.

- Bryce, J., *Constituciones flexibles y Constituciones rígidas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1998.

- Carrillo M., y Romboli R., *La reforma del recurso de amparo*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2012.

- Castillo Víquez, F., *La protección de los derechos fundamentales en la Jurisdicción Constitucional y sus vicisitudes*, Juristexto, San José, 2008.

- Corwin, E. S., *La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual*, Fraterna, Buenos Aires, 1978.

- Díaz Revorio, F., J., *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional,* Lex Nova, S.A., Valladolid, 2001.

- Fernández Segado, F., *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1992.

- Ferreres Comella, V., *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*, Marcial Pons, Madrid, 2011.

- García de Enterría, E., *La Constitución como Norma Jurídica y el Tribunal Constitucional*, Cívitas, Tercera Edición, Madrid, 1983.

- Haro, R., *El control de constitucionalidad comparado y el rol paradigmático de las cortes y tribunales constitucionales*, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Tomo I, Fundación Konrad Adenauer A.C., 2004.

- Hesse, K., *Escritos de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Segunda Edición, Madrid, 1992.

- Hesse, K., y otros., *Manual de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2001.

- Jinesta Lobo, E., *Derecho Procesal Constitucional*, Ediciones Guayacan, San José, 2014

- Leguina Villa, J., *Principios Generales del Derecho y Constitución*, Revista de Administración Pública, N°114, septiembre-diciembre, Madrid, 1987.

- Molas, I., *Derecho Constitucional*, Tecnos, Tercera Edición, Madrid, 2005.

- Muñoz Machado, S., *Constitución*, Iustel Publicaciones, Madrid, 2004.

- Orozco Solano, V., *La fuerza normativa de la Constitución frente a las normas preconstitucionales*, UBIJUS-CEAD, Ciudad de México, 2012.

- Orozco Solano, V., *La fuerza normativa de la Constitución,* Investigaciones Jurídicas, San José, 2008.

- Patiño Cruz, S. y Orozco Solano, V., *La Inconstitucionalidad por Omisión*, Investigaciones Jurídicas, San José, 2004.

- Pérez Tremps, P., *Tribunal Constitucional y Juez ordinario. Una deuda pendiente del legislador. En Autonomía y Justicia y Cataluña*, VII Seminario Organizado por el Consejo Consultivo de la Generalidad de Cataluña, Consejo General del Poder Judicial de España y Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, GESMAX, SL, Barcelona, 20-21 de noviembre de 2003.

- Piza Escalante, R., *Justicia Constitucional y Derecho de la Constitución*, en Jurisdicción Constitucional, varios autores, Juricentro, San José, 1993.

- Solano Carrera, L. F., *Supremacía y eficacia de la Constitución, con referencia al Sistema Costarricense, en Constitución y justicia constitucional: jornadas de derecho constitucional en Centroamérica*, Agencia Catalana de Cooperació al Desenvolupament de la Generalitat de Catalalunya, Grupo 3SL, Barcelona, 2006.

EL DERECHO CONSTITUCIONAL AMBIENTAL COSTARRICENSE EN MOMENTOS DE UN NEOCONSTITUCIONALISMO CON ENFOQUE BIOCÉNTRICO

Álvaro Sagot Rodríguez[1]

"*… la incorporación de la naturaleza al derecho constitucional en carácter de sujeto de derechos abre un nuevo capítulo en la historia del derecho respecto del cual nuestra imaginación es pobre, porque nos movemos aún dentro del paradigma que niega derechos a todo lo que no es humano* " Raúl E. Zaffaroni

I. Introducción

Existen dos grandes y antagónicos paradigmas a efecto de valorar la forma de incorporar la biodiversidad a nuestras vidas, uno con visión antropocéntrica, donde los humanos están por delante para todo, que es economicista y con apariencias de protección, pero más bien se piensa en forma utilitaria sobre los recursos; en este normalmente el principio precautorio es superado y aplastado por criterios de clientelismo político; y el otro, que es una concepción biocéntrica, donde la racionalidad ecosistémica es importante y se considera que los seres humanos somos parte del entorno; es una perspectiva de un mundo inclusivo a todas las formas de vida, que cree vital superar los obstáculos de la postmodernidad biocida, tratando preservar diferentes ecosistemas vitales y frágiles por respeto a la generaciones que incluso no han nacido, donde se parte de que es fundamental aplicar lo precautorio y el principio de tutela científica de manera objetiva y trasparente.

Precisamente sobre los aspectos anteriores ahondaremos en este artículo a efectos de enunciar, que nuestra norma 50 constitucional, que materializa a partir de junio de 1994 el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, podría tener ciertas limitaciones que hacen que los operadores de justicia puedan hacer perpetuar el sistema antropocéntrico, que se limita lamentablemente, en muchas ocasiones, a resolver los problemas dentro de criterios de inmediatez, o donde la variable económica a favor de proyectos sea lo que debe prevalecer. Aspectos estos; que a la larga generan regresiones jurídicas perjudiciales a la biodiversidad.

Como se apreciará, desarrollaremos inicialmente una sección general sobre lo que son los paradigmas y su disyuntiva a efectos de ubicar el tema; posteriormente en otra

1 Abogado, máster en Derecho Ambiental por la Universidad del País Vasco. Académico en Universidad Nacional de Costa Rica (UNA) en la Escuela de Ciencias Ambientales y en la maestría en Desarrollo Sostenible de la Universidad de Costa Rica (UCR). Profesor en Maestría de derecho ambiental de la Universidad del País Vasco, España. asagotr@racsa.co.cr.

se expondrá sobre la forma en el cómo se han reflejado esos paradigmas en diferentes instrumentos normativos, para luego llegar a una tercera, donde nos introduciremos hasta nuestra normativa constitucional, para visualizar con ejemplos nacionales, algunas posiciones respecto a proyectos que han obtenido deficientes licencias ambientales al amparo de la norma 50 de la Constitución Política.

No se pretende con lo que se presenta agotar el tema, sino más bien abrir una discusión sobre el futuro, lo deseado y lo necesitado en la Costa Rica del nuevo siglo, a la luz de lo que se enmarca en la Carta Magna, que es la que nos señala la hoja de ruta sobre el cómo interpretar todo nuestro Ordenamiento Jurídico ambiental.

II Los paradigmas en la perspectiva actual.

A efectos de iniciar, tenemos que responder qué es un paradigma, y para ello citamos a Kuhn (1962) que nos señala que este es: "*Una sólida red de compromisos conceptuales, teóricos, instrumentales y metodológicos. El paradigma incluye un cuerpo implícito de creencias teóricas y metodológicas entretejidas que permiten la selección, evaluación y crítica, es la fuente de los métodos, problemas y normas de solución aceptados por cualquier comunidad científica…*"

Es decir, un paradigma desde lo que hablaremos en este artículo -expuesto de la manera más simple- es la forma en que entendemos, explicamos y nos relacionamos la humanidad, con el resto de la biodiversidad.

Los paradigmas, como constructos éticos y metodológicos nos hacen tener diferentes formas de analizar las realidades respecto a nuestro entorno en los Estados y en el cómo se regulan jurídicamente u organizan éstos, por ejemplo, para llevar a cabo los procesos productivos y las visiones de desarrollo. Como señalamos al inicio estas dos visiones son el antropocentrísmo y el biocentrísmo.

Los analistas se balancean entre ramas, para señalar que estamos dejando el antrocentrísmo y regresando a lo que nuestras culturas originarias planteaban para vivir en un mundo que respete la gran diversidad de formas de vida y sus ecosistemas y otros señalan, que no podemos dejar de considerar al ser humano en el centro, como el señor y dueño de todo lo existente, puesto que somos los únicos seres con "racionalidad".

Sin detenernos a ahondar en la historia, es claro que la concepción antropocéntrica es el paradigma que nos ha "dominado" desde hace muchos siglos y para ello basta con recordar el proceso de adoctrinamiento en el nos han tenido con aquella frase del Génesis, en la Biblia, donde el Señor, al "crear al hombre", le dice: "*Sean fecundos y multiplíquense y **llenen la Tierra y sométanla**; **manden** en los peces del mar y en las aves de los cielos y en **todo animal** que serpentea sobre la Tierra*". (El resaltado no es del original)

La idea de cosificar y disponer sobre todo ser viviente es algo; bajo lo cual muchísimas generaciones han crecido en al menos los últimos dos mil años para la cultura que sigue principalmente ritmos occidentalizados, y hoy en día ello se sigue utilizando para justificar que se deben talar bosques para

hacer hoteles[2], piscinas y canchas de golf, o minas de oro a cielo abierto[3], para generar supuestamente fuentes de trabajo y en los países latinoamericanos no escapamos de esa realidad.

Pero volviendo a la disyuntiva sobre los paradigmas, tenemos que mucho se ha escrito sobre ellos y nos ha parecido importante enfocar en esta sección no al clásico antropocentrismo, puesto que ello es un terreno que debemos de ir dejando de arar para dar un vuelco revolucionario al futuro, a lo que exigen las ideas de avanzada en este nuevo siglo.

En esa línea, iniciamos contrastando lo que los teóricos señalan sobre las dos visiones de mundo que existen. Por ejemplo, el brasileño Leonardo Boff (2002) nos dice:

"Hoy *estamos entrando en un nuevo paradigma. Esto quiere decir que está emergiendo una nueva forma de comunicación dialogal con la totalidad de los seres y sus relaciones. Evidentemente sigue existiendo el paradigma clásico de la ciencias y sus famosos dualismos como la división del mundo entre material y espiritual, la separación entre naturaleza y cultura, entre ser humano y mundo, razón y emoción, femenino y masculino, Dios y mundo, la atomización de los saberes científicos. Pero a pesar de todo ello, debido a la crisis actual, se está desarrollando una sensibilización para con el planeta en cuanto totalidad. De ahí surgen nuevos valores, nuevos sueños, nuevos comportamientos, asumidos por un número cada vez más creciente de personas y comunidades. Es de esa sensibilización previa de donde nace, según T. Kuhn, un nuevo paradigma. Aún está en período de gestación. No ha nacido totalmente. Pero está dando las primeras señales de existencia. Comienza ya una nueva relación de diálogo con el universo*."

Por su parte Capra (1996), nos dice, zanjando diferencias entre la forma de analizar la ciencia y el cómo la abordan los estudiosos que están ubicados en uno u otro paradigma:

"*La ecología superficial es antropocéntrica, es decir, está centrada en el ser humano. Ve*

---

2 En el decreto de Conveniencia Nacional e Interés Público Nº 34701-MINAE-TUR, del Proyecto Hotelero Punta Cacique, mediante el cual se autoriza a impactar áreas de protección y hacer talas rasas de bosques, dispusieron las autoridades del Sistema Nacional de Áreas de Conservación (SINAC) y quedó constando en esa conducta administrativa lo siguiente: … Que mediante oficio número ACT-OR-D-440 de fecha dieciséis de julio de dos mil ocho, la Dirección Regional del Área de Conservación Tempisque, del Sistema Nacional de Áreas de Conservación, recomienda al Ministro del Ambiente y Energía tramitar la Conveniencia Nacional del Proyecto Cacique Costa Rica, en atención al fuerte impacto social en futuros empleos de buena calidad y en la mejora de ingresos de los pobladores locales y las nuevas generaciones de Guanacaste…"3 Favoreu, Louis, Los Tribunales Constitucionales, Barcelona, Ariel, 1994, p. 65.

3 Por parte en el decreto de Conveniencia Nacional e Interés Público 34801-MINAET del proyecto minero de oro a cielo abierto, conocido como Crucitas, se autoriza la tala rasa de un bosque en la zona norte de Costa Rica y se hizo constar lo siguiente: "… El proyecto Crucitas traerá varios beneficios económicos a la comunidad de San Carlos y el gobierno central. Entre estos beneficios están los siguientes: i) La mina tendrá una operación cercana a 11 años (incluye construcción, operación y cierre técnico). Esto significa que durante ese tiempo habrá desarrollo de las comunidades cercanas a Crucitas y necesidad de mano de obra; ii) La inversión inicial para construir la Mina Crucitas es cercana a US$ 65,000,000. Se calcula que gran parte de ese monto se usará para compra de servicios profesionales, pago de contratistas, compra de materiales y maquinaria; mucho de estos adquiridos en la zona de San Carlos; iii) Se estima que se dará empleo a 253 personas directas. En minería se calcula que por cada empleado directo, se da trabajo a 5 empleados indirectos; por lo que tendremos 1,265 empleados indirectos"

a éste por encima o aparte de la naturaleza, como fuente de todo valor y le da a aquella un valor únicamente instrumental "de uso". La ecología profunda no separa a los humanos -ni a ninguna otra cosa- del entorno natural. Ve el mundo, no como una colección de objetos aislados, sino como una red de fenómenos fundamentalmente interconectados e interdependientes."

Boff (2002) nos explica el por qué con las visiones antropocéntricas no hemos avanzado al decir que: "… *Es cierto que a partir de 1987, con el informe Brundtland de la ONU… se proyectó el ideal del desarrollo sostenido, definiéndolo como un proceso de cambio en el que la explotación de los recursos, la orientación de las inversiones, los rumbos del desarrollo económico y el cambio institucional, están de acuerdo con las necesidades actuales y futuras. En él se incorpora la razón ecológica. Pero como queda patente por los términos empleados, todavía se permanece prisionero del paradigma de desarrollo/crecimiento, valorado en sí mismo. Por mucho que se añadan epítetos a ese desarrollo "autosostenido" o "autógeno", nunca abandona su matriz económica de aumento de la productividad, acumulación e innovación tecnológica. El informe parte del presupuesto, detectado por la mayoría de los analistas críticos del primero y del tercer mundo, de que la pobreza y la degradación ecológica se condicionan y se producen mutuamente. Lo que contamina, se piensa es la miseria. Por eso, cuando más desarrollado, menos miseria y cuando menos miseria, menos contaminación y más ecología. En consecuencia, lo importante es acelerar el proceso de desarrollo para garantizar un equilibrio ecológico óptimo. En esto se produce un grave error. No se analizan las causas reales de la pobreza y del deterioro ambiental. Éstas son precisamente el resultado del tipo de desarrollo que se practica altamente concentrador, explotador de las personas y de los recursos de la naturaleza…"*

A propósito de esos epítetos que enuncia Boff en la cita anterior, debemos observar que nuestros magistrados constitucionales han acuñado el término "desarrollo sostenible democrático", para justificar que el Estado puede seguir dentro del paradigma antropocéntrico, pero que "debe" adaptarse a políticas y metodologías de análisis de respeto a la biodiversidad para hacer que Costa Rica se mantenga para las futuras generaciones de humanos. Nuestros jueces constitucionales expusieron:

"… *En años más recientes, la evolución del término de desarrollo sostenible ha llevado a poner nuevamente énfasis en el elemento social que se encuentra en él y que, en el fondo, viene a servir de contrapeso al elemento económico predominante hasta hoy. No se pretende afirmar que el elemento social sea un avance novedoso del término desarrollo sostenible. Por el contrario, se puede apreciar que ese ha sido un factor que constantemente ha estado presente en la discusión, pero que ha sido relegado en la práctica a un segundo plano ante la preponderancia de los otros elementos citados. Así, por ejemplo, el informe rendido en 1987 por la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo ante las Naciones Unidas señaló que el desarrollo sostenible implica satisfacer las necesidades básicas de todas las personas y proveer a todos de la oportunidad de aspirar a una mejor vida, pues un mundo en el que la pobreza sea endémica será siempre propenso a catástrofes ecológicas y de otro tipo. La satisfacción de las necesidades básicas -nos dice el informe- significa no solo una nueva era de crecimiento económico, sino también asegurarles a las personas en pobreza que van a obtener una parte justa de los recursos requeridos para mantener el crecimiento. El*

elemento social del desarrollo sostenible se verifica también en el componente de justicia social propio del Estado de Derecho y que ha sido recogido por nuestra Constitución Política. En efecto, el artículo 50 constitucional establece que: "El Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza. Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado." En un mismo artículo, el legislador constitucional ha incluido los tres elementos del desarrollo sostenible: la estimulación de la producción (elemento económico), el ambiente ecológicamente equilibrado (elemento ecológico) y, además, el reparto más adecuado de la riqueza y el ambiente sano (elemento social). La lectura del artículo también debe hacerse en conjunto con el artículo 74 de la Constitución, que explícitamente ***establece el deber de procurar una política permanente de solidaridad nacional con asidero en el principio cristiano de justicia social****. Ya en la resolución número 1441-92 de las 15:45 horas del 2 de junio de 1992, la Sala observó en ambos artículos la base del Estado Social de Derecho costarricense: "El principio general básico de la Constitución Política está plasmado en el artículo 50, al disponer que "el Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza" lo que unido a la declaración de adhesión del Estado costarricense al principio cristiano de justicia social, incluido en el artículo 74 ibídem****,*** ***determina la esencia misma del sistema político y social que hemos escogido para nuestro país*** *y que lo definen como un Estado Social de Derecho". Esos postulados constitucionales han sido desarrollados a su vez en la legislación nacional. De ahí que en materia ambiental se hayan promulgado la Ley de Conservación de la Vida Silvestre, la Ley Forestal, la Ley Orgánica del Ambiente y la Ley de Biodiversidad, entre muchas otras. De hecho, esta última también contiene un desarrollo del elemento social del desarrollo sostenible. En su artículo 9 se lee lo siguiente: "ARTÍCULO 9.- Principios Generales Constituyen principios generales para los efectos de la aplicación de esta ley, entre otros, los siguientes: (…) 4.- Equidad intra e intergeneracional. El Estado y los particulares velarán porque la utilización de los elementos de la biodiversidad se utilicen en forma sostenible, de modo que las posibilidades y oportunidades de su uso y sus beneficios se garanticen de manera justa para todos los sectores de la sociedad y para satisfacer las necesidades de las generaciones futuras." Como se ve, el elemento democrático del desarrollo sostenible, que se encuentra amparado en los numerales 50 y 74 de la Constitución Política, conlleva intrínsecamente la distribución justa tanto de los beneficios como de las cargas ambientales. En el Estado Social de Derecho, esto implica la preservación de la naturaleza para las generaciones futuras y el aprovechamiento solidario del ambiente*." (Voto constitucional No. 2013- 10540) (El resaltado es nuestro)

Apreciamos en lo anterior el típico y conservador argumento de hacer énfasis en elementos sociales como los supuestamente vitales -tal como lo desarrolló el criticado Informe Brundtland- aludiendo incluso a la doctrina cristiana, conforme lo habíamos mencionado.

Han expuesto nuestros magistrados que los aspectos de la producción son importantes, pero hay que tener claro que cuando se trata de defender esos términos, normalmente siempre toda la fuerza se inclina a dar empuje a los proyectos que generen fuentes de trabajo y dejan la variable ambiental para ser considerada como un aspecto de segundo, o tercer grado de interés. Ahora,

no se trata de caer en situaciones extremas o radicales en sobre protección aberrante de absolutamente todos los ecosistemas, como pretendiendo volver a los bosques que existían hace 200 o más años en Costa Rica, puesto que además de ser una tarea fuera de la realidad, los humanos debemos encontrar una racionalidad ambiental transparente, e integral, para avanzar, pero es claro, que con lo dicho por los jueces, estos trazan en ocasiones líneas muy delgadas, que a la postre podrían hacer que dependiendo de las ideologías políticas y las concepciones de "desarrollo" de los intérpretes, la balanza se incline por los aspectos que dejan de lado la biodiversidad y así emiten resoluciones que parecen buenas y sustentables, pero ello sólo es un espejismo que conduce a autorizar proyectos que tienen como objetivo que algún grupo de interés obtenga ganancias financieras, a costa de daños que podrían ser irreversibles.

Un ejemplo de lo anterior, se palpa en el extracto siguiente de una sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo, donde un juez resolviendo una medida cautelar, contra el inicio de un proyecto muy cuestionable desde la perspectiva ambiental dijo:

"*En el caso de marras, más allá de un análisis de la apariencia de buen derecho que pudiera tener la parte actora ante la posible nulidad de la citada resolución; lo cierto del caso, es que dicha resolución lo que hizo fue dar un visto bueno o viabilidad ambiental a un proyecto de concesión de obra pública; es decir, la citada resolución emitida por la secretaria ambiental por sí misma no constituye una fuente de peligro o daño que amerite la intervención del Tribunal. El Despacho considera que no puede tenerse por acreditado el peligro en la demora… finalmente, en* ***cuanto a la bilateralidad y ponderación de los intereses en juego, es claro que con la adopción de una medida como la pretendida por el Sindicato accionante, lejos de evitar un perjuicio mayor como el alegado, lo que vendría a significar es el atraso de una obra necesaria para el desarrollo y el bienestar del país, especialmente de la población de la zona atlántica por medio de la generación de empleos y progreso general…***" Resolución No. 99-2015 T dictada por el Tribunal Contencioso Administrativo a las 11 horas 30 minutos del 15 de enero del 2015. (El resaltado no es del original)

Como apreciamos, bajo el criterio subjetivo de ponderación de los intereses en juego, hubo una inclinación por las fuentes de empleo, lo cual tiene mucha relación con lo dicho supra, si consideramos que los votos de la Sala Constitucional son utilizados como "nociones inspiradoras" a jueces de menor jerarquía[4].

Por su parte en Brasil también algunos doctrinarios han tratado de seguir justificando el antropocentrismo, cambiando los nombres para suavizar las posiciones radicales, pero en ese caso, es nuestro criterio, que siempre se sigue manteniendo una visión clásica; propiamente me refiero a lo que el abogado José Rubens Morato Leite (2014) llama: "*antropocentrísmo ampliado*", de lo cual hablaremos más adelante en la siguiente

4 Recordemos que la Ley de la Jurisdicción Constitucional (Ley No. 7135 de 11 de octubre de 1989) señala en su artículo 13: La jurisprudencia y los precedentes de la jurisdicción constitucional son vinculantes erga omnes, salvo para sí misma."

sección. Solamente adelantamos que esa posición es un economicismo teñido de verde, que siempre resultará quedarse o atarse al paradigma que pone al ser humano en el centro del todo puesto que dice que como nosotros tenemos racionalidad *per se*, debemos de seguir disponiendo y resolviendo lo oportuno, pero lo cierto es que a la fecha, como especie no hemos hecho un buen trabajo.

El jurista argentino Zaffaroni (2011) en una línea similar a la de Capra (1996) nos explica la dicotomía de los paradigmas diciendo que existen dos posiciones: "*A) una ecología ambientalista que sigue considerando que el humano es el titular de los derechos y que si bien puede reconocer obligaciones de éste respecto de la naturaleza, no corresponde asignar a ésta el carácter de titular de derechos. B) y una ecología profunda -deep ecology- que le reconoce personería a la naturaleza, como titular de derechos propios, con independencia del humano*…"

Boff (2002) nos expone: "… *es necesario contextualizar epistemológicamente nuestro modo de acceder a la realidad natural y social. Cada cultura organiza su modo de valorar, de interpretar, y de intervenir en la naturaleza, en el habitad y en la historia*". Él nos explica que no podemos separar los ecosistemas y la biodiversidad, de los diferentes procesos productivos puesto que "… *así como célula constituye parte de un órgano y cada órgano es parte de un cuerpo, así como cada ser vivo es parte de un ecosistema, igual cada ecosistema es parte del sistema global Tierra*…" y por ello todo está interligado, pero en el antropocentrísmo se maneja la idea contraria y prefiere considerar que el "todo" está desvinculado del resto y justifican estos teóricos de la visión clásica, que por ello una alteración de los ecosistemas no traerá mayores repercusiones nefastas en el resto de fuerzas vivas, puesto que todos los ecosistemas se adaptan. Dicen que con simples medidas de mitigación[5] y compensación[6] cualquier daño se solventa sin mayor trascendencia. Es manifiesto con lo anterior, que la visión antropocéntrica trata de mantener esa idea de que los ecosistemas se manejan de manera fragmentada, pues para ellos, lo contrario llevaría supuestamente a atar de pies y manos a los intereses económicos del

5 Cuando se habla de mitigación o compensación, se entienden medidas aplicables a fin de minimizar o compensar los impactos ambientales que pueda producir una actividad, obra o proyecto sobre el ambiente en general o en algunos de sus componentes específicos

6 En el permiso ambiental del primer mega proyecto nacional (expediente No. 7968 – 2012 SETENA), que será una terminal de contenedores, que consistirá en hacer una isla artificial de 80 ha. en la costa atlántica, se detalla en el proyecto que se extraerán más de 5000 millones de metros cúbicos de sedimentos marinos para darle buen calaje a los buques y para ello este material se echará al mar, como si este fuera un botadero. Ante cuestionamientos de grupos ambientalistas, los funcionarios públicos expusieron en la licencia ambiental, que es la resolución No. 2523 2014 SETENA del 17 de diciembre del 2014: "En vista de que la información aportada muestra algunos faltantes dentro de los programas anteriores, se exigirán las medidas de mitigación que se deberán considerar y detallar en la resolución final, adicional a lo establecido en los planes antes indicados" Ante un asunto de falta de certeza, siguiendo lo que señala el principio precautorio, contrario a decir que luego se establecerían medidas de mitigación y compensación, lo lógico y racional era externar que el proyecto no era viable, o que requería más estudios; pero no, acá se le dio prioridad política a la construcción de la terminal de contenedores, para terminar otorgando la licencia, a pesar de las falencias que pueden llevar a generar daños ambientales irreversibles en los arrecifes de coral y la biodiversidad marina que existen en la zona.

mercado y esto, a su forma de ver la realidad, retrasaría la toma de decisiones en un mundo donde cada minuto perdido significa menos ingresos y retardo en el "reparto justo de las riquezas" consecuentemente. La visión biocéntrica obliga por lo contrario a valorar los ecosistemas de forma integral de previo a la autorización, de manera transparente y honesta, aunque se tarde más tiempo y ello pudiera significar que eventualmente no se otorguen los permisos para determinados proyectos. En eso radica ver el mundo con una u otra óptica. En un análisis con enfoque biocéntrico eventualmente también en determinados casos se podrán imponer medidas de mitigación y compensación eso es indudable, pero la crítica y la diferencia va en la línea de que los operadores de las administraciones públicas con visión clásica tienden a aprobar todo tipo de proyectos y para ellos cualquier cosa se puede realizar recomendando esas de medidas sin restricciones, incluso aunque existan serias dudas de la obra o actividad. Este enfoque es el que deja pasar de lado el principio precautorio[7], así como el de objetivación[8] también conocido como de tutela científica.

El maestro Zaffaroni (2011) aclara sobre la conflictividad entre los paradigmas y las argumentaciones políticas sobre los efectos prácticos entre las posiciones lo siguiente:

"*La ecología profunda, basada en el reconocimiento de la personería jurídica de la naturaleza, no deja de producir cierta molestia y abierta desconfianza en el campo de la teoría política. No nos referimos a las objeciones articuladas por los intereses bastardos que en su afán de renta inmediata pretenden llevar adelante hasta la catástrofe total la depredación planteada, sino a quienes con sinceridad -y a veces también con razón frente a algunas manipulaciones- creen ver en ella un serio peligro para la democracia y la libertad. Dado que la ecología profunda necesariamente debe criticar el sistema productivo actual, no faltan quienes la creen una tentativa de legitimar un nuevo stalinismo con diferente discurso legitimante. Por otro lado, como en muchas veces reivindica un localismo que revaloriza la vida austera, otros sospechan que oculta una nostalgia fascista. Más allá de estas sospechas también es verdad que con pretexto ecológico aparecen curiosos personajes que pretenden reducir la población planetaria sin explicar cómo u otras atrocidades semejantes. Dejando de lado a los últimos, que nunca faltan, lo cierto es que toda la ecología -incluso sin llegar a ser tan profunda- no puede dejar de objetar el actual desarrollo del capitalismo en cuanto a sus efectos de depredación planetaria. Nadie puede ignorar que en el siglo XX se deterioró más el planeta que en todos los milenios*

7 Sobre el principio precautorio han dispuesto nuestros magistrados constitucionales: "La aprobación de un estudio de impacto ambiental requiere - de conformidad con los compromisos internacionales adquiridos por Costa Rica y encomendados a SETENA un análisis pormenorizado que incluya, como lo exige el artículo 24 de la Ley Orgánica del Ambiente, los criterios técnicos y los porcentajes de ponderación que hace posible la aprobación del estudio..." (Voto No. 1174- 05) por su parte, en el voto No. 6322-03 se dice: "... el Estudio de Impacto Ambiental previo constituye el instrumento técnico idóneo para cumplir el principio precautorio que rige la materia ambiental, razón por la cual, prescindir de él implica omitir la prevención debida tratándose de la intervención humana en el medio...".

8 Nuestra Sala Constitucional ha definido el principio de objetivación de la siguiente manera: "… es un principio derivado de lo dispuesto en los artículos 16 y 160 de la LGAP, se traduce en la necesidad de acreditar con estudios técnicos la toma de decisiones en esta materia, tanto en relación con actos como de las disposiciones de carácter general de donde se deriva la exigencia de la "vinculación a la ciencia y a la técnica", con lo cual, se condiciona la discrecionalidad de la Administración en esta materia". Voto 14293-2005.

anteriores y que el ritmo de degradación de las condiciones de habitabilidad humana, si se proyecta sin interrupción, lleva a la catástrofe y a la extinción de la vida humana en la tierra que, por el momento -y parece que por mucho tiempo aún- es el único hogar de la especie. Cuando esto se traduce en términos políticos, no puede menos que ser un argumento tentador para cualquier radicalización crítica de derecha y de izquierda y, con suma facilidad, convertirse en un argumento no sólo contra un capitalismo desmesurado y depredador, sino incluso contra la propia modernidad y, finalmente, contra los derechos humanos. Es muy fácil pervertir el discurso ecológico, en particular profundo, hasta caricaturizarlo y convertirlo en un discurso contrario a las declaraciones de derechos y presentar el geocentrismo o cualquier otra tentativa de reconocer el carácter de sujeto de derechos a la naturaleza, como un discurso anti humanista que, por quitar al humano del lugar de titular del dominio absoluto de la naturaleza lo degrada a microbio eliminable si se opone a su conservación…"

Es decir, algunos teóricos ven los dos paradigmas como una confrontación entre "los de las derechas y las izquierdas", tratando de estigmatizar las posiciones sobre lo oportuno o inoportuno de cierto tipo de desarrollo[9] que cada Estado debería seguir.

Es sabido que las diferentes cámaras empresariales han hecho sus luchas políticas para tratar de eliminar trámites y regulaciones en procesos ambientales[10], alegando que quienes defiendan el derecho humano a un ambiente sano y ecológicamente equilibrados, sólo detienen el "desarrollo" de los Estados, pero sabemos, quienes trabajamos en materia ambiental, que estos discursos son falaces, pues esos grupos en realidad no piensan en un desarrollo solidario e inclusivo, sino simplemente en tratar de lograr las ganancias mayores para los sectores que representan. Y lo peligroso de esos argumentos es que se busca decir que quienes quieren respeto a la biodiversidad, están llevando pobreza y limitando las posibilidades de trabajo, a modo de crear repudio popular y ese mensaje -subliminal en algunos casos y expreso en otros- ha logrado calar como un mecanismo para mantener el saliente paradigma economicista vigente. Pero la pregunta que salta es: ¿qué tipo de vidas llevaremos si los mantos acuíferos se contaminan, qué ventajas existirán en aprobar proyectos que podrían destruir humedales, o arrecifes de coral, contaminar suelos, talar bosques?, dado que sin estos recursos, en realidad estamos acelerando los procesos que harán que al cabo de unos años la gente no tenga ni agua para sus necesidades básicas, o que no existan tierras qué cultivar, o ¿será que creen que la tecnología nos salvará? Pero la verdad inobjetable es que no podemos extendernos a cultivar más allá

9 Para profundizar sobre el desarrollo sostenible, véase libro el autor: El desarrollo sostenible en la jurisprudencia Constitucional. Editorial Juricentro. Costa Rica. 2014.

10 De hecho tenemos casos donde la Sala Constitucional ha expuesto que sería inconstitucional esa desregulación con fines evidentemente antropocéntricos. Los magistrados han señalado: "… Un reglamento no puede, sin incurrir en exceso, introducir disposiciones que, con prescindencia del tipo de obra o proyecto concreto que desea realizar el particular, hagan exclusiones genéricas del estudio de impacto ambiental, pues tal proceder implicaría una desconstitucionalización -vía reglamento- de la obligación de vigilancia y tutela que debe cumplir el Estado en el campo ambiental…" (Voto No. 6311-03)

de la tierra firme que existe[11] y el cambio climático ya es un fenómeno comprobado, que es incrementado por las actuaciones irresponsables del sector que prefiere la visión antropocéntrica.

En fin, lo único certero a la fecha es que la doctrina y las concepciones no son pasivas, todo lo contrario y ello es símbolo de un momento de crisis fuerte y de cambios, o revoluciones que se han visto reflejados incluso a nivel de diversos instrumentos jurídicos que van desde declaraciones internacionales, Constituciones Políticas, hasta leyes, o reglamentos. Todo lo cual deja entrever que los diferentes Estados están tomando partido por algunas de esas dos concepciones paradigmales, haciendo que las normas vayan marcando movimientos progresivos, o manteniendo los nortes según sea y esto es lo que veremos en las siguientes secciones.

III. Los paradigmas y la biodiversidad en el derecho internacional y el constitucional en América Latina

Con efectos en el marco jurídico de varios Estados, tenemos que modernamente existen una gran cantidad de instrumentos del *sofl law*[12] o declaraciones de principios de derecho, que han marcado ruta y donde se puede detectar en ellas una evolución progresiva hacia estadios tendientes a considerar las ideas del paradigma biocéntrico como la línea a seguir en este nuevo milenio que inicia.

Es claro, que el evento internacional que señalan los doctrinarios como el que da nacimiento del moderno derecho ambiental ha sido la Declaración de Estocolmo de 1972. Es evidente que ese instrumento ha sido un parte aguas, en el tanto que logró reunir a jefes de Estado a discutir las visiones de mundo que eran necesarias. Pero también es manifiesto, que no obstante la relevancia dicha, esa declaración estaba teñida por el antropocentrísmo. Lo anterior lo aseguramos; pues en el "Considerando Primero" de ella se dijo:

"*El hombre es a la vez obra y artífice del medio que lo rodea, el cual le da sustento material y le brinda la oportunidad de desarrollarse intelectual, moral, social y espiritualmente. En la larga y tortuosa evolución de la raza humana en este planeta se ha llegado a una etapa en que, gracias a la rápida aceleración de la ciencia y la tecnología, el hombre ha adquirido el poder de transformar, de innumerables maneras y en una escala sin precedentes, cuanto lo rodea. Los dos aspectos del medio humano, el natural y el artificial, son esenciales para el bienestar del hombre y para el goce de los derechos humanos fundamentales, incluso el derecho a la vida misma*…"

---

11 Nos expone Gudynas (2002) "La disposición de recursos naturales está limitada, por ejemplo, la tecnología podrá ampliar los rendimientos de la agricultura, pero siempre se moverá con los 414 millones de hectáreas con las que cuenta el continente. De la misma manera, los ríos y arroyos de nuestras grandes ciudades poseen capacidades limitadas de manejar algunos contaminantes y ya son muchos los sitios donde han sido ampliamente superadas"

12 El hard law, o derecho duro, es vinculante, y está previsto en convenios internacionales ratificados por los Estados. Creemos que la evolución al paradigma biocéntrico ha sido muy tímida en materia de convenios y salvo pocos ejemplos, como en la Convención de la Diversidad Biológica, que vino a reconocer derechos intangibles, como al conocimiento de pueblos originarios, o el derecho a la objeción cultural, o a la inclusión un derecho a la todo lo que significa vida, aún falta mucho por recorrer. Los magistrados del Tribunal Constitucional serán escogidos entre los magistrados, incluso los jubilados de las jurisdicciones superiores ordinaria y administrativas, los catedraticos titulares de día del juramento, y no podrán ser nuevamente designados.

Para que quede más visibilizado, el paradigma tradicional sobre el cual se asentaron los principios cristalizados en Estocolmo 72, debe observarse el Considerando Quinto, donde se expuso:

"… *De cuanto existe en el mundo, los seres humanos son lo más valioso*…"

Luego, para 1992, en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo se siguió una línea también con visión antropocéntrica, sólo que un tanto ecléctica, pero siempre permeada por la visión clásica, donde se dijo, por ejemplo, en el primero[13] de sus principios:

"*Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza*."

Es manifiesto, con las anteriores declaraciones de principios, que aplicando la simple interpretación gramatical, las ideas de los líderes internacionales era dejar claro que sobre cualquier cosa, la humanidad debía prevalecer y ello, hasta cierto punto es algo que ha colaborado en hacer que se extienda y mantenga vigente durante el tiempo el paradigma antropocéntrico. De hecho, la concepción de desarrollo sostenible prevista luego de Río 92 está cargada de ideas verdes, pero las mismas no abandonan la visión clásica economicista de desarrollo, aunque se le agregue el calificativo "sostenible"[14]

Pero conforme hemos ido progresando, se van notando cambios que enrumban hacia la apertura al nuevo paradigma biocéntrico.

Para el año 2000, en la declaración conocida como "Carta de la Tierra", tenemos un ejemplo de un instrumento que enuncia principios desde la perspectiva consensuada de las organizaciones sociales, que buscan reconocer derechos a la naturaleza de manera clara. Se señala en este documento en su Considerando Primero:

---

13 Esa ubicación (y redacción) de tener ese principio como el primero deja entrever que ello era fundamental para los líderes de diferentes naciones indudablemente y de ahí se deben considerar los otros principios.

14 En todo caso tenemos nuestras serias dudas sobre lo que término desarrollo sostenible significa y engloba y en nuestro libro "El Desarrollo Sostenible en la Jurisprudencia Constitucional" expusimos: "El economista Paolo Bifani (1999), nos expone que el mismo término Desarrollo Sostenible, conceptualmente hablando, está errado, pues este fue mal traducido del inglés, asunto que a la larga, ha servido o contribuido, a retardar el cambio estructural paradigmático que se ha señalado. Expone, Bifani (1999): "... La expresión desarrollo sostenible, es un anglicismo: proviene de sustainable develoment. Pero la expresión sajona sustainable no tiene la misma connotación que el termino español, sostener o sustentar cuyo significado es: mantener firme un objeto, prestar apoyo, mantener una cosa en medio, o en su lugar, sin dejarlo caer o haciéndolo lentamente, sufrir, tolerar, conservar una cosa en su ser o estado. Estas acepciones también están presentes en el vocablo inglés, pero este último tiene además una connotación dinámica positiva: to keep going continuosly, endure whithout giving way, es decir, avanzar continuamente, mantener la andadura o la marcha, resistirla sin ceder, perseverar en el esfuerzo. La expresión inglesa se refiere a un proceso cuyo ritmo hay que mantener, es una concepción dinámica, no estática, que introduce una visión temporal de largo plazo. Mientras que el vocablo español da la idea de un esfuerzo requerido para evitar que algo caiga o para conservar una cosa en su estado, es decir, es una concepción estática, la inglesa se refiere al esfuerzo necesario para que un proceso dinámico se mantenga superando los escollos que pueda encontrar, obliga por lo tanto, a la identificación de las condiciones necesarias para que el sistema no sólo sobreviva, sino para que se pueda seguir avanzando..." O sea, que el término Desarrollo Sostenible nos puede inducir a error y falsas concepciones tradicionales positivistas , o de la economía del crecimiento económico y ante ello, proponemos diferenciar y relacionar el Desarrollo Sostenible con la visión antropocéntrica y el Desarrollo sustentable, con la idea del nuevo paradigma, es decir la biocéntrica.

"*La humanidad es parte de un vasto universo evolutivo. A la Tierra, nuestro hogar, le da vida una comunidad singular de vida. Las fuerzas de la naturaleza hacen que la existencia sea una aventura exigente e incierta, pero la Tierra ha brindado las condiciones esenciales para la evolución de la vida. La capacidad de recuperación de la comunidad de vida y el bienestar de la humanidad dependen de la preservación de una biosfera saludable, que contenga todos sus sistemas ecológicos, una rica variedad de plantas y animales, tierras fértiles, aguas puras y aire limpio. El medio ambiente global, con sus recursos finitos, es una preocupación común para todos los pueblos. La protección de la vitalidad de la Tierra, de su diversidad y belleza es un deber sagrado*."

Acá debemos destacar que 20 años luego de la Cumbre de Río, sea en año 2012, se definió en el instrumento "El Futuro que Queremos" de parte de jefes de Estado y de las Naciones Unidas, el siguiente Considerando:

"*39. Reconocemos que el planeta Tierra y sus ecosistemas son nuestro hogar y que "Madre Tierra" es una expresión común en muchos países y regiones, y observamos que* ***algunos países reconocen los derechos de la naturaleza*** *en el contexto de la promoción del desarrollo sostenible. Estamos convencidos de que, para lograr un justo equilibrio entre las necesidades económicas, sociales y ambientales de las generaciones presentes y futuras, es necesario promover la armonía con la naturaleza*." (El resaltado es nuestro)

La abogada Berros (2014) refiriéndose al considerando recién citado; nos señala que dentro de él: "… *puede observarse como huella de una discusión de ineludible actualidad acerca del estatuto jurídico de la naturaleza. Este debate puede articularse con cosmovisiones que buscan poner en marcha un intento por experimentar y probar otras concepciones de vida en las que la armonía con la naturaleza asume un espacio medular y se diferencia del modelo occidental caracterizado por la dicotomía entre lo humano y lo no humano*…"

Bellamente, en el preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos de la Madre Tierra, del 2012 se externa:

"*Nosotros, los pueblos y naciones del mundo: Considerando que todos y todas somos parte de la Madre Tierra, una comunidad indivisible vital de seres interdependientes e interrelacionados con un destino común; Reconociendo con gratitud que la Madre Tierra es fuente de vida, alimento, enseñanza, y provee de todo lo que necesitamos para vivir bien; Reconociendo que los modelos económicos actuales no están en armonía con la Madre Tierra, producen depredación, explotación, y abuso, y han causado gran destrucción, degradación y alteración de la Madre Tierra, colocando en riesgo la vida como hoy la conocemos, producto de fenómenos como el cambio climático; Convencidos de que en un sistema interdependiente no es posible reconocer derechos solamente a la parte humana sin provocar un desequilibrio de todo el sistema*…"

Ya propiamente en los principios de esa declaración citada destacamos los siguientes incisos del artículo 1:

"*Inciso 4: Los derechos inherentes de la Madre Tierra son inalienables en tanto derivan de la misma fuente de existencia*."

"*Inciso 5: La Madre Tierra y todos seres tienen los derechos fundamentales reconocidos en esta Declaración sin distinción de ningún tipo, ni discriminación alguna, como puede ser entre seres orgánicos e inorgánicos, especies, origen, uso para los seres humanos, o cualquier otra condición*."

"*Inciso 6: Así como los seres humanos tienen derechos, todos los seres de la Madre Tierra también tienen derechos que son específicos a su condición y apropiados para su rol y función dentro de los sistemas en los cuales existen*."

Con ello es objetivamente visible el cambio de la visión internacional, la progresividad que impregna todo y la modificación hacia la cual nos debemos dirigir y que por supuesto, debería permear a los tomadores de decisiones, a efecto de que emitan criterios más acorde con lo que los científicos han entendido por una visión biocéntrica del entorno.

Berros (2014) también nos agrega sobre el cambio de visiones y el proceso de mutación a lo biocéntrico:

"*En el caso de la Declaración Final del Foro Alternativo Mundial del Agua que se desarrolló en Marseille, Francia, en 2012 se afirmó la defensa de los derechos de los pueblos indígenas reconociendo "la importancia de sus concepciones del mundo, de las prácticas y saberes tradicionales y costumbres; esenciales para la creación de alternativas frente al sistema de valores dominante, sistema regido sólo por una lógica económica" así como el apoyo a la "preservación y la integridad del ciclo del agua reconociendo los derechos de los ecosistemas y de las especies" y apelando a la "elaboración y el reconocimiento de los derechos de la naturaleza para garantizar a la biosfera -y a sus habitantes- la protección necesaria de su equilibrio y perennidad*".

Por otra parte, tenemos que ya dos Estados latinoamericanos han innovando haciendo neoconstitucionalismo ambiental, al modificar sus Constituciones Políticas e integrar una visión biocéntrica a sus normas base.

En Ecuador, la Carta Magna desde 2008 dice que la misma naturaleza tiene derechos. Señala su Constitución:

"*Capítulo séptimo. Derechos de la naturaleza. Art. 71.- La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos*…"

Por su parte, en la Constitución de Bolivia se expone desde 2009:

"*Capítulo Quinto: derechos sociales y económicos. Sección I: Derecho al Medio Ambiente. Artículo 33.Las personas tienen derecho a un medio ambiente saludable, protegido y equilibrado. El ejercicio de este derecho debe permitir a los individuos y colectividades de las presentes y futuras generaciones,* ***además de otros seres vivos****, desarrollarse de manera normal y permanente*." (El resaltado es nuestro)

Como se aprecia tanto en Ecuador como en Bolivia se personaliza y se le otorgan derechos a todos los seres vivos, buscando que exista una homeostasis[15].

15 Lo anterior no quiere decir que per se los derechos funcionen de forma óptima, puesto que son apenas cambios iniciales de grandes estructuras y conciencias, dado que hablamos de una revolución paradigmal en progreso y como lo dice Boff (2002) esta situación apenas está comenzando a modificar las férreas bases por las que nos hemos regido por siglos, de ahí que hay que entender que las sociedades sudamericanas citadas no sean perfectas por sólo dar el salto a tratar de hacer este tipo de trasformaciones inclusivas, pero son un primer paso nada despreciable y que hay que conocerlo para seguir adelante.

Nos dice Zaffaroni (2011) sobre estas máximas de los Estados sudamericanos:

"*Es clarísimo que en ambas constituciones la Tierra asume la condición de sujeto de derechos, en la forma expresa en la ecuatoriana y algo tácita en la boliviana, pero con iguales efectos en ambas: cualquiera puede reclamar por sus derechos, sin que requiera que sea afectado personalmente, supuesto que sería primario si se la considerase un derecho exclusivo de los humanos. De este modo, el constitucionalismo andino dio un gran salto del ambientalismo a la ecología profunda, es decir a un verdadero ecologismo constitucional. La innovación de la Pachamama va acompañada de la exigencia de un respeto, que se traduce en la regla básica ética del sumak kawsay, que es una expresión quechua que significa buen vivir o pleno vivir y cuyo contenido no es otra cosa que la ética -no la moral individual- que debe regir la actuación del Estado y conforme a la que también deben relacionarse las personas entre sí en especial con la naturaleza. No se trata del tradicional bien común reducido o limitado a los humanos, sino del bien de todo lo viviente*"

Todo lo anterior ha desatado una serie de posibilidades de derechos de fondo y procesales que asustarían a los representantes de los Estados, que allá en 1972 en la Cumbre de Estocolmo esbozaron que el hombre era el centro de los derechos y el organismo más valioso. Hoy en día esta revolución ética conlleva a considerar como "*sujetos no humanos*"[16], a otros seres vivos, haciendo con ello todo un parte aguas entre el antropocentrismo[17] y el biocentrísmo, donde tendremos que aprender a hablar de derecho "del" ambiente y dejar de pensar en el derecho "al" ambiente.

Ahora, que no se escandalicen algunos, pues como nos aclara Zaffaroni en su obra La Pachamama y el Humano, no se trata de que el humano pierde su podio, sino que debemos reaprender a observar y vivenciar la biodiversidad.

---

16 Recordemos que la prensa internacional destacó a finales del 2014, que se encontró a favor de la orangutana Sandra, enjaulada en un zoológico en Argentina, un habeas corpus para poder ser llevada a una reserva en Brasil. En este 2015, incluso esta posición de dar derechos a sujetos no humanos, tocó las puertas de los tribunales en Estados Unidos. Dicha noticia destacó: Por primera vez en los Estados Unidos un juez determinó que a dos simios que vivían en un centro de investigación de la Universidad Stony Brook es factible reconocerles el equivalente a un estándar mínimo derechos humanos."

17 Es importante apuntar, que si bien se considera por algún sector de la doctrina (Leyton, 2008), que hablar de sujetos humanos y sujetos no humanos, es un aspecto ubicable dentro del paradigma antropocéntrico, en la concepción o variante de antropocentrísmo ampliado, a nuestro criterio esa idea está errada y más bien, ese constructo social es una de las fracturas de esa visión clásica de mundo, que claramente se enfoca y dirige a lo que es el biocentrísmo, que como hemos señalado, es un paradigma en crecimiento que incorpora a los animales no humanos per se dentro los postulados fundantes. De hecho, algunos autores abiertamente no discuten que las ideas en torno a "sujetos humanos y otros no humanos" son netamente posiciones biocéntricas, sino que tienen bien claro que esto novedoso es parte del biocentrísmo naciente, tal y como se desarrolla en el artículo de autoría colectiva denominado ¿20 años no es nada? Un estudio de los debates constituyentes de 1994 sobre ambiente y patrimonio cultural

Algunos autores, como Morato Leite (2014) sostienen, que el mundo debe ser analizado dentro de un *antropocentrismo ampliado*[18]. Siendo esta "*una concepción ética que se centra en el ser humano, pero no porque se trate de un ser superior, sino debido a su racionalidad, es decir su capacidad de decidir y ser responsable de sus actos… Por ser racional, el ser humano posee una ética solidaria en relación con todas las otras formas de vida y es el responsable de su propia conducta, la cual influencia tanto a la actual generación como a las futuras. Además, tiene el deber de solidaridad con las otras formas de vida, pues es el responsable del equilibrio ambiental, según la idea de justicia intergeneracional*…" Pero como se dijo supra, ¿acaso con toda esa racionalidad no estamos llevando a este planeta a un caos donde hacemos desaparecer con nuestros proyectos, en una condición acelerada, no natural, a decenas de especies por año[19]?
Boff (2002) también brasileño, le podría contestar en el escenario de un debate a su coterráneo, Morato Leite, que es claro que debería recordar que: "*el ser humano puede ser el satán de la Tierra, él que fuera llamado a ser su ángel de la guarda y celoso cultivador ha demostrado que, además de homicida y etnocida, puede transformarse también en biocida y geocida…Todos somos rehenes de un modelo de comportamiento que nos sitúa, en contra del sentido del universo, por encima de las cosas, en vez de estar con ellas dentro de la gran comunidad*…"

El antropocentrísmo, como lo ha señalado Gomez-Heras (2010) responde claramente al complejo de Narciso que tenemos los humanos y romper con ello les duele muchos, pues el inconsciente domina.

Zaffaroni (2011) por su parte plantea que el ser humano es todo lo dicho por Boff arriba, pero que debe comenzar a escuchar la naturaleza. Él nos dice que no es que tengamos que pasar a un tercer plano, sino que al ser como somos, tenemos que entrar dialogar más para rescatar una dignidad colectiva. Zaffaroni está en contra de la tesis de la racionalidad como elemento vital para tener a la humanidad por delante, pues dice que incluso muchos humanos que tienen una discapacidad, o su inteligencia, o su razonabilidad o su cognitividad disminuida,

---

18 Leyton (2008) establece que el antropocentrísmo ampliado, o también conocido como extensionista es aquella variante del antropocentrísmo que considera que por un asunto moral y ético, los animales tienen derechos, pues al final de cuenta los humanos también somos animales, sólo que con racionalidad. esta idea (la del antropocentrísmo ampliado) parte del diagnóstico de la situación en que viven y muren miles de millones de animales, en manos de la ciencia y de la técnica humanas. De esta manera el extensionismo no estaría basado solamente en la compasión para con los animales, sino también en una argumentación ética, política e institucional-legal que sustenta dicha postura" Leyton dice que uno de los padres de esta versión del antropocentrísmo ampliado es el autor australiano Singer (1999) con su libro Liberación Animal: una nueva ética en nuestro trato hacia los animales". En esa obra se estableció la diferenciación entre animales humanos y animales no humanos. Ahora, esa modalidad de antropocentrismo, es una visión utilitaria de la biodiversidad, puesto que lo que nos señala entre líneas, es que se considera a los animales no humanos como vitales y dignos de respeto, siempre y cuando ello no entorpezca el "desarrollo" puesto que entonces hasta ahí acaba el respeto. Señala Leyton al respecto: "… de todos los modos, la valoración que la ética antropocéntrica hace de la naturaleza, será siempre en función de los intereses humanos, a los que tratará de promover y proteger…"

19 La desaparición de especies avanza a un ritmo entre 100 y 1.000 veces superior al natural, ver: http://www.consumer.es/web/es/medio_ambiente/2005/09/06/145054.php
En la misma línea véase: La crisis de extinción de especies continúa a ritmo acelerado UICN http://www.iucn.org/es/?4143/La-crisis-de-extincion-de-especies-continua-a-ritmo-acelerado--UICN

no por ello van a ser menos sujetos de derechos[20] y que igual que ocurre con el resto de la biodiversidad.

En fin, consideramos que es claro que el antropocentrismo ha tenido siempre miedo a caer en ideas que otorguen derechos a otras formas de vida diferentes a los humanos, pues como dice Zaffaroni, se tiene miedo a perder esa magna idea de propiedad privada de la naturaleza que ha dominado al mundo durante siglos, pero en definitiva vamos progresando y dando pasos para adelante, alejándonos de las ideas tradicionales y para ello la normativa que evoluciona lentamente va a ir cambiando las rígidas estructuras; y aunque algunos se resistan, ya existen casos de neoconstitucionalismo ambiental biocéntrico que nos llevarán a nuevas formas de relacionarnos con la naturaleza, tal y como han iniciado ruta dos naciones, que siguiendo lo dispuesto en declaraciones internacionales de derechos y las prácticas ancestrales de sus pueblos originarios, optaron por modificar sus normas máximas.

IV. El derecho a un ambiente sano en la Constitución Política costarricense

Señala el texto actual del artículo 50 constitucional:

"*El Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza.*

Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por ello está legitimada para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la reparación del daño causado.

El Estado garantizará, defenderá y preservará ese derecho. La ley determinará las responsabilidades y las sanciones correspondientes."[21]

Pero debemos aclarar que nuestra Constitución, que data de 1949, no contenía inicialmente un artículo expreso referente al ambiente, y no fue sino hasta 1994 que se introdujo este al modificarse la norma supra citada, agregando los últimos dos párrafos, quedando el primero de los mismos en iguales términos conforme originariamente se había acordado.

Alvares (2001) nos dice: "*Es relevante señalar que el proyecto de reforma al artículo 50 de la Constitución Política fue presentado ante la secretaría de la Asamblea Legislativa el cuatro de mayo de mil novecientos ochenta y ocho señalándose en la exposición de motivos del proyecto: "… los derechos contemporáneos forman la llamada "tercera generación…" Entre los nuevos derechos -que implican, también deberes- está el de vivir en un ambiente puro, que abarque la protección de todo el entorno natural del hombre… el hombre debe tener la sabiduría de hacer un uso racional de la naturaleza sin dañarla o destruirla… las reformas constitucionales que se presentan tienen como propósito resaltar el derecho de todo habitante de Costa Rica, a disfrutar de un ambiente puro, lo mismo que de un desarrollo ecológico equilibrado y sano*…"

---

20 Señala Zaffaroni: El argumento de que no es admisible el reconocimiento de derechos porque no pueden exigirlos (ejercer acciones, hacerse oír judicialmente) no se sostiene, porque son muchos los humanos que carecen de capacidad de lenguaje o que nunca la tendrán y sin embargo, a nadie se le ocurre negarles ese carácter…"

21 Norma reformada mediante Ley No. 7412 de 24 de mayo de 1994, publicada en La Gaceta No. 111 de 10 de junio de 1994.

Tenemos que ser justos con la historia y aclaramos que no obstante que el cambio normativo data de 1994, debemos recordar que cuando nació a la vida jurídica nuestra Sala Constitucional en 1989[22] nuestros magistrados extraían para ese entonces, el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, haciendo la integración[23] del derecho a vida contemplado en el numeral 21[24] y la protección del paisaje del artículo 89[25], así como retomando convenciones internacionales ratificadas, o usando el *soft law* de la Declaración de Estocolmo y otros instrumentos más.

Empero el avance dado, a nuestro criterio existió un error fundamental en la modificación constitucional al no haberse creado un artículo 50 bis por ejemplo. Lo anterior se externa, puesto que al ampliar la norma ya existente y agregar los párrafos dos y tres hizo que los interpretadores constitucionales, se vieran atados con mayor vínculo a tener que considerar en conjunto, todo el texto del artículo 50 y ello conllevó -y conlleva- a tener que ver la protección ambiental, aparejada a eso que los constitucionalistas originarios dispusieron que fue el deber pensar en un Estado, que tenía que estimular "*la producción y el más adecuado reparto de la riqueza*". Véase que incluso si leemos el párrafo tercero tenemos que existe una obligación de garantizar, defender, preservar no sólo el derecho a un ambiente sano, sino que también existe una obligación estatal de aplicar esos verbos por ejemplo al estímulo de la producción, que en principio no está mal, si este fuera un mundo ideal, equitativo, inclusivo y protector de la biodiversidad, pero no lo es.

Lo desarrollado en la norma 50 actualmente, implica, que cuando un operador de justicia ambiental deba sopesar un proyecto tiene que atribuir una clara ponderación a estimular esas actividades y si el interprete es de una tendencia antropocéntrica, tiene mucho más opciones para otorgar licencias, o aprobar los permisos, que las de rechazarlos. Constituyendo lo anterior una situación peligrosa y muy delicada.

González (2001) ya nos enunciaba, en parte, algo de lo anterior, puesto que al referirse a nuestro derecho constitucional dijo:

"*La tutela constitucional del ambiente surge después de varias décadas de maduración del proceso mismo de nacimiento de la legislación ambiental. Recordemos que fue esencialmente en la década de los sesentas, que arranca el esfuerzo en lo que respecta al desarrollo de una primera etapa en la formación de esta legislación, pero el proceso más fuerte para la constitucionalización esperó unos veinte años. Como rama del derecho, que pretende regular conductas del hombre muy ligadas a los procesos de desarrollo de nuestros países y a la necesidad de limitar el libre ejercicio capitalista, su nacimiento tiene implicaciones políticas importantes. Por un lado, en el discurso político, todos los gobiernos tratan de promoverlo, impulsando reformas a la legislación, Constitución, aprobación de Tratados, Estrategias, etc. Pero permitiendo por otro lado, en forma contradictoria que la economía mediatice su aplicación y la*

22 Con la Ley de la Jurisdicción Constitucional. Ley No. 7135 de 11 de octubre de 1989.

23 Ejemplos de esa integración se observan en los votos constitucionales: No. 3705-93, 2233-93 y 3707-93.

24 Artículo Constitucional 21: La vida humana es inviolable"

25 Artículo Constitucional 89: Entre los fines culturales de la República están: proteger las bellezas naturales, conservar y desarrollar el patrimonio histórico y artístico de la Nación, y apoyar la iniciativa privada para el progreso científico y artístico."

verdadera posibilidad de su ejecución. Es decir, en el proceso de constitucionalización de los derechos al ambiente, veremos que se ha dado una evolución teórica si se quiere, pero en las posibilidades prácticas reales para su aplicación la mayoría de los países han encontrado el dilema entre Ambiente y Desarrollo, lo Ecológico y lo Económico."

Algunas personas pueden cuestionar mi tesis -y están en su derecho- pues mi planteamiento es sólo eso, una hipótesis. Los más técnicos, o los academicistas, adversando mi punto de vista dirían que es imposible llegar a mi conclusión, puesto que es claro que cuando un juzgador aplique alguno de los diversos métodos de hermenéutica jurídica para resolver un caso concreto, tendrán que ser objetivos[26]. Pero en la realidad y en la sumatoria de elementos, vemos que no estamos ante un modelo perfecto que se decanta por un sí o un no, todo lo contrario; es decir no es una operación simple la que los valoradores deben hacer, donde sabemos que las situaciones económicas, ideológicas y políticas también influyen en la toma de decisiones y cargan con subjetivismo las resoluciones que dicten. En todo caso, a criterio de quien escribe, es manifiesto que existe un riesgo de parcialización al antropocentrísmo al haberse hecho en Costa Rica la positivización constitucional del derecho a un ambiente sano, manteniendo el párrafo primero que existía desde 1949, ya que el mismo corresponde a un momento histórico de cuando se pensaba que el Estado debía ser benefactor y que había que desarrollarlo fuera como fuera y esto es delicado. Y lo anterior lo mantengo, puesto que la consciencia y la sensibilidad en temas ambientales de los intérpretes pesa en las decisiones judiciales o administrativas. Recordemos que la "ciencia" y sobre todo la social, no es inocente y tiene partido político y tendencias al libre mercado, o de protección ambiental, tal y como se ha desarrollado en este artículo al exponer lo que son los paradigmas en la sección primera. Al respecto, confirmando lo descrito supra, nos dice el epistemólogo Mario Bunge (1998) "*La ciencia social tiene un compromiso ideológico, promueve los intereses materiales de alguna clase social dada*"[27].

---

26 Por ejemplo nuestro Código Civil, señala al respecto de las interpretaciones: artículo 10: Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de ellas." Pero sobre esto como es claro de la norma citada, no existe la pureza interpretativa a la hora de hacer una ponderación de factores en un caso concreto, y ya sea considerando el significado de una palabra, una coma, el momento histórico desde una persona poco sensibilizada en temas ambientales, etcétera, somos del criterio, que siempre el operador de justicia tendrá un gran margen subjetivo para definir el punto en conflicto. Peña (2014) nos reconoce este subjetivismo interpretativo y falta de eficacia a la hora de resolver cuando nos señala: El mayor problema actual del derecho ambiental es su falta de eficacia, existiendo claras falencias en su aplicación y cumplimiento, a tal punto que en palabras de OJEDA MESTRE, se trata de un derecho que padece de raquitismo de eficiencia. Ante esta realidad el operador jurídico deberá flexibilizar las normas que en su aplicación, no sirvan para dar respuesta rápida, real, y efectiva a las diversas situaciones que se presentan frente a los desafíos ambientales de nuestro tiempo. Por ello, el aplicador del derecho se encuentra ante a un reto de inteligencia, creatividad y decisión para escoger y adoptar la vía más adecuada para cumplir con las obligaciones y fines que impone el nuevo orden público ambiental.

27 Gómez Herra (2010) también en esa línea nos dice: … En cualquier caso, la ciencia y la técnica no son ni política, ni ética, ni cosmovisionalmente neutrales ya que aparecen encuadradas en una llamémosle, ideología. Los intereses del hombre requieren los servicios de la ciencia y de la técnica para dominar y explotar una naturaleza sometida a su servicio La tecnociencia en modo alguno aparece como neutral puesto que se integra en las experiencias y valores del mundo vivido…"

A lo anterior señalado sobre nuestra Constitución, tenemos que sumarle, que leyendo los motivos que llevaron a la modificación de nuestro numeral 50, tenemos la clara observancia de que ya se tenían matices del paradigma antropocéntrico. Véase que se señaló en el proyecto de norma expresamente que "… e*ntre los nuevos derechos -que implican, también deberes-* ***está el de vivir en un ambiente*** *puro, que abarque la protección de todo el entorno natural* ***del hombre****"* El énfasis de protección a lo que interesa y **pertenece *per sé*** a los hombres es más que claro. No estoy queriendo decir con lo anterior, que quienes hicieran el esfuerzo para modificar la Constitución lo hicieran con el fin de perpetuar el sistema antropocéntrico, pero el inconsciente y los procesos de aprendizaje han hecho sus marcas; recordemos que un paradigma conlleva a observar la naturaleza de determinada manera y los cientos de años que llevamos dentro el paradigma clásico no han pasado en vano evidentemente.

Lo anterior nos ha dejado secuelas en nuestra jurisprudencia constitucional, donde se ha establecido por ejemplo lo siguiente:

"… *precisamente el* ***objetivo primordial del uso*** *y protección del ambiente es obtener un desarrollo y evolución* ***favorable al ser humano***. Voto Constitucional No. 6938-00. (El resaltado es nuestro)

O también los magistrados, dando protección a los empresarios cultivadores de piña, contrario a proteger a los ciudadanos que en razón de esas producciones han visto contaminados mantos acuíferos, han señalado:

"… *La libertad de empresa y de comercio como derecho fundamental, íntimamente ligado, por su naturaleza, con el derecho al trabajo y de propiedad privada, es susceptible de ser restringido por una disposición del parámetro de convencionalidad o de constitucionalidad y, eventualmente, por la ley, en el tanto y en el cuanto el límite respectivo sea necesario, razonable y proporcionado. En el presente asunto, la restricción o limitación para ejercer la actividad empresarial agro-industrial de la siembra y expansión, exportación, distribución y comercialización de la piña en el cantón de Pococí, fue impuesta por un acuerdo del Concejo Municipal, lo que infringe directa y palmariamente el principio constitucional de la reserva de ley en materia de restricción a los derechos fundamentales y, por ende, quebranta la libertad de empresa y comercio*… " Voto Constitucional Nº 2013-0013939.

Sobre lo que debe ser una correcta lectura, según los magistrados constitucionales de la norma 50 han dicho:

"… *En efecto, el artículo 50 constitucional establece que: "El Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza. Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado." En un mismo artículo, el legislador constitucional ha incluido los tres elementos del desarrollo sostenible: la estimulación de la producción (elemento económico), el ambiente ecológicamente equilibrado (elemento ecológico) y, además, el reparto más adecuado de la riqueza y el ambiente sano (elemento social). La lectura del artículo también debe hacerse en conjunto con el artículo 74 de la Constitución, que explícitamente establece el deber de procurar una política permanente de solidaridad nacional con asidero en el principio cristiano de justicia social*…"Voto constitucional No. 2013- 10540.

Asimismo, nuestros altos jueces constitucionales también han señalado:

"… *Por último, es necesario considerar que la posibilidad de cambio del uso de suelo de los inmuebles particulares que han sido*

afectados previamente para la preservación del recurso forestal, se sustenta en que, según se había indicado anteriormente (Considerando V.- de esta sentencia), el concepto del desarrollo sostenible se incorpora al contenido de la debida tutela ambiental; con lo cual, es no sólo posible sino ***necesario el fomento del desarrollo económico*** *y social de la población –en cumplimiento del precepto contenido en el primer párrafo del artículo 50 constitucional (que enuncia "El Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza"); claro está, conforme al respeto de las normas ambientales, caso contrario se causaría* ***una grave paralización en el desarrollo de nuestro país***…" Voto Constitucional No. 2006-17126 (el resaltado no es del original)

En este voto, vemos esto que los magistrados han hecho, que es lanzar líneas sobre el cómo debería funcionar un Estado perfecto, pero es claro que ese mundo no existe y por tanto se corre el riesgo de estarse avalando permisos ambientales cuestionables teñidos de un desarrollo sustentable que en la Costa Rica actual podrían ser nefastos y para prueba esa sentencia favorable a los empresarios piñeros, donde se dispuso que podría ser sumamente peligroso el detener actividades económicas y la libertad de empresa a sabiendas de que existen mantos acuíferos ya contaminados irreversiblemente y que 6000 mil[28] vecinos de la zona, sólo reciben agua proveniente de camiones cisterna[29].

También han externado desde Sala Constitucional:

"… *la Sala observó en ambos artículos* (50 y 74 constitucionales) *la base del Estado Social de Derecho costarricense: "El principio general básico de la Constitución Política está plasmado en el artículo 50, al disponer que "el Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza" lo que unido a la declaración de adhesión del Estado costarricense al principio cristiano de justicia social, incluido en el artículo 74 ibídem, determina la esencia misma del sistema político y social que hemos escogido para nuestro país y que lo definen como un Estado Social de Derecho". Esos postulados constitucionales han sido desarrollados a su vez en la legislación nacional. De ahí que en materia ambiental se hayan promulgado la Ley de Conservación de la Vida Silvestre, la Ley Forestal, la Ley Orgánica del Ambiente y la Ley de Biodiversidad, entre muchas otras. De hecho, esta última también contiene un desarrollo del elemento social del desarrollo sostenible*…" Voto Constitucional No. 1441-92.

Claro, que las exigencias ahora deberían ser para dirigirnos hacia un Estado Social y Ambiental de Derecho, pues desde hace muchos años hemos visto el deterioro y perdida de la biodiversidad en que vivimos.

---

28 Sobre la contaminación del agua y su relación con empresas piñeras existen varios reportajes por ejemplo véase: 6.000 personas toman agua contaminada en Siquirres: http://www.nacion.com/ln_ee/2007/julio/17/pais1169836.html

29 Consúltese también: Comunidades afectadas por la expansión de la piña exigen derecho al agua potable. http://kioscosambientales.ucr.ac.cr/index.php?option=com_content&view=article&id=892:comunidades-afectadas-por-la-expansion-de-la-pina-exigen-derecho-al-agua-potable&catid=39:sobre-kioscos&Itemid=61

Y finalmente, se debe volver a citar los efectos prácticos de las opiniones jurisprudenciales citadas, plasmadas en una sentencia por un juez del Tribunal Contencioso Administrativo, que dispuso dar prioridad a protección a las fuentes de trabajo, sobre la materia ambiental, al denegar una medida cautelar, que señaló: "… *en cuanto a la bilateralidad y ponderación de los intereses en juego, es claro que con la adopción una medida como la pretendida por el Sindicato accionante, lejos de evitar un perjuicio mayor como el alegado, lo que vendría a significar es el atraso de una obra necesaria para el desarrollo y el bienestar del país, especialmente de la población de la zona atlántica por medio de la generación de empleos y progreso general*…" Resolución No. 99-2015 T dictada por el Tribunal Contencioso Administrativo a las 11 horas 30 minutos del 15 de enero del 2015.

Lo que encontramos también como significante, respecto a lo que hemos señalado en líneas anteriores es que a nuestro criterio, la modificación de 1994, limita la visión de protección amplia, porque las palabras utilizadas por los legisladores están amarradas con un enfoque antropocéntrico. Véase que la norma 50 lleva claramente una redacción que fácilmente puede ser una opción hábil, para que los que tengan un enfoque utilitario de la biodiversidad cometan actos lamentables, puesto que se señala al inicio del segundo párrafo que "*toda persona*" tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

Es nuestro criterio, que esas palabras (*toda persona*) son fundamentales para limitar interpretaciones más novedosas y progresistas, pues se parte de que lo ecológico y lo equilibrado del ambiente, van en razón a las necesidades humanas; y a nuestro entender, ello frena incluir, por ejemplo, a sujetos no humanos en específico. Es claro, que algunos jueces de tendencia progresista podrían hacer interpretaciones extensivas para llegar a considerar dar derechos a la biodiversidad cosa que ha ocurrido y es innegable, pero en la forma que está redactada actualmente la norma, es más difícil poder dar el salto a la visión biocéntrica, puesto que todo queda a la buena o mala óptica de los operadores de justicia, tanto judicial, como administrativa.

Ahora, si por ley se tiene que los votos constitucionales son vinculantes "… *erga omnes salvo para sí misma…"* como señala la norma 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, debemos partir que ello significa, que si bien en algunas sentencia podrían darse reconocimientos a la biodiversidad, al estilo de la Constitución de Ecuador o de Bolivia, el día de mañana se podría cambiar de criterio, para abocarse a una ética más antropocéntrica, autorizados por la misma norma 50 constitucional.

Nuestro ordinal 50 ha permitido que se reconozca desde la Sala Constitucional la protección a diversos bienes, tales como el agua[30], humedales[31], vida marina[32], animales

30 Voto 2004- 01923.
31 Voto 1998-5255.
32 Voto No. 10.484-04.

domésticos[33] y otros más, pero también podría disponerse de manera regresiva[34], que un proyecto industrial, o minero, etcétera, es importante por la cantidad de fuentes de trabajo que dará a la nación, para así dejar la biodiversidad de lado, lo cual es verdaderamente preocupante.

Quienes con mayor fuerza han hecho interpretaciones restrictivas de la norma 50 han sido los operadores de justicia administrativa conforme a nuestra experiencia y por ello es que la conflictividad ambiental ha tenido que judicializarse.

Para citar sólo algunos ejemplos de lo anterior, se tiene el caso de un proyecto para tomar agua de un área protegida[35], donde los vecinos del Parque Recreativo los Chorros, en el cantón de Grecia, querían ser escuchados y que se les explicara cuánta agua iba a ser trasladada desde esa área protegida, que ellos cuidan desde hace muchos años, pero al tramitarse el permiso ambiental, la Secretaría Técnica Nacional Ambiental (SETENA) dispuso desde la Comisión Plenaria, como órgano decisor, que ellos se apartaban[36] del criterio[37] de la Unidad Técnica de esa misma oficina, que era favorable al derecho previo de información y participación ciudadana. Lo anterior generó cierres de calles y conflictos con las autoridades policiales y peor aún, con los vecinos que necesitaban de ese líquido.

Sin menospreciar la necesidad de agua del otro cantón, tenemos que ver que toda información sobre lo ambiental y el manejo de los recursos, siempre requiere ser considerado por los tomadores de decisiones a efectos de evitar la conflictividad y es que debemos recordar, que la norma 50 estipula

---

33 En el voto constitucional 2014-17188 sobre maltrato animal han externado: La Sala reitera que la protección que el ordenamiento jurídico otorga a la salud animal es derivable de la propia dignidad humana. Sin duda, la existencia de un nexo vital e inexorable entre el ser humano y la naturaleza lleva a la necesidad de conservar el ambiente, pues en él se encuentra inmanente la supervivencia misma de la raza humana. Sin embargo, el resguardo de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado (artículo 50 de la Constitución Política) también implica una relación armoniosa entre la sociedad y el ambiente en el cual ella se encuentra inevitablemente inmersa. En otras palabras, el ser humano la sociedad- es parte integral de la naturaleza y, como tal, su relación con ella debe ser sana y equilibrada. Esta premisa esencial debe conjugarse con las dos vertientes de la dignidad humana: la primera, su función protectora de la persona, en tanto el ordenamiento rechaza actos que lesionen la dignidad de alguien; y la segunda, su función preceptiva de una racionalidad ética. Lo anterior significa que la dignidad no es únicamente un parámetro de protección de la persona, sino también uno de acción y de determinación de un deber, que impone una racionalidad ética al actuar de las personas. Esto explica que el ordenamiento jurídico repudie el maltrato o abuso que alguien ejerza sobre los animales, pues eso degrada la propia dignidad humana en las dos vertientes mencionadas. Se concluye que la actividad denominada team roping pone en riesgo al animal sin justificación alguna, únicamente con el fin de crear un espectáculo. Esto contraviene los parámetros de constitucionalidad expuestos en los párrafos anteriores y, consecuentemente, obliga a este Tribunal a declara con lugar este extremo del recurso

34 En nuestro artículo denominado: "(In) justificaciones constitucionales que han permitido regresiones ambientales en Costa Rica" se han analizado varios casos donde los magistrados constitucionales han hecho regresiones groseras a líneas mantenidas en el pasado y que a su vez tenían respaldo en la doctrina e instrumentos internacionales.

35 Expediente: Proyecto de mejoras en el acueducto de Atenas No. D1 11811-13

36 En el considerando Octavo de la resolución No 1614-2014 SETENA de las ocho horas 20 minutos del 14 de agosto del 2014 que es el permiso ambiental, la Comisión Plenaria expresamente dice que se apartan del criterio técnico de dar participación ciudadana previa informada.

37 En el oficio No. DEA 2612-2014 SETENA los funcionarios de la Unidad Técnica le señalan a la Comisión Plenaria que ellos recomiendan dar la participación ciudadana necesaria.

que, “todos” tenemos un derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, por lo que es lo mismo que unos tienen derecho al agua para tomarla y los otros lo tienen para ser recelosos de los recursos naturales que cuidan, y no pueden hacerse obras sin contarse con una participación ciudadana informada oportunamente, dado que de no hacerse así, ello sólo genera violencia, pero lamentablemente; así no lo entendieron desde las altas esferas de la SETENA. En el trasfondo de la problemática encontramos que existía una obra por licitación pública, donde la empresa adjudicataria estaba reclamando al Estado prontitud en resolver el problema vecinal y que terminara la paralización de las obras por los vecinos, pues sino ellos amenazaban que iban a presentar una demanda multimillonaria por incumplimiento contractual puesto que el responsable por obtener los permisos era el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, situación ésta que llevó a tener que acelerar el paso en la oficina responsable de otorgar la licencia ambiental. Nuestra Sala Constitucional ha expuesto que del numeral 50 emana el derecho de información y participación ciudadana en asuntos ambientales, pero en este caso, como vimos se prefirió transgredir ese derecho anteponiendo muy posiblemente derechos patrimoniales de la Administración Pública.

Otro caso interesante lo tenemos con el permiso otorgado al edificio de la Asamblea Legislativa[38], donde desde SETENA se resistieron a considerar el valor jurídico de varias declaratorias de patrimonio arquitectónico a edificios que se ubicaban dentro del área donde se construiría ese proyecto. Ante ese escenario negativo, dado que las declaratorias son vinculantes, a fin de poder apresurar la licencia ambiental, dispusieron desde la Comisión Plenaria, que ellos no contaban con técnicos que hicieran una valoración del entorno y el paisaje y que por tanto, procedían a dar la autorización[38] Ahora, una lógica como la anterior podría conllevar perfectamente a que el día de mañana se otorguen permisos ambientales sin entrar a valorar, por ejemplo los jaguares, o especies de árboles declarados en veda, porque no se tendrían técnicos especializados en biología o ingeniería forestal y todo ello es sumamente peligroso para la biodiversidad como se comprenderá.

Al igual que el caso anterior, lo visto en este permiso ambiental de un edificio evidencia que los intereses desde la oficina técnica que, por ley, le corresponde hacer valoraciones podrían ser paradójicamente poco técnicos y por ello violatorios al principio de objetivación, o al de no regresión y a lo precautorio. En el caso dicho es manifiestamente grosero el hecho de que estamos ante el abandono

38 Expediente No. D1-11991-13, Proyecto “Nuevo Edificio Asamblea Legislativa”

39 En resolución No. 2496-2014- SETENA, que es oficio de las 14 horas, 05 minutos del 02 de diciembre del 2014, que es la licencia ambiental se dispuso: “…esta Secretaría no cuenta con criterio experto en tema de patrimonio y temas arquitectónicos como proporcionalidad, volumen, simetría, estilos, entorno, integralidad, de modo que en temas de impacto sobre bienes patrimoniales la SETENA lo único que tiene o tendría competencia máxima sería (en) el de garantizar que los mismos, no se vean afectados en su estructura física, accesos, salva guarda y preservación. Siendo entonces que en el tema específico de si una obra nueva afectaría el entorno y su integración como un bien patrimonial cercano debería ser valorado directamente por el Ministerio de Cultura Juventud y Deportes en el momento en que como parte de los trámites administrativos el desarrollador deba de solicitar el permiso ante dicho Ministerio por lo que procede a otorgar la viabilidad ambiental…”

de una competencia legal[40] de valorar el entorno y paisaje, tal y como la misma Sala Constitucional lo ha reconocido al anular otros permisos ambientales[41]. Pero al parecer la SETENA utiliza la duda generada, por no tener supuestamente especialistas, para seguir adelante, reconociendo incluso la falencia, lo cual es sumamente peligroso para el Ordenamiento Jurídico y nos pone al frente de situaciones de inseguridad jurídica generadas por la misma Administración Pública. La razón que pudo permear para autorizar el proyecto –al igual que en caso anterior- es una que conlleva la variable económica estatal por delante, dado que se había creado un fideicomiso con bancos para obtener los fondos y lo único que retrasaba el inicio de las obras era el permiso ambiental, que estaba detenido, por las citadas declaratorias de patrimonio arquitectónico.

Finalmente, tenemos que ver que siempre en la SETENA, se otorgó un permiso al primer mega proyecto de un puerto en Moín[42], en la provincia de Limón, costa Atlántica. Para lo anterior, se debían considerar varios aspectos ambientales tanto en la costa como en el mar. El proyecto implicaba el hacer una isla artificial de 80 hectáreas, que recibiría los barcos con contenedores y para ello, se consideró como válido e inocuo en sus efectos ambientales, el sacar más de cinco mil metros cúbicos de sedimentos para echarlos en el mar, a modo de botadero. Aspecto este que conllevaba a tener claro, que siguiendo la corriente marina que viaja de norte a sur, la paja de desechos se desplazarían evidentemente a sitios que son arrecifes, que constituyen una riqueza vital por la biodiversidad marina que ahí se desarrolla y el ecoturismo que genera en la zona.

Asimismo, entre otras falencias también nunca se llegó a considerar la contaminación de mantos acuíferos en la costa con el campamento que se debía instalar, en una playa que es sitio de desove de tortugas. En este caso, los mismos técnicos de la Unidad Técnica de SETENA le recomiendan al órgano decisor, que es la Comisión Plenaria, que el proyecto no se debe aprobar por falta de estudios[43], pero los que debían resolver, optan por hacer algo *sui generis,* que es decir; que lo que sus propios técnicos llevan

---

40 Nuestra Ley Orgánica del Ambiente señala en la norma 71: Se considerarán contaminación visual, las acciones, obras o instalaciones que sobrepasen, en perjuicio temporal o permanente del paisaje, los límites máximos admisibles por las normas técnicas establecidas o que se emitan en el futuro. El Poder Ejecutivo dictará las medidas adecuadas y promoverá su ejecución mediante los organismos, los entes públicos y las municipalidades, para prevenir este tipo de contaminación." Asunto que obligaba a SETENA a tomar en cuenta el entorno y el paisaje en su permiso ambiental.

41 Voto Constitucional No: 6324-03. La Sala resolvió en esa sentencia: Finalmente dado el impacto visual que tendría el proyecto sobre el paisaje, casi quince hectáreas de techos blancos sobre el valle de Orosi, merecía como se dijo que un EsIA evaluara el impacto sobre el paisaje y la forma de mitigarlo. Según el punto de vista de esta Sala la SETENA actuó en el presente asunto de una forma superficial con grave peligro para el ambiente al no exigir a un proyecto de la magnitud del propuesto un EsIA. Dadas las circunstancias expuestas, debe concluirse que la actuación de la SETENA al no exigir un Estudio de Impacto Ambiental, violó abiertamente el derecho fundamental a un ambiente sano…"

42 Expediente No. 7968 – 2012 SETENA. Proyecto Terminal de Contenedores de Moín.

43 La Unidad Técnica de la SETENA en el Informe DEA-4168-2014, señala los impactos de mayor relevancia que a su criterio generaría el Megaproyecto. Como tales indica lo siguientes: a. Estudio de la dinámica de los sedimentos, b. Estudio de transporte de sedimentos y cambio en la línea de costa. c. Modelo de dispersión de contaminantes. d. Identificación de asociaciones vegetales presentes en el AP. e. Desde el punto de vista del ambiente físico-geológico las fallas Río Blanco y Siquirres-Matina deben ser mejor mapeadas, por lo menos en las proximidades del lugar del proyecto. f. Desde el punto vista social, hubo respuestas que no fueron subsanadas en las respuestas al anexo único, entre otros: patrones de tenencia de la tierra del AID y AP, convocatoria del proceso participativo, percepción de la población, demanda de servicios básicos

casi dos años analizando estaba errado o era incompleto[44] y por ello, en franca violación al principio de legalidad, inventan un procedimiento especial donde la Comisión Plenaria se convierte en Unidad Técnica *ad hoc* y en tan sólo 14 días, se supone que analizan más de 25 mil folios de estudios y luego ellos mismos, se reintegran a sus cargos de Comisión Plenaria y aprueban el permiso. Es claro que con lo anterior que aquello de "ambiente equilibrado" establecido en el segundo párrafo del ordinal 50 de la Constitución Política pasa de lado, para considerar que el Estado debe generar "bienestar y mayor producción" como lo señala el primer párrafo de este artículo. A partir de lo expresado no es descabellado pensar que se están dictando resoluciones políticas, más que técnicas, en franca violación al principio de objetivación, precautorio, o al de no regresión. Lo cual es verdaderamente odioso, pues con todo lo anterior, es nuestro criterio, que se adoptan visiones antropocéntricas, donde el ambiente y su equilibrio pasan de lado o son considerados como aspectos de tercer orden. Al parecer, a los funcionarios de SETENA se le olvidó –o nunca lo han leído- aquello que en la Cumbre de Bergen, sobre desarrollo sustentable se dispuso que decía así: "... *es preferible estar más o menos acertado, pero a tiempo, dadas las graves consecuencias de una equivocación grande, que estar precisamente acertado, una vez que ya sea tarde*" tal y como nos lo recuerda el abogado argentino Juan Rodrigo Walsh (2000)

Por todo lo dicho, somos de la idea que nuestros legisladores deberían dar un paso en la progresividad debida, estableciendo una norma nueva constitucional que sea exclusivamente con carácter ambiental, que incluya un reconocimiento a la biodiversidad por sí misma y eliminando aquello de que sólo "*las personas*" tenemos un derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrados para que así fluyan, posteriormente, interpretaciones acorde con un neoconstitucionalismo biocéntrico. Bien lo señala Zaffaroni (2011): "… *la incorporación de la naturaleza al derecho constitucional en carácter de sujeto de derechos abre un nuevo capítulo en la historia del derecho respecto del cual nuestra imaginación es pobre, porque nos movemos aún dentro del paradigma que niega derechos a todo lo que no es humano*…".

Conclusiones

En el mundo actual existe una clara pugna entre el paradigma antropocéntrico

---

44 Los miembros de la Comisión Plenaria de SETENA señalan en el permiso ambiental: "DECIMO SETIMO: Con fundamento en las razones legales expuestas, esta Comisión Plenaria, entra a conocer por el fondo el oficio DEA-4168-2014 de fecha 03 de diciembre del 2014, elaborado por el equipo evaluador supracitado. En el análisis de dicho documento se lograron identificar una serie de situaciones que evidencian que no fueron considerados todos los argumentos contenidos en la documentación, aportados por el desarrollador. En vista de lo anterior y con fundamento en el artículo 86 de la Ley Orgánica del Ambiente en la que SETENA debe responder a las necesidades de la eficiencia y eficacia, la Comisión Plenaria tomó la decisión de realizar un análisis pormenorizado no solo del informe técnico, sino de todo el expediente para determinar si la información solicitada en la Resolución 669-2014 SETENA (solicitud de Anexo) efectivamente fue aportada por el desarrollador y consta en el expediente administrativo el cumpliendo con lo requerido…" Como dato curioso la misma Comisión Plenaria señala en la licencia lo siguiente: "En vista de que la información aportada muestra algunos faltantes dentro de los programas anteriores, se exigirán las medidas de mitigación que se deberán considerar y detallar en la resolución final, adicional a lo establecido en los planes antes indicados… Así mismo, en los casos en que la información señalada como insuficiente en el informe técnico, se considera que la misma no limita que el proyecto pueda llevarse a cabo bajo un estricto seguimiento, control y monitoreo ambiental…"

y el biocéntrico, donde este último ha comenzado a resquebrajar al primero con ideas renovadas e inclusivas, que se apartan claramente de aquello que nos ha hecho reducir el mundo a un factor economicista y utilitario del ambiente.

Hay que tener claro que no podemos enfrascarnos en tratar de detener el crecimiento poblacional y en evitar que existan proyectos industriales que transforman los Estados, pero debemos comenzar a tener la visión de que existen límites y espacios donde muchas de esas propuestas empresariales no deben seguir adelante, dado que debe imperar una racionalidad ambiental que nos haga mesurar, que en ciertos momentos no existirán medidas de compensación o mitigación que puedan hacer que esos desarrollos sean viables, a pesar de ser posibles fuentes generadores de fuentes de trabajo.

Somos del criterio de que la actual norma 50 constitucional; que desarrolla el derecho ambiental, tiene errores que pueden limitar la visión del paradigma biocéntrico. Por ello el ideal sería no sólo modificar el actual texto, sino que de la misma manera en que nuestros legisladores originarios hicieron un capítulo de garantías individuales y otro de las sociales, deberíamos hacer uno de garantías ambientales.

Nuestros legisladores y la sociedad civil, deberían abocarse a establecer modificaciones que nos hagan pasar a lo que dictan las nuevas tendencias que otorgan derechos a la madre naturaleza, para dar el salto al neoconstitucionalismo ambiental biocéntrico, que nos lleve a poder establecer un Estado Ambiental de Derecho.

Los cambios se darán primero en las normas y será luego de algunos años que comenzaremos a percibir las transformaciones en las concepciones sobre lo que debe ser un desarrollo sustentable integral. Pero el paso hay que darlo al igual que otros Estados ya lo hicieron; veamos que incluso, ya a nivel internacional como citábamos en el este artículo, algunas cumbres comienzan a tener por sentado que la naturaleza tiene derechos y esto es un factor que nos sacará de ese narcisismo antropocéntrico que nos ha hecho considerarnos como los únicos seres capaces de poner orden, pues hemos probado que ello lo que nos ha llevado es más bien a un caos geocida como lo llama Leonardo Boff.

Bibliografía

- Alvarez, M, et al. 2001. Jurisprudencia constitucional sobre medio ambiente. Investigaciones Jurídicas S.A. Costa Rica.

- Boff, L. 2002. Ecología: grito de la Tierra, grito de los pobres. Editorial Trotta. Madrid.

- Bunge, M. 1998. Sociología de la ciencia. Editorial Sudamericana. Argentina.

- Gómez-Heras, J. 2010. En armonía con la naturaleza, reconstrucción medioambiental de la filosofía. Biblioteca Nueva. Madrid.

- Gudynas, E. 2002. Ecología economía y ética del desarrollo sostenible en América Latina. Euned. Costa Rica.

- Gonzáles, R. 2001. Temas de derecho ambiental. Investigaciones Jurídicas S.A. Costa Rica.

- Kuhn, T. 1962. La estructura de las revoluciones científicas. Karios. España.

- Kapra, F. 1996. La trama de la vida. Editorial Anagrama, España.

- Sagot, A. 2014. El desarrollo sostenible en la jurisprudencia Constitucional. Editorial Juricentro. Costa Rica.

- Singer, P. 1999. Liberación animal: una nueva ética en nuestro trato hacia los animales. Editorial Trotta. Madrid.

- Walsh, J. 2000. Ambiente, derecho y sustentabilidad. La Ley. Argentina.

- Zaffaroni, E R.2011. La Pachamama y el humano. Ediciones Madres Plaza de Mayo. Argentina.

Revistas:

- Berros, V. Revista de Derecho Ambiental No. 36. 2013. Abeledo Perrot. Argentina. El estatuto de la naturaleza en debate (meulen en el mundo del derecho).

- Berros, V. et all. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales No. 9 Nueva Época, Santa Fe, Argentina. 2014. ¿20 años no es nada? Un estudio de los debates constituyentes de 1994 sobre ambiente y patrimonio cultural.

- Leyton, F. Revista de bioética y derecho. No. 13. 2008. Ética medio ambiental: una revisión de la ética antropocéntrica. Visible en: http://www.ub.edu/fildt/revista/pdf/RByD13_Master.pdf

- Morato Leite, J. Revista Catalana de Dret Ambiental, 36. vol. V, número 1. España 2014. Derecho constitucional ambiental brasileño a la luz de una posmodernidad.

- Peña, M. Revista Monfrague, Desarrollo Resiliente, volumen III, número 1, julio 2014, España. Hacia una nueva hermenéutica ambiental.

- Sagot, A. Revista de Derecho El Dial. Argentina, 2014. (In) justificaciones constitucionales que han permitido regresiones ambientales en Costa Rica. Visible en: http://www.eldial.com/eldialexpress/home_ea_nd.asp?Edicion=6/3/2014. Edición: 06/03/2014.

Referencias de internet

Diario Constitucional.cl. 2015. Chile. Tribunal de Estados Unidos acoge habeas corpus en favor de dos chimpancés. http://www.diarioconstitucional.cl/noticias/actualidad-internacional/2015/04/23/tribunal-de-estados-unidos-acoge-habeas-corpus-en-favor-de-dos-chimpances/

Diario La Nación. 2014. Argentina. “Conceden un hábeas corpus a una orangutana” visible en: http://www.lanacion.com.ar/1754353-conceden-un-habeas-corpus-a-una-orangutana-del-zoologico-porteno

Artículo: “La desaparición de especies avanza a un ritmo entre 100 y 1.000 veces superior al natural” en: http://www.consumer.es/web/es/medio_ambiente/2005/09/06/145054.php

Artículo: “La crisis de extinción de especies continúa a ritmo acelerado – UICN” visible en: http://www.iucn.org/es/?4143/La-crisis-de-extincion-de-especies-continua-a-ritmo-acelerado--UICN

Diario La Nación. 6.000 personas toman agua contaminada en Siquirres. http://wvw.nacion.com/ln_ee/2007/julio/17/pais1169836.html

Kioscos Ambientales, UCR. Comunidades afectadas por la expansión de la piña exigen derecho al agua potable. http://kioscosambientales.ucr.ac.cr/index.php?option=com_content&view=article&id=892:comunidades-afectadas-por-la-expansion-de-la-pina-exigen-derecho-al-agua-potable&catid=39:sobre-kioscos&Itemid=61

LA DESEABLE TRANSICIÓN DEL "REENVÍO" A LA "REMISIÓN" EN EL ARBITRAJE COSTARRICENSE

M.Sc. Mauricio París Cruz[1]

Palabras claves:

Arbitraje – Nulidad – Laudo – Reenvío – Remisión.

I. Introducción

La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia -o cuando menos su integración mayoritaria-, como órgano encargado de resolver el recurso de nulidad del laudo arbitral tanto en arbitrajes domésticos como en arbitrajes internacionales, creó la figura del reenvío como forma de subsanar ciertos vicios contenidos en un laudo arbitral. El reenvío no es más que una orden emitida por dicha Sala al tribunal arbitral para que dicte un nuevo laudo por contener el original un vicio que justificó su nulidad en virtud de un recurso interpuesto por alguna de las partes. Es decir, el reenvío implica la emisión de un nuevo laudo arbitral por haberse anulado el laudo anterior. Esta figura se ha venido utilizando en el arbitraje doméstico en los últimos 15 años, pese a existir siempre magistrados de dicha Sala que de manera sistemática, aunque minoritaria, han salvado el voto cuestionando sus facultades para proceder de esa forma.

En virtud de la aprobación de la Ley No. 8937, de Arbitraje Internacional, y en el tanto Costa Rica quiera proyectarse como una sede adecuada para arbitrajes internacionales, pero también por motivos de depuración del derecho arbitral costarricense hacia una mayor pureza técnica y conceptual, se hace necesario replantearse la figura del reenvío, con la finalidad de que sea reemplazada por la figura de la remisión, solución prevista en la Ley de Arbitraje Internacional y de amplia aceptación internacional al provenir de la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidades para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

II. La tesis favorable al reenvío.

El antecedente más remoto que encontramos en cuando a la aplicación de la figura del reenvío se remonta al año 2000, escasos tres años posteriores a la entrada en vigencia de la Ley No. 7727, sobre Resolución Alterna

1 El autor cuenta con una Maestría en Asesoría Jurídica de Empresa en la Universidad Carlos III de Madrid, y es Coordinador Regional para América Latina del Young Arbitrators Forum de la International Chamber of Commerce (ICC-YAF). Es socio del bufete Expertis GHP Abogados. Email: mparis@expertislegal.com

de Conflictos y Promoción de la Paz Social –en lo sucesivo Ley RAC-, en donde en un voto redactado por los Magistrados Rivas Loáciga y Zeledón Zeledón dentro de un proceso de arbitraje ad-hoc se resolvió en lo que interesa:

> *"VIII.- Por todo lo anterior resulta explicable la aplicación supletoria de las normas del Código Procesal Civil, en cuanto normativa costarricense (Artículo 22). Dentro de este principio la Sala no deja de preocuparle el resultado del proceso arbitral cuando, por razones procesales, deba declararse la nulidad de un laudo. Esto es así porque* ***en algunas de las causales si los vicios resultan evidentes, e insalvables se declaran por la Sala, podrían las partes eventualmente recurrir a la vía ordinaria a dirimir sus diferencias porque el proceso arbitral fue inoperante o no cumplió el cometido previsto por las partes.*** *En otros casos la* ***nulidad decretada podría tener valor de cosa juzgada****. Pero también puede ocurrir que el vicio detectado sea subsanable y en consecuencia en este caso debe evitársele el mayor perjuicio a las partes y al instituto mismo del arbitraje obligando al Tribunal Arbitral a corregir los vicios u omisiones para dictar un nuevo laudo ajustado a derecho. Esto significaría integrar la normativa procesal del arbitraje con la figura del reenvío prevista en el Código Procesal Civil (Artículo 610 inciso 1), de tal suerte que aun considerando procedente la nulidad por infracción de alguna de las causales previstas, la Sala lo declare así y ordene devolver el expediente al Tribunal Arbitral para que, verificadas las reposiciones del caso, proceda a subsanar los errores y dictar nuevamente el laudo ajustado a derecho.*
>
> *IX.- Esta solución de suyo es completamente válida porque la Ley 7727 derogó del Código Procesal Civil solamente los artículos del 76 al 78 y del 507 al 529, esto significa que la nueva normativa arbitral dejó vigentes los artículos 616 sobre "nulidad en arbitrajes de derecho" y 617 sobre "nulidad en arbitrajes de equidad". El numeral 616 dice literalmente "Si se tratare del laudo dictado por árbitros de derecho y se interpusiere recurso de nulidad, se observarán las mismas reglas de tramitación especificadas para el recurso de casación contra sentencias dictadas en proceso ordinario", consecuentemente procedería el reenvío previsto para el recurso de casación por infracción a las normas procesales. En tal caso lo atinente sería anular el laudo y remitir el expediente al Tribunal Arbitral para que proceda a subsanar el vicio y posteriormente dictar un nuevo laudo ajustado a derecho.*
>
> *X.- Principios similares tiene el numeral 617 del Código Procesal Civil en cuanto a la nulidad del arbitraje de equidad, y la Ley 7727 para el de derecho y el de equidad cuando el vicio determinado por la Sala solo sea parcial. En tal eventualidad no puede declararse la nulidad de todo el laudo sino solo de aquella parte donde exista el vicio, subsistiendo el fallo del Tribunal en todo donde no medie nulidad.*
>
> *XI.- En el presente caso la única omisión del Tribunal Arbitral es en relación con la falta de apertura de la etapa de conclusiones. Evidentemente es una etapa obligatoria, y no potestativa o facultativa para el Tribunal Arbitral, salvo si las partes hubieren estado de acuerdo expresamente en no verificarla por el mencionado principio de libre elección del procedimiento. Como en este proceso arbitral no se refirió absolutamente*

nada en este extremo, y más bien el representante de la Caja Costarricense del Seguro Social solicitó se le diera la oportunidad de emitir conclusiones, el vicio de nulidad se presenta. Y como entre tal solicitud y el dictado del laudo el Tribunal duró 20 días, esta Sala considera que lo procedente es anular el laudo, remitir el expediente al Tribunal con el objeto de que proceda a otorgarle a las partes el respectivo plazo para emitir conclusiones, o bien convocar a una audiencia para ello, para subsanar el debido proceso, luego de lo cual deberá obligatoriamente dictar el nuevo laudo. Como en el proceso arbitral las partes procuran una solución extrajudicial, basada en la armonía y la prosecución de la paz social, el plazo otorgado al Tribunal Arbitral para subsanar se entiende dentro de esa filosofía, y por tal se otorga muy brevemente, el cual, a criterio de esta Sala, en ningún caso podría infringir el inciso a) del numeral 67, salvo si el Tribunal se extralimitara en el plazo concedido.

XII.- En razón de todo lo anterior procede remitir el expediente al Tribunal Arbitral para que otorgue un plazo para conclusiones, o bien cite a una audiencia para emitirlas oralmente, y proceda a dictar un nuevo laudo ajustado a derecho dentro de los 20 días siguientes a las conclusiones o la audiencia."[2]

Esta resolución debe contextualizarse al momento histórico en que fue dictada, en donde el arbitraje era una materia novedosa, poco utilizada, y sobre la cual no existía jurisprudencia y muy poca doctrina doméstica, de allí que, hoy día, algunos de los fundamentos en los que se basó la Sala para aplicar la figura del reenvío nos parezcan ya superados. Por ejemplo, el que se diga que ante un laudo anulado las partes tendrían que acudir a la vía ordinaria es algo que hoy sabemos no debería ocurrir ya que en virtud del principio de separabilidad de la cláusula arbitral, la nulidad eventual de un laudo no implicaría *per sé* la nulidad de la cláusula arbitral, por lo que lo procedente sería que se substancie un nuevo arbitraje ya que la cláusula arbitral seguiría siendo válida salvo que las partes acuerden sustituirla. De igual forma, el que la nulidad implique cosa juzgada es algo difícil de aceptar, ya que no puede producir cosa juzgada algo que ha sido declarado nulo, y si la declaratoria de nulidad del laudo adquiere eficacia de cosa juzgada, pues lo será con relación al laudo en cuestión, no a otros laudos que posteriormente puedan ser dictados.

Ahora bien, el fundamento de fondo utilizado por la Sala son los artículos 616 y 617 del Código Procesal Civil, que al respecto disponen:

"Artículo 616.- Nulidad en arbitrajes de derecho.

Si se tratare del laudo dictado por árbitros de derecho y se interpusiere recurso de nulidad, se observarán las mismas reglas de tramitación especificadas para el recurso de casación contra sentencias dictadas en proceso ordinario.

---

2 Voto No. 000594-F-00, de las 11:40 horas del 18 de agosto de 2000.

Artículo 617.- Nulidad en arbitraje de equidad.

Cuando se estableciere el recurso de nulidad contra los laudos de los árbitros de equidad, se observarán las reglas anteriores, en cuanto fueren aplicables, y las siguientes:

1) El recurso sólo será admisible si se encontrare en alguno de los casos indicados en el artículo 526, y expresará en qué causas de las indicadas se funda, y si no lo hiciere será rechazado de plano.

2) Presentado el recurso, se pedirá el expediente original y se procederá a tramitarlo de acuerdo con las disposiciones pertinentes de este capítulo.

3) Si la sala estimare que los árbitros de equidad han incurrido en alguna de las causales referidas en el artículo 526 mencionado, anulará la sentencia, salvo lo dicho en el inciso siguiente.

4) Si el recurso se fundare en la causal señalada en el inciso 2) del artículo 526, se anulará el laudo únicamente en el punto o puntos en que consista el exceso."

Ambas disposiciones son resabios de la regulación que contenía el Código Procesal Civil sobre el arbitraje desde su adopción en 1990, hasta que el Capítulo III del Título IV de dicho Código (artículos 507 a 529), que regulaba el procedimiento arbitral, fue derogado por completo en 1997 con la adopción de la Ley RAC. Los artículos 616 y 617 antes trascritos no se encontraban incluidos en las disposiciones de dicho Capítulo, sino que están incluidas en las disposiciones de relativas al recurso de casación. Del estudio del expediente legislativo que dio lugar a la aprobación de la Ley RAC, no encontramos ningún indicio que permita aseverar que los legisladores de entonces dejaron vigentes dichos artículos del Código Procesal Civil por considerarlos necesarios o cuando menos compatibles con la Ley RAC, sino que en nuestro criterio, no fueron derogados por simple omisión, al considerarse que todo lo relacionado con el arbitraje estaba incluido en el Capítulo III del Título IV del Código ya mencionado[3].

El reenvío ha sido aplicado por la Sala Primera en los supuestos de nulidad por *infra petita*, *supra petita* y violación al debido proceso, contenidos respectivamente en los incisos b, c y e del artículo 67 de la Ley RAC, en el tanto son los que la Sala ha considerado que ameritan y permiten la devolución del asunto al tribunal arbitral para la subsanación del vicio, ya sea resolviendo sobre los asuntos sometidos a arbitraje que fueron omitidos en el laudo, eliminando aquellos resueltos que no fueron peticionados, o completando los trámites o acciones requeridas para dar cumplimiento al debido proceso. Sin embargo, en todos los casos, la Sala anula completamente el laudo y ordena la emisión de un nuevo laudo por parte del tribunal.[4]

Como fue analizado por Alberto Fernández López en un reciente artículo[5], la Sala Primera ha cambiado recientemente el fundamento jurídico para aplicar el reenvío, al resolver en un voto[6] lo siguiente:

> *"...el fundamento jurídico tanto del reenvío dispuesto por la mayoría de esta*

---

3 También fueron derogados los artículos 76, 77 y 78 del mismo Código que regulaban lo concerniente a la recusación de árbitros.

4 Conocemos cuando menos de un caso en donde se llegaron a dictar tres laudos en un mismo asunto, ya que los dos primeros fueron anulados por la Sala Primera, en ambos casos por el mismo vicio.

5 FERNÁNDEZ LÓPEZ, Alberto: "El reenvío de laudos arbitrales anulados. A propósito de una mala práctica judicial." En: Revista Judicial No. 114, Diciembre 2014.

6 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Voto No. 711-A, de las 10:20 horas del 13 de junio de 2013.

Sala como del plazo otorgado para que el Tribunal Arbitral proceda a laudar. Para pedir que se adicione, parten de la presunción de que como fundamento de reenvío, se acudió al artículo 616 del Código Procesal Civil, que para todos los efectos, estiman derogado. Al respecto es bueno señalar que la mayoría de esta Sala entiende, al igual que lo hacen los gestionantes, inaplicable el numeral 616 mencionado por inexistencia de norma. No es ese ni ha sido ese el fundamento jurídico positivo para el proceder de esta mayoría (…) Como bien se sabe, y mejor aún conocen los recurrentes, el derecho no se agota en la estricta y rígida letra de la ley. El derecho está nutrido de principios, de lógica y razonamiento que buscan la máxima aproximación a la justicia y a la resolución del conflicto con la mayor dosis posible de equidad. Más que una norma jurídica positiva, para la mayoría de esta Sala, la anulación de un laudo arbitral por razones procedimentales y procesales previas o ínsitas al fallo mismo, y su correspondiente reenvío, encuentran asidero en los más elementales y trascendentes principios del derecho (que lejos de ocupar un lugar residual en las fuentes, han de imponerse como regla y basamento esencial de todo el ordenamiento jurídico).”

Remito al lector al interesante análisis que sobre el tema realiza Alberto Fernández en la obra supra mencionada en cuanto al cambio de criterio en cuestión, no sin afirmar que coincidimos en que si bien la nueva posición de la Sala puede fundarse en motivaciones muy loables, lo cierto del caso es que propende a la inseguridad jurídica e introduce una práctica completamente desconocida en el Derecho Uniforme Internacional.

III. La tesis opositora al reenvío.

Desde que en el año 2000 la Sala Primera desarrollara por primera vez la tesis del reenvío, esta figura ha sido adversada a lo interno de la misma Sala. Así es como desde el mismo voto 000594-F-00 antes citado, el entonces Magistrado Ricardo Zamora Carvajal disintió en los siguientes términos:

El Magistrado Zamora Carvajal salva su voto, únicamente, en cuanto la Sala de casación ordena que “vuelva el asunto al Tribunal Arbitral para que subsane en vicio que determinó la nulidad, confiriendo la audiencia omitida, y dicte el laudo en el plazo de 20 días después de las conclusiones o de la audiencia”, pues considera que ni la Ley 7727 de 9 de diciembre de 1.997, Sobre Resolución Alterna de Conflictos y Promoción de la Paz Social, ni el Código Procesal Civil, en su artículo 616, facultan a la Sala Primera para ordenarle al Tribunal Arbitral reponer el trámite omitido, que dio lugar a la nulidad del laudo, y que, aunque estuviere vencido el plazo para dictar el laudo, dicte, de nuevo, otro laudo, en un plazo de veinte días, que le confiere la propia Sala Primera. Efectivamente, dispone el artículo 64 de la Ley de Resolución Alterna de Conflictos y Promoción de la Paz Social, que, “el recurso de nulidad se aplicará según los artículos 65, siguientes y concordantes de la presente ley…”, lo cual significa que el procedimiento, sea la tramitación, del recurso de nulidad en cuestión está normado en dicha ley, que es ley especial en la materia, y aunque el artículo 616 del Código Procesal Civil no hubiere sido derogado explícitamente por la Ley del RAC, es lo cierto que sí quedó

derogado, implícitamente, desde que la nueva ley estableció una tramitación especial para el susodicho recurso de nulidad. Ciertamente, resultaría ambiguo y contradictorio que pudiesen aplicarse, al mismo tiempo, para el recurso de nulidad del laudo en arbitraje de derecho, las reglas de los artículos 65, siguientes y concordantes de la Ley del RAC, y, también, las relativas al recurso de casación contra sentencias dictadas en procesos ordinarios. Por otro lado, no hay que confundir lo que son reglas de tramitación, con decisiones judiciales que ordenen reponer trámites y al mismo tiempo integrar el derecho, para ordenar el dictado de un nuevo laudo, para lo cual se abre un nuevo plazo, sin que ello esté previsto en el acuerdo arbitral.

Las reglas de tramitación del recurso de nulidad del laudo son distintas de las reglas aplicables al recurso de casación, aunque en cuanto a algunas pudiese existir algún parecido. Según el artículo 65 de la Ley del Rac, el recurso de nulidad deberá interponerse ante la Sala Primera, por las causales establecidas en el artículo 67 de dicha ley, dentro de los quince días siguientes a la notificación del laudo o a la resolución que aclare o adicione la resolución. Este recurso no estará sujeto a formalidad alguna (el recurso de casación sí), pero deberá indicar la causal de nulidad en que se funda. Interpuesto el recurso, la Sala requerirá el expediente al Presidente del Tribunal arbitral, si fuere colegiado, o al árbitro que dictó el laudo, si fuere unipersonal, y una vez recibido el expediente, la Sala procederá a resolverlo en cuanto a su admisibilidad y al fondo, sin dilación ni trámite alguno. (En el recurso de casación existen otros trámites). La interposición del recurso no suspenderá el cumplimiento del laudo. (artículo 66). El artículo 67 establece las causas por las cuales el laudo puede ser declarado nulo, que son propias del proceso arbitral. El artículo 68 contiene la forma de remuneración de los árbitros. En cuanto a las reglas de tramitación del recurso de casación, no hay duda de que son más prolijas y técnicas (…)

En cuanto al recurso de revisión que, también, cabe contra los laudos, la Ley de Resolución Alterna de Conflictos y Promoción de la Paz Social, en cambio, sí establece que dicho recurso se aplicará de conformidad con el Código Procesal Civil. Esto nos lleva a razonar que si el legislador hubiere tenido en mente que el recurso de nulidad, igualmente, se rigiera de acuerdo con el Código Procesal Civil, entonces, lo habría dispuesto, como lo hace con el recurso de revisión, máxime cuando ambos recursos están normados en el mismo párrafo del mismo artículo (el 64). Desde otro ángulo, no tendría sentido el que el legislador estableciese un trámite especial para el recurso de nulidad de laudos, por un lado, y, por otro, permitiese la aplicación del Código Procesal Civil, para el mismo efecto. El párrafo completo del artículo 64 de la Ley del Rac preceptúa: "El recurso de nulidad se aplicará según los artículos 65, siguientes y concordantes de la presente ley. El recurso de revisión se aplicará de acuerdo con el Código Procesal Civil.".

En lo que respecta a la derogatoria implícita del artículo 617 del Código Procesal Civil, cabe señalar que dicho numeral, que se refiere a la nulidad en arbitraje de equidad, en el inciso 1, dispone "que el recurso sólo será admisible si se encontrare en alguno de los casos indicados en el artículo 526, y expresará en qué causas de las indicadas se funda, y si no lo hiciere será rechazado de plano.". Pues bien, el artículo 526, al cual remite el numeral 617, se encuentra derogado por Ley N° 7727 del Rac. Consecuentemente,

a todas luces se nota que el numeral completo no resulta de aplicación alguna para fundar la admisibilidad de algún recurso de nulidad. Además, la propia Ley 7727 no hace ninguna distinción respecto del recurso de nulidad, que cabe tanto para arbitraje de derecho o para arbitraje de equidad, existiendo un mismo procedimiento pautado en la dicha ley.

El suscrito Magistrado, de la resolución de mayoría, para efectos de la nulidad decretada del laudo, únicamente, comparte lo expuesto en el Considerando IV. La razón es por cuanto la nulidad descansa en la violación del debido proceso, por falta del término de audiencia para que las partes formularan las conclusiones de hecho y de derecho, en cuanto a las pruebas aportadas al expediente o evacuadas dentro de él*. La resolución de mayoría emite consideraciones que no comparto e, incluso, la parte dispositiva, respecto de la cual salvo el voto, resulta ambigua, en lo que se refiere al punto de partida del plazo que confiere. Para disponer lo que ordena el voto de mayoría se requiere reforma de la Ley N° 7727 del 9 de diciembre de 1997.*

Con la jubilación de Magistrado Zamora, otros Magistrados han mantenido una línea similar, en especial el Magistrado Román Solís Zelaya, la Ex - Magistrada Anabelle León Feoli, así como el entonces Magistrado Suplente Hernando París Rodríguez.

Esta tesis que podríamos llamar negativa, se podría resumir en los siguientes argumentos:

a. La Sala Primera no cuenta con facultades legales que sustenten el reenvío al tribunal arbitral ordenándole el dictado de un nuevo laudo.

b. Los artículos 616 y 617 del Código Procesal Civil fueron derogados tácitamente por la Ley RAC al disponer de un procedimiento especial para el recurso de nulidad del laudo.

c. Las disposiciones relativas al recurso de nulidad contenidas en la Ley RAC resultan incompatibles con las disposiciones procesales del recurso de casación contenidas en el Código Procesal Civil.

Además de compartir como un todo las apreciaciones del voto salvado en cuestión, considero que la entrada en vigencia de la Ley de Arbitraje Internacional nos presenta un nuevo paradigma que debe llamar a la Sala Primera a una revisión profunda del instituto del reenvío, aspecto que de seguido paso a analizar.

IV. La remisión en el arbitraje internacional.

Más por necesidad que por convicción, Costa Rica optó por un modelo de arbitraje bifronte: una ley para el arbitraje doméstico y otra para el internacional. Como hemos indicado en otro momento[7], el arbitraje debe ser uno sólo, y los criterios de aplicación e interpretación no pueden versar sobre

7 ARÍS CRUZ, Mauricio: "El necesario divorcio entre el Código Procesal Civil y el Arbitraje Comercial" En: Revista Judicial No. 109. Setiembre 2013.

elementos meramente subjetivos tales como la nacionalidad de las partes involucradas o sus abogados. El papel unificador está en manos precisamente de la Sala Primera en lo que a sus competencias atañe, ya que tendrá la importante labor de validar o rechazar determinadas prácticas usuales en el arbitraje internacional, sin caer en la trampa de un sistema en donde, no existiendo normas diferentes entre las leyes arbitrales, la Sala Primera valide determinadas prácticas en arbitrajes internacionales y las censure en el arbitraje doméstico, o viceversa.

Además de los contundentes argumentos esgrimidos en contra del reenvío, consideramos que es deseable su replanteamiento por parte de la Sala Primera con ocasión de la entrada en vigencia de la Ley de Arbitraje Internacional, que en su artículo 34.4 contiene tiene una solución alternativa al reenvío, que se denomina remisión, sobre la cual dispone:

> *"El tribunal, cuando se le solicite la anulación de un laudo, podrá suspender las actuaciones de nulidad, cuando corresponda y cuando así lo solicite una de las partes, por un plazo de que determine, a fin de dar al tribunal arbitral la oportunidad de reanudar las actuaciones arbitrales o de adoptar cualquier otra medida que a juicio del tribunal arbitral elimine los motivo*s para la petición de nulidad."

Así vemos como la remisión, a diferencia del reenvío, lejos de ser una orden a los árbitros para que dicten un nuevo laudo, es una oportunidad para que éstos, si así lo consideran, corrijan algunos aspectos del laudo eliminando los motivos de la petición de nulidad. Este elemento voluntario es muy importante, ya que en virtud de la ansiada injerencia mínima de los tribunales comunes en el arbitraje, no pareciera deseable que la Sala termine dictando a los árbitros los términos del laudo arbitral, como sucede en algunos casos de reenvío. Nos preguntamos igualmente ¿Qué sucedería si el tribunal arbitral no comparte los motivos de nulidad parcial del laudo y en consecuencia desacata la orden de reenvío, negándose a dictar un nuevo laudo? Se podría discutir si se incurre en un delito de desobediencia a la autoridad, pero incluso el tribunal podría oponerse con fundamentos jurídicos de peso, como por ejemplo el haber trascurrido el plazo para laudar y en consecuencia su competencia, que sólo puede ser conferida por las partes.

En la remisión, la negativa del tribunal arbitral de modificar el laudo ante la posibilidad otorgada por el tribunal judicial respectivo – Sala I en nuestro caso-, implicaría la reactivación del conocimiento del recurso de nulidad interpuesto contra el laudo respectivo.

Otra diferencia entre ambas figuras es que la remisión ocurre de previo a que se resuelva el recurso de nulidad, ya que por eso se habla de suspender las actuaciones de nulidad, mientras que en el reenvío el laudo es anulado y posteriormente remitido al tribunal para que dicte uno nuevo. El dictado

---

8 Utilizo el término de laudo final para diferenciarlo del supuesto de laudos parciales o interlocutorios.

de múltiples laudos finales[8] en un mismo asunto compromete la seguridad jurídica, esto por cuanto debe recordarse que varias jurisdicciones –Francia en especial- han sido proclives a aceptar la ejecución de laudos anulados en la sede. En consecuencia, cada laudo dictado es un laudo potencialmente ejecutado, independientemente de su anulación en la sede.

En el Derecho Comparado no abundan los casos de aplicación de la figura de remisión. El Digesto de la CNUDMI sobre la Ley Modelo en su versión 2012[9] menciona un caso en donde se utilizó esta figura para subsanar la falta de audiencia a una parte de un dictamen pericial rendido durante el proceso arbitral[10]. También se menciona que en casos en donde se ha dictado ya un laudo final, no se ha considerado adecuado utilizar la remisión para que el tribunal arbitral dicte un nuevo laudo por el fondo o recabe nueva evidencia.[11]

A este punto, el paciente lector puede estarse preguntando cuál es el fundamento legal para aplicar una figura contenida en la Ley de Arbitraje Internacional al arbitraje doméstico. Si bien la Ley RAC nada dice sobre la remisión, tampoco dice nada sobre el reenvío. En consecuencia, estamos en presencia de una laguna interna de la Ley RAC, que debe llenarse acudiendo al artículo 39 in fine de dicha Ley, que al respecto indica:

> *"(…) Las normas procesales de la legislación costarricense integrarán, en lo que resulte compatible, el procedimiento arbitral."*

La solución que plantea el reenvío es llenar esa laguna con el artículo 616 del Código Procesal Civil, aplicando las reglas del recurso de casación civil, o, según la interpretación del voto 711-2013 mencionado supra, aplicar una serie de Principios Generales del Derecho. No obstante, la solución que consideramos debe ser la correcta hoy día, es llenar esa laguna con el 34.4 de la Ley de Arbitraje Internacional, que no sólo es una ley procesal de la legislación costarricense, sino que es la norma más compatible con el proceso arbitral por contener las mejores prácticas a nivel internacional sobre esta materia.

Aplicar el reenvío judicial propio de los recursos de casación al arbitraje es una invasión de unas reglas a las cuales las partes voluntariamente y en ejercicio de un derecho constitucional renunciaron, con la finalidad de someterse a un procedimiento distinto que se rige por unas normas y unos principios igualmente distintos.

Con estas reflexiones esperamos aportar un punto de vista alternativo a una figura que consideramos debe evolucionar en beneficio de una práctica arbitral costarricense más sofisticada e internacionalmente compatible.

---

9 UNITED NATIONS COMMISION ON INTERNATIONAL TRADE LAW: "UNCITRAL 2012 Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration". Disponible en el sitio web: www.uncitral.org

10 Alexander Property Developments v. Clarke. Tribunal Superior de New Plymouth, Nueva Zelanda, 10 de junio de 2004, CIV. 2004-443-89.

11 Caso CLOUT No. 12 [D. Frampton & Co. Ltd. V. Sylvio Thibeault and Navigation Harvey & Frères Inc., Corte Federal de Canadá, 7 de abril de 1988]. Caso CLOUT No. 391 [Re Corporación Transnacional de Inversiones, S.A. de C.V. et al. v. STET International, S.p.A. et al., Tribunal Superior de Justicia de Ontario, Canadá, 22 de setiembre de 1999].

Bibliografía

Artículo en Revista:

FERNÁNDEZ LÓPEZ, Alberto: “El reenvío de laudos arbitrales anulados. A propósito de una mala práctica judicial.” En: Revista Judicial No. 114, Diciembre 2014.

PARÍS CRUZ, Mauricio: “*El necesario divorcio entre el Código Procesal Civil y el Arbitraje Comercial*” En: Revista Judicial No. 109. Setiembre 2013.

Jurisprudencia:

Alexander Property Developments v. Clarke. Tribunal Superior de New Plymouth, Nueva Zelanda, 10 de junio de 2004, CIV. 2004-443-89

Caso CLOUT No. 12 [*D. Frampton & Co. Ltd. V. Sylvio Thibeault and Navigation Harvey & Frères Inc.,* Corte Federal de Canadá, 7 de abril de 1988].

Caso CLOUT No. 391 [Re Corporación Transnacional de Inversiones, S.A. de C.V. et al. v. STET International, S.p.A. et al., Tribunal Superior de Justicia de Ontario, Canadá, 22 de setiembre de 1999].

RAZONES INSTITUCIONALES. PROBLEMAS EN LA DISTINCIÓN ENTRE ADMISIÓN Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL

M.Sc. Miguel Zamora Acevedo[1]

"Cuando el lenguaje no concuerda, entonces todo aquello que se dice,
se transforma en todo aquello que no se intento decir…
Si la justicia no concuerda, entonces el pueblo desconoce,
dónde se ha de colocar el pie y la mano. Por tanto, no se ha de tolerar ninguna arbitrariedad en las palabras"[2]
"No es un azar que los Derechos primitivos estuvieran en manos primero de magos
y luego de sacerdotes (ni que ahora los jueces y abogados),
y hasta hace poco los profesores, actúen con ropones simbólicos"[2]

"Quizá esté yo equivocado y tú en lo cierto, quizá con un esfuerzo a la verdad nos acerquemos"[3]

SUMARIO

Nociones Preliminares.
I. Funciones del Proceso judicial penal
II. Metodología e Interpretación Jurídica
III. La dicotomía de los principios
   a. Reglas de admisión de prueba
   b. Valoración de prueba como criterio de admisión de prueba y demás pensamientos por deseos.
IV. A modo de conclusiones

Nociones Preliminares

Cuando se hace referencia a razones, quizás la noción más elemental sería la de brindar argumentos para sustentar o apoyar algo, y en vista en la polisemia del concepto, también existen muchas formas de clasificar las razones.

Así, hay razones de carácter teórico, para sustentar una creencia, razones prácticas que justifican una actuación o razones explicativas las cuales señalan el objetivo o finalidad que se persigue, y por último

1 Máster en Argumentación Jurídica, Universidad de Alicante, máster en Sociología Jurídico-penal, Universidad de Barcelona. Profesor universitario de la Universidad de Costa Rica, defensor público. Correo. Jose.zamoraacevedo@ucr.ac.cr
2 Confucio citado por Rüthers 2009, pág. 85.
3 Popper, 2005, pág. 13

las razones justificativas las cuales sirven para argumentar que una acción resulte aceptable.

Finalmente sin pretender indicar todas las clasificaciones[4], se podría decir que las razones se clasifican conforme pertenezcan o no al sistema jurídico, sea extra sistemáticas o sistemáticas, y por jerarquía: razones de primer orden, segundo orden.

Dentro de estas clasificaciones también se encuentran las razones institucionales, sea "aquellas que apelan a la seguridad jurídica (cuando esa apelación es legítima), a la división de poderes"[5]. Son las razones que se fundamental en la institución que representan y la visión mesiánica que pretender hacer ver, lo cual busca una legitimación y aceptación social[6].

Son en realidad razones prácticas, con una visión funcional del derecho, sin embargo podrían perfectamente estar por encima de las razones justificativas del mismo proceso penal, como lo serían las normas procesales de división de etapas procesales, preclusión, carga probatoria, imparcialidad del juzgador, entre otras.

En este escenario y bajo la premisa que las actuaciones judiciales de inclusión de prueba justificadas en los llamados principios y la sana crítica, conllevan a la inobservancia de las reglas de introducción y admisión que indica la normativa procesal, constituye una manifestación de razones institucionales, las cuales no tienen peso normativo, al ser extra sistemáticas y de segundo orden. Lo que en buena teoría deberían estar al servicio de las justificantes sustantivas como serían la presunción de inocencia, carga probatoria y semejantes.

En consecuencia con las siguientes líneas se busca resaltar ciertas prácticas injustificadas mediante transgresión del derecho positivo, pero sin ánimo de crear constructos legales estipulativos y dogmáticos sino, simplemente hacerlas ver críticamente, aunque como dice el epígrafe: "quizá esté yo equivocado…"[7] Ante todo, se busca dar una visión diferente a la simple retórica vacía y la clásica "jurisprudencialitis"[8] que ha inundado la doctrina procesalista penal costarricense.

I. Funciones del Proceso judicial penal

La idea del proceso penal expresa una noción esencial, esta es, limitar el poder estatal, lo cual le torna en el instrumento fundamental de protección jurídica de los sujetos destinatarios de dichas normas jurídicas. Esta visión conceptual del proceso limitativo del poder penal estatal se encuentra

4 Summers, citado por Atienza, 2013, pág 315.
5 Atienza, 2013, pág 285.
6 Un ejemplo claro de estas razones se encuentran en la campaña del Poder Judicial de Costa Rica. "póngase en los zapatos del usuario" del 22 de junio del 2011. Ver. Boletín de prensa número 13 del 5 de abril de 2013. www.poder-judicial.go.cr
7 Popper, 2005, pág. 13.
8 O dicho de otro modo, la tendencia a resaltar y alabar lo que muchos llaman jurisprudencia, la cual incluso, -para sorpresa de pocos- llena de compendios enteros publicados incluso como obras doctrinarias.

formulada en el artículo primero de la normativa procesal penal cuando establece que “Nadie podrá ser condenado a una pena ni sometido a una medida de seguridad, sino en virtud de un proceso tramitado con arreglo a este Código y con observancia estricta de las garantías, las facultades y los derechos previstos para las personas”[9] .

Por su parte, establece la Constitución Política de Costa Rica una serie de calificativos, como en su primer artículo, el cual refiere a Costa Rica como una República democrática y más adelante respecto al Poder Judicial, sostiene que “sólo está sometido a la Constitución y a la ley, y las resoluciones que dicte en los asuntos de su competencia no le imponen otras responsabilidades que las expresamente señaladas por los preceptos legislativos”[10].

Se puede deducir, a partir de la normativa citada, que en el proceso penal la función judicial se resume en tres grandes áreas[11], como bien desarrolla Hernández Marín:

La primera es la acción de juzgar. Esto es, la obligación de resolver el proceso puesto en su conocimiento. Por ello el código civil costarricense indica “Los Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver, en todo caso, los asuntos que conozcan, para lo que se atenderán al sistema de fuentes establecido”[12], lo cual es análogo a lo estipulado al código civil francés el cual establece que ningún juez debe abstenerse de juzgar, so pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de los textos legales[13].

Lo particular de esta función esta en la circunstancia por la cual el juez cumpliría con el mandato, emitiendo cualquier resolución por muy burda que sea, aunque se aclara que ello no se establece como un dogma, ya que para eso están los recursos[14] replicarán algunos, sin embargo para la administración de justicia costarricense esta réplica no es del todo cierta. Además, de lo señalado para prisión preventiva en el procedimiento en flagrancia también está la normativa ordinaria que hace casi ineficaz cualquier recurso de apelación bajo los supuestos del artículo 239

9 Código Procesal Penal de Costa Rica. Editorial Investigaciones jurídicas. SA. San José, 2014.
10 Constitución Política de Costa Rica, artículo 154.
11 Hernández Marín, 2014, pág. 4
12 Código Civil de Costa Rica, artículo 6.
13 www.legifrance.gouv.fr/content/download. Consultado el 12 de mayo de 2014.
14 Lo más grave esta en los procesos en los cuales para ciertos derechos fundamentales, el sistema penal no le confiere recurso alguno. Como por ejemplo el dictado de la prisión preventiva en Costa Rica bajo el proceso de flagrancia, la cual expresamente no confiere recurso de apelación, no obstante obviando la Convención Americana de Derechos Humanos, la Sala Constitucional ha sostenido que esto no inconstitucional. Ver. Sala Constitucional “En relación con la falta de previsión del recurso de apelación contra la resolución que ordena la aplicación de medidas cautelares en el procedimiento de flagrancia, resulta fundamental señalar, que las particularidades de ese procedimiento especial, convierten esa “omisión” en una medida lógica y razonable. No puede perderse de vista, que a través del procedimiento de flagrancia se pretende el dictado de la sentencia a un plazo muy corto, y que entonces, la situación procesal del imputado estaría prontamente resuelta. Además que, en concordancia, se establece un plazo máximo de prisión preventiva de 15 días hábiles, evidentemente muy inferior al definido para un procedimiento ordinario, que haría inoperante un recurso de apelación…” Resolución de las doce horas con treinta y seis minutos del diez de julio del dos mil nueve. Voto 11099-09.

bis[15], el cual agrega nuevas causales a la prisión preventiva a cierta delincuencia muy particular.

La segunda área abarca la obligación de resolver la controversia conforme a derecho. Esto se realiza siguiendo la reglas del procedimiento específico para llegar a una resolución judicial, cualquiera que ésta sea. Puede ser, en caso del proceso penal, una resolución que condene o absuelva al sujeto.

Esta segunda indicación de la funciones básicas del juez, se deben analizar desde dos perspectivas: la procesal y la material o sustantiva. Sobre la primera, se presenta cuando la decisión se toma siguiendo las reglas del proceso, mientras las segundas se refieren al contenido de fondo de la resolución.

Aunque se debe aclarar que no siempre, al cumplir con esta expectativa funcional del juzgador, se presenten ambas, como puede ser cuando se resuelve alguna incidencia procesal que haga innecesario un pronunciamiento sustantivo, verbigracia una excepción.

En esta misma línea, la perspectiva sustantiva también tiene sus aristas, como puede suceder en los casos en los cuales la discusión sea exclusivamente sobre el derecho sustantivo y no desde los hechos, lo cual parecería es lo más común[16]. Esto puede suceder cuando no existe contención en la determinación de los hechos, pero si en la calificación jurídica. El ejemplo para este caso esta en los múltiples debates sobre la apreciación jurídica del delito, la condición de tentativa o meros actos preparatorios, aplicación del concurso de delitos, etcétera, para citar algunos ejemplos cotidianos.

Por último, la tercer área se refiere a la fundamentación de la decisión judicial. El guarismo 142 del código procesal penal, establece la obligación cuando indica: “Las sentencias y los autos contendrán una fundamentación clara y precisa. En ella se expresarán los razonamientos de hecho y de derecho en que se basan las decisiones, así como la indicación del valor otorgado a los medios de prueba. La simple relación de las pruebas o la mención de los requerimientos de las partes no reemplazará, en ningún caso, la fundamentación. Será insuficiente cuando se utilicen formularios, afirmaciones

---

15 Art 239 bis del Código Procesal Penal,(en adelante C.P.P). Otras causales de prisión preventiva
Previa valoración y resolución fundada, el tribunal también podrá ordenar la prisión preventiva del imputado, cuando se produzca cualquiera de las siguientes causales, el delito esté sancionado con pena de prisión y se cumpla el presupuesto establecido en el artículo 37 de la Constitución Política :
a) Cuando haya flagrancia en delitos contra la vida, delitos sexuales y delitos contra la propiedad en los que medie violencia contra las personas o fuerza sobre las cosas, y en delitos relacionados con estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, legitimación de capitales y actividades conexas.
b) El hecho punible sea realizado presumiblemente por quien haya sido sometido al menos en dos ocasiones, a procesos penales en los que medie violencia contra las personas o fuerza sobre las cosas, en los cuales se hayan formulado acusación y solicitud de apertura a juicio por parte del Ministerio Público, aunque estos no se encuentren concluidos.
c) Cuando se trate de personas reincidentes en la comisión de hechos delictivos en los que medie violencia contra las personas o fuerza sobre las cosas.
d) Se trate de delincuencia organizada.

16 García Amado, 2014, pág.43

dogmáticas, frases rutinarias, la simple descripción de los hechos o la sola mención de los elementos de prueba".

En tesis de principio, esta obligación se podría ver como una consecuencia de la disposición de dictar las resoluciones conforme a derecho, sin embargo, esto no es siempre es así. Puede suceder que la resolución sea conforme a derecho pero infundada o viceversa, lo cual se presentaría en los casos de resoluciones totalmente fundamentadas, pero que no son conforme al derecho de fondo, por ejemplo en una errónea calificación jurídica.

II. Metodología e Interpretación Jurídica

Conociendo las formas obligacionales del juez penal, corresponde ahora analizar las facultadades que establece la normativa para que se aplique el Derecho, en consecuencia se estaría en el campo de la metodología jurídica.

Ahora bien, los problemas de la metodología jurídica es una cuestión muy nueva[17]. Sin embargo, se hace necesario precisar que se debe entender por tales problemas, y en este sentido se debe reconocer que dichas palabras reflejan una polisemia y vaguedad bastante alta.

El primer detalle es diferenciar la metodología jurídica de las simples recomendaciones de redacción[18] , estilo y forma de los distintos trabajos académicos o de estudio, como puede ser la elaboración del trabajo final de graduación.

En este sentido, no se discute la utilidad práctica que pueda tener dichas recomendaciones en la práctica forense, pero no dejan de ser simples breviarios de escritura, o inclusive con las tendencias de la oralidad, en simples formas de nociones de expresión y protocolo, como muchas circulares de la Corte Plena del Poder Judicial de Costa Rica, por ejemplo la circular 212-13, la cual se refiere a la reglas básicas para el dictado de las sentencias orales o escritas en las distintas jurisdicciones en el país[19].

Por eso, algunos critican las posturas sobre la metodología jurídica actual al atribuirlas como algo exageradas[20], lo cual no dejan de tener cierta razón por cuanto incluso privan las formas antes que el análisis de las decisión, verbigracia, nuevamente la tendencia a recurrir a la oralidad en los procesos judiciales actualmente[21].

---

17 Rüthers, 2009, pág 361.

18 Cf. Haba, Metodología (realista) del Derecho. Tomo III. Doce temas claves sobre la metodología jurídica 2012, págs.43 y ss.

19 www.poder-judicial.go.cr/Circulares de Corte Pena, año 2013.

20 Haba, Metodología (realista) del Derecho. Tomo III. Doce temas claves sobre la metodología jurídica 2012.

21 Cf. Sala Constitucional. "…Esta Sala ha destacado la trascendencia de las audiencias orales como una forma de protección ciudadana y como un instrumento básico para el ejercicio de una defensa eficiente de los intereses del acusado, pues, por medio de la oralidad, se pueden hacer efectivos los principios esenciales que rigen el proceso penal, tales como el acusatorio, el contradictorio y la inmediación de la prueba, y se potencia, en definitiva, el derecho de defensa. De allí, que ante la eventual imposición de una medida cautelar de prisión preventiva o su posterior prórroga, adquiere indudable importancia la realización de la respectiva audiencia oral, a fin de asegurarle al imputado y a su defensa técnica la posibilidad de argumentar, rebatir, preguntar y repreguntar -como plena garantía para el ejercicio de su derecho de defensa-, y permitirle, además, tener contacto con el juez que ha de resolver sobre uno de sus bienes de mayor valía, como lo es la libertad…" Resolución de las catorce horas y seis minutos del veintiuno de setiembre del dos mil diez. Voto 15495-10.

Siendo así, existe una clara distinción entre método y metodología, lo primero abarca las recomendaciones antes indicadas sobre la formas y esquemas acerca del derecho, esto es, los procedimientos a seguir para alcanzar un objetivo práctico.

Para el diccionario de la real academia, método tiene varias acepciones, la primera dice que es un modo de decir o hacer con orden, segunda: modo de obrar o proceder, hábito o costumbre que cada uno tiene y observa, tercero: obra que enseña los elementos de una ciencia o un arte, y cuarta: en filosofía, procedimiento que se sigue en las ciencias para hallar la verdad y enseñarla. Se sigue entonces que todas las concepciones indicadas tienen el común denominador: señalar un procedimiento.

Etimológicamente la palabra método viene del latín "methodus"[22] y ésta a su vez del griego lo cual viene a significar, el camino a seguir, en consecuencia, se puede decir que el método puede verse desde dos puntos de vista diferentes: etimológico y didáctico. El primero en referencia a las estrategias para descubrir o explicar la realidad y lo segundo como exponer y enseñar el conocimiento de algo.

Como bien indica el profesor Haba, con la analogía de la receta, en el método: "todo esta previsto ahí: la totalidad de los ingredientes y también sus medidas"[23] con lo cual, de antemano con el procedimiento dado a seguir se sabe por ende también el posible resultado.

Por su parte, por metodología no debe entender simplemente el estudio de los métodos y en este caso calificada de jurídica, aquella que estudie los métodos en el derecho, Es decir, no es una técnica sobre los métodos, sino como la "reflexión sobre tales y cuales métodos, ya sea sobre los de cierta disciplinas o de las ciencias en general"[24], por lo cual entendida así, la metodología no son los procedimientos en sí, sino el estudio crítico de esos procedimientos, de donde surgen, los efectos y sobre todo como se aplican en el Derecho, siendo desde esta perspectiva que se pretende analizar algunas formas interpretativas en el proceso penal atientes a ciertos ejemplos prácticos.

Por último, esta visión de la metodología puede clasificarse en función de sujeto, en consecuencia se distingue[25]: metodología en la elaboración del derecho la cual correspondería a la función legislativa; métodos de investigación y conocimiento del derecho, sea el jurista, el dogmático, métodos para la aplicación de las normas, sea para los operadores del derecho y los métodos para la enseñanza del derecho para la academia.

Ahora bien, el análisis de la metodología jurídica tiene un sin número de visiones o estudios, incluso algunas de mayor perspectiva crítica como la Minor Salas[26] o

22 www. etimologías.dechile.net, 2014.
23 Haba, Metodología (realista) del Derecho. 2012, pág 22.
24 Ibídem.
25 Cruz Parcero, 2006, pág. 19
26 Salas, 2007.

las del mismo Pedro Haba[27], sin embargo, a los efectos del presente estudio resulta relevante seguir la idea de la clasificación con respeto a los sujetos antes indicada por cuanto interesa en lo específico la aplicación del derecho especialmente mediante el empleo de los cánones que se brindan al juez para ello.

En este orden de ideas, cuando se hace referencia a la noción de interpretación, es casi obligatorio la remisión a la clasificación de Wróblewski, lo cual se puede decir constituye un topoi. Es decir, referirse a la interpretación como sensu larguísimo, sensu largo y sensu stricto[28].

La interpretación "sensu largisimo"[29] hace referencia a la atribución de significados a los enunciados jurídicos entendidos como producto de determinada cultura. Mientras la interpretación "sensu largo"[30] hace referencia a unos significados particulares: Las formas lingüísticas, por lo cual interpretación se entiende como el sentido de dichas expresiones dentro del lenguaje determinado, atribuyendo el significado conforme a las reglas de dicho lenguaje.

Por último, la interpretación "sensu stricto"[31] es lo correspondiente de la atribución de significados a enunciaciones lingüísticas oscuras. Dentro de esta última a su vez el filósofo polaco distingue dos formas, una, la isomorfía,[32] lo cual significaría que existe comprensión del lenguaje en forma directa, lo cual suele ocurrir en los procesos comunicativos habituales. Esto quiere decir que a pesar de la vaguedad y ambigüedad de las palabras la mayoría de personas se entienden cuando se comunican; la otra es la situación de interpretación[33], la cual opera cuando surgen dudas para establecer el significado, sea por la misma expresión, vicios del lenguaje o contexto del escenario, estas dos situaciones parten de la aplicación o no del aforismo in claris non fit interpretario.

Estas dos situaciones suceden también en el discurso jurídico actual, no obstante para la interpretación jurídica en Costa Rica se parte de los cánones interpretativos clásicos[34] por inexistencia de norma expresa en este sentido, ante lo cual es aplicable la advertencia de Rüthers: "en virtud de la ausencia de una ley metodológica formal se podría concluir, erróneamente que el derecho… deja la elección de los métodos de aplicación jurídica al libre parecer del operador"[35].

---

27 Haba, Ciencia Jurídica? Qué Ciencia. El Derecho como una ciencia: una cuestión de métodos, 1984.
28 Wróblewski, 2001, pág. 21
29 ibídem
30 Op.Cit. pág.22
31 Op.Cit. pág.26
32 Wróblewski, 200, pág 23
33 Ibídem.
34 Positivizados en el código Civil costarricense: art 10: "Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de ellas".
35 Rüthers 2009, pág 391.

III. La dicotomía de los principios.

El discurso jurídico en el derecho tiene una peculiar forma de manifestarse, lo cual no es desconocida en el proceso penal; ésta se refiere a la distinción entre reglas[36] y principios[37], la cual si bien puede ubicarse históricamente en trabajos de Josef Esser[38], no es sino con Ronald Dworkin[39] quien la puso de moda en la discusión jurídica moderna, cuando establece algunas críticas a la concepción hartiana del derecho.

Estas críticas[40] son: primero; Entender el derecho solamente como un complejo de reglas, sin atender a otras pautas jurídicas presentes en el derecho que no son reglas sino "principios"; segunda, respecto al razonamiento judicial en los "casos difíciles", es decir, la admisión por parte de Hart de una textura abierta del derecho que permite la "discrecionalidad judicial", posición que también critica Dworkin porque es propia de una idea del derecho tan sólo constituida por reglas, mientras que si se ve el derecho compuesto también por principios, no habría lugar para discrecionalidad judicial alguna, pues cuando no hay regla aplicable al caso, siempre habrá un principio jurídico para aplicar.

En esta línea temática en Costa Rica el código civil en su articulado preliminar establece:

"Los principios generales del Derecho se aplicarán en defecto de norma escrita, uso o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico"[41], con lo cual se puede inferir que los principios pueden aplicarse en defecto de las reglas ya que estarían excluidas la costumbre y los usos del derecho en el proceso penal.

Ahora bien, ante la ambigüedad de la noción de principios, se puede indicar sin ánimo se ser taxativos ni estipulativos que estos pueden significar:

1. Normas muy generales, como por ejemplo cuando se establece una norma que las obligaciones que nacen de los contratos tiene fuerza de ley entre los contratantes. Pero a que tipo de supuestos vamos aplicar a este enunciado? A todos los contratos. Hay una generalidad de la condición de aplicación, pero no se aplica a los hechos ilícitos, por cuanto esta generalización es en las condiciones de aplicación, no a los destinatarios. En este caso el grado de generalidad es graduable.

2. Normas redactadas en términos particularmente vagos. Por ejemplo cuando se indica: "la ley no ampara el ejercicio del abusivo derecho"[42].

---

36 Se entiende por tal un enunciado con autonomía semántica. Definición no estipulativa, sino meramente operativa para los fines del uso normal en la normativa procesal penal y su aplicación práctica.
37 Se entende como expresiones se valor.
38 Cf. Ávila, 201, pág. 37 y ss.
39 Dworkin, 2012, pág. 72
40 Cf. Bonorino, 2010, pág.38
41 Art. 4 del Código Civil.
42 Art 22 del Código civil.

Esta vaguedad es especial, porque son conceptos centralmente vagos[43], en los cuales no podemos establecer por anticipado una inmensa mayoría de casos a los que la norma sería aplicable. Como por ejemplo la prohibición fumar en centros de trabajo. Abarca también el parqueo o los jardines? En estos casos no se puede dar prima facie una respuesta.

3. Norma programática o directriz. Se encuentra reflejada en ideas de Dworkin. Por directriz se debe entender aquella norma que estipula seguir determinados fines económicos. Por ejemplo cuando se dice, todos los costarricenses tienen derecho a una vivienda digna y adecuada (fin de las políticas públicas, las cuales deben lograr en la mayoría de lo posible este objetivo).

4. Norma que expresa valores superiores del ordenamiento jurídico o de un subsector del mismo. En este caso, son valores superiores del ordenamiento jurídico. Pueden ser valores superiores del todo o en parte del Ordenamiento jurídico. Por ejemplo el artículo 33 de la Constitución Política –de carácter general- dice que los costarricenses son iguales ante la ley y en forma particular para el derecho civil se establece la autonomía de la voluntad.

5. Norma dirigida a los órganos de aplicación del Derecho y que ilustra su función de aplicación. Como por ejemplo el in dubio pro reo el cual se introduce en el Derecho y se dirige a la interpretación cuando hay cierta duda razonable en un supuesto fáctico delictuoso.

6. Por último principio como "regula iuris"[44]. Esto es, enunciados, axiomas o máximas de la ciencia jurídica de un considerable grado de generalidad. Estos pueden permear todo el ordenamiento o jurídico o solo una parte del mismo, como serían las máximas siguientes: in claris non fit interpretario y nulla poena sine lege respectivamente.

III. A. Reglas de admisión de prueba.

Atendiendo al principio de legalidad, la normativa procesal penal costarricense establece una serie de reglas procedimentales para la admisión de prueba para el juicio, siendo que las mismas establecen los casos de excepción por medio del cual se puede hacer llegar al juicio de manera diferente a las ahí establecidas.

La primera regla deviene del artículo 304 del código procesal penal, la cual viene a sostener que: "Al ofrecerse la prueba, se presentará la lista de testigos y peritos, con la indicación del nombre, la profesión y el domicilio. Se presentarán también los documentos o se señalará el lugar donde se hallen, para que el tribunal los requiera. Los medios de prueba serán ofrecidos con indicación de los hechos o las circunstancias

43 Hart, 2009, pág. 159.
44 Aforismos o adagios, lo que actualmente se conoce como principios generales del derecho.

que se pretenden probar, bajo pena de inadmisibilidad".

Lo particular de esta regla es que expresamente viene como un requisito de la acusación pública o privada, sin embargo, dicha regla es nuevamente señalada en cuanto facultades y deberes de las partes en la realización de la audiencia preliminar, cuando señala en el artículo 317 inciso e del mismo cuerpo normativo: "ofrecer la prueba para el juicio oral y público, conforme a las exigencias señaladas para la acusación".

Como puede observarse, ésta viene a ser la norma fundamental por cuanto señala bajo pena de inadmisibilidad la forma y requisitos para la admisión de prueba en cuanto relevancia[45] o pertinencia[46], idoneidad[47] y licitud[48].

La segunda regla para la admisión de prueba se encuentra en el articulado que establece la admisión de la misma. En este caso, se encuentra en el artículo 320[49] de la normativa procesal penal, sin embargo, esta regla tiene la particularidad que es oficiosa bajo dos supuestos:

1. Puede oficiosamente ordenar el juzgador la prueba que considere esencial. Con lo cual le brinda unas potestades amplias e inquisitivas, además de violentar flagrantemente la imparcialidad por cuando la única forma de formarse un juicio de esencialidad es tomando partida por la hipótesis acusatoria.

2. Puede oficiosamente ordenar que se reciba prueba en el debate, cuando sea manifiesta la negligencia de alguna de las partes pero solo cuando su fuente resida en las actuaciones ya realizadas.

La tercera regla de inclusión probatoria es propia del juicio oral, es la prueba para mejor proveer. Ésta lo que indica es que "excepcionalmente, el tribunal podrá ordenar, de oficio o a petición de parte, la recepción de cualquier prueba, si en el curso de la audiencia surgen hechos o circunstancias nuevas, que requieran su esclarecimiento"[50].

A pesar de los ambiguas palabras que brinda la definición, parece que el objetivo de la norma es brindar la posibilidad de clarificar aspectos novedosos que surjan en la audiencia, siempre y cuando sean

---

45 Un elemento de juicio es relevante para la decisión sobre la prueba de un enunciado fáctico si, y solo si, permite fundar en él, (por sí solo o conjuntamente con otros elementos) una conclusión sobre la verdad del enunciado fáctico a probar. Ver.Taruffo, 2008, pág 38.

46 Para ser admisible, la prueba deberá referirse, directa o indirectamente, al objeto de la averiguación y deberá ser útil para descubrir la verdad. Art. 183, del código procesal penal.

47 La prueba ofrecida para demostrar un hecho determinado, debe ser apta y concordante para probar ese hecho determinado.

48 Los elementos de prueba sólo tendrán valor si han sido obtenidos por un medio lícito e incorporados al procedimiento conforme a las disposiciones de este Código… Art. 180 del Código procesal penal.

49 "El tribunal del procedimiento intermedio admitirá la prueba pertinente para la correcta solución del caso, y ordenará de oficio la que resulte esencial. Rechazará la que considere evidentemente abundante o innecesaria. De oficio podrá ordenar que se reciba prueba en el debate, sólo cuando sea manifiesta la negligencia de alguna de las partes y su fuente resida en las actuaciones ya realizadas."

50 Art. 355 del C.P.P.

pertinentes para el resultado del caso. Esta última idea, debe ser relativizada por cuanto tiene sus variables, ya que es muy diferente la visión punitiva del órgano acusador –público o privado-, de la posición de la defensa del imputado.

Es claro que las anteriores reglas constituyen las formas que normativamente permiten el ofrecimiento e inclusión de la prueba para el juicio, sin embargo existen particularidades en su aplicación. Como por ejemplo cuando se sobresee algún imputado dentro del mismo proceso y en la misma etapa procesal y éste imputado ha brindado alguna declaración.

Dicha declaración constituye una excepción a la oralidad y por tanto un elemento de prueba más que perfectamente puede ser ofrecida por las mismas reglas antes señaladas, pero podría suceder que no se presente en el momento procesal oportuno para acceder a las reglas indicadas.

Como se puede observar, cada regla deviene del ejercicio de una etapa particular del proceso penal y por tanto conlleva en sí misma también las normas que rigen dicha etapa en la cual se manifiestan. Así, la primera etapa es propia de la fase investigativa por cuanto es una condición necesaria y suficiente para concluirla la determinación de la prueba que fundamente el requerimiento.

Así, se establece que "cuando el Ministerio Público o el querellante estimen que los elementos de prueba son insuficientes para fundar la acusación, podrán requerir la desestimación o el sobreseimiento definitivo o provisional"[51], pero puede suceder que "el Ministerio Público estime que la investigación proporciona fundamento para someter a juicio público al imputado.."[52] en cuyo caso presentará la acusación requiriendo la apertura a juicio fundamentado en la prueba que ofrece en ese momento.

El segundo momento viene a corresponder a la Etapa Intermedia, en la cual se examinan las actuaciones y surge la posibilidad de ofrecimiento de prueba, lo cual como se indicó es sui generis, porque es potestativo de las partes y del juzgador, pero ya no del órgano requirente por cuanto es mediante audiencia hacia las partes, entiéndase las otras partes que examinen las actuaciones y evidencias del Ministerio Público y/o querellante cuando proceda.

Y la tercera etapa ya es propia del tribunal, por lo cual como se indicó es excepcionalísima y con los criterios restrictivos.

Los tres momentos constituyen manifestaciones propias de las tres fases iniciales del proceso penal, en las cuales también aplica la norma de preclusión, aunque la Sala Tercera establezca lo contrario; En realidad lo que hace es confundir las posibilidades de ofrecimiento de las pruebas y su admisión con el proceso de valoración de la prueba.

Indica el alto tribunal de casación penal refiriéndose al ofrecimiento de prueba

---

51 Actos Conclusivos. Art 299 del C.P.P.

52 Acusación y solicitud de apertura a juicio. Art .303 del C.P.P.

que: "… estos tres momentos no están en una relación de preclusión absoluta, pues el Código Procesal Penal establece varias posibilidades para ofrecer prueba durante el procedimiento intermedio o incluso en el debate…"[53]

Como se puede fácilmente deducir el error de la magistratura está en no distinguir las premisas del ofrecimiento de la prueba[54], de las premisas de admisión y valoración de la prueba, lo cual muchas veces se disfraza mediante conceptos jurídicos indeterminados (principios) los cuales vienen violentar el derecho positivo[55].

En esta misma resolución la Sala Tercera comete el mismo error al analizar la prueba para mejor proveer, cuando sostiene que "… el 355 del Código Procesal Penal establece: *"Excepcionalmente, el tribunal podrá ordenar, de oficio o a petición de parte, la recepción de cualquier prueba, si en el curso de la audiencia surgen hechos o circunstancias nuevas, que requieran su esclarecimiento."* De manera que, una vez iniciado el debate, puede incorporase como prueba para mejor proveer: i) aquella que fue incorrectamente rechazada durante el procedimiento intermedio…(sic)", lo cual es totalmente falso y curiosamente la Sala Tercera no menciona la norma que faculta dicha excepcionalidad, la cual es el artículo 320 del mismo código procesal penal, quizás porque esta última norma indica como requisito para ofrecerla como prueba para mejor proveer el haber gestionado el recurso de revocatoria, sino se convalida el rechazo[56] y por ende no se tiene legitimación para acceder a las facultades de la prueba en juicio, y ello curiosamente es una manifestación de la preclusión[57].

III. B. Valoración de prueba como criterio de admisión de prueba y demás pensamientos por deseos.

El Proceso de valoración de la prueba pasa por tres etapas[58]:

a. La conformación de los elementos de juicio para fundamental la decisión.
b. La valoración de dichos elementos de juicio.
c. La aprobación del fallo sobre los hechos.

La primera de ellos se refiere al respecto de las reglas de inclusión y admisión probatoria analizada líneas antes, esta etapa también se conoce como la especificidad de la prueba, de forma tal que cumpla con una función

53 Sala Tercera. Resolución de las catorce horas y dieciocho minutos del veinte de mayo del dos mil once. Voto 602-11.
54 Cf. "…Contra lo resuelto sólo procede recurso de revocatoria, sin perjuicio de reiterar la solicitud de recibo de prueba inadmitida, como prueba para mejor resolver, ante el tribunal de juicio…", art 320 y Convalidación. Salvo los casos de defectos absolutos, los vicios quedarán convalidados en los siguientes casos: … b) Cuando quienes tengan derecho a impugnarlo hayan aceptado, expresa o tácitamente, los efectos del acto. Art .177 del C.P.P.
55 Cf. Zamora Acevedo, 2014, pág. 161.
56 Se trata de supuestos en que las partes concurrieron a ocasionar el defecto, ello en forma expresa o tácita. Llobet Rodríguez, 2012, pág. 328.
57 "La preclusión tiene que ver con la posibilidad que tienen las partes de realizar determinados actos en ciertos momentos de desarrollo del proceso, lo cual corresponde establecerlo al legislador al diseñar el proceso." Sala Constitucional, resolución de las diez horas y quince minutos del veinticinco de julio del dos mil ocho, voto 11622-08.
58 Zamora Acevedo, 2014, pág. 158.

epistémica, esto es aportar información relevante sobre los hechos que se juzgan.
La segunda etapa se refiere al momento de la valoración de los elementos de prueba, lo cual dependerá del sistema valorativo de las normas procesales, en el caso costarricense, la convicción racional mediante las reglas de la sana crítica[59]. En este caso libre viene a significar que la prueba "no esta sujeta a normas jurídicas que predeterminen el resultado de esa valoración"[60].

Por último, la tercera etapa es la realización de la decisión en sí, la cual se adopta aplicando las reglas de valoración probatoria, este caso las reglas de la sana crítica[61], pero debe diferenciarse de la segunda etapa en cuanto ésta tercera, debe ser establecida conforme a ciertos valores propios del derecho penal, como lo es la presunción de inocencia, el in dubio pro reo y la interpretación restrictiva[62].

Hecha esta pequeña aclaración, sirvan algunos ejemplos para ilustrar la confusión en la que se incurren en casos de la distinción entre la admisión y la valoración de la prueba.

El primero de ellos, deviene de la práctica judicial penal. Suele ocurrir en no pocas veces que en el ofrecimiento de prueba no se incluye al ofendido en la acusación o querella y por tanto para la fase del juicio oral y público es un elemento de prueba no ofrecida ni admitida. Razones para ello pueden ser varias, entre ellas y sin ánimo de taxatividad, víctimas que no se localizan, salen del país sin posibilidad de retorno, víctimas que se abstienen en fase investigativa o no denuncian, etc.

Sin embargo, estas condiciones cambian para el debate y entonces, si se localizan, regresan al país, desean declarar, etc. Es decir, el panorama cambia; ello se le llama víctimas aparecidas para debate.

El segundo ejemplo viene de la doctrina. En este caso señala Javier Llobet, cuando analiza el reconocimiento de personas como un acto definitivo e irreproducible por cuanto no se podría volver a realizar en idénticas condiciones, sin embargo admite que se "practique un segundo reconocimiento, en el que debe valorarse conforme a las reglas de la sana crítica…"[63].

Un tercer y último ejemplo es el llamado reconocimiento espontáneo en juicio. En este caso la descripción del acto[64] puede resumirse de la siguiente manera: En el interrogatorio la fiscalía, querellante, actor civil o juez preguntan al testigo si puede reconocer en la sala de debate al sujeto

---

59 Rivera Morales 2011, pág. 247.
60 Ferrer Beltrán, 2007, pág 45.
61 El tribunal asignará el valor correspondiente a cada uno de los elementos de prueba, con aplicación estricta de las reglas de la sana crítica. Debe justificar y fundamentar, adecuadamente, las razones por las cuales les otorga determinado valor, con base en la apreciación conjunta y armónica de toda la prueba esencial. Art 184 del C.P.P.
62 Reglas de Interpretación. Deberán interpretarse restrictivamente las disposiciones legales que coarten la libertad personal o limiten el ejercicio de un poder o derecho conferido a los sujetos del proceso. Art. 2 del C.P.P.
63 Llobet Rodríguez, 2012, pág. 388.
64 Cf. Salas, Theatrum Horroris: Nacimiento del derecho penal como espectáculo 2008.

que realizó el acto delictivo en su contra, claro esta, en este caso la sala de juicio únicamente concurren en ese momento el tribunal, el fiscal, querellante o actor civil, lógicamente el defensor junto al imputado y en la silla de interrogación la víctima.

Ahora bien, en estos casos, la víctima puede contestar cualquier cosa, como por ejemplo el no acordarse, pero si recuerda y declara -haciendo una especulación-, es muy factible que la persona señale por exclusión al imputado, con lo cual se tiene los llamados reconocimientos espontáneos.

En este caso, resulta de interés los razonamientos del tribunal de apelación de sentencia sobre este punto:

"Los vicios anteriores, tampoco los solventa el "reconocimiento", por parte del afectado, del imputado B en la sala de debates, pues es claro, que una identificación de esa índole únicamente puede ser apreciada como una individualización de la persona acusada, pues es más que obvio, que a un declarante no le presenta ninguna dificultad identificar a la persona objeto de juicio, cuando ésta se ubica al lado de su defensa, de frente al representante fiscal, y ante un tribunal de Jueces claramente definido, por lo que no es apropiado concederle otra relevancia que la de un señalamiento del imputado en juicio, pero que, necesariamente, debe apoyarse en otros elementos de valoración, los que para el presente caso, resultaron viciados y, entonces, generan duda que, por imperativo legal debe favorecer a B…"[65]

Sin embargo, no en pocas ocasiones este proceder se ha aceptado y utilizado como prueba condenatoria, a pesar de que no es un elemento de prueba que haya sido ofrecido y admitido por las reglas respectivas que la normativa procesal ofrece[66].

Ahora bien, cual sería el fundamento jurídico que se utiliza por los tribunales penales para admitirlo? La respuesta no es sino en los equivocados criterios mal llamados jurisprudenciales de la Sala Tercera, la cual –como se viene indicando- confunde el examen de admisión de prueba con el análisis de la valoración probatoria[67].

De vieja data, ya la Sala Tercera venía indicado que "...no existe ningún impedimento legal para que una persona que declara en el debate señale a otra, para especificar a quién se refiere, aún cuando señale a uno de los acusados. Lo anterior puede hacerlo el testigo de propia iniciativa o a requerimiento de una de las partes[68]. Esta indicación o señalamiento, desde el punto de vista probatorio, no puede ser equiparado a un reconocimiento judicial, pues este último debe realizarse siguiendo las reglas señaladas por la defensa, sin embargo nada impide que el

---

65 Tribunal de Apelación de Sentencia Penal. Segundo Circuito Judicial de San José. Goicoechea, a las diez horas cinco minutos, del cinco de abril de dos mil trece. Voto 692-13.

66 Sala Tercera, resolución de las ocho horas con quince minutos del 25 de diciembre del mil novecientos ochenta y seis, voto 221-f-86, Resolución de las nueve horas y treinta y cuatro minutos del trece de enero del dos mil doce, voto 20-12, entre otros.

67 La valoración de la prueba es la actividad de percepción realizada por el juez de los resultados de la actividad probatoria que se realiza en el proceso.

68 Un mínimo análisis de dicha premisa encontraría que no puede ser espontáneo si es por requerimiento por cuanto contradice la misma noción de espontáneo.

juzgador lo valore de conformidad con las reglas de la sana crítica y funde alguna de sus apreciaciones, en virtud del principio de libertad de la prueba..."[69].

Como se puede observar, la confusión es clara en cuanto la admisión de prueba y su proceso de valoración, todavía peor cuando se acepta que éste reconocimiento en sala de juicio pueda ser incluso por requerimiento de partes, o sea realizarlo mediante preguntas de los sujetos del proceso e incluso el juez lo cual más se asemeja más a las ordalías medievales[70] que a un proceso cognoscitivo racional.

Tal vez la frase de Marina Gastón ilustre mejor la función de valoración. Indica la citada autora que dicha acción "es el juicio de aceptabilidad de los resultados producidos por los medios de prueba"[71], con lo cual resulta evidente que la inclusión de prueba mediante el proceso valorativo obviando las reglas de su inclusión no es sino un pensamiento por deseos que transgrede groseramente las reglas del juego, en este caso, la justificación de tales acciones se les puede aplicar adecuadamente el conocimiento popular: el camino al infierno esta lleno de buenas intenciones!

IV. A modo de conclusiones

Como se pueda interpretar, no es algo que se pueda indicar por medio del derecho. No es algo que dependa de su positivización en la norma.

Como se interprete no es algo neutro, depende directamente de la Constitución[72], del cual es el supuesto que se debe construir el derecho y éste se traduce en la norma positiva.

Sin embargo, esto varía según la concepción de derecho que se aplique. Así, una visión normativa sigue la tesis estructural en la cual el derecho serían las normas en general, con una visión jurídica formal, en este caso, el sistema dispositivo propio de los ordenamientos procesales civiles.

Otra alternativa sería el de una concepción sociológica. Mediante ésta el derecho se ve como un tipo particular de estructura institucional, con una visión meramente funcional mediante la cual se cumple unas determinadas funciones sociales y vitales para el ser humano, en la materia penal: Hacer justicia, atrapar a los malos[73].

---

69 Sala Tercera, resolución de las nueves horas con cinco minutos del veinticuatro de julio de mil novecientos noventa y dos. Voto 331-F-92.

70 Cf. Nieva Fenoll, 2010, pág. 41. "En toda la historia nos encontramos de repente con la ordalías…Ya no existe actividad alguna de percepción por parte el juez de los resultados de la actividad probatoria en realidad…"

71 Gascón Abellán 1999, pág. 117.

72 El Poder Judicial sólo está sometido a la Constitución y a la ley, y las resoluciones que dicte en los asuntos de su competencia no le imponen otras responsabilidades que las expresamente señaladas por los preceptos legislativos. Art 154 de la Constitución Política de Costa Rica.

73 Cf. Zamora Acevedo, Acerca del discurso populista punitivo, 2014, pág. 147.

Una última visión sería ver al derecho desde punto de vista valorativo. Esto es algo así como un concepto aspiracional, de ideales. Esto se traduce en el pensamiento del derecho como la expresión de un valor que expresa determinado sistema de valores y concepción de justicia, con lo ello se "exige un esfuerzo creador del juez"[74], adaptándola dicho valor a la situación concreta que la ley no pueda prever. En este enfoque se encasilla las razones institucionales.

Dependiendo de la concepción del derecho que se aplique, así será la manifestación de la interpretación que le convenga. Por ejemplo para la visión normativa se centrará en la validez del derecho; Entendiendo por tal, las normas creadas por el procedimiento establecido en la constitución.

Por su parte, bajo la visión sociológica, interesa la eficacia normativa y por último la visión valorativa se va centrar en la justificación moral de las normas, es decir, el si son o no conformes determinados principios morales o sistemas de valores.

Con vista en lo anterior, se puede deducir que la forma interpretativa de la Sala Tercera y por ende los criterios de admisión de prueba basados en principios y obviando a sus reglas señaladas para la admisión de prueba, es una práctica que se enmarca en la visión valorativa del proceso penal. Sin embargo, esta perspectiva valorativa es una manifestación institucional porque soslaya la aplicación regulada del contexto ya que en los criterios de inclusión de prueba mediante la retórica de los principios de acceso a la justicia y demás derechos asociados a las víctimas, dejan por fuera "otros" principios igualmente válidos y reconocidos por la normativa, doctrina y jurisprudencia, de ahí el calificativo de pensamiento por deseos[75]: Es decir, pretender hacer ver dicha práctica como racional[76].

Empero, aun en los supuestos dados aplicando esta perspectiva carece de solidez lógica dentro del propio sistema penal por cuanto colisionaría con otros principios iguales o superiores- igualmente válidos como serían los principios de Defensa, igualdad de armas y debido proceso en general.

Lo curioso del caso es que la misma normativa brinda las solucione prácticas para los supuestos dados, en el primer caso la normativa procesal establece que la "la víctima directamente ofendida por el hecho tiene el derecho de ser escuchada en juicio, aun si el Ministerio Público no la ofrece como testigo…"[77], lo cual es no dice sea testigo por su condición de víctima, sino que tiene el derecho de audiencia la finalizar el debate, tal como lo indica la misma norma para los actos de clausura del debate: "si esta presente la víctima y desea exponer, se le concederá la palabra, aunque no haya intervenido en el procedimiento"[78].

---

74 Portella, 2011, pág 31.
75 Haba, Entre tecnócratas y wishful thinkers 2010, pág. 242.
76 Infra epígrafe 2.
77 Art .71.3 inciso b. del C.P.P.
78 Art . 358 del C.P.P.

En el segundo supuesto, no se podría admitir realizar nuevamente un acto definitivo e irrepetible mediante un supuesto de valoración, como lo sería mediante la apreciación de las reglas de la sana crítica. Indicar como se puede valorar implicaría la aceptación de ese elemento como prueba aceptada y admitida, lo cual es una contradicción por cuanto no es mediante su valoración probatoria que se admite la prueba sino por las reglas para ello y claramente definidas en la sistemática procesal penal.

El tercer ejemplo, muestra las mismas falencias argumentativas. Las circunstancias por medio de las cuales se puede apreciar una prueba, -siguiendo el sistema de convicción racional- serían mediante la lógica, psicología y experiencia común, e implicaría que dichas pruebas fueron debidamente ofrecidas y admitidas salvo que sea oficiosa su inclusión.

A pesar inclusive que sea oficiosa, el Tribunal debe sustentar bajo que parámetros se admite la prueba por el deber de fundamentación de las resoluciones y si en estos casos simplemente indica que "se procederá a valorar conforme a las reglas de la sana crítica", estará obviando las elementales normas de procedimiento penal.

Como se puede observar, en los tres ejemplos dados y que son muy común en la práctica profesional costarricense, muestran vicios procesales esenciales, alguno que otro motivado incluso por el máximo tribunal penal –Sala Tercera-, o interpretaciones vacías, esto es, las que recurren a argumentos circulares, conceptos jurídicos indeterminados que voluntaria e involuntariamente esconden las más graves arbitrariedades en perjuicio de las personas acusadas en un proceso penal[79].

Se podría contra decir la posición sustentada en los ejemplos, indicando que es simplemente otra visión del proceso, en este caso mediante la noción normativista del derecho y ello conlleva a un formalismo extremo y en consecuencia podría llevar a impunidades y falsos positivos[80].

Sin embargo, tampoco es exacto dicha premisa porque no se esta sustentando un formalismo extremo mediante el cual se deje de lado las otras concepciones del derecho, la posición es simplemente más realista y esto se traduce en que el operador del derecho penal debe respetar la aplicación de la norma, y si la misma debe desaplicarse porque es injusta (visión valorativa) o disfuncional (visión sociológica) debe recurrir a los canales pertinentes para desaplicarla y no simplemente obviar la misma como sucede en la actualidad mostrado con los ejemplos dados.

Por ello, se considera que las motivaciones subyacentes de dichas prácticas están en los defectos propios de las grandes instituciones a las cuales les damos por sentado su benevolencia práctica, verbigracia la administración de justicia, (digno ejemplo de

79 Se podría decir que estos tres ejemplos y su proceder no implica per se, una condenatoria al sujeto acusado, sin embargo, difícilmente se pueden asociar a una actuación conforme a derecho y esto por si mismo si es una arbitrariedad.

80 Zamora Acevedo, La búsqueda de la verdad en el proceso penal, 2014, pág. 175.

su nombre), y reciben el nombre de razones institucionales las cuales, al igual que la presunción de inocencia, el beneficio de la duda y la carga probatoria no responden a "razones epistémicas"[81] sino de índole diverso.

Bibliografía

Atienza, Manuel. *Curso de argumentación Jurídica.* Madrid: Editorial Trotta, 2013.

Ávila, Humberto. *Teoría de los principios.* Translated by Laura Criado Sánchez. Barcelona: Editorial Marcial pons, 2011.

Bonorino, Pablo Raúl. *Dworkin.* Lima: Ara Editores, 2010.

Cruz Parcero, Juan Antonio. «Los métodos para los juristas.» In *Observar la Ley*, by Christian Courtis. Madrid: Editorial Trotta, 2006.

Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio.* Translated by Marta Guastavino. Barcelona: Editorial Ariel, 2012.

etimologías.dechile.net. *Diccionario etimológico.* 26 de enero de 2014. www.etimología.dechile.net.

Ferrer Beltrán, Jordi. *La Libre valoración de la prueba.* Barcelona: Editorial Marcial Pons, 2007.

García Amado, Juan Antonio. «elementos para el análisis de la prueba y del razonamiento probatorio en derecho.» In *Prueba y razonamiento probatorio* , by Juan Antonio García Amado and Pablo Raúl Bonorino. Granada: Editorial Comares, 2014.

Gascón Abellán, Marina. *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba.* Barcelona: Editorial Marcial Pons, 1999.

Haba, Enrique Pedro. «Ciencia Jurídica? Qué Ciencia. El Derecho como una ciencia: una cuestión de métodos.» *Revista de Ciencias Juridicas* (Editorial de la Universidad de Costa Rica), no. 51 (setiembre 1984).

Haba, Enrique Pedro. *Entre tecnócratas y wishful thinkers.* Granada: Editorial Comares, 2010.

Haba, Enrique Pedro. *Metodología (realista) del Derecho. Tomo III. Doce temas claves sobre la metodología jurídica.* San José: Editorial de la Universidad de Costa Rica, 2012.

Hart, Herbert. *El concepto de derecho.* Translated by Genaro Carrió. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot, 2009.

Hernández Marín, Rafael. «El juez, el científico y la búsqueda de la verdad.» In *Prueba y Razonamiento probatorio*, by Juan

81 Laudan, 2013, pág 60.

Antonio García Amado and Pablo Raúl Bonorino. Granada: Editorial Comares, 2014.

Laudan, Larry. *Verdad, error y proceso penal.* Translated by Carmen Vázquez and Edgar Aguilera. Barcelona: Editorial Marcial Pons , 2013.

Llobet Rodríguez, Javier. *Proceso penal comentado.* 5. San José: Editorial Jurídica Continental y Editora Dominza, 2012.

Nieto, Alejandro, and Agustín Gordillo. *Las limitaciones del conocimiento jurídico.* Madrid: Editorial Trotta, 2003.

Nieva Fenoll, Jordi. *La valoración de la prueba.* Barcelona: Editorial Marcial Pons, 2010.

Popper, Karl. *El mito del marco común.* Translated by Marco Aurelio Galmarini. Barcelona: Editorial Paidós, 2005.

Portella, Jorge Guillermo. *Derecho, desobediencia y principios jurídicos.* Lima: Editorial Ara editores, 2011.

Rivera Morales, Rodrigo. *La prueba: Un análisis racional y práctico.* Barcelona: Editorial Marcial Pons, 2011.

Rüthers, Bernd. *Teoría del Derecho. Concepto, validez y aplicación del derecho.* Translated by MInor E. Salas. México DF: Editorial Ubijus, 2009.

Salas, Minor. «Debate sobre la utilidad de la metodología jurídica: Una reconstrucción crítica de las actuales corrientes metodológicas en la teoría del derecho.» *Isonomía. Revista de Teoría y filosofía del Derecho* (Ediciones fontanamara), no. 27 (2007).

Salas, Minor. «Theatrum Horrroris: Nacimiento del derecho penal como espectáculo.» *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal-Casación*, no. 6/7 (2008): 89-115.

Taruffo, Michele. *La prueba.* Translated by Jordi FerrerBertrán and Laura Manríquez. Madrid-Barcelona: Editorial Marcial Pons, 2008.

Wróblewski, Jerzy. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica.* Translated by Arantxa Azurza. Madrid: Editorial Civitas, 2001.

Zamora Acevedo, Miguel. «Acerca del discurso populista punitivo.» *Revista Digital de la maestría en Ciencias penales* (Edición impresa auspiciada por la Vicerrectoría de Investigación de la Universidad de Costa Rica), no. 5 (2014).

Zamora Acevedo, Miguel. «La búsqueda de la verdad en el proceso penal.» *Acta Académica* (Editorial de la Universidad Autónoma de Centroamérica), no. 54 (2014).

Resoluciones citadas.

Sala Constitucional. Resolución de las doce horas con treinta y seis minutos del diez de julio del dos mil nueve. Voto 11099-09.

Sala Constitucional. Resolución de las catorce horas y seis minutos del veintiuno de setiembre del dos mil diez. Voto 15495-10.

Sala Constitucional, resolución de las diez horas y quince minutos del veinticinco de julio del dos mil ocho, voto 11622-08.

Sala Tercera, resolución de las ocho horas con quince minutos del 25 de diciembre del mil novecientos ochenta y seis, voto 221-f-86.

Sala Tercera. Resolución de las nueve horas y treinta y cuatro minutos del trece de enero del dos mil doce, voto 20-12.

Sala Tercera. Resolución de las catorce horas y dieciocho minutos del veinte de mayo del dos mil once. Voto 602-11.

Sala Tercera, resolución de las nueves horas con cinco minutos del veinticuatro de julio de mil novecientos noventa y dos. Voto 331-F-92.

Tribunal de Apelación de Sentencia Penal. Segundo Circuito Judicial de San José. Goicoechea, a las diez horas cinco minutos, del cinco de abril de dos mil trece. Voto 692-13.

MARCO JURÍDICO PARA LA PREVENCIÓN DE LA CONTAMINACIÓN ATMOSFÉRICA

Lic.Raúl Guevara Villalobos[1]

Asesor Parlamentario, Profesor de Historia del Derecho, Universidad Escuela Libre de Derecho

RESUMEN

Costa Rica carece de un marco jurídico para la prevención de contaminación atmosférica. Los informes de monitoreo realizados en el marco del Plan Nacional para la mejora de la calidad del aire en la Gran Área Metropolitana han permitido evidenciar que ciertas medidas tomadas han surtido un efecto positivo en la reducción de las concentraciones de contaminantes criterio en los sitios de muestreo, no obstante, sigue habiendo problemas con algunos de ellos, y se ha evidenciado un fenómeno de acidificación sin evidenciarse con claridad su causa. La legislación costarricense cuenta con algunas reglamentaciones para las emisiones de cierto tipo de sistemas de combustión, que regulan el contenido de contaminantes en ciertos combustibles, cuentan con algunos incentivos a tecnologías que generan menos o evitan las emisiones al aire, y con un impuesto a combustibles contaminantes. No obstante, no existe un marco regulatorio que abarque transversalmente todos los sectores involucrados, ni establece competencias claras a los órganos y entes estatales, ni metas de cumplimiento, ni obligaciones de rendición de cuentas, por lo que resulta evidente y necesario contar con una regulación general que englobe a diferentes sectores (transporte, infraestructura, energía, ambiente y salud) e integre medidas de combate a la contaminación atmosférica y de reducción de gases efecto invernadero, mitigación y adaptación al cambio climático, con la estrategia de competitividad país. Esto se traduce además en reglamentaciones que se han ido adoptando casuísticamente, y que no regulan fenómenos económico-sociales que resultan de importancia para el combate de la contaminación atmosférica y la reducción de los gases efecto invernadero.

ABSTRACT

Costa Rica lacks a regulatory system for the prevention of atmospheric pollution and mitigation of climate change. The monitoring reports held within the National Plan for the improvement of air quality within the Great

1 Ponencia presentada en el Congreso Nacional de Derecho Ambiental celebrado en el Colegio de Abogados, el 20 de Noviembre 2013.

Metropolitan Area have evidenced that certain measures have had a positive effect on the reduction of criteria pollutants at the sites were the samples were taken. However, some problems remain concerning some criteria pollutants, and there is evidence of an acidification phenomenon without clear evidence of its cause. Costa Rican legislation counts with some regulations on emissions of certain types of combustion systems, which regulate the amount of pollutants in certain fuels, counts with some incentives for technologies which generate less or avoid emissions into the air, and with a tax on polluting fuels. Nevertheless, there is no regulatory system covering transversally all of the involved sectors, nor establishing clear attributions for the state organs and entities, nor objectives, nor obligations of accountability, evidencing the need to count with a general regulation which includes different sectors (transportation, infrastructure, energy, environment and health) and which integrates measures to confront atmospheric pollution and reduction of greenhouse gases, mitigation and adaptation to climate change, with the country's strategy on competitiveness. This has also lead to the implementation of regulations which have been adopted on a case-by-case basis, and which do not deal with economic and social phenomena which are of importance to confront atmospheric pollution and the reduction of greenhouse gases.

1. Antecedentes del problema

1. Evidencia de contaminación atmosférica

En los últimos años hemos presenciado un aumento en la concentración de diferentes contaminantes en diversos elementos del ambiente[2]. Muchas de las propuestas de marcos normativos por sector ambiental, principalmente a partir de mediados de la década de 1990, han girado en torno al recurso hídrico, al manejo de los residuos y de los suelos. En el primer caso desde el año 2000, se ha venido discutiendo la necesidad de un nuevo marco normativo que regule el recurso hídrico, sin que a la fecha haya sido posible contar con un nuevo marco normativo hídrico que se ajuste a la Costa Rica actual. En materia de residuos, el proceso de discusión culminó con un marco normativo para los residuos, mientras que en materia de suelos igualmente se cuenta con un marco normativo para la conservación del suelo.

No obstante, a pesar de la evidencia existente sobre las concentraciones de contaminantes en al aire de la Gran Área Metropolitana y de las acciones para reducirlos[3], así como de las iniciativas para reducir los gases efecto invernadero en el país[4], poco se ha hablado

2 Crf. Informes de Calidad del Aire de la Gran Área Metropolitana. Consultados en línea el 6 de octubre del 2013: http://www.digeca.go.cr/aire/aire_descargas.html

3 Cfr. Herrera Jorge. Decimoséptimo informe sobre el estado de la Nación en desarrollo humano sostenible. Tendencias de la contaminación del aire y agua superficial del Gran Área Metropolitana de Costa Rica: 2006-2010. San José Costa Rica, 2011.

4 Cfr. Ministerio de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones. Estrategia nacional de cambio climático. Primera edición. Editorial Calderón y Alvarado S.A. San José Costa Rica, 2009.

de establecer un marco normativo para el "aire".

Es en la primer década de este siglo que el tema ha adquirido especial relevancia desde el punto de vista normativo. En el 2002 se emitió el Reglamento sobre inmisión de contaminantes atmosféricos, Decreto Ejecutivo Núm. 30222-S-MINAE[5], y el Reglamento sobre emisión de contaminantes atmosféricos provenientes de calderas, que reformó el Reglamento a la Ley de uso racional de la energía que establecía algunos límites a las emisiones de ciertos contaminantes provenientes de calderas.

Igualmente se empezaron a adoptar algunas acciones específicas como el Proyecto Aire Limpio San José[6], el Plan Nacional para mejorar la calidad del aire del Gran Área Metropolitana, se estableció una red de monitoreo de contaminantes atmosféricos en diferentes puntos del país[7], a finales del 2000 se logró contar con el primer inventario de emisiones[8], y la revisión vehicular ha permitido mejorar la eficiencia en la combustión de la flotilla vehicular aunado de la mejora de la calidad del combustible distribuido por RECOPE, entre otras acciones.

Los contaminantes atmosféricos más importantes que se monitorean comúnmente son: SO_2, CO, PST, PM_{10} NO_x, aniones y metales pesados en PM_{10}. Son conocidos como contaminantes criterio (Herrera J., 2007), y la normativa de muchos países del mundo los utilizan como indicadores.

Al comparar estas mediciones con las normas nacionales e internacionales se puede determinar si la calidad del aire es satisfactoria o no, y en este último caso establecer programas de control según la severidad del problema. El monitoreo constante permite crear un registro histórico y determinar las posibilidades de deterioro creciente o mejoría paulatina para cada uno de los contaminantes.

En los países desarrollados los límites que se establecen para cada contaminante se basan en los análisis exhaustivos de la información existente sobre estudios epidemiológicos, toxicológicos y de exposición tanto en animales como en seres humanos. Estos análisis permiten modelar a partir de qué nivel de contaminación se causa un impacto en la salud de una población, y así establecer controles a la calidad de los combustibles y a las emisiones. En Costa Rica son escasos los estudios de este tipo[9].

---

5 Este Reglamento fue modificado por el actual Decreto Ejecutivo Núm. 36551-S-MINAET-MTSS.

6 Decreto Ejecutivo Núm. 31849-RE, publicado en La Gaceta del 21 de junio del 2004.

7 La primer red de monitoreo fue instalada por la Universidad Nacional en 1993, con el apoyo de Swisscontact. En ese momento se establecieron 6 puntos de muestreo. La información generada de los muestreos y análisis efectuados sirvió de motivación técnica para el Decreto Ejecutivo Núm. 30222-S-MINAE.

8 Herrera Jorge. Inventario de emisiones de contaminantes criterio del aire. En línea http://www.digeca.go.cr/documentos/aire/INVENTARIO%20DE%20EMISIONES%20DE%20COSTA%20RICA%20FINAL.pdf. Consultado el 6 de octubre del 2013.

9 El primer estudio fue realizado en 1996: Santos –Burgoa C. Evaluación Inicial del Impacto en Salud de la Contaminación Atmosférica. Desarrollo Urbano y Contaminación. Informe sometido al Banco Mundial, 1997. San José Costa Rica. Un segundo estudio se realizó en el año 2005 como parte del proyecto Aire Limpio: ALLEN, Patricia et al. Costos en salud por la contaminación del aire. Ministerio de Salud, 2005 San José Costa Rica.

El último inventario de gases efecto invernadero para Costa Rica (Herrera J. 2007) indica que entre 1991 y el 2007 hubo un incremento del CO_2 del 3.8%[9], esto como producto del uso de combustibles fósiles en el sector transporte, las emisiones de metano producto de la ganadería, y el uso intensivo de agroquímicos en las actividades agrícolas (Pratt L. Et al, 2010). En el sector energético, el mayor problema lo representa el sector transporte con poco más del 65% de las emisiones de gases efecto invernadero, secundado por la industria con más del 15%. Las emisiones de gases efecto invernadero en el país por el uso de combustibles fósiles se ha triplicado en las últimas tres décadas y bajo los patrones de consumo del 2009, aumentarían considerablemente para el 2021 y 2031 (Pratt L. et al, 2010).

2. *Antecedentes en materia de planificación para la calidad del aire*

En la actualidad, diferentes órganos gubernamentales cuentan con competencias para ejercer la planificación de diferentes sectores e industrias que tienen efectos en la calidad del aire. Es importante destacar que existen acciones concretas que combaten la contaminación del aire en el país, que han sido llevadas a cabo mediante la debida coordinación entre diferentes entes y órganos estatales, como es el caso del ya comentado Proyecto Aire Limpio, en la red de monitoreo de la calidad el aire del Gran Área Metropolitana y en la ejecución de la Estrategia de Cambio Climático, entre otros.

a. Ministerio del Ambiente, Energía y Mares. Este Ministerio cuenta con dos instrumentos de planificación en los cuales se han incorporado acciones estratégicas, objetivos y acciones que tienen incidencia en la calidad del aire:

(i) El V Plan Nacional de Energía 2008-2021 (DSE, 2008) establece la posibilidad de explorar combustibles para el transporte automotriz que sean menos contaminantes, como el caso del biodiesel, y el etanol. Igualmente, establece el objeto de la C Neutralidad para el 2021 por medio de "*poder fijar y secuestrar más carbono…así como que la matriz energética sea cada vez más limpia… Si no se realiza ninguna acción alternativa a la de suplir la demanda en forma oportuna con las actuales tecnologías y fuentes energéticas se estaría incrementando las tasas de emisiones de CO_2…*" (DSE, 2008, p.19). El plan propone la reducción a partir del 2010 del consumo total energético de tal manera que se logre una reducción de un 2,9% al 2020 respecto a la línea base, y una disminución de las emisiones de CO_2 de 0,8%. Promueve entre las meta el desarrollo del GLP, explotación de nuevas fuentes renovables (biocombustibles para incrementar la potencia instalada y del transporte, y complementar la generación eléctrica con fuentes renovables con la introducción de tecnología de autoproducción (DSE, 2008, p.38, 46). El mejoramiento del combustible no se menciona como meta, pero está implícito en la meta de contar con una nueva Refinería (DSE, 2008, p. 39).

Este plan contiene objetivos estratégicos y específicos en materia de cambio climático que impactan en la calidad del ambiente (DSE, 2008, pp. 46 y 47). Se establece como una meta establecer "*parámetros de emisiones de gases*

efecto invernadero en conjunto con las industrias y otros sectores, de modo que el país lidere los esfuerzos en la Región en cuanto a combate del calentamiento global". Igualmente, establecer "*programas con valores porcentuales de reducción de emisiones contaminantes sectoriales y uno de carácter nacional a fin de ir mitigando el efecto sobre el cambio climático…*".

En materia impositiva, se establece una revisión de la estructura tributaria que recae sobre los combustibles de manera que favorezca a los derivados menos contaminantes, así como aranceles de los vehículos.

(ii) Estrategia Nacional de Cambio Climático (MINAE, 2009). En esta estrategia se propone la creación de la Dirección Nacional de Cambio Climático e incorporar la agenda de cambio climático en el Plan Nacional de Desarrollo. Consiste en un conjunto estratégico de objetivos y acciones para conseguir la meta de la carbono neutralidad para el 2021. Los sub ejes son: reducción de emisiones de gases efecto invernadero por fuentes, captura y almacenamiento de CO_2, desarrollo de mercados de carbono, adaptación. Adicionalmente, la estrategia ha sido incorporada en la estrategia de competitividad del país.

Como parte de este planeamiento estratégico la Estrategia cuenta con un Plan de Acción, que es una hoja de ruta de planificación multisectorial que abarca recurso hídrico, energía (subsector eléctrico e hidrocarburos), transporte y agropecuaria. Adicionalmente, se han dado algunos avances como la creación del mercado voluntario de carbono[10] (que a la fecha de presentación de esta ponencia no había sido publicado en el periódico oficial La Gaceta), el NAMA para el sector cafetalero[11], los avances en el NAMA para transporte público[12], la metodología para acreditarse carbono neutral mediante acuerdo 36-MINAET-2012.

b. Ministerio de Salud. A pesar de que es uno de los órganos llamados a efectuar una debida planificación para garantizar la calidad del aire, no existe un plan con acciones estratégicas y objetivos claros para esos efectos. En el 2008 el Ministerio de Salud, el Ministerio de Obras Públicas y Transportes, el Ministerio de Ambiente Energía y Telecomunicaciones, y la Universidad Nacional, lanzaron el Programa para Mejorar la Calidad del Aire Del Gran Área Metropolitana de Costa Rica[13]. Este plan se ha venido ejecutando exitosamente en el Gran Área Metropolitana, y ha permitido generar datos de gran relevancia para la toma de decisiones administrativas, como

10 Cfr. Dirección Sectorial de Energía (DSE) del Ministerio de Ambiente y Energía. V Plan Nacional 2008-2021. En línea http://www.dse.go.cr/es/03Publicaciones/01PoliticaEnerg/VplanNacionalEnergia.pdf. Consultado el 6 de octubre del 2013.

11 Cfr http://www.cambioclimaticocr.com/actualidad/actualidad/52-presidenta-chinchilla-lanza-primer-mercado-domestico-de-carbono.

12 Cfr. Zamora Luis. NAMA Coffee of Costa Rica. En línea http://ccap.org/assets/CostaRica.Zamora.NAMACoffee.pdf. Consultado el 6 de octubre del 2012. San José, Costa Rica 2013.

13 Cfr. Dirección de cambio climático del Ministerio de Ambiente y Energía. Rumbo a la carbono neutralidad en el transporte público de Costa Rica. Modalidad: taxis y autobuses. En línea: http://www.cambioclimaticocr.com/biblioteca-virtual/cat_view/2-publicaciones-sobre-cambio-climatico?limitstart=0. Consultado el 6 de octubre del 2013. San José Costa Rica, 2012.

para otras de carácter normativo. Según informa el Primer Informe de Calidad del Aire del Área Metropolitana (Herrera J. et al, 2008, p. 52)[14], ese mismo año el MOPT incorporó la variable ambiental en la planificación del transporte. Como parte de este programa, se creó una comisión de trabajo interinstitucional cuyo objetivo es coordinar los esfuerzos en el país en materia de gestión de la calidad del aire, que permitió la elaboración del inventario de emisiones de Costa Rica, la instalación de nuevas estaciones de monitoreo de partículas PM_{10}, así como de $PM_{2,5}$.

c. Ministerio de Obras Públicas y Transportes.

(i) El Plan Nacional de Transporte[15] señala claramente los efectos ambientales del tránsito vial en cuanto a ruido y emisiones, y los efectos limitados de la revisión técnica vehicular (MOPT, 2010, p.15). El colapso de la infraestructura para el transporte de pasajeros y carga es evidente. El plan propone una redefinición de la logística del transporte en Costa Rica, con mejoramiento del sistema de transporte de pasajeros, carga, ferrocarril, marítimo, y aéreo (MOPT, 2010, p.56 y siguientes). Después del Plan Nacional del 2010 se han desarrollado otros diagnósticos[16].

(ii) NAMA para transporte público (Dirección de Cambio Climático, 2012). Como parte de las medidas que se están tomando en materia de combate al cambio climático el Ministerio de Ambiente y Energía y el Ministerio de Obras Públicas y Transportes están desarrollando un NAMA para el sector de taxis y autobuses. Entre las medias que se pretenden tomar están (i) la modernización del sistema de autobuses (diseño del modelo global del sistema de transporte por autobús, infraestructura metropolitana para sistema de transporte público, ordenamiento de áreas de parqueo), (ii) incorporar otras modalidades de transporte (transporte no motorizado, ordenamiento del servicio de taxis, sistema ferroviario metropolitano, limitación al uso del transporte privado y su uso eficiente, transporte de carga); (iii) tecnologías bajas en emisiones contaminantes y gases efecto invernadero; (iv) incorporación del criterio de adaptación al cambio climático; (v) gestión de riesgos ante eventos extremos; marco legal para ordenamiento del transporte terrestre; entre otros.

---

14 Ministerio del Ambiente, Energía y Telecomunicaciones, Ministerio de Obras Públicas y Transportes, Ministerio de Salud, Universidad Nacional de Costa Rica. Programa para mejorar la calidad del aire en la Gran Área Metropolitana de Costa Rica. En línea: http://www.digeca.go.cr/documentos/aire/PLAN%20MEJORAR%20CALIDAD%20AIRE%20GAM%20FINAL.pdf. San José Costa Rica, 2008.

15 Herrera Jorge, Rodríguez Susana, Rojas José Félix. Primer informe de la calidad del aire del Área Metropolitana de Costa Rica: 2008. En línea; http://www.digeca.go.cr/documentos/aire/PRIMER%20INFORME%20CALIDAD%20DEL%20AIRE%20GAM%20FINAL.pdf. Consultado el 6 de octubre del 2013. San José Costa Rica, 2008.

16 Ministerio de Obras Públicas y Transportes. Plan Nacional de Transportes de Costa Rica 2011-2035. Segundo Informe Parcial Diagnóstico Preliminar. Propuesta de acciones inmediatas. En línea: http://www.mopt.go.cr/planificacion/plannacionaltrans/DOCUMENTOS/Segundo%20Informe%20PNT.pdf. Consultado el 6 de octubre del 2013. San José Costa Rica, 2010.

3. Antecedentes Normativos

El ordenamiento jurídico costarricense del aire (se excluye adrede instrumentos de derecho internacional) está compuestos por diferentes normas que pueden ser clasificadas en:

a. Normas generales.

(i) Ley Orgánica del Ambiente (LOA). En su artículo 49 establece el derecho de toda persona de contar con un mínimo de calidad de aire, y la obligación de que se cumplan con los niveles permisibles fijados en las normas reglamentarias. Igualmente establece la obligación de controlar las emisiones directas o indirectas, visibles o invisibles, de contaminantes atmosféricos. Igualmente se establece la obligación del Estado de controlar la contaminación atmosférica, para lo cual el Poder Ejecutivo debe emitir las normas técnicas de control (artículos 60, 62, 63).

b. Normativa para el control de emisiones de fuentes fijas.

(i) Ley General de Salud (LGS). El artículo 294 establece la obligación del Ministerio de Salud (MS) de definir los contaminantes y concentraciones permisibles en el aire. Igualmente se establece la obligación de toda persona de controlar sus emisiones (295,296 y 297). Adicionalmente, existen otros artículos relacionados con la contaminación atmosférica derivada de un mal manejo de los residuos.

(ii) Ley de Uso Racional de la Energía. Establece en su artículo 38 una lista de productos eficientes energéticamente, que promueven el uso de energías alternas a las generadas utilizando combustibles fósiles. Su reglamento, Decreto Ejecutivo Núm. 25584-MINAE-H-M-P, establece programas de racionalización y eficiencia energética en empresas cuyo índice supere el índice energético regulatorio. Se calcula tanto el consumo de electricidad como derivados de petróleo.

(iii) Reglamento sobre emisión de contaminantes atmosféricos provenientes de calderas y hornos de tipo indirecto (Decreto Ejecutivo Núm. 36551-S-MINAET-MTSS.) Establece valores máximos de emisión para los establecimientos que operen con calderas y hornos de tipo indirecto, así como los sistemas de control, monitoreo, métodos de análisis y de muestreo y periodos de medición.

(iv) Reglamento de Construcción. Establece en el Capítulo XIV sobre expendio de alimentos, la obligación de todo sitio donde haya olores, humos y calor excesivo, de contar con un sistema de extracción. No se regula parámetros de diseño. También contiene algunas regulaciones sobre requisitos de diseño de las chimeneas de aparatos de combustión.

c. Control de emisiones de fuentes móviles.

(i) Ley de Tránsito por Vías Públicas Terrestres. Establece límites de emisión de gases, humos y partículas y la obligación de todo vehículo importado a partir de 1995 de contar con un sistema de control de emisiones de circulación cerrada (artículos 34, 35, 36 y 37). Igualmente, establece la obligación de

la mayoría de vehículos de someterse a una revisión vehicular en donde se verifica el cumplimiento de los límites de emisiones.

(ii) Ley de Uso Racional de la Energía. Establece la obligación del MINAE de establece límites permisibles de emisión de gases y partículas cuando no estén especificados en la LT o en las reglamentaciones a esa Ley (artículo 27).

(iii) En materia de control de emisiones provenientes de vehículos Reglamento para el Control y Revisión Técnica de las Emisiones de Gases Contaminantes Producidas por Vehículos Automotores, Decreto Ejecutivo Núm. 28280-MOPT-MINAE-S.

d. Normativa para control de emisiones y que regula el tipo de combustible.

(i) Reglamento de requisitos, condiciones y controles para la utilización de combustibles alternos en los hornos cementeros, Decreto Ejecutivo Núm. 31937-S. Establece límites de emisión de ciertos contaminantes, así como sistemas de control, monitoreo, métodos de análisis y de muestreo, y periodos de medición, cuando se utilice ciertos residuos como combustible alterno en hornos cementeros.

e. Normas que regulan la calidad de los combustibles

(ii) El Decreto Ejecutivo Núm. 36372-MINAET establece como contenido máximo de azufre en el diesel, 0,005% m/m. En el caso del diesel para generación térmica, el contenido máximo de azufre es de 1 m/m.

(iii) El Decreto Ejecutivo Núm. 33664, que pone en vigencia la Resolución Núm. 187-2006 (COMIECO XL): Reglamento Técnico Centroamericano RTCA 75.02.17:06 para diesel que se usa en vehículos y generación térmica.

(iv) Decreto Ejecutivo Núm. 32813, que pone en vigencia la resolución Núm. 142.20005 (COMIECO XXXII) sobre calidad de varios productos derivados de petróleo.

(v) Decreto Ejecutivo Núm. 33428 que aprueba la resolución 169-2006 (COMIECO XLIX) sobre reglamentos técnicos centroamericanos para productos de petróleo. Gasolina Regular, Recipientes a Presión. Cilindros Portátiles para contener GLP, y Cilindros Portátiles para contener Gas Licuado de Petróleo.

(vi) Decreto Ejecutivo Núm. 34128-COMEX-MEIC-MINAE, que regula la calidad del biodiesel.

(vii) Reglamento de biocombustibles, Decreto Ejecutivo Núm.35091-MAG-MINAET, que regula el manejo de los combustibles y se refiere a algunas normas de calidad que deben tener diferentes combustibles como el biodiesel (Decreto Ejecutivo Núm. 34128-COMEX-MEIC-MINAE), y el etanol (Reglamento Centroamericano para Etanol Carburante Anhidro, RTCA 75.02.46:07), y la prohibición de que las mezclas de combustibles contengan Metil Terbutil Eter (MTBE).

f. Normativa para determinar la calidad del aire.

Reglamento sobre inmisión de contaminantes atmosféricos, Decreto Ejecutivo Núm. 30221-S. Establece los niveles máximos de inmisiones, los métodos de muestreo y de análisis, los criterios de representatividad de los datos, y las medidas preventivas que puede adoptar el Ministerio de Salud en caso de que las concentraciones de contaminantes sobrepasen los límites máximos de inmisión.

g. Normativa relacionada con la diminución de gases efecto invernadero.

Normas para la reducción y compensación de gases efecto invernadero. Como se ha comentado, existen gran cantidad de iniciativas en el marco del Convenio de la Naciones Unidas sobre Cambio Climático y su Protocolo de Kyoto, que tienen un efecto directo en la reducción de las emisiones al aire y en su absorción. No obstante, desde el punto de vista normativo, recientemente se oficializó la Norma INTE-12-01-06:2011 "Sistema de gestión para demostrar la carbono neutralidad" mediante el Acuerdo 36-2012-MINAET, el cual además estableció los reportes de inventario de emisiones de gases efecto invernadero y la declaración de carbono neutralidad. Igualmente, el 23 de setiembre la Presidenta de la República firmó un Decreto Ejecutivo que crea el mercado de carbono en Costa Rica, a partir del informe MDVCCR[17]. Omitimos referencia alguna a otras normas que permiten la captación de gases efecto invernadero como la Ley Forestal, los decretos sobre los programas de servicios ambientales, los NAMA's entre otros, por estar asociados a mecanismos de compensación, y no de control de las emisiones.

h. Normas de índole tributario.

Existen otras regulaciones de tipo tributario con el objetivo de contribuir a la reducción de emisiones. Es el caso del impuesto al combustible creado mediante Ley Núm. 8114, y los incentivos fiscales a vehículos híbridos y eléctricos (Decreto Ejecutivo Núm. 33096-H-MINAE-MOPT).

i. Regulaciones del ruido.

Existen otras reglamentaciones en materia de ruido que no serán objeto de análisis en esta ponencia, pero que no se pueden dejar de lado por ser parte de las normas que buscan controlar la contaminación atmosférica. Tal es el caso del Reglamento para el Control de la Contaminación por Ruido, Decreto Ejecutivo Núm. 28718-S, Reglamento para el Control de Ruidos y Vibraciones, Decreto Ejecutivo Núm. 10441-TSS, Procedimiento para la medición de ruido, Decreto Ejecutivo Núm. 32392-S, y el Reglamento de Higiene Industrial, Decreto Ejecutivo Núm. 11492-SPPS.

17 Ministerio de Obras Públicas y Transportes. Plan Nacional de Transportes de Costa Rica Transporte Público. Diagnóstico complementario: El sistema de autobuses y el uso del espacio público urbano. En línea: http://www.mopt.go.cr/planificacion/plannacionaltrans/VOLUMEN%202.%20Modos%20de%20Transporte/Autobuses-espacio-p%C3%BAblico.pdf. Consultado el 6 de octubre del 2013. San José Costa Rica, 2011.

Igualmente, en materia de radiaciones está el Reglamento sobre la Protección contra las Radiaciones Ionizantes.

II. Problema normativo existente

Costa Rica carece de un marco normativo que asegure una adecuada planificación para la calidad del aire, y que permita el desarrollo de instrumentos normativos de menor jerarquía que atiendan los principales fenómenos socioeconómicos que inciden en el deterioro de la calidad del aire.

Por su parte, la planificación realizada hasta el 2009 se ha centrado en el Gran Área Metropolitana. No obstante, a pesar de no contar con un marco jurídico adecuado, se ha hecho una planificación estratégica multisectorial y nacional con el fin de mitigar los gases efecto invernadero, con acciones concretas de relevancia que tienen incidencia directa en la mejora de la calidad del aire

No obstante, como se dirá, existen algunos vacíos propios de la carencia de una legislación adecuada, que superándolos, permitirían alcanzar los objetivos planteados en los diferentes planes, así como asegurar un aire adecuado para las personas.

1. Deficiencias normativas

(i) Marco normativo.

Es evidente que el país tiene que trabajar en una propuesta de marco normativo en materia de aire.

En la actualidad no existen obligaciones claras, aunque pueden desprenderse de la normativa ambiental general y de los principios generales, respecto a:

- Lineamientos generales para la planificación estratégica multisectorial.

- Lineamientos para establecer estándares de calidad de los combustibles. Nuestra legislación es omisa en establecer medidas que regulen de manera general la calidad del combustible que se importan, o del que se pueda producir en el país.

- Lineamientos generales para el control de emisiones. La normativa existente se enfoca en el control en chimenea en el caso de las fuentes fijas, o en el escape en el caso de las fuentes móviles.

- Lineamientos generales y distribución de competencias. Actualmente no existe claridad respecto a las competencias de los órganos y principalmente en cuanto a la necesaria coordinación que debe existir. Esto es de vital importancia para que cada órgano planifique sus acciones en esta materia, y para le rendición de cuentas.

- Medidas de mercado. Tampoco existe un marco jurídico que ordene las medidas de mercado que se pueden establecer, incentivos fiscales para la producción, importación o distribución de combustibles menos contaminantes que los fósiles, o la creación de desincentivos fiscales por el uso de tecnologías o combustibles contaminantes. Esto último es de especial importancia en una ley por ser reserva legal.

(i) Normas reglamentarias.

Debido a la falta de un marco jurídico adecuado, la reglamentación existente se ha ido desarrollando de manera casuística, lo que ha generado las siguientes situaciones:

- La normativa de control de emisiones que ha ido emitiendo el Poder Ejecutivo no regula todas las fuentes de emisiones fijas. El Reglamento sobre emisión de contaminantes atmosféricos provenientes de calderas y hornos de tipo indirecto, como lo indica el título, solo regula a las calderas y a los hornos de tipo indirecto. No obstante, en la industria se usan también hornos de tipo directo que quedan excluidos por este Reglamento. Por otro lado, sigue sin existir una regulación para incineradores[18], así como para extractores, esta última cada vez más importantes con las edificaciones verticales.

- Existe una única regulación que establece controles en las emisiones y regula el tipo de combustible que se puede utilizar (controles en fuente) así como características físico químicas para efectuar un adecuado control en la fuente: el Reglamento de requisitos, condiciones y controles para la utilización de combustibles alternos en los hornos cementeros. No obstante este Reglamento solo aplica a los hornos cementeros que utilicen algunos combustibles alternos, tales como llantas, cierto tipo de plásticos, entre otros. No obstante, no está regulado en el país el uso de biomasa, ni tampoco el uso de combustibles alternos en otros sistemas de combustión que no sean hornos cementeros y que por lo tanto pueden resultar más contaminantes por ser sistemas de combustión menos eficientes. Esto es de gran relevancia ya que entre las causas que se indican en el Informe de Monitoreo del 2011[19] para la presencia de $PM_{2,5}$ en el aire, se encuentran los combustibles residuales, situación que se mantuvo para el 2012.

- No existe normativa que trate de alguna manera las fuentes difusas de emisiones. Esto es de especial relevancia en materia de combate de cambio climático, en donde gran cantidad de las emisiones de gases efecto invernadero se dan en agricultura y en el manejo de residuos (Pratt L. et al, 2010, p. 12, 34, 35).

- A pesar de que tanto el Plan de Energía, el de Cambio Climático, como el de Transporte han detectado e incorporado acciones claves para disminuir la contaminación de fuentes móviles, no existen incentivos para la producción de nuevos combustibles, y menos aún para ejecutar algunos de los proyectos públicos o privados de reestructuración del sistema de transporte en Costa Rica.

- La normativa de inmisiones no regula los PM2,5 ni contiene valores para metales pesados, salvo el plomo.

---

18 Cfr. Salgado Luis, Dumas Mathiu, Feoli Marianela, Cedeño Marianela. Informe Mercado Doméstico Voluntario de Carbono de Costa Rica. Un instrumento hacia la C- Neutralidad (MDVCCR). En línea: http://www.cambioclimaticocr.com/biblioteca-virtual/cat_view/2-publicaciones-sobre-cambio-climatico?limitstart=0. Consultado el 6 de octubre del 2013. San José Costa Rica, 2013.

19 Exista una propuesta de regular incineradores sin que al momento haya salido a consulta pública.

Adicionalmente, el Reglamento sobre inmisión de contaminantes atmosféricos, contiene un valor de PM_{10} mucho más alto que el recomendado por la Organización Mundial de la Salud, según lo ha advertido insistentemente en los Informes de Monitoreo de calidad de aire en el Gran Área Metropolitana (Herrera J, 2011).

- El Decreto Ejecutivo número 28280-MOPT no ha sido actualizado a pesar de contar con más de trece años de existir. Los intentos de revisión y actualización realizados por el MOPT y el MINAE no han generado una actualización de los parámetros y sus valores.

- Adicionalmente a las reglamentaciones mencionadas en los antecedentes normativos, no existen disposiciones que regulen parámetros y límites máximos de contaminantes en todos los combustibles usados en el país. Existe una propuesta de reglamento liderada por el Ministerio de Salud que aún no ha salido a consulta pública.

2. Deficiencia en planificación

La planificación en materia de cambio climático ha venido a solventar mucha de la deuda que hasta la fecha tenía el país en materia de prevención de la contaminación atmosférica, pues precisamente en mi criterio, reúne algunos elementos que debe tener la planificación ambiental: se incorpora a la estrategia de competitividad del país, es multisectorial ya que abarca sectores como energía, transporte, agricultura, hídrico, industria-comercio, residencia.
No obstante, la planificación realizada a la fecha en materia de cambio climático, ha dejado por fuera algunos objetivos y acciones que consideramos son esenciales en la planificación para la calidad del aire: sistema de red de monitoreo nacional, al menos en los principales centros poblacionales o industriales del país, incorporación de estudios epidemiológicos, sistema para levantamiento de inventario de fuentes de emisiones, entre otros.

III. Necesidad de mejoras a la normativa para asegurar una adecuada prevención de la contaminación atmosférica

1. Normativa general

La Ley Orgánica del Ambiente establece obligaciones de carácter muy general en materia de contaminación atmosférica y calidad de aire que deben ser complementadas, o bien, deben ser ampliadas en otro marco normativo general. Para la definición de este nuevo marco normativo es claro que se requiere un proceso de discusión nacional. Con el fin de contribuir a esa discusión, la Ley y su reglamento que constituirían el marco normativo deberían abarcar los siguientes temas:

(i) Definición de las fuentes de contaminación. Deben incluirse todas las actividades potencialmente contaminantes de la atmósfera independientemente del tipo de combustibles que se usan. Posteriormente, un decreto ejecutivo deberá desarrollar el listado de actividades, similar a como está en el Reglamento de Procedimientos de Evaluación de Impacto Ambiental o el

Reglamento para el Otorgamiento de Permisos Sanitarios de Funcionamiento del Ministerio de Salud.

(ii) Principios rectores. Además de los ya reconocidos en el ordenamiento jurídico ambiental, es indispensable incluir la necesidad de incluir la cooperación y colaboración interadministrativa, en el ordenamiento territorial, y de promoción y difusión de maneras efectivas para el desarrollo, aplicación y difusión de tecnologías para la prevención de la contaminación; transversalidad e intersectorialidad.

(iii) Competencias de la Administración Pública. De vital importancia es definir la rectoría en esta materia, y más aún, las funciones que dentro del marco jurídico de competencias administrativas actuales tendrá cada órgano, así como la indispensable coordinación. Es posible que una manera de asegurar la debida coordinación entre los órganos de tal manera que se logre un único instrumento de planificación con objetivos, metas, e indicadores únicos y claros, así como un adecuado seguimiento, bajo la estructura administrativa actual, será mediante la conformación de un órgano o comisión compuesta por los diferentes órganos e instituciones con competencias.

(iv) Obligaciones de quienes realicen emisiones desde fuentes puntuales. Controles en la fuente según el tipo de combustible y sistema de combustión, controles en chimenea, mecanismos de mitigación, corrección y sanción. Permisos, registros, mecanismos de seguimiento y control.

(v) Obligaciones de quienes realicen emisiones de fuentes difusas. Formas de determinación de emisiones, mecanismos de control, mitigación, corrección, y sanción.

(vi) Intersectorialidad. Instrumentos de integración de la regulación en materia de cambio climático, energía, transporte, y salud.

(vii) Evaluación y gestión de la calidad del aire. Definir los contaminantes atmosféricos de análisis obligatorio, y programa gradual para analizar otros contaminantes atmosféricos.

(viii) Obligación de los órganos competentes de (i) actualizar los valores y parámetros que se monitorean y controlan; (ii) posibilidad de los órganos competentes de tomar cierto tipo de medidas generales si se exceden cierto límite en ciertos contaminantes en regiones del país; (iii) de evaluar la calidad del aire conforme a la reglamentación de inmisiones; (iv) de crear, mantener, ampliar, dar adecuado seguimiento a la red de monitoreo de contaminantes atmosféricos; (v) definir la metodología de muestreo y análisis, la cantidad de muestras, su periodo, y presentar reportes semestrales de calidad de aire de los sitios que se defina reglamentariamente; (vi) establecer los objetivos de calidad de aire y las medidas para su cumplimiento; y (vii) facultades de definición de indicadores ambientales y periodicidad de su revisión.

(ix) En la zonificación del territorio, los entes competentes del ordenamiento territorial deberán tomar en cuenta los niveles de contaminación atmosférica y los objetivos

de calidad de aire para la zonificar su territorio y planificar el transporte y obras de infraestructura.

(x) Planes y programas para la protección de la atmósfera y para mitigar los efectos de la contaminación atmosférica.

(xi) Instrumentos de fomento de la protección de la atmósfera. Esta normativa debe integrarse con la existentes sobre la mitigación del cambio climático (programas de servicios ambientales, REED's). Igualmente debe integrarse a la actual normativa sobre mercados de carbono, y fomentar acuerdos voluntarios de la Administración con emisores para la reducción de la carga contaminantes y el cumplimiento de ciertos objetivos de reducción, la implementación de sistemas de gestión y auditorías ambientales voluntarios como Bandera Azul.

(xii) Fomento de la investigación y desarrollo para mejorar el conocimiento sobre contaminantes, sus causas y dinámica; sus efectos en la salud, sistemas naturales, sociales y económicos; desarrollo de tecnologías; fomento del a eficiencia energética; desarrollo y comercialización de combustibles menos contaminantes; entre otros.

(xiii) Facultades para regular la calidad de los diferentes combustibles que se usan en el país.

(xiv) Mecanismos disuasorios adicionales a las sanciones administrativas, como puede ser un impuesto al carbono.

2. Normativa reglamentaria

(i) Claro está que la lista anterior de temas requiere de una norma legal habilitante y un decreto ejecutivo que la desarrolle. Entre las normas reglamentarias que deberían crearse necesariamente están:

(ii) Reglamento que regula las relaciones entre los órganos competentes y desarrolle las obligaciones de rendición de cuentas sobre el cumplimiento de objetivos de calidad de aire, reportes de monitoreo, e indicadores ambientales.

(iii) Reglamento para el control de las emisiones al aire. Tiene que ser un reglamento que abarque todos los sistemas de combustión y combustibles que se usan. Igualmente, debe hacer un tratamiento de las fuentes de emisiones difusas, y la integración de medidas con la normativa en residuos, agrícola y de ordenamiento territorial.

(iv) Reglamento para el control de la calidad de los combustibles. La calidad de los combustibles fósiles que se comercializan en el país tiene que estar debidamente regulada. Igualmente la de los combustibles alternos, y cualquier otro que se use (biodiesel, etanol).

3. Impuesto al Carbono.

Si bien es cierto este es uno de los temas propuesto en el punto III.1.xiv, se desarrolla por aparte por tener especial importancia ya que recientemente se firmó un decreto ejecutivo que crea un mercado voluntario de carbono.

Existe literatura económica que indica que en la lucha contra la contaminación

atmosférica y en la reducción de los gases efecto invernadero, el impuesto al carbono es una de las medidas más efectivas (Skou Andersen M. 2008), incluso aún más que el mercado de carbono[20].

La consideración de la necesidad de implantar un impuesto a los gases efecto invernadero, o en general a los problemas ambientales relacionados con la generación de energía, pasa por la consideración teórica de la internalización de los costos externos de las emisiones o de la necesidad de procurar cierto grado de cambio en el comportamiento o estándares de consumo (Milne J. 2008).

Si bien es cierto un impuesto al carbono puede ser altamente impopular, es posible discutir sobre su imposición en ciertos casos específicos. La discusión para ello debe versar en:

a. Base imponible

Se refiere al *commodity* que será tasado. La tasa impositiva debe ser definida por los costos externos, por la necesidad de incidir en la conducta de los usuarios, así como por las necesidades de fondos para cumplir con programas ambientales (destino) (Milne J, 2008).

En el contexto de cambio climático, se usan diferentes bases imponibles:

- Impuestos al carbono. Puede ser al CO2, enfocándose en las emisiones, o al contenido de carbono, enfocándose en el contenido de carbono de la fuente. En estos casos, el impuesto se limita a combustibles fósiles.

- Impuesto de base amplia, cuando recae no solo sobre combustibles fósiles, sino también sobre otras formas de generación energética, tales como nuclear o hidro. Un clásico impuesto de base amplia define la base imponible en el contenido energético de un determinado tipo de fuentes de energía (Speck S. 2008). Generalmente se define como el precio de mercado de unidades de energía o en términos de volumen del combustible (barriles de petróleo). En Costa Rica, el impuesto a la gasolina es un impuesto basado en volumen, pero no es de base amplia, pues se limita a hidrocarburos.

- En los gases efecto invernadero de las emisiones. Si bien el CO2 es el que mayor presencia tiene de los gases efecto invernadero en las emisiones, también existen otros gases de importancia, como el metano, óxido de nitrógeno, hidroflurorocarbonatos, perfluorocarbonos, y sulfuro hexa flurídrico. Un impuesto por la emisión de gases efecto invernadero, tiene su base imponible en términos de toneladas de emisiones, ajustando el potencial

20 Herrera Jorge. Cuarto informe de la calidad del aire del Área Metropolitana de Costa Rica: 2011. En línea: http://www.digeca.go.cr/documentos/aire/Informe%20Anual%20de%20Calidad%20del%20Aire%202011.pdf. Consultado el 6 de octubre del 2013. San José Costa Rica, 2011.
Sobre mercador de carbono se ha dado una controversia por las manifestaciones de uno de los creadores y propulsores del sistema de cap and trade en los Estados Unidos (Black B et al, 2013, p.169). En los años 2009 y 2010, mientras se discutía Thomas Crocker, indicó que en el combate al cambio climático podría resultar más efectivo y beneficioso la adopción de un impuesto a los gases efecto invernadero que un mercado de carbono (http://online.wsj.com/article/SB125011380094927137.html) A pesar de ello, este año el señor Crocker lanzó un nuevo estudio sobre la necesidad de integrar los sistemas de control de contaminación con un sistema cap and trade (Crocker T. Et al, 2012).

de calentamiento global basado en equivalencias de CO2.

- En el contenido energético.

Identificar la base imponible implica también determinar cuáles *commodities* o emisiones se encuentran exentos del impuesto. Un impuesto al carbono basado en la posibilidad de generación de emisiones, exceptuaría la aplicación del impuesto a aquellas industrias o usos en que se usa para propósitos no combustibles, y que por lo tanto, no produce emisiones.

Todos estos puntos anteriormente indicados deben ser ampliamente discutidos con los diferentes sectores.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Allen Patricia, Rodríguez Mario, Araya Mónica, Vargas María, Navarro Lucrecia, Salas Lillia, Costos de la Salud por la contaminación del aire. San José: primera edición, Ministerio de Salud, 2005.

Black Brian, Hassenzahl David, Weisel Gary, Gift Nanzy. Climate change. An encyclopedia of science and history. California: ABC-Clio, 2013.

Crocker Thomas, Agee Mark, Atkinson Scott, Williams Jonatha. Non separable pollution control: implications for a Co2 emissions cap and trade system. Resources and Energy. En línea SSRN: http://ssrn.com/abstract=2201652. Consultado el 6 de octubre del 2013. Estados Unidos, 2012.

Dirección de Cambio Climático del Ministerio de Ambiente y Energía. En línea: http://www.cambioclimaticocr.com/actualidad/actualidad/52-presidenta-chinchilla-lanza-primer-mercado-domestico-de-carbono Consultado el 6 de octubre del 2013. San José: 2013.

Dirección de Cambio Climático del Ministerio de Ambiente y Energía. Rumbo a la carbono neutralidad en el transporte público de Costa Rica. Modalidad: taxis y autobuses. En línea: http://www.cambioclimaticocr.com/biblioteca-virtual/cat_view/2-publicaciones-sobre-cambio-climatico?limitstart=0. Consultado el 6 de octubre del 2013. San José: 2012.

Dirección Sectorial de Energía (DSE) del Ministerio de Ambiente y Energía. V Plan Nacional 2008-2021. En línea http://www.dse.go.cr/es/03Publicaciones/01PoliticaEnerg/VplanNacionalEnergia.pdf. Consultado el 6 de octubre del 2013. San José: 2008.

Herrera Jorge. Inventario de emisiones de contaminantes criterio del aire. En línea http://www.digeca.go.cr/documentos/aire/INVENTARIO%20DE%20EMISIONES%20DE%20COSTA%20RICA%20FINAL.pdf. Consultado el 6 de octubre del 2013.

Herrera Jorge. Decimoséptimo informe sobre el estado de la Nación en desarrollo humano sostenible. Tendencias de la contaminación del aire y agua superficial del Gran Área Metropolitana de Costa Rica: 2006-2010. San José: 2011.

Herrera Jorge. Cuarto informe de la calidad del aire del Área Metropolitana de Costa Rica: 2011. En línea: http://www.digeca.go.cr/documentos/aire/Informe%20Anual%20de%20Calidad%20del%20Aire%202011.pdf. Consultado el 6 de octubre del 2013. San José: 2011.

Herrera Jorge, Rodríguez Susana, Rojas José Félix. Primer informe de la calidad del aire del Área Metropolitana de Costa Rica: 2008. En línea; http://www.digeca.go.cr/documentos/aire/PRIMER%20INFORME%20CALIDAD%20DEL%20

AIRE%20GAM%20FINAL.pdf. Consultado el 6 de octubre del 2013. San José: 2008.

Lohmann Larry; Mercados de carbono: La neoliberalización del clima. Primera edición. Traducción de Michelle Báez y María Helena Carbonell. Quito: Editorial Abya-Yala, 2012.

Ministerio del Ambiente, Energía y Telecomunicaciones, Ministerio de Obras Públicas y Transportes, Ministerio de Salud, Universidad Nacional de Costa Rica. Programa para mejorar la calidad del aire en la Gran Área Metropolitana de Costa Rica. En línea: http://www.digeca.go.cr/documentos/aire/PLAN%20MEJORAR%20CALIDAD%20AIRE%20GAM%20FINAL.pdf. San José: 2008.

Milne, Janet; Carbon Taxes in the United States: The Context for the future. Vermont Journal of Environmental Law, Vermont Law School, 2008, vol. 10, issue 1, p1-31.

Ministerio de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones. Estrategia nacional de cambio climático. Primera edición. Editorial Calderón y Alvarado S.A. San José: 2009.

Ministerio de Obras Públicas y Transportes. Plan Nacional de Transportes de Costa Rica 2011-2035. Segundo Informe Parcial Diagnóstico Preliminar. Propuesta de acciones inmediatas. En línea: http://www.mopt.go.cr/planificacion/plannacionaltrans/DOCUMENTOS/Segundo%20Informe%20PNT.pdf. Consultado el 6 de octubre del 2013. San José: 2010.

Ministerio de Obras Públicas y Transportes. Plan Nacional de Transportes de Costa Rica Transporte Público. Diagnóstico complementario: El sistema de autobuses y el uso del espacio público urbano. En línea: http://www.mopt.go.cr/planificacion/plannacionaltrans/VOLUMEN%202.%20Modos%20de%20Transporte/Autobuses-espacio-p%C3%BAblico.pdf. Consultado el 6 de octubre del 2013. San José: 2011.

Pratt Lawrence, Rivera Luis, Sancho Francisco. Opciones de mitigación de emisiones de gases efecto invernadero en Costa Rica: Hacia la carbono neutralidad en el 2021. En línea: http://www.incae.edu/images/descargables/CLACDS/NEEDS-OMEGEICR-HCN2021-spanish-fix-6-9-20101.pdf. Consultado el 6 de octubre del 2013. Costa Rica: 2010.

Skou Andersen, Michael; Environmental and economic implications of taxing and trading carbón: some european experiences. Vermont Journal of Environmental Law, Vermont Law School, 2008, vol. 10, issue 1, pp. 61-86.

Spec Stefan. The design of carbon and broad-based energy taxes in European countries. The Reality of Carbon Taxes In the 21th Century. South Royalton: Vermont Law School, 2008, p. 31-60.

Salgado Luis, Dumas Mathiu, Feoli Marianela, Cedeño Marianela. Informe Mercado Doméstico Voluntario de Carbono de Costa Rica. Un instrumento hacia la C-Neutralidad (MDVCCR). En línea: http://www.cambioclimaticocr.com/biblioteca-virtual/cat_view/2-publicaciones-sobre-cambio-climatico?limitstart=0. Consultado el 6 de octubre del 2013. San José: 2013.

Tomain Joseph y Cudahy Richard. Energy Law. Main: West Publishing, 2004.

Zamora Luis. NAMA Coffe of Costa Rica. En línea http://ccap.org/assets/CostaRica.Zamora.NAMACoffee.pdf. Consultado el 6 de octubre del 2012. San José: 2013.

DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DEL PRINCIPIO DE NO REGRESION DEL DERECHO AMBIENTAL EN COSTA RICA[1]

M.Sc. Mario Peña Chacón[2]

Resumen. Para efectos didácticos, es posible clasificar la jurisprudencia constitucional costarricense relativa al principio de no regresión siguiendo su desarrollo evolutivo, iniciando con el reconocimiento del carácter progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales; siguiendo con su reconocimiento de manera tácita de la mano de otros principios constitucionales y finalizando con su plasmación expresa como principio autónomo y parámetro de constitucionalidad.

Palabras clave. Principio de no regresión; Principio de progresividad; derechos económicos sociales y culturales.

Key words. Non-Regression principle; Progressive principle; Economic, social and cultural rights.

El principio de no regresión actúa como una obligación negativa inherente a la obligación constitucional de carácter positivo y progresivo de garantizar, defender y preservar el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

El principio de no regresión o de prohibición de retroceso dispone que la normativa y la jurisprudencia no deberían ser modificadas si esto implicare retroceder respecto a los niveles de protección ambiental alcanzados con anterioridad, por ello la nueva norma o sentencia, no debe ni puede empeorar la situación del derecho ambiental preexistente en cuanto a su alcance, amplitud y efectividad.[3]

---

1 Este artículo es producto del Proyecto de Investigación denominado “Las clínicas del Derecho Ambiental y Gestión de Riesgos Climáticos a través de una cultura jurídica de la sostenibilidad y no regresión” inscrito ante la Vicerectoría de Investigación y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad de Costa Rica bajo el código 722-B3-193.

2 Profesor de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica y de las Maestrías de Derecho Ambiental y Derecho Público Comparado Franco-latinoamericano del Sistema de Estudios de Posgrados de la Universidad de Costa Rica. Miembro de la Comisión de Derecho Ambiental de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN). mariopenachacon@gmail.com

3 Para mayor información puede consultarse los ensayos académicos de este mismo autor denominados: “Principio de no regresión ambiental a la luz de la jurisprudencia constitucional costarricense”, en la Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales, número 3, febrero 2012, Argentina, accesible en: http://www.ijeditores.com.ar/index.php?ididioma=1&idcontenido=-2&idpublicacion=19&view=1; La Ley Orgánica del Ambiente y el Principio de No Regresión, en Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales, número 7, febrero 2013, accesible en: http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=64177&print=2; Los principios de objetivación de la tutela ambiental, irreductibilidad de espacios sometidos a régimen especial de protección y su relación con la prohibición de retroceso, en Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales, número 7, febrero 2013, accesible en: http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=64426&print=2 y El CAFTA-DR y la prohibición de retroceso ambiental en Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales, número 7, febrero 2013, accesible en: http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=64426&print=2

Su finalidad es evitar la supresión normativa o la reducción de sus exigencias por intereses contrarios que no logren demostrar ser jurídicamente superiores al interés público ambiental, e implica una obligación negativa de *no hacer*, por lo que el nivel de protección ambiental ya alcanzado debe ser respetado, no disminuido, sino más bien incrementado.

Como contenido mínimo o núcleo duro es posible identificar la obligación constitucional de tutela del interés público ambiental, sea el deber estatal de garantizar, defender y preservar el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.[4]

Al estado actual de su desarrollo es posible deducir su contenido, alcances y limitaciones acudiendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, al Derecho Internacional Ambiental, Derecho Internacional regulador del Libre Comercio y las Inversiones, así como a la Constitución Política y el derecho interno, y en especial, a la jurisprudencia emanada de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Para efectos didácticos, es posible clasificar la jurisprudencia constitucional relativa al principio de no regresión siguiendo su desarrollo evolutivo, iniciando con el reconocimiento del carácter progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales; siguiendo con su reconocimiento de manera tácita de la mano de otros principios constitucionales y finalizando con su plasmación expresa como principio autónomo y parámetro de constitucionalidad.

I. Reconocimiento del carácter progresivo y prohibición de retroceso de los derechos económicos, sociales y culturales.

El derecho a gozar de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado es un derecho humano incluido en instrumentos internacionales, y por tanto, se beneficia de las teorías previamente existentes que tienen por objetivo aumentar su eficacia, por ello la obligación de progresividad o de avance continuo de los derechos humanos se traduce jurídicamente en una prohibición de regresión que permea al derecho ambiental.

Es a partir del año 2001 que la Sala Constitucional inicia el camino para el desarrollo del principio de no regresión, siempre ligado al ideal de progresión de los derechos humanos. De esta forma, al referirse sobre la normatividad de los derechos prestacionales en el voto 2001-3825 dispuso:

"La Constitución Política reconoce a favor del individuo y de los grupos sociales una gama extensa y muy variada de derechos, algunos de forma expresa, otros colegibles a partir de la comprensión del sistema que forman sus normas y principios. Algunas de estas prerrogativas (sin importar si son individuales o colectivas) tienen un carácter eminentemente social, al constituir derechos

4 "La Constitución Política establece que el Estado debe garantizar, defender y preservar ese derecho. Prima facie garantizar es asegurar y proteger el derecho contra algún riesgo o necesidad, defender es vedar, prohibir e impedir toda actividad que atente contra el derecho, y preservar es una acción dirigida a poner a cubierto anticipadamente el derecho de posibles peligros a efectos de hacerlo perdurar para futuras generaciones. El Estado debe asumir un doble comportamiento de hacer y de no hacer; por un lado debe abstenerse de atentar él mismo contra el derecho a contar con un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, y por otro lado, debe asumir la tarea de dictar las medidas que permitan cumplir con los requerimientos constitucionales". Voto número 1999-644 del 29/01/1999, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

a la recepción de determinadas prestaciones por parte del Estado. Puede tratarse de bienes o de servicios, pero que en todo caso debe la Administración brindar debido al mandato (específico o genérico) contenido en la Ley Fundamental. Si se trata de una referencia general (vgr. protección a la madre y a los menores, cfr. artículo 51 constitucional), son los representantes de la soberanía popular, quienes a través de la Ley formal, desarrollarán estos preceptos imponiendo las formas en que la Administración deberá actuar con la finalidad de hacerlos valer efectivamente. El hecho de que requieran de actuaciones de otros agentes para poder ser efectivamente realizados en nada les resta normatividad, pero sí hace más compleja (respecto de las libertades públicas, por ejemplo) su puesta en operación, y más exhaustiva la labor del contralor de constitucionalidad, al cual le cabrá discurrir respecto del grado de compromiso mostrado por el Estado a la hora de hacer valer las normas que reconozcan derechos sociales. Si el legislador no instituye los mecanismos idóneos para realizarlas, su omisión podría significar una violación a la Constitución Política. Si emite las normas legales necesarias para hacer efectivo ese derecho y es la Administración la que evade su acatamiento, entonces esta última actuación estaría lesionando en forma refleja el derecho fundamental, mediante el incumplimiento de un deber legal. Lo revisable aquí es en todo caso no el desacato de la norma legal per se, sino la incidencia que dicha falta haya provocado en el respeto de la norma constitucional por aquella desarrollada".

Siempre en el tema de los derechos fundamentales prestacionales, mediante la sentencia 2007-1378 la Sala Constitucional estableció su necesario vínculo con el principio de progresividad contenido en el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos:

"En el marco del Estado Social y Democrático de Derecho, los Derechos Humanos de Segunda Generación -también denominados Derechos Económicos, Sociales y Culturales- tienen como objetivo fundamental garantizar el bienestar económico y el desarrollo del ser humano y de los pueblos. En sentido subjetivo, los derechos fundamentales prestacionales, demandan la actividad general estatal -en la medida de las posibilidades reales del país- para la satisfacción de las necesidades individuales o colectivas. Objetivamente, se configuran como mínimos vitales para los individuos por parte del Estado. En este particular, la satisfacción de esas necesidades supone crear las condiciones necesarias y el compromiso de lograr progresivamente su goce, lo que se encuentra condicionado a que se produzcan cambios profundos en la estructura socio-económica de un país. Respecto al disfrute de esas condiciones, el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, impone a los poderes públicos una obligación de cumplimiento progresivo, que incluye respeto, protección, garantía y promoción".

Fundamentándose en el numeral 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos la Corte Constitucional reconoció la progresividad y no regresión del derecho fundamental a la educación:

"Nótese, adicionalmente, que a tenor del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (aprobada por la Ley No. 4534 del 23 de febrero de 1970), los estados deben adoptar medidas internas para "(...) lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura (...)", razón por la cual los poderes públicos deben mantener en sus políticas de mejoramiento cuantitativo y cualitativo del sistema educacional una tónica que revele un ritmo progresivo o, por

lo menos, sostenido y no adoptar políticas y realizar actuaciones que lejos de implicar un progreso supongan un retroceso". Voto 2002-11515.

"En atención a la regla de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, reconocida en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Estado costarricense se encuentra obligado a elaborar y ejecutar políticas tendientes a lograr progresivamente la plena efectividad del derecho fundamental a la educación. A la luz del Derecho de la Constitución, solo son tolerables los progresos (y excepcionalmente el sostenimiento) en la prestación del servicio de educación pública, y no su regresión". Voto 2003-2443.

En materia del derecho fundamental al trabajo y jornadas laborales, por medio del voto 2004-11882 la Sala Constitucional aplicó el principio de progresividad de los derechos humanos a la hora de interpretar las restricciones y limitaciones impuestas por ley:

"Bajo esta tesitura, existe una evidente falta de acuerdo entre lo que dispuso la Constitución, en punto al carácter, verdaderamente, calificado de las hipótesis de excepción del artículo 58 de la Constitución Política, situación que sí parece haber traducido, adecuadamente, el legislador cuando en el artículo 143 del Código de Trabajo, excluyó de los límites de la jornada de trabajo, únicamente, a aquellos empleados que laboren <<sin fiscalización superior inmediata>> y lo que, al respecto, estableció la Administración, porque en las disposiciones impugnadas no se excepciona del pago de horas extra, únicamente, a los funcionarios que laboran sin fiscalización superior inmediata, mismos que, de acuerdo con nuestro ordenamiento administrativo, vendrían a ser, únicamente, los jerarcas institucionales, es decir, los superiores jerárquicos supremos, dentro de la estructura organizativa de la Administración. Esta amplitud excesiva con la que las disposiciones impugnadas han regulado el supuesto de excepción bajo examen, resulta lesiva no sólo de lo dispuesto, expresamente, en la Constitución, en cuanto al carácter, verdaderamente, calificado del indicado régimen de excepción, sino también del principio de progresividad de los derechos fundamentales que obliga a todo operador del derecho a no interpretar en sentido restrictivo todo derecho fundamental o en sentido amplio sus restricciones o limitaciones, en perjuicio de la persona tutelada y de su contenido, constitucionalmente, reconocido. En razón de lo expuesto, procede también declarar con lugar la acción en cuanto a este extremo, con las consecuencias que a continuación se detallarán".

Siempre respecto al derecho fundamental al trabajo, el salario y la seguridad, en el voto 2009-10553 la Sala Constitucional realizó un análisis de los instrumentos internacionales de derechos humanos vinculados con el principio de progresividad haciendo énfasis en que debe evitarse todo género de medidas de regresión de los derechos económicos, sociales y culturales:

De otra parte, en el contexto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Ley No. 4229-A de 11 de diciembre de 1968, consagra, igualmente, los derechos al trabajo, al salario y a la seguridad social, en los artículos 6, 7 y 9 respectivamente. De igual modo y en relación al desarrollo progresivo de estos derechos sociales o prestacionales, el artículo 2, párrafo primero, dispone lo siguiente:

"(...) 1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante

la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos (...)" (Lo resaltado no corresponde al original)".

El artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Ley No. 4534 de 23 de febrero de 1970, señala lo siguiente:

"(…) Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados".

El artículo 1° del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o "Protocolo de San Salvador" –aprobado por Ley No. 7907 de 3 de septiembre de 1999-, estatuye que los Estados parte

"(…) se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles, y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo".

Siendo que los artículos 7°, inciso a), y 9°, de ese protocolo contemplan, respectivamente, el derecho a un salario que consista en "Una remuneración que asegure como mínimo a todos los trabajadores condiciones de subsistencia digna y decorosa para ellos y sus familias y un salario equitativo e igual por trabajo igual, sin ninguna distinción" y a la seguridad social que proteja "(…) contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa (…)".

De los instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, transcritos, se deduce el deber del Estado, de lograr niveles cada vez más altos en la satisfacción de los derechos sociales a través de la gradualidad y la progresividad, evitando todo género de medidas regresivas en su satisfacción.

En criterio de este Tribunal, en virtud de las obligaciones contraídas por el Estado costarricense en aras de reconocer y garantizar la progresiva tutela de los derechos fundamentales económicos y sociales, no resulta conforme con el Derecho de la Constitución dictar medidas que supongan un retroceso en la tutela y efectividad de un derecho social, máxime, cuando éste ha sido potenciado por la jurisprudencia del máximo".

En la resolución 2011-13641 la Sala Constitucional ratifica su línea respecto a la función que ostenta el principio de progresividad en materia interpretativa de los derechos fundamentales:

"La Sala no soslaya que la existencia de normas internas sobre estos aspectos obedecen a razones clínicas o médicas de carácter general, pero es claro que su aplicación debe valorarse siempre de conformidad con las situaciones particulares, pues sujetarse a la mera o simple descripción normativa riñe tajantemente con una plena protección de los derechos fundamentales, donde las características de continuidad y progresividad imponen criterios de interpretación ágiles y versátiles alejados

de dogmatismos jurídicos ampliamente superados".

En la sentencia 2010-14467 la Corte Constitucional otorgó carácter de mínimo o "piso" a las obligaciones establecidas en los tratados de derechos humanos, y en virtud de la aplicación del principio de progresividad, éstas pueden ser ampliadas por el Estado en el ordenamiento interno, prohibiendo su desconocimiento o restricción posterior a través de disposiciones legales o administrativas sin sustento técnico:

"Tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos como la citada Convención, imponen la obligación al Estado, de adoptar en forma progresiva medidas que garanticen la plena efectividad de tales derechos. La doctrina habla de "obligaciones mínimas" de los Estados, que pueden ser ampliadas de acuerdo con los recursos disponibles y tomando en cuenta el grado de desarrollo de los Estados, conceptos presentes también en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas. De manera que, si el grado de protección de los derechos es ampliado en el ordenamiento interno, los poderes públicos no podrían luego desconocerlos o restringirlos a través de disposiciones legales o administrativas carentes de motivación técnica suficiente".

Fallos recientes ratifican el carácter progresivo de los derechos humanos así como la prohibición de adopción de medidas restringidas sobre lo ya logrado:

"Tampoco se trata de convertir «deseos» en derechos de una manera irracional, pues debe comprenderse que cuando se opera jurídicamente con derechos fundamentales, se está en el ámbito de los derechos humanos, siendo que una de sus características elementales es la progresividad, entendida esta como el proceso constantemente inacabado de conformación y consolidación del reconocimiento de un derecho humano determinado; de esta manera, se impone al Estado el deber de brindar respeto y garantía a todos los derechos humanos, obligación que es paulatinamente creciente y absolutamente exigible en todas los estadios de su desarrollo y crecimiento". Voto constitucional: 2011-6329.

"Es así que al transformar esta Defensoría en la Contraloría, los principios y finalidades originarias deben igualmente ser entendidas respecto del nuevo órgano creado, pues precisamente se está ante la protección de los derechos humanos donde el carácter de progresividad que los caracteriza impide la adopción de medidas restrictivas sobre lo ya logrado. Es por ello, que para garantizar el avance progresivo característico de estos derechos, y procurar mejores y más adecuadas instancias de protección, se impone declarar con lugar este recurso". Voto Constitucional 2011-1985.

II. Reconocimiento tácito vinculado a otros principios constitucionales.

Fundamentándose en los principios de objetivación de la tutela ambiental,[5] precautorio e irreductibilidad de espacios

5 El principio general de objetivación de la tutela ambiental, también llamado principio de vinculación a la ciencia y a la técnica, o bien, principio de razonabilidad en relación con el derecho ambiental, ha sido reconocido y desarrollado ampliamente en la última década por parte de la jurisprudencia constitucional costarricense, y consiste básicamente en la obligación de acreditar, mediante estudios técnicos y científicos, la toma de decisiones en materia ambiental, ya sea en relación con actos administrativos individuales o disposiciones de carácter general, tanto legales como reglamentarias, reforzando con ello el deber de contar siempre y en toda situación en donde pueda resultar afectado el ambiente, con estudios técnicos y científicos serios, exhaustivos y comprehensivos que garanticen el menor impacto ambiental posible.

sometidos a régimen especial de protección ambiental,[6] la Sala Constitucional, sin mencionarlo de manera expresa, ha declarado la inconstitucionalidad de normativa que a todas luces califican como regresiva.

La Sala Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse en varias ocasiones en relaciones a modificación de estándares y umbrales ambientales que no contaron con justificación científica. Al efecto es posible citar el voto número 2012-12081 que declaró la inconstitucionalidad de la Nota del Cuadro 3 del Anexo I, del Decreto Ejecutivo No. 37083-S, Reglamento para la Calidad de Agua para Consumo Humano en Establecimientos de Salud, por medio del cual se aumentó el valor máximo permitido de arsénico en agua en violación a los principios de objetivación y precautorio:

"Sobre el nivel recomendado de arsénico en el agua de consumo humano. Consta idónea y fehacientemente que en el Decreto Ejecutivo número 37083-S, Reglamento para la Calidad del Agua para Consumo Humano en Establecimientos de Salud, se incluyó una Nota en el Cuadro 3 del Anexo I, que indica, lo siguiente: "en sistemas de abastecimiento de agua clorados el Arsénico valencia 3 pasa a Arsénico valencia 5, disminuyendo su toxicidad 10 veces. En estas condiciones se podría permitir un valor máximo de50 ɜg/L de Arsénico" (los autos). Según reconoció la Ministra de Salud, permitir que el agua para consumo humano posea una cantidad de arsénico superior a un valor de 10 ɜg/L, puede poner en riesgo la salud de la población (informe). Precisamente, al carecer ese Ministerio de estudios técnicos que sustenten, técnicamente, la variación dispuesta en la nota en cuestión, estima la Sala que se produjo el agravio reclamado".

También es posible citar el voto constitucional número 2009-2019 que dispuso la inconstitucionalidad de la derogatoria que se llevó a cabo a través del artículo 14 del Decreto No. 32734-MINAE-S-MOPT-MAG-MEIC, Reglamento de Procedimientos de Evaluación de Impacto Ambiental, que excluyó del procedimiento de EIA a las concesiones de aguas superficiales y subterráneas, sin justificación técnica ni científica alguna y en flagrante violación al criterio constitucional de precaución:

"Esta Sala estima que la derogatoria que se llevó a cabo a través del artículo 14 del Decreto No. 32734-MINAE-S-MOPT- MAG-MEIC, deviene, a todas luces, en inconstitucional, dado que, se excluye, con respecto a los aprovechamientos (concesiones) de aguas superficiales y subterráneas que no forman parte de un proyecto -sin justificación técnica alguna y, en contravención de lo dispuesto en el artículo 50 constitucional-, cualquier ponderación de los efectos acumulativos en el ambiente y en el cauce o cuerpo de agua (suma de impactos individuales que producen diferentes actividades presentes o futuras predecibles), corrección del impacto ambiental de un uso especial, la prevención, mitigación, compensación, restauración y recuperación por daños ambientales o

6 Íntimamente relacionado con el principio de objetivación de la tutela ambiental se encuentra el principio de irreductibilidad, que tiene como finalidad impedir la reducción, disminución, desafectación, exclusión, segregación y limitación de los espacios naturales sometidos a régimen especial de protección, debido a que albergan ecosistemas considerados jurídicamente relevantes, entre ellos es posible reconocer: bosques ubicados en terrenos privados, humedales (manglares), áreas silvestres protegidas, territorios indígenas, anillo de contención del Gran Área Metropolitana, así como todos aquellos terrenos que forman parte del Patrimonio Natural del Estado.

impactos ambientales no controlados del uso particular, fiscalización o monitoreos ambientales, etc.. A mayor abundamiento, esta Sala hace notar que si bien en los informes rendidos a esta Sala de parte de las diversas autoridades accionadas se hace referencia al presunto fundamento técnico por el cual se dispuso excluir de la evaluación de impacto ambiental los aprovechamientos (concesiones) de aguas superficiales y subterráneas que no forman parte de un proyecto, actividad u obra, lo cierto del caso es que, tal y como se indicó líneas atrás, éstos últimos criterios no fueron desarrollados en los considerandos del Decreto impugnado. De modo tal que, en la especie, la derogatoria incorporada a través del Decreto No. 32734-MINAE-S-MOPT-MAG- MEIC, resulta irrazonable y quebranta, flagrantemente, el derecho a disfrutar de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, así como el principio preventivo en materia ambiental, por cuanto, deja al margen del ordenamiento jurídico, la protección que, originalmente, era brindada por el Estado, concretamente, por parte de la Secretaría Técnica Nacional Ambiental, al recurso hídrico, sea, a aquellas aguas superficiales y subterráneas dadas en concesión y que no forman parte de un proyecto, actividad u obra".

Por su parte, y mediante el voto número 2006-16276, la Sala Constitucional declaró inconstitucional el artículo 70 del Reglamento para las Actividades de Aviación Agrícola, por medio del cual se redujo la franja de no aplicación aérea de plaguicidas entre el campo a fumigar y las casas, poblados y otros. Entre otras razones, la Sala indicó que la inconstitucionalidad se dio debido a que el artículo impugnado constituyó un menor nivel de protección en relación al artículo 75 del Reglamento anterior, lo cual fue violatorio al principio precautorio en la medida que no existió fundamento científico ni técnico que justificare la disminución de la franja.

Bajo este mismo razonamiento, a través del voto 2012-18298, la Sala Constitucional declaró la inconstitucionalidad del Decreto Ejecutivo número 34303-MP-MIVAH, publicado en la Gaceta número 31 del 13-02-2008, por vulnerar el derecho constitucional a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado a raíz de la exclusión arbitraria y cambio de uso de suelo del 70 % de la zona de reserva creada para fines de protección y esparcimiento recreacional de los habitantes del Distrito de Hatillo, sin estudios técnicos que lo justificaren.

Mediante el voto número 2007-3923, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia declaró la inconstitucionalidad del concepto jurídico bosque del artículo 28 de la Ley Forestal, en cuanto a la omisión relativa de establecer medidas precautorias que aseguraran la protección del ambiente. En lo que interesa expuso la Sala:

"Ciertamente la reforma a esta ley, que se produjo mediante ley No. 7575 de 5 de febrero de 1996, tuvo como fin el promover e incentivar la reforestación en nuestro país, para lo cual intentó librar de trámites innecesarios la corta de determinado tipo de árboles. No obstante lo anterior, considera este Tribunal que al haber pasado la ley de una definición amplia de bosque, con mayor cobertura de protección, a una tan restringida en cuanto a especies y superficie, hace que la protección dada con anterioridad al ambiente, haya sido disminuida sin una justificación razonable, que vaya más allá de la necesidad de reforestar y eliminar las trabas administrativas, como un incentivo de esta actividad, pero sin asegurar previamente, que esta en su ejecución, no pusiera en peligro el ambiente. Debemos recordar que nuestro país ha suscrito compromisos internacionales de protección al ambiente y uno de los principios que debe resguardar es el principio precautorio ya citado, según el cual, la prevención debe anticiparse a los

efectos negativos, y asegurar la protección, conservación y adecuada gestión de los recursos. Consecuentemente, este principio rector de prevención, se fundamenta en la necesidad de tomar y asumir todas las medidas precautorias para evitar o contener la posible afectación del ambiente o la salud de las personas. De esta forma, en caso de que exista un riesgo de daño grave o irreversible -o una duda al respecto-, se debe adoptar una medida de precaución e inclusive posponer la actividad de que se trate. Sin duda alguna, para ello se requiere de una posición preventiva, activa y alerta por parte de la administración, pues una conducta posterior y únicamente sancionatoria, haría nugatoria cualquier acción efectiva que se pretenda a favor del ambiente, donde una vez producido el daño, difícilmente puede ser restaurado y sus efectos nocivos pueden afectar no sólo a nivel nacional, sino mundial. Y es que este, es uno de los principios rectores en materia ambiental, la prevención. Con ello no se trata tampoco de evitar el desarrollo y detener el progreso y la economía, sin embargo se debe procurar un equilibrio que le permita al ser humano desarrollarse, pero también vivir y disfrutar ese desarrollo, al cual tienen derecho no sólo las generaciones actuales, sino también las venideras. (…) Según el análisis practicado al artículo impugnado, el legislador modificó el concepto de bosque a partir del cual se desarrolla la protección, restricciones y permisos otorgados en la Ley Forestal -como es el caso del artículo 28 en cuestión "Excepción de permiso de corta"-, de tal manera que, restringió sin fundamento técnico, el concepto anterior de bosque existente en la ley previo a su reforma. De modo que fueron dejadas sin protección vía ley, las especies no autóctonas y las áreas inferiores a dos hectáreas que constituyeran bosque, trayendo como consecuencia, que a través del artículo 28 impugnado, no se requiera de permiso para talar, ni siquiera de inspección previa, que permita asegurar que se trata del supuesto que la norma quiso incentivar, toda plantación forestal, sistema agroforestal o cualquier árbol plantado, quedando expuestas áreas que por su ubicación, cantidad y la función que han ejercido durante muchísimos años, amerita la conservación y regulación de su tala, independientemente de la naturaleza de su especie y de la naturaleza del terreno donde se ubique. Así las cosas, esta Sala considera de conformidad con lo expuesto, que en este caso, se produce una inconstitucionalidad por omisión relativa".

Nótese que tanto la ausencia o insuficiencia de justificación, aunado a la incerteza científica que esto implica, es lo que lleva a la Sala a declarar la respectiva inconstitucionalidad, ejemplo de ello es la sentencia número 2013-6615 que anuló el Acuerdo de Junta Directiva número 4230 del Servicio Nacional de Aguas Subterráneas, Riego y Avenamiento que autorizó la sustitución o traslado de tanques de combustible en estaciones de servicio y de almacenamiento para autoconsumo, sin necesidad de presentar un estudio de impacto ambiental:

"El acuerdo dictado eximió del estudio de impacto ambiental, lo que tendría consecuencias que no se han podido cuantificar porque nada de ello se le ha informado a la Sala, de manera que podría ser engañoso sencillamente desestimar la acción sobre la pretensión de la Procuraduría General de la República, el Ministro de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones y las razones dadas por SENARA. Si bien el Estudio de Impacto Ambiental (EsIA) está contenido en la EIA (Evaluación de Impacto Ambiental), y es una parte del segundo, precisamente el EIA se establece como el trámite para obtener este tipo de autorizaciones, porque es una garantía de que la actividad humana, especialmente cuando es de categoría D1, para actividades catalogadas de alto y moderado impacto ambiental potencial, logrará mitigar sus

impactos. De este modo, para posibilitar cualquier corrección a nivel administrativo o judicial en la aplicación inconstitucional del acuerdo impugnado por la infracción al principio precautorio, debe declararse con lugar la acción para extirpar del ordenamiento jurídico cualquier amenaza al derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Debe anularse cualquier acto o acuerdo con el fin de proteger el derecho ambiental establecido en el artículo 50 constitucional, y su posible aplicación, además de la infracción señalada al artículo 129 de la Ley General de la Administración Pública".

Por su parte, la regla de la irreductibilidad de espacios sometidos a regímenes especiales de protección ambiental ha encontrado eco en la jurisprudencia constitucional, la cual en múltiples ocasiones, ha declarado la inconstitucionalidad de normativa que, sin estudios técnicos o bien, en violación del principio de reserva de ley, ha pretendido la desafectación o reducción de este tipo de espacios especiales de protección.

Tratándose de la prohibición de cambio de uso de suelo en bosques ubicados en terrenos privados, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en el considerando VIII del voto 2008-16975, expuso:

"Como lo señalara la Procuraduría General de la República, el Tribunal de Casación Penal ha insistido también en que el cambio ilícito del uso del suelo del bosque, para dedicarlo a otros fines, es una actividad nociva al ambiente; al efecto, ha derivado de las disposiciones existentes el principio de irreductibilidad del bosque y dispuesto la restitución del área de bosque afectada al estado anterior a los hechos, para garantizar el derecho constitucional de un ambiente sano y equilibrado. El Decreto impugnado regula únicamente la actividad o proyectos de ecoturismo en los bosques de la zona marítimo terrestre, demarcados por el MINAE, y omite hacerlo para las demás áreas silvestres protegidas y bosques del Patrimonio Natural del Estado. Con todo, no justifica esta diversidad de trato, que riñe con los principios constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad en materia ambiental. Esta regulación parcial o fragmentaria, que adversa la unidad de gestión, la actividad y proyectos de ecoturismo en los bosques del Patrimonio Natural del Estado quedan sujetos a regulaciones dispares, según se hallen o no en la zona marítimo terrestre. Esto atentaría contra el principio de igualdad, por la disímil normativa aplicable a los interesados en llevarlos a cabo, en razón de la ubicación de los inmuebles. El Decreto, artículos 1°, 2°, 3°, 5° y 7°, en concordancia con el 4° inciso 2, subordina las áreas de bosque de la zona marítimo terrestre en que se realizarán proyectos ecoturísticos implicativos de corta de árboles y aprovechamiento forestal, a una simultánea y divergente planificación, con distintos objetivos, normas y técnicas regulatorias: los Planes Reguladores y Planes de Manejo. Lo que es contrario a la utilización racional y sostenible de ese recurso (artículo 50 constitucional".

La línea jurisprudencial de la Sala Constitucional ha sido consistente al reiterar que únicamente es posible reducir, segregar o excluir la superficie de un área silvestre protegida mediante una ley (principio de reserva de ley) y siempre que medien estudios técnicos y científicos que lo justifiquen (principio de objetivación de la tutela ambiental). En este sentido, en el voto 1998-7294 por medio del cual se declaró inconstitucional el artículo 71 de la Ley Forestal debido a la reducción de la superficie de la Zona Protectora Tivives, se indicó:

"Sin embargo, se debe tener presente que la declaratoria y delimitación de una zona protectora, en cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 50 constitucional, implica una defensa del derecho fundamental al ambiente

y, por ello, la reducción de cabida no debe implicar un detrimento de ese derecho, situación que debe establecerse en cada caso concreto. No resulta necesariamente inconstitucional el hecho de que por medio de una ley posterior se reduzca la cabida de una zona protectora, una reserva forestal, un Parque Nacional o cualesquiera otros sitios de interés ambiental, siempre y cuando ello esté justificado en el tanto no implique vulneración al derecho al ambiente. (…) Así, no toda desafectación de una zona protegida es inconstitucional, en el tanto implique menoscabo al derecho al ambiente o amenaza a éste. De allí que para reducir un área silvestre protegida cualquiera, la Asamblea Legislativa debe hacerlo con base en estudios técnicos suficientes y necesarios para determinar que no se causará daño al ambiente o se le pondrá en peligro y, por ende, que no se vulnera el contenido del artículo 50 constitucional"

En esa misma línea, mediante el voto constitucional 2003-3480 la Sala señaló:

"Nuestro ordenamiento confiere una protección especial a los bienes medioambientales de las áreas silvestres protegidas y para reducir su área exige un acto con rango de ley, sobre la base de estudios técnicos previos que justifiquen la conveniencia de la medida; no por acto reglamentario".

En la sentencia número 2009-1056, que declaró inconstitucional el Decreto Ejecutivo 34043-MINAE del 11 de setiembre del 2007, que agregó al Refugio Nacional de Vida Silvestre Gandoca-Manzanillo un área marina que originalmente no formaba parte del mismo, pero que a la vez le segregó áreas terrestres, el Tribunal Constitucional estimó que la exclusión de áreas terrestres del Refugio equivalió a una reducción del áreas silvestre protegida, independientemente de la ampliación de la zona marina, y por tanto, consideró tal exclusión como contraria al artículo 50 de la Constitución y al principio de reserva legal.

Ante una situación similar, aumento del área marina incluyendo unos islotes pero a la vez, exclusión de partes terrestres del Refugio de Vida Silvestre Isla San Lucas a través del Decreto Ejecutivo 34282-TUR-MINAE-C del 25 de enero del 2008, la Sala Constitucional en el voto 2010-13099, estimó que la exclusión de una parte terrestre del Refugio equivalía a una reducción del mismo, independientemente de la ampliación de la zona marina, siendo dicha exclusión contraria a los artículos 11, 50 y 89 de la Constitución por violación al principio de reserva de ley.[7]

En el caso del anillo de contención del Gran Área Metropolitana, mediante los decretos ejecutivos 29415 -MP-MIVAH-MINAE del 28 de marzo del 2001, 33757-MP-MIVAH-MINAE del 11 de abril del 2007 y 35748-MP-MINAET-MIVAH del 8 de enero del 2010, el Poder Ejecutivo intentó su ampliación desafectando áreas que formaban parte del mismo permitiendo con ello nuevos usos de suelo, incluyendo su desarrollo inmobiliario. La Sala Constitucional declaró la inconstitucionalidad de los citados decretos ejecutivos en virtud de la ausencia de estudios técnicos y evaluación de impacto ambiental (EIA), dejando incólume el área original prevista para el anillo de contención,

7 "Sin embargo, contrario al caso del Refugio Nacional de Vida Silvestre Gandoca-Manzanillo, en este caso la Sala declaró inconstitucional y anuló únicamente la disposición del decreto que hizo la referida exclusión, dejando vigentes todos los demás artículos que creaban un régimen especial para las áreas excluidas" FERNANDEZ FERNÁNDEZ (Edgar), "La incoherencia del régimen jurídico surgido del voto de la Sala Constitucional para el Refugio de Vida Silvestre San Lucas", en Ambientico, No. 206, noviembre 2010.

salvo por los derechos adquiridos de buena fe durante la vigencia de los decretos.[8]

La reglamentación parcial, incompleta o errónea de una norma, desde un punto de vista científico, técnico y jurídico, volviéndola inaplicable, violenta el principio de prohibición de retroceso por impedir su eficacia.

A partir de la sentencia número 1990-101 la Sala Constitucional considera violatorio al inciso 3 del numeral 140 constitucional las omisiones del Poder Ejecutivo respecto a reglamentar leyes, en el tanto que si bien en principio el ejercicio de la potestad reglamentaria es de carácter discrecional, esa posibilidad es inaplicable cuando el legislador ha impuesto al Poder Ejecutivo la obligación de reglamentar una ley.[9] Al amparo de este criterio jurisprudencial, la omisión a reglamentar normas ambientales representa una regresión ambiental que violenta el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, tal y como lo reiteró la Sala Constitucional al obligar al Poder Ejecutivo a reglamentar la Ley de Pesca y Acuicultura; el artículo 71 de la Ley Orgánica del Ambiente sobre contaminación visual; así como la Ley de Gestión Integral de Residuos especialmente respecto a los Lineamientos para la recuperación y limpieza de suelos contaminados:

"El artículo 49 párrafo segundo de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, permite analizar por la vía del amparo la omisión del Poder Ejecutivo de reglamentar o hacer cumplir lo dispuesto por una norma, cuando dicha inactividad guarde relación con la tutela de un derecho fundamental. En el presente asunto, los recurrentes cuestionan la omisión del Poder Ejecutivo de reglamentar la Ley de Pesca y Acuicultura, la cual fue publicada en la Gaceta 78 del veinticinco de abril de dos mil cinco. Sobre el particular, debe mencionarse que el artículo 175 de la norma de cita establece que el Poder Ejecutivo debía emitir el reglamento respectivo para

8 Al respecto puede consultarse el ensayo de este mismo autor denominado "Los derechos adquiridos de buena fe y sus implicaciones ambientales", publicado en elDial.com, Biblioteca Jurídica Online, Suplemento de Derecho Ambiental, setiembre 2013, Argentina, disponible en: www.eldial.com/suplementos/ambiental/ambiental.asp;

9 "…distinto es el caso en el cual el legislador expresamente le impone en la ley el deber de reglamentarla. Aquí se hace inescapable para el Poder Ejecutivo el ejercicio de esa competencia. Dentro del ilimitado espacio de la legislación, aquí el destinatario de un deber hacer es el Poder Ejecutivo y, como tal, queda sujeto a la orden contenida en la Ley. Desaparece para él toda discrecionalidad, pues la norma legal regló su actuación, de modo que el ejercicio de la competencia se hace inevitable. En el tanto se haya apartado de lo ordenado, en ese tanto hay una infracción constitucional, pues como se sabe, el Poder Ejecutivo tiene una doble sumisión al estar sujeto a la Constitución y a la Ley. No es dable entender, como ya se ha intentado, que, derivada la potestad reglamentaria de la Constitución Política, el legislador tiene vedado el regular la oportunidad de su ejercicio". De lo anterior se deduce que existe una doble vinculación del Poder Ejecutivo, por un lado a la ley y por otro a la Constitución. Por ello, es evidente que la Administración no cuenta con discrecionalidad alguna para excusarse de reglamentar una ley si así ha sido ordenado por el Legislador o por el Constituyente –teniendo en cuenta, asimismo, los alcances del principio de legalidad-. Cabe mencionar que el artículo 140 inciso 3) de la Constitución Política establece el deber del Poder Ejecutivo de sancionar, promulgar y reglamentar las leyes. Por ese motivo, este precepto resulta vulnerado si el Poder Ejecutivo soslaya su obligación de reglamentar las leyes, aún cuando no se afecta otra norma constitucional. Es decir, en todos los casos en que exista una omisión reglamentaria, el Poder Ejecutivo lesiona al menos el inciso 3) del artículo 140, eso sin contar la posible vulneración a cualquier otra norma que reconozca un derecho y que se vea afectada por esa omisión; en tales casos, dicha omisión es susceptible de control por la vía del recurso de amparo si esa inactividad está vinculada al disfrute de un derecho fundamental; de no ser así, siempre se puede efectuar el control por la vía de la acción de inconstitucionalidad por omisión. Lo anterior, evidencia que el Poder Ejecutivo no cuenta con ningún grado de discrecionalidad en los casos en que la Constitución o la ley le establecen una obligación de reglamentar (...)" Sentencia número 1990-101.

dicha ley, dentro del plazo de noventa días a partir de su publicación, no obstante del informe rendido por las propias autoridades recurridas se desprende que a la fecha no se procedido a cumplir con lo dispuesto por dicho ordinal. A criterio de este Tribunal la inactividad del Poder Ejecutivo constituye una clara violación de los recurridos a lo dispuesto por el artículo 140 inciso 3) de la Constitución Política, omisión que es susceptible de ser conocida por vía del amparo, al estar en peligro el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado debido a la falta de emisión del reglamento antes mencionado. Lo anterior, por cuanto la norma que se echa de menos debe regular una serie de puntos relacionados con la pesca y la explotación adecuada de los recursos marítimos, conforme lo dispone la propia Ley 8436, tales como: a) la garantía económica que deberán rendir las entidades y empresas nacionales o extranjeras a las que se otorgue permiso de pesca con fines exploratorios -artículo 18-; b)las especies de tiburón carentes de valor comercial y el aprovechamiento que se dará a éstas para otros fines de la actividad pesquera -artículo 40-; c) el tamaño y pesos proporcionales de cada especie de camarón por capturar -artículo 45-; d) los requisitos de sustitución, construcción e importación de las embarcaciones palangreras, así como las dimensiones y los sistemas o artes de pesca -artículo 62-; e) el trámite que debe seguir el titular de un proyecto acuícola, desee introducir una o más especies diferentes de las concedidas inicialmente, ampliar o modificar el área que le fuera autorizada -artículo 85-; f) los lineamientos que debe seguir cualquier actividad de cultivo y manejo, independientemente del nivel y estadio de desarrollo de especies de flora y fauna acuáticas, para fines productivos o de investigación por parte de instituciones públicas o privadas -artículo 89-; g) los requisitos y las condiciones de traslado de especies acuáticas, nativas o exóticas, de un cuerpo de agua a otro del país - artículo 97- ; h) los requisitos y las condiciones necesarios que deberán cumplir los patrones de pesca o capitán de la embarcación pesquera.- artículo 118-; i) los requisitos mínimos que deberán cumplir las instalaciones portuarias y marinas utilizadas para el desembarco y la limpieza de las capturas. Los aspectos mencionados anteriormente, sin lugar a dudas guardan una íntima relación con la explotación y aprovechamiento sostenible de los recursos marítimos del país, de ahí que la falta de reglamentación adecuada de los mismos, sin duda alguna conlleva a poner en peligro los ecosistemas marinos y el medio ambiente en general, situación que puede generar repercusiones para la población de Costa Rica con el tiempo. Por otra parte, y sin demérito de lo anterior, conviene agregar que al estar de por medio el derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, las autoridades recurridas se encuentran en la obligación de garantizar la participación ciudadana en la elaboración del reglamento a la Ley de Pesca y Acuicultura, pues ello es un derecho que es inherente a los habitantes del país, en razón de lo dispuesto por el propio constituyente, tal y como se indicó en el considerando V de esta sentencia". Voto número: 2009-8065.

"Del análisis del caso este Tribunal verifica que la Ley Orgánica del Ambiente fue publicada en la Gaceta número 215 del trece de noviembre de mil novecientos noventa y cinco, de manera que, el Poder Ejecutivo desde hace trece años tenía la obligación legal de conformidad con los artículos 11 y 194 de la Constitución Política de regular el contenido del artículo 71 de la ley 7554, referente a la contaminación visual. De lo expuesto, y de conformidad con el artículo 49 párrafo segundo de la Ley de la Jurisdicción Constitucional mismo que establece: "Si el amparo hubiere sido establecido para que

una autoridad reglamente, cumpla o ejecute lo que una ley u otra disposición normativa ordena, dicha autoridad tendrá dos meses para cumplir con la prevención"; lo procedente es declarar con lugar el recurso por la omisión del Poder Ejecutivo de reglamentar el artículo 71 de la Ley Orgánica del Ambiente número 7554 publicada en la Gaceta número 215 del trece de noviembre de mil novecientos noventa y cinco. Se concede al Poder Ejecutivo el plazo de dos meses a partir de la notificación de esta sentencia, para que proceda a la reglamentación del artículo 71 de la Ley 7554". Voto número: 2008-11696.

"Ahora bien, luego de analizar los elementos aportados a los autos, estima este Tribunal que el accionante lleva razón en su reclamo, pues pese a que el numeral antes mencionado es claro en señalar que el Ministerio de Salud establecerá reglamentariamente los lineamientos generales para la recuperación y limpieza de los suelos afectados por contaminación, lo cierto es que han transcurrido más de 2 años desde la emisión de la Ley número 8839, el Poder Ejecutivo no ha procedido a emitir la normativa prevista por el artículo citado. Dicha omisión sin lugar a dudas constituye una lesión al artículo 50 de la Constitución Política, pues la falta del reglamento al artículo 46, impide contar con los parámetros y lineamientos técnicos del caso, para poder proceder a llevar a cabo la limpieza de las superficies contaminadas, por aquellas personas que resulten obligadas a ello. Así, en virtud de lo anterior, el recurso debe ser acogido, como en efecto se hace". Voto número: 2013-2656.

"La mayoría de los alegatos del recurrente referidos a las omisiones e incumplimientos del Ministerio de Salud respecto de la Ley número 8839, Ley para la Gestión Integral de Residuos, están relacionados con la falta de emisión de los distintos reglamentos a que hace referencia dicha ley. Para esta Sala dichas omisiones, y otras, pueden ser solventadas con la publicación de todos los reglamentos que faltan para implementar dicha ley. Así entonces, si bien es cierto el Ministerio recurridos ha procedido con la emisión de cuatro de los reglamentos de la Ley no.8839, es lo cierto que falta el reglamento general y varios importantes, como los mismos recurridos lo reconocen, ha sido una omisión que ha impedido cumplir a cabalidad con lo establecido en dicha ley, en detrimento del derecho a gozar de un ambiente sano. Se declara PARCIALMENTE CON lugar el recurso, en consecuencia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49 párrafo 2º de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, se ordena al Poder Ejecutivo, integrado por quienes ocupen los cargos de Presidente de la República y Ministros de Salud, y Ambiente, Energía y Telecomunicaciones que dentro del plazo de dos meses contados a partir de la notificación de esta sentencia, procedan a elaborar y emitir todos los reglamentos que hagan falta para implementar la Ley número 8839, "Ley para la Gestión Integral de Residuos", en cuenta, el Reglamento sobre la declaratoria de residuos de manejo especial, el Reglamento para la Clasificación y Manejo de Residuos Peligrosos, y el Reglamento sobre Sitios Contaminados y Valores Guía de Contaminantes de Suelos, Metodología para Estudios de Generación y Composición de residuos sólidos ordinarios; y cualquier otro que haga falta; y además a cumplir a cabalidad con todas las obligaciones dispuestas en dicha ley". Voto número 2013-3837.

En virtud de los principios de legalidad, vinculatoriedad de la normativa ambiental e inderogabilidad singular, en relación con el deber estatal de tutela del interés público ambiental, la aplicación eficaz del derecho ambiental se constituye en un imperativo.

Mediante el voto 2013-8596 la Sala Constitucional de la Corte Suprema de

Justicia tuvo la oportunidad de referirse a situaciones sostenidas y recurrentes de inobservancia de las disposiciones de la Ley de Zona Marítimo Terrestre:

"De manera que se estaría tolerando lo que considero una sistemática inobservancia de la Ley sobre la Zona Marítimo Terrestre, esto es, una deliberada desaplicación de esa normativa, pues nótese que en previas y reiteradas ocasiones la legislación ha pretendido regularizar ocupaciones ilegales, sin lograr erradicar la situación que se pretende justificar en cada ocasión. Así las cosas, a pesar de la ley número 5602 y de la gradualidad con que se dispuso aplicar la ley número 6043, con el transcurrir de los años lo que se ha dado es una franca desobediencia a esa normativa sin que se trate de problemas estructurales de la sociedad de origen espontáneo, sino de dificultades cuya génesis radica en la inercia del Estado. De conformidad con lo expuesto, una reforma legal como la propuesta y en una materia tan sensible en que se consientan actos de vulnerabilidad, lesiona en mi criterio, no solo la res pública y el principio constitucional de legalidad, sino que además significaría tolerar la falta de observancia por parte del Estado de otros principios, como el de in dubio pro natura , el cual tiene como objeto que exista una vigilancia activa, previa y oportuna por parte de las autoridades que no permita afianzar construcciones ilegales. De manera que lo evidenciado más bien, es que se han omitido seguir los controles previos dispuestos por el Estado para dar cumplimiento efectivo no solo a la normativa en general, sino también a la protección ambiental, toda vez que en este momento apenas podrían entrarse a determinar cuáles de esas construcciones han producido un daño o no al ambiente, cuando lo requerido es su prevención. Esta situación en el caso concreto, como indiqué, implica una violación al principio de legalidad, que sin duda alguna deviene de relevancia constitucional en la medida que se afecta la propia validez y efectividad del ordenamiento jurídico, así como al Estado de Derecho".

En el voto 2010-16378 la Sala Constitucional en virtud de la omisión del Ministerio de Ambiente y Energía de cobrar el canon por vertidos y del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados de pagarlo, declaró con lugar un recurso de amparo por violación por omisión del derecho a un ambiente sano y equilibrado, obligando a ambas instituciones estatales en un plazo de dos meses proceder con su implementación:

"Del anterior cuadro fáctico se concluye que el amparo es procedente. En efecto, en primer lugar, desde la fecha de entrada en vigencia del decreto No. 34431-MINAE, ha transcurrido un año y medio, sin que se haya comenzado con el cobro del canon a las personas que utilizan la red de alcantarillado sanitario del AyA. Dicha omisión evidentemente lesiona el derecho de los costarricenses a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, toda vez que el destino de los montos recaudados por el cobro de este canon, va encaminado a financiar proyectos de protección al medio ambiente y al recurso hídrico. Es entendible que el proceso de fijar los montos y establecer el canon a cobrar al AyA en el caso de los usuarios que utilizan la red de alcantarillado sanitario, conlleva un trámite complejo y coordinado. Sin embargo, resulta irrazonable que a dos años y medio aproximadamente de emitido el Reglamento del Canon Ambiental por Vertidos, todavía no se ha implementado el cobro. Nótese que de acuerdo a lo indicado a folio 67 del expediente, desde mayo del año pasado existe un acuerdo en el monto del canon para el sector domiciliar, comercial e industrial. En ese sentido, las omisiones apuntadas resultan reprochables. De acuerdo con lo expuesto, debe declararse con lugar recurso en cuanto este extremo. En mérito de lo dicho,

corresponde declarar con lugar el recurso en cuanto a este extremo se refiere, pues como ha quedado acreditado, la omisión del AyA ha causado un retardo injustificado en el cobro del Canon Ambiental por Vertidos".

III. Reconocimiento como principio autónomo y parámetro de constitucionalidad.

Es hasta el año 2010 que la Sala Constitucional reconoce de manera expresa el principio de no regresión de los derechos ambientales mediante una línea jurisprudencial que inicia con el voto número 2010-18702, derivándolo de los principios precautorio, objetivación de la tutela ambiental y de progresividad, en aplicación de lo que denominó "*interpretación evolutiva en la tutela del ambiente conforme al Derecho de la Constitución, que no admite una regresión en su perjuicio".* Al efecto dispuso:

"De tal forma, el principio precautorio encuentra aplicación en la medida que se carezca de certeza en cuanto al daño a producir y las medidas de mitigación o reparación que deben implementarse, pues al tenerse certeza sobre el tipo o magnitud del daño ambiental que puede producirse y de las medidas que deberán adoptarse en cada momento, se elimina todo sesgo de duda y, por consiguiente, resultaría impropio dar aplicación al principio precautorio. Dicho de otro modo, el principio precautorio debe ser aplicado en supuestos de duda razonable o incerteza, mas no cuando se tiene certeza del tipo de daño y de las medidas que deban adoptarse, ya que por su propia naturaleza resulta inviable la aplicación de este principio. Sin embargo, en el presente caso se echa de menos esta valoración. Ciertamente, cada concesión requerirá de previo un estudio de impacto ambiental evaluado por parte de SETENA, no obstante lo anterior, algunos de estos ecosistemas, por ejemplo las reservas marinas, son áreas que fueron protegidas precisamente con la intención de que en esta zona no se realice ninguna actividad extractiva y no se vea afectada tampoco, por ningún tipo de contaminación (escapes de motores, contaminaciones acústicas, contaminaciones luminosas, etc.), para que la flora y la fauna se vayan regenerando a lo largo del tiempo, hasta que sus poblaciones alcancen el mayor número de ejemplares que pueda haber en ese sitio; lo cual es totalmente excluyente con la concesión de una marina turística por los efectos que evidentemente lo alterarán. Otros ecosistemas de los citados puede ser que no requieran necesariamente una veda absoluta de toda actividad, pero cualquier autorización en ese sentido debe ser valorada y anticipada. Como ya se indicó, resulta irrazonable proteger unas zonas y otras no sin un criterio técnico que así lo sustente, pues ello resulta lesivo del principio precautorio y del principio de progresividad del ámbito de tutela de los derechos fundamentales".

Tratándose de la misma resolución arriba citada, pero esta vez su voto de minoría, los magistrados constitucionales disidentes reconocieron el vínculo entre la obligación de no regresión y los principios de gradualidad y progresividad:

"El legislador al desarrollar los derechos fundamentales debe velar por su progresiva intensificación y extensión de su eficacia y, en general, por su plena efectividad, para evitar cualquier regulación regresiva y restrictiva. (Ver, entre otras, sentencia número 2003-02794 de las catorce horas cincuenta y dos minutos del ocho de abril de dos mil tres). En materia ambiental el principio de progresividad implica por un lado la obligación de adoptar soluciones graduales,

evitando medidas drásticas en pro de la protección del entorno. La progresividad evita soluciones extremas que comporten la anulación de derechos fundamentales a las personas humanas balanceando los tres objetivos principales -ambiental, social y económico- ya mencionados. Por otro lado, como pauta de interpretación y operatividad de un derecho fundamental, la progresividad implica que el esfuerzo hecho por el Estado en cuanto a la protección del ambiente no puede disminuir, sino que debe ser cada vez mayor; sobre todo a partir de las reglas derivadas de los instrumentos internacionales de derechos humanos, como la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo o Declaración de Río. Del análisis de las normas transcritas estimamos, contrario a lo dispuesto por la mayoría de este Tribunal, que el proyecto de ley no lesiona el principio de progresividad".

En el voto 2012-1963 el Tribunal Constitucional reconoce el carácter prestacional de los derechos ambientales vinculando al principio de no regresión con el de progresividad en aras de resguardar el Patrimonio Natural del Estado:

"*Sobre el particular, estima este Tribunal que la norma, en sí misma, no resulta inconstitucional, pues, en primer término, se observa, claramente, que el precepto en consulta se refiere a la posesión de terrenos dentro de asentamientos o fincas inscritas a nombre del Instituto de Desarrollo Agrario y, de otra parte, el operador jurídico al momento de realizar las conductas establecidas en la norma –"medir, catastrar, segregar, otorgar título"– debe excluir, por imposición del artículo 50 constitucional, todos aquellos terrenos que tengan una vocación ambiental que integran el patrimonio natural del Estado. Este corolario tiene pleno sustento en el principio de no regresividad o, en sentido contrario, de progresividad en materia de protección del medio ambiente y de garantía del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, como derecho social o prestacional que es. En ese sentido, es preciso recalcar que las presuntas preocupaciones de los consultantes no derivan de la norma, en sí misma considerada, de ahí que, en la práctica, se debe exigir al operador que realice un análisis integral y sistemático del ordenamiento jurídico vigente, especialmente a la luz de los artículos 50, 69 y 89 constitucionales, a fin de excluir todos aquellos terrenos que carezcan de vocación agrícola y, más bien, deban destinarse a la tutela del medio ambiente. Lo anterior, en aras de proteger y resguardar los bienes pertenecientes al patrimonio natural del Estado".*

Por su parte, en la histórica resolución número 2012-13367, la Sala Constitucional desarrolla el principio de no regresividad como una garantía sustantiva de los derechos ambientales que prohíbe al Estado adoptar medidas, políticas ni aprobar normas que empeoren, sin justificación razonable ni proporcionada, los derechos alcanzados con anterioridad, derivándolo de los principios de progresividad de los derechos humanos, objetivación de la tutela ambiental e irretroactividad de las normas:

"V. Sobre los principios de progresividad y no regresión de la protección ambiental. El principio de progresividad de los derechos humanos ha sido reconocido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; entre otros instrumentos internacionales, se encuentra recogido en los artículos 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, artículo 1 y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo 1 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Al amparo de estas normas, el Estado asume

la obligación de ir aumentando, en la medida de sus posibilidades y desarrollo, los niveles de protección de los derechos humanos, de especial consideración aquellos, que como el derecho al ambiente (art. 11 del Protocolo), requieren de múltiples acciones positivas del Estado para su protección y pleno goce por todos sus titulares. Del principio de progresividad de los derechos humanos y del principio de irretroactividad de las normas en perjuicio de derechos adquiridos y situaciones jurídicas consolidadas, recogido en el numeral 34 de la Carta Magna, se deriva el principio de no regresividad o de irreversibilidad de los beneficios o protección alcanzada. El principio se erige como garantía sustantiva de los derechos, en este caso, del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, en virtud del cual el Estado se ve obligado a no adoptar medidas, políticas, ni aprobar normas jurídicas que empeoren, sin justificación razonable y proporcionada, la situación de los derechos alcanzada hasta entonces. Este principio no supone una irreversibilidad absoluta pues todos los Estados viven situaciones nacionales, de naturaleza económica, política, social o por causa de la naturaleza, que impactan negativamente en los logros alcanzados hasta entonces y obliga a replantearse a la baja el nuevo nivel de protección. En esos casos, el Derecho a la Constitución y los principios bajo examen obligan a justificar, a la luz de los parámetros constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad, la reducción de los niveles de protección. En este sentido, la Sala Constitucional ha expresado en su jurisprudencia, a propósito del derecho a la salud: "…conforme al PRINCIPIO DE NO REGRESIVIDAD, está prohibido tomar medidas que disminuyan la protección de derechos fundamentales. Así entonces, si el Estado costarricense, en aras de proteger el derecho a la salud y el derecho a la vida, tiene una política de apertura al acceso a los medicamentos, no puede -y mucho menos por medio de un Tratado Internacional- reducir tal acceso y hacerlo más restringido, bajo la excusa de proteger al comercio. (Sentencia de la Sala Constitucional Nº 9469-07). En relación con el derecho al ambiente dijo: ***"Lo anterior constituye una interpretación evolutiva en la tutela del ambiente conforme al Derecho de la Constitución, que no admite una regresión en su perjuicio." (****Sentencia de la Sala Constitucional Nº 18702-10). En consecuencia, en aplicación de estos dos principios, la Sala Constitucional ha establecido que es constitucionalmente válido ampliar por decreto ejecutivo la extensión física de las áreas de protección (principio de progresividad); sin embargo, la reducción solo se puede dar por ley y previa realización de un estudio técnico ajustado a los principios razonabilidad y proporcionalidad, a las exigencias de equilibrio ecológico y de un ambiente sano, y al bienestar general de la población, que sirva para justificar la medida. El derecho vale lo que valen sus garantías, por ello se produce una violación de estos principios cuando el estudio técnico incumple las exigencias constitucionales y técnicas requeridas. Si tal garantía resulta transgredida, también lo será el derecho fundamental que la garantía protege y es en esa medida, que la reducción de las áreas protegidas sería inconstitucional".*

Esta misma resolución explica en qué situaciones no se violenta el principio de no regresión, así como su vinculación con el principio de inderogabilidad singular de la normativa:

"La regresividad en los niveles de protección debe estar plenamente justificada. El estudio tiene que justificar con criterio científico sustentado que la desafectación es una medida viable desde la perspectiva ambiental en el marco de una político de desarrollo sostenible, de lo contrario deviene en una transgresión del principio de no regresividad

o irreversibilidad de la protección en los términos explicados supra y una violación material del principio de inderogabilidad singular de las normas".

En esta línea, el voto 2013-10158, reitera el carácter de principio constitucional a la no regresión relacionándolo con los principios precautorio, objetivación de la tutela ambiental y de progresividad, pero además en esta ocasión, lo elevó al rango de parámetro de constitucionalidad, al disponer que toda regresión deviene en inconstitucional. Al respecto expuso:

"Un proyecto como el que se consulta contiene múltiples imprecisiones en su diseño normativo, comprobándose los argumentos que exponen los consultantes, referidos a: la falta de régimen transitorio, la falta de límites a la cantidad de concesiones a otorgar o al plazo de estas, la poca claridad sobre el término de "estructura", la nula delimitación de las áreas que ameritan un trato especial por ser población históricamente postergada, inexistencia de un inventario claro quienes resultarán ser los eventuales beneficiarios de la ley (la identificación de los beneficiarios, y su individualización), la determinación del impacto ambiental, entre muchas otras omisiones. Estas omisiones e imprecisiones confirman que al pretender hacer regular una situación irregular, se está haciendo en detrimento frontal de nuestro demanio público, pues ello implicaría una regresión en la zona marítimo terrestre y esa regresión deviene en inconstitucional".

"Respecto al Refugio Nacional de Vida Silvestre Ostional en acatamiento del Principio Precautorio, se requiere de previo a la declaratoria como territorio costero comunitario y a la concesión –tal y como lo señalan las y los diputadas y disputados consultantes- de un estudio de impacto ambiental evaluado por parte de Secretaría Técnica Ambiental, de modo tal que se demuestre el tipo de daño y las medidas que deban adoptarse, estudio que se echa de menos en esta iniciativa de ley, ya que no podría dejar de protegerse un refugio sin criterios técnicos que así lo respalden. Por lo tanto dicha omisión implica una violación del principio precautorio y del principio de progresividad del ámbito de tutela de los derechos fundamentales, aspecto señalado en el vicio de forma analizado en esta sentencia."

Conclusiones

De las sentencias constitucionales antes expuestas es posible deducir la existencia de una línea jurisprudencial que reconoce abiertamente el proceso constante e inacabado de conformación y consolidación de los derechos humanos que impone al Estado el deber de brindarles respeto y garantía, obligación que es creciente, gradual y progresiva en procura siempre de mejores y más adecuadas instancias de protección y exigible en todas los estadios de su desarrollo y crecimiento.

Esta misma línea jurisprudencial que reconoce la gradualidad, progresividad y excepcionalmente el mantenimiento de los derechos humanos, impide a la vez todo género de medidas regresivas sobre lo ya alcanzado que supongan un retroceso en su tutela y efectividad a través de disposiciones legales o administrativas carentes de motivación técnica suficiente.

Ante esta realidad, el principio constitucional de no regresión se posiciona actualmente como una garantía sustantiva de los derechos ambientales que prohíbe al Estado adoptar políticas y aprobar normas que empeoren, sin justificación razonable ni proporcionada, el nivel actual de protección y toda mejora que haya experimentado desde entonces, en beneficio de las presentes y futuras generaciones.

Bibliografía

Berros, María Valeria y Sbresso Luciana, Primeras señales sobre el principio de no regresión en materia ambiental en Argentina. Un estado de la cuestión, en El nuevo principio de no regresión en derecho ambiental, Bruxelles : Editions Bruylant, 2012.

Berros, María Valera, Construyendo el principio de no regresión en el Derecho argentino, JA,2011-IV, fasc. N.13, 2011.

Fernández Fernández, Edgar, La incoherencia del régimen jurídico surgido del voto de la Sala Constitucional para el Refugio de Vida Silvestre San Lucas, en Revista Ambientico, No. 206, noviembre 2010.

Peña Chacón, Mario, El Principio de no regresión ambiental en el derecho comparado latinoamericano, PNUD, 2013.

Peña Chacón, Mario, El Derecho Internacional Ambiental como fundamento del Principio de Prohibición de Retroceso, en Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales, número 8, mayo 2013, accesible en: http://www.ijeditores.com.ar/index.php?ididioma=1&idcontenido=-2&idpublicacion=19&view=1&PHPSESSID=b0a1ae9fea7edbe0d33db7164ecbad6e; en Dial.com, Biblioteca Jurídica Online, Suplemento de Derecho Ambiental, junio 2013, Argentina, www.eldial.com/suplementos/ambiental/ambiental.asp.; en Derecho Ambiental y Cultural, Revista del Instituto Peruano de Derecho Ambiental y Patrimonio Cultural, número 1, agosto 2013, Perú.

Peña Chacón, Mario, La Ley Orgánica del Ambiente y el Principio de No Regresión, en Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales, número 7, febrero 2013, accesible en: http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=64177&print=2; en elDial.com, Biblioteca Jurídica Online, Suplemento de Derecho Ambiental, marzo 2013, Argentina, www.eldial.com/suplementos/ambiental/ambiental.asp.

Peña Chacón, Mario, Los principios de objetivación de la tutela ambiental, irreductibilidad de espacios sometidos a régimen especial de protección y su relación con la prohibición de retroceso, en Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales, número 7, febrero 2013, accesible en: http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=64426&print=2; en Dial.com, Biblioteca Jurídica Online, Suplemento de Derecho Ambiental, abril 2013, Argentina, www.eldial.com/suplementos/ambiental/ambiental.asp; en Revista Judicial 108, junio 2013, Costa Rica; en Revista de Direito Ambiental, RDA año 18, número 71, julio - setiembre 2013, Brasil.

Peña Chacón, Mario, El CAFTA-DR y la prohibición de retroceso ambiental en Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales, número 7, febrero 2013, accesible en: http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=64426&print=2

Peña Chacón, Mario, Gobernanza Territorial y principio de no regresión, en elDial.com, Biblioteca Jurídica Online, Suplemento de Derecho Ambiental, julio 2013, Argentina, www.eldial.com/suplementos/ambiental/ambiental.asp; , en Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales, número 9, agosto 2013, accesible en: http://www.ijeditores.com.ar/abm_news_publicacion.php?idpublicacion=19&ideedicion=270 ; en Lex, Difusión y Análisis, 4ta época, año XVIII, junio y julio 2013, México.

Peña Chacón, Mario, “Los derechos adquiridos de buena fe y sus implicaciones ambientales”, publicado en Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales, número 10, noviembre 2013, accesible en: http://www.ijeditores.com.ar/abm_news_publicacion.php?idpublicacion=19&idedicion=301

Piza Escalante, Rodolfo, La Justicia Constitucional en Costa Rica, Editorial Investigaciones Jurídicas, 2004.

Prieur, Michel, El nuevo principio de no regresión en derecho ambiental, Bruxelles: Editions Bruylant, 2012.

APUNTES SOCIOLÓGICOS PARA UNA ACCIÓN CONCERTADA

Lic. Fernando Coto Martén
Servicio en Sociología, SBA

1) PROPUESTA PARA LA ACCION Y EL DESARROLLO DE PROGRAMAS SOCIALES

Objetivo: Desarrollar un proceso de sensibilización y de entendimiento creativo de doble vía (indígenas-funcionarios), que incida en la recuperación de los valores culturales con vocación de futuro (en correspondencia con el derecho a la salud y a la seguridad social) y que posibilite la asunción de canales de información y participación, todo en vista a mejorar el acceso a la atención integral y el fortalecimiento de la salud.

2) SENTIDO DE LA CONSULTA Y DE NUESTRA MISIÓN

A partir del año 1999 se desarrollaron sendos Talleres de Priorización de Necesidades (Plan Nacional de Desarrollo para los Pueblos Indígenas de Costa Rica (1998-2002) en los diferentes Territorios Indígenas de la Región Brunca. Se parte de un "diagnóstico situacional consabido"; los y las indígenas lo que quieren son hechos, por parte de las Instituciones y que se les de el lugar que les corresponde.

Nos integramos a las Jornadas de Actualización de Información, con un sorbo de aire fresco. Participamos en la Comisión Técnica Interinstitucional, con aportes sustantivos, llevando la voz cantante y ocupando la vanguardia entre las diferentes Instituciones. Hicimos honra a nuestra palabra, al cumplir la mayoría de los acuerdos establecidos con las comunidades, tanto en Buenos Aires como en Coto Brus, lugares en los que se nos encomendó el trabajo, en asocio de un equipo de compañeros y compañeras de la Dirección Regional y de la entonces Clínica de Buenos Aires. Participamos de las respectivas Mesas de Negociación que implementó el PDR de la Región Brunca y el Ministerio de la Presidencia, en conjunto con los y las indígenas.

Hay un aspecto en que estamos en deuda con los y las Guaymies. Hasta sus mismos dirigentes le hicieron el juego a la imposición y dejaron de ser lo resueltos y consecuentes que debieron haber sido.

Se nos olvidó que se debía de hacer traducción diferida, que las sesiones se tenían que haber desarrollado en su lengua materna, para que sobre todo las mujeres se pudieran expresar con mayor acierto. En esto falló el PDR, se separó de la recomendación técnica, por comodidad y "ahorro" de tiempo y recursos. Se sacrificó la eficacia, el cumplimiento verdadero de los objetivos. Dadas las circunstancias aquellas, la actividad se tenía que haber desarrollado

en lengua Guaymie. Se "perdió" la lengua, cosa que significa perderse uno mismo (a).

Nos parece que en esto no se puede escatimar, pues entonces lo que hacemos es asumir la misma actitud de los conquistadores, que para ponerse en ventaja, le quitaron su lengua a algunos de nuestros ancestros y los obligaron a que aprendieran la de ellos.

En concreto y para entrar en materia, mencionaremos uno solo uno de los rubros, la obra en infraestructura que se hizo durante la antepasada administración es fuerte y esbelta. Pero, consideramos que el deseo y la meta de eliminar la pobreza en indígenas, de la Administración de Don Oscar Arias, supera cualquier intento en el pasado, esfuerzos que evidentemente generarán, un fuerte impacto positivo en la calidad de vida y en la autoestima de los pueblos indígenas. No obstante, debemos tener cuidado con expectativas demasiado desmesuradas y ocuparnos por poner andar un proceso de representación adecuado y sistemático, haciendo énfasis especial en el rol que han de desempeñar los pueblos indígenas.

Desde nuestra perspectiva, es a través de la planificación estratégica, la contrastación con datos frescos, cualitativos y (o) cuantitativos y la consulta popular el modo a través del cual tomamos decisiones pertinentes y acertadas, de acuerdo a los intereses y la identidad de los y las indígenas. La dinámica se hace manifiesta, con el concurso de las organizaciones indígenas involucradas y los (as) diversos actores que hacen presencia en este gran trabajo de campo.

El engranaje construido remata en un análisis concertado, en un foro primigenio, en un cambio de mentalidad que se expande al ritmo de las buenas vibraciones. La ley del contagio social en acción; también, la propulsión, el impulso a la propia capacidad de las comunidades de confrontar sus problemas y tejer en conjunto la nueva estructura social.

Para alcanzar nuestros fines nos hemos servido del imaginario colectivo aborigen. Lo enriquecemos, con el apoyo de los y las indígenas, quienes nos ayudan a "destilar" una serie de símbolos y representaciones socioculturales, en los diferentes escenarios de la interacción humana. La Oda al Proyecto de Salud Comunitario Preventivo de la Localidad de Ujarrás es una buena muestra del significado trascendental que tiene el cambio de actitud y el ser positivo (a).

Como ingredientes y requisitos para este gran salto adelante, generador de una fuerte cohesión sociocultural: una auténtica espiritualidad, impregnada de espontaneidad y un sentido de preferencia por lo lúdico.

Este es nuestro aserto. Con el soporte de toda una gama de dispositivos artísticos y con el impulso de los estímulos morales que enarbola el facilitador, el producto-mensaje "emerge" fortalecido, a la superficie de la conciencia social. Con una intención entusiasta, dadas las condiciones para la plena utilización de las herramientas estratégicas para la acción, se abre el espacio para el concurso de voluntades, la amalgama de sensaciones, la sinergia y la solidaridad emotiva, preludio de la mágica eclosión de la creación colectiva. Nuestro Plan Operativo se consolidará en la medida en que logremos hilvanar algunas acciones contundentes.

Comenzamos a avanzar en dirección correcta. Entramos en la dimensión drámatico-ritual y espléndida del laboratorio de la comunicación social. La gente reflexiona, se involucra y se decide a asumir los retos y a realizarse, a conquistar el porvenir. Albricias. Esta es la semblanza, el orgullo de la propia indianidad, la meta que aspiramos conseguir, el empoderamiento

de los pueblos indígenas, situación que encarna la obra de teatro Ditsopa, que fue escenificada y actuada por aborígenes, en ocasión de la Semana Indígena, en el Ministerio de Cultura, Juventud y Deportes, oct. de 1999.

Dentro de toda nuestra trayectoria, la primera consulta que desarrollamos fue la que se le hizo al Consejo AWAPA y a otros Médicos y Curanderos Indígenas, durante el mes de setiembre del año 1998. Se les preguntó sobre si estaban de acuerdo con la consulta mixta o integrada, con sus colegas no indígenas en los EBAIS o Puestos de Salud. Respondieron afirmativamente. En cambio, su posición fue la de no aceptar la fórmula que propusimos para patentizar sus medicinas o secretos, a partir de la conformación de una Sociedad de Médicos Indígenas y Parteras Tradicionales Indígenas, para inscribir esta propiedad intelectual comunitaria en el Registro. Cuestión, que de acuerdo con el lineamiento de la Señora Ministra de Salud, se quedará en el tintero, esperando que madure la situación y aumente la confianza hacia nosotros (as). Por el momento, estamos interesados en coadyuvar para que se produzca la sucesión de acuerdo al derecho consetudinario y comiencen a ejercer la solemnidad de los cargos de Parteras Tradicionales Indígenas, de Chamanes, Sukias o Curanderos las nuevas generaciones, quienes entonces serán los "reservorios" de este conocimiento tradicional que en efecto se transmitió.

Nos estamos refiriendo a la labor de reproducción sociocultural, mención o recordatorio que se hizo efectivo en ocasión del desarrollo de los prolegómenos o insumos necesarios para elaborar y suscribir el Convenio CAJA-ARADIKES. Nos referimos al modelo para el fortalecimiento de la salud, el acceso a la atención integral en salud, en cuenta a especialistas y cirujanos desde la comunidad, la referencia express; plazas de ATAPS para Indígenas, capacitación, la coordinación entre la medicina del orden público y la medicina tradicional, Comisión Técnica de Enlace, Junta de Salud, participación de la Sociedad Civil en la orientación del trabajo del CAIS etc. Por cierto, durante año 2003, La OIT se interesó por conocer de la aplicación práctica del Convenio, situación sin precedentes en el Continente Americano.

Posteriormente realizamos una consulta similar a las Parteras Indígenas, con resultados semejantes: están de acuerdo en integrarse a los espacios de participación en los Hospitales y Centros Médicos de la CAJA, hacer referencias para el control prenatal, estar al cuidado de las Emergencias y de una labor en Educación en Salud. Esto en ocasión de la suscripción de la Declaración del I Encuentro entre Parteras Tradicionales Indígenas y Parteras Empíricas con Obstétricas y Enfermeras del Hospital Escalante Pradilla, oct 2000.

3) EVALUACIÓN Y PROYECCIÓN TÉCNICA.

En forma permanente, desarrollamos por medio del laboratorio de la comunicación socio-cultural (se encuentra en las manos del pueblo) una evaluación concurrente del trabajo mancomunado que desarrollamos. De manera participativa, involucramos a la gente para que ella misma se pregunte y se cuestione en forma crítica los aspectos concernientes a nuestra gestión compartida, dejando a un lado cualquier prejuicio o complejo que limite su accionar.

De acuerdo a nuestra propuesta, al elevar su autoestima, en la interacción con los y las funcionarios (as), los y las nativas se encargan de ir superando la imagen

estereotipada que hasta el presente se tiene del indígena: su conformismo, pasividad, falta de seguridad y timidez al demandar atención, hacer un trámite o requerir un servicio. Fundamentalmente en la gente del Bloque Norte.

Entonces, (*) "a flor de labios, a través de los ojos y la piel", se genera un positivo y optimista estudio de la situación de salud autopercibida, que con el tiempo se convertirá en un sesudo análisis.

También se han cuestionado los trámites que se tienen que hacer, por ejemplo, para conseguir el Seguro por el Estado, los cuales para ser sinceros, le complican la vida a la población aborigen. No entienden todavía el por qué se tomaron las medidas, de dejar de recibir la hoja de la CONAI, fruto de la discordia.

El trabajo de llenar el formulario se le hace difícil al indígena promedio, según nos lo han manifestado de manera verbal y a través de varios reclamos, en virtud principalmente del problema de baja escolarización que arrastran.

Los cambios en la Dirección y en la Administración del CAIS nos trajeron aires de mesura, equilibrio y comprensión. Se dejó de "alabar al procedimiento" y se asumieron posiciones humanitarias e inteligentes, que hoy están a la orden del día, no obstante los juegos de poder que a veces se respiran.

Sucedió que el instructivo se comenzó a aplicar sin ninguna notificación o consulta previa a los interesados, cosa que se ha reconocido. Esperemos que tengamos la resolución a la vuelta de la esquina, para observar a la gente satisfecha; si es que en verdad realizamos la Campaña de Aseguramiento Masivo por el Estado, que inicialmente estaba prevista para llevarse a cabo durante el segundo semestre del 2007.

Se ha avanzado, pero falta consolidar una auténtica garantía, para que en verdad pueda ser asequible la información que está en las tarjetas de los ATAPS. Hemos contribuido con un granito de arena, a través de algunas comunicaciones que realizamos.

En un momento la Oficina de Validación de Derechos de San José cambió en algunos aspectos el Instructivo que actualmente rige y que se utiliza para el otorgamiento del carnet de asegurado por el Estado a indígenas. El hecho es que con su aplicación, quedaron en evidencia el cúmulo de inconsistencias que contenía, las que por cierto se subsanaron, primariamente, utilizando para los trámites las listas de habitantes preparadas por las Asociaciones Indígenas. Repetimos: había un aspecto extremadamente oneroso, que es el pago de mil colones por certificación de bienes inmuebles expedida por la Municipalidad.

Por lo pronto, la directriz a aplicarse es "nadie con problemas de identificación o que no tenga su documento vigente", se le vaya a rechazar en consulta o a "facturarlo". Sin embargo, es claro que los trámites habrá que hacerlos!!!

Por nuestra parte pretendimos forjar una alternativa y facilitarles el procedimiento que para ellos y ellas es engorroso. Es un hecho que persisten en dejar de hacer los trámites hasta el final, cuando el carnet lo tienen vencido.

Observemos las peripecias, que tuvimos que enarbolar. En un inicio, apelamos a la CONAI local, para que se encargara de hacer o conseguir listas de los indígenas que habitan en los Territorios Indígenas del Cantón de Buenos Aires, sin ningún resultado positivo. Les faltó agilidad, concreción, sentido de la oportunidad. Por cierto, el funcionario argumentaba que el estudio o carta de la CONAI no era el adecuado.

También al principio de esta gestión, nos reunimos con el exalcalde de Buenos Aires, Msc. Geovani Fallas (2002-2006). Le pedimos su apoyo, para que se pudieran elaborar certificaciones colectivas de bienes inmuebles, cosa que simplificaría y haría más barato para el usuario, el servicio que presta la Comuna, al conectarse con el Registro Público. Este funcionario, en ocasión de la visita de la señora Ministra de Salud, Dra. Rocío Sáenz, avaló nuestra posición, cosa que cuando nos reunimos en la Municipalidad había dejado de hacer.

No obstante, apuntó que había que hacer una solicitud al Consejo Municipal en esta dirección e invocar el CONVENIO CAJA-CONAI.

A pesar que nuestra gestión pretendía vertebrar el trabajo del Estado y hacer eco del clamor popular, siempre consideramos una ocurrencia o un "sin sentido", el incluir el requisito de la certificación de bienes inmuebles. Estaríamos pensando en la posibilidad que los indígenas tengan bienes inscritos a su nombre, cuando los títulos de propiedad de sus tierras en los Territorios Indígenas están en manos de la ADI Indígena correspondiente. Habrán tal vez algunos que podrían tener un patrimonio, pero son los menos. Entonces, nos parece inconveniente y contrario con el principio de equidad, el que se obligue a las mayorías pobres, a sacar el dinero para sufragar unos timbres.

La idea de estructurar un manual adecuado a la realidad bonaerense, la hizo manifiesta la Dra. Kemly Picado, en tanto Subgerente Médica de Regiones. Consideramos que se ha de poner en funcionamiento, a corto plazo, como alternativa, para simplificar los trámites.

Por su parte, el nuevo instructivo se confeccionó, recogiendo los criterios de las ADIS Indígenas y de la CONAI, proceso que se echó a andar. Ante esto, es evidente que hay que tomar en cuenta la correlación de fuerzas existente en el Cantón. Ya se tomó la decisión sobre quien es el o los llamados o tienen legitimidad para colaborar con los trámites o requisitos que pide la CAJA, de acuerdo a una mínima lógica y al espíritu del Convenio. También sobre el asunto de la supervisión y el establecimiento de la condición de indígena, la utilización de criterios subjetivos u objetivos. Son las ADIS indígenas a quienes les toca hacer la definición y a nuestros (as) funcionarios (as) respetarla. Una lucha de largos años, que se logró coronar. Para nosotros, nada esto es cosa nueva, pues desde hace tiempo acudimos a foros, seminarios y eventos sobre estos tópicos y además, nos hemos dedicado a estudiar este asunto.

El punto es que hay que superar cualquier disputa o detener cualquier conflicto, que vaya en detrimento del derecho a la Seguridad Social que cobija a los indígenas. Hay que saber conciliar y llegar a un acuerdo entre los interesados; sobre todo, ha de privar el interés de las mayorías. Por lo pronto consideramos prioritario valorar la siguiente circunstancia o caso que se presenta; según nuestro entender, una mujer indígena que habite en Territorio Indígena y que tiene a un no indígena como compañero, cumple con los requisitos, junto a su marido. Sucederá igual si es el hombre el indígena y la mujer la no indígena; o si la circunstancia de que una familia habite fuera del Territorio Indígena, hace que pierda sus derechos que como aborigen tiene? Esto podría el tema para una reunión que se convoque.

El mecanismo operativo al que hicimos alusión más arriba (*), se hace vivencia además en ocasión de la labor de construir puentes y agilizar trámites que realizamos en forma oportuna, a la hora de la atención médica o administrativa y al poner en marcha las nuevas formas de organización social

con las que trabajamos. En este sentido, nos convertimos en el soporte idóneo del cuerpo médico, garantía de calidez y de mejoramiento continuo de la calidad de la atención que le brindamos a la población nativa, de respeto a sus derechos humanos. Lo anterior en razón de que conocemos su condición de vulnerabilidad y (o) riesgo social que "padecen", su rezago social, vivencia cotidiana, y la opresión de que ha sido víctimas, aunada al paternalismo estatal que los ha mal acostumbrado: la cadena de errores y desaciertos en que hemos caído. Echamos a andar una novedosa metodología de investigación-acción, que valora en alto grado la participación de la gente en el proceso científico. Nos ponemos a tono con la realidad y abrimos los espacios pertinentes, para alimentarnos con el mismo conocimiento popular.

Vale afirmar que en esta encrucijada, se hace palpable que ellos y ellas deberán ser los primeros, los que tendrán que intentar ayudarse a sí mismos (as).

Ahora nos toca analizar qué sucede con las entrevistas, encuestas y trabajos de campo desarrollados a través del tiempo (1998-2007), que persiguen recabar la opinión de los y las indígenas sobre diversos tópicos. En el año 2004 desarrollamos una investigación social sobre la atención a indígenas por el Servicio de Emergencias del CAIS (Centro de Atención Integral en Salud de Buenos Aires), tomando el cuenta el lugar de procedencia de la persona y el pueblo a que pertenece. Nos centramos en las diez o doce enfermedades más frecuentes y en las personas que consultan al respecto.

Encuestamos a la gente para conocer su edad y el sexo. Del gremio médico obtenemos el diagnóstico y si hay referencia o traslado para el cliente. También conocemos si se le manda a Observación y sobre la Revaloración. Hacemos observación en la Sala de Observación, seguimiento de casos y motivación entre los funcionarios, para un buen trato. Esta representó nuestra tarima para el desarrollo de la ciencia.

La información que sistematizó la investigación tiene un gran valor para el trabajo en el primer nivel de atención, la atención primaria que se da en las comunidades. La idea consiste en: incidir en la prevención de las enfermedades y conocer los estados de riesgo sanitario y (o) social. También, aplicamos una óptica centrada en la promoción de la salud y echamos a andar una novedosa metodología de investigación. Pero hasta ahí quedamos. Pues faltó que esta información bajara y fuera asumida por el primer nivel de atención. Darle continuidad a un trabajo para fortalecer la atención primaria a indígenas.

También nos interesó conocer los problemas de salud como un todo. El viernes 18 de junio del 2004 en un Taller de Jerarquización de Problemas de Salud (N º 5 de Planificación Estratégica), dirigido por la Dra. Daisy Corrales de la UEPS BID-CAJA, sobresalieron los relativos a la Violencia Intrafamiliar y la Mal Nutrición en el Territorio Indígena de Ujarrás.

De igual forma, se promovió la participación social en la elaboración de la situación de salud (ASIS). El lunes 14 de junio 2004 asistimos al Territorio Indígena de Ujarrás. Dentro de los problemas locales se mencionan además de los ya mencionados, la presencia de chicheras comerciales, la vagancia (el estilo de vida originario viene "de menos", la gente deja de trabajar por cuenta propia y para el autoconsumo), la sobreexplotación a jornaleros indígenas, que reciben salario en especie (en chicha). Se presenta una actitud evasiva y ser incrementa la violencia intrafamiliar, los indígenas dejan de contribuir a la manutención de la progenie; se va perdiendo la memoria histórica y tienden a

relajarse los lazos de solidaridad tipo Mano Vuelta o Juntas). Hacen acto de presencia los adictos crónicos a la chicha, además que el fermento se vende en chicheras comerciales.

También, en algunas ocasiones le echan "precursores dañinos" o lo hacen a partir de una frutilla que es mala para la digestión y los nervios.

Otro de los problemas mencionados es el de la tenencia de la tierra (gran cantidad de tierra en manos de poseedores no indígenas, de mala fe), los puentes sobre el Río Ceibo y el deterioro de la infraestructura del Puesto de Salud de San Vicente.

Vale hacer mención que en el año de 2001, durante la Evaluación de las Areas de Salud, Hospitales y Clínicas de la Región Brunca, el Proyecto de Fortalecimiento de la Salud, el Acceso a la Atención Integral en Salud y la Participación Social en el área deprimida de Coto Brus: (La Casona, Territorio Indígena Guaymie) fue sujeto a una evaluación expost factum, saliendo por la puerta grande, con el aplauso unánime de las autoridades, doctores y directores administrativos (Palmar Norte, 2001). Esta fue la tercera edición del proyecto. Las anteriores se desarrollaron en Ujarrás (1999) y Boruca (2000). Es bueno apuntar que el patrón que se contempla en los Proyectos es común, si bien para su ejecución se tomó muy en cuenta la propia y particular especificidad cultural.

A la Casona entramos en Junio del 2001, cuando la bacteria "Shegeilla" había provocado la deshidratación de una niña de la comunidad, quien lamentablemente había fallecido. Como primera medida nos abocamos a motivar a la gente, para que usaran la letrina, pues la defecación silvestre era nuestro principal enemigo. Además, para enfrentar esta amenaza, nos dispusimos hacer un concienzudo trabajo a favor de la higiene y la correcta manipulación de los alimentos, compartiendo la mesa de los y las indígenas. Más adelante desarrollamos varias dinámicas, con un grupo mujeres de un Proyecto de Vivero y Lumbricario (acción interinstitucional agrícola MAG,CNP,CAJA, INA), con el propósito de hacerlas participar de un juego (relación de intercambio cultural) propia de la tradición hispánica y para recoger sus impresiones sobre la cultura de los no indígenas.

También se integraron a las Ferias de Salud del Area de Salud de Coto Brus en su papel de artesanas.

Además contribuimos con la entrega de herramientas y botas de hule a las mujeres, para su trabajo, cuestión que también se proyectó a la Huerta Comunitaria Demostrativa, componente primordial del Proyecto que llevamos a cabo y cuya puesta en marcha se había negociado durante el Taller de Priorización de Necesidades.

Se involucró a la niñez de la Escuela, al trabajo de mantenimiento y al aprendizaje, a cambio de llevarse productos frescos a sus casas. También logramos hacerle una referencia express para el Hospital de Neily a un Médico Indígena que tenía catarata, con lo que pudo volver a ver y a desarrollar su trabajo. Después de haber sido rechazado en el Hospital de San Vito en consulta externa y dejado a un lado por el ATAPI de la Casona, por ser un "indocumentado de origen panameño" que tenía una chichera. El mismo juez de San Vito los eximió cuando se les denunció, pues consideró que el negocio era mínimo y era cuestión de su cultura.

Por nuestro parte, procedimos conforme a derecho y establecimos el respectivo correctivo. Al estar cubierto por el Convenio 169 del OIT (no se puede discriminar a un miembro de un pueblo indígena, que se ha visto "dividido" por la existencia de una

frontera política) y a la luz del Convenio CAJA-ARADIKES, hicimos la gestión para beneficiar a don Abel Hurtado, quien cuenta con el aprecio de sus congéneres y mantiene el prestigio de su posición.

Lo operó el Especialista y Cirujano Oftalmólogo Dr. Tovar. Precisamente, el 1 de enero del 2002, en la segunda página de La Nación, sale la noticia que recorrió el mundo: " Con una mano de los blancos."

También viajamos al Albergue Iztairú en Tres Ríos con los y las Guaymies, a participar del Encuentro Internacional de la Red de las Luz, en conjunto con una delegación de artesanos (as) Bruncas. En una atmósfera de gran entusiasmo, las delegaciones extranjeras se integraron de lleno a la danza Bogütà, a la ceremonia del fuego y la preparación de la bebida de cacao, para ser tomado de manera compartida en un gran huacal. Esta actividad produjo una un encantamiento en la gente y marcó la pauta, sobrevino la impronta y el encantamiento sublime. Con un sello autóctono y originario, se le dio un soplo creativo al evento. Los y las Guaymies fueron nuestros (as) mejores representantes y embajadoras (es).

En la Sesión de Evaluación, decidimos exponer en forma puntual la estrategia de intervención en la realidad que hizo posible la captación de las mujeres embarazadas para que asistieran a control prenatal (salud reproductiva). Este es un primer paso, para con el tiempo tomen la decisión, con la información en la mano, de que pueden controlar su natalidad, en cuenta utilizando anticonceptivos propios de su cultura. Se trata de que en verdad comprendan que lo más adecuado es distanciar los nacimientos y planear el número de hijos (as) que puedan mantener. Y esto, pensando en la salud de la madre y en la de las criaturas, en su futuro y en la cuestión ética de la manutención. El otro paso importante que han de dar las mujeres sería el cobrar ánimo, para hacerse cuando corresponda el examen de Papanicolau y dejar atrás sus vergüenzas.

En el pasado sucedía que las guaymies embarazadas rechazaban nuestra consulta. Epoca en que existía una Consulta de Choque. Nuestra llegada coincide con la introducción de la Consulta Programada, en el propio Puesto de Salud de la comunidad, durante la visita médica.

En asocio de las Parteras Tradicionales Indígenas y a partir de los Encuentros realizados, I Encuentro entre Parteras Tradicionales Indígenas y Parteras Empíricas con Obstétricas y Enfermeras del Hospital Escalante Pradilla (Oct 2000, San Isidro P.Z., como parte del proyecto Comunitario Preventivo de la Localidad de Boruca, con la participación de Parteras Teribes, Guaymies y Bruncas) y otros Encuentros más entre indígenas, patrocinados por la Fundación Costa Rica-Canadá, y en función del carnet de Servidoras de la Salud que se les otorgó a las indígenas bonaerenses que habían recibido el curso de capacitación, logramos avanzar por el sendero del intercambio cultural y el enlace entre las culturas, tomando muy en cuenta las propias especificidades culturales indígenas y contemplando el derecho que tienen a parir en sus hogares. En efecto, por su propia voluntad, las mujeres embarazadas cambiaron de parecer y asistieron al control prenatal y se pusieron a tomar ácido fólico, para prevenir las enfermedades congénitas y bajar la mortalidad infantil. Y hierro, para evitar la anemia en la madre y la desnutrición en la criatura.

Todo esto teniendo en mira o en dirección a construir un sistema de salud respetuoso de la dignidad de las personas, que reconoce las instituciones tradicionales indígenas, la artesanía como modo de producción original y su relación con la salud mental y sabe coordinar con la medicina tradicional.

4) CONSTRUCCIÓN DE UNA MATRIZ FODA, A LA LUZ DE SUS INTERESES, POR PARTE DE LOS Y LAS INDÍGENAS BRIBRIS, DE SAN RAFAEL DE CABAGRA.

Sirvió para darle fundamento a la Ejecución inicial del Proyecto de Salud BID-CAJA. El Proyecto contempló una evaluación en el año 2005. Se verificará la formulación de la propuesta desarrollada, utilizando el formulario tipo para la elaboración de intervenciones indicada en la ficha técnica 101011. Plan Estratégico Local, año 2004. Meta: que para el año 2006, nuestra Area de Salud de Buenos Aires, le este brindando una atención integral en salud a su población indígena, cuestión que no se cumplió, por diversos avatares o vicisitudes sufridas.

Del mismo modo, nos integramos en asocio de una trabajadora social y la enfermera obstétrica a la III Feria de la Salud del EBAIS de las Brisas, Cabagra (junio del 2004), con una charla sobre el siguiente tema: Visión Sociocultural de la Maternidad, el Mito del Nacimiento de la Tierra. También hubo una charla sobre Violencia Domiciliar y se desarrolló una Conserjería sobre Salud Sexual, a cargo de las compañeras, "enganche" que pudo desplegarse aún más, si se hubiera establecido una solución de continuidad consistente, con su respectivo trabajo de campo a futuro. Todo esto en virtud del gesto inicial desarrollado, la acción social con arreglo a fines propuesta, la disciplina del trabajo en equipo, las redes sociales forjadas y el enfoque de derechos. Sucedió que el posicionamiento del Servicio en Sociología y la ética de la responsabilidad que nos gobierna, la interacción social, la coordinación con la medicina natural, el análisis de totalidades, la intervención en la realidad y la representación sociocultural que impulsamos, les generó una desazón indescriptible.

Sin embargo, este avance significativo remató en la mejora de la nota de compromisos de gestión para los años subsiguientes. Hay más confianza. Nos satisface haber puesto en movimiento el imaginario colectivo y trabajado con mucha integración.

Recapitulamos. Por nuestra parte, realizamos una labor de ubicación entre la gente de los clanes de pertenencia. Permanece viva la memoria histórica. A su vez, hicimos una alusión: en cierta manera las mujeres consideran que vienen al mundo solo a reproducirse, cuestión que hay que ir superando, lo mismo que una injusta situación: que sean las mujeres quienes se encargan de la manutención de la progenie (contenidos éticos de la manutención). Esta realidad es común en los Territorios Indígenas. Por esto y en razón de algunos valores de cambio que hay que promover, sugerimos que se desarrollen los esfuerzos necesarios para que se cumpla con la ley de la paternidad responsable en los Territorios Indígenas, en todos sus extremos. En este mismo sentido, presentamos ante la Dirección Nacional de Proyectos de la CAJA la propuesta denominada "Referencia a control prenatal por parte de Parteras Tradicionales Indígenas" que incluye el desarrollo de talleres de educación sexual para jóvenes y mujeres en edad fértil. Por cierto, el cambio en la jerarquía institucional en el 2006, dejó a un lado esta bella iniciativa. Es bueno apuntar que la organización indígena del Territorio Indígena de Cabagra, Asociación de Desarrollo Integral, se interesó en incluir en su página web el proyecto.

Del mismo modo, con el Ministerio de Salud hicimos un enlace para organizar un taller sobre responsabilidad compartida entre hombres y mujeres, en materia de salud

sexual y reproductiva y redes de cuido. Una perspectiva sociológica comprensiva.

Resulta evidente que no podemos abrirle campo a un nuevo ciclo de reproducción de la pobreza sino concebir un círculo virtuoso.

Consideramos que la mujer ha de tener oportunidad para disfrutar del derecho a la recreación, a la salud y a la educación. En esto, las Telesecundarias en los Territorios indígenas están abriendo el sendero, pues son portadoras y plantean una alternativa de crecimiento y de preparación para las féminas **(Postergación hasta los veinte años del inicio de la maternidad, espaciamiento entre los (as) hijas etc).**

El hecho de que la mujer permanezca atada a las labores domésticas, en su casa o como empleada, no puede ser observado como algo natural. Hay que hacer una gran labor de convencimiento, para actualizarnos y ponernos a tono con las nuevas corrientes que claman por justicia e igualdad. Nos pronunciamos a favor de que se honren las obligaciones con la progenie, tanto por parte de los hombres como de las mujeres y de que en última instancia exista una alternativa a la prisión.

Nuestro argumento: si la muchachada ya entró en actividad sexual, si es el caso, que planifiquen, el o ella y que le hablen con sinceridad al médico o al ATAPI. **(En esto habría que tomar en cuenta el evento patrocinado por UNICEF y CONAI con las Asociaciones de Desarrollo Integral Indígenas en donde inicialmente se acordó aunar esfuerzos para prevenir el embarazo de el y la adolescente, la cuestión legal y el cambio en las figuras delictivas. En la actualidad, tener relaciones sexuales con un (a) menor de quince años constituye violación**).

Se pretende darle tiempo al nacimiento de las criaturas y contener en alguna medida la explosión demográfica desbocada. Si hay un embarazo, que se perciba como el de él y la joven, juntos, si este es el caso.

El testimonio de una joven bribri que parió "de manera expulsiva" en el mismo CAIS, nos sirve para ilustrar este asunto. Le preguntamos su edad y nos dijo que diecisiete años. Que nos contara cuantos hijos (as) tenía con este: apenas dos, nos dijo...!

Todo esto es objeto de debate y comentario en corrillos, en el surco y en las hamacas. Cada una de las interesadas (os) y las fuerzas vivas de la comunidad, se sienten en capacidad para asumir una posición al respecto.

El hecho es que las personas tienen entre sus manos decisiones muy importantes, que han de tomarse pensando en el interés general de la colectividad.

Defendemos esta gestión, pues hasta los mismos indígenas están copiando el proceder de los no indígenas, de engañar a la mujer y dejarla embarazada, sola con su familia o en su clan.

Habrá que superar la resistencia de la misma cultura, actualizar las categorías mentales y hacer una contrastación con la realidad actual. El punto es que ya no hay la abundancia de recursos del bosque del pasado primigenio. También hay que dejar de estar atados (as) a la ignorancia y a la falta de escrúpulos que caracteriza el proceder de algunos hombres.

Si es la mujer joven-adulta la que tiene un deseo natural y lo hace manifiesto con la persona de su escogencia en el chispazo de una coyuntura, que trate de modificar su comportamiento, se distancie por un momento y medite en torno de las consecuencias de su acción. Que asista al EBAIS para tener el control de la situación en sus manos**.**

Una repaso de la actividad. Se hizo un énfasis en planificación familiar, pues el

inicio temprano de las relaciones sexuales es socialmente aceptado. Trabajo con la autoridad policial, para enfrentar y brindar una solución a los casos de niños o niñas que padecen desnutrición y diarrea, dado que el progenitor le impide ser atendido o los deja de llevar a tiempo a recibir atención. Para evitar consecuencias lamentables. También, hay que prevenir el incesto y el abuso sexual a adolescentes, por parte de algunos caciques de la comarca, en vista de la cultura de "permisibilidad" que existe, que sin embargo atenta contra el orden que dictó SIBÜ.

Para terminar y volviendo al asunto de la Consulta, es bueno mencionar que en una primera etapa, obtuvimos el beneplácito de los y las indígenas Bruncas y del Presidente de la Asociación de Desarrollo Integral de Boruca, Señor Sediel Leiva Morales, para que doña Victoria González Céspedes, distinguida Artesana y Partera Tradicional Indígena, fuera la representante ante los Talleres de Planificación Estratégica que conllevó la puesta en marcha del mencionado Proyecto BID-CAJA y que asimismo involucran a funcionarios. Doña Victoria se ha integrado con gran acierto, demostrando su gran capacidad, dominio del bagaje cultural y fuerza expresiva verbal. Es una de las personas que con más ahínco participó de la reunión en donde pusimos participamos a las parteras del **Proyecto de Referencia a Control Prenatal por parte de Parteras Tradicionales Indígenas**, que nos tocó preparar, gracias también al respaldo de la Jefa de Enfermería, Msc Rita María Quesada. Somos originales. Su Director es el Ginecoobstetra Dr. Luis José Monge. 1º parte, mes de mayo, para desarrollarse en el año 2007: Prevención del embarazo de el y la adolescente y un mayor espaciamiento entre los nacimientos: Talleres y Foros en el EBAIS de Boruca (bruncas) y las Brisas (bribris); dirigido a adolescentes y a mujeres en edad fértil. **Construcción social de la Salud**. Se entregó dentro del tiempo señalado, a la Dirección de Desarrollo Social de Proyectos de nuestra Institución. Se encuentra en estudio.

De igual forma, le dimos camino, sin resultado palpable, a un planteamiento efectivo con la comunidad indígena bribri que cubre el EBAIS de las Brisas Cabagra, para que sea en este territorio en donde vayamos a desarrollar un Programa de Desarrollo con las mujeres cabeza de familia, de acuerdo a la siguiente pauta que contiene el PLAN NACIONAL DE DESARROLLO C.C.S.S. para el 2005, en el Eje de Desarrollo de Capacidades Humanas, Area de Salud y Deportes: Participación activa de grupos indígenas en la formulación y ejecución de programas de desarrollo que conduzcan al mejoramiento de la calidad de vida.

LA "TRANSPARENCIA POLÍTICA", EN EL EJERCICIO DEL PODER, EN LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS DE AMÉRICA LATINA

Lic. Adolfo Felipe Constenla Arguedas[1].

1. Introducción

En materia política, el concepto de "transparencia" se refiere al conocimiento detallado de las decisiones, las resoluciones y las reglamentaciones, tomadas por las administraciones y, por los poderes del Estado, así como sus motivaciones y justificaciones.[2] La transparencia permite proporcionar información sobre los costos reales de proyectos y actividades, el manejo de los fondos y las implicaciones al pretender implementar esas decisiones, resoluciones o reglamentaciones.[3]

La transparencia, actualmente, constituye, una de las principales exigencias de los ciudadanos, en relación con los responsables políticos, los actores y gestores económicos y los jerarcas y funcionarios administrativos.

Con esta investigación se pretende describir, inicialmente, en qué consiste la "Transparencia política", como concepto axiológico aplicable al ejercicio del poder que ejercen los gobernantes.

Clarificando ese aspecto, se observarán las características del concepto en tratados internacionales, de carácter regional, aplicables en América Latina y en diversas legislaciones, en particular la argentina, la chilena, la colombiana, la dominicana, la ecuatoriana, la guatemalteca, la hondureña, la nicaragüense, la mexicana, la peruana, la salvadoreña y la uruguaya.

Por último, se analizará la existencia del concepto de "Transparencia Política" en la legislación costarricense, con el propósito de observar sus características.

2. Concepto y antecedentes de la "Transparencia política"

2.1 Concepto de "Transparencia Política"

La transparencia es uno de los valores específicos de la ética en la función pública contemporánea. Constituye una exigencia fundamental para el buen funcionamiento del Gobierno, ya que trata de fomentar un mejor comportamiento ético, para evidenciar las prácticas corruptas que puedan existir y, a la vez, busca que vayan desapareciendo.

---

1 Abogado; profesor de Historia del Derecho de la Universidad Escuela Libre de Derecho y de Derecho de los Tratados y Derecho Diplomático de la Universidad Internacional de las Américas

2 http://halshs.archives-ouvertes.fr/docs/00/53/15/32/PDF/AT15_Naessens.pdf Ibid.

3 Ibid.

Por ello se señala que es un mecanismo para prevenir actos de corrupción y le permite a la ciudadanía conocer el funcionamiento interno de las instituciones. [4]

En relación con la etimología de "transparencia", indica el Diccionario de la lengua española, que proviene del latín *trans*, "a través" y *parens, entis*, "que aparece".[5] La transparencia es el carácter o la propiedad de algo transparente, o sea, algo que se deja atravesar por la luz o que permite el paso de la luz, dejando ver formas y colores.[6]

En el nivel de lenguaje político y jurídico, el concepto se utiliza para caracterizar una práctica social guiada por la sinceridad y por la perfecta o casi perfecta accesibilidad a la información que concierne e interesa a la opinión pública, a un sector de ella o a un solo individuo. Sirve, entonces, para definir la preocupación por explicar, hacer comprender, reconocer errores o mala praxis, abrir archivos, apuntes o recuerdos y describir fielmente hechos y circunstancias. [7]

La aplicación de este concepto trata de establecer una relación de confianza entre quien pide o exige la transparencia y quien la da, y se opone al concepto de opacidad.[8] La confianza en el Gobierno es fundamental en cualquier sociedad, en especial cuando los ciudadanos esperan que los servidores públicos sirvan a la pluralidad de intereses con justicia, y que administren los recursos correctamente.

De igual forma, se señala que la "Transparencia política" actúa como elemento revelador del buen funcionamiento del Estado, al promover el comportamiento responsable de los servidores públicos. Por ello, constituye el eje fundamental de la democracia. [9]

A continuación, se hará un análisis de la presencia, en la historia del ser humano del concepto "Transparencia política".

2.2 Antecedentes de la "Transparencia política"

Como se ha indicado, la "Transparencia política" es la obligación de los gobiernos de dar cuenta a los ciudadanos de todos sus actos, especialmente del uso del dinero público, para prevenir así casos de corrupción. De ahí que su exigencia, en la política contemporánea, tenga raíces profundas en el pensamiento occidental, desde la Antigüedad.

En "La Política", de Aristóteles, se planteaba la importancia del desarrollo de la democracia en un marco de libertad, en el que los ciudadanos juzgaban las "cuentas públicas" y los negocios para un adecuado equilibrio de las fuerzas políticas.[10]

En el siguiente fragmento de esa obra clásica se observa la preocupación por el correcto ejercicio del poder público y el papel de los ciudadanos en velar por que se dé:

"El principio del gobierno democrático es la libertad. Al oír repetir este axioma, podría creerse que solo en ella puede encontrarse la libertad; porque ésta, según se dice, es el fin

4 http://lema.rae.es/drae/
5 http://es.wikipedia.org/wiki/Transparencia_pol%C3%ADtica
6 http://halshs.archives-ouvertes.fr/docs/00/53/15/32/PDF/AT15_Naessens.pdf
7 http://es.wikipedia.org/wiki/Transparencia_pol%C3%ADtica
8 http://halshs.archives-ouvertes.fr/docs/00/53/15/32/PDF/AT15_Naessens.pdf
9 http://www.nl.gob.mx/?P=transparencia_historia
10 Ibid.

constante de toda democracia. (…) Resulta de esto que, en la democracia, el ciudadano no está obligado a obedecer a cualquiera; o si obedece, es a condición de mandar él a su vez; y he aquí cómo en este sistema se concilia la libertad con la igualdad. Estando el poder en la democracia sometido a estas necesidades, las únicas combinaciones de que es susceptible son las siguientes. Todos los ciudadanos deben ser electores y elegibles. Todos deben mandar a cada uno y cada uno a todos, alternativamente. Todos los cargos deben proveerse por suerte, por lo menos todos aquellos que no exigen experiencia o talentos especiales. No debe exigirse ninguna condición de riqueza, y si la hay, ha de ser muy moderada. Nadie debe ejercer dos veces el mismo cargo, o por lo menos muy rara vez, y sólo los menos importantes, exceptuando, sin embargo, las funciones militares. Los empleos deben ser de corta duración, si no todos, por lo menos todos aquellos a que se puede imponer esta condición. Todos los ciudadanos deben ser jueces en todos, o por lo menos en casi todos los asuntos, en los más interesantes y más graves, como las cuentas del Estado y los negocios puramente políticos; y también en los convenios particulares (..)"[11]

Como puede observarse del texto anterior, en el pensamiento griego existía la creencia de que, mediante el ejercicio "controlado" del poder de los gobernantes, el hombre ponía en práctica las facultades más elevadas de todas aquellas que lo distinguían de los demás animales: la acción y el discurso. Esto se lograba mediante su "*bios politikos"*, es decir, con la organización de un mundo común, o por medio de la "política", que presuponía que quienes participaban en ella eran hombres libres y no esclavos o bestias.[12]

Así se establece que la búsqueda de la verdad aparece como una urgencia del ser humano, aplicable también a los asuntos de interés público.

La democracia requiere que lo gubernamental sea transparente y que la información a disposición de los ciudadanos sea aquella que posibilite la evaluación del desempeño real del gobierno y sus representantes, a los que se debe exigir la rendición de cuentas para evaluar positiva o negativamente sus acciones. [13]

La preocupación por establecer mecanismos de control al ejercicio del poder de los gobernantes, por parte de los ciudadanos, también estuvo presente en el pensamiento y la política orientales. Se demuestra con el hecho de que en China, en el período de mayor esplendor de la Dinastía Ts'in (221 al 207 a.C.), se desarrolló el Buró de Censura Imperial. Esta era una institución basada en la filosofía humanista confuciana, encargada de vigilar, cuidadosamente, al gobierno y sus funcionarios, exhibir sus incompetencias, ineficiencias y prácticas de corrupción. [14]

En las épocas del Renacimiento (siglos XV y XVI) y la Ilustración (XVIII), se retomó la lectura de los clásicos de la cultura greco-romana y se estudiaron, nuevamente, las enseñanzas griegas sobre el tema de la "Transparencia política".

En ese período del pensamiento occidental surgió, en Suecia, en 1776, la primera ley formal de acceso a la información gubernamental, denominada "Ley para la libertad de prensa y del derecho de acceso a las actas públicas", como mecanismo para velar por la transparencia de las acciones

---

11 http://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/09672559608570832#.U3WcooF5NA0
12 http://halshs.archives-ouvertes.fr/docs/00/53/15/32/PDF/AT15_Naessens.pdf
13 http://www.nl.gob.mx/?P=transparencia_historia
14 Ibid.

desarrolladas por los gobernantes. Se dice que esa ley fue inspirada por las prácticas de la Dinastía Ts'in china.[15]

En el resto del mundo, el tema de la transparencia cobró fuerza en el siglo XX, cuando, en diferentes años, aparecieron leyes relacionadas con esta materia. Como ejemplo pueden mencionarse los casos de Finlandia (1951), Estados Unidos (1966) y Dinamarca (1970) que crearon leyes de acceso a la información con el propósito de reafirmar la "Transparencia Política" en sus ordenamientos jurídicos. En los últimos cinco años del siglo XX, más de 40 países del mundo adoptaron esa misma práctica. [16]

En los países de América Latina y el Caribe se menciona que, en las últimas décadas del siglo XX y los primeros años del siglo XXI, los siguientes países han implementado, en sus ordenamientos jurídicos, leyes de libertad de información: Antigua y Barbuda (2004), Belice (1994), Brasil (2011), Colombia (1985), Chile (2008), República Dominicana (2004), Ecuador (2004), El Salvador (2011), Guatemala (2008), Guyana (2013), Honduras (2006), Jamaica (2002), México (2002), Nicaragua (2007), Panamá (2002), Perú (2002), San Vicente y las Granadinas (2003), Trinidad y Tobago (1999). [17]

4. La "Transparencia política" en los ordenamientos jurídicos actuales

Desarrollado el análisis histórico del tema de la "Transparencia política", desde la Antigüedad hasta la actualidad, con la influencia, tanto del pensamiento occidental como del oriental, puede indicarse que el ser humano ha buscado, utilizando el Derecho y la Política, construir sociedades más justas y libres.

Para consolidar ese ideal, las libertades de pensamiento y expresión, que derivan en la libertad de información, han permitido establecer condiciones de mayor acceso de los ciudadanos en el control del ejercicio del poder de sus gobernantes.

La Historia ha sido testigo de los abusos y excesos con los que los gobiernos de un sinnúmero de países han sometido a sus pueblos a lo largo de los siglos, basados en un principio de opacidad en su actuación.

Actualmente esas condiciones han cambiado; la población está más consciente de su realidad y de sus derechos frente a quienes detentan el poder público. Los ciudadanos exigen a sus gobiernos se los mantenga informados sobre las actividades que realizan.

Se indica que el ideal moderno de transparencia, por lo tanto, surge de la imagen de democracia directa legada por la Grecia Antigua, en donde los ciudadanos, reunidos en una asamblea, deliberaban y decidían su futuro. La democracia, en su concepción actual, entendida como "el gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo", comprende, entre otras cosas, la rendición de cuentas y lo concerniente al derecho que tiene el pueblo para acceder a la información generada y obtenida por el Estado en el ejercicio de la función pública.[18]

Se dice, en este sentido, que las sociedades modernas se caracterizan por estar fundamentadas en una tradición racionalista, democrática y liberal, que somete el poder, no

15 http://transparencia.guerrero.gob.mx/historia-de-la-transparencia/
16 http://www.unesco.org/new/es/communication-and-information/freedom-of-expression/freedom-of-information/foi-in-latin-america-and-the-caribbean/
17 http://inicio.ifai.org.mx/Publicaciones/ensayos9.pdf
18 Ibid.

solo a la ley sino también, a la razón. A este tipo de sociedades, como la actual, Popper la llamaba "sociedad abierta". [19] Señalaba que esta sociedad garantizaba el libre acceso a la información y favorecía, de ese modo, la transparencia del poder; se oponía a las sociedades antiguas, a las que consideraba "cerradas", porque en ellas el individuo vivía subordinado a la tribu, a sus costumbres, jerarquías, mitos y tradiciones.[20] Esas eran organizaciones sociales en las que privaban las explicaciones místicas del mundo, las que el hombre no llegaba a conocer a plenitud y a las que tampoco podía oponerse.

Basados en esta concepción, autores como Norberto Bobbio, expresan que la transparencia democrática, puede definirse como el "ejercicio del poder público en público" en oposición a "en secreto".[21]

De ahí se considera que un gobierno será más democrático cuanta más información cierta y precisa esté dispuesto a entregarle a la sociedad. Si hay transparencia, surgen rumbos alternativos como el cuestionamiento, un mayor apego a la ley y, en especial, un mayor cuidado en todo aquello que el gobierno dice y hace.[22]

5. La "Transparencia política", a partir de las leyes de acceso a la información en los ordenamientos jurídicos de América Latina

Un Estado es democrático cuando su fuerza proviene del reconocimiento social. Su legitimidad se basa en que una sociedad conozca las decisiones del Gobierno y su razón de ser. Como se ha venido indicando, el medio para alcanzarlo es permitir y garantizar el libre acceso a la información de la gestión pública y de los recursos comprometidos en su ejercicio.

En América, el derecho a la libertad de información, como parte del derecho a la libertad de expresión, fue reconocido en el Artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 1969.[23]

Este derecho, se vio reforzado por la Declaración de Chapultepec, de 1994. [24]

En 1997, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos (OEA) creó la Oficina del Relator Especial para la Libertad de Expresión, que ha apoyado firmemente la libertad de información. [25] La Comisión aprobó, en el año 2000, la Declaración Interamericana de Principios sobre Libertad de Expresión que reafirma ese apoyo. También, la OEA ha facilitado la elaboración de una ley modelo interamericana de libertad de información. [26]

---

19 Ibid.
20 Ibid.
21 http://halshs.archives-ouvertes.fr/docs/00/53/15/32/PDF/AT15_Naessens.pdf
22 http://www.unesco.org/new/es/communication-and-information/freedom-of-expression/freedom-of-information/foi-in-latin-america-and-the-caribbean/
23 Ibid.
24 Ibid.
25 Ibid.
26 Ibid.

En el 2006, la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió una sentencia en la que se exponía que la garantía general de libertad de expresión, consagrada en el Artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, protege el derecho de toda persona a tener acceso a la información en poder del Estado, abarcando la obligación positiva del Estado de entregarla, sin necesidad de que el solicitante deba "acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción" (Caso de Claude Reyes y otros contra Chile). [27] Esa decisión constituyó el primer fallo de un tribunal internacional que reconoció la libertad de información. Además, en diciembre de 2010, la Corte Interamericana emitió otra sentencia histórica al dictaminar que se había vulnerado la libertad de información, y esbozó directrices importantes sobre el acceso a la información en relación con las violaciones de los Derechos Humanos (Caso de Gomes Lund contra Brasil).[28]

A continuación se hará un breve análisis de los ordenamientos jurídicos latinoamericanos, con el propósito de observar si contienen normativa que proteja la libertad de información y la transparencia política.

5.1 Constitución Política argentina

El Artículo 43 de la Constitución de la República Argentina señala que toda persona podrá interponer la acción de Habeas data para conocer de los datos referidos a ella y su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes y, en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística*".*[29]

5.2 Constitución Política chilena

El Artículo 8 de la Constitución Política de la República de Chile, prevé que el ejercicio de las funciones públicas será gobernar mediante el estricto cumplimiento del principio de probidad. Las actas y las resoluciones de los órganos públicos, así como sus bases y procedimientos, serán públicos. El secreto solo puede ser establecido por una "ley de cuórum calificado" en los casos en que la publicidad pueda afectar la facultad de estos órganos de llevar a cabo sus funciones, los derechos de otros, la seguridad de la Nación, o el interés nacional.[30]

Cabe recordar, tal y como se había mencionado, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció, en el caso Claude Reyes y otros contra Chile, que el país debía "adoptar, dentro de un plazo razonable, las medidas necesarias para asegurar el derecho de acceso a la información en manos del Estado, de acuerdo con la obligación general de adoptar disposiciones de ley doméstica, establecida en el Artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos". [31]

Chile respondió a lo establecido con la adopción de la Ley No. 20.285 sobre el Acceso a la Información Pública, que se publicó en el Diario Oficial el 20 de agosto de 2008. [32]

---

27 Ibid.
28 Ibid.
29 Ibid.
30 Ibid.
31 Ibid.
32 http://unesdoc.unesco.org/images/0018/001832/183273s.pdf

5.3 Constitución Política colombiana

El Artículo 74 de la Constitución de la República de Colombia incluye una garantía general del derecho de toda persona de acceder a documentos públicos, a menos que lo restrinja la ley. [33]

La Constitución también incluye varias disposiciones relacionadas.

El Artículo 15 establece que los individuos "tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellos en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas", conocido también como el derecho de Habeas Data.[34]

El Artículo 23 establece el derecho de toda persona de presentar solicitudes respetuosas a las autoridades, por razones de interés general o particular, y obtener respuesta pronta y pertinente. [35]

El Artículo 112 protege a los partidos y movimientos políticos que no participan en el Gobierno (partidos de oposición), incluyendo su derecho de "acceso a la información y a la documentación oficial", excepto cuando hay restricciones de ley. [36]

El Artículo 135 (3) protege el derecho de cada comité de la legislatura de solicitar al Gobierno la información que pueda necesitar, aunque esto no se extiende a "información sobre instrucciones en materia diplomática o sobre negociaciones de carácter reservado" (Artículo 136 (2)).[37]

La Ley 57 de 1985, por la cual se ordena la difusión de actos y documentos oficiales, se publicó en el Diario Oficial el 12 de julio de ese año. Esta ley estableció un derecho general de acceso a la información en manos de las autoridades. [38]

Es interesante mencionar que, en el caso colombiano, se indica que desde 1888, con el dictado del primer Código de organización municipal y política, se estableció que los individuos tenían el derecho de solicitar la información en manos de las autoridades. [39]

4.4 Constitución Política ecuatoriana

El Artículo 18 (2) de la Constitución de la República del Ecuador, del 2008, establece que todos, ya sea de forma individual o colectiva, tienen el derecho a acceder a la información en manos de entidades públicas o entidades privadas que reciban recursos del Estado o que lleven a cabo funciones públicas. Este derecho no será limitado más que por decreto de ley y no puede limitarse, en absoluto, en el contexto de violaciones a los Derechos Humanos. [40]

El Artículo 91 contempla la existencia de una acción legal para proteger el derecho a la información cuando este se ha denegado, por completo o en parte, ya sea de forma explícita o informal. [41]

De igual forma, el Artículo 265 señala que toda información acerca de la formulación, aprobación e implementación del

33 Ibid.
34 Ibid.
35 Ibid.
36 Ibid.
37 Ibid.
38 Ibid.
39 Ibid.
40 Ibid.
41 Ibid.

presupuesto debe ser pública y divulgarse al público por los medios adecuados.[42]

La Ley Orgánica de transparencia y acceso a la información pública se adoptó en el 2004.[43]

4.5 Constitución Política guatemalteca

La Constitución Política de la República de Guatemala, no garantiza, de forma específica, el derecho a la información. [44] A pesar de ello, en el 2008 se adoptó la Ley de acceso a la información pública, para proteger el derecho a la información.[45]

4.6 Constitución Política hondureña

La Constitución Política de la República de Honduras, de 1982, no garantiza el derecho a la información. Sin embargo, el Artículo 182 protege, entre otras cosas, el derecho de Habeas Data. Esto, al señalar que todos tienen el derecho a inspeccionar la información sobre ellos, en manos de entidades públicas o privadas y, cuando sea necesario, corregirla o enmendarla. Este derecho puede ser reclamado sin comprobar ningún interés particular, no puede estar sujeto a formalidades, verbales o escritas, y el reclamo debe satisfacerse de manera oportuna y gratuita.[46]

En Honduras, la Ley de transparencia y acceso a la información se adoptó en noviembre de 2006.[47]

4.7 Constitución Política mexicana

México fue uno de los primeros países de América Latina en aprobar una ley sobre el derecho a la información, con la aprobación de la Ley Federal de transparencia y acceso a la información pública del Gobierno, en junio del 2002.[48]

Cuando esta ley se adoptó, el Artículo 6 de la Constitución proporcionó una garantía sencilla del derecho a la información, al indicar que: “El derecho a la información será garantizado por el Estado.” [49]

Sin embargo, una enmienda integral del Artículo 62, aprobada por unanimidad, no solo por ambas Cámaras del Congreso Mexicano, sino, también, por las legislaturas de, al menos 16 Estados, amplió significativamente la protección constitucional al derecho a la información. La nueva garantía dispone que toda información será pública, únicamente con sujeción a restricciones temporales, establecidas por la ley, sobre su acceso, por motivos de interés público. [50]

4.8 Constitución Política nicaragüense

La Constitución Política de la República de Nicaragua no prevé una garantía general del derecho a la información. [51]

No obstante, el Artículo 26 (4) protege el derecho de Habeas Data, mediante el cual toda persona tiene derecho a conocer la información que las entidades públicas tengan sobre ella. [52]

---

42 Ibid.
43 Ibid.
44 Ibid.
46 Ibid.
47 Ibid.
48 Ibid.
49 Ibid.
50 Ibid.
51 Ibid.
52 Ibid.

De igual manera, el Artículo 66 estipula que todo nicaragüense tiene el derecho a una información verídica que incluye la libertad de buscar, recibir e impartir información e ideas, ya sea de forma oral, escrita, gráfica o por otros medios. [53]

La Ley No. 621 sobre el Acceso a la información pública se adoptó el 22 de junio de 2007, para dar vigor al derecho a la información.[54]

4.9 Constitución Política panameña

La Constitución Política de la República de Panamá no garantiza, específicamente, el derecho a la información. Sin embargo, existen las Normas de transparencia en la Administración Pública, del 2002, que establecen el Habeas Data y dictan otras disposiciones, para la protección del derecho a la información, en ese país.[55]

4.10 Constitución política peruana

La Constitución Política de la República del Perú garantiza el derecho de acceder a la información que esté en manos de entidades públicas. La garantía estipula que no necesitan darse razones para solicitar información. [56]

La Ley de Transparencia y acceso a información pública, fue adoptada en agosto del 2002 y hace efectiva esa garantía constitucional. [57]

4.11 Constitución Política dominicana

La Constitución Política de la República Dominicana no decreta una garantía general del derecho a la información. [58]

La Ley General sobre el libre acceso a la información pública se adoptó en 2004, para dar efecto al derecho a la información. [59]

4.12 Constitución Política uruguaya

La Constitución Política de la República Oriental del Uruguay no garantiza el derecho de acceso a la información en poder de las entidades públicas. [60]

La Ley No. 18.381, sobre el Derecho de acceso a la información pública se adoptó en el 2008 para dar vigor al derecho a la información.[61]

Del análisis de las diversas Constituciones Políticas observadas se desprenden las siguientes observaciones:

Las Constituciones Políticas argentina, guatemalteca, hondureña, nicaragüense, panameña, dominicana y uruguaya no contemplan una norma referente al derecho de información de forma específica; sin embargo, sí contienen menciones al Derecho de Habeas Data, para que los ciudadanos puedan ejercer acciones legales por la utilización que puedan hacer las autoridades con sus datos personales. De igual manera, esos ordenamientos jurídicos tienen normativa legal que regula el derecho de información.

---

53 Ibid.
54 Ibid.
55 Ibid.
56 Ibid.
57 Ibid.
58 Ibid.
59 Ibid.
60 Ibid.
61 Ibid.

Las Constituciones Políticas chilena, colombiana, ecuatoriana y peruana contienen normas específicas que protegen el derecho de información, de forma expresa y, adicionalmente, también tienen normativa legal para desarrollar ese derecho.

6. La "Transparencia política", a partir de las leyes de acceso a la información en el ordenamiento jurídico de Costa Rica

En Costa Rica, la Constitución Política, en sus Artículos 27 y 30, regula el derecho a solicitar y acceder a la información,en las instituciones públicas. Esto se encuentra enunciado de la siguiente manera:

"Artículo 27.- Se garantiza la libertad de petición, en forma individual o colectiva, ante cualquier funcionario público o entidad oficial, y el derecho a obtener pronta resolución.

Artículo 30.- Se garantiza el libre acceso a los departamentos administrativos con propósitos de información sobre asuntos de interés público.

Quedan a salvo los secretos de Estado."

Sobre este tema, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que:

> *"(…) El derecho establecido en el Artículo 27 de la Constitución Política hace referencia a la facultad que posee todo ciudadano para dirigirse por escrito a cualquier funcionario público o entidad oficial con el fin de exponer un asunto de su interés. Esa garantía se complementa con el derecho a obtener pronta respuesta (…), esto es, (…) que no puede coartarse por la Administración el derecho de los gobernados para dirigirse a los órganos públicos. (Resolución N°7242-2002 del 19 de julio del 2002).*
>
> *(…)En nuestro ordenamiento jurídico, a partir de lo dispuesto en el Artículo 27 de la Constitución Política, varios cuerpos legales regulan lo referente al derecho de petición, según sea la naturaleza de la petición realizada a la Administración, o sea, si la gestión presentada por le administrado tiene un planteamiento de fondo, o bien, si se trata de una gestión meramente dirigida a la obtención de información, también llamada gestiones de "petición pura". (Resolución N°7242-2002 del 19 de julio del 2002)".*

En relación con el Artículo 30, que garantiza el acceso a la información resguardada en las instituciones públicas, ha señalado la Procuraduría General de la República, órgano asesor de la Administración, lo siguiente:

> *"Dictamen C-231-2013, 24 de octubre del 2013 (…) El Artículo 30 de la Constitución Política garantiza el libre acceso a los "departamentos administrativos con propósitos de información sobre asuntos de interés público", constituyendo un derecho fundamental de los administrados que les faculta a ejercer control sobre la legalidad, eficacia y eficiencia de la función administrativa desplegada por los diversos entes públicos.*
>
> *Este acceso a la información pública se relaciona estrechamente con la obligación de la Administración Pública de rendir cuentas, principio consagrado en el numeral 11 de la Constitución Política y se complementa con el derecho de petición y pronta resolución, que garantiza que todas las personas puedan dirigirse por escrito a las autoridades públicas a solicitarles información de interés público, en los*

términos dispuestos en el precepto 27 de la norma fundamental.

La protección constitucional que garantiza el acceso a la información busca alcanzar administraciones públicas eficientes y eficaces que se sometan al escrutinio de los administrados, pues el derecho de acceso a la información administrativa es una herramienta indispensable para la vigencia plena de los principios de transparencia y publicidad. No hay duda también de que el principio democrático se ve fortalecido cuando los administrados participan activamente en la formación y ejecución de la voluntad pública.

Los principios de transparencia y publicidad deben ser pilares fundamentales del accionar administrativo, pues ellos inciden de modo positivo en el desarrollo del proceso democrático haciéndolo más directo y participativo. En consecuencia, cualquier interesado debe estar en capacidad de examinar la actuación de las autoridades públicas, según conste en sus registros y archivos, así como conocer el fundamento de las decisiones que adopten por esas autoridades.

En el Dictamen C-018-1999 de 26 de enero de 1999, se señaló al respecto:

"Conocer los motivos de una decisión de la Administración facilita el ejercicio de acciones impugnatorias, mejora la posibilidad de formular una defensa del derecho afectado y en general, da acceso a la información pertinente y necesaria para conocer en su totalidad, la decisión tomada.

El principio de publicidad y transparencia, en ese sentido, adquiere vital relevancia, en particular el derecho que el artículo 30 constitucional contiene, es decir, que según el cual, como regla general, se debe admitir el acceso a todos los archivos y expedientes administrativos…".

La Sala Constitucional también se ha referido a la necesidad de que las administraciones públicas sean verdaderas casas de cristal, sometidas al escrutinio público en aras de la transparencia y la publicidad. Esa doctrina fue desarrollada en la Sentencia 2005-00756 de las 9:58 horas del 28 de enero de 2005, en la cual indicó en lo conducente:

"III.- TRANSPARENCIA Y PUBLICIDAD ADMINISTRATIVAS. *En el marco del Estado Social y Democrático de Derecho, todos y cada uno de los entes y órganos públicos, que conforman la administración respectiva, deben estar sujetos a los principios constitucionales implícitos de la transparencia y la publicidad que deben ser la regla de toda la actuación o función administrativa. Las organizaciones colectivas del Derecho Público –entes públicos- están llamadas a ser verdaderas casas de cristal en cuyo interior puedan escrutar y fiscalizar, a plena luz del día, todos los administrados. Las administraciones públicas deben crear y propiciar canales permanentes y fluidos de comunicación o de intercambio de información con los administrados y los medios de comunicación colectiva en aras de incentivar una mayor participación directa y activa en la gestión pública, y de actuar los principios de evaluación de resultados y rendición de cuentas actualmente incorporados a nuestro texto constitucional (Artículo 11 de la Constitución Política)."*

De lo contemplado en los votos de la Sala Constitucional y la jurisprudencia administrativa, elaborada por la Procuraduría General de la República, cabe indicar que

el ordenamiento jurídico costarricense es respetuoso del principio de “Transparencia política” y lo desarrolla de forma completa y a cabalidad, con las características que se han analizado en este artículo.

Aunado a ello, resalta que, mediante la Ley número 8968, “Ley de protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales” y la Ley número 9097, “ Ley de regulación del derecho de petición”, Costa Rica cuenta con la normativa para desarrollar los principios constitucionales contemplados en los Artículos 27 y 30 de la Norma Fundamental, siguiendo las bases que la “Transparencia política” establece, desde su tratamiento a nivel internacional.

6. Conclusiones

1. La “Transparencia política” es una institución jurídica y política que tiene sus orígenes en la Antigüedad. Es posible encontrar regulaciones al respecto, en la civilización occidental, desde la Antigua Grecia, y en la civilización oriental, en la Dinastía Tsin china.

2. Desde estas primeras etapas de la existencia de la “Transparencia política” como concepto, este se refirió a la búsqueda de la verdad como una necesidad del ser humano, aplicable a los asuntos de interés público, y a la exigencia de que la información de los actos desarrollados por los gobernantes debe estar a disposición de los ciudadanos. Con ello se posibilita la evaluación del desempeño real del Gobierno y sus representantes, a los que debe exigírse la rendición de cuentas para evaluar positiva o negativamente sus acciones.

3. En el Renacimiento y la Ilustración, se retomó la lectura de los clásicos de la cultura greco-romana y se estudiaron, nuevamente, las enseñanzas griegas sobre el tema de la “Transparencia política”. Así, en Suecia, en 1776, se impulsa la primera ley formal de acceso a la información gubernamental.

4. En el resto del mundo, el tema de la transparencia cobró fuerza en el siglo XX, y, para los países de América Latina y el Caribe, las últimas décadas del siglo XX y los primeros años del siglo XXI, se han caracterizado por la implementación de leyes de libertad de información, en sus ordenamientos jurídicos.

5. En América Latina, el tratamiento que los ordenamientos jurídicos le han dado a la protección del derecho a la información, base fundamental de la “Transparencia política”, presenta variaciones en cuanto al hecho de que algunos países lo tienen regulado en su Norma Fundamental y otros, en normas de una jerarquía inferior.

6. En Costa Rica, el ordenamiento jurídico ha tutelado la protección del derecho de información a nivel constitucional y legal, reforzado por el tratamiento que le han brindado la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia y la Procuraduría General de la República.

   Con esto se comprueba que la normativa jurídica nacional es acorde con los principios que indican que un gobierno más abierto, con transparencia en el proceso de toma de decisiones y mayor acceso público a la información oficial, donde se requiera que los funcionarios declaren sus bienes y se aplique una mayor vigilancia por parte de los medios de comunicación, refleja un crecimiento en cuanto a la aplicación de los valores y manifiesta gran desarrollo de la ética pública.

7. Bibliografía

http://halshs.archives-ouvertes.fr/docs/00/53/15/32/PDF/AT15_Naessens.pdf

http://lema.rae.es/drae/

http://es.wikipedia.org/wiki/Transparencia_pol%C3%ADtica

http://www.nl.gob.mx/?P=transparencia_historia

http://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/09672559608570832#.U3WcooF5NA0

http://transparencia.guerrero.gob.mx/historia-de-la-transparencia/

http://www.unesco.org/new/es/communication-and-information/freedom-of-expression/freedom-of-information/foi-in-latin-america-and-the-caribbean/

http://inicio.ifai.org.mx/Publicaciones/ensayos9.pdf

http://unesdoc.unesco.org/images/0018/001832/183273s.pdf

LA NUEVA REALIDAD DEL DERECHO DEL TRABAJO Y DEL TRABAJADOR EN LA ERA DE LA GLOBALIZACIÓN: LOS INSTITUTOS DE LA FLEXIBILIDAD Y DES-REGULACIÓN

Lic. Warren Corrales Castillo

Mucho se ha escrito y discutido acerca del papel que juega ahora el derecho laboral en esta nueva era de la globalización. Se debe recordar que el derecho laboral fue concebido, como aquel contrapeso de carácter social que viniera a contrarrestar los graves abusos que se cometían en contra de los trabajadores.

Que mejor ilustrado que en aquella famosa película de Charles Chaplin, *Tiempos Modernos*, donde se expone una cruda realidad del trabajador operario en las grandes industrias de Europa con jornadas extensas, sin derechos, sin seguridad y con un trabajo mecanizado.

El derecho laboral nació de una manera y en un contexto muy diferente al que nos enfrentamos hoy. Por esa razón es que al chocar de frente con una realidad social distinta, con un panorama de trabajo y de empresas considerablemente diferente, ha ocasionado que se discuta sobre su real aplicación; o, si más bien, está en desuso o que no responde a las necesidades imperantes o ante una crisis económica.

Se debe recordar que el ser humano por naturaleza necesita sentirse que es necesario y que es útil en la vida y ese algo se ha traducido en trabajo, ya que dignifica a la persona. El ser humano necesita desarrollarse, crearse, crecer, y para ello requiere de un trabajo para poder realizarse como tal. Este principio fundamental podemos verlo plasmado a nivel constitucional cuando el artículo 50 otorga al Estado el deber de procurar el mayor bienestar a todos los habitantes del país mediante un equilibrio entre la producción y el adecuado reparto de la riqueza. En el mismo cuerpo normativo se indica que *"El trabajo es un derecho del individuo y una obligación con la sociedad…"*, y es así como podemos ver que cada persona se desarrolla tanto individual como colectivamente a través de las herramientas de trabajo.

Sin embargo, volvamos a analizar el tema central, pareciera que los laboralistas han encontrado que el derecho laboral como lo conocemos no responde o pareciera no responder a las nuevas vicisitudes de la realidad social. ¿Se queda corto ante una crisis?, ¿Es demasiado proteccionista y otorga derechos que son imposibles de respetar y cumplir ante una crisis?, ¿Es viable económicamente?, ¿Se pierde competitividad en contraposición con regímenes y Estados menos proteccionistas?

Trataremos de responder todas esas interrogantes en un esfuerzo por analizar temas puntuales como la descentralización, el verdadero papel del derecho del trabajo, la era de la globalización, la des-regulación y la flexibilidad.

Debemos comenzar diciendo que la empresa capitalista se compone esencialmente de dos elementos: capital y trabajo (así como

lo expuso con tanto detalle Marx en sus obras). Señala Carlos L. Alfonso Mellado que: "*el empresario como propietario de capital busca la organización de la empresa que mayor rentabilidad le depare. Maximizar beneficios. Los trabajadores como suministradores del trabajo necesario en la empresa buscan obtener el mayor precio por el trabajo ofrecido, precio entendido en sentido amplio".* Y es que este debe ser el eje central por el que entendamos referido este ensayo, ya que han existido siempre dos partes que son antagónicas, el patrono y el trabajador. En el medio, el derecho laboral funcionando como una balanza, buscando equilibrar esos choques de poder para evitar conflictos y regular la materia.

El derecho del trabajo es un medio que ha evolucionado a través de los años, desde un derecho tradicional o clásico, que tenía como base dos elementos: confirmar los poderes esenciales del empresario como titular de la empresa con los poderes de dirección y organización; buscando, limitar esos poderes en lo necesario para deparar un nivel de protección suficiente a los trabajadores; hasta un derecho laboral más amplio y flexible. Así, vemos como desde su nacimiento, ya el derecho del trabajo, en su concepción clásica, era definido bajo estándares esenciales pero contradictorios.

Debemos decir que el derecho del trabajo, como se ha esbozado supra, ha venido asumiendo como objetivo primordial, en las palabras de Miguel Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer, *"contrarrestar la desigualdad de poder inherente a la relación de trabajo. Se ha venido caracterizando como un derecho social y como un elemento clave de la política social".* El derecho del trabajo ha estado influenciado por los cambios económicos, sociales y políticos los cuales han generado una cierta inestabilidad de sus reglas que han conocido modificaciones y ajustes frecuentes mucho más fuertes que en otras disciplinas.

Y es en virtud de ello y de aceptar este desequilibrio que se buscó limitar esos poderes del empresario bajo unas normas estatales, y algunas de rango constitucional, que garantizaran ciertas condiciones de trabajo (normas mínimas), reconocimiento de derechos colectivos (libertad sindical), irrenunciabilidad de derechos, obligación de información, consulta, negociación, institutos como el preaviso, inspección del trabajo, vías de reclamación, entre otras.

Sin embargo, frente a ello, la doctrina ha señalado que, a pesar de ello, la limitación indicada supra no fue lo suficientemente amplia que se esperaba. Siguió existiendo, en palabras de Alfonso Mellado, un "*núcleo duro de poderes no limitados"*, entre los que podemos citar los siguientes: decisiones económicas a cargo del empresario, decisiones empresariales no reguladas legalmente, carácter discrecional de decisiones empresariales, el tema probatorio-dificultad, etc.

Eso en síntesis, nos viene a explicar, que la finalidad de ese Derecho, como lo señala Alfonso Mellado: *"era constituir una fuerza de contrapeso capaz de contrarrestar la desigualdad de poder negociador que es inherente a la relación individual del trabajador"*. Lo que se quería era reforzar el poder del trabajador e impedir la determinación de las condiciones laborales de manera unilateral por el empresario.

Pero, ¿qué ha pasado en la actualidad?, ¿qué ha sucedido desde ese derecho de trabajo clásico?

Es claro que, a medida que han pasado los años, el derecho del trabajo tradicional ha recibido fuertes golpes y críticas de varios flancos. Uno de ellos, claramente

el empresarial, el cual ha presentado una fuerte demanda empresarial traducida "*en la recuperación de los espacios de libre decisión empresarial",* según lo dicho por Alfonso Mellado.

Incluso en Europa se ha dicho que el incremento del desempleo en ese continente era, citando a Rodríguez Piñero: *"consecuencia de una regulación laboral excesivamente protectora"*. Y es claro que, uno de los fines u objetivos del derecho del trabajo desde su nacimiento, debería más bien "*facilitar e incentivar la creación del empleo, evitando que sus reglas acentúen el deterioro de los niveles de empleo mediante una reducción de la protección del trabajo que desanime o deteriore el empleo".*

Se le critica el nivel tuitivo que había alcanzado el ordenamiento laboral, calificándolo de excesivo, rígido e inadecuado para la situación productiva actual y de las relaciones laborales. En resumen, el empresario quería mayor especio y apertura a la autonomía individual (amputada por la legislación y la autonomía colectiva), defensa de la empresa y exigencia de un derecho laboral flexible y amoldable.

Y es que esta preocupación ha servido como caldo de cultivo para evidenciar un fenómeno, en los términos apuntados por Rodríguez Piñero, de *"relajación de la normativa laboral y una considerable ampliación, del margen de liberal de los empresarios en la gestión y organización guez Piñero,ados por Rodri las ansias empresariales de mayor flexibilida.ra "conomoriginarios, aunque se introduzcan innovacionedel trabajo, que ha debilitado el sistema tradicional, definido o criticado como rígido, pero sin llegar a saciar las ansias empresariales de mayor flexibilidad".*

Estas exigencias y críticas desde el sector empresarial se apoyan en los términos del autor Alfonso Mellado, en: *"las exigencias de la globalización (tema que analizaremos), dumping social y los nuevos procesos productivos, nueva realidad clase obrera, pérdida de ámbito aplicativo del ordenamiento laboral, la defensa de la sociedad de riesgo"*; entre otras.

Se escapa de la tesis de este ensayo el análisis de cada uno de esos motivos, pero por ahora, cabe indicar, que le daremos mucho mayor énfasis a la descentralización productiva basada en la *"nueva realidad de la clase obrera que tiene suficiente poder contractual para negociar en términos equilibrados con el empresario sin necesitar un marco legal o convencional tuitivo que en lugar de protegerlos los constriñe y en la globalización"*.

Y es que la función del derecho del trabajo ha sido la de *"proteger el empleo existente a través de diversos instrumentos que han permitido configurar como principio el de la estabilidad en el empleo, que ha sufrido una crisis muy profunda al cuestionarse su impacto en la generación y el mantenimiento del empleo"*. Se ha buscado entonces un equilibrio entre la protección del trabajo y la de los niveles de empleo, lo que ha traído como consecuencia una alteración en los objetivos originarios del derecho del trabajo y ha afectado, sin perderlos, a algunos de sus rasgos característicos y sus raíces profundas; sin renunciar a los principios y valores propios de tutela del trabajo.

Ello se ha traducido en un reacomodo de la definición clásica del derecho del trabajo para replantearse su definición y buscar un mejor acomodo entre *"los fines igualmente legítimos de protección del empleo y de promoción del mismo; desde un nuevo equilibrio entre seguridad y flexibilidad".*

Sobre este tema, podemos concluir diciendo que la situación actual, nos presenta una alteración significativa a dos principios del

derecho clásico: protección y progresividad, apreciándose una supeditación de lo laboral a lo económico buscando la defensa y mejora del acceso al empleo. Así podemos indicar, apoyándonos en el autor citado que, existe todavía, entre otras, una *"imposibilidad de negociar sobre decisiones económicas empresariales, supeditación de la norma laboral a la situación económica, pérdida de imperatividad de las normas laborales, des-regulación, reforzamiento de la autonomía individual y la unilateralidad".*

De ellos, reviste gran interés, el tema de la supeditación de la norma laboral ya que su pretensión no es deparar mayores niveles tuitivos sino *"reforzar los poderes empresariales con la argumentación de que así la empresa funcionará mejor y ello permitirá en el futuro conceder mejor condiciones de trabajo: se eliminan derechos con la promesa de que la mejora económica permitirá su recuperación*". En este momento cabe preguntarnos, ¿ha sido ello así? ¿se han recuperado los derechos eliminados?

Pareciera que la respuesta es que no, la mejora de los niveles de empleo requiere, en palabras de Rodríguez Piñero: *"una necesidad de producir que depende de la salud del sistema económico, y de medidas de política económica y fiscal que creen un marco adecuado para la inversión y el consumo"*. Existe consenso en cuanto a que el derecho del trabajo no puede ser indiferente frente a los desequilibrios existentes en el mercado, pero no el único culpable.

Si bien se han reforzado los poderes empresariales en detrimento de los derechos de los trabajadores y del debilitamiento su poder contractual, tenemos que, aunado a ello, ese proceso más bien ha estado acompañado de retroceso en material legal-laboral, debilitamiento de procesos de negociación colectiva (sindicatos), reforzamiento de la autonomía individual, centralidad de la empresa como espacio de negociación, economicismo y supeditación de lo laboral a la recuperación de la competitividad y el empleo. En la actualidad, el fenómeno que hemos analizado se ha acentuado trayendo consigo un incremento de la unilateralidad empresarial, en palabras de Alfonso Mellado: *"…bien abierta, bien encubierta bajo la forma de pactos individuales o de empresa que jurídicamente lo son en cuanto aparentemente cuentan con la aceptación de la contraparte, pero que socialmente no son sino imposiciones empresariales frente a las que no hay poder de resistencia".*

No todo es negativo y también se han visto con buenos ojos alternativas que se han ido dando en los mercados; aunado al hecho de que con una buena disposición de todos los sectores, podemos revertir esta situación mediante otras alternativas que se exponen en doctrina para devolverle el lugar al derecho del trabajo que siempre debe tener.

Ejemplo de ello podemos citar el escenario que ha traído consigo el instituto de la responsabilidad social empresarial. Este instituto procura realizar una aceptación o un compromiso por parte de las empresas en relación con el impacto de su actividad en la sociedad, incorporando en su política y sistema de gestión, una actuación económica, social y de medio ambiente que aporte un valor agregado a la sociedad como medidas de cambio menos gravosas, que se somete a una valoración externa. Sin embargo, como todo acto este también tiene sus riesgos de que este instituto sea un mero instrumento de marketing social o sirva para justificar espacios de regulación al operar sin intermediación estatal ni imponerse vía negociación colectiva.

Como se indicó y aunado a lo anterior, el derecho del trabajo ha encontrado apoyo en tratados y convenios internacionales sobre

derechos humanos y sociales, donde algunos institutos laborales han adquirido *"rango de derechos humanos de valor universal"* como la liberad de trabajo, la no discriminación o la libertad sindical. Los problemas comunes a los que se enfrenta esta rama del derecho tienen que ver con la relación de trabajo y la implicación del trabajador, seguridad, desequilibrio de las partes del contrato o la función económica de la retribución del trabajo-dimensión colectiva.

Y es que el tema de la dignidad de la persona humana es central para este estudio en cuanto reviste un derecho fundamental. Rodríguez Piñero define, desde la perspectiva de los derechos fundamentales, al derecho del trabajo como *"un "instrumento de protección de la dignidad de la persona, al entenderse esta como la cualidad consustancial inherente a la persona del trabajador, a no ser rebajado a un nivel material o mercantil, reconociendo una conexión genética entre la dignidad del trabajador y los derechos que se le reconocen, para determinar el alcance de la interpretación de las normas laborales y para asegurar su efectividad".*

Esto se traduce en condiciones de trabajo sanas, seguras, limpias; ya que toda decisión empresarial basada en los poderes de gestión del patrono encuentra su límite en la dignidad del trabajador, su desarrollo personal y de su personalidad, y su intimidad.

Es menester concluir diciendo, en palabras de Rodríguez Piñero, que *"el derecho del trabajo es un derecho para las personas y sus fundamentos éticos y humanísticos no pueden desconocerse, no sólo persigue un re-equilibrio económico que evite o reduzca la explotación económica de los trabajadores, sino que postula que el ser humano no sea tratado como una cosa, objeto o mercancía, sino una persona libre y digna, en una relación contractual que no es solo de intercambio patrimonial, sino también de poder y sujeción, e incide en la persona del trabajador en su integridad y en su dignidad"*.

De esas tratativas y los estudios de modelos, queremos resaltar el papel que han jugado los tratados y convenios internacionales, la globalización y el instituto de la descentralización productiva en esta ecuación, que no necesariamente ha sido una solución amigable o en beneficio de los trabajadores, como se verá.

Por ello, ante la amenaza de este capitalismo, se ha optado por buscar soluciones o alternativas que vengan a neutralizar un poco el conflicto existente. Los nuevos equilibrios de poder social, económico y político y los nuevos escenarios económicos vinculados a las transformaciones tecnológicas y organizativas y a la globalización, están generando nuevas ponderaciones de valores e intereses, en las que se pone en primer plano la competitividad de la empresa, los imperativos del mercado y los niveles de empleo, sobre los valores tradicionales de tutela del trabajo. Como se ha dicho, y lo menciona aún mejor Rodríguez Piñero, estos cambios más bien implican *"cierta reversibilidad o retroceso de precedentes conquistas laborales que se habían condenado irreversibles".*

De acuerdo con el autor Albor Ángel Cantard, en su obra "Descentralización Productiva. Impacto sobre las tradicionales formas de contratación y sobre el binomio trabajador autónomo/trabajador dependiente. Escenarios Futuros", se indica que *"el derecho del trabajo, es un derecho joven nacido a finales del siglo 19 como un desprendimiento del Derecho Civil*". Y se desprende del derecho civil porque este tiene su razón de ser en la autonomía de la voluntad, precisamente lo que el derecho laboral no podía aceptar como principio rector. Señala que respondió a un "*modelo*

de producción cuyo paradigma se asentaba en 3 elementos esenciales: empresario que domina el ciclo de producción (vertical), empresario en relación con otros empresarios en igualdad de condiciones y el trabajador típico con estabilidad en el empleo y con protección social".

En sus inicios, y si se permite, hoy en día en nuestro país, el contrato de trabajo era/ es bilateral, sinalagmático, de prestaciones recíprocas, oneroso y con identificación de partes; con algunos matices ciertamente. Y se desarrollaba el concepto o elemento de subordinación, junto con otros como el de dependencia económica, habitualidad, sanciones, jornada, horario, salario, para determinar si estábamos frente a una relación laboral o un contrato de servicios profesional, tesis que hoy en día sigue la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, y se resguarda a nivel constitucional ya que se protege el derecho a un salario mínimo, una jornada laboral, vacaciones, a través de artículos como el 50, 56, 57, 58, 59 bajo el apartado de garantías que tiene el individuo como miembro de la sociedad.

Sin embargo, desde su origen, este se ha enfrentado, como ninguna otra rama, ha fuertes golpes por parte de las crisis económicas que han ocurrido en el mundo. Así, por ejemplo, se indica por la doctrina que la crisis del petróleo lo afectó incluso con cambios en su concepción aceptando negociaciones y reformas a la baja.

Y así sucesivamente ha tenido que luchar contra los cambios sociales y las crisis económicas tratando de cambiar y reformarse hasta llegar a un concepto muy en boga denominado descentralización productiva que en palabras de Cantard se define como: "*la forma de organizar el proceso de elaboración de bienes y de prestación de servicios, mediante el recurso de la contratación de ciertos proveedores para ello, sea la exteriorización de una o varias partes del ciclo productivo".* Esta "nueva" versión lo que busca es la diversificación de la figura del empleador, lo que antes era terreno del mundo del trabajo pasó a formar parte más bien del mundo de la empresa; con la consecuencia inmediata de no ser más regulado por el derecho laboral.

Esta descentralización, entendida en los términos señalados supra, ha contribuido a cambiar la estructura del empleo, manifestada en el crecimiento del sector servicios y en la expansión de las tecnologías de la información, creando una inseguridad jurídica (saber a qué atenerse) y una inestabilidad en la posición jurídica del trabajador.

Mucho se ha criticado a este instituto, específicamente porque, como mucho de los nuevos escenarios, resta o disminuye en menor o mayor medida derechos esenciales o fundamentales que ha gozado el trabajador de antaño. Por ejemplo, se indica que esta forma no propicia que el trabajador conozca con certeza quien es su patrono, cuáles son sus derechos, quién es el responsable ante terceros y la posición de los usuarios o contratantes ante ellos, entre otros.

En nuestra opinión, esta es una forma utilizada comúnmente en las empresas, para brindar y satisfacerse de servicios complicados de manejar como la limpieza y la vigilancia, y resulta claro, desde nuestra óptica, que el responsable será aquel o aquella empresa que preste el servicio, desde un punto meramente civil.

La gran interrogante entonces se plantea en analizar quien debe responder, asegurar y hacer efectivo los derechos de los trabajadores de esa empresa que prestan sus servicios en otras empresas que no son su patrono, entendido como tal. Es claro que entre la empresa que contrata y la que

provee el servicio existe una relación típica comercial que no se rige por el derecho laboral y en la cual, las personas que prestan el servicio lo hacen en nombre y por cuenta de la empresa que suple estos servicios, y ésta asume los riesgos del negocio. Si, por ejemplo, una persona sufre un accidente "laboral" en el centro donde presta su servicio, la empresa competente de responder por él, será aquella que lo contrató y no la empresa donde sucedió el evento ya que con ella no existe un contrato de trabajo (solo una relación comercial con su patrono), relación laboral que sí existe entre la empresa que presta el servicio a la empresa y la persona.

Tenemos que estos nuevos cambios han generado consecuencias de la más diversa índole generando una atomización del ciclo productivo descentralizando sus actividades, introduciendo el principio de división del trabajo y, en consecuencia, ya no hay relaciones de igualdad entre las empresas sino de subordinación, regidos por un contrato de servicios profesionales, conocido como "*outsourcing*".

Cada vez vemos con mucho mayor detalle que las empresas buscan soluciones alternativas para hacerle frente a la rigidez del derecho del trabajo, que al parecer los afecta de una u otra manera, y por ello, ante este panorama, las empresas han apoyado reformas que se dirijan a la flexibilización o, más grave aún, a la des-regulación para satisfacer y responder a las nuevas necesidades y realidades sociales-económicas. Estas reformas serán mayor o menormente apoyadas y realmente puestas en práctica dependiendo del país, de la coyuntura, de la realidad e incluso del gobierno de turno donde se ejecuten.

Sobre ello Rodríguez Piñero ha indicado que "*el mercado ha creado un área mundial de des-regulación que debilita los sistemas de tutela y protección social y, en particular, los sistemas nacionales de regulación del trabajo".*

Y es que ante la falta de creación de puestos de trabajo y, en aras de facilitarlo, se han admitido, según el dicho de Rodríguez Piñero, *"modalidades contractuales caracterizados por su falta de estabilidad y precariedad relajando límites precedentes a los contratos temporales".* Se han generalizado nuevas modalidades contractuales y más flexibles, sin protección contra el despido, para incrementar el número de empleos, facilitar el empleo a los desempleados y facilitar a las empresas un mayor número de opciones de empleos no estables. Es común en los países europeos el incremento de trabajos no estables y la tendencia empresarial a evitar trabajadores fijos para evitar la rigidez y protección del trabajo estable. Estos trabajos atípicos han facilitado a las empresas amplios espacios de flexibilidad, instituto que analizaremos de inmediato.

La flexibilización es definida por el autor Candale, de la siguiente forma: "*disminución de la protección clásica, con la finalidad de conseguir un rendimiento de la empresa y que disminuya el desempleo, y opera disminuyendo los derechos de los trabajadores o modificando la relación de fuentes…".* La define también el autor Rafael Alburquerque en su obra "*¿Se desploma el derecho del trabajo?",* como *"la necesidad de lograr un mercado de trabajo dominado por la autonomía de los actores sociales, empleadores y trabajadores, en que la heteronomía o intervención estatal, se reduzca a su mínima expresión".*

Por su parte Rodríguez Piñero, señala que las propuestas de flexi-seguridad han puesto el acento en la *"reducción de la legislación protectora del trabajo y en la creación de espacios amplios de flexibilidad y de des-regulación".*

Como se puede notar con mediana claridad, entre ambos autores existe una concepción muy similar por lo que se entiende por flexibilidad laboral, siempre entendiéndola como el desmantelamiento del tradicional derecho del trabajo, que es de carácter tuitivo.

Y es que esta modalidad ha sido la opción encontrada para dar respuesta a los nuevos fenómenos sociales que nos atacan, en especial a las preocupaciones que nacen por el creciente y acelerado desempleo que se sufre mundialmente, el cual ha llevado a la flexibilidad del clásico modelo del contrato de tiempo indefinido.

Lo que se ha hecho es, como respuesta a la gran cantidad de personas desempleadas, contratarlos bajo la figura de un contrato determinado aunque presten relaciones con duración indeterminada y de carácter permanente, para solventar la crisis del desempleo.

Incluso se ha ido más allá con variantes a lo que se conocía, en el sentido de aceptar conceder mayor potestad al patrono en el ejercicio del *ius variandi*, con modalidades como cambio geográfico del lugar del trabajo, traslados de puestos, eliminar toda intervención del Estado en la fijación de salarios mínimos, ajustar horarios, y más grave aún, derogación de las sumas que el patrono paga por concepto de seguridad social, entre otros.

Han existido también movimientos en cuanto a cambios en la terminación del contrato de trabajo, los cuales bajo el amparo de esta flexibilización, enuncian cuestiones como reducción de los costos del despido, disminución del importe de las indemnizaciones por pagar, despido con justa causa se sustituye por un despido libre, anualización de prestaciones, y eliminación de prestaciones por un seguro de desempleo.

En nuestra opinión consideramos que algunas de estas variantes se decantan más por un *ius variandi* abusivo, en los términos en que lo ha adoptado nuestra jurisprudencia. Es así como la resolución número 2008-004111 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, señala:

*"III.- **El ius variandi, el ius variandi abusivo y las reubicaciones o reestructuraciones en el sector público**. En doctrina, normativa y jurisprudencia se reconoce la facultad del empleador para variar las condiciones del contrato de trabajo, facultad conocida como ius variandi, siempre que con ello no se perjudique al servidor, pues de hacerlo, ello constituye lo que se conoce como uso abusivo del ius variandi; es decir, el ejercicio de esta facultad se encuentra sujeto a ciertos límites para evitar un uso irrestricto y arbitrario. La Sala ha definido que las discusiones sobre la procedencia o no de las modificaciones son asuntos de mera legalidad que deben ser discutidas en la vía ordinaria correspondiente (…), siendo que el único interés que puede tener para esta jurisdicción analizar estas modificaciones son aquellos casos donde se reclaman variaciones en la relación de empleo -imputables a órganos o servidores públicos-, que sean abierta y claramente arbitrarias, sea que se trate de una modificación sustancial de las circunstancias de tiempo y lugar en que se desempeña el interesado, una degradación en sus funciones o bien, un rebajo sustancial del salario devengado, pues en esos casos se lesionaría en perjuicio del servidor el derecho a su estabilidad laboral. Punto importante a los efectos de este amparo lo es la reubicación, sea del lugar en donde el trabajador presta sus servicios, o sea del puesto que ocupa el trabajador en el organigrama de la institución -debido a una reestructuración-. Este cambio de lugar - llamado también traslado-, encuentra sustento en la facultad del empleador de*

modificar las condiciones en que se prestan las funciones, y se entiende lícito en el sector público cuando existen motivos que lo justifiquen en aras de cumplir con los principios fundamentales del servicio público –artículo cuatro de la Ley General de la Administración Pública-, siendo arbitrario cuando no es posible determinar la existencia de motivos legítimos para su adopción –por lo que existe el deber de fundamentar la decisión de traslado-, o cuando se dispone un descenso en la categoría o salario del trabajador sin otorgarle oportunidad de defensa -debido proceso-. Por su parte, cuando la reubicación sea ya no por cambio de lugar sino por cambio de puesto en la escala organizativa, debe haber existido previamente una reestructuración debidamente aprobada. Fuera de estos supuestos, el empleador tiene facultad para variar las condiciones del contrato de trabajo, no correspondiendo a esta jurisdicción conocer de tal variación por tratarse de asuntos de mera legalidad que deben ser discutidos en la vía ordinaria correspondiente…".

El tema que se ha ignorado con la implementación de estos institutos es que, como lo explica el autor Rodríguez Piñero, *"la creciente precarización de los empleos genera desigualdades crecientes que empobrecen la calidad de los trabajos, generando fenómenos de exclusión social"*.

De hecho, el derecho del trabajo no puede limitarse a proteger jurídicamente a los trabajadores activos sino también a los que no tienen trabajo, más allá de la protección social de la situación de desempleo, y debe buscar una comunidad de fines entre unos y otros y re-equilibrar la protección del trabajador en la relación laboral. Esto para evitar lo que sucede en algunos escenarios y que es tratado por Rodríguez Piñero, *"que el desempleado sea tratado como una mera mercancía de reserva disponible y permanezca indefenso ante las exigencias de los mercados".*

El gran tema es que, a raíz de las medidas que se establecen en aras de recuperar la economía y eliminar déficit fiscales, las propuestas implican revisiones a la baja de reglas laborales, el pensamiento económico imperante contempla al trabajador como un mero factor de producción, como una mercancía y desconoce el significado de trabajo para la persona, tanto como fuente de dignidad y satisfacción como medio para cubrir sus necesidades personales y familiares, ignorando que puede ser fuente de explotación y frustración. El crecimiento del desempleo y la necesidad de medidas de ajuste, produjo un fenómeno de desmovilización, incluso de pánico, que limita las acciones solidarias y posibilidades de movilización. Al final, se busca el equilibrio entre las dos partes para evitar excesos de autoritarismo empresarial para no ver al trabajador como una mercancía y que se le trate como tal.

La economía y el derecho no pueden ponerse en el mismo plano conceptual. El trabajo desde la perspectiva empresarial es, bajo la óptica de Rodríguez Piñero: *"un necesario factor de producción, y la regulación laboral canaliza la forma de uso y de explotación del trabajo humano, y legitima el ejercicio jurídico de poderes que se ejercen sobre la persona del trabajador".*

En Costa Rica, en razón de crisis económicas suscitadas o de fenómenos naturales acaecidos (caso empresas en Cinchona), se tuvieron que dar algunos ejemplos de flexibilidad laboral (contratos por tiempo determinado, reducción de jornadas, teletrabajo, jornada 4x3, entre otras) para responder ante estos fenómenos, señalando que de lo contrario sería imposible conservar los puestos de trabajo, y de ahí que incluso se promulgaran leyes en esos sentidos.

Sin embargo, como lo señala la doctrina, hasta el día de hoy, no aparecen estudios concluyentes que muestren si estas modalidades han contribuido eficazmente a la disminución del desempleo.

Esta flexibilidad tiene clasificaciones, puede ser impuesta por el Estado, puede ser incondicional, condicionada, jurisprudencial, interna o la preocupante la encubierta. También tiene fundamentos teóricos que se dividen en económicos y tecnológicos-productivos.

Como ha sido analizado, las tendencias flexibilizadoras intentan dar a la autonomía de la voluntad un papel más importante, al que se concibe en el tradicional derecho del trabajo ya sea mediante la flexibilización, adecuar el derecho laboral a las nuevas tendencias; o bien, mediante la des-regulación, tendencia a derogar norma del derecho laboral. Esta des-regulación es muy peligrosa y preocupante ya que, es concebida por Alburquerque, como *"la extinción del derecho del trabajo y el retorno del antiguo arrendamiento de servicios dominado por la autonomía de la voluntad de las partes contratantes".*

Ante este panorama, un país tiene tres opciones frente a estos fenómenos: negarla (concepción tradicional), aceptarla (neo-liberalismo); o, buscar una tendencia negociada. En nuestra opinión tal parece que nuestro país se decantó, con la nueva ley procesal laboral, por la negación. Consideramos, que la opción intermedia, de negociación, es la más viable para evitar desempleo – huida de empresas – competitividad; mostrando al mundo que respetamos los derechos laborales pero no a ultranza. Debemos respetar unos mínimos siempre, entendidos estos como aquellos que regulen y den preferencia al contrato indeterminado, sin eliminar la opción de contratos de duración determinada donde se respeten derechos y garantías, capacitación profesional, reducción de jornada, ingreso mínimo garantizado, regulación internacional y un respeto y protección de los derechos humanos de los trabajadores. El Estado no debe ser un ente protector únicamente de las relaciones laborales, sino que también debe mantener sistemas de protección para aquellos individuos que se encuentren desempleados, así como sistemas que permitan la reinserción de los mismos al mercado laboral para cumplir con su principal obligación de procurar el mayor bienestar a todos los habitantes del país.

Ahora es menester revisar el papel de la globalización frente al derecho laboral y en respuesta a los nuevos fenómenos sociales. Señala Alburquerque, respecto a las grandes transformaciones que se experimentan en América Latina, que "*es la globalización que hace que los países requieran aumentar su capacidad de competir internacionalmente pero en condiciones en las que buena parte de las decisiones económicas que antes podían adoptarse con cierto grado de autonomía, ahora son interdependientes de la situación internacional"*. Continúa diciendo que *"es la liberación de los mercados de bienes y servicios la que trae consigo un papel más preponderante de ajustes en la asignación de los recursos, acompañado de un proceso de des-regulación y, como consecuencia, por la redefinición del papel y los instrumentos de intervención del Estado."* Por último, concluye el autor: *"es la democratización de los regímenes políticos, lo que promueve junto con la revitalización de las libertades públicas, el fortalecimiento de las organizaciones sociales y el desarrollo del diálogo y la negociación colectiva entre los actores como forma de institucionalizar y procesar divergencias de intereses y conflictos"*."ocial.□□□lidad en el empleo y con protecciiciones¿ y, empresario que domina el ciclo de producci tiene su razplir ante una crinales trabaja

En palabras de Rodríguez Piñero, la globalización ha producido una "*cierta estandarización de las actitudes y valores relativos al trabajo con el trasfondo común de revisión crítica a la baja de las reglas tradicionales del derecho del trabajo".* De ahí la dificultad para el derecho del trabajo de continuar asegurando, en una economía globalizada, su función de tutela y de garantía de los derechos fundamentales de los trabajadores.

No se puede perder de vista que este fenómeno que obliga a los países a unirse a procesos de integración económica y a la desintegración nacional repercute sobre la relación laboral y el mercado de trabajo. Al respecto, se indica que la persistencia de los altos índices de desocupación que ha traído consigo la globalización, se combate únicamente con eficacia "*si se ataca a fondo la rigidez proteccionista que caracteriza al derecho del trabajo".*

Sobre este fenómeno es menester agregar que ni el legislador, ni la negociación colectiva pueden garantizar por sí mismos, según lo esboza Rodríguez Piñero, *"el mantenimiento de niveles satisfactorios de condiciones de trabajo y de salarios ante las exigencias de la competencia económica; esa incapacidad para responder desde la dimensión nacional, estatal y colectiva a los desafíos de la globalización y asegurar la efectividad de los derechos sociales constitucionalmente obliga al derecho del trabajo a adaptar sus instrumentos, incluidos frente a los de auto-tutela colectiva, a la dimensión supra-nacional, y elevar al nivel en que se diseñen las políticas nacionales de derecho del trabajo".*

Ante ello es necesario el establecimiento de unos estándares internacionales de derechos y reglas laborales que condiciones y protejan los derechos del trabajo nacionales, evitando su retroceso frente a las exigencias de quienes defienden la des-regulación de los mercados.

Sobre ello cabe enunciar que una nueva dimensión del derecho del trabajo ha de ser la fijación a escala mundial de unos, según Rodríguez Piñero con buen tino, "*estándares mínimos de reglas de trabajo, compatibles con el desarrollo y la eficacia económica, mediante una armonización de los principios laborales mínimos comunes a nivel internacional para suprimir prácticas laborales explotadoras y condiciones de trabajo inhumanas, mediante el reconocimiento internacional de derechos fundamentales en materia laboral, adaptables a la variedad de los ordenamientos laborales nacionales, entre esos está la libertad de trabajo, la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva, la abolición efectiva del trabajo infantil y la eliminación de discriminación en materia de empleo".*

Sobre esa misma línea, es imperativo mencionar que no todo es tan escalofriante ya que también hay tesis de reacción, específicamente del norte industrial, el cual ha levantado la bandera de institutos como la cláusula social en los convenios internacionales que obedece a seguir un respeto por los derechos fundamentales; y, a los códigos de conducta que buscan de igual manera el respeto de los derechos fundamentales en el trabajo.

En cuanto a los códigos de conducta y en conexión con la responsabilidad social que citamos, nos indica Rodríguez Piñero que: *"está la adopción de códigos de conducta especialmente para las empresas multinacionales que ha suscitado la asunción voluntaria de compromisos sociales en materia de trabajo, reflejadas con frecuencia en códigos de conducta cuya puesta en práctica voluntaria ha demostrado, en la práctica de la OIT, pasos importantes para*

la erradicación del trabajo forzoso, del trabajo infantil, de la discriminación racial o de género, o del reconocimiento de los derechos sindicales…".

Alburquerque parece no decantarse por la cláusula social y la tilda de: *"un poderoso instrumento en manos de las naciones desarrolladas para tratar de aniquilar las ventajas comparativas que en el intercambio de bienes y servicios, disfrutan hoy los países desarrollados"*. Aunque no podemos perder de vista que como se han desarrollado los eventos, pareciera ser que el comercio y los derechos fundamentales de los trabajadores caminan en senderos paralelos pero independientes y en sentido contrario unos de otros.

La realidad impuesta por una economía globalizada es totalmente diferente, las ventajas comparativas de las naciones subdesarrolladas en el ámbito laboral sirven como palanca en la atracción de capitales y, en la lucha contra la desocupación. Pero, al mismo tiempo, como lo dice bien Alburquerque: *"un país que desconociera los principios y derechos fundamentales de los trabajadores estaría practicando un dumping social en perjuicio de los competidores, y, lo que es más grave, sustentando su desarrollo en el trabajo forzoso, en la utilización de la mano de obra infantil y en la ausencia de la libertad sindical".*

Sobre este tema en particular, Rodríguez Piñero también señala que *"se trata de asegurar que la liberación de los intercambios económicos no se haga al precio de condiciones de vida y trabajo inaceptables, por lograrse ventajas competitivas nacionales basadas en la explotación de los trabajadores".*

Reaparece el instituto del dumping social de forma más intensa y sofisticada en la medida en que en el mercado global operan como elemento valorable de competitividad, el menor coste salarial, la reducción de derechos y de la protección social. Esa reducción de costes laborales se logra mediante procesos de des-localización, de re-estructuración y de descentralización y sub-contratación, que inciden directamente en los empleos; como lo hemos analizado supra.

Veamos dos ejemplos muy puntuales para analizar la cuestión planteada supra. Costa Rica es un país que se vende al mundo como una nación que promueve el respeto a los derechos fundamentales y laborales, y es "víctima" de la rigidez de la legislación laboral pero se publicita como un país con mano de obra cara y especializada y así ha logrado una ventaja comparativa (y competir) basado en una forma legal, proteccionista y amante de los derechos laborales, y le ha resultado (se me podría cuestionar el caso de INTEL o de BANK OF AMERICA). Sin embargo, China se ha decantado por un modelo de explotación de mano de obra barata para atraer fábricas como NIKE-ADIDAS, las cuales aprovechan dicha situación, sin importar que trabajen mujeres y niños largas jornadas y horarios exhaustivos, sin prácticamente ningún respeto por derechos fundamentales en materia laboral, todo con miras de abaratar sus costos de producción, en "beneficio" de China ve incrementada su demanda de trabajo y con ello crea espacios y puestos de trabajo basados en esa modalidad.

Ello nos hace pensar que existen modelos distintos que no nos ayudan a arribar a una conclusión armoniosa o a decantarse por uno u otro modelo; lo que sí podemos concluir es que es viable competir bajo estándares de calidad, respetando los derechos fundamentales de los trabajadores y no necesariamente aceptar la tesis de ventajas comparativas inspiradas en la reducción, al punto de anulación-inexistencia, de derechos laborales, como única forma de competir en el mercado internacional.

Y es que este tema nos hace plantearnos una serie de interrogantes sin respuesta.

Por ejemplo, la globalización y la apertura de mercados unida a la tendencia integracionista (otrora defendida por Bolívar y Martí) nos hace cuestionarnos, según lo indica Alburquerque, *"¿si es factible competir entre países cuyos costos sociales son tan desiguales".* Y es que este tema supone una ventaja competitiva, incluso de mobbing/ dumping social, para el país que paga barata la mano de obra y quien la ofrece en esos términos, ocasionando una especie de "castigo" a aquel país con estándares mínimos y fuertes de protección laboral.

Y este fenómeno, comúnmente conocido, ha despertado el interés en las grandes potencias de resguardarse, especialmente en los acuerdos de libre comercio, exigiendo la suscripción de cláusulas donde se estipule la obligación de respetar ciertos mínimos sociales. En la mayoría de tratados se ha buscado incorporar principios fundamentales en materia de trabajo tales como erradicación del trabajo forzoso e infantil (casos de mineros) y se impulsa la libertad de negociación colectiva. Sin embargo este tema no ha acabado felizmente ni tampoco ha escapado de la crítica ya que ha sido atacado por posiciones, mayoritariamente de países en vías de desarrollo, que consideran que es una forma de proteccionismo disfrazado por parte de las grandes potencias.

Por su parte la OIT también ha hecho su análisis al respecto, indicando que conforme a la declaración sobre los principios y derechos fundamentales del Trabajo (Conferencia 1998), todos los Estados miembros se comprometen a: "*respetar y promover las normas internacionales que postulan la abolición del trabajo forzoso, la erradicación progresiva del trabajo infantil y la abolición inmediata de las peores formas de trabajo infantil, la igualdad de trato y de oportunidades, la libertad sindical y la negociación colectiva".*

Este fue un gran tema con ocasión de la negociación y puesta en práctica del TLC con Estados Unidos, ya que nuestro país tenía estándares sumamente altos en su legislación laboral en contraposición a las paupérrimas legislaciones laborales de sus vecinos centroamericanos y ello, claramente, evidenció un problema de difícil solución.

Ante todo este panorama complicado y sin respuesta, los juristas laboralistas tienen una tarea de suma importancia de amoldar el derecho ya que las reglas laborales han de tener en cuenta las exigencias de la economía y del mercado, al mismo tiempo que conviven con valores y principios del derecho de trabajo (que deben permanecer ya que vienen desde su inicio). Ya que si hay algo cierto en todo esto es que el derecho del trabajo, como ningún otro, "*ha demostrado su excepcional capacidad para adaptarse a las nuevas situaciones políticas, económicas y sociales sin renunciar a su función de instrumento de justicia social"*.

Ello significa, en otras palabras, que la función del ius-laboralista debe centrarse en darle un camino viable a los cambios laborales, para que *"el proceso de revisión y de modernización del derecho del trabajo no implique un debilitamiento de sus valores y principios originarios, aunque se introduzcan innovaciones en el que, sin alterar su sustancia, lo adapten a nuevas situaciones de trabajo, del sistema de empresas y de la economía y a unos mercados que requieren mayor flexibilidad y capacidad de ajuste de la empresas".*

Difícil tarea cuando muchos de los problemas que nos aquejan nos han venido importados ya que las políticas laborales nacionales se encuentran sometidas a los condicionamientos que derivan de políticas económicas importadas y a los vínculos de la concurrencia internacional. Como era antes en Costa Rica, que dependíamos enteramente de afuera (exportación café-banano), ahora ello toma aún mayor importancia pero a efectos de analizar lo

fuerte que significa la influencia internacional en el derecho del trabajo.

Así lo analiza Rodríguez Piñero al establecer que "*en la dialéctica derecho/mercado no se trata de reducir derechos para ampliar mercado erosionando la calidad del trabajo y del empleo, sino de asegurar los valores profundos del derecho del trabajo, las libertades, garantías y derechos del trabajador como trabajador y como persona, en un mercado globalizado que opera en un sistema económico abierto y altamente competitivo, y que atraviesa una difícil coyuntura".*

Corresponde al derecho del trabajo corregir los desequilibrios que hemos enunciado, mediante un modelo que potencie la devolución del equilibrio en cuanto a las tutelas para generar mayor protección y acceso a los derechos, incluyendo los de protección social para los trabajadores no estables. El objetivo bajo esta tesitura no es de reducir prerrogativas empresariales sino de canalizarlas y controlarlas evitando su uso antisocial de la libertad de empresa y del principio de la autonomía de la voluntad. El derecho del trabajo ha de corregir los fallos redistributivos del mercado y condicionar decisiones organizativas empresariales que afectan a trabajadores pero respetando el interés legítimo empresarial a la consecución de unos objetivos económicos en el ejercicio de la libertad de empresa, evitando un uso irracional o desmedido de la misma.

En palabras del autor Rodríguez Piñero, el derecho del trabajo *"ha de proteger el puesto de trabajo existente frente al despido injustificado, al mismo tiempo que protege el acceso al empleo y la empleabilidad del desempleado promoviendo un funcionamiento más dinámico del mercado de trabajo, creando servicios efectivos de empleo y concediendo derechos vinculados al estatuto del desempleado como trabajador en potencia"*.

Continúa diciendo el autor, quien concluye este tema de manera magistral que *"un derecho del trabajo más atento a la realidad de ese mercado ha de evitar que la protección del empleo regular y estable se haga a costa de la desprotección de un amplio número creciente de trabajadores carentes de derechos y garantías, mediante reformas para facilitar la creación de empleo y también y también lograr un mercado de trabajo menos dual y más equilibrado, fomentando el mayor uso del empleo estable, haciéndolo más atractivo para las empresas introduciendo mayores mecanismos de flexibilidad en el desarrollo de la relación laboral y en el momento de la extinción del contrato de trabajo".*

Rodríguez Piñero citando a Zappala, señala que "*un derecho del trabajo con vocación del futuro debe cumplir una función de racionalización y de control de los poderes empresariales y del uso adecuado de la flexibilidad, seleccionando lo realmente necesario para el sistema de empresas y evitando lo inútil, superfluo o injustificadamente perjudicial para los trabajadores y para el empleo".*

En síntesis consideramos que el derecho del trabajo se ha venido degradando en sus institutos más rígidos para tratar de ayudar a solventar las crisis a las que ha tenido que enfrentarse sin morir completamente. Definitivamente el futuro, gracias a la globalización, es que el derecho laboral se vaya amoldando a las nuevas relaciones laborales y sociales bajo la protección de tratos y convenios internacionales que refuercen aquellos institutos primordiales en respeto a los derechos fundamentales.

Es por ello que el derecho del trabajo requiere, en palabras de TREU, *"nuevos enfoques, que debe ser más selectivo en sus prioridades, menos protector y más proactivo, menos exclusivo y excluyente, y más conectado con políticas sociales, el mercado de trabajo y las instituciones sociales".*

Se pone de manifiesto que estos nuevos enfoques no pueden implicar un rompimiento de sus elementos consustanciales, entre los que el derecho del trabajo debe seguir siendo su elemento identificador, y concluimos en palabras de HEPPLE, *"evitando un uso antisocial de la libertad de empresa en las relaciones de trabajo, en un compromiso permanente entre la tutela del trabajador, su seguridad económica, su libertad y su dignidad y el funcionamiento de la empresa sin trabas injustificadas y razonables, teniendo en cuenta la función eminentemente integradora del derecho del trabajo".*

BIBLIOGRAFÍA

- Alburquerque, R. (2003). ¿Se desploma el Derecho del Trabajo?. En Estudios Jurídicos en homenaje al Doctor Néstor de Buen Lozano (39-52). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.

- Asamblea Nacional Constituyente. *Constitución Política de Costa Rica*. 2013. Visto el día 26 de abril de 2015. Disponible en: http://www.pgrweb.go.cr/scij/busqueda/normativa/normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=871&strTipM=TC.

- Baylos Grau y Pérez Rey. (Sin fecha) *Economía, Sociedad y Política de Despido.* Editorial Trotta.

- Bravo-Ferrer y Rodríguez-Piñero. (2011) *El Derecho del Trabajo y las Relaciones Laborales ante los Cambios Económicos y Sociales.* España. Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

- Cantard (A). *Descentralización productiva. Impacto sobre las tradicionales formas de contratación y sobre el binomio trabajador autónomo/ trabajador dependiente. Escenarios futuros*. Argentina. Inédito.

- De Sylva, (S). (2001) **¿Es la globalización la razón de los problemas socioeconómicos nacionales?** Geneva. Organización Internacional del Trabajo.

- Mellado, (C). *Globalización y Relaciones laborales: la individualización*. Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho. Número 10. 2014.

- Organización Internacional del Trabajo. *Declaración d ela OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el Trabajo*. 1998. Visto el día 26 de abril de 2015. Disponible en: http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc86/com-dtxt.htm.

- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. *Sentencia 2008-04111*. 2008. Visto el día 26 de abril de 2015. Disponible en: http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=413225&strTipM=T&strDirSel=directo.

Poder Judicial
Departamento de Artes Gráficas
B. 43430