

# **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

**ISSN: 2215-2377**

## **REVISTA JUDICIAL N° 118**

**Enero, 2016**

Director: Dr. Haideer Miranda Bonilla  
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. Haideer Miranda Bonilla ..... 5

### **Justicia Constitucional y tutela jurisdiccional de los derechos**

Dr. Alessandro Pizzorusso ..... 11

### **Apuntes de Hermenéutica interpretativa en materia de derechos humanos**

M.Sc. Alfonso Chacón Mata ..... 33

### **El impacto de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el sistema de justicia constitucional costarricense**

Dr. Víctor Orozco Solano ..... 61

### **Derecho agrario, desarrollo rural y valor agregado a los productos agrícolas (análisis de la normativa europea y costarricense sobre signos distintivos de calidad)**

Dr. Enrique Ulate Chacón ..... 81

### **Los reclamos arbitrales colectivos como mecanismo para la resolución de conflictos bajo la guía jurídica sobre agricultura por contrato de UNIDROIT, FIDA & FAO**

Bach. Viviana Méndez Valle ..... 105

### **Las medidas cautelares en el proceso penal costarricense**

M.Sc. Frank Harbottle Quirós y Licda. Lucrecia Rivas Quesada ..... 127

### **El derecho a la doble instancia y el principio de doble conformidad: una contradicción inexistente**

Lic. José Luis Campos Vargas ..... 147

### **Pueden los árbitros dictar medidas cautelares. El caso de Costa Rica.**

M.Sc. Hermán Duarte y M.Sc. Roger Guevara ..... 159

### **Las responsabilidades civiles de cargador en el transporte marítimo de mercancías en contenedores**

Lic. Gabriel Arce Morales y M.Sc. Ma. Fernanda Redondo Rojas ..... 173



## PRESENTACIÓN

**Dr. Haideer Miranda Bonilla**

La comunidad judicial y académica reconoce y agradece el esfuerzo y dedicación del Dr. Víctor Pérez Vargas quién, por casi 40 años (1976 – 2015), dirigió la Revista Judicial desde su fundación. Este trabajo se ve reflejado en la cantidad de volúmenes publicados y los contenidos valiosos, debidamente seleccionados. Su esfuerzo y trabajo tesonero se ve compensado, al acogerse a su merecida jubilación, al dejar consolidado este proyecto para las generaciones venideras.

En esta edición de la Revista Judicial ofrecemos aportes sobre la Justicia Constitucional y tutela jurisdiccional de los derechos, los criterios interpretativos de los instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), así como el impacto en nuestro ordenamiento jurídico de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos – en adelante Corte IDH-, análisis sobre los signos distintivos de calidad en el derecho agrario comparado, arbitrajes colectivos en materia de agraria. Además las medidas cautelares y el derecho a la doble instancia y la doble conformidad en materia penal, la posibilidad de decretar medidas cautelares en el procedimiento arbitral y aspectos relacionados con la responsabilidad civil del cargador en el transporte marítimo. Los temas planteados son de suma relevancia en la actualidad en el ámbito del derecho agrario, civil, comercial, constitucional, penal, derechos humanos, internacional público y privado.

El *constitucionalista* **Alessandro Pizzorusso**, Catedrático en Derecho Constitucional y Profesor Emérito de la Facultad de Derecho de la *Università* de Pisa, Italia desarrolla el tema de la “Justicia Constitucional y la Tutela Jurisdiccional de los Derechos”, el cual corresponde al texto base de la “*Lezione inaugurale*” que impartió en el mes de enero del 2012 y 2013 en la Especialidad en Justicia Constitucional y Tutela Jurisdiccional de los Derechos, actividad organizada anualmente por la Facultad de Derecho de la Universidad de Pisa. En su estudio el autor desarrolla la estrecha relación que existe entre el ordenamiento judicial, la justicia constitucional y la tutela jurisdiccional de los derechos tanto en Europa como en América Latina a través del análisis de tres aspectos:

- i) la función del juez en el curso de la historia
- ii) la existencia de Cartas Constitucionales
- iii) la evolución de la disciplina del ordenamiento judicial en el ámbito de los ordenamientos estatales.

Tales aspectos evidencian el rol fundamental del juez nacional y constitucional en el ámbito de esa tutela jurisdiccional, pues tal y como afirmó Norberto Bobbio el verdadero problema de un ordenamiento jurídico no es aquel de fundamentar los derechos constitucionales sino aquel de protegerlos (L'età dei diritti. Editorial Einaudi, Torino,

1999). Es fundamental la existencia de mecanismos eficaces de control y garantía en la actuación de los derechos. El profesor realiza una precisa explicación de los principales acontecimientos del ordenamiento judicial en Italia desde la época de la Unidad Nacional a la actualidad. Posteriormente, desarrolla el modelo de justicia constitucional italiano presente con la entrada en funciones de la Corte *Costituzionale* en 1956, cuyas funciones se encuentran previstas en el título VI de la Constitución. En particular se refiere a sus competencias, organización, mecanismos de elección de los jueces constitucionales, así como lo referido al control de constitucionalidad de las leyes. Además realiza un breve análisis de derecho comparado del control judicial de constitucionalidad de las leyes en Estados Unidos, Francia, Alemania y España. Finalmente, determina que la función jurisdiccional en algunos países tiene una historia diversa de aquella del “juez ordinario” civil y penal como es aquella del juez administrativo, que encuentra su arquetipo más importante en el Consejo de Estado en Francia y de cómo éste influye en otros ordenamientos como el italiano. En este sentido, afirma que la tutela judicial de los derechos constituye, desde un punto de vista general, todo aquel complejo de actividades que son realizadas mediante la aplicación de reglas de tipo procesal que un particular sujeto puede imponer, asumiendo el rol de juez entre los contendientes, o aquél de una autoridad que asegure la aplicación de una regla impuesta por una autoridad soberana en el marco de un sistema de reglas sobre las cuales los sometidos a un ordenamiento reconocen su autoridad.

En su investigación denominada “*Hermenéutica interpretativa en materia de Derechos Humanos*” el **M.Sc. Alfonso**

**Chacón Mata**, Profesor del Énfasis en Derechos Humanos en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica desarrolla la temática los parámetros hermenéuticos presentes en la interpretación de los derechos fundamentales en el ámbito constitucional y en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y como entre ambos ordenamientos existe una influencia recíproca y una viva interacción. Así, a partir de mediados del siglo XX se empezó a hablar de la “internacionalización del derecho constitucional” y más recientemente, en las dos últimas décadas, de la “constitucionalización del derecho internacional”. La internacionalización del derecho constitucional consiste en el proceso de inclusión del derecho internacional dentro del derecho constitucional interno de un país, de modo tal que las normas internacionales ocupen un lugar definido dentro del sistema de fuentes del respectivo Estado. Por su parte, la constitucionalización del derecho internacional consiste en un proceso distinto, en virtud del cual, se acepta que los tratados sobre derechos humanos tienen una dimensión constitucional, es decir, que son constitucionales del orden internacional que implica el respeto por los derechos humanos (Ver en este sentido, el voto disidente del juez Antônio Cançado Trindade en la sentencia de interpretación del caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú* de la Corte IDH del 30 de noviembre del 2007, párr. 6). Posteriormente se analizan con detenimiento y profundidad los principios que deben informar la interpretación de los derechos fundamentales tanto en el ámbito nacional como convencional, en particular: a) plenitud hermética b) pro homine; c) libertad d) interpretación evolutiva. Finalmente se estudia la doctrina del margen de apreciación nacional desarrollada jurisprudencialmente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

y como su implementación en el ámbito interamericano puede incidir negativamente en la interpretación y aplicación coherente de los derechos humanos.

Por su parte, el **Dr. Víctor Orozco Solano**, Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad Castilla – La Mancha, España, Coordinador de la Maestría en Justicia Constitucional en la Universidad de Costa Rica y Letrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia presenta un trabajo sobre “*El impacto de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Sistema de Justicia Constitucional Costarricense*”. En primero plano analiza las sentencias que ha emitido la Corte IDH en el ejercicio de su función contenciosa y consultiva respecto de nuestro país. Posteriormente, estudia con detenimiento una serie de decisiones de la Sala Constitucional con motivo del control de convencionalidad. En tal sentido, en la sentencia número 12703-2014 la Sala Constitucional sostuvo que la jurisprudencia de la Corte IDH es vinculante para todos los órganos jurisdiccionales, en el ejercicio del control de convencionalidad tanto en los supuestos en que la República de Costa Rica es parte del litigio que se ventila en el seno de la Corte IDH, como en aquellos en que no lo es. Para el autor ese carácter vinculante de las sentencias en donde nuestro país no ha sido parte del litigio debería darse sólo en los casos en que el estándar convencional sea superior al nacional, en aplicación del principio “*pro homine o pro libertate*”. Además precisa que el intérprete debe aplicar, o seguir con lugar, o con mucho cuidado, la jurisprudencia de la Corte IDH, teniendo en cuenta que a ésta le resulta una tarea imposible determinar los efectos plenos de sus decisiones con respecto a todos los países que conforman el Sistema

Interamericano de los Derechos Humanos. Por otra parte el estudio analiza si el juez ordinario en el ejercicio del control de convencionalidad puede inaplicar disposiciones legales por motivos de inconvencionalidad (ver decisión del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal No. 2014-1758 del 11 de septiembre del 2014). En sentido se cuestiona si la desaplicación –con efectos *inter partes*- por parte del juez ordinario supone una ruptura del monopolio del rechazo de que goza la Sala Constitucional (en el marco de un sistema de justicia constitucional concentrado) para expulsar del ordenamiento jurídico una norma por razones de inconstitucionalidad o inconvencionalidad. Lo anterior, teniendo en cuenta que la propia Corte IDH ha sostenido que el control de convencionalidad debe realizarse en el marco de las competencias procesales y legales de los países que pertenecen al Sistema Interamericano.

El **Dr. Enrique Ulate Chacón**, Juez del Tribunal Agrario del Segundo Circuito Judicial de San José, Magistrado Suplente de la Sala Constitucional, Catedrático de la Universidad de Costa Rica, y Secretario General de la Unión Mundial de Agraristas Universitarios presenta un estudio denominado “*Derecho Agrario, desarrollo rural y valor agregado a los productos agrícolas (Análisis de la normativa europea y costarricense sobre signos distintivos de calidad)*”. Como parte del Derecho Agrario el autor desarrolla el contenido del derecho agroalimentario y su vinculación con el desarrollo rural. Posteriormente analiza las regulaciones sobre denominaciones de origen en tanto en Europa y Centroamérica (SICA – CAC). Además de la transformación del Instituto de Desarrollo Agrario en Instituto de Desarrollo Rural y Territorial y las potencialidades que de ello pueden derivar. Por otra parte pone en evidencia la necesidad

de que los países de América Latina cuenten con una política agraria de Estado, que favorezca particularmente el desarrollo rural, otorgándole oportunidades a los productores y empresarios agrarios, para aumentar el valor agregado de sus productos agrícolas, con normas y signos distintivos de calidad, tales como las denominaciones de origen y las indicaciones geográficas. Finalmente analiza el reconocimiento del derecho agroalimentario en la jurisprudencia de nuestro país.

La investigación titulada *“Los reclamos arbitrales colectivos como mecanismo para la resolución de conflictos bajo la guía jurídica sobre agricultura por contrato de UNIDROIT, FIDA & FAO”* fue realizada por Viviana Méndez Valle, Bachiller en Derecho y egresada de la Licenciatura de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, quién recientemente realizó una pasantía en el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Internacional Privado (UNIDROIT) de las Naciones Unidas en Roma, Italia donde tuvo la posibilidad de recabar material para la realización del presente estudio. La autora plantea la viabilidad de utilizar el arbitraje para resolver reclamos masivos, en particular modo en la resolución de disputas bajo la agricultura por contrato, lo cual plantea una serie de preguntas que resultan lo suficientemente complejas y novedosas por sí solas en el Derecho Internacional. La agricultura por contrato es un área previamente desconocida y poco regulada, sin embargo, en el 2015 ha tenido gran un gran desarrollo y reconocimiento, tras el lanzamiento de la Guía Jurídica de Agricultura por Contrato del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), el Fondo Internacional para el Desarrollo Agrícola (FIDA) y la Organización de las Naciones

Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO). La guía ofrece, dentro de otras cosas, una lista de posibles remedios en el caso de incumplimientos contractuales en esta línea de negocios, incluyendo la posibilidad de recurrir al arbitraje. Las disputas en la agricultura por contrato pueden nacer de diferentes situaciones, muchas veces estas surgen producto de incumplimientos del contratista de varios contratos idénticos con sus diferentes productores. En este sentido, el tópico sobre la posibilidad de utilizar el arbitraje masivo para resolver este tipo de controversias ha adquirido especial relevancia que ameritan ser exploradas, puesto que puede resultar una solución práctica y económicamente viable en el contexto agrario. Este artículo pretende introducir ambos temas, y proponer como el arbitraje, la agricultura y el comercio pueden mezclarse y presentar soluciones a los problemas futuros del Derecho Internacional.

*“Las medidas cautelares en el proceso penal costarricense”* se titula el estudio realizado por la **Licda. Lucrecia Rivas Quesada** y el **M.Sc. Frank Harbottle Quirós**, quienes se desempeñan actualmente como Letrados de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Los autores desarrollan la temática de las medidas cautelares dentro del proceso penal. Posteriormente, se ocupan del estudio de la prisión preventiva como medida cautelar más gravosa dentro del proceso penal, centrándose en los presupuestos procesales que la justifican, entre los que resaltan la controvertida causal de reincidencia o reiteración delictiva. Además abordan el tema de la posibilidad o no del dictado oficioso, así como lo relativo a la duración de esta medida y los límites que enfrenta a la luz del principio de proporcionalidad. Finalmente, se refieren a las disposiciones normativas que regulan las

medidas cautelares, y en particular la prisión preventiva en los delitos de delincuencia organizada, tramitación compleja y flagrancia hasta culminar con análisis de una serie de interpretaciones sostenidas por los distintos Tribunales de Apelación de Sentencia, la Sala de Casación Penal y la Sala Constitucional.

En su artículo denominado “*El derecho a la doble instancia y el principio de doble conformidad: una contradicción inexistente*”, el **Lic. José Luis Campos Vargas** quién se desempeña como Director del Área de Derecho Penal de la firma Batalla Abogados estudia los institutos de la doble instancia y de la doble conformidad en materia penal, con el fin de dilucidar si en nuestro ordenamiento jurídicos existe alguna contradicción entre ambas figuras. En tal sentido, realiza un análisis de las principales sentencias emitidas por la Sala Constitucional, en particular de la reciente sentencia número 2014-13820 que restituyó la vigencia del artículo 466 bis del Código Procesal Penal y que respaldan la existencia de la doble conformidad en nuestro ordenamiento. El autor considera que no existe ninguna contradicción entre el derecho a la doble instancia y el principio de doble conformidad, por cuanto el primero es un derecho fundamental establecido únicamente para un sujeto procesal en concreto – el imputado – y el segundo es una decisión legislativa que busca limitar la facultad de persecución penal del Estado y de los acusadores privados en aras de la seguridad jurídica. Por otra parte, las sentencias de la Sala Constitucional han dejado claro que la doble conformidad se encuentra totalmente apegada al Derecho de la Constitución. Por último se cuestiona si la doble conformidad procede en relación con la apelación de una sentencia, por cuanto este instituto fue concebido originalmente

para el recurso de casación cuando este era el único medio de impugnación de las sentencias dictadas en juicios penales.

*¿Pueden los árbitros dictar medidas cautelares? El caso de Costa Rica*, es el trabajo desarrollado por **M.Sc. Hermán Duarte y M.Sc. Roger Guevara**, expertos en temas de arbitraje y comercio internacional. Los autores explican el sistema dualista con el que se regula el arbitraje en Costa Rica. Al respecto destacan la importancia que tiene las medidas cautelares en el proceso arbitral. En particular modo sostienen que con fundamento en la Ley 8937 –la Ley Sobre Arbitraje Internacional Comercial – un Tribunal Arbitral puede ordenar medidas cautelares a las partes. Además, plantean una interesante discusión sobre los requisitos que deben ser cumplidos para que éstas medidas puedan ser dictadas.

Finalmente, los abogados **Gabriel Arce Morales y María Fernanda Redondo Rojas**, presentan un artículo denominado “*Las responsabilidades civiles de cargador en el transporte marítimo de mercancías en contenedores*” en el que analizan el contrato de transporte marítimo, sus elementos, derechos y obligaciones de sus partes. Además, explican la figura del cargador y en el conocimiento de embarque como el documento más empleado en dicha actividad. Por otra parte, se estudia con detenimiento la responsabilidad civil elementos, periodos de responsabilidad, eximentes y limitaciones y su relación con la normativa internacional, ya que existe una amplia regulación pertinente como lo son las Reglas de La Haya, Hamburgo y las recientes de Rotterdam, de las cuales Costa Rica no ha ratificado ninguna de ellas ni sus protocolos.



# JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y TUTELA JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS

Dr. Alessandro Pizzorusso<sup>1</sup>  
Q.d.D.G.<sup>2</sup>

**SUMARIO:** i. El ordenamiento judicial, la justicia constitucional y la tutela jurisdiccional de derechos ii. Los acontecimientos del ordenamiento judicial en Italia desde la época de la Unidad Nacional a hoy iii. La Justicia Constitucional en Italia. Breves notas de derecho comparado.

- I. El ordenamiento judicial, la justicia constitucional y la tutela jurisdiccional de derechos
1. La función del “juez”, como se presenta en el curso de la historia, se puede esquematizar como la intervención de una tercera persona que se interpone entre las “partes” de una relación, en

los casos en que estas no están de acuerdo en la individualización de la norma que debe regular el “caso” que ha originado la relación misma, o sobre las consecuencias de la aplicación de la norma así determinada. Cuando eso ocurre, a las partes originarias de la relación se agrega un tercero, cuya posición se distingue de las dos primeras por el hecho de estar comprometido con la solución del caso, pero no con una determinada solución del mismo. En ello se distingue de la posición de las partes, cada una de las cuales sostiene su propia solución conforme a sus respectivos intereses, mientras que el juez actúa sobre todo en el interés del derecho vigente en el país.

---

1 Catedrático en Derecho Constitucional y Profesor Emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad de Pisa, Italia. Socio fundador de la Asociación Italiana de Constitucionalistas. Autor del libro “*Lezioni di Diritto Costituzionale*” publicado por primera vez en 1978, el cual fue traducido al idioma español por Javier Jiménez Campo en 1984 con el prólogo de Francisco Rubio Llorente por la editorial del Centro de Estudios Constitucionales y Políticos de Madrid, España. Además dentro de su vasta obra jurídica se pueden citar: *Manuale di Istituzioni di Diritto Pubblico*, *Sistema Giuridici Comparati*, *la Costituzione ferita*.

El texto del presente artículo corresponde a la “Lezione inaugurale” de la Especialidad en Justicia Constitucional y Tutela Jurisdiccional de los Derechos que impartió el profesor Pizzorusso el 16 de enero del 2012 en el Aula Magna de la Facultad de Derecho de la Universidad de Pisa, en su primera edición. La especialidad es coordinada por el profesor Roberto Romboli y se encuentra dirigida a profesionales de América Latina [www.corsoaltaformazionepisa.it](http://www.corsoaltaformazionepisa.it). La ponencia del profesor Pizzorusso fue traducida al idioma español muy gentilmente por el Dr. Enrique Ulate Chacón quién es Doctor en Derecho en la Scuola Superiore Sant’Anna di Studi Universitari e Perfezionamento di Pisa, Italia.

2. En el 13 de diciembre del 2015 falleció a la edad de 84 años Alessandro Pizzorusso, considerado uno de los más grandes constitucionalistas italianos, quién dejó un gran legado en la comunidad jurídica internacional y latinoamericana pues varias de sus estudios fueron traducidos al español. La V edición de la Especialidad en Justicia Constitucional y Tutela Jurisdiccional de los Derechos organizada anualmente por la Facultad de Derecho de la Universidad de Pisa fue dedicada a la memoria del Professore Pizzorusso verdadero jurista por sus extraordinarias cualidades académicas y como ser humano.

El hecho de que los casos a resolver, recurriendo al juez, se repitan en el tiempo y en el espacio no significa, por otra parte, que para su solución, cada vez sea necesario reiterar la discusión entre las partes y, si entre estas no hay acuerdo, la intervención del juez para resolver la diferencia que eventualmente se determine entre sus posiciones.

Cuando la decisión del juez se establece, dando lugar a la formación de un “precedente”, en efecto, ella puede producir una norma general y abstracta, a la cual se recurre normalmente, en lugar de asignar, cada vez que es requerido, a un sujeto que opere en la posición de tercero. En los países anglosajones, en los cuales el precedente judicial le ha sido generalmente reconocido el rol de fuente del derecho, ese hecho comportado la calificación de los jueces como ‘oráculo de la ley’. En los ordenamientos de Europa continental, generalmente al precedente no es reconocido el rol de fuente del derecho, pero ello no impide que las decisiones judiciales puedan igualmente influir, del mismo modo, a través de la obra del legislador, es decir, de un Parlamento que actúe directamente en tal sentido, o bien a través de otro órgano delegado para ello o en el cual sean recibidas las decisiones formuladas en forma de decretos.

Esta esquematización del tipo de relaciones que dan lugar a la formación de los ordenamientos jurídicos permite comprender porqué, aparte de la organización de colecciones de normas generales y abstractas, a las cuales se da el nombre de leyes, códigos, etc, sea necesario también la organización de

cuerpos de jueces que sean capaces de dictar normas individuales relacionadas con casos concretos, para decidir cual norma es aplicable a ellos, y como la norma general y abstracta deba ser individualizada por un juez que toma en consideración el caso examinado.

Este mecanismo opera, no sólo para determinar las normas “sustanciales” a emplear en la solución del mérito de los casos que se presentan, sino también para determinar las normas instrumentales aplicables para dar una forma concreta a las decisiones que se toman para ese fin. Estas últimas son las que regulan el procedimiento a observar en los distintos casos para cumplir estas operaciones y son llamadas “normas procesales”. Una parte de ellas son las normas del “ordenamiento judicial” las cuales sirven para establecer quién debe desenvolver las funciones de juez en relación a las controversias que asumen las características de un “proceso” formal.

2. En relación a la actividad de formación de las leyes, puede repetirse todo lo que se ha dicho acerca de las controversias sobre el modo en el cual una cierta actividad del hombre debe constituir objeto de decisiones judiciales. También la formación de la ley, en efecto, es regulada normalmente por principios y reglas que, por el hecho de disciplinar las controversias que tengan por objeto la conformidad de las leyes a las reglas y a los principios que para ese fin hayan establecido en los diversos modos sugeridos por la historia en diversos países, comporta una “ley superior” respecto a las ‘normas ordinarias’ y prescribe ciertamente la conformidad

de las leyes a cuanto está previsto, sea en cuanto toma en consideración el procedimiento establecido para adoptarlas, sea en cuanto atiende a su contenido.

Ello es lo que ocurre cuando los principios y las reglas de este tipo son contenidas en un particular tipo de ley que se llama “Constitución” (y, más precisamente, “constitución rígida”, es decir adoptable o modificable solamente mediante un procedimiento diverso a aquél que debe observarse para formar las “leyes ordinarias”, y que es protegida contra las eventuales violaciones de ella y que se produzcan en la formación de estas últimas).

En la eventualidad en que deba resolverse este tipo de controversias, se ha considerado oportuno recurrir a un juez que opera según modalidades tendencialmente análogas a aquellas que se aplican en los casos normales de actividad jurisdiccional, pero ciertamente cualificadas en su propia composición y por reglas específicas de procedimiento.

Prescindiendo aquí de las discusiones que han surgido sobre la posibilidad de que éstos órganos puedan y deban ser regulados por leyes normales de ordenamiento judicial, o bien, por reglas explícitamente incluidas en la Constitución, las cuales derivan de las circunstancias en las cuales su actividad ha sido prevista en distintos países, podemos individualizar en este género de jueces y en su actividad, propiamente el ámbito de la que ha sido denominada la “justicia constitucional”.

Para completar la presentación de este sector del derecho, que ha sido analizado a partir de la edad del iluminismo y que se ha desarrollado principalmente en los últimos dos siglos, se debe sobre todo señalar como la institución de órganos de justicia constitucional, a nivel estatal y a nivel internacional, haya contribuido al desarrollo de la tutela de los derechos fundamentales del hombre que, ya en los siglos precedentes, habían estado a menudo al centro de la historia constitucional de Gran Bretaña y que habían conseguido importantes éxitos con la revolución americana. De ahí que la oportunidad de agregar la “tutela jurisdiccional de los derechos a la justicia constitucional” como objeto de un curso como éste, que efectivamente busca describir en algún modo la protección de los derechos fundamentales de la persona humana, encuentren particulares formas de tutela en la organización jurídica del mundo contemporáneo.

Por lo demás, aunque en muchos países la disciplina en la “jurisdicción constitucional” no es considerada parte de la materia “ordenamiento judicial”, no existe duda que ella presenta puntos de conexión importantes con esta, de ahí la oportunidad de tratar en conjunto los dos temas en un curso como este. Las dos materias (o sub materias) presentan, por otra parte, conexiones también estrechas con disciplinas como el “derecho procesal” y la disciplina de las “fuentes del derecho”, las cuales incluso, comprendiendo sectores muy vastos de las ciencias jurídicas, van mucho más allá del aspecto del ordenamiento que aquí es preeminente, así que a ellas se hará referencia solamente cuando

sea necesario, dando por sentado el encuadramiento completo. Igualmente, se hará referencia de manera ocasional a los institutos propios del derecho internacional, particularmente en tema de tutela de los derechos fundamentales, no obstante la creciente importancia que sobre ese perfil los mismos han demostrado en los últimos tiempos.

La institución de la “justicia constitucional” (en América Latina llamada también “derecho procesal constitucional”) constituye uno de los mayores factores de evolución de las disciplinas que hemos destacado antes, las cuales han recibido recientemente un importante desarrollo que permite, por otra parte, establecer mayores puntos de conexión entre los ordenamientos de distintos Estados, entre ellos y el ordenamiento de la comunidad internacional y los otros que están vinculados en distinta formas. En algunos casos de este tipo, además, se han realizado formas que permiten asumir al individuo un rol de sujeto del ordenamiento internacional, con consiguientes modificaciones del significado originariamente asumido por esta disciplina, según la cual, sólo los Estados y no los individuos eran concebidos como dotados de subjetividad en el ámbito de tal ordenamiento. La experiencia más reciente ha demostrado, en efecto, cómo esta regla ha sido derogada, sobre todo en vista a una más adecuada realización de formas de tutela de los derechos fundamentales y de persecución de ciertos tipos de delitos contra la humanidad.

**3.** La evolución de la disciplina del ordenamiento judicial, en el ámbito de

los ordenamientos estatales, también ha sido profundamente influenciada por el desarrollo que en este campo han tenido los ordenamientos de carácter internacional, especialmente, en lo que respecta a la tutela de los derechos fundamentales, por efecto del cual, ellos dedican ahora una atención mucho mayor, de cuanto ocurría en el pasado, a la tutela de los derechos de la persona, en un ámbito constitucional mucho más abierto a su reconocimiento como valor a proteger y al cual atribuir un adecuado rol en un marco de democracia liberal y social.

El ordenamiento de la justicia constitucional, como la vemos funcionar hoy, incluso con características ahora más diferenciadas, en gran parte de los Estados del mundo (y que es potencialmente realizable también en ordenamientos diversos de los estatales) presenta interés no solamente porque da origen a actividades organizativas, por un lado complementarios a los estudiados durante siglos con referencia a los tipos más difundidos de ordenamientos procesales, sino también por la incidencia que ello ha tenido sobre el modo de concebir los sistemas de las fuentes del derecho, que encontramos operando con referencia a los distintos tipos de ordenamientos jurídicos antes mencionados, además de las relaciones entre ellos.

Por cuanto, en efecto, las reglas de la justicia constitucional disciplinan a menudo, específicamente las competencias del órgano o del complejo de órganos a los cuales son asignadas ese tipo de funciones son asignadas, en la

gran mayoría de los casos caracterizadas por el hecho de presuponer la decisión de los creadores de un ordenamiento jurídico de organizar dicho ordenamiento sobre la base de un sistema, en virtud del cual, las disposiciones o normas producidas por una fuente (o en el ámbito de cierto ordenamiento) asumen una eficacia jurídica que implica la superioridad de ellas respecto a aquella que el mismo ordenamiento asigna a las disposiciones o normas producidas por otra fuente (o en el ámbito de otro ordenamiento) y calificada como inferior a la primera.

Esta relación de superioridad o inferioridad puede considerar las disposiciones o normas producidas en aplicación de una determinada fuente del derecho (o de todas las disposiciones o normas producidas por un cierto tipo de fuente, o incluso todas las disposiciones o normas comprendidas en un determinado ordenamiento o tipo de ordenamiento) y puede comportar también la invalidez de la fuente inferior. Las modalidades concretas mediante las cuales estos contrastes de normas o de ordenamientos puedan producirse y las consecuencias relevantes que se pueden derivar de ellas, han sido objeto de profundas investigaciones en el ámbito de los estudios en los cuales el objeto lo constituye la justicia constitucional y sobre los cuales no es el caso detenerse ahora.

Procediendo sobre la ruta trazada, se podría reconstruir todo el derecho poniendo de relieve como él pueda ser construido, según la enseñanza kelseniana, como una única jerarquía

normativa (*stufenbau*), más o menos amplia, según se pongan en evidencia un número más o menos amplio de condiciones que determinan las interacciones entre las diversas fuentes.

Pero aquí no es el caso proseguir sobre tales aspectos, que serán explicados con más detalle en el ámbito de las lecciones que seguirán. En efecto, para establecer cómo la justicia constitucional se incorpora en un sistema que pretende coordinar las principales consecuencias que la misma puede producir en los ordenamientos jurídicos, en los cuales ella está destinada a operar, es suficiente por ahora proceder a una descripción sumaria de los principales modelos y sus respectivas consecuencias. A ello se dedicarán las lecciones de los próximos días, mientras que en esta premisa nos limitaremos a señalar los principales episodios que han influido sobre la evolución de la disciplina estudiada.

Concluiremos, por eso, estas observaciones preliminares, señalando que el estudio de la justicia constitucional, en los casos en los cuales ella se presenta ligada intrínsecamente a las actividad normal de otros jueces, a los cuales también se les asigna la decisión de las cuestiones de constitucional o, al menos, la iniciativa que tienen en vista de la decisión que ellos recibirán de parte de los órganos respectivos, presuponga un conocimiento completo de los temas propios del ordenamiento judicial y del derecho procesal en sus diversos componentes (civil, penal, administrativo, etc) mientras que, en los casos en los cuales tales cuestiones se presentan como estructuralmente

separados, respecto a las distintas formas de actividades jurisdiccionales, el interés de los estudiosos se concentra sobre todo en los efectos que la obra de la justicia constitucional puede tener sobre las fuentes que el juez debe aplicar en el ejercicio de sus funciones o sobre otras repercusiones análogas. La misma calificación de los órganos que tienen como su función principal o exclusiva el ejercicio de control de constitucional, como órganos jurisdiccionales o como órganos constitucionales, depende en consecuencia de cada tipo de diferencias organizativas.-

## **II. Los acontecimientos del ordenamiento judicial en Italia desde la época de la Unidad Nacional a hoy**

4. Volviendo ahora a los principales factores que han determinado la evolución del ordenamiento judicial en Italia, iniciaremos señalando cómo, desde la época de la Unidad, realizada en 1861 con la anexión al Reino de Sardeña (que comprendía Piemonte, Liguria y la misma Sardeña) de gran parte del territorio restante de la península italiana, después completada con las ulteriores acontecimientos realizados en 1866, en 1870 y en 1918, operó en Italia un cuerpo de jueces estatales que tenían un estatuto jurídico similar al asumido por los jueces en otros países de Europa continental, o sea, a aquellas propias de las otras funciones estatales, pero caracterizado, sin embargo, por garantías limitadas de independencia particulares a ellas.

Este aspecto fue determinado principalmente por la influencia de los

acontecimientos franceses que habían significado la abolición de los *Parlements* (que eran así denominados en esa época *Parlements*, según una antigua tradición, pero eran en realidad Cortes de Justicia), los cuales habían ejercitado esas funciones en la fase final del *ancien régime* y que en Francia habían sido suprimidos después de la revolución de 1789 y después sustituidos por un ordenamiento donde la Magistratura era un cuerpo de funcionarios ampliamente controlados por el Ejecutivo.

En el curso del XVIII siglo, los jueces franceses habían asumido un rol político importante, en particular, en virtud de las frases de los *arrêts de règlement* (que eran observaciones a los actos del monarca que se debían registrar) con los cuales lograban a menudo condicionar los actos del soberano. Como consecuencia de la aversión desatada en sus orientaciones y, particularmente, por la práctica de algunas actuaciones condenadas por la opinión pública, como la que permitía la venta de cargos de los integrantes de estos órganos, en ese momento admitida ampliamente, y por otras razones de crítica como consecuencia de su actividad, luego de la revolución de 1789 esos órganos fueron suprimidos y sustituidos por un tipo diverso de organización judicial, que tendía a colocar los órganos judiciales sobre el control de las autoridades políticas, también mediante la institución de un nuevo órgano, el *Tribunal de Cassation*, originalmente destinado a controlar que los jueces no interfirieran con las funciones de gobierno ejercitadas por los órganos constitucionales.-

El modelo francés de ordenamiento judicial, como fue creado, después de un periodo de incertidumbre mediante una célebre ley napoleónica de 1810, fue recibido, en el curso del siglo XIX y en la primera mitad del XX, en varios países pertenecientes al área del *civil law*, incluida Italia y los Estados de Europa central y oriental y del área ibérica. La mayor independencia, de la cual continuaron disfrutando los jueces ingleses y norteamericanos, viene a constituir una alternativa de soluciones que en cierto modo resultó más concreta de cuanto aparece en base a su *status* legal, resultante de las tradiciones seguidas en el área del *common law* y dada a conocer sobre todo en los ambientes judiciales ingleses y en las universidades norteamericanas.-

La influencia menos inmediata, pero muy fuerte sobre el plano cultural, había sido en cambio la ejercida en las experiencias desarrolladas en Inglaterra y Norteamericana que habían llevado, desde antes, en Inglaterra, a la afirmación de los derechos de la persona y, después, en América, a la configuración de la Magistratura como “poder judicial”, en ambos casos, en el ámbito de una forma de gobierno inspirada ampliamente en los principios liberales.

La experiencia por los Estados italianos, al término de las guerras napoleónicas, sobre la base de las decisiones adoptadas por parte del Congreso de Viena (1814-15), implicaba sin embargo, generalmente, el regreso a la forma de gobierno denominada “monarquía absoluta”, la cual comportaba que el ejercicio de las funciones judiciales

correspondieran al Rey y a un cuerpo de jueces instaurados por él y que operaban a su nombre.

En el Reino de Cerdeña donde, incluso, el componente liberal de la nueva construcción política era más fuerte que en los otros Estados italianos, en 1848 fue “concebido” por el Rey Carlos Alberto un “Estatuto” (es decir una suerte de Constitución, referente a las tendencias prevalecientes en Gran Bretaña y parcialmente recibidas también en Francia por Luis XVIII, con la celebre *Charte* de 1814), preparada por sus colaboradores, en el cual se adoptaba una forma de gobierno que preveía la atribución del poder legislativo a la decisión conforme de una Cámara electiva y del Senado Regio (convalidada por la “sanción” real). En virtud de las “modificaciones tácitas” que el Estatuto sufrió en el periodo sucesivo, con el consentimiento del Rey, esta forma de gobierno funcionó incluso como un gobierno parlamentario, incluso luego del éxito de los piemonteses en la guerra con Austria de 1848-49, a la cual pertenecían también los liberales italianos de otras regiones.

En cuanto respecta al ordenamiento judicial, el Estatuto reconocía al Rey el poder de instituir los jueces (art. 68), y en general sobreponía los órganos judiciales al control del Ejecutivo, en particular en virtud de la dependencia de los órganos del Ministerio Público, al cual correspondía el ejercicio de la acción penal, al Ministerio de Justicia, pero salvaguardaba, en cierta medida al menos, la independencia de los órganos judiciales, alineándose con ello, al

menos teóricamente, a los principios de la democracia liberal.

En estos aspectos se conformaron las leyes italianas de 1865, de 1923 y de 1941, que tienen por objeto el “ordenamiento judicial”, las cuales realizaron una disciplina general de la organización de los jueces civiles y penales, mientras, hacia finales del s. XIX, un complejo de “leyes especiales” permitieron una primer introducción de formas de justicia administrativa, mediante las cuales los ciudadanos podían tutelar sus derechos frente a la Administración Pública, y otras formas de contencioso, referidas a otros tipos de actividad administrativa, cuyo carácter jurisdiccional era generalmente puesto en duda.

La Ley General sobre el Ordenamiento Judicial, que fue adoptada en 1941, después del avenimiento del régimen fascista, que había conquistado el poder después de la crisis generada después de la guerra, tendía a alinear mas completamente esta disciplina por los principios del fascismo, en un momento histórico en el cual, por otra parte, la caída de la dictadura mussoliniana era ya eminente.

5. La recuperación de las instituciones democráticas, derivada concomitantemente con los eventos de la segunda guerra mundial, que había conducido en un primer momento a la participación del régimen fascista en la guerra al lado de Alemania nazi, no pudo ser realizado inmediatamente a causa de las operaciones militares que se llevaron a cabo sobre territorio

italiano hasta 1945. Una serie de principios en el tema de ordenamiento judicial, totalmente inspirados en los principios de la democracia liberal y social, que habían orientado el componente occidental en el entendido que habían combatido contra el fascismo y sus aliados fueron, en consecuencia, incluidos en la Constitución de 1947, que fue aprobada sobre la base de un gran consenso obtenido en el período transitorio después del tratado de paz.

La Constitución había previsto también, en la VII disposición transitoria contenida en ella, que la ley de 1941, que quedó vigente de manera provisional, a excepción de algunas medidas adoptadas al final de 1946, fuera sustituida completamente por una “nueva ley sobre el ordenamiento judicial en conformidad con la Constitución”, dado que los principios constitucionales ahora vigentes discrepaban notablemente de los del ordenamiento anterior. Sin embargo, ese propósito no fue honrado por las mayorías políticas formadas sucesivamente, las cuales se limitaron a discutir varios problemas de la justicia sin encontrar entre ellos un acuerdo suficiente.

Pese a lo anterior, si fueron adoptadas, sobre la base de una serie de intervenciones importantes de la Corte constitucional, varias leyes de contenido más limitado que provocaron gradualmente una transformación sustancial de la vieja ley. Sin determinar el completo abandono del modelo francés, que había influenciado las leyes precedentes, estas modificaciones permitieron una evolución que permite realizar una plena independencia de

la Magistratura, como está prevista en la Constitución y a la cual se hace referencia en modo cada vez más sentido, al interno de la Magistratura misma, como consecuencia del cambio generacional ocurrido al mismo tiempo.- En virtud de estas modificaciones parciales, la gestión administrativa de la Magistratura por parte del Ministro de Justicia fue limitada a aspectos que no influían sobre la independencia de los jueces particulares y ministerios públicos (a los cuales fue restituida la titularidad de la acción penal, ahora declarada obligatoria justamente por el artículo 112 de la Constitución, y la dirección de la política judicial como está establecido por el artículo 109 de la misma) y de ello derivó, progresivamente, un crecimiento del rol desarrollado por ella en el país, sobre todo en la lucha contra la criminalidad y la corrupción, y por el Consejo Superior, en cuanto atañe la gestión administrativa de la Magistratura.

La Constitución, en efecto, ha sustraído al Ministerio de Justicia aquél complejo de funciones que el ordenamiento precedente le atribuía para la gestión de la carrera de los magistrados y para el control disciplinario de las actividades de sus funcionarios públicos (art. 104 y siguientes Const. Pol.), asignándole al Consejo Superior, que es un órgano de relevancia constitucional, presidido por el Presidente de la República y compuesto por dos tercios de magistrados, elegidos por todos los magistrados, y por un tercio de profesores o abogados elegidos por el Parlamento, al fin de realizar una gestión autónoma, con referencia a la cual se ha hablado frecuentemente de "autogobierno" de la Magistratura.

Más allá de cuanto está regulado en la Constitución, la legislación ordinaria ha previsto la formación de "órganos de autogobierno" también para la jurisdicción penal militar, y para la jurisdicción administrativa, para la justicia contable y de pensiones y para la justicia tributaria. El sistema de las impugnaciones de las sentencias prevé, además, que las decisiones de la jurisdicción administrativa y de la contable, sean impugnables mediante recurso de casación exclusivamente por motivos de jurisdicción, mientras las jurisdicciones tributaria y penal militar tienen en la Corte de Casación el juez de última instancia como la jurisdicción ordinaria. También estas reglas, en las cuales es evidente su escasa homogeneidad, demuestran las dificultades que el legislador italiano ha tenido para dictar una disciplina orgánica en esta materia. El único caso en el cual el Parlamento ha logrado dictar un código totalmente nuevo, es decir el Código de Procedimientos penales de 1987, ha dado lugar a muchas discusiones y a dificultades considerables en su implementación.

6. Luego de dichas experiencias, Italia continúa formando parte del área del *civil law*, pero han aumentado las relaciones con el área del *common law*, y en particular con la cultura jurídica inglesa y norteamericana, provocando un amplio acercamiento entre las dos culturas jurídicas que se manifiesta hoy en muchos aspectos de funcionamiento de las instituciones italianas.

En cuanto atañe al rol de los jueces, particular importancia tuvo la concepción

expresada en la Constitución de los Estados Unidos de 1787, cuyo tercer artículo delineó un “poder judicial (confiado a) una Corte Suprema y otras Cortes de grado inferior que el Congreso podrá en cada caso crear y constituir”, con lo cual se proclamó solemnemente la independencia respecto a otros poderes del Estado.

“Cuando en la misma persona o en el mismo cuerpo de la magistratura”, había escrito Montesquieu en 1784, “el poder legislativo está unido al poder ejecutivo, no tiene libertad, porque se puede temer que el mismo monarca, o el mismo senado, hagan leyes tiránicas para ejecutarlas tiránicamente. Tampoco hay libertad si el poder judicial no está separado del poder legislativo y del ejecutivo. Si estuviese unido al poder legislativo, el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario: en efecto el juez sería legislador. Si estuviese unido al poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor. Todo estaría perdido si el mismo hombre, o el mismo cuerpo de mayoría, o de nobles, o del pueblo, ejercitase estos tres poderes: el de hacer leyes, el de seguir las decisiones públicas y el de juzgar los delitos y las controversias de los particulares.”

En el periodo de mayor afirmación de los principios del constitucionalismo, sintetizados en el célebre artículo 16 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, adoptada por la Asamblea constituyente francesa el 26 de agosto 1789, por el cual “una sociedad en la cual la garantía de los derechos no es asegurada, ni la

separación de poderes determinada, no tiene Constitución”, la reacción contra los *Parlements*, del cual he hablado hace poco, evidentemente provocó una gran dislocación entre el ordenamiento judicial adoptado en Francia, y sucesivamente recibido en muchos otros países, entre ellos Italia, y aquellos difundidos en los países de lengua inglesa.

La entrada en función de la Corte Constitucional, prevista en el título VI de la Constitución y sobrevenida a partir de 1956, permitió una amplia revisión de la legislación anterior, para lo cual el Parlamento, que era el titular ordinario de la función legislativa, resultó en cierto modo poco idóneo. En efecto fueron muy raras las grandes leyes que se hacían necesarias con el retorno a la democracia y fue desarrollado, sobre todo, un derecho jurisprudencial que produce también resultados análogos a aquellos previstos por la Constitución, si bien tales progresos fueron alcanzados con no poca dificultad. Ello no impidió la elaboración de reformas importantes, entre las cuales la materia relativa al ordenamiento judicial, que llevaron a la formación de un modelo italiano, que se viene diferenciando del modelo francés por el incremento de la independencia de la Magistratura y por su acentuada tutela constitucional de las libertades de los ciudadanos.

Sin embargo no fue realizada una revisión general de la ley sobre el ordenamiento judicial (de la cual, por cierto, pocos artículos están aún en vigor), permaneciendo fuertes discusiones, sobre algunos aspectos de la reforma misma, entre las fuerzas políticas y entre los estudiosos de la materia.

7. A partir de la segunda mitad del siglo XIX, particular atención ha sido dedicada a las leyes que regulan la actividad “administrativa” de los órganos públicos y el derecho de los ciudadanos de requerir a los jueces del Estado, tanto la anulación de los actos de los poderes públicos injustamente lesivos de los derechos de los particulares, como el resarcimiento de los daños sufridos por causa de actos ilegítimos de la Administración Pública. De ello se ha derivado toda una legislación, inicialmente concebida como “especial” respecto al derecho civil y después como un sector importante del “derecho administrativo”, la cual ha abarcado progresivamente también las actividades de un complejo de jueces y de procedimientos, considerados especiales también respecto de la justicia administrativa “general”, considerando que los recursos que pueden ser interpuestos ante ellos por los particulares para conseguir la tutela de sus derechos frente a los poderes públicos.

La “justicia administrativa”, recientemente reformada, regula los aspectos organizativos y procesales específicamente suyos propios y los derechos de las partes particulares que se dirigen a ellos, la cual incluso hoy ha asumido el carácter de una ulterior jurisdicción dotada de carácter relativamente general, en algunos países puesta en una relación de justo equilibrio respecto a la jurisdicción civil.-

### **III. La Justicia Constitucional en Italia. Breves notas de derecho comparado**

8. Los institutos de la justicia constitucional, a lo cual se dedica la segunda parte de este discurso, se refieren a actividades que tienen prevalentemente por finalidad, en los ordenamientos jurídicos estatales dotados de una “constitución rígida” como la italiana, asegurar el respeto y la correcta aplicación de la Constitución y de las normas constitucionales, o bien de ejercitar funciones en distintos modos tendientes a alcanzar finalidades previstas para la observancia de la Constitución.

Ella es aplicada normalmente por los órganos judiciales ordinarios, o bien, por órganos constitucionales, generalmente denominados “Corte Constitucional” o con expresiones análogas. En algunos ordenamientos, por consiguiente, los órganos que ejercitan estas funciones forman parte del “Poder Judicial”, mientras en otros tienen una posición autónoma entre los órganos constitucionales del Estado (y, en todo caso, también de Estados miembros de los Estados Federales). Tanto en uno como en otro caso, además, los órganos de la justicia constitucional se incorporan entre aquellos que aseguran la tutela jurisdiccional de los derechos, cuyo complejo comprende, entre otros, los órganos con competencia civil, penal, administrativa, tributaria, y otras, incluidas en la noción de jurisdicciones “especiales”, en contraposición a aquellos pertenecientes a la jurisdicción “ordinaria”, que en el ordenamiento italiano son titulares de las funciones

judiciales civiles y penales, y deberían ser reguladas por una ley específica, denominada “ordenamiento judicial”.

Como he recordado anteriormente, leyes de este tipo fueron adoptadas durante la primera fase de la historia constitucional italiana que se desarrolló después de la unificación de 1861, mientras la Constitución de 1947, incluye en su título IV algunas disposiciones importantes relativas a esta materia y estableció, en la VII disposición transitoria que el Parlamento habría tenido que adoptar una “Ley sobre el Ordenamiento Judicial” que fuese “conforme a la Constitución”, autorizando temporalmente que se mantuvieran en vigor (sin ser modificadas en ese momento) “las normas del ordenamiento vigente”. Esta sugerencia no ha sido acogida por los Gobiernos ni por los Parlamentos que han sucedido desde entonces, los cuales se han limitado a intervenir sobre problemas particulares relacionados con esta materia.

Respecto al control de constitucionalidad de las leyes, que la constitución establece solo en términos muy generales reenviando a leyes ulteriores, éstas han previsto un mecanismo que separa el momento de la proposición de las cuestiones de constitucionalidad de aquél, de las decisiones relacionadas con ella. La iniciativa es otorgada a cualquier juez que deba aplicar la ley, cuya constitucionalidad se pone en duda, para decidir un caso judicial, previa valoración de si la cuestión propuesta es “manifiestamente infundada” (en tal caso el mismo juez se limita a actuarla). En todo caso, la decisión corresponde

a un órgano específico, denominado “Corte Constitucional” y compuesto por quince jueces, cinco nombrados por el Presidente de la República, cinco electos por el Parlamento en sesión común de las dos Cámaras y cinco por la Suprema Magistratura (tres por la Corte de Casación, uno por el Consejo de Estado y uno por la Corte de Cuentas).

En la mayor parte de los países en los cuales está prevista una forma de justicia constitucional, esta comprende sobre todo las actividades de control de la constitucionalidad de las leyes, sin embargo, a veces se le agregan otras competencias accesorias, sobre todo relacionadas a casos de aplicación de las normas constitucionales vigentes en el Estado en el cual opera el juez constitucional respectivo. Similar a ese tipo de funciones, es la otorgada a los órganos previstos por tratados internacionales y regulada por estos, que tiene finalidades análogas, atinentes a la tutela de los derechos fundamentales, pero cuyos pronunciamientos constituyen actos de derecho internacional, dotados de efectos similares, pero no siempre directamente operantes en el plano del derecho interno del Estado en cuestión.

La realización del control de constitucionalidad de las leyes constituye uno de los desarrollos más recientes de la evolución del Estado moderno que ha sido realizada en Europa, y sucesivamente en todo el mundo, a partir de la época en la cual habría terminado, con la estipulación de los “Tratados de Westfalia”, la llamada “Guerra de los treinta años” (1648). Esta sistematización comportó el reconocimiento recíproco,

por parte de los Estados, de su soberanía interna e internacional y la fundación del “derecho internacional” como ordenamiento jurídico de las relaciones entre los Estados. Este aspecto determinó la (al menos teórica) independencia de los Estados en sus relaciones recíprocas y acrecentó notablemente la función desarrollada sobre el plano del derecho de los límites entre los Estados, los cuales definieron el ámbito territorial sobre el cual podía ejercer su soberanía y, respectivamente, la competencia territorial de sus ordenamientos jurídicos. De ello derivó por otra parte, como es evidente, que solo los Estados mismos y no así los individuos, podían operar como sujetos del derecho internacional, y solo en el curso del siglo XX ello ha sufrido sobre ese perfil algunas modificaciones pero no todavía del todo acentuadas, mientras otras importantes modificaciones de ello han sido provocadas por la difusión del constitucionalismo, que ha comportado en muchos países la evolución de la forma de gobierno denominada “monarquía absoluta”, que en el siglo XVI era difundida en gran parte de los países europeos. La difusión del constitucionalismo llevó a un acercamiento entre las formas de Estado y de Gobierno que fueron practicadas en varios estados y así a una mayor integración entre los ordenamientos de los Estados particulares. La Unión Europea y otras organizaciones de este tipo constituyen la demostración de esta evolución.

El sistema italiano de justicia constitucional prevé como competencia relativamente general el control incidental que es ejercitado por

iniciativa de un juez de oficio o como consecuencia de la solicitud de una parte procesal la cual considere “no manifiestamente infundada” una cuestión de constitucionalidad de una ley o de un acto con fuerza de ley (o parte de ella), y cuya aplicación se hace necesaria en el curso de un proceso en desarrollo, ante el juez que ha sido instituido para ese fin: la Corte constitucional (que dicta una ordenanza o resolución con la cual suspende el proceso en curso).

Se han debatido muchas posiciones sobre la necesidad de establecer qué debe considerar el “juez” para los fines del ejercicio del poder que inviste la Corte Constitucional de una cuestión propuesta, sobre la noción de “no ser manifiestamente infundada” la cuestión de constitucionalidad y, sobre todo, la cuestión de la “relevancia” de la cuestión misma respecto al juicio en curso ante el juez que ha pronunciado la ordenanza de remisión a la Corte (así llamado “juez *a quo*”).

Gran parte de las cuestiones útiles para establecer cuáles son las condiciones para que la Corte tenga que decidir, han sido analizadas por una jurisprudencia muy rica, que no es posible seguir sin reseñarla. Con ella la Corte ha elaborado toda una casuística, comprensiva de la hipótesis de inadmisibilidad de la cuestión, cuando advierte un vicio en la ordenanza de remisión le impide, sin posibilidad de sanearla, examinar el mérito de la cuestión o la hipótesis de restitución de los actos al juez *a quo*, cuando ella considera que existan posibilidades de sanearla. En el caso de que la Corte considere que no existen razones que impidan considerar admisible la cuestión, ella la examina en

el mérito y si la acoge, aún solamente en parte, declara la inconstitucionalidad de la disposición impugnada, eventualmente en la parte en la cual la considera viciada, de otro modo rechaza la cuestión.

La Corte ha hecho gran uso de sentencias “interpretativas” con las cuales subordina la decisión de rechazo de la cuestión a una determinada interpretación de las disposiciones o norma impugnada, que ella determina en la parte dispositiva de la sentencia o mediante un reenvío (algunas veces implícito) a la motivación. Estas reglas resultan de un número muy vasto de decisiones que no permiten realizar una reseña más analítica y completa.

El artículo 136 de la Constitución establece que cuando las decisiones declaran la inconstitucionalidad de un acto normativo, este “cesa de tener eficacia desde el día sucesivo a la publicación de la decisión”, pero nada dispone para las decisiones de rechazo o inadmisibilidad. La mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia ha deducido que el cese de la eficacia implica la inaplicabilidad de la disposición o norma declarada inconstitucional *erga omnes*, también con referencia a los hechos anteriores a la publicación de la sentencia, salvo los casos de relaciones terminadas anteriormente a la fecha de ésta (si así no fuese estado considerado, la cuestión podría ser replanteada para obtener la extensión de la eficacia temporal de la nulidad). En cuanto respecta a las ordenanzas o sentencias de rechazo, la jurisprudencia considera que la sentencia tenga solamente el valor (solamente *inter partes*) de una eventual sentencia pronunciada por el juez en el juicio *a quo*. Y análoga es la eficacia de las decisiones de inadmisibilidad o de las

ordenanzas de manifiesta inadmisibilidad o manifiestamente infundadas. No es posible referirse en modo exhaustivo a las cuestiones que han sido afrontadas sobre estos aspectos a propósito de una amplísima jurisprudencia y doctrina.

El control “incidental” (respecto al juicio *a-quo*) no es la única competencia de la Corte. Un segundo caso de este tipo está efectivamente previsto en la legislación estatal, sobre el recurso de las Regiones, y por las leyes (de las Regiones, también con un estatuto especial y aquellas de las Provincias de Bolzano y Trento) y los estatutos regionales (de las Regiones con estatuto ordinario) sobre el recurso del Gobierno estatal o de otras Regiones. Las impugnaciones de esta naturaleza están sujetas a un límite por el cual ellas pueden ser propuestas solamente por incompetencia legislativa estatal, y ello constituye, como es comprensible, un límite que reduce mucho la posibilidad de impugnación. Esta competencia ha sido empleada con una cierta frecuencia, sobre todo por el Gobierno estatal, sobre todo en el período sucesivo a la reforma del título V de la Constitución, referida al ordenamiento regional.

Otras competencias de la Corte Constitucional son, la relativa a los conflictos de atribución entre los poderes del Estado y entre Estado y Regiones o entre Regiones, la de juzgar sobre acusaciones propuestas contra el Presidente de la República, por norma de la Constitución y la de valorar la admisibilidad de los referéndum abrogativos propuestos para el caso del art. 75 de la Constitución. Estas competencias presentan solamente una

analogía genérica con la constituida por la cuestión incidental, a excepción de la relacionada con las impugnaciones en vía principal de las leyes del Estado y de las regiones y de aquellas provinciales del Trentino-Alto Adige y de los estatutos de las regiones en estatuto ordinario, propuestas en la norma de los art. 123, 2 párrafo, y 127, Constitucionales y de los Estatutos regionales especiales a la adopción de una determinada interpretación de la disposición o norma impugnada, estableciendo como inadmisibles las cuestiones respecto a las cuales subsistan eventuales carencias insubsanables de orden procesal, mientras dispone la “restitución de los actos al juez *a quo*” allá donde en cambio se trate de vicios subsanables. Una norma exclusivamente jurisprudencial, es la que prevé la posibilidad de impugnar las normas de revisión constitucional por violación de disposiciones o normas de la Constitución y, en fin la que se funda en algunas posiciones de la jurisprudencia de la Corte, pero cuya plena funcionalidad parece dudosa.

La introducción del control judicial de constitucionalidad de las leyes ha constituido el fruto, más que del desarrollo jurisprudencial dado en los Estados Unidos desde la decisión *Marbury v. Madison* de 1803, de la elaboración de la noción de “Constitución” como complejo de reglas y de principios relativos a la estructura fundamental de un ordenamiento jurídico estatal. En las fases precedentes de la historia del derecho romano y medieval, hasta el siglo XVIII, este término había sido empleado prevalentemente con otros significados, el principal de los cuales

indicaba un acto normativo proveniente del monarca o del emperador. El nuevo significado que ese término asume en la edad del iluminismo, comportó la difusión del significado, progresivamente afirmándose en el periodo sucesivo, en el cual por constitución se entendía una constitución “liberal-democrática”, la cual comportaba la atribución al pueblo, en su forma de “cuerpo electoral”, de la función directiva de la política nacional. Esta tesis fue expresada, en particular, en el “*Federalist*”, donde fueron recogidas una serie de artículos, redactados por Alexander Hamilton, James Madison y John Jay en 1787-88, en los cuales fue ilustrado el texto de la Constitución en ese entonces en fase de aprobación por parte de la Convención de Filadelfia. El número 78 del *Federalist*, redactado por Hamilton, ilustró, en particular, las razones que justificaban el reconocimiento al Poder Judicial, en el cuadro de la actividad de interpretación del derecho que le es propio, de la potestad de resolver los casos de conflictos entre una disposición de la Constitución y una disposición de una ley ordinaria y, consecuentemente, de declarar la invalidez de esta última. Sobre esta afirmación fue fundado el sistema americano de control de la legitimidad de las leyes, todavía hoy vigente en aquel país, al cual muchos otros ordenamientos han mirado como un modelo a seguir.

Como sustento de este discurso, fue deducida la semejanza de la hipótesis en la cual una antinomia entre lo dispuesto por actos normativos vaya resuelta con base al momento en el cual ellos han sido dotados de fuerza vinculante *erga*

*omnes* y la hipótesis en la cual un acto normativo tenga fuerza de “ley superior” derivado por el modo con el cual ha sido adoptado. Como, en el caso de antinomia entre dos textos normativos que tengan igual eficacia, pero diversa fecha, es pacífico que deba prevalecer la más reciente, en cuanto expresión de una voluntad todavía vigente, así en el caso de la ley superior (demostrable en base al órgano – o al procedimiento de su adopción) ella debe prevalecer sobre una norma diversa que constituye la expresión de una voluntad menor, aun cuando sea sucesiva. De éste ligamen, entre el contenido normativo de las dos fuentes y la diversa autoridad de la cual ellas provienen, es que se deriva la institución de formas de control de constitucionalidad de las leyes, mediante la adopción de providencias jurisdiccionales que declaren la invalidez de un acto normativo al cual correspondería, de otro modo, la fuerza propia de un acto normativo de un cierto tipo y su consecuente anulación.

- 10.- En la misma época un modelo diverso de control de constitucionalidad fue elaborado en Francia por obra de Emmanuel-Joseph Sieyès, que lo propuso a los constituyentes de su país los cuales lo adoptaron a partir de 1795: En base a este modelo, muchas veces contrapropuesto en versiones variamente modificadas, aún, el poder de controlar la constitucionalidad de las leyes era requerido al mismo legislador y solo se podía ejercitar en vía preventiva, respecto al momento de la aprobación definitiva del proyecto de ley. Sin embargo, la respectiva decisión, una vez que la solicitud propuesta

contra ello hubiere sido acogida, habría vinculado definitivamente los jueces que debían aplicar la ley considerada inconstitucional. Este modelo recibiría aplicación en Francia en momentos históricos, pero no convenció nunca completamente sobre su funcionalidad, así que sus efectos prácticos resultaron muy escasos.

Una mayor eficacia fue conseguida posteriormente cuando el control fue atribuido a un órgano que la doctrina, después de un largo debate, terminó por calificar como jurisdiccional (el *Conseil Constitutionnel* previsto en 1958 por la Constitución de la 5ª República), sobre todo después de que la revisión constitucional en 1974 acordó el poder de denunciar la inconstitucionalidad de un proyecto de ley también a sesenta diputados o sesenta senadores, aún teniendo firme el carácter exclusivamente preventivo del recurso. Una ulterior revisión, aprobada en el 2009, admitió sin embargo otra hipótesis de recurso al *Conseil* que es la propuesta que mediante un recurso presentado por un juez contra una disposición legislativa vigente, que él debe aplicar para decidir un caso judicial y que superaba el control de la Corte de Casación o del Consejo de Estado (según se refiriera a una causa de competencia del juez ordinario o del juez administrativo).

Así modificado, el sistema hace posible que el control de constitucionalidad abarcara también una ley en vigor (es decir, según la terminología empleada en Francia, un control *a posteriori*), acercándolo a la disciplina vigente en los Estados Unidos, en Italia, etc. Aun cuando sea acompañada de algunas limitaciones que parecen excesivas, la

solución así congeniada hace posible que una disposición considerada inconstitucional por el órgano titular del control, venga invalidada por su inconstitucionalidad aún después de que ella ha sido definitivamente aprobada por el legislador y que está vigente como ley del Estado francés. En tal modo, han sido reducidos los motivos que hasta ese momento diferenciaban netamente este modelo del americano y de los otros que de él se habían derivado.

11. Junto a esa tradición que, sobre todo en el pasado, se había separado netamente de la desarrollada en Estados Unidos, hay que recordar la influencia de algunas experiencias precedentes realizadas en los países de lengua alemana y española mediante formas de recurso directo contra algunos tipos de actos del soberano. Soluciones de este género habían sido admitidas frente a los actos administrativos, entre los cuales eran generalmente comprendidos también actos normativos (reglamentos, ordenanzas), con referencia a los cuales se había venido a establecer una relación de jerarquía normativa, muy similar a aquél más tarde individualizado entre constitución y ley. En los países que siguieron esta solución, los institutos que fueron realizados como forma de justicia administrativa. De este tipo de análisis del problema se encuentran evidencias sobre todo en la experiencia austriaca (que fue la primera que funcionó concretamente en Europa, a partir de 1920) más que en el *amparo* español y mexicano.

El sistema previsto por el derecho alemán se caracteriza por el hecho de ser probablemente el más completo entre aquellos experimentados

hasta hoy. La competencia del *Bundesverfassungsgericht* comprende en efecto, además de los recursos de un juez sobre la compatibilidad de una ley federal o de un *Land* con una ley federal, otros casos más particulares de este género, la pérdida de los derechos fundamentales por parte de quien abusara de ellos, los recursos en materia de inconstitucionalidad de los partidos políticos, los recursos en materia electoral, las acusaciones dirigidas contra el presidente federal o contra los jueces federales o de un *Land* del *Bundestag* o del *Bundesrat*, las *Verfassungsbeschwerden* (es decir los recursos interpuestos por cualquiera que acuse una lesión por parte de los poderes públicos, de un derecho fundamental o de algunos otros derechos específicamente planteados), las dudas acerca de la inserción de una norma de derecho internacional del derecho federal alemán, los conflictos entre órganos y entre *Bund* y sobre otros casos más particulares.

12. También las competencias del *Tribunal Constitucional* español son muy bastas y comprenden la competencia para juzgar la constitucionalidad de las leyes, sea sobre los recursos en vía incidental, sobre la constitucionalidad de los tratados (en vía preventiva), los recursos para la tutela de las libertades fundamentales (amparo), los conflictos entre el Estado y las comunidades autónomas o referidas a entes locales y análogas son las competencias de la justicia constitucional portuguesa.

Razones de tiempo impiden dedicar en esta sede un análisis más particular

a los ordenamientos de estos países y de muchos otros que han cumplido experiencias interesantes el control de constitucionalidad de la ley.

13. El paso que el legislador francés ha cumplido con la modificación constitucional del 2009, que ha permitido con una decisión del *Conseil Constitutionnel*, en ciertas condiciones, modificar con posterioridad el derecho vigente en Francia, no ha sido en cambio cumplido completamente en Gran Bretaña con el *Human Rights Act* 1998 el cual ha hecho posible la actuación en este país de las decisiones de las Cortes Europeas, cuando determinan una violación del derecho comunitario o de la Convención Europea sobre los Derechos del Hombre por parte del derecho inglés, pero han excluido que la cuestión de constitucionalidad enviada por un juez pueda provocar efectos directos de carácter normativo y limita tales efectos a los derivados de la indicación del problema a los órganos del poder legislativo a fin de que éste valore la oportunidad de intervenir en la materia en su forma ordinaria, cuando los jueces ingleses hayan decidido sobre la incompatibilidad entre el derecho inglés y el derecho europeo. Por ello es legítimo concluir que el principio del *judicial review* ha penetrado también en Francia, como en muchos países de Europa continental, pero no así en Gran Bretaña, donde ha sido eliminadas las razones de contraste entre la jurisprudencia inglesa y la jurisprudencia de las cortes europeas.

Por otra parte, no obstante las considerables acercamientos que se han

constatado a partir del segundo siglo, después de la guerra, entre el sistema de las fuentes propios del *common law* y el de la codificación legislativa propio del *civil law*, permanecen, si bien en forma más atenuada, la diferencia que contraponen los dos sistemas.-

14. En consecuencia, mientras en los Estados Unidos se había admitido un control de constitucionalidad desde el s. XIX, será solo en la segunda mitad del siglo XX que ello asumirá importantes niveles de aplicación en Europa, donde la doctrina inglesa que hacía el Parlamento, el principal garante de las libertades de los ciudadanos, constituía un obstáculo considerado insuperable hasta nuestros días, pero donde en todo caso la Corte Europea de Estrasburgo generalizara la tutela de los derechos fundamentales, extendiéndola a gran Bretaña, que se inspirara en ella en el *Human Rights Act* de 1998, sin que aún adoptara un verdadero y propio control de constitucionalidad de las leyes. En efecto, mientras las decisiones de acoger los órganos de justicia constitucional resultan sobre varios perfiles capaces de producir efectos similares a aquellos propios de las fuentes del derecho, las decisiones de la Corte Europea tiene eficacia solo *inter partes* y su aplicación *erga omnes* presupone su recepción por obra de una fuente estatal. Se tiene así una combinación de la tutela jurisdiccional de derecho interno estatal con la tutela internacional, cuyos efectos son ciertamente más difíciles de conseguir de aquellas propias de las decisiones de los jueces constitucionales que actúan en nombre del mismo Estado del cual se atiende a su ejecución.

Esta situación, a reforzar las tendencias favorables a la introducción del control fueron sobre todo las soluciones mixtas adoptadas en Alemania e Italia poco después del fin de la guerra (a la par de aquella ocurrida en Austria, cerca del mismo período, y de algunas de las desarrolladas en Bélgica, España, Portugal, Turquía y, más tarde, en los países del Este europeo y en muchas áreas extra-europeas), las cuales resultarían idóneas a realizar formas que, muy a menudo combinando soluciones de tipo americano y soluciones de tipo europeo, provocaron una fuerte capacidad expansiva, hasta hacer casi general la presencia de instituciones de este tipo en los ordenamientos jurídicos de los Estados contemporáneos.

Sobre todo en cuanto instituciones de garantía de los derechos de las personas, soluciones de este género se venían difundiendo en gran parte de las constituciones de los Estados hoy existentes, en el ámbito de cuyos ordenamientos jurídicos ellos desenvolvían un rol variable según las diversas situaciones que la historia de cada uno de ellos presenta y de las consecuentes modalidades que caracterizan sus afirmaciones.-

Junto a los acontecimientos desarrollados exclusivamente en un ámbito nacional, se tuvieron casos en los cuales la jurisprudencia constitucional dotada de relieve esencialmente interno se combinó con formas de jurisprudencia supranacional, dando lugar a problemas de confrontaciones entre distintos ordenamientos, que también son vinculantes, que han ampliado

considerablemente los espacios entre los cuales la disciplina específica que ha surgido para el estudio de los conflictos de normas y de juzgamientos que a menudo se derivan de ellas.

En consideración a ello, es prácticamente imposible individualizar un tipo de justicia constitucional al que pueda ser asignado el rol de modelo único (o de modelo principal) de la justicia constitucional y con referencia al cual puedan producirse verdaderos y propios trasplantes u otros tipos de influencia del género de aquellas estudiadas por los comparatistas. Muchas son en efecto las circunstancias específicas, ligadas a las tradiciones históricas y culturales de los países particulares, tales de condicionar de diferente manera el desarrollo de la política, también judicial, de los mismos.

Mas allá de las consecuencias derivadas de los ligámenes más estrechos que se han establecido entre los grupos de países que han participado en las iniciativas tendientes a vincularse sobre puntos de vista que algunas veces han inducido a la realización de formas de Estado cercanas a aquellas que comúnmente se busca reconducir a las situaciones de tipo federal, la experiencia nos demuestra como muchas circunstancias de diversa naturaleza puedan del alguna manera atenuar el aspecto de absoluta independencia que la configuración de los Estados modernos, según los principios clásicos del constitucionalismo, debería siempre caracterizarles, en línea de hecho, más que en la línea de derecho. Y, por cuanto la jurisdicción constituya probablemente

la función que los Estados singulares consideran como aquella reservada de modo más exclusivo a la propia competencia, la experiencia en los tiempos nos muestra como también ella no pueda siempre sustraerse a éste género de influencias, aún en los sectores en los cuales la soberanía de los Estados es la más celosa custodia.

Es comprensible, por una parte, como la materia constitucional sea más sensible a las exigencias de independencia que las organizaciones de tipo judicial sienten como fundamentales, pero por otra parte es innegable como, en relación a muchos países, existan tendencias las cuales, al menos sobre el perfil de las ideologías políticas, religiosas o culturales, desarrollan a menudo roles que superan los límites de los Estados. Y, en la época contemporánea, imponentes son entre ellas las experiencias de este género derivadas de factores de orden económico o político en sentido estricto. Es del todo comprensible, por tanto, como un sector como el de la justicia constitucional, que ha tenido un desarrollo reciente se presenta en muchos aspectos entrelazado con otros que tienen tradiciones más antiguas, resulte naturalmente llevado a sufrir influencias de este género.

El tema de este curso tiene como objeto principal la tutela jurisdiccional de los derechos. Esta tiene una historia, mucho más amplia y complicada de aquella de la justicia constitucional y ella constituye tan solo una premisa, poniéndose la justicia constitucional, en la época moderna, como una forma de integración de la garantía que ya

con precedencia era realizada, más o menos de manera completa, mediante la aplicación de las técnicas del derecho, a esfera de relaciones, que devenían más difíciles de controlar por el hecho de ser calificadas como políticas. Esta integración ha constituido una de las más recientes propagaciones de la aspiración de los pueblos a la justicia, que por medio de ella era prevista para comprender casi completamente también aquella esfera de las relaciones políticas que en el pasado habían sido consideradas reservadas a la esfera sobre la cual debía desarrollarse la discrecionalidad del monarca absoluto y, más tarde, aquella de la Administración Pública.

La difusión de aquél complejo de principios que buscan actuar el principio de igualdad entre las personas humanas y que por otra parte desarrollan el principio democrático, siempre ha llevado a una mayor restricción de la esfera de "insindicabilidad" que ha sido por mucho tiempo reservada a la discrecionalidad de los gobernantes y que ha comportado la individualización de la noción de "acto político", substraído del control del juez, y más particularmente a aquella del juez administrativo o a aquella del juez constitucional. Variamente delimitada en la jurisprudencia y en la doctrina de diversos países, esta noción encuentra todavía hoy importantes modelos en la jurisprudencia americana que habla de "*political questions*" y en aquella europea que se ha desarrollado también sobre la base de presupuestos análogos.

Ello se evidencia claramente en la propagación de las técnicas que,

desde la antigüedad, los juristas habían elaborado esencialmente en el análisis de relaciones civiles, que normalmente se establecen entre ciudadanos y sobre los cuales los órganos judiciales públicos o aquellos con carácter arbitral intervienen solamente en caso de controversia o cuando ellos se enlazan con intereses públicos. En los casos en los cuales la tutela de estos últimos asume un particular relieve, se ha desarrollado, también ello desde hace bastante tiempo, la disciplina penal, que ha constituido objeto de una jurisprudencia y también de una doctrina propia, la cual ha individualizado una amplia serie de principios, que diferencian notablemente esta rama del derecho.

En muchos países, por otra parte, la gestión de los asuntos judiciales civiles y de aquellos penales ha sido confiada a un mismo cuerpo de magistrados, a menudo repartidos entre secciones civiles y secciones penales de un mismo órgano, las cuales aplican legislaciones diferentes desde el punto de vista procesal, además de aquellas lógicamente del punto de vista sustancial. En efecto, la diversidad que las dos materias presentan desde el punto de vista de la función desarrollada tienen importantes repercusiones sobre la misma estructura de las normas aplicadas en los dos casos, que responden a exigencias en gran medida diversas.

Y la diferencia entre los dos campos se manifiesta ya en algunas reglas muy generales comenzando con aquella que confiere al juez civil una competencia ausente de verdaderos y propios límites

pre-constituidos, permitiendo proponer a éste cualquier controversia que resulte jurídicamente configurable, aún si no está específicamente prevista por la ley, mientras que al juez penal solo puede requerirse la aplicación de las penas o de otras sanciones legalmente previstas, a solicitud de un especial órgano público, denominado “Ministerio Público”, que en algunos países está compuesto por personas pertenecientes a un mismo cuerpo al cual pertenecen aquellos a los que pueden ser confiadas las funciones propias del juez y que en todo caso son dotados de una formación ampliamente común a estas últimas.

Similar a la actividad de la justicia penal es aquella de la justicia penal militar, gestionada por un cuerpo separado de funcionarios, cuya actividad es regulada por un complejo de reglas muy similares a aquellas actuadas por la justicia penal ordinaria, pero que son muy reducidas por efecto de los acontecimientos ocurridos en las dos guerras “mundiales” del XX siglo, que han visto “rarefarsi” raramente hacerse la ocasión de participación del país en los acontecimientos bélicos.

Una función jurisdiccional que en algunos países tiene una historia al menos parcialmente diversa de aquella del “juez ordinario”, civil y penal, es aquella propia del juez administrativo, que encuentra su arquetipo más importante en el *Conseil d’Etat*, operante en Francia, también como órgano jurisdiccional, a partir de una época relativamente reciente, cuya estructura ha sido imitada en muchos países, entre ellos Italia. Destinada a completar la tutela del ciudadano frente a la Administración Pública, pero sin

eliminar todas las características que califican este particular tipo de litigante, distinguiéndolo de la generalidad de las posibles partes.

Esta especificidad que es propia de los jueces administrativos tienen repercusiones también sobre la conformación de las situaciones jurídicas subjetivas que vienen deducidas en el proceso en estos casos, que han sido ampliamente estudiados por una profunda doctrina y delimitados por una elaborada jurisprudencia, incluso como último objeto, en Italia, por una elaborada legislación.

Algunos sectores de la actividad administrativa han realizado formas diferenciadas de organización que han requerido también formas diferenciadas de tutela jurisdiccional. De ello deriva la distinción de formas de especialización, la principal de las cuales es la jurisdicción tributaria con consecuentes diferenciaciones también en la organización judicial que prevé el ejercicio relativo a sus funciones. Otras jurisdicciones dotadas de competencias particulares (por las cuales eran denominadas "jurisdicciones especiales") y que después de la entrada en vigor de la Constitución de 1947 habían constituido objeto de reiterados cuestionamientos de constitucionalidad, han caído por efecto de decisiones de la Corte constitucional que ha advertido sobre todo carencias en las garantías de independencia referidas a sus componentes mientras otras han

sido suprimidas por el legislador por motivos análogos, así que actualmente las jurisdicciones relativas a este sector, además de la jurisdicción administrativa (Consejo de Estado y tribunales regionales), son solamente la jurisdicción tributaria y otras pocas (gestionadas por Comisiones de diversa composición).

La tutela judicial de los derechos constituye, desde un punto de vista general, todo aquel complejo de actividades que son realizadas mediante la aplicación de reglas de tipo procesal que un particular tipo de sujeto puede imponer, asumiendo el rol de juez entre los contendientes, o aquél de una autoridad que asegure la aplicación de oficio de una regla impuesta por una autoridad soberana en el marco de un sistema de reglas sobre las cuales los sometidos a un ordenamiento jurídico reconocen su autoridad.

La elaboración que los sistemas de reglas de este tipo han recibido en el curso de los siglos en las diversas partes del mundo han llevado a la distinción de las reglas que hacen posible la intervención de un juez de aquellas que regulan directamente las relaciones entre los sujetos y han clasificado las normas que disciplinan las relaciones en las cuales un sujeto se interpone entre el titular de un derecho y una o más personas que entre ellos se contraponen como titulares en sus diferencias respecto a sus respectivas obligaciones de hacer, de no hacer o de consentir.

# APUNTES DE HERMENEÚTICA INTERPRETATIVA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

M.Sc. Alfonso Chacón Mata<sup>1</sup>

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. Principios de Interpretación Constitucional/Derechos Humanos. 2.1. Principio de configuración jurisdiccional de los derechos humanos/fundamentales. 2.2. Principio de la dimensión supraconstitucional en materia de interpretación de derechos humanos 3. Principios Generales de Interpretación en Derechos Humanos. 3.1 Principio de Plenitud Hermética entre derecho interno y derecho internacional de los derechos humanos. 3.2. Principio Pro Homine. 3.3. Principio Pro Libertate. 3.4 Principio de Interpretación Evolutiva. 4. Doctrina del Margen de Apreciación: Una antítesis a la interpretación evolutiva en materia de derechos humanos. 5. Conclusiones.

## 1. **Introducción:**

La interpretación jurídica conlleva la necesidad de encontrar un significado válido y razonable, para aquellas normas que deben ser armonizadas ante determinados casos presentados. Si nos referimos a los derechos en general, la necesidad

de interpretar correctamente los mismos, implica una sujeción a parámetros que han sido desarrollados a través de sus propios cánones interpretativos.

En este artículo estaremos hablando de <<hermenéutica interpretativa>> de los derechos humanos, por lo que conviene precisar inicialmente que entendemos por dicha postura. Al respecto, LINARES QUINTANA nos dice que *“hermenéutica jurídica es la disciplina científica que tiene por objeto el estudio y la sistematización de los principios y métodos interpretativos”*<sup>2</sup>, por lo que sostiene este autor que se incurre en un error al considerar que los términos <<interpretación>> y <<hermenéutica>> son sinónimos. En ese sentido, MAXIMILIANO nos aborda la anterior disyuntiva de la siguiente manera:

*“La interpretación es aplicación de la hermenéutica. Ésta descubre y fija los principios que rigen a aquélla. La hermenéutica es la teoría científica del arte de interpretar (...). Está orientado por*

1 Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica. Master en Derecho del Trabajo y Seguridad Social (UNED) y Master en Protección Internacional de los Derechos Humanos (Universidad Alcalá de Henares, España). Profesor de la Facultad Derecho (UCR) y de la Maestría en Derechos Humanos y Educación para la Paz, Instituto de Estudios Latinoamericanos de la Universidad Nacional.

2. LINARES QUINTANA Segundo. Tratado de Interpretación Constitucional. Editorial Abelardo-Perrot editorial, Buenos Aires Argentina, 1998, pág 41.3, *Ibid.*, pág 42.

*principios y reglas que se desenvuelven y perfeccionan a medida que evolucione la sociedad y se desarrollan las doctrinas jurídicas. El arte está subordinado, en su desenvolvimiento progresivo, a una ciencia general, al derecho que es obediente a su vez, a los postulados de la sociología y además, especialmente a la hermenéutica*<sup>3</sup>

En nuestro medio, empezamos diciendo que el Dr. HABA MUELLER establece que tradicionalmente la actividad intelectual del jurista se presenta en lo que de más propio tiene su labor profesional, como un pensamiento de tipo hermenéutico: interpretación (comprensión) y sistematización (armonización, coordinación) de textos del derecho positivo, para poder aplicarlos a situaciones de la convivencia humana, dadas ya o hipotéticas<sup>4</sup>. Asimismo, el citado autor ha externado la importancia de definir el tipo de <<Autoridad>> que interpreta el texto como fundamento jurídico, debido a que el texto legal puede ser entendido de distintas maneras, y que, siendo así, el sentido aceptado depende de una elección (opción) del intérprete. Dicha decisión –la cual, desde luego, no tiene porque ser tomada con clara conciencia de sus presupuestos e implicaciones, y ni siquiera sabiendo que se trata precisamente de esto, una elección– se refiere al fundamento que el intérprete acepta, de tal manera, para fijar el sentido del texto. Por eso, tal fundamento viene a

desempeñar a los ojos de dicho intérprete, el papel de una verdadera “Autoridad”, la cuál puede asumir las siguientes posibilidades: I) un autor-persona (individual o colectiva) – Autoridad-persona-; II) un sentido lingüístico que se entiende como objetivamente ínsito en el texto mismo (con independencia con lo que en la realidad haya sido psicológicamente pensado por quien en los hechos creara ese texto) –Autoridad-idea-; III) un contenido considerado intrínseco al texto, a complementar o corregir por factores extrínsecos respecto a este –Autoridad-ampliada-<sup>5</sup>.

En materia de principios de interpretación jurídica, podemos encontrar los denominados “*principios generales del derecho*” y al respecto, BARTH JIMÉNEZ nos habla en relación a las grandes discrepancias prevalecientes entre los juristas, por discernir y consensuar tales principios. Las objeciones van desde lo que se considera doctrinalmente por esta fuente jurídica, pasando por el carácter relativo o absoluto de los mismos, así como su importancia para la disciplina jurídica<sup>6</sup>. Asimismo, el profesor GUSTAVO GONZÁLEZ SOLANO enuncia que la norma jurídica es el resultado de relacionar o de vincular un texto que existe en un documento, con una función de contenido mental que existe en el cerebro, siendo que una *norma jurídica no es un objeto inanimado, sino que es el resultado de una actividad, la actividad*

3. *Ibíd.*, pág 42.

4 ABA Enrique Pedro. Metodología Realista del Derecho. Claves para el razonamiento jurídico de visión social práctica, Tomo III, Editorial Isolma, San José Costa Rica, 2013, pág 294.

5. *Ibíd.*, pág 321.

6. Véase al respecto el punto tercero de la Sección I de la Segunda Parte de HABA Enrique Pedro y BARTH JIMÉNEZ Francisco. Los Principios Generales del Derecho, San José Costa Rica, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., primera edición, setiembre 2004, págs 175-189.

*interpretativa*<sup>7</sup>. Por consiguiente, el carácter estructurado de la norma, si bien supone en los términos expuestos, un contenido mental que se inserta en el individuo obligado a cumplir la norma vigente –situación con la que coincidimos plenamente-, esta volición psicológica es reforzada a través de la coercitividad que impera institucionalmente en el sistema judicial para hacer o tratar de cumplir la ley: personificada en jueces, abogados, policía, sanción, etc.

Un autor como WROBLEWSKI ha distinguido dos sentidos de la interpretación: amplio y estricto. El primero, interpretar consiste en asignar significado a expresiones del lenguaje jurídico: en el segundo, consiste en determinar el sentido de una expresión jurídica dudosa<sup>8</sup>. En este sentido ALEXY ha hablado de argumentos interpretativos, entre los que destaca básicamente tres de ellos: a) semánticos: se refieren al uso del lenguaje y se utilizan para justificar, criticar o mostrar que una interpretación es admisible según el uso del lenguaje; b) genéticos: se apoyan en la presunta voluntad del legislador o del creador de la norma, es decir, en su fin subjetivo; c) teleológicos: se basan en el fin objetivo de la norma, apoyándose principalmente en las restantes normas<sup>9</sup>.

Los criterios que sirven de apoyo al operador jurídico a la hora de interpretar las normas, tienen su origen en SAVIGNY quien destacó la existencia de una serie de criterios que procederemos a detallar: el

*criterio de interpretación gramatical* exige que la interpretación de las normas se haga atendiendo al sentido propio de las palabras.

Está estrechamente relacionado con el *criterio contextual o sistemático*: según este criterio, las normas cobran sentido en relación con el texto legal que las contiene o con el ordenamiento. Por su parte, el *criterio histórico*, implica que en virtud de este criterio las normas deben interpretarse a tenor de los antecedentes históricos y legislativos, siendo un criterio muy entrelazado al *criterio sociológico*, que exige que la interpretación se haga atendiendo a las circunstancias sociales y económicas del momento. Finalmente, el *criterio intencional y teleológico* (Normas procesales laborales), expresa la exigencia de que la interpretación atienda al espíritu y finalidad de las normas<sup>10</sup>.

PECES-BARBA nos enuncia, tratándose de los derechos humanos que cuando en el ámbito del Derecho se hace referencia a la interpretación relacionándola con los derechos fundamentales, pueden estar presentes dos tipos de asuntos. Bien se puede estar haciendo alusión a la proyección de la interpretación de los derechos sobre las restantes normas; bien se puede estar hablando de la proyección de la interpretación sobre los derechos fundamentales. Desde el primer punto de vista se habla de la interpretación desde los derechos; desde el segundo de la interpretación de los derechos:

7. GONZÁLEZ SOLANO, Gustavo Adolfo. *Principios de Metodología Jurídica*. Editorial Universidad de Costa Rica, primera edición, 2011, San José Costa Rica, pág 10.

8. Citado por PECES-BARBA MARTÍNEZ Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales: Teoría General*. Editorial Dinkynson, Madrid-España, 1999, pág 570.

9. ALEXY Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pp. 226 y ss.

10. PECES-BARBA MARTÍNEZ Gregorio, op. cit, págs 581-585.

*“Sin embargo, el sentido que más nos interesa de la relación entre interpretación jurídica y derechos es el que hemos denominado como interpretación de los derechos. Esta consiste básicamente en la operación a través de la interpretación de los derechos cual se dota de significado a un determinado derecho. Conviene señalar como este segundo sentido posee una importancia fundamental si se analiza en su relación con el primero. Si toda interpretación de las normas jurídicas debe recetar y estar en conformidad con los derechos fundamentales, la interpretación de éstos es esencial”<sup>11</sup>.*

Vale la pena comentar que en el caso del sistema jurídico costarricense se ha operado una importantísima <<revolución jurídica>> en relación al rango o jerarquía de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por nuestro país así como su canon interpretativo. Al respecto, tales instrumentos vigentes en la República, de acuerdo a la reforma del artículo 48 Constitucional (Ley No. 7128, de 18 de agosto de 1989), al integrarse al ordenamiento jurídico a nivel constitucional, lo complementan en todo lo que favorezcan a la persona.

En torno al valor normativo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la

Sala Constitucional, desde sus orígenes<sup>12</sup>, ha señalado en términos generales que este ámbito del Derecho en nuestro ordenamiento jurídico, a diferencia de los otros instrumentos del Derecho Internacional, no tienen únicamente un valor superior a la Ley de acuerdo con el artículo séptimo constitucional, sino que sus disposiciones, en la medida en que brinden mayor cobertura, protección o tutela de un determinado derecho, prevalecen sobre cualquier otra norma independientemente de su jerarquía; lo anterior teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Política. Por su parte, en la sentencia N°3435-92 y su aclaración, N°5759-93 esta Sala reconoció que “los instrumentos de Derechos Humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman por sobre la Constitución”<sup>13</sup>. En este recurso de amparo la Sala reconoce el derecho del extranjero casado con mujer costarricense a naturalizarse, luego de haber interpretado el artículo 14 inciso 5) de la Constitución Política, de acuerdo con los artículos 2.1, 3 y 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 1.1, 2, 17, 24, 51, 52 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 23.1.4. del Pacto Internacional

11. PECES-BARBA MARTÍNEZ Gregorio, op. cit pág. 587

12. SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Voto No 1147-90 de las 16:00 hrs del 21 de setiembre de 1990. Así, en la sentencia aludida, en que se declaró la inconstitucionalidad del artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial para reconocer a un abogado sentenciado su derecho a la jubilación, se dijo que las normas internacionales de derechos humanos: “tienen, no sólo el rango superior a la ley ordinaria que les confiere el artículo 7 de la Constitución sino también un amparo constitucional directo que prácticamente los equipara a los consagrados expresamente por la propia Carta Fundamental, al tenor del artículo 48 de la misma (reformado por ley N. 7128 de 18 de agosto de 1989); entre esos derechos, concretamente, los reconocidos en los artículos 25, 28 y 30 –así corregidos los que se invocan en la acción- del Convenio sobre la Seguridad Social, N. 102 de la OIT”

13. SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Voto No. 2313-95 de las 16:18 hrs. de 9 de mayo de 1995.

de Derechos Civiles y Políticos. Asimismo, el citado tribunal constitucional menciona que las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tienen en este país pleno valor y que, tratándose de Derechos Humanos, sus decisiones vinculan al Estado costarricense<sup>14</sup>.

Es importante dejar por sentadas las anteriores consideraciones, puesto que para nuestros efectos se torna de vital trascendencia conocer el rango interpretativo que tienen los convenios internacionales debidamente incorporados al ordenamiento nacional, en el ámbito de derechos humanos. En el fondo nuestro ordenamiento jurídico a lo que acude en la interpretación de derechos humanos, es a un método *interpretativo axiológico-teleológico*<sup>15</sup> en el sentido que las pautas interpretativas ya están valoradas y consignadas de antemano como las únicas posibles. Responden a valores de solidaridad con el ser humano como parámetro o de gusto por la preservación del medio ambiente, a manera de ejemplo y no a *métodos psicológicos-voluntaristas*, puesto que no se busca subjetivamente conocer la intención del legislador.

Procedemos entonces a dilucidar algunos parámetros hermenéuticos que subyacen en la interpretación en esta materia. Su estudio nos es imperioso puesto que aunada a la interpretación funcional jerárquica en derechos humanos establecida por la misma Sala Constitucional –en el sentido visto de prevalencia con respecto a la misma Carta Magna-, conviene conocer cuáles y cómo deben interpretarse ciertos principios en este campo temático.

Como una última acotación preliminar, diremos que el estudio en cuestión está más orientado a destacar lo expuesto por la doctrina respectiva en referencia a los alcances de cada principio. En otras palabras, se pretende aportar al lector una panorámica más casuística según sean los lineamientos interpretativos basados en derechos humanos, con la finalidad que pueda preparar argumentos y posiciones al momento de integrar la norma fundada en tales derechos.

Asimismo es importante dejar por sentado que lo que estamos presentando en este trabajo, es una compilación genérica de aquellos principios interpretativos en materia de derechos humanos, sin entrar en mayor

---

14. De este modo, en la decisión N°2313-95 la Sala declaró inconstitucional el artículo 22 de la Ley Orgánica del Colegio de Periodistas, por vulnerar la libertad de pensamiento y de expresión consagrada en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, teniendo en consideración lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la colegiatura obligatoria de los periodistas en la Opinión Consultiva N°OC-5-85 de 13 de noviembre de 1985 en el sentido que: *“que la colegiación obligatoria de los periodistas, en cuanto impida el acceso de cualquier persona al uso pleno de los medios de comunicación social como vehículo para expresarse o para transmitir información, es incompatible con el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”*.

15. El Dr. Haba Muller caracteriza a este método interpretativo del derecho de la siguiente manera: *“Toman como cartabón, para adecuar a este el sentido de las disposiciones, algún criterio de valor considerado básico. Se estima que la norma obra como medio para alcanzar la realización de aquel valor. No se trata, pues, de ponerse a averiguar qué es lo que psicológicamente pasó por la cabeza de cierto legislador. Tampoco se contentan con poner de manifiesto relaciones simplemente lógicas entre tales o cuales conceptos normativos”*, *“Metodología (Realista) del Derecho (...)”*, Op Cit, págs 330-31.

especificidad con algunos otros principios que se han ido amalgamando como construcción teórica y jurisprudencial inclusive<sup>16</sup>. Ya en el pasado hemos tratado de sostener que los problemas semántico e interpretativos de los derechos humanos pueden ser atemperados recurriendo al uso de sus propios principios<sup>17</sup>; más por razones de espacio no es posible establecer toda una taxonomía amplia y global de los principios interpretativos propios de los derechos humanos, por lo que solo vamos a apelar en esta oportunidad a los que tienen mayor alcance y aplicación general, siendo la muestra a analizar un total de cinco principios, desglosados en aquellos principios de derechos humanos desde la interpretación constitucional y los principios de derechos humanos de alcance general.

## 2. Principios de Interpretación Constitucional/Derechos Humanos

En torno a las modalidades interpretativas de la Carta Magna de un determinado sistema político social, la doctrina ha decantado diferentes posturas en este sentido. Tenemos que para un autor, esta posibilidad se puede desarrollar a través de modalidades como las de a) las posturas metodológicas

formalistas; b) la interpretación material y c) la integración sistemática<sup>18</sup>. Para BIDART CAMPOS, existen dos premisas para la interpretación de normas constitucionales: existen normas en la Constitución que declaran derechos y cuando hay que aplicar esas normas es necesario interpretarlas, tal interpretación a cargo de los órganos estatales configura interpretación orgánica<sup>19</sup>. En el canon interpretativo de la Constitución, debe acudirse a una “interpretación valorativa” que utiliza los valores que han sido objeto de recepción en la normativa de la Constitución. Este tipo de interpretación valorativa toma en cuanto la necesidad sistemática y coherente de la Constitución, la integridad económica y jerárquicamente escalonada del orden jurídico en su totalidad, la concordancia necesaria de las normas infraconstitucionales con la Constitución, y el contexto interrelacionado de unas y otras, así como la fuerza expansiva, precautoria y optimizante del plexo de derechos contenidos en la misma Constitución<sup>20</sup>.

Esta modalidad interpretativa, se aparta de la integración de las normas tradicional. La integración, pues, parte del presupuesto de que el caso que debe ser resuelto carece de

16. A manera de ejemplo, tenemos los principios de derechos humanos ambientales tales como el principio del que contamina paga o el principio de la obligación de cooperación entre otros; el principio de progresividad y no-regresividad en derechos económicos, sociales y culturales; el principio del interés superior del niño en materia de menores o el principio de autodeterminación de los pueblos como postulado de los derechos a la no-discriminación, para citar solamente algunos.

17. CHACÓN MATA. Alfonso. *Reflexiones en torno a algunos problemas semántico/interpretativos de los derechos humanos (¿es posible encontrar soluciones apelando a sus principios?)*. En Revista Ius Doctrina, Boletín de la Unidad de Informática Jurídica de Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, octubre 2010.

18. PÉREZ LUÑO Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Editorial Tecnos, séptima edición, Madrid, 2001.

19. BIDART CAMPOS Germán. *Interpretación de Derechos Fundamentales*. Editorial Helisata, Buenos Aires, 1993, pág. 387.

20. *Ibíd*, pág. 390.

una norma que lo enfoque, a diferencia de la interpretación, que parte del presupuesto de que hay una norma a la que debe desentrañarse su sentido<sup>21</sup>.

Correlativamente a lo expuesto sobre la *interpretación valorativa*, debe tomarse como su base de análisis, una serie de principios de necesidad ineludible. Ha sido conteste en la doctrina que la constitución debe verse como un todo sistemático en cuanto a sus normas, que guardan íntima relación entre sí<sup>22</sup>. Otro elemento que se debe tomar en cuenta en el momento de realizar la función interpretativa constitucional, es el hecho que esta es más que una norma suprema del ordenamiento: enuncia normas, principios y valores<sup>23</sup>. En el ámbito endógeno según expresa DULITZKY, le corresponde al derecho constitucional por su propia naturaleza, ocuparse primordialmente de los derechos humanos, "*En especial, aunque no exclusivamente, las Constituciones contienen un catálogo de derechos, de garantías y mecanismos de control y protección. A este hecho, debe agregarse la circunstancia de que son las Constituciones quienes regulan*

*la jerarquía que los tratados de derechos humanos ocuparán en el orden interno*"<sup>24</sup>.

Es así como estamos en la antesala de un *derecho constitucional de los derechos humanos*, el cual presenta la particularidad de uniformar los criterios hermenéuticos de defensa y tutela desde la óptica del espacio interno, que se ve reforzado por los influjos o *imputs*, que ingresan al sistema jurídico provenientes del entorno internacional.

En esta fase exógena, los instrumentos internacionales de derecho internacional cumplen el papel de cerrar o integrar normativamente, las provisiones internas con las externas en materia de derechos humanos. Y este acometido, se logra con el derecho constitucional que expresa el más alto deseo o racionalidad estatal, de constituirse en la fuente suprema de juricidad, asignando una jerarquía y preeminencia del derecho internacional de los derechos humanos, incluso sobre las leyes propias. Vamos a abordar seguidamente, al menos un par de principios que sirven para interpretar derechos humanos constitucionales.

21. BIDART CAMPOS German, op. cit, pág. 391. Prosigue el mismo autor diciéndonos que "Por ende, las normas de la Constitución ha de interpretarseles, dentro de la amplitud de su contexto, con un criterio flexible que permita asignarles, en su aplicación, la mayor fuerza expansiva posible y la mejor eficacia dentro del finalismo objetivo y valorado de todo el conjunto constitucional" (pág. 395).

22 En este sentido tenemos a BIDART CAMPOS op. cit. pág. 390; GUASTINI Ricardo. *Estudios sobre la Interpretación Jurídica*. Editorial Porrúa, tercera edición, 2001, México, pág. 131. Para PEREZ LUÑO, en el momento de interpretar la Constitución bajo el método de interpretación sistemática, "...se parte del presupuesto de que el ordenamiento jurídico en su conjunto debe ser considerado como un sistema caracterizado por la coherencia del contenido de las diversas normas que lo integran y dotado de una unidad orgánica y finalista", en "Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución", op. cit, pág 273.

23. HERNANDEZ VALLE Rubén. *Fundamentos y límites de la Justicia Constitucional*. En Revista Ivstitia, No 82, San José Costa Rica, 1993, pág. 12.

24. DULITZKY Ariel E. *La Aplicación de los tratados sobre Derechos Humanos por los tribunales locales: un estudio comparado*, pág 34 en ABREGÚ Martín y COURTIS Christian. *La Aplicación de los Tratados Internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales*. Proyecto Regional de Justicia, Dirección Regional para América Latina y el Caribe. (DRALC), Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), Buenos Aires, Editores del Puerto s.r.l, segunda edición 1998.

## **2.1. Principio de configuración jurisdiccional de los derechos humanos/ fundamentales**

Esta modalidad interpretativa es manejada por el exVicepresidente del Tribunal Constitucional español, FRANCISCO RUBIO LLORENTE. El autor nos habla de una configuración para interpretar los derechos fundamentales, que es “...un concepto genérico que cobija muy distintos modos de relación entre Constitución, ley y jurisdicción constitucional”<sup>25</sup>. Ahora bien, el juez constitucional se ve en la necesidad de operar una configuración jurisdiccional, y en ella a diferencia del legislador, carece de iniciativa para la configuración de derechos.

Por ello, debe quedar sometido a límites que están ligados a tres órdenes: a) el contenido esencial; b) el principio de proporcionalidad y c) la ponderación de derechos –los derechos preferentes-. Si hablamos del primer supuesto que debe respetar la configuración jurisdiccional, tenemos que este “contenido esencial” de los derechos, es una noción procedente de la Constitución alemana y que la española incorpora en su artículo 53.1, al establecer la reserva general de ley para la regulación del ejercicio de tal contenido. Por ello, si las leyes que regulan el ejercicio de los derechos “han de respetar en todo caso su contenido esencial”, la Constitución explícita el fundamento de la justiciabilidad de la ley y justificar la competencia del Tribunal Constitucional para juzgarla<sup>26</sup>.

El segundo elemento, denominado como el *Principio de Proporcionalidad*, es una regla básica de derecho y aunque desde la perspectiva de RUBIO LLORENTE, éste no aparezca expresamente en la constitución; “...se ha hecho derivar de ésta por ,muchas vías distintas y ha sido entendido también de varias maneras”<sup>27</sup>.

Por último, en la ponderación de derechos, el Tribunal Constitucional español ha aludido con frecuencia a la necesidad de ponderar los distintos derechos en presencia y al mayor peso que se ha de conceder a algunos de ellos. A manera de ejemplo, la libertad de expresión y al derecho a la información. Así que tomando en cuenta lo anterior, tenemos que “*El juez está sujeto sin duda al imperio de la ley (art. 117.1 CE), pero ha de interpretar sus normas a la luz de los derechos en juego, cuestionando su constitucionalidad cuando dude de ella e interpretándolas en todo caso en el sentido menos restrictivo para aquéllos*”<sup>28</sup>.

Esta configuración de orden judicial, debe ponderar y analizar las variables expuestas en aras de establecer una mayor tutela y atención a los derechos fundamentales, estableciendo entonces reglas claras de interpretación según lo expusimos. Ante supuestos que traten de inhibir o menoscabar los derechos humanos, el juez tiene la misión de consolidarlos a través del equilibrio proporcional y contemplando la importancia de su tutela.

25. RUBIO LLORENTE, Francisco. *La Configuración de los Derechos Fundamentales en España*. En Corte Interamericana de Derechos Humanos. Liber Amicorum, Héctor Fix-Zamudio, volumen I, San José Costa Rica, Unión Europea-Corte IDH, 1998, pág. 1329.

26. *Ibid.*, pág. 1339.

27. *Ibid.*, pág. 1342.

28. *Ibid.*, pág. 1343.

## **2.2. Principio de la dimensión supraconstitucional en materia de interpretación de derechos humanos**

Este principio establece la necesidad de mitigar un conflicto normativo, cuando se entra a hablar de jerarquías entre las diferentes fuentes jurídicas. Es así que en el momento que exista un conflicto entre el tratado y el ordenamiento jurídico doméstico, hay que tomar en cuenta lo expuesto por CARLOS M. AYALA CORAO:

*“...la jerarquía de los diversos instrumentos internacionales en general, y en particular sobre Derechos Humanos dentro del ordenamiento jurídico estatal, es una materia a ser determinada fundamentalmente por la propia Constitución. Es por tanto la Constitución la llamada a establecer el rango normativo de un tratado, pacto o convenio internacional sobre derechos humanos,*

*dentro del ordenamiento jurídico interno o las fuentes del Derecho estatal”<sup>29</sup>*

De lo anteriormente expuesto, se deduce que el mecanismo adecuado para incorporar el derecho internacional de los derechos humanos al ordenamiento jurídico interno de un Estado, corresponde a la ratificación de un tratado internacional por parte del mismo.

Esta incorporación acarrea que los Estados, en uso y potestades de su autodeterminación jurídica interna; puedan adaptar éste derecho, o incluso tener conflictos entre el derecho internacional y el derecho doméstico o interno. Para el primer caso, -incorporación de los tratados al derecho interno- el artículo segundo de la Convención Americana de Derechos Humanos, señala la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno que permitan el cumplimiento de las disposiciones de la Convención, en los casos en que éstas no se basten a sí mismas<sup>30</sup>.

29. AYALA CORAO Carlos. *La Jerarquía de los Tratados de Derechos Humanos*. En MENDEZ, Juan y COX Francisco (coordinadores). *El Futuro del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1998, p 140. Se ha dicho que la constitución es la máxima expresión de legalidad de un Estado-Nación y para ANDRE HAURIOU, “*El objeto del Derecho constitucional se puede definir como el encuadramiento jurídico de los fenómenos políticos*”, en HAURIOU, André. *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*. Ediciones Ariel-Colección Demos, Barcelona, 1971, pág 17.

30. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su opinión consultiva sobre la exigibilidad del derecho de rectificación y respuesta, dispone lo siguiente: “Este artículo, ha dicho la Corte..., escoge una regla básica del derecho internacional, según la cual todo Estado parte en un tratado tiene el deber jurídico de adoptar las medidas necesarias para cumplir con sus obligaciones conforme al tratado, sean dichas medidas legislativas o de otra índole” (párr.30, OC-7/86). Para el juez GROS ESPIELL “...Este artículo (el 2o) de la Convención impone el deber a los Estados Partes de adoptar las medidas requeridas para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos por la Convención. El ser de estos derechos no está condicionado a la existencia de normas pertinentes en el derecho interno de los Estados partes. Pero estos Estados se hallan obligados a adoptar las medidas legislativas o de otro carácter, si no existieran ya, para hacer “efectivos” tales derechos y libertades. Se trata de una obligación adicional, que se suma a la impuesta por el artículo 1 de la Convención dirigida a hacer más determinante y cierto el respeto de los derechos y libertades que la Convención reconoce.” Corte IDH. “Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, Serie A No7. Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986.

Sobre este particular, tenemos que MONROY CABRA manifiesta, al interpretar el tan discutido art. 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: *“Los Estados partes se comprometen a eliminar en el ámbito de su jurisdicción todos los obstáculos que se opongan a la aplicación de la convención pero en ningún momento se adoptó la tesis dualista ni puede deducirse de su texto que los arts. 1 al 32 no se apliquen directamente...”*. Agregando: *“... si la Convención Americana busca garantizar derechos de las personas individuales debe interpretarse de suerte tal que pueda aplicarse inmediata y directamente a los particulares”*<sup>31</sup>.

Por otra parte, se hace imperioso que a lo interno del Estado-Nación los sistemas jurídicos tengan la posibilidad al decir del profesor COLOMER VIADEL, de contar con <<normas constitucionales de carácter programático y los procedimientos para conseguir su eficacia>>. Estamos hablando ni más ni menos, de contar con mecanismos de tutela que salvaguarden la normativa dispuesta en instrumentos endógenos e internacionales de protección de los derechos humanos, con la finalidad que se autoejecuten (*self-executing*) inmediatamente o de lo contrario; contar con mecanismos eficaces

para garantizar y resarcir la lesión por la inobservancia de tales derechos hacia la ciudadanía sin discriminación<sup>32</sup>.

Así las cosas, pueden darse diferentes situaciones, según sea el tratamiento que sobre este particular, prevea la constitución de cada Estado. Se habla entonces de un valor supraconstitucional del Derecho Internacional; un valor supralegal del Derecho Internacional; valor legal del Derecho Internacional; valor constitucional del Derecho Internacional<sup>33</sup>.

Todas las anteriormente expuestas consideraciones jurídicas, son aplicables a todos los convenios o pactos internacionales de derechos humanos y en el caso de la jurisdicción costarricense tal como hemos visto anteriormente, tendrán rango prioritario o de supremacía incluso sobre el mismo texto constitucional, siempre y cuando dimensionen en mejor forma un derecho o garantía específica a tutelar. Tenemos entonces que a través de interpretación jurisprudencial en nuestro sistema jurídico, se le estarían otorgando a tales instrumentos –siempre y cuando cumplan con los requisitos enunciados-, un carácter o valor supraconstitucional. Para un jurista como el Dr. HUGO ALFONSO MUÑOZ QUESADA, tres consecuencias se derivan

31. Citado por ALBANESE Susana. Promoción y Protección internacional de los derechos humanos, Ediciones La Rocca, Buenos Aires- Argentina, 1991, pág 127.

32. Véase en especial, el Capítulo IV del libro del profesor constitucionalista valenciano, COLOMER VIADEL, (Antonio) “Constitución, Estado y Democracia en el umbral del siglo XXI”, Nomos editorial, Valencia, 1995, pp 53-71

33. Ver sobre este particular, en PIZA ROCAFORT Rodolfo y TREJOS, Gerardo. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: La Convención Americana*. Editorial Juricentro S. A, San José Costa Rica, 1989, pp 87-92. En el caso de NESTOR PEDRO SAGÜES, el autor habla de a) Jerarquía Constitucional del tratado ; b) “Constitucionalización” de los Tratados sobre Derechos Humanos ; c) El tratado “subconstitucional” pero “Supralegal” ; d) El tratado equiparado a ley. En Mecanismos de Incorporación de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, al Derecho Interno, en GONZÁLEZ VOLIO, (Lorena) “Ensayos en honor de Fernando Volio Jiménez”, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1998 pp 299-314 ; por su parte CARLOS AYALA CORAO, habla de tratados internacionales de a) Rango Supraconstitucional ; b) Rango Constitucional ; c) Rango Supralegal ; d) Rango Legal, Op Cit, pp 141-146.

necesariamente de esta posibilidad: a) el fortalecimiento de los derechos humanos; b) el esfuerzo por reconocer el valor transnacional de esos valores fundamentales y c) el progreso histórico de dar jerarquía superior al derecho internacional, aunque restringido a los derechos humanos, frente al derecho interno<sup>34</sup>.

### **3. Principios Generales de Interpretación en Derechos Humanos**

Como acotación preeliminar, debemos de manifestar que la interpretación en derechos humanos parte de la dogmática jushumanista, que se refiere a la corriente o doctrina jurídica que, a la hora de entender los textos de los derechos en cuestión, los interpreta de acuerdo con una orientación de tipo “humanista”. En palabras de un autor, *“Por dogmática jushumanista entendemos, pues, un cierto cuerpo de criterios y soluciones relativas a las bases doctrinarias y en general a la interpretación de los textos normativos aplicables a los derechos humanos. Es una red de pautas que se integra tanto por ideas consignadas en las resoluciones de organismos internacionales como por la doctrina jurídica más afín a la orientación predominante en éstas, toda la cual permite otorgarle cierta sistematicidad y también un “sesgo” interpretativo común al conjunto de aquellas teorías”*<sup>35</sup>.

Para otro autor como BARRETO ARDILA, tenemos que esta dogmática ius humanista supone en todo momento y circunstancia irreductible e irrestricta a favor de la persona humana y es *“...por decirlo así, un principio in dubio pro persona humana, teniendo como elementos de confrontación a los Derechos Humanos, reconocidos en los tratados, convenciones, declaraciones y pactos internacionales, así como aquellos que sean deducidos por vía de los juicios axiológicos y ontológicos que se han de realizar sobre la persona humana y su dignidad”*<sup>36</sup>.

Prosiguiendo con la anterior exposición, el principio anteriormente expuesto supone tres criterios previos de valoración que ha de realizar el funcionario judicial al aplicar la ley así: 1) La ley que se postula como aplicable al caso concreto o su interpretación se muestran como violatorias de los derechos fundamentales de la persona, atentan contra su dignidad o no la respetan en su autonomía e independencia, caso en el cual la ley o su interpretación serán injustas y resultarán inaplicables antológicamente; 2) La ley o su interpretación se muestran como respetuosas de los derechos fundamentales de la persona y la respetan en toda su dimensión, no se presentan contrarias a derechos y garantías constitucionales, ni a derechos contenidos en convenios internacionales sobre Derechos Humanos y finalmente, 3) La ley que regula el caso evaluado o su interpretación por el

34. MUÑOZ QUESADA, Hugo Alfonso. *La justicia constitucional y los tratados internacionales*. En Asamblea Legislativa de Costa Rica. En Revista Parlamentaria, San José, Costa Rica, Vol I, No 1, diciembre 1986, pág 11.

35. HABA Enrique Pedro. *Tratado Básico Derechos Humanos*. volumen I, Editorial Juricentro, Primera edición, San José, 1986, pág 317.

36. BARRETO ARDILA, Alberto. *Estructura y Dimensiones de los Derechos Humanos*. Instituto de Derechos Humanos Guillermo Cano, Escuela Superior de Administración Pública, Bogotá, Centro de Publicaciones ESAP, junio 1986, pág 59.

funcionario judicial presentan confusiones o dudas en su aplicación acerca de la eventual violación de derechos fundamentales, ya positivizados o no, y se establece que podrían instrumentalizar a la persona por lo menos no respetaría su valor, situación en la cual el juzgador debe abstenerse de aplicar la norma o la interpretación que de ella está haciendo, pues operaría el principio *in dubio pro persona*<sup>37</sup>.

En el caso de una norma propia de derechos humanos, su lógica referencial responde a la posibilidad coercitiva de cumplimiento emanada del aparato institucionalizado, y su razón de ser reviste singulares características.

En primer lugar, su misión es equilibrar la dicotomía entre libertad y autoridad, a favor del primer postulado; solo basta recordar las luchas libradas por los individuos en contra del avasallamiento de los poderes públicos tiránicos e ilimitados en su relación hacia los súbditos –p.e. la Carta Magna de Juan sin Tierra de 1235-, o las primeras declaraciones o codificaciones del siglo XVIII, que otorgaron un rango privilegiado a las garantías y libertades públicas de los ciudadanos –p.e. la Declaración Americana de 1776 y la Declaración Francesa de 1789-.

En segundo lugar, los derechos humanos responden a una aspiración de vocación universalista, que trascienden los límites internos del denominado Estado-Nación, debido al interés supraestatal de regular tópicos que atañen a valores de muy diversa

índole (libertad; dignidad humana; justicia reforzada; no discriminación etc.), y que por su importancia colectiva dentro del sistema internacional, merecen una tutela adicional propia que pueden brindar los Estados. Esta posibilidad se plasma a través de los tratados internacionales, y el desarrollo jurisprudencial emanado de los mismos, que han concebido una manera particularizada de justiciabilizar los derechos estatuidos, a través de principios jurídicos determinados.

Para finalizar este abordaje introductorio en este acápite, diremos que la dogmática jushumanista acude a principios tendientes a privilegiar al ser humano ante afrentas de los poderes públicos que menoscaban su integridad y seguridad personales. Para interpretar esta dimensión de libertad y salvaguarda individual, tenemos la interpretación del *Principio Pro Homine* es de vital trascendencia, así como *la del Principio in Dubio Pro Libertate* según lo ha dicho la doctrina comparada, postulados sobre los que nos referiremos más adelante.

En esta sección, haremos referencia a aquellos principios generales interpretativos en materia de derechos humanos, más comúnmente utilizados por la dogmática jurídica. Se parte de que la función vital de estos principios, sería la de coadyuvar y facilitar la vigencia de los derechos humanos en el entramado jurídico de cada ordenamiento interno. Más sin embargo, independientemente de las controversias que puedan suscitarse en este tópico, es menester indicar que el carácter integrador

---

37. BARETTO ARDILLA Alberto, op cit. pág. 63

y resolutor de las antinomias jurídicas que penden de los principios generales del derecho, es de vital importancia para la ciencia jurídica.

En el caso de la doctrina costarricense, PIZAROCAFORT y TREJOS han externado que el derecho internacional clásico ha practicado una interpretación restrictiva de los tratados y de la costumbre, siendo llevada incluso a la jurisprudencia del Tribunal Internacional de Justicia. En cambio, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos esta interpretación es imposible, debido a que es un derecho extensivo; está inclusive, por definición, establecido como un mínimo común aceptado por la generalidad de los miembros de la comunidad internacional y por lo tanto susceptible de expansión. De aquí que, en general, los tratadistas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos postulan principios interpretativos que serían inaceptables o inconcebibles en Derecho Internacional Común<sup>38</sup>. A continuación, repasamos los cuatro principios generales que desde nuestra óptica son más representativos

### **3.1 Principio de Plenitud Hermética entre derecho interno y derecho internacional de los derechos humanos**

Una parte de la doctrina ha sostenido que entre el derecho interno y el derecho internacional, lo que se suscita es una plenitud hermética<sup>39</sup>.

Es decir, al ser el derecho internacional un derecho de tipo subsidiario<sup>40</sup>, la relación de complemento con el derecho interno debe articularse a través de razones o instancias supranacionales. Ahora bien, para saber si un asunto es regulado por el Derecho Internacional, se ha dicho que “... *es propio de la jurisdicción internacional todo aquello que está reconocido y regulado por el Derecho Internacional, y dentro de tal esquema, lo regulado es sólo lo que los Estados, como sujetos principales del Derecho Internacional, han creado y aceptado en tal carácter; es decir, lo que han reconocido como parte del derecho internacional en uso de su soberanía.*”<sup>41</sup>. Por ende, una de las más notables evoluciones del derecho contemporáneo, la constituye

38. PIZAROCAFORT Rodolfo y TREJOS Gerardo, op cit, pág 69.

39. Para BIDART CAMPOS, “...*como los tratados sobre derechos humanos tienen como objeto y fin propios que tales derechos se hagan efectivos en la jurisdicción interna de los Estados que son parte en dichos tratados, un sistema de derechos en un estado democrático debe interpretarse de tal modo que logre completitud y quede cerrado a través de dos fuentes en retroalimentación : la interna de cada estado, y la internacional*” en NIETO NAVIA, (Rafael), Op Cit, pág. 39.

40. PIZAROCAFORT Rodolfo. *El Valor del Derecho y la Jurisprudencia Internacionales de Derechos Humanos en el Derecho y la Justicia Internos-El Ejemplo de Costa Rica*. En “Liber Amicorum (...), Op Cit, pág 169. Cfr: Sobre el caso mexicano (“tratados internacionales y subsidiaridad en el derecho mexicano”) ver artículo de GARCIA MENDEZ, Sergio, en “Liber Amicorum: Héctor Fix-Zamudio”, Vol I, pág 79 y ss.

41. PIZAROCAFORT Rodolfo y TREJOS Gerardo, op cit, pág. 80. Ver en este sentido a MIAJA DE LA MUELA Antonio. *Introducción al Derecho Internacional Público*, Madrid, Sexta edición, 1974, págs 216 y ss.

sin duda alguna la relación sinalagmática entre las provisiones del derecho interno, y aquellas normas de derecho internacional aplicables a un Estado-Nación. En este contexto, el derecho internacional de los derechos humanos<sup>42</sup>, se constituye en una posibilidad que tienen los miembros de una comunidad internacional, para exigir y hacer valer los derechos más elementales suscritos en su gran mayoría a través de los tratados o convenios internacionales.

Para el Dr. RODOLFO PIZA ESCALANTE, ex-Juez de la Corte Interamericana de Derechos

Humanos y de la Sala Constitucional Costarricense, esta simbiosis es vista de la siguiente manera: los contenidos, tradicionalmente diversos e independientes, del Derecho Internacional y del Derecho interno, como ordenamientos, el primero hacia fuera, el segundo hacia adentro de los Estados, se han venido confundiendo, al extremo de converger, si es que no de coincidir, en las mismas materias, obligando de este modo, a los Juristas a encontrar soluciones nuevas a las antinomias que esta concurrencia provoca inevitablemente; al punto de que hoy el ordenamiento interno no se puede desentender más de las exigencias

---

42 Los autores BUERGENTHAL, GROSSMAN y NIKKEN, definen el derecho internacional de los derechos humanos como *"aquella rama del Derecho Internacional que se ocupa del establecimiento y promoción de los derechos humanos y de la protección de individuos o grupos de individuos en el caso de violaciones gubernamentales de derechos humanos. Esta rama del derecho se denomina "protección internacional de los derechos humanos" o "derecho internacional de los derechos humanos"*, BUERGENTHAL Thomas, GROSSMAN Claudio y NIKKEN Pedro. Manual Internacional de Derechos Humanos, Editorial Jurídica Venezolana-Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1990, pág 9. Este tipo de derecho ha tenido su desarrollo histórico, que data desde tiempos muy antiguos ("...diversas doctrinas e instituciones colaboraron en la formación moderna de la protección internacional de los derechos humanos. Entre las primeras se puede citar la intervención humanitaria, la responsabilidad estatal por daños a extranjeros, la protección de las minorías y el derecho humanitario internacional. Entre las segundas, el sistema de mandatos y minorías de la Liga de las Naciones" *Ibid.*, pág 9. Ver Cap. I "Antecedentes Históricos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos" pp 9-17. Cfr: KAPLAN, (Morton) "Fundamentos Políticos del Derecho Internacional", Editorial Limusa, México, 1965, ver capítulo tercero "La Estructura Teórica del Derecho Internacional" (pp 73-102), o a partir de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, según lo ha sostenido la doctrina. Para autores como HITTERS: "La Carta de las Naciones Unidas constituyó el primer intento serio y abarcador que se ocupó de la protección y de la promoción de los derechos del hombre, puesto que para la Liga de Naciones dicha temática era una cuestión de derecho interno en la cual no podría interferir ningún Estado. Tal tendencia en favor de los derechos humanos se consolida con los Pactos Internacionales de 1966 (...) y como dice SUY, la creciente importancia adquirida por éstos casi en los 20 años que pasaron entre la declaración de 1948, y los referidos Pactos, muestra que la revolución que los autores trataron de obtener excedió toda expectativa." HITTERS, (Juan Carlos) "Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Tomo I" Ediar, Tucumán-Argentina, 1991, pp 172-173. Para VICTOR MATA, *"El derecho internacional de los derechos humanos es la rama del derecho internacional público que se ocupa de las obligaciones internacionales que asume el Estado en materia de derechos humanos, y que asume características propias con respecto a otras ramas del derecho internacional"*, MATA, (Victor) "Elementos para la Protección Internacional de los Derechos Humanos", Doctrina sobre Derechos Humanos, Serie Jurídica No 1, CODEHUCA, San José, 1990, pág 10. En torno a las características, véase las mismas en págs 10-14 de la misma obra. Para un autor como MORENO QUINTANA: *"Derecho Internacional es el sistema de normas obligatorias que, nacidas del consentimiento expreso o tácito de los Estados, determinan los derechos y deberes de la persona internacionales en sus relaciones mutuas"*, en MORENO QUINTANA Manuel. Tratado de Derecho Internacional, Tomo I, Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1997, pp 36-37. Ahora bien, con relación a la plenitud integrada entre el ordenamiento interno y el externo que tutela los derechos humanos, un autor como BIDART ha dicho lo siguiente: *"El marco de interpretación de los derechos conforme al canon objetivo de la Constitución debe elevarse al contexto internacional en el que circule el consenso favorable a los derechos humanos y en el que se insertan los Estados"* (pág. 411).

del internacional, sólo sea para resolver el problema de qué norma aplicar, cuando hay contradicción o incompatibilidad insalvable entre una del primero con otra del segundo, ambas destinadas a regir las mismas situaciones, conductas o relaciones<sup>43</sup>.

En este supuesto interpretativo, estamos hablando de auto-ejecutividad de las normas internacionales de manera que ha sido redactada en tal forma, que de ella surge una regla que los tribunales judiciales internos pueden aplicar en un caso dado. Las normas internacionales de derechos humanos, gozan en general de tales características: *“reconocen derechos y obligaciones susceptibles de ser*

*ejecutados –directamente- por los tribunales nacionales*”<sup>44</sup>. Por último, la postura descrita en este apartado se relaciona con lo que la doctrina ha establecido como *principio de interacción, o igualmente denominado por otros de retroalimentación*, y enseña que el juez (nacional o supranacional) debe desde luego aplicar en sus sentencias al derecho internacional y supranacional tuitivo de los derechos humanos, pero sugiere igualmente al juez de la jurisdicción internacional tener en cuenta, y en su caso efectivizar en sus sentencias, las reglas del derecho nacional que puedan aplicarse al caso, complementarias o mejorar las internacionales<sup>45</sup>.

- 
43. PIZA ESCALANTE Rodolfo. El Valor del Derecho y la Jurisprudencia Internacionales de Derechos Humanos en el Derecho y la Justicia Internos-El Ejemplo de Costa Rica. En “*Liber Amicorum (...)*”, Op Cit, pág. 183. En criterio de este gran jurista, los precedentes de la Sala Constitucional costarricense son “...suficientes como para marcar una dirección jurisprudencial irreversible, que en Costa Rica se ha logrado vencer, en la materia específica del Derecho de los Derechos Humanos, tanto la disyuntiva bastante artificial entre “monismo” y “dualismo” que estancaba las posibilidades de una solución integral (...) nuestra Sala Constitucional ha descubierto, en resumen, una tercera vía, profundamente anclada en la naturaleza misma de ese Derecho de los Derechos Humanos, ni interno ni internacional, sino auténticamente universal” (pág. 187). En otro artículo BIDART CAMPOS sostiene que “Podemos entonces, encontrar una simetría entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno, porque ambos dan por cierto que apuntan a un estado democrático, y porque el primero se endereza (...) a tener aplicación y efectividad en la jurisdicción interna de cada Estado que es parte en el sistema. En segundo lugar, la interpretación de los derechos humanos en la jurisdicción internacional viene presidida por la regla que, para la interpretación de cualquier tratado, contiene la Convención de Viena sobre derecho de los tratados en su artículo 31, 1: “un tratado deberá interpretarse de buena fe, conforme el sentido que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éste y teniendo en cuenta su objeto y fin”. BIDART CAMPOS, German. La Interpretación de los Derechos Humanos en la Jurisdicción Internacional y en la Jurisdicción Interna. En NIETO NAVIA Rafael. La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Edición conmemorativa editada por la Organización de los estados Americanos-Unión Europea, San José, primera edición, 1997, pág. 41.
44. PIZA ROCAFORT Rodolfo y TREJOS, Gerardo op cit, págs 97-98. Continúan los autores diciendo que “Esta regla no ha sido desvirtuada ni por el artículo segundo de la CADH (ni por el PIDCP), cuyo alcance, como lo dice el título y el contenido de ese artículo, es señalar a los Estados la obligación de adoptar disposiciones de la Convención en los casos –que no son muchos- en que estas no se basten a sí mismas”, pág 101.
45. SAGUÉS Nestor Pedro. La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional, XVI Curso Interdisciplinario derechos humanos, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1998, pág 3.

### 3.2. Principio Pro Homine

Al respecto, tenemos que este criterio aludido se ha dicho que el derecho internacional de los derechos humanos, dispone perfiles específicos en materia de interpretación de las normas y en ese sentido, la regla *interpretatio pro homine*, significa literalmente “...la cláusula del “individuo más favorecido”. En consecuencia, las interpretaciones restrictivas unilaterales por parte de los Estados de las normas de derechos humanos se deberán tener por inaceptables”<sup>46</sup>. El principio que nos ocupa, aconseja entonces, interpretar la regla concerniente a un derecho humano del modo más favorable para la persona, es decir, para el destinatario de la protección<sup>47</sup>.

Una autora como MÓNICA PINTO, nos dice que el *principio pro homine*, por otra parte, “... supone que las normas consuetudinarias que explicitan los contenidos de los derechos protegidos en los tratados deben tener cabida en el orden jurídico interno de un país siempre que enriquezcan sus disposiciones. Así, por ejemplo, la enumeración de las libertades religiosas y de conciencia que efectúa la Declaración sobre la eliminación de todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o en las Convicciones enriquece las disposiciones genéricas del Pacto Internacional de

*Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana*”<sup>48</sup>.

Por su parte, para SAGUÉS este principio tiene dos variantes. a) la primera es actuar como “directriz de preferencia” (escoger, en lo posible, dentro de las posibilidades interpretativas de una norma, la versión más protectora de la persona). Este patrón interpretativo tiene algunas especificaciones.

Así, el principio pro libertatis, que postula entender al precepto normativo en el sentido más propicio a la libertad en juego, o el principio de protección a las víctimas, con particular referencia a los casos de discriminación o de refugiados, y b) Digamos así mismo que el principio pro homine no es solamente una “directriz de preferencia de interpretaciones” entre las varias exégesis posibles que pueden desprenderse de un mismo precepto normativo, sino también, y esto puede ser fundamental, una directriz de preferencia de normas”. Esto quiere significar que ante un caso a debatir, el juez (sea de la jurisdicción nacional, sea de la jurisdicción supranacional), tendrá que aplicar la norma más favorable a la persona, con independencia de su nivel jurídico<sup>49</sup>.

A manera de refuerzo con respecto a lo anteriormente dicho, en el orden de la jurisdicción regional de derechos humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha aceptado esta cláusula

46. VILLÁN DURÁN Carlos. *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Editorial Trotta S.A., colección *estructuras y procesos, serie derecho, primera edición, 2002, Madrid, pág 236*.

47. SAGUÉS Néstor, op. cit, pág 2.

48. PINTO Mónica. *El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos*, pág 165. En ABREGÚ Martín y COURTIS, Christian, op cit.

49. SAGUÉS Néstor. op cit, pág 2.

interpretativa al pronunciarse sobre el artículo 62 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que dispone la facultad de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención<sup>50</sup>. En el *Caso Canese vs Paraguay*, el Alto Tribunal ha caracterizado que en diversas ocasiones se ha aplicado el <<principio de la norma más favorable>> para interpretar la Convención Americana, de manera que siempre se elija la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado<sup>51</sup>. Por otra parte, según lo ha establecido este Tribunal, si a una situación son aplicables dos normas distintas, "debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana"<sup>52</sup>.

La motivación para operar esta modalidad interpretativa radica en que sin perjuicio

de las reglas tradicionales de aplicación e interpretación existentes en las fuentes nacionales, en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos importa tener en cuenta una regla que está orientada a privilegiar, preferir, seleccionar, favorecer, tutelar y, por lo tanto, a adoptar la aplicación de la norma que mejor proteja los derechos fundamentales del ser humano<sup>53</sup>. El citado derecho internacional ha asimilado esta postura interpretativa y es así como podemos apreciar diferentes ejemplos en los que vislumbra el principio que nos ocupa: por ejemplo en el artículo 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>54</sup>; artículo 23 del Convenio sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer<sup>55</sup>; artículo 41 de la Convención de Derechos del Niño<sup>56</sup> y

---

50. Véase entre otros precedentes, Corte IDH, "Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos)", Serie A No. 13, Opinión Consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993. párrafo 50; Corte IDH, *Caso Baena Ricardo y otros. Excepciones Preliminares*. Serie C No. 61, Sentencia de 18 de noviembre de 1999. párrafo 37.

51. Corte IDH, *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Serie C No. 111, Sentencia de 31 de agosto de 2004, párrafo 181.

52. Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Serie A No. 18, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. párrafo 21.

53. HENDERSON Humberto. *Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine*. En Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, número 39, enero-junio 2004, pág 88.

54. "1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él. 2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado".

55. "Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a disposición alguna que sea más conducente al logro de la igualdad entre hombres y mujeres y que pueda formar parte de: a) La legislación de un Estado Parte; o b) Cualquier otra convención, tratado o acuerdo internacional vigente en ese Estado".

56. "Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y que puedan estar recogidas en: a) El derecho de un Estado Parte; o b) El derecho internacional vigente con respecto a dicho Estado".

artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>57</sup>.

En su faceta ejecutiva, se requiere que los tribunales locales puedan ejecutar por sí mismos (“self-executing”), las provisiones insertas dentro de los instrumentos internacionales de derechos humanos, y esta situación sería de esta manera puesto que como bien lo expone HENDERSON, este principio debe “...representar una fundamental e indispensable regla de hermenéutica en el momento de la aplicación de los tratados internacionales de los derechos humanos por los tribunales internos”<sup>58</sup>.

Lo interesante de esta construcción interpretativa consiste en que otras jurisdicciones nacionales han usado esta tesis para fundamentar el realce y defensa del interés a favor del ser humano, aunque no lo sea en función de la interpretación de tratados internacionales de protección de derechos humanos. Para nuestros efectos, vamos a entender al consabido principio como aquel que se instrumentaliza a favor del ser humano y que busca protegerlo de todas aquellas actuaciones e interpretaciones normativas que tiendan a lesionar su

dignidad, integridad y restricciones a su beneficio personal. En este sentido, se prefiere bajo un marco de balanza al individuo antes que al poder estatal, la cuál es la lógica que priva en la formulación histórica de los derechos humanos, todo ello que los mismos han surgido facticamente como un marco de exigencia mínimo que pregona derechos y libertades de los gobernados y en contrapartida, de plena exigencia a los poderes públicos.

### 3.3. Principio Pro Libertate

Con respecto a esta otra tesis interpretativa, la misma se sustenta en un criterio orientador con incidencia especial en el momento de interpretar derechos fundamentales, por lo que haciendo gala del principio *pro libertate*, lo que se pretende es consignar la máxima expansión del sistema de libertades constitucionales<sup>59</sup>.

Algunos autores visualizan este postulado como derivado o variante del *principio pro homine*<sup>60</sup>, más sin embargo de nuestra parte preferimos avalar el principio *pro libertate* de una manera autónoma, debido a las siguientes consideraciones:

57. “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

58. HENDERSON, Humberto, op cit, pág 91.

59. PÉREZ LUÑO, Antonio. *Derechos Humanos, Estado y Constitución*, op. cit, pág 278. Cfr: Algunos autores, visualizan este postulado como derivado o variante del *principio pro homine*, SAGUÉS Néstor Pedro, op. cit, pág 2.

60. SAGUÉS Néstor Pedro. *La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional*, op cit, pág 2.

(i) La libertad es la piedra angular con la que se deben de escudriñar la vigencia de las libertades fundamentales, en razón de la antinomia constante con respecto a la coercibilidad emanada del poder. Si se visualiza la génesis histórica del surgimiento de los derechos humanos, podemos apreciar como constante que estos derechos humanos se inspiran en el sentido de preservar la libertad en dos niveles: de los individuos con respecto al poder público que lo dirige y del sistema jurídico social, que debe en contrapartida respetar en estricta sinalagmaticidad, la libertad del individuo. Esta praxis histórica ha generado una racionalidad propia, que constituye una explicación encausada en pensar sobre la vigencia que ostenta por si mismo, dicho principio.

(ii) Es necesario individualizar este principio, debido a que su función es complementar otros principios interpretativos existentes -pro homine, plenitud de los derechos humanos etc.-, permitiendo discernir en que momento se sesga o menoscaba la libertad individual o colectiva. Mientras más herramientas interpretativas e inteligibles se le otorguen al operador jurídico en materia de decisión de un asunto de derechos humanos, se hace mucho más propicio el abordaje y encuadramiento del fenómeno a dilucidar.

En nuestro medio, la doctrina ha externado sobre la interpretación de derechos fundamentales de acuerdo al *principio pro libertate*, lo siguiente:

*“Ahora bien, tanto la interpretación del ordenamiento a la luz de los derechos fundamentales, como la interpretación de esos mismos, deben de responder al principio de interpretación más favorable para su ejercicio, o, por utilizar el aforismo romano, la interpretación jurídica debe realizarse de acuerdo con el principio “pro libertate”. Este principio, que ha sido ampliamente desarrollado por nuestra Sala Constitucional a través de su jurisprudencia, deriva de esa posición básica de que los derechos fundamentales son el elemento estructural del ordenamiento y valor fundamental del Estado de Derecho. Incluso la doctrina dominante ha llegado a sostener que las interpretaciones restrictivas de derechos humanos o contraria a su plena eficacia constituyen lesiones de éstos, y así lo ha señalado el Tribunal Constitucional español en su reiteradísima jurisprudencia”*<sup>61</sup>

De nuestra parte, estimamos que este principio tiene su asidero en la importancia irrestricta que presenta la dimensión de la libertad en términos de su contrastación, con la noción de represión tipificada en su más amplio sentido. Esta idea-fuerza reviste la particularidad de encausar la variable libertaria de los seres humanos, allende a las estructuras institucionalizadas del poder, convirtiéndola en la esencia motivadora de la lucha por la vigencia de los derechos humanos. Los derechos estatuidos en los catálogos de derechos civiles y políticos, con mucho mayor claridad han dimensionado las *libertades puras* a través de diferentes

---

61. QUESADA M. Juan Guillermo. *Los derechos fundamentales, columna vertebral del Estado Social y democrático de Derecho*. En Revista *Ivstitia*, Año 7, No 82, San José C.R., 1993, pág 28.

provisiones normativas, tales como la libertad de contratación que se plasma en el derecho de propiedad y preservación de la misma; la libertad de tránsito que es un resultante del derecho a circular libremente en los términos y condiciones que la ley imponga etc. Por consiguiente, supone una *ratio esencial* cuya definición de cobertura, se encuentra claramente diferenciada y establecida. Para el caso de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), la libertad asociada a este tipo de derechos pasa por considerar si la misma viene a ser una mera abstracción, no concretizada ni disfrutada a cabalidad por los diferentes grupos sociales<sup>62</sup>. Para la vigencia de los DESC se requiere una sociedad que tenga libertad de acción de los poderes públicos, como prestatarios de tales derechos.

### **3.4 Principio de Interpretación Evolutiva**

La Sentencia del *Caso Artavia y otros* contra Costa Rica emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, recurre para interpretar el artículo 4.1 de la Convención referente al derecho a la vida, al método interpretación evolutiva de los tratados, sobre la base de que “los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones

de vida actuales” y que dicha interpretación “es consecuente con las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”<sup>63</sup>.

Este postulado interpretativo es llamado por NIKKEN como principio de interpretación expansiva<sup>64</sup> o progresiva, conforme al que, entre las varias exégesis posibles de una norma, debe preferirse la que restrinja en menor escala al derecho en juego. Además, cada Estado debe adoptar todas las medidas necesarias para asegurar un “estándar mínimo” de vigencia de los derechos humanos, instrumentando las medidas legales y operacionales para ello (“hasta el máximo de los recursos de que disponga”, indica el art. 2-1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), de tal modo que, por ejemplo, no podrá alegar su propia mora para eximirse de garantizarlos<sup>65</sup>.

Correlativamente con el principio anterior, -sea la obligación de progresividad-, se tiene en contrapartida, la prohibición de regresividad y que se ha visualizado por la doctrina calificada en materia sobre todo de derechos económicos, sociales y culturales como un flagelo para el disfrute pleno de tales derechos. Es así como los autores ABRAMOVICH y COURTIS, nos dicen que “*La noción de progresividad abarca dos*

62. Véase al respecto el punto B (“El Estado y el ámbito de la libertad en los DESC”) de nuestro ensayo CHACÓN MATA, Alfonso. *Problemas normativo-operativos en la prestación efectiva de los derechos económicos, sociales y culturales*. En Revista Judicial, Poder Judicial de Costa Rica, Número 107, marzo 2013, págs 114-117.

63. Corte IDH, Caso Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica, Serie C 57, español, sentencia de 28 de noviembre de 2012, párrafo 245.

64. En igual sentido PIZA ROCAFORT, Rodolfo y TREJOS Gerardo, op. cit., pág 67.

65. NIKKEN Pedro. *La protección internacional de los derechos humanos: su desarrollo progresivo*. Editorial Civitas/ Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1988, Madrid, pág 116.

*sentidos complementarios: por un lado, el reconocimiento de que la satisfacción plena de los derechos establecidos en el Pacto (DESC) supone una cierta igualdad, y dado que el Estado se obliga a mejorar la situación de estos derechos, simultáneamente asume la prohibición de reducir los niveles de protección de los derechos vigentes, o, en su caso, de derogar los derechos ya existentes*<sup>66</sup>.

De igual manera, en materia de derechos civiles y políticos, no sería factible bajo este principio generar acciones que constriñan regresivamente el estado anterior. Es así como este tipo de derechos generacionales, si bien es cierto han sido concebidos comúnmente como un *no-hacer* por parte de los poderes públicos hacia sus conciudadanos, es oportuno destacar que de igual manera esta inactividad, puede verse consternada por acciones de corte restrictivas con relación al disfrute de los derechos existentes. Es factible que se suscite que el aparato estatal emita regulaciones posteriores, que vayan en detrimento de las libertades establecidas (p.e. no emitir legislación que perjudique la libertad de expresión existente, o si hablamos de derechos políticos; no promulgar disposiciones que cercenen la libre y mayor participación ciudadana estatuida en los procesos electorales), y en consecuencia, esta gestión activa viene a presentar severos inconvenientes para el entorno social en su conjunto.

En el caso *Abdulaziz, Cabales Balkandalli* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, bajo sentencia del 25 de mayo de 1985, se planteó en forma directa una discriminación por razón de raza, nacimiento y sexo en la legislación de inmigración británica.

El tribunal de marras, concluyó que <<necesarias>>, sin ser necesarias sinónimo de <<indispensables>>, implica la existencia de una <<necesidad social imperiosa>> y que para que una restricción sea <<necesaria>> no es suficiente demostrar que sea <<útil>>, <<razonable>> u <<oportuna>>. Aplicando este esquema al caso de la regresividad: acreditada ésta por parte del actor, cabe al Estado la carga de demostrar la estricta necesidad de la medida. Esto supone la demostración por parte del Estado: a) la existencia de un interés estatal permisible; b) el carácter imperioso de la medida y c) la inexistencia de cursos de acción alternativos menos restrictivos del derecho en cuestión<sup>67</sup>.

La regresividad es visualizada ni más ni menos, como un paso atrás que perjudica la graduación del estado de las cosas y su relación con los derechos, prevalecientes en un sistema jurídico.

Es así como una manera óptima de interpretar los derechos humanos, se congruencia con la necesidad de repensar el disfrute y goce de éstos, de una manera ascendente o progresiva según hemos expuesto anteriormente.

---

66. ABRAMOVICH Víctor y COURTIS Christian. Los derechos sociales como derechos exigibles, Editorial Trotta S.A., Madrid, Colección Estructuras y Procesos, serie Derecho, 2002, págs 93-94.

67. *Ibíd.* págs 107-109.

Los seres humanos necesitan cada vez más, mejores y mayores niveles de protección en la tutela de sus derechos mismos, por lo que supone al operador jurídico que interpreta, dictar avances concretos a través de disquisiciones que tengan sobre todo, una dosis de carácter continuado y que sean cualitativamente evolucionadas.

#### **4. Doctrina del Margen de Apreciación: Una antítesis a la interpretación evolutiva en materia de derechos humanos**

Hasta ahora se ha pasado revista a los principios interpretativos comúnmente utilizados para la tutela de los derechos humanos, sin embargo es menester en este recuento tener claro la existencia de posiciones que de nuestra parte, estimamos contrarias a los valores fundantes de los derechos en estudio. Nos referimos ineludiblemente a la **Doctrina del Margen de Apreciación**, que es producto de los órganos de control establecidos en el *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales*, como lo fue la antigua y fenecida Comisión Europea (CEDH) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) –que si continua en funciones-.

La jurisprudencia europea ha elaborado la doctrina del margen de apreciación que se les concede a los Estados, considerando que las autoridades nacionales están mejor situadas para determinar las necesidades y los riesgos existentes, a fin de establecer las medidas oportunas y eficaces para el mejor cumplimiento de sus compromisos internacionales<sup>68</sup>. Esta doctrina fue utilizada en principio para los casos de derogación previstos en el artículo 15 del Convenio Europeo y luego se extendió a otras situaciones. Fue utilizada por primera vez por la Comisión en su primer caso de derogación en 1958 concretamente en el Caso “*Grecia contra. Reino Unido*”<sup>69</sup>.

La doctrina del margen de apreciación recoge la preocupación del Tribunal Europeo por incluir en su interpretación de las normas internacionales europeas la diversidad de las realidades jurídicas nacionales. El número de Estados Partes y la diversidad de sociedades nacionales, en las que se aplica el Convenio Europeo, genera una tensión permanente entre universalismo y diversidad cultural en materia de derechos humanos y entre intereses individuales e intereses de la comunidad o del Estado.

La *Doctrina del Margen de Apreciación* pretende dar respuesta a tales interrogantes y surge como un instrumento de conciliación entre diferentes intereses contrapuestos al momento de aplicar e interpretar la normativa internacional, siendo un desarrollo jurisprudencial que no deriva explícitamente del Convenio Europeo o de otros tratados internacionales<sup>70</sup>.

68. VALIÑA Lilitiana. *El Margen de la Aplicación de los Estados en la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno*, pág 175. En ABREGÚ Martín y COURTIS, Christian, op. cit.

69. CEDH, Rapport du 26 septembre 1958 de la Comisión européenne des droits de l’homme, Vol, I, pág 165; vol. II, p. 382. Ann. Conv. Vol. II, pág 177.

70. DEL TORO HUERTA Mauricio Iván. El Principio de Subsidiariedad en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos con especial referencia al Sistema Interamericano, págs 34-35 en BECERRA RAMÍREZ, Manuel (coordinador). *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2007.

DEL TORO HUERTA aduce que de conformidad con la doctrina apuntada, *“las autoridades tienen un cierto margen de apreciación en la aplicación e interpretación de las normas internacionales, así como en el establecimiento de ciertos límites y restricciones permitidas por el propio ordenamiento internacional, teniendo presentes sus propias circunstancias”*<sup>71</sup>. VALIÑA nos dice que la doctrina del margen de apreciación no pareciera ser una feliz creación en el seno de los órganos europeos, tanto por el peligro de la vaguedad e imprecisión de sus modalidades, extensión y ámbitos de aplicación, como por la falta de coherencia en la utilización de los criterios que la fundamentan:

“El margen de apreciación de los Estados se manifiesta en sus decisiones cotidianas para poner en práctica y hacer realidad los derechos y libertades consagrados en los instrumentos internacionales no podrían sustituir a los Estados para delinear e imponer cada una de las medidas concretas (...).

*Si un tratado internacional de derechos humanos pudiera tener tantas interpretaciones como Estado parte, sería como aceptar en su equivalente a nivel interno, dejar librado a la interpretación personal absoluta de una misma norma por cada juez, sin prever un órgano que controle la compatibilidad de la misma con el respeto de las normas fundamentales y constitucionales de un Estado”*<sup>72</sup>.

Otro autor como SAGUÉZ nos enuncia que la legitimación de tal doctrina parte de la afirmación de que no constituye un privilegio para los Estados, sino una consecuencia de la democracia y del pluralismo, ya que es bueno comprender las realidades jurídicas, económicas y sociales de cada país, y la apreciación que de ellas hagan los tribunales nacionales, que son los más próximos y autorizados (en principio) para evaluar, en cada terreno concreto, los problemas de aplicación de los derechos humanos provenientes de una fuente jurídica internacional<sup>73</sup>.

KILLANDER sostiene que la Corte Interamericana hizo referencia al margen de apreciación en su opinión consultiva respecto a la <<Propuesta de modificación a la Constitución Política relacionada con la Naturalización>>, cuando determinó en el párrafo sesenta y dos que “la Corte tiene especialmente en cuenta el margen de apreciación reservado al Estado que otorga la nacionalización sobre los requisitos y conclusiones que deben llenarse para obtenerla”. Desde su perspectiva, en este caso en particular la Corte regional no consideró si había algún enfoque común respecto de las disposiciones de naturalización entre los Estados que habían ratificado la Convención Americana<sup>74</sup>. En nuestro criterio, a lo que se refiere la opinión es a los requisitos propios que deben existir y que son resorte de las

71. DEL TORO HUERTA, op cit, pág 35.

72. VALIÑA Lilliana, op. cit, págs 196-197.

73. SAGUÉZ Néstor Pedro. op cit, pág 8. Continúa el autor diciéndonos que *“La doctrina del margen nacional postula la adaptación de una normatividad general sobre derechos humanos, al ambiente adonde ella debe aplicarse. Pero tal armonización tiene, desde luego, sus topos”*.

74. KILLANDER Magnus. Interpretación de los tratados regionales de derechos humanos, págs 156-157 en Sur: Revista internacional de derechos humanos, Vol.7, N°13, español, edición semestral, Sao Paulo, diciembre 2010.

distintas políticas migratorias, los cuáles son producto del interés nacional. El veredicto no realiza ningún sondeo o consulta para validar un marco fáctico común entre los mismos Estados, por lo que no sería factible hablar de una doctrina de margen de apreciación según lo hemos venido exponiendo.

No obstante lo externado anteriormente, en el voto disidente del Juez VIO GROSSI concerniente al *Caso de Fertilización in Vitro*, apreciamos un vestigio de la doctrina del margen de apreciación nacional. Se sostiene por parte del ponente que no resulta consistente la conclusión a que llega la sentencia, en cuanto a que “ello significa que, en el marco de la práctica de la mayoría de los Estados Parte en la Convención, se ha interpretado que la Convención permite la práctica de la FIV”. Su postura se basa esencialmente en la doctrina que nos ocupa, en razón que sostiene que dicha práctica quirúrgica no solo no se da en la mayoría de Estados, sino también porque no consta antecedente alguno que demuestre que los once Estados Partes de la Convención que permiten la reproducción asistida, lo han hecho en aplicación o consideración de lo previsto en el artículo 4.1 de la Convención<sup>75</sup>.

A título personal, aunque entendemos el contexto en el que surge esta doctrina, atendiendo principalmente al crisol jurídico y sobre todo cultural y político de la Europa contemporánea, no somos partícipes de darle la libertad a los Estados para que

gradúen o atemperen por su propia cuenta, las obligaciones derivadas de un tratado internacional de derechos humanos.

Precisamente estos instrumentos poseen su dinámica interpretativa particular, de carácter evolutivo y no restrictivo en lo que a la vigencia de los derechos humanos se refiere. En ese sentido, no sería apropiado dejar a expensas de los mismos Estados que tipo de obligaciones van a apreciarlas bajo los mismos estándares nacionales y cuáles no; puesto que carece de sentido entonces suscribir un tratado con efectos vinculantes si las mismas Partes pueden desatender sus obligaciones internacionales, bajo la excusa de la interpretación endógena.

Además en abono a la tesis anterior, consideramos que no sería posible entonces dejar a discreción estatal la instrumentalización de las provisiones sustantivas en materia de derechos humanos –entiéndase como se debe interpretar y justiciabilizar el derecho; su operatividad y aplicaciones a grupos y colectividades; etc.–, puesto que sería un retroceso en el avance y codificación del derecho que nos ocupa, pasando a manos de las autoridades infractoras, la manera en que debe efectivizarse el derecho conculcado.

Ese sería en el fondo, el objetivo práctico que conlleva este margen apreciativo: una licencia para incumplir las obligaciones derivadas de un tratado internacional bajo la excusa de las necesidades político-jurídicas domésticas.

---

75. Corte IDH, Caso Artavia Murillo y otros, op. cit.

## 5. Conclusiones

Conocer los alcances interpretativos de los que se puede hacer gala si de derechos humanos se trata, ha sido el norte expositivo y lógico de este trabajo. Además teniendo el aliciente de los lineamientos jurisprudenciales dados por la Sala Constitucional en esta materia, se hace mucho más conveniente recalcar en los verdaderos parámetros generales de interpretación evolutiva de tales derechos.

El contenido esencial de la interpretación en derechos humanos, pasa por considerar al ser humano tanto en su dimensión individual y colectiva como el sustrato categórico sobre el que se destinan las diferentes provisiones normativas. Para valorar esta dimensión humana, se han diseñado reglas que apelan a la flexibilidad interpretativa de la norma de derechos humanos, según sean las diferentes posibilidades y opciones. En ese sentido contamos con lineamientos interpretativos que pretenden ser aplicados preferiblemente en el fuero interno y de no ser posible, en el marco de la justicia internacional protectora de derechos humanos.

Asimismo, la función interpretativa es consustancial a todo sistema jurídico que se precie de coherente y de allí radica su importancia, siendo que en el caso de la temática anteriormente expuesta, la interpretación adecuada de los derechos humanos descansa sobre una dinámica propia. Esta actividad recoge la esencia de la lucha y evolución de los derechos humanos, es decir, debe privar el interés del individuo en contraposición al del Estado y su poder omnipotente.

Por último, la doctrina del << margen de apreciación >> se perfila desde nuestra óptica como una antítesis que incide en la interpretación y aplicación coherente de los derechos humanos. Y sostenemos la anterior aseveración, basados en lo inconveniente que sería darle la posibilidad absoluta a los mismos Estados –violadores de los derechos humanos-, de atemperar y considerar como deben tutelarse a lo interno los derechos que nos ocupan, según lo hemos expuesto en estas mismas líneas.

En ese sentido, los principios interpretativos cumplen la misión de evitar cada vez más la discrecionalidad propia de los entes políticos y por ende, volcarse hacia el interés de los seres humanos que son perjudicados cuando se vulneran sus derechos, libertades y garantías. No nos queda la menor duda que esa es la senda que debe privar si de interpretación de derechos humanos se refiere.

## 6. Bibliografía

### Libros y revistas

ABRAMOVICH Víctor y COURTIS Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Editorial Trotta S.A., Madrid, Colección Estructuras y Procesos, serie Derecho, 2002.

ALBANESE Susana. *Promoción y Protección internacional de los derechos humanos*. Ediciones La Rocca, Buenos Aires-Argentina, 1991.

ALEXY Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

AYALA CORAO Carlos. La Jerarquía de los Tratados de Derechos Humanos En MENDEZ Juan y COX Francisco (Coords.) *El Futuro del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1998.

BARRETO ARDILA, Alberto. *Estructura y Dimensiones de los Derechos Humanos*. Instituto de Derechos Humanos Guillermo Cano, Escuela Superior de Administración Pública, República de Colombia, Centro de Publicaciones ESAP, junio 1986, Bogotá,

BIDART CAMPOS Germán. *Interpretación de Derechos Fundamentales*. Editorial Helisata, Buenos Aires, 1993.

BIDART CAMPOS, German. *La Interpretación de los Derechos Humanos en la Jurisdicción Internacional y en la Jurisdicción Interna*. En NIETO NAVIA Rafael. La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Edición conmemorativa editada por la Organización de los estados Americanos-Unión Europea, San José, primera edición, 1997.

BUERGENTHAL Thomas, GROSSMAN Claudio y NIKKEN Pedro. *Manual Internacional de Derechos Humanos*. Editorial Jurídica Venezolana-Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1990.

COLOMER VIADEL Antonio *Constitución, Estado y Democracia en el umbral del siglo XXI*. Nomos editorial, Valencia, 1995.

CHACÓN MATA, Alfonso. *Reflexiones en torno a algunos problemas semántico/interpretativos de los derechos humanos (¿es posible encontrar soluciones apelando a sus principios?)*. En Revista Ius Doctrina, Boletín de la Unidad de Informática Jurídica de Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, octubre 2010.

CHACÓN MATA Alfonso. "Problemas normativo-operativos en la prestación efectiva de los derechos económicos, sociales y culturales". En Revista Judicial, Poder Judicial de Costa Rica, Número 107, marzo 2013.

DEL TORO HUERTA Mauricio Iván. *El Principio de Subsidiariedad en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos con especial referencia al Sistema Interamericano*. En BECERRA RAMÍREZ Manuel (coordinador). La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento", Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2007.

DULITZKY Ariel E. *La Aplicación de los tratados sobre Derechos Humanos por los tribunales locales: un estudio comparado*. En ABREGÚ Martín y COURTIS Christian. La Aplicación de los Tratados Internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales, Proyecto Regional de Justicia, Dirección Regional para América Latina y el Caribe.

GONZÁLEZ SOLANO Gustavo Adolfo. *Principios de Metodología Jurídica*. San José Costa Rica, Editorial Universidad de Costa Rica, primera edición, 2011

GUASTINI Ricardo. *Estudios sobre la Interpretación Jurídica*. México, Editorial Porrúa, tercera edición, 2001.

HABA Enrique P. *Tratado Básico Derechos Humanos*. Volumen I, Editorial Juricentro, Primera edición, San José, 1986.

HABA Enrique Pedro y BARTH JIMÉNEZ Francisco. *Los Principios Generales del Derecho*. San José Costa Rica, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., primera edición, setiembre 2004.

HAURIUO André. *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*. Ediciones Ariel-Colección Demos, Barcelona, 1971.

HENDERSON Humberto. *Los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine*. En Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, número 39, enero-junio 2004.

HERNANDEZ VALLE Rubén. *Fundamentos y límites de la Justicia Constitucional*. En Revista Iustitia, No 82, San José Costa Rica, 1993.

HITTERS Juan Carlos. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Tomo I, Ediar, Tucumán-Argentina, 1991.

KAPLAN Morton. *Fundamentos Políticos del Derecho Internacional*. Editorial Limusa. Ver capítulo tercero La Estructura Teórica del Derecho Internacional, México, 1965,

KILLANDER Magnus. *Interpretación de los tratados regionales de derechos humanos*. En Revista Internacional de Derechos Humanos, Vol.7, N°13, español, edición semestral, Sao Paulo, diciembre 2010.

LINARES QUINTANA Segundo. *Tratado de Interpretación Constitucional*. Editorial Abelardo-Perrot editorial, Buenos Aires Argentina, 1998.

MATA. Víctor. *Elementos para la Protección Internacional de los Derechos Humanos. Doctrina sobre Derechos Humanos*. Serie Jurídica No 1, CODEHUCA, San José, 1990.

MORENO QUINTANA. Manuel. *Tratado de Derecho Internacional*. Tomo I, Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1997.

MUÑOZ QUESADA Hugo *La justicia constitucional Alfonso. y los tratados internacionales*. En Asamblea Legislativa de Costa Rica, Revista Parlamentaria, San José, Vol I, No 1, diciembre 1986.

NIKKEN Pedro. *La protección internacional de los derechos humanos: su desarrollo progresivo*. Editorial Civitas, Madrid, /Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1988.

PECES-BARBA MARTÍNEZ Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales: Teoría General*. Colección Cursos 3, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995.

PÉREZ LUÑO Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Editorial Tecnos, séptima edición, Madrid 2001.

PINTO Mónica. *El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos*. En ABREGÚ Martín y COURTIS Christian. *La Aplicación de los Tratados Internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Proyecto Regional de Justicia, Dirección Regional para América Latina y el Caribe. (DRALC), Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), Buenos Aires, Editores del Puerto s.r.l, segunda edición 1998.

PIZAROCAFORT Rodolfo y TREJOS Gerardo. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: La Convención Americana*. Editorial Juricentro, San José, 1989.

QUESADA M. Juan Guillermo. *Los derechos fundamentales, columna vertebral del Estado Social y democrático de Derecho*. En Revista Iustitia, San José Costa Rica, Año 7, No 82, 1993.

RUBIO LLORENTE Francisco *La Configuración de los Derechos Fundamentales en España*. En Corte

Interamericana de Derechos Humanos, "Liber Amicorum, Hector Fix-Zamudio", Volumen I, San José Costa Rica, Unión Europea-Corte IDH, 1998.

SAGUÉS Nestor Pedro. *La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional*. XVI Curso Interdisciplinario Derechos Humanos, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1998.

THOMPSON JIMÉNEZ José. *Temas Introdutorios*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1986.

VALIÑA Liliana. *El Margen de la Aplicación de los Estados en la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno*. En ABREGÚ, (Martín) y COURTIS Christian. *La Aplicación de los Tratados Internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales*. Proyecto Regional de Justicia, Dirección Regional para América Latina y el Caribe. (DRALC), Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), Buenos Aires, Editores del Puerto s.r.l, segunda edición 1998.

VILLÁN DURÁN Carlos. *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Editorial Trotta S.A., Colección Estructuras y Procesos, serie Derecho, primera edición, Madrid, 2002.

## **b) Jurisprudencia**

Corte IDH. "Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Serie A No7. Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986.

Corte IDH, "Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos)", Serie A No. 13, Opinión Consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993.

Corte IDH, Caso Baena Ricardo y otros. Excepciones Preliminares. Serie C No. 61, Sentencia de 18 de noviembre de 1999.

Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Serie A No. 18, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003.

Corte IDH, Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Fondo, Reparación y Costas. Serie C No. 111, Sentencia de 31 de agosto de 2004.

Corte IDH, Caso Artavia Murillo y otros ("fecundación in vitro") vs. Costa Rica, Serie C 57, español, sentencia de 28 de noviembre de 2012.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Voto No 1147-90 de las 16:00 hrs del 21 de setiembre de 1990.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Voto No 6982-94 de las 15:48 hrs del 29 de noviembre de 1994.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Voto No 3173-93 de las 14:57 hrs del 6 de julio de 1993.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Voto No 2313-95 de las 16:18 hrs. de 9 de mayo de 1995.

# **EL IMPACTO DE LA JURISPRUDENCIA DE LA COSTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN EL SISTEMA DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL COSTARRICENSE**

*Dr. Victor Orozco Solano<sup>1</sup>*

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. Las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con respecto a Costa Rica. 3.- Las decisiones de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia con motivo del control de convencionalidad. 4. El carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los casos en que Costa Rica no es parte. 5. El control concentrado de constitucionalidad y de convencionalidad en el sistema de justicia constitucional costarricense. 6. Conclusiones.

## **1. Introducción**

En términos generales el propósito de estas notas es desarrollar los alcances de la jurisprudencia de la Corte IDH en el sistema de justicia constitucional costarricense. En este orden, la Sala Constitucional costarricense ha sostenido con respecto a la jurisprudencia de la Corte IDH, que es vinculante para todos los órganos jurisdiccionales, en el ejercicio del llamado control de convencionalidad, tanto en los supuestos en que la República de Costa Rica es parte del litigio que se ventila en el seno de la Corte IDH, como en

aquellos en que no lo es (ver sentencia No. 2014-12703 de 1º de agosto).

De igual modo, los tribunales ordinarios también han comenzado a inaplicar disposiciones legales por motivos de inconventionalidad (ver la decisión del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal No. 2014-1758 de 11 de septiembre de 2014). En este marco, valdría la pena preguntarse si ello supone una ruptura del monopolio del rechazo de que goza la Sala Constitucional (en el marco de un sistema de justicia constitucional concentrado) para expulsar del ordenamiento jurídico una norma por razones de inconstitucionalidad o inconventionalidad. Lo anterior, teniendo en cuenta que la propia Corte IDH ha sostenido que el control de convencionalidad debe realizarse en el marco de las competencias procesales y legales de los países que pertenecen al Sistema Interamericano.

Pues bien, en estas líneas serán analizadas las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con respecto a Costa Rica, tanto en el ejercicio de la función consultiva, como contenciosa. También

---

1 Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla-La Mancha. Letrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. Coordinador de la Maestría en Justicia Constitucional de la Universidad de Costa Rica. Autor de varios libros y artículos publicados en revistas especializadas. Correo electrónico: victorozcocr@gmail.com

se examinará las decisiones de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia dentro de las cuales se ha incluido en el parámetro de constitucionalidad, o en el Derecho de la Constitución, a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como el carácter aparentemente vinculante que tiene la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), sobre todo en aquellos asuntos en que la República de Costa Rica no es parte del litigio que se ventila en ese tribunal.

Acerca del particular, y con el mayor respeto, nos parece que la Sala debería matizar esa posición original, para sostener ese carácter vinculante sólo en los casos en que el estándar convencional sea superior al nacional, en aplicación del principio “*pro homine o pro libertate*”. Esta idea, que no es original del autor, sino que fue inicialmente esbozada por don Fernando Castillo Víquez en su libro: “Temas Controversiales del Derecho Constitucional”, tiene por fin impedir que en la aplicación de una sentencia de la Corte IDH, en un asunto que no es parte la República de Costa Rica, se afecte una institución nuclear del sistema de justicia constitucional costarricense, o bien porque sencillamente el estándar nacional de protección de los derechos humanos es superior al convencional. Ello se produce, por ejemplo, si se pretende transplantar los alcances del fallo *Yatama vrs. Nicaragua* (que declaró inconvencional la prohibición de revisar en sede judicial las decisiones del Supremo Órgano Electoral), con respecto al Tribunal Supremo de Elecciones, donde precisamente esa prohibición tiene por objeto la defensa del principio de imparcialidad y la pureza del sufragio, o bien si se pretende aplicar un criterio convencional en materia de Derechos Económicos, Sociales y

Culturas en detrimento del estándar nacional desarrollado por la Sala Constitucional en su Jurisprudencia, en cuya virtud la inexistencia de recursos económicos no debe ser impedimento para asegurarle al particular el pleno goce de estos derechos. En este orden, nos parece que el intérprete debe aplicar, o seguir con lupa, o con mucho cuidado, la Jurisprudencia de la Corte IDH, teniendo en cuenta que para dicho Órgano le resulta una tarea imposible determinar los efectos plenos de sus decisiones con respecto a todos los países que conforman el sistema interamericano.

Pero también se ha planteado si con ocasión del control de convencionalidad, por parte del juez ordinario, se produce o no una ruptura del monopolio del rechazo de que goza la Sala Constitucional para expulsar del ordenamiento jurídico una norma ya sea por razones de inconstitucionalidad o de inconvencionalidad. En este orden, aunque la Corte IDH ha sostenido en su jurisprudencia que los jueces ordinarios deben realizar, de oficio, un control de convencionalidad con respecto a las normas del ordenamiento jurídico, desde ningún punto de se puede soslayar que la propia Corte IDH, ha sostenido que dicho control debe realizarse en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.

*En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana” (caso Atalá Riffo vrs. Chile).*

Con lo cual el juez ordinario, en el marco del modelo de justicia constitucional concentrado o hiper-concentrado que

configura el artículo 10 de la Constitución Política, si tiene dudas fundadas acerca de la compatibilidad a la Constitución Política y a la Convención Americana sobre Derechos Humanos de la norma que ha de aplicar para resolver un conflicto de intereses, y en el ejercicio del control de constitucionalidad y convencionalidad, debe plantear la consulta judicial de constitucionalidad para que sea la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia quien determine si finalmente esa norma se adecua al Derecho de la Constitución, y al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, si se trata de una norma con rango de ley<sup>2</sup>. Es claro que en nuestro sistema el juez ordinario no puede inaplicar una norma con rango de ley por razones de inconstitucionalidad o de inconventionalidad, sencillamente porque el sistema no es difuso, sino concentrado.

Es distinto si se trata de una norma con rango infralegal, que sí puede ser inaplicada por el juez ordinario ya sea por razones de inconstitucionalidad o de inconventionalidad.

## **2. Las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con respecto a Costa Rica**

Con respecto a Costa Rica la Corte IDH ha resuelto 4 opiniones consultivas y 2 casos contenciosos (sea los casos Herrera Ulloa vs. Costa Rica, y Artavia Murillo y otros (*Fecundación in Vitro*) vs. Costa Rica). La primera de las opiniones consultivas es la

número OC-4/84 de 19 de enero de 1984, es decir, la propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. En ella, el Gobierno de Costa Rica solicitó que la Corte IDH determine: ¿si existe alguna incompatibilidad entre las reformas propuestas y las disposiciones citadas de la Convención Interamericana de Derechos Humanos? En una forma específica, dentro del contexto de la pregunta anterior, estima que deben contestarse las siguientes preguntas:

- a) Se afecta en alguna forma el derecho de toda persona a tener una nacionalidad estipulado en el artículo 20, párrafo primero de la Convención, con las modificaciones proyectadas a los artículos 14 y 15 de la Constitución Política?
- b) Es compatible la reforma propuesta al inciso 4 del artículo 14, según el texto propuesto en el dictamen, con el artículo 17, párrafo 4 de la Convención, en cuanto a igualdad entre los cónyuges?
- c) Es compatible el texto de la moción acompañada por los Diputados a su dictamen para reforma de ese mismo inciso, con el párrafo primero del artículo 20 de la Convención?

Lo anterior, ante la iniciativa de las autoridades costarricenses de reformar los artículos 14 y 15 de la Constitución Política de la República de Costa Rica, en los siguientes términos:

*“Artículo 14.- Son costarricenses por naturalización:*

2. Véase sobre el particular HERNÁNDEZ VALLLE Rubén. El Diálogo de las Cortes en Costa Rica. En Diálogo Jurisprudencia en Derechos Humanos, Coordinadores Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Alfonso Herrera García, Tirant lo Blanch, 2013 pág. 837.

- 1) Los que han adquirido esa calidad en virtud de leyes anteriores;
- 2) Los nacionales de otros países de Centroamérica, españoles e iberoamericanos por nacimiento, con cinco años de residencia oficial en el país, y que cumplan con los demás requisitos que fije la ley;
- 3) Los centroamericanos, españoles e iberoamericanos que no lo sean por nacimiento y los demás extranjeros que hayan residido oficialmente por un término mínimo de siete años y que cumplan con los demás requisitos que fije la ley;
- 4) La mujer extranjera que al casar con costarricense pierda su nacionalidad o que luego de estar casada dos años con costarricense y de residir por ese mismo período en el país, manifieste su deseo de adquirir nuestra nacionalidad; y
- 5) Quienes reciban la nacionalidad honorífica de la Asamblea Legislativa.

Artículo 15.- Quien solicite naturalizarse debe acreditar su buena conducta, demostrar que tiene oficio o medio de vivir conocido, que sabe hablar, escribir y leer el idioma español. Se someterá a un examen comprensivo acerca de la historia del país y sus valores, debiendo, asimismo, prometer que residirá en el territorio nacional de modo regular y jurar que respetará el orden constitucional de la República. Por medio de ley se establecerá los requisitos y la forma para tramitar la solicitud de naturalización.”

Pues bien, al resolver la consulta, la Corte IDH resolvió, en relación con el artículo 20 de la Convención, y por cinco votos contra uno: *“que el derecho a la nacionalidad, reconocido por el artículo 20 de la Convención, no está involucrado en el proyecto de reforma constitucional, objeto de la presente consulta”*. Ahora bien, en lo que atañe a los artículos 24 y 17.4 de la

Convención, por unanimidad la Corte IDH dispuso: *“que no constituye discriminación contraria a la Convención estipular condiciones preferentes para obtener la nacionalidad costarricense por naturalización en favor de los centroamericanos, iberoamericanos y españoles, frente a los demás extranjeros”* y por 5 votos contra 1: *“que no constituye discriminación contraria a la Convención limitar esa preferencia a los centroamericanos, iberoamericanos y españoles por nacimiento”*; también se resolvió por 5 votos contra 1 *“que no constituye, en sí mismo, discriminación contraria a la Convención agregar los requisitos del artículo 15 del proyecto, para la obtención de la nacionalidad costarricense por naturalización”*, y por unanimidad: *“que sí constituye discriminación incompatible con los artículos 17.4 y 24 de la Convención estipular en el artículo 14.4 del proyecto condiciones preferentes para la naturalización por causa de matrimonio a favor de uno solo de los cónyuges”*. Este último criterio luego fue retomado con posterioridad por la Sala Constitucional en el caso de la famosa sentencia hombre-mujer, en el cual señaló que no pueden establecer discriminaciones por razones de género, en lo que respecta a los procesos de naturalización. Sobre este tema se volverá luego.

Ahora bien, mediante la opinión consultiva OC-5785 de 13 de noviembre de 1985, sobre la colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), la Corte IDH resolvió la solicitud del Gobierno de Costa Rica, en relación con la colegiación obligatoria de los periodistas y sobre la compatibilidad de la Ley No. 4420 de 22 de septiembre de 1969, Ley Orgánica del Colegio de Periodistas de Costa Rica (en adelante "la Ley No. 4420" y "Colegio de Periodistas", respectivamente) con las disposiciones de

los artículos mencionados de la Convención. De este modo, tras desarrollar los alcances de la libertad de pensamiento y de expresión, la Corte dispuso por unanimidad: “que la colegiación obligatoria de periodistas, en cuanto impida el acceso de cualquier persona al uso pleno de los medios de comunicación social como vehículo para expresarse o para transmitir información, es incompatible con el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, y además que “*la Ley No. 4420 de 22 de septiembre de 1969, Ley Orgánica del Colegio de Periodistas de Costa Rica, objeto de la presente consulta, en cuanto impide a ciertas personas el pertenecer al Colegio de Periodistas y, por consiguiente, el uso pleno de los medios de comunicación social como vehículo para expresarse y transmitir información, es incompatible con el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*”. Dicho criterio luego fue retomado por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en el caso Roger Ajún Blanco, como se verá infra.

Por su parte, por medio de la opinión consultiva OC-7/86 de 29 de agosto de 1986, sobre la exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta, la Corte IDH se pronunció sobre la solicitud efectuada por el Gobierno de Costa Rica, mediante la comunicación del 1º de octubre de 1985, sobre la interpretación y alcance del artículo 14.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con respecto a los artículos 1.1 y 2 de la misma. En dicha oportunidad la Corte IDH dispuso: “*el artículo 14.1 de la Convención consagra un derecho de rectificación o respuesta exigible **per se**, como derecho de la propia Convención, cualesquiera que sean su valor y eficacia, o los de la Convención en general, en el orden interno de cada Estado, e independientemente de si éste*

*haya establecido o no las condiciones de su ejercicio previstas por la misma disposición*”.

En virtud de lo anterior, de conformidad con el artículo 1.1 de la Convención, todo Estado Parte está obligado, inmediata e incondicionalmente:

1. A garantizar el derecho de rectificación o respuesta a toda persona sometida a su jurisdicción, en los términos del artículo 14.1, frente a los medios de comunicación colectiva que el mismo se refiere, públicos o privados, así como a respetarlo directamente en los primeros, aunque no haya establecido en su orden interno las condiciones de su ejercicio previstas por la misma disposición;
2. A garantizarlo, en todo caso, de acuerdo con criterios de razonabilidad, habida cuenta de su naturaleza, objeto y fin y de la necesidad de equilibrar su ejercicio legítimo con el de los derechos fundamentales de los demás, particularmente el de libre expresión de los medios;
3. A otorgar a toda persona que se considere agraviada, en los términos del artículo 14.1, el acceso a un recurso jurisdiccional expedito y eficaz, que resuelva perentoriamente cualquier conflicto sobre la existencia del agravio y, en caso afirmativo, garantice la publicación oportuna de la rectificación o respuesta

También se dispuso que complementariamente y sin perjuicio del deber inmediato e incondicional de respetar y garantizar el derecho de rectificación o respuesta, los Estados Partes están obligados, en virtud del artículo 2 de la Convención y del principio en general de seguridad jurídica, a establecer en su orden interno las condiciones de su ejercicio

previstas por el artículo 14.1, habida cuenta de las peculiaridades del propio derecho y respetando su contenido esencial y los demás derechos reconocidos por el derecho internacional. Además se dispuso que el establecimiento de las condiciones de ejercicio de ese derecho, debe hacerse en primer lugar mediante ley formal, en los términos definidos por la Corte en su Opinión Consultiva. De este modo, con la promulgación de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, Ley No. 7135 de 11 de octubre de 1989, en sus artículos 66 a 70, se estableció la manera de hacer valer el derecho de rectificación y respuesta.

Finalmente, en lo que respecta a las opiniones consultivas, por medio de la No. OC-12/91 de 6 de diciembre de 1991, la Corte IDH resolvió la comunicación efectuada el 22 de febrero de 1981 por parte del Gobierno de Costa Rica, acerca de la compatibilidad de un proyecto de ley de reforma de dos artículos del Código de Procedimientos Penales y de Creación del Tribunal Superior de Casación Penal en trámite ante la Asamblea Legislativa, con el artículo 8.2.h. de la citada Convención.

En esa ocasión, la Corte IDH ha decidido no responder la consulta formulada por el Gobierno, considerándose que una respuesta a las preguntas de Costa Rica, que podría traer como resultado una solución de manera encubierta, por la vía de la opinión consultiva, de asuntos litigiosos aún no sometidos a consideración de la Corte, sin que las víctimas tengan oportunidad en el proceso, distorsionaría el sistema de la Convención.

De otra parte, en lo que atañe a la competencia contenciosa de la Corte IDH, a la fecha han sido dos los casos que se han tramitado contra la República de Costa Rica, sea los casos *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, y *Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) vs. Costa Rica*. En el primer asunto, la Corte IDH consideró que el Estado violó el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de dicho tratado, en perjuicio del señor Mauricio Herrera Ulloa, en los términos señalados en los párrafos 130, 131, 132, 133 y 135 de esa sentencia<sup>3</sup>. Además, se consideró que el Estado violó el derecho

3. Entre los argumentos que sobre el particular utilizó la Corte IDH están los siguientes:

"130. A la luz de lo anteriormente señalado, este Tribunal pasa a determinar si la sanción penal impuesta al periodista Mauricio Herrera Ulloa fue una restricción necesaria en una sociedad democrática y consecuentemente compatible con la Convención Americana. 131. En el presente caso, la información vertida en la prensa de Bélgica respecto del diplomático Félix Przedborski, representante del Estado costarricense ante la Organización de Energía Atómica en Austria, por sus supuestas actividades ilícitas, produjo una inmediata atención por parte del periodista Mauricio Herrera Ulloa, quien reprodujo parcialmente información publicada por dichos medios. La Corte observa que el periodista Herrera Ulloa se limitó básicamente a la reproducción de estas informaciones que atañían, como se ha dicho, a la conducta de un funcionario público en el extranjero. 132. Este Tribunal debe mencionar que, como consecuencia de sus actos, el señor Herrera Ulloa fue sometido a un proceso penal que terminó con una sentencia condenatoria en la que el juez, aplicando los artículos 146, 149 y 152 del Código Penal de Costa Rica, sostuvo que la *exceptio veritatis* invocada por el querellado debía ser desechada porque éste no logró probar la veracidad de los hechos atribuidos por diversos periódicos europeos al señor Félix Przedborski, sino que sólo pudo demostrar que el querellante fue cuestionado a nivel periodístico en Europa. Esto significa que el juzgador no aceptó la excepción mencionada porque el periodista no había probado la veracidad de los hechos de que daban cuenta las publicaciones europeas; exigencia que entraña una limitación excesiva a la libertad de expresión, de manera inconsecuente con lo previsto en el artículo 13.2 de la Convención. 133. El efecto de esta exigencia resultante de la sentencia conlleva una restricción incompatible con el artículo 13 de la Convención Americana, toda vez que produce un efecto disuasivo, atemorizador e inhibitorio sobre todos los que ejercen la profesión de periodista, lo que, a su vez, impide el debate público sobre temas de interés de la sociedad. 134. A este respecto, la Corte Europea ha señalado que El castigar a un periodista por asistir en la diseminación de las aseveraciones realizadas por otra persona amenazaría seriamente la contribución de la prensa en la discusión de temas de interés público. 135. Por lo expuesto, la Corte considera que el Estado violó el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de dicho tratado, en perjuicio del señor Mauricio Herrera Ulloa, dado que la restricción al ejercicio de este derecho sufrida por el mencionado periodista excede el marco contenido en dicho artículo.4.

a las garantías judiciales consagrado en el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en relación con el artículo 1.1 de la misma, y en el artículo 8.2.h. de la Convención Americana en relación con los artículos 1.1 y 2 de dicho tratado, en perjuicio del señor Mauricio Herrera Ulloa, en los términos señalados en los párrafos 172, 174, 175 y 167 de la sentencia<sup>4</sup>.

Esta sentencia tuvo grandes repercusiones en el país, a tal grado que motivó una reforma a la normativa procesal penal. Concretamente, generó la promulgación de la Ley de creación del recurso de apelación de sentencia, otras reformas al régimen de impugnación e implementación de nuevas reglas de oralidad en el proceso penal, Ley No. 8837 de 3 de mayo del 2010, publicada en el Alcance No. 10-A al Diario Oficial La Gaceta No. 111 de 9 de junio del 2010.

Finalmente, en el caso *Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) vs. Costa Rica*, la Corte IDH conoció acerca de alegadas violaciones de derechos humanos que habrían ocurrido como consecuencia de la presunta prohibición general de practicar la Fecundación *in vitro* (en adelante "FIV") que había estado vigente en Costa Rica desde el año 2000, tras una decisión emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (en adelante "Sala Constitucional") de dicho país. Entre otros aspectos, se alegó que esta prohibición absoluta constituyó una injerencia arbitraria en los derechos a la vida privada y familiar y a formar una familia. Asimismo, se alegó que la prohibición constituyó una violación del derecho a la igualdad de las víctimas, en tanto que el Estado les impidió el acceso a un tratamiento que les hubiera permitido superar su situación de desventaja respecto de la posibilidad de

4 Entre los argumentos que utilizó la Corte con respecto a este derecho se encuentran los siguientes:

"167. En el presente caso, los recursos de casación presentados contra la sentencia condenatoria de 12 de noviembre de 1999 no satisficieron el requisito de ser un recurso amplio de manera tal que permitiera que el tribunal superior realizara un análisis o examen comprensivo e integral de todas las cuestiones debatidas y analizadas en el tribunal inferior. Esta situación conlleva a que los recursos de casación interpuestos por los señores Fernán Vargas Rohrmoser y Mauricio Herrera Ulloa, y por el defensor de éste último y apoderado especial del periódico La Nación, respectivamente (supra párr. 95. w), contra la sentencia condenatoria, no satisficieron los requisitos del artículo 8.2 h. de la Convención Americana en cuanto no permitieron un examen integral sino limitado.

172. Como ha quedado probado, en el proceso penal contra el periodista Mauricio Herrera Ulloa se interpuso el recurso de casación en dos oportunidades (supra párr. 95. r y 95. w). La Corte observa que los cuatro magistrados titulares y el magistrado suplente que integraron la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia al decidir el 7 de mayo de 1999 el recurso de casación interpuesto por el abogado del señor Félix Przedborski contra la sentencia absolutoria, fueron los mismos que decidieron el 24 de enero de 2001 los recursos de casación interpuestos contra la sentencia condenatoria por el abogado defensor del señor Mauricio Herrera Ulloa y apoderado especial del periódico La Nación, y por los señores Herrera Ulloa y Vargas Rohrmoser, respectivamente (supra párr. 95. y). 173. Cuando la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia resolvió el primer recurso de casación anuló la sentencia casada y ordenó remitir el proceso al tribunal competente para su nueva sustanciación, con base en que, *inter alia*, la fundamentación de la sentencia no se presenta como suficiente para descartar racionalmente la existencia de un dolo directo o eventual (respecto a los delitos acusados) (supra párr. 95. s). 174. Los magistrados de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia debieron abstenerse de conocer los dos recursos de casación interpuestos contra la sentencia condenatoria de 12 de noviembre de 1999 porque, considera esta Corte, que al resolver el recurso de casación contra la sentencia absolutoria de 29 de mayo de 1998, los mismos magistrados habían analizado parte del fondo, y no solo se pronunciaron sobre la forma.

175. Por las anteriores consideraciones, la Corte concluye que los magistrados de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, al resolver los dos recursos de casación interpuestos contra la sentencia condenatoria, no reunieron la exigencia de imparcialidad. En consecuencia, en el presente caso el Estado violó el artículo 8.1 de la Convención Americana en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio del señor Mauricio Herrera Ulloa.

tener hijas o hijos biológicos. Además, se alegó que este impedimento habría tenido un impacto desproporcionado en las mujeres.

En esa ocasión se dispuso que el Estado costarricense es responsable por la vulneración de los artículos 5.1, 7, 11.2 y 17.2, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio de Grettel Artavia Murillo, Miguel Mejías Carballo, Andrea Bianchi Bruna, Germán Alberto Moreno Valencia, Ana Cristina Castillo León, Enrique Acuña Cartín, Ileana Henchoz Bolaños, Miguel Antonio Yamuni Zeledón, Claudia María Carro Maklouf, Víktor Hugo Sanabria León, Karen Espinoza Vindas, Héctor Jiménez Acuña, María del Socorro Calderón Porras, Joaquinita Arroyo Fonseca, Geovanni Antonio Vega Cordero, Carlos Eduardo de Jesús Vargas Solórzano, Julieta González Ledezma y Oriéster Rojas Carranza, en los términos de los párrafos 136 a 317 de esa decisión.

Al respecto, se discute si a partir de esa decisión, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia tiene o no la obligación de anular, de oficio, la sentencia del año 2000 que supuso la prohibición de la técnica de la fecundación de *in vitro*, teniendo en consideración que la Corte IDH ha establecido la obligación del Estado de adoptar, con la mayor celeridad posible, las medidas apropiadas para que quede sin efecto la prohibición de practicar la FIV y para que las personas que deseen hacer uso de dicha técnica de reproducción asistida puedan hacerlo sin encontrar impedimentos al ejercicio de los derechos que fueron encontrados vulnerados en esa sentencia.

En este orden, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en las sentencias No. 2013-10712 de 8 de agosto, y No. 2014-

3715 de 14 de marzo, se ha negado a exigir a las autoridades costarricenses la obligación de aplicar la técnica de la fecundación *in vitro* a las amparadas, pese a los alcances del fallo de la Corte IDH. En esta línea, en la última sentencia la Sala ha sostenido que:

*“en la citada sentencia se le impone al Estado de Costa Rica el deber de regular el desarrollo de la FIV, precisamente, para hacer posible la aplicación de esta técnica en nuestro país, NO QUE SE DICTE UNA SENTENCIA DE ESTA SALA NORMANDO ESTA TÉCNICA. Esa regulación, al estar de por medio derechos fundamentales, necesariamente tiene que ser mediante ley, toda vez que así lo impone el principio de reserva de ley (artículo 28 constitucional). Así las cosas, mientras la Asamblea Legislativa y el Poder Ejecutivo no emitan y sancionen una ley que regule la materia, no es posible exigir la aplicación de la técnica de la FIV, salvo que se vulnere, ni más ni menos, el numeral 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 28 constitucional y se contradiga la misma sentencia de la Corte; amén de que un acto de esa naturaleza se constituiría en una indebida interferencia de esa Sala en el proceso de ejecución de sentencia que está fiscalizando el Tribunal internacional de derechos humanos y en el proceso de cumplimiento de sentencia que han elegido el Poder Legislativo y Ejecutivo. Si bien este Tribunal no desconoce que la puesta en práctica de la técnica denominada FIV es considerada por la Corte como un derecho, su ejecución tiene una serie de consecuencias que exige la regulación de esta materia mediante Ley formal, tal y como se indicó supra. Por tal razón, el recurso de amparo debe ser declarado sin lugar”*

En este orden, preferimos el criterio expuesto en los votos particulares de la Magistrada

Hernández López y el Magistrado Salazar Murillo a la decisión No. 2014-3715 de 14 de marzo. Así, en el primero de ellos:

*“a) se priva de efectos y de su valor vinculante a la sentencia de esta Sala número 2000-2306 de las quince horas veintiún minutos del quince de marzo del dos mil; b) se ordena a las todas autoridades públicas involucradas, abstenerse de cualquier acción que tenga como efecto directo o indirecto impedir o prohibir la práctica de la técnica de la fertilización in Vitro, entendida ésta en la forma y con el alcance descritos en la citada sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la FIV, lo anterior sin perjuicio del obligado ejercicio de las potestades de vigilancia y regulación atribuidas a las autoridades públicas con competencias específicas sobre la materia; c) se ordena dar acceso a la amparada a los servicios especializados de la Caja Costarricense de Seguro Social, para ser valorada sobre si ella y su pareja presentan un problema de infertilidad que les permita clínicamente calificar para el acceso a la técnica de Fertilización In Vitro. De resultar positiva la valoración, darle acceso a ese tratamiento bajo las regulaciones de su médico tratante”*

Lo anterior justamente al considerarse que el principio de reserva legal debe aplicarse a las limitaciones a los derechos fundamentales, no a su aplicación directa de la Constitución, ya que estos son “*self executing*”, es decir no necesitan de leyes que los implementen para su garantía.

### **3. Las decisiones de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia con motivo del control de convencionalidad**

Tras 25 años de funcionamiento de la Sala Constitucional, son múltiples las sentencias que ha dictado con motivo del control de convencionalidad, en los cuales se ha defendido un carácter supra-constitucional de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, a tal grado que si reconocen un derecho o brindan mayor cobertura de una libertad que la propia Constitución, entonces priman sobre ésta. Es claro entonces que en el ordenamiento jurídico costarricense los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, más que meros criterios de interpretación de los derechos fundamentales, constituyen verdaderas reglas jurídicas, motivo por el cual los particulares pueden exigirlos directamente ante las autoridades públicas. Lo anterior a partir de una relación armónica de los artículos 7 y 48 de la Constitución Política.

Estos razonamientos han sido utilizados por una parte de la doctrina especializada para defender el carácter supra-constitucional de estos instrumentos. Entre los que defienden dicho carácter supra-constitucional, Armijo Sancho ha señalado, al comentar el criterio sostenido por la Sala Constitucional en la sentencia No. 3805-92 de 28 de noviembre, que: “*lo expuesto, tiene como objeto presentar con claridad el lugar que, dentro de las fuentes normativas de nuestro ordenamiento jurídico, tienen los derechos humanos, desde luego prevalente sobre la legislación “municipal” desde la perspectiva internacional, categoría a la que pertenecen*

*los Códigos, y además explica la razón por la cual la Sala ha declarado inaplicables algunas normas, o en otros casos ha visto la necesidad de emplear la técnica de dictar interpretaciones armónicas de sus reglas con las superiores de los tratados sobre derechos humanos y con las constituciones. En última instancia, lo que hacemos es parodiar y transformar la frase de García de Enterría, al señalar que: los instrumentos sobre derechos humanos aplicables en Costa Rica son normas jurídicas y como tales producen efectos jurídicos<sup>5</sup>.*

Es clara entonces la existencia una línea jurisprudencial muy definida por la Sala Constitucional, en el sentido de privilegiar la aplicación de los Instrumentos Internacionales de los Derechos Humanos sobre las disposiciones constitucionales, si confieren mayores libertades o un mayor ámbito de protección o tutela de un determinado derecho que la Norma Fundamental. En su estudio, Armijo Sancho menciona las siguientes sentencias de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, todas las cuales han tenido gran trascendencia en el foro jurídico costarricense.<sup>6</sup>

- La Sentencia No. 1147-90 de 21 de septiembre: en que se declaró la inconstitucionalidad del artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial para reconocer a un funcionario judicial sentenciado su derecho a la jubilación; en este pronunciamiento se expresó que los Instrumentos Internacionales sobre

Derechos Humanos “*tienen, no sólo el rango superior a la ley ordinaria que les confiere el artículo 7 de la Constitución sino también un amparo constitucional directo que prácticamente los equipara a los consagrados expresamente por la propia Carta Fundamental, al tenor del artículo 48 de la misma (reformado por ley N. 7128 de 18 de agosto de 1989); entre esos derechos, concretamente, los reconocidos en los artículos 25, 28 y 30 –así corregidos los que se invocan en la acción- del Convenio sobre la Seguridad Social, N. 102 de la OIT*”. Así, en esta sentencia resalta la Sala que el Derecho de los Derechos Humanos, tanto interno como internacional, prohíbe cualquier tipo o clase de discriminación en el reconocimiento y garantía de los derechos de los delincuentes, imputados o condenados, y para ello utiliza como normas aplicables no sólo el artículo 33 Constitución Política, sino también el Preámbulo y el artículo 2 Declaración Americana de Derechos Humanos y Deberes del Hombre; los artículos 1, 2.1 y 7 Declaración Universal sobre Derechos Humanos; el Preámbulo, y los artículos 2.1 y 26 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el Preámbulo y el artículo 2.2 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y otros textos internacionales, entre ellos, el Convenio 102 de la OIT;

- la Sentencia No. 1739-92, de 1° de julio, en que la Sala Constitucional conoció la Consulta Judicial Preceptiva de

5. ARMIJO SANCHO Gilbert. La tutela de los derechos humanos en Costa Rica. En Revista *Ius et Praxis*, volumen 9, No. 1, Talca, 2003, pags. 39-62

6. ARMIJO SANCHO Gilbert. La tutela de los derechos humanos en Costa Rica. En Revista *Ius et Praxis*, volumen 9, No. 1, Talca, 2003, pags. 39-62.

Constitucionalidad (expediente No.1587-90) planteada por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, con base en un recurso de revisión interpuesto por Mario Enrique Arias Arguedas contra la sentencia del Juez Tercero Penal de San José de las 8:00 horas del 8 de mayo de 1964, que le impuso la pena de un año de prisión, con condena de ejecución condicional, por el delito de estafa en perjuicio de "Compañía Distribuidora G. Renero". En esta sentencia (redactada por el Magistrado Piza Escalante, q. d. D. g.) la Sala Constitucional desarrolló todos los elementos del derecho al proceso debido, cuyo contenido esencial no sólo ha sido protegido por los artículos 39 y 41 de la Constitución Política de la República de Costa Rica, sino también en diversos Instrumentos Internacionales en materia de Derechos Humanos, entre ellos la Convención Americana sobre Derechos Humanos;

- la Sentencia No. 3435-92 y su aclaración: No. 5759-93: en estos pronunciamientos, la Sala reconoció el derecho del extranjero casado con mujer costarricense a naturalizarse, tras haber interpretado el artículo 14 inciso 5) de la Constitución Política, de acuerdo con los artículos 2.1, 3 y 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; los artículos 1.1, 2, 17, 24, 51, 52 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y el artículo 23.1.4. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Esta es una de las primeras ocasiones en que la Sala Constitucional realiza un control de convencionalidad y lo hace con respecto a la misma Constitución;

- la Sentencia No. 2313-95, de 9 de mayo, en que se resolvió la acción de inconstitucionalidad planteada por Róger Ajún Blanco, contra el artículo 22 de la Ley Orgánica del Colegio de Periodistas, por considerarlo contrario a lo dispuesto por el artículo 7 de la Constitución Política y 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En este pronunciamiento la Sala Constitucional declaró inconstitucional la norma impugnada, teniendo en consideración lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la colegiatura obligatoria de los periodistas en la Opinión Consultiva No. OC-5-85 de 13 de noviembre de 1985 en el sentido que: *“que la colegiación obligatoria de los periodistas, en cuanto impida el acceso de cualquier persona al uso pleno de los medios de comunicación social como vehículo para expresarse o para transmitir información, es incompatible con el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”*. En esta decisión se afirma que las decisiones de la Corte IDH son vinculantes para el país, tanto en el ejercicio de su competencia contenciosa, cuanto en la consultiva;
- la Sentencia No. 2000-09685 de 1 de noviembre, en que se conoció la consulta preceptiva de constitucionalidad formulada por el Directorio de la Asamblea Legislativa sobre el proyecto de ley de aprobación del *“Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”*; en esta decisión, la Sala Constitucional se refirió sobre la eficacia de que se dota en el sistema de justicia constitucional

costarricense a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos que formalmente no han sido suscritos o aprobados conforme al trámite constitucional, del siguiente modo: *“En este aspecto hay que rescatar la referencia específica que hoy la Constitución hace de los “instrumentos internacionales”, significando que no solamente convenciones, tratados o acuerdos, formalmente suscritos y aprobados conforme al trámite constitucional mismo (tal el caso que ahora nos ocupa), sino cualquier otro instrumento que tenga la naturaleza propia de la protección de los Derechos Humanos, aunque no haya sufrido ese trámite, tiene vigencia y es aplicable en el país”. Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos (París, 10 de diciembre de 1948), por su carácter y naturaleza, no ha necesitado de los trámites constitucionales de aprobación, para entenderse como vigente y con la fuerza normativa que le otorga la materia que regula. Otro tanto cabe decir de las “Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos”, de la Organización de las Naciones Unidas, que aunque sean producto de reuniones de expertos o el trabajo de algún departamento de esa organización, por pertenecer nuestro país a ella, y por referirse a derechos fundamentales, tienen tanto el valor de cualquier normativa internacional que formalmente se hubiera incorporado al derecho interno costarricense. En este sentido puede citarse la sentencia N° 2000-07484, del veinticinco de agosto último, en que por virtud de un hábeas corpus formulado por un recluso, esta Sala condenó al Estado por violar*

*esas Reglas Mínimas, particularmente por el hacinamiento y falta de higiene constatadas en un centro penitenciario. En esa misma fecha, también se estimó un recurso de hábeas corpus planteado en favor de unos ciudadanos panameños que habían ingresado al país con visa de turismo y que, según las autoridades de Migración, solamente permitía “fines de recreación” y que fueron sorprendidos ejerciendo una protesta pacífica ante las instalaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde pendía su caso, originado en alegadas violaciones a sus derechos por parte del Gobierno de la República de Panamá. Se les detuvo y se les iba a deportar, de modo que la Sala anuló las resoluciones que en tal sentido se habían dictado, porque, como se nota, sería absurdo que al ser Costa Rica sede de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se impida a quienes tengan pendientes casos ante ella, entre ellos extranjeros, expresarse en forma pacífica y pública a favor de los derechos que considere les asisten”;*

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

*sobre el derecho al desarrollo*”, adoptada por resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas N°41/128, de 4 de diciembre de 1996.

A las anteriores decisiones bien se podría agregar la sentencia No. 2003-02771 de 4 de abril, en que la Sala declara la inconstitucionalidad de la reforma efectuada al artículo 132 inciso 1) de la Constitución Política, mediante Ley Número 4349 del 11 de julio de 1969, y en el que se indica que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos constituye un límite implícito al poder reformador de la Constitución, ejercido según el procedimiento previsto en el artículo 195 constitucional.

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

#### **4.- El carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los casos en que Costa Rica no es parte**

Como se expuso en la introducción de este trabajo, recientemente la Sala Constitucional ha sostenido, a través de la sentencia No. 2014-12703 de 1° de agosto, el carácter vinculante de la Jurisprudencia de la Corte IDH, con sustento en la siguiente argumentación:

### **“III.-CARÁCTER VINCULANTE DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD**

*El control de convencionalidad diseñado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (básicamente, a través de las sentencias en los casos Almonacid Arellano y otros c/. Chile de 26 de septiembre de 2006, Trabajadores Cesados del Congreso c/. Perú de 24 de noviembre de 2006, Cabrera García y Montiel Flores c/. México de 26 de noviembre de 2010 y Gelman c/. Uruguay de 24 de febrero de 2011) es de acatamiento obligatorio para las Salas y Tribunales Constitucionales, debiendo contrastar cualquier conducta (activa u omisiva) con el parámetro de convencionalidad o el corpus iuris interamericano, conformado por las convenciones y declaraciones regionales en materia de Derechos Humanos, la jurisprudencia de esa Corte y sus opiniones consultivas”*

Dicho criterio, que no es compartido por todos los Magistrados titulares que actualmente integran la Sala Constitucional, ha servido de base para afirmar el carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte IDH, sobre todo en aquellos casos en que la República de Costa Rica no es parte. Así, en el caso concreto, la Sala Constitucional se valió de los alcances de la sentencia dictada por la Corte IDH en el caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, sentencia de 24 de febrero de 2012, en cuanto a la prohibición de discriminar en razón de la orientación sexual, y se obligó al Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica, ha extender a la pareja del recurrente el carné para el ingreso y uso de las instalaciones de esa corporación profesional y, en caso presentar las gestiones concretas, tramitar lo correspondiente para que pueda incluirlo como beneficiario de la póliza de vida y

asegurado en las pólizas de los seguros voluntarios.

Cabe mencionar que con esta decisión la Sala Constitucional modificó el criterio vertido en la sentencia No. 2012-5590 de 2 de mayo de 2012, dictada en la acción de inconstitucionalidad interpuesta en contra de lo dispuesto en el artículo 10 del Reglamento de Salud de la Caja Costarricense de Seguro —norma que definía como beneficiario del seguro de salud a aquella persona de sexo distinto—, en donde la mayoría de la Sala consideró que no resultaba aplicable al tema del aseguramiento para parejas del mismo sexo, lo resuelto en la sentencia dictada por la CIDH.

En efecto, lo anterior había sido negado por la mayoría de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, al considerarse que la decisión de la Corte IDH no desarrolla ni realiza referencia alguna al tema de la conyugalidad homosexual, la seguridad social homosexual, la democratización de instituciones social y jurídicamente reconocidas a las personas heterosexuales, ni los derechos reproductivos de las personas homosexuales. En dicha resolución se desarrolló por el contrario el tema del derecho a la vida familiar como derecho humano, señalándose que no es posible decidir sobre la custodia y cuidado de los hijos con base en la orientación sexual de los progenitores. Con lo cual, según la mayoría de la Sala *“es claro que el “juicio base” de la resolución de la CIDH, en nada resulta aplicable al caso concreto”*. Lo anterior por cuanto, en aquel caso se tiene como supuesto fáctico dos menores de edad que no pueden relacionarse con su progenitor por motivos de inclinación homosexual, mientras que en el caso que ahora ocupa,

lo pretendido es el reconocimiento de la unión de hecho entre personas del mismo sexo para tener acceso al seguro social de su conviviente. De lo anterior se deduce, siguiendo la argumentación sostenida por la mayoría de la Sala Constitucional, que el supuesto fáctico del caso resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos no es aplicable al conocido y fallado por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, pese a que en ambos se producen sendas discriminaciones por motivos de orientación sexual. Aunado a lo anterior, sin duda destaca el voto particular del Magistrado Castillo Víquez, quien se niega a conceder carácter vinculante a la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre todo en aquellos asuntos en que el Estado costarricense no es parte.

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

“En la sentencia de la Corte Interamericana en el caso López Mendoza vs. Venezuela de 1° de septiembre de 2012, ese órgano regional estimo que violentaba el parámetro de convencionalidad (artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) una sanción de inhabilitación

por tres años impuesta a quien se había desempeñado por ocho años como Alcalde del Chacao –Estado de Miranda-, sea en un puesto de elección popular, para postular su nombre como candidato de la Alcaldía del Estado Mayor de Caracas y, eventualmente, ser electo en ese cargo de designación popular. Esa sanción en el ordenamiento jurídico venezolano es accesoria a la declaratoria de responsabilidad administrativa de un funcionario público. La Corte Interamericana estimó que la sanción administrativa impuesta de inhabilitación para ejercer funciones públicas, por el Contralor de la República de ese país, violentaba el derecho al sufragio pasivo, sea a ser electo popularmente de López Mendoza, ante su proyecto de postularse como Alcalde del Estado Mayor de Caracas. Lo anterior, queda ratificado con la transcripción literal de las consideraciones de la Corte Interamericana. Así en el Considerando 104 estimó lo siguiente: “104. La Corte debe determinar si las sanciones de inhabilitación impuestas al señor López Mendoza por decisión de un órgano administrativo y la consiguiente imposibilidad de que registrara su candidatura para cargos de elección popular son o no compatibles con la Convención Americana” Luego añade lo siguiente: “105. Así pues, refiriéndose específicamente al caso concreto que tiene ante sí, la Corte entiende que este punto debe resolverse mediante la aplicación directa de lo dispuesto por el artículo 23 de la Convención Americana, porque se trata de sanciones que impusieron una clara restricción a uno de los derechos políticos reconocidos por el párrafo 1 de dicho artículo, sin ajustarse a los requisitos aplicables de conformidad con el párrafo 2 del mismo. En la consideración de la Corte Interamericana 108 se indica: “En el presente caso, si bien el señor López Mendoza ha podido ejercer

otros derechos políticos (supra párr. 94), está plenamente probado que se le ha privado del sufragio pasivo, es decir, del derecho a ser elegido.” En la consideración 140, vuelve a reiterar la Corte Interamericana lo siguiente: “140. Al respecto, la Corte resalta que existe una diferencia importante entre la sanción de multa y la sanción accesoria de inhabilitación para postularse a elecciones, que, como ya se señaló, implica una limitación al sufragio pasivo (supra párr. 108)”. En los “Puntos Resolutivos” o parte dispositiva, la Corte Interamericana resuelve, expresamente, lo siguiente: “1. El Estado es responsable por la violación del derecho a ser elegido, establecido en los artículos 23.1.b y 23.2, en relación con la obligación de respetar y garantizar los derechos, establecida en el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio del señor López Mendoza, en los términos del párrafo 109 de la presente Sentencia. Finalmente, la Corte Interamericana declara lo siguiente: “1. El Estado, a través de los órganos competentes, y particularmente del Consejo Nacional Electoral (CNE), debe asegurar que las sanciones de inhabilitación no constituyan impedimento para la postulación del señor López Mendoza en el evento de que desee inscribirse como candidato en procesos electorales a celebrarse con posterioridad a la emisión de la presente Sentencia, en los términos del párrafo 217 del presente Fallo. En la presente acción de inconstitucionalidad, los funcionarios públicos que acuden a este Tribunal, no son de elección popular y no aducen que se hubieren postulado para un puesto de elección popular, por lo que no está en juego el derecho a ser electo o el sufragio pasivo, con lo que la sentencia de la Corte Interamericana, evidente y manifiestamente, no resulta aplicable.”

Acerca del particular, en el voto salvado del Magistrado Armijo Sancho se rebate el punto y se afirma que *“En este asunto, efectivamente en el parágrafo 100 de la sentencia del caso López Mendoza vs. Venezuela (2011) la Corte discierne que el punto central del fallo radica en las sanciones de inhabilitación impuestas a López, por decisión de un órgano administrativo, que le impidieron registrar su candidatura para cargos de elección popular. No obstante, cabe destacar que la sentencia aborda –y equipara– dos resoluciones sancionatorias contra López, la primera de ellas impuesta el 24 de agosto de 2005 por el Contralor General en Resolución N°01-00-00020690, por acciones que realizó estando designado como Analista de Entorno Nacional en la Oficina del Economista Jefe de la empresa Petróleos de Venezuela S.A, confirmada el 28 de marzo del mismo año y que le impuso la sanción de inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas por un período de tres años, con base en el artículo 122 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República de 1995 y el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal. Es decir, se trata de la inhabilitación decretada contra un funcionario público de designación por actividad administrativa, no electo popularmente”*.

En suma, lo cierto es que en esta decisión la Sala Constitucional también se había negado a aplicar la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso López Mendoza vs. Venezuela para resolver un caso sometido a su conocimiento.

Como se expuso en la introducción de este trabajo, no nos parece conveniente que se establezca una recepción directa de la jurisprudencia de la Corte IDH, sin tener en cuenta que en efecto coincidan las circunstancias de hecho y de derecho que así lo justifican, dentro de lo cual se debe tener muy en cuenta no sólo el fenómeno cultural, sino también los casos en los cuales el trasplante de la jurisprudencia de la Corte IDH podría afectar una institución nuclear del sistema jurídico y político costarricense, o bien cuando el estándar interno de protección de un determinado derecho sea superior al convencional. En suma, aunque compartimos sin duda los alcances del fallo No. 2014-12703 de 1° de agosto, sobre todo en lo que respecta a la aplicación de la sentencia de la Corte IDH en el caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, de 24 de febrero de 2012, sí nos parece conveniente proceder con cautela en esta materia, vigilar la jurisprudencia de la Corte IDH, y aplicarla en nuestro país sólo si, en aplicación del principio *pro homine*, el estándar convencional es superior al nacional con respecto a determinado derecho.

Es lógico entonces que ello depende, ciertamente, de la ponderación que realice el Tribunal Constitucional en determinado conflicto de derechos, con lo cual el principio de autocontención debe encontrarse de manera permanente en el actuar de los jueces constitucionales, quienes son, como se verá más adelante, los únicos facultados para expulsar del ordenamiento jurídico, con efectos erga omnes, o bien para inaplicar, una norma con rango de ley que se estime inconvencional.

## **5. El control concentrado de constitucionalidad y de convencionalidad en el sistema de justicia constitucional costarricense.**

Con ocasión de la reforma a los artículos 10, 48, 105 y 128 de la Constitución Política, efectuada por medio de la Ley No. 7128 de 18 de agosto de 1989, se atribuyeron a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia las siguientes competencias: la jurisdicción de constitucionalidad (artículos 10 y 128 constitucionales) para garantizar la supremacía y uniforme interpretación y aplicación del Derecho de la Constitución<sup>7</sup>; la jurisdicción de los derechos y libertades fundamentales, que tiene por objeto tutelar las libertades y los derechos humanos fundamentales; y la jurisdicción de conflictos, con el fin de resolver las disputas de competencias entre los órganos constitucionales.

De esta forma, en lo que atañe al sistema de justicia constitucional costarricense, se debe advertir que nuestro modelo de justicia, al igual que el español o alemán, responde más al concentrado que al difuso. Lo anterior por cuanto, mientras el difuso se caracteriza, fundamentalmente, por la potestad de que goza cada juez para desaplicar con efectos inter partes, al resolver un caso concreto, una disposición contraria a la Constitución; el modelo concentrado, en cambio, determina la conformidad de una medida con la Norma Fundamental mediante un juicio abstracto

de constitucionalidad, cuyo resultado tiene efectos erga omnes, declarándose en consecuencia la nulidad de la disposición impugnada.

Este tema fue resuelto por la Sala Constitucional con ocasión de la consulta judicial facultativa de constitucionalidad formulada por el Juzgado Segundo de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda de San José, sobre la regularidad constitucional de los artículos 15 de la Ley No. 6966 de 25 de septiembre de 1984 y 8° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, No. 7333 de 5 de mayo de 1993. En efecto, en la sentencia No. 1185-95 de 2 de marzo, la Sala Constitucional dispuso:

*“la Sala estima que el artículo 8.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial no es inconstitucional, si se le interpreta en el sentido de que no autoriza a los funcionarios que administran justicia para desaplicar por propia autoridad ninguna ley, norma o acto de cualquier naturaleza que sea contrario a la Constitución Política, porque, para el caso en que tengan duda fundada acerca de la constitucionalidad de esas normas, deben, necesariamente, formular la consulta ante la Sala Constitucional. Debe agregarse, en este sentido, que esta interpretación es la única conforme con la Constitución Política, ya que por una parte se preserva el diseño constitucional de una Sala especializada y con poder concentrado para declarar la inconstitucionalidad, pero, por otra, no deja al juez en la tesitura de aplicar normas que estima inconstitucionales, lo cual, como alguien ha dicho, sería un pecado de lesa*

---

7. PIZA ESCALANTE Rodolfo. *La Justicia Constitucional en Costa Rica*, Investigaciones Jurídicas, Sociedad Anónima, San José, 2004, pág. 87.

*Constitución, al permitirle en ese caso, formular una consulta fundamentada al órgano con competencia para decidir el punto.”*

En esa oportunidad, la Sala puso de manifiesto la noción concentrada (en el mayor grado) de nuestro sistema de justicia constitucional, y señaló que existe reserva constitucional en cuanto a la asignación de competencia para realizar el control de constitucionalidad<sup>8</sup>. Por lo anterior, desde ningún punto de vista compartimos el razonamiento expresado por el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal en la decisión No. 2014-1758, de 11 de septiembre, en que se desaplica con efectos para el caso concreto el artículo 11 de la Ley sobre Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas, Drogas de Uso no Autorizado, Actividades Conexas, Legitimación de Capitales y Financiamiento al Terrorismo No. 8204. Lo anterior por cuanto, en ese caso el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal actúa en el ejercicio de una atribución que no le corresponde, pues en el marco del sistema concentrado de control de constitucionalidad, únicamente la Sala Constitucional puede inaplicar una norma con rango de ley por razones de inconstitucionalidad o de inconveniencia. No olvidemos que si bien la Corte IDH ha señalado que los jueces ordinarios deben efectuar de oficio un control de convencionalidad de todas las normas del

ordenamiento jurídico, dicho control debe ser realizado **en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes**, con lo cual si los jueces ordinarios tienen dudas fundadas acerca de la inconstitucionalidad, o de la inconveniencia, de la norma que ha de aplicarse para resolver un caso concreto, tienen la obligación de plantear la consulta judicial de constitucionalidad, para que sea la Sala quien dirima el problema, en los términos en que está regulado por el artículo 102 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. Lo anterior, sin perjuicio, desde luego, de la posibilidad de los jueces ordinarios de efectuar una interpretación conforme al Derecho de la Constitución, o al Derecho de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, si la norma lo permite. En este marco, lo que no es posible es que el juez ordinario inaplique directamente la ley, soslayando los alcances del artículo 10 de la Constitución Política.

## 6. Conclusiones

En este breve ensayo se ha pretendido repasar cuál ha sido el impacto de la jurisprudencia de la Corte IDH en el sistema de justicia constitucional costarricense. En este sentido, se han analizado las decisiones de la Corte IDH con respecto a Costa Rica, tanto con motivo de su función consultiva,

---

8. En efecto, en esta sentencia la Sala consideró: Como se ha dicho, en forma resumida, esa posibilidad del control en manos diferentes al órgano constitucionalmente señalado, queda fuera del alcance de la ley ordinaria, pues la materia constitucionalmente regulada automáticamente escapa a su ámbito y rango de regulación, como también se ha escrito en el ámbito de la doctrina nacional. Esta es la verdadera reserva que la Constitución establece en materia de control de constitucionalidad. Por ese motivo, hablamos aquí ya no simplemente del principio de legalidad, sino específicamente del principio de legalidad constitucional, que es su versión más calificada y atendible. Ante tal reserva, constituiría un sofisma afirmar que el principio de supremacía constitucional lleva a que toda autoridad pública -y obviamente todo juez- tiene competencia para desaplicar las normas inconstitucionales, independientemente del alcance que se le otorgue a ese acto.

cuanto la contenciosa, las cuales son vinculantes para nuestro país. También se han examinado las principales decisiones de la Sala Constitucional con respecto al valor normativo de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, así como las ocasiones en que se ha efectuado por parte de la Sala el control de convencionalidad.

Acerca del particular sin duda sobresale lo resuelto por la Sala Constitucional en la sentencia hombre-mujer, para sostener la imposibilidad de establecer discriminaciones por razones de género incluso en la propia norma constitucional, a partir de lo dispuesto en el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. También sobresale el criterio de la Sala según el cual los Instrumentos Internacionales en materia de derechos humanos tienen valor supraconstitucional, y deben ser aplicados incluso por encima de las normas constitucionales si confieren mejor protección o mayor alcance de un derecho que la propia Constitución.

Además, se ha analizado cuál es el valor de la jurisprudencia de la Corte IDH sobretudo en aquellos casos en que la República de Costa Rica no es parte del litigio que se ventila ante la Corte y se ha reconocido su valor vinculante, a partir de la sentencia No. 2014-12703 de 1º de agosto. Acerca del particular, y como se ha mencionado en otros trabajos, preferimos que la Sala matice esa posición para reconocer dicho valor vinculante solo en los casos en que el estándar regional de protección de los derechos humanos sea superior al nacional. Otra discusión se produce por la aparente ruptura del monopolio del rechazo de que goza la Sala Constitucional para inaplicar y expulsar del ordenamiento jurídico una norma con rango

de ley que no es compatible frente a la Constitución Política y frente a la Convención Americana de Derechos Humanos. Dicho monopolio no solo persiste por fuerza del artículo 10 constitucional, sino también porque la propia Corte IDH ha sostenido que el control de convencionalidad debe realizar en el marco de las competencias procesales y legales de cada país determinado.

## **7. Bibliografía**

ARMILLO SANCHO, Gilbert (2003): "La tutela supraconstitucional de los derechos humanos en Costa Rica". En Revista *Ius et Praxis*, Vol. 9, No. 1, Talca, 2003.

BACHOF, Otto (1985): "Jueces y Constitución", Cívitas, Madrid.

BIDART CAMPOS, German y CARNOTA, Walter (2001): "Derecho Constitucional Comparado, Tomo I", Ediar Ediciones, Buenos Aires.

BRYCE, J. (1998): "Constituciones flexibles y Constituciones rígidas", Madrid, CEPC.

CARRILLO Marc, y ROMBOLI Roberto (2012): "La reforma del recurso de amparo", Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid.

CASTILLO VÍQUEZ, Fernando (2011), "Temas controversiales del Derecho Constitucional", Juricentro, San José.

CORWIN, E. S. (1978): "La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual", Fraterna, Buenos Aires.

DÍAZ REVORIO, Francisco Javier (2001): "Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional", Lex Nova, S.A., Valladolid.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (1992): "El sistema constitucional español", Dykinson, Madrid.

FERRERES COMELLA, Víctor (2011): "Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad", Marcial Pons, Madrid.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. (1983): "La Constitución como Norma Jurídica y el Tribunal Constitucional", Cívitas, Madrid.

HARO, Ricardo (2004): "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.

HERNÁNDEZ VALLE, Rubén (1995): "Derecho Procesal Constitucional", Juricentro, San José.

HERNÁNDEZ VALLE, Rubén (2013): "El diálogo de las Cortes en Costa Rica" en Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos, Coordinadores Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Alfonso Herrera García, Tirant lo Blanch, México D. F.

HESSE, Konrad (1992): "Escritos de Derecho Constitucional", Madrid, CEPC.

HESSE, Konrad (2001): "Manual de Derecho Constitucional", Marcial Pons, Madrid.

LEGUINA VILLA, Jesús (1987): "Principios Generales del Derecho y Constitución", Revista de Administración Pública, N°114, septiembre-diciembre, Madrid.

MOLAS, Isidre (2005): "Derecho Constitucional", Tecnos, Madrid.

MUÑOZ MACHADO, Santiago (2004): "Constitución", Iustel Publicaciones, Madrid.

OROZCO SOLANO, Víctor (2012): "La fuerza normativa de la Constitución frente a las normas preconstitucionales", UBIJUS-CEAD, Ciudad de México.

OROZCO SOLANO, Víctor (2008): "La fuerza normativa de la Constitución" Investigaciones Jurídicas, San José.

PATIÑO CRUZ, Silvia. y OROZCO SOLANO, Víctor (2004): "La Inconstitucionalidad por Omisión", Investigaciones Jurídicas, San José.

PÉREZ TREMPES, Pablo (2003): "El 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.

PIZA ESCALANTE, Rodolfo (1993): "*Justicia Constitucional y Derecho de la Constitución*", en Jurisdicción Constitucional", Juricentro, San José.

PIZA ESCALANTE, Rodolfo (2004): La Justicia Constitucional en Costa Rica, Investigaciones Jurídicas, Sociedad Anónima, San José.

SOLANO CARRERA, Luis Fernando (2006): "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 Catalunya, Grupo 3SL, Barcelona.

# **DERECHO AGRARIO, DESARROLLO RURAL Y VALOR AGREGADO A LOS PRODUCTOS AGRÍCOLAS**

**(ANÁLISIS DE LA NORMATIVA EUROPEA Y COSTARRICENSE SOBRE  
SIGNOS DISTINTIVOS DE CALIDAD)**

*Dr. Enrique Napoleón Ulate Chacón<sup>1</sup>*

**SUMARIO:** 1. Derecho agroalimentario y desarrollo rural. 2. Regulaciones Europeas sobre denominaciones de origen y desarrollo rural. 3. Regulaciones Regionales (SICA-CAC) Sector Público de la Agricultura regional: La política agrícola, agroambiental y de desarrollo rural territorial Centroamericana. 4. Sector Público de la Agricultura Nacional: Transformación del Instituto de Desarrollo Agrario en Instituto de Desarrollo Rural Territorial y potencialidad. 5. Las exigencias de calidad e inocuidad agroalimentaria en las actividades agrarias empresariales: la agricultura orgánica. 6. Inclusión de las indicaciones geográficas y denominaciones de origen en el ordenamiento nacional. 7. Reconocimiento del Derecho agroalimentario en la jurisprudencia costarricense.

## **1. Derecho agroalimentario y desarrollo rural**

Derecho agroalimentario como parte del Derecho agrario, comprende el conjunto de normas especiales, ordenadas

sistemáticamente, que regulan el producto agroalimentario y su cadena productiva, en todas sus fases, desde la producción hasta el consumo, controlando las etapas de la empresa agroalimentaria y su actividad productiva, con el propósito de garantizar el consumo alimenticio de productos sanos e inocuos, en aras de proteger la salud de las personas, de los animales y de las plantas, o bien, procurar el abastecimiento alimentario de la población.

De la anterior definición se deriva la necesidad, del intérprete de contribuir a la formulación y sistematización de esas normas especiales, a fin de establecer, dentro del marco de una teoría general, del derecho agroalimentario, cuál es el objeto, los sujetos, las posibles fuentes normativas, las actividades y principios generales que deben orientar la disciplina.

El producto agroalimentario, como objeto de esta disciplina, en su más amplia acepción, comprende los productos agrícolas, agroalimentarios y, que puedan destinarse al consumo alimenticio, a la preparación

---

1. Doctor en Derecho en la Scuola Superiore Sant'Anna di Studi Universitari e Perfezionamento di Pisa, Italia. Miembro del Tribunal Agrario de Costa Rica y Magistrado Suplente de la Sala Constitucional. Secretario General, Unión Mundial de Agraristas Universitario. Catedrático en la Universidad de Costa Rica.

de sustancias o bebidas, o bien, a la elaboración de piensos para animales que pueden ser potencialmente utilizados para el consumo humano. Tal producto, debe reunir condiciones de calidad, sanidad e inocuidad, las cuales deben garantizar a través de la trazabilidad, que permita el seguimiento del producto a todo lo largo de la cadena agroalimentaria.

Los sujetos del Derecho agroalimentario, comprende no solo al sujeto clásico del derecho agrario, como lo es la empresa agraria, sino que considera la empresa agroalimentaria, en una acepción más amplia, así como otros sujetos de derecho público, como son las autoridades encargadas del control agroalimentario, así como sujetos de derecho privado, como lo es el consumidor, al cual se le busca garantizar una máxima protección de la salud. Se considera, para los fines correspondientes, como Empresa agroalimentaria, toda actividad económica organizada, relacionada con la producción, fabricación, procesamiento, almacenamiento de productos agroalimenticios destinados al consumo humano, o de piensos destinados al consumo animal cuando de ellos se derivan productos alimenticios.

El consumidor agroalimentario, asume un papel activo en el ámbito de esta nueva disciplina, y de la seguridad alimentaria, vista ésta desde dos puntos de vista. El consumidor que requiere la garantía del consumo de alimentos nutritivos sanos para su sobrevivencia (abastecimiento alimentario), y un consumidor cada vez más exigente de la industria agroalimentaria, que requiere de alimentos de calidad e inocuos, para asegurarse una protección elevada de

la salud, tanto de las personas, como de los animales y de las plantas.

Tanto en la Unión Europea, particularmente en Italia, como en la región centroamericana, el caso de Costa Rica, la doctrina y jurisprudencia, han comenzado a construir, las bases de un sistema agroalimentario, así como de toda su Teoría General. Sistema tal que encuentra su punto fuerte, en la existencia de una serie de principios agroalimentarios, derivados de sus fuentes normativas tanto regionales como nacionales, entre los cuales se destacan los principios de precaución o cautela, mutuo reconocimiento, transparencia e información, análisis de riesgos, proporcionalidad, armonización y equivalencia. Tales principios deben orientar en todo momento, tanto al legislador, como al intérprete al momento de dimensionar, aplicar o interpretar la nueva disciplina del Derecho agroalimentario.

## **2. Regulaciones Europeas**

La Unión Europea adoptó el Reglamento 1151/2012 "*Sobre los regímenes de calidad de los productos agrícolas y alimenticios*".<sup>2</sup>

El reglamento refleja la posición fuerte de la política agraria europea, pues establece en sus considerandos, entre otras cosas:

- la calidad y diversidad de la producción agrícola, pesquera y acuícola, basada en la competitividad de los productores y agricultores para mantener el patrimonio cultural y gastronómico, sus tradiciones y conocimientos.

---

2. Reglamento (UE) 1151/2012 del parlamento Europeo y del Consejo, del 21 de noviembre de 2012. A la luz de lo dispuesto en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, artículo 43 apartado 2 y artículo 118.

- La demanda por ciudadanos y consumidores, de productos agrícolas y alimenticios con características específicas vinculadas a su origen geográfico.
- El fortalecimiento de la economía rural, sobre todo en regiones menos favorecidas, zonas de montaña y regiones remotas, al revalorizar la calidad y el producto, sirva de complemento con la política de desarrollo rural, apoyo al mercado y sostenimiento de la renta.
- El ámbito de las denominaciones de origen y de las indicaciones geográficas es restringido a aquellos productos agrícolas o alimenticios cuyas características se vinculen con su origen geográfico
- Los objetivos que se persiguen son: *“..asegurar a los agricultores y productores unos ingresos equitativos por las cualidades y las características de un producto determinado o de su método de producción, y ofrecer información clara sobre los productos y características específicas vinculadas a un origen geográfico, para que los consumidores hagan sus elecciones de compra con mayor conocimiento de causa”*<sup>3</sup>.
- También se busca garantizar la protección efectiva y uniforme de los derechos de propiedad intelectual, garantizar una competencia leal entre productores, impulsando DO e IG a escala regional, contribuyendo a reconocer el valor añadido de calidad de los productos y su modelo de producción, y protegerlos de terceros países en el ámbito de la OMC.
- Se indica expresamente que se aclaran los conceptos de las DO e IG, para ajustarlos al ADPIC, y que *“Todo producto agrícola o alimenticio que ostente una descripción geográfica de este tipo debe cumplir determinadas condiciones establecidas en un pliego de condiciones, como por ejemplo requisitos específicos dirigidos a proteger los recursos naturales o el paisaje de la zona de producción o a mejorar el bienestar de los animales de granja.”*<sup>4</sup>
- El proceso de inscripción y registro, permite transparentar el reconocimiento, para efectos de cualquier oposición, y además, ofrece información a los consumidores y comerciantes.
- La utilización en las etiquetas de los signos distintivos y símbolo de la Unión, tiene como objetivos: *“por una parte, lograr que los consumidores puedan conocer mejor esta categoría de productos y las garantías asociadas a ellos y, por otra, facilitar la identificación de estos productos en el mercado, y de este modo facilitar los controles.”*<sup>5</sup>

---

3. Reglamento 1151/2012, considerando 18.

4. Reglamento 1151/2012, considerando 23.

5. Reglamento 1151/2012, considerando 28.

- Con el reglamento se busca garantizar el uso leal de los nombres, evitar prácticas que induzcan error a los consumidores, y también clarificar los medios de protección en torno al rol de las agrupaciones de productores y las autoridades competentes en los Estados miembros.
- Se incluye el régimen de “especialidades tradicionales” garantizadas para ayudar a los productores de productos tradicionales a comunicar a los consumidores las cualidades que añaden valor al producto, para ello, debe cumplirse el pliego de condiciones que definan los mismos productores organizados en agrupaciones. No se puede excluir a productores de terceros países que cumpla el pliego y se someta al sistema de control, debiendo incluirse el símbolo de la Unión como “especialidad tradicional garantizada”.
- Se regula también un segundo nivel de sistema de calidad, que reconoce características específicas a productos, métodos de producción o atributo de transformación en zonas específicas, por ejemplo “producto de montaña”.
- Por otra parte, la confianza del consumidor se busca garantizar con sistemas de verificación y control oficial, según el reglamento No. 882/2004 del 29 de abril de 2004, sobre controles oficiales para verificar la aplicación de la legislación en materia de piensos y alimentos y la normativa sobre salud animal y bienestar de los animales.
- Deben acreditarse los organismos de control, conforme a normas internacionales y regionales.

Concretamente, el Reglamento, establece en el artículo 1 los objetivos:

*“1.-El presente Reglamento tiene por objeto ayudar a los productores de productos agrícolas y alimenticios para que informen a los compradores y consumidores de las características y las cualidades de producción de dichos productos, garantizando así:*

- a) Una competencia leal para los agricultores y productos de productos agrícolas y de alimentos que presenten características y atributos de valor añadido;
- b) La accesibilidad de los consumidores a información fiable relativa a tales productos;
- c) El respeto de los derechos de propiedad intelectual, y
- d) La integridad del mercado interior.

Las medidas establecidas en el presente Reglamento pretenden respaldar las actividades agrarias y de transformación de los métodos de producción asociados a productos de alta calidad, contribuyendo así a la realización de los objetivos de la política de desarrollo rural.

2.- El presente Reglamento establece unos “regímenes de calidad “ como base para la identificación y, en su caso, protección de nombres y términos que, en particular, indiquen o describan productos agrícolas con:

- a) *características que confieran valor añadido, o*
- b) *atributos que aporten valor añadido como consecuencia de las técnicas agrarias o de los métodos de transformación utilizados para su*

*producción, o en su lugar de producción o de comercialización.*<sup>6</sup>

El Título II establece el régimen de las Denominaciones de Origen Protegidas e Indicaciones Geográficas Protegidas, con el fin de ayudar a los productores a obtener una remuneración justa por las cualidades de su producto, protegiendo sus nombres de manera uniforme, como propiedad intelectual y proporcionar al consumidor información clara sobre el valor añadido (artículo 4).

Se define denominación de origen un nombre que identifica un producto: a) originario de un lugar determinado, una región o, excepcionalmente, un país; b) cuya calidad o características se deben fundamental o exclusivamente a un medio geográfico particular, con los factores naturales y humanos inherentes a él, y c) cuyas fases de producción tengan lugar en su totalidad en la zona geográfica definida.

Algunos nombres se asimilan cuando las materias primas que se utilicen para el producto procedan de una zona geográfica más amplia que la zona definida, o una zona distinta siempre y cuando: a) la zona de producción de las materias primas esté delimitada; b) existan condiciones específicas para la producción de las materias primas; c) se apliquen medidas de control; c) estén reconocidas en el país de origen desde el 1 de mayo del 2004. Se consideran materia primas los animales vivos, la carne y la leche.

Se define indicación geográfica un nombre que identifica un producto: a) originario de un lugar determinado, una región o un país, b) que posea una cualidad determinada, una reputación u otra característica que pueda esencialmente atribuirse a su origen geográfico, y c) de cuyas fases de producción, una al menos tenga lugar en la zona geográfica definida.<sup>7</sup>

El reglamento prohíbe registrar como DOP E IGP los términos genéricos (nombres de productos que, pese a referirse al lugar, región o país donde un producto se produjera o comercializara originalmente, se hayan convertido en el nombre común de ese producto en la Unión)<sup>8</sup> o los que puedan entrar en conflicto con el nombre de una variedad vegetal o de una raza animal y que pueda inducir a error al consumidor en cuanto al origen del producto.<sup>9</sup>

Tampoco se permite la inscripción de nombres total o parcialmente homónimos, que puedan inducir a error a los consumidores (al menos que en la práctica puedan distinguirse suficientemente las condiciones de uso tradicional y local y la presentación del homónimo registrado en segundo lugar) debiendo garantizarse un trato equitativo a los productores.

Se veda también la posibilidad de registro cuando a la vista de la reputación y notoriedad de una marca y del tiempo durante el que se haya venido utilizando, dicho registro pueda inducir a error al consumidor en cuanto a la verdadera identidad del producto.<sup>10</sup>

---

6. Reglamento 1151/2012, artículo 1.

7. Reglamento 1151/2012, artículo

8. Reglamento 1151/2012, artículo 3 inciso 6

9. Reglamento 1151/2012, artículo 6.

10. Reglamento 1151/2012, artículo 6.

El reglamento regula, de manera detallada, los requisitos del pliego de condiciones (artículo 7), el contenido de las solicitudes para su registro (artículo 8), la protección nacional transitoria (artículo 9), los motivos de oposición (artículo 10). Se crea el Registro de denominaciones de origen protegidas y de indicaciones geográficas protegidas (artículo 11), la protección de nombres, símbolos y menciones (artículo 12), el régimen de protección de los nombres registrados (artículo 13)

Por otra parte, el Título III del Reglamento establece regulaciones sobre la Especialidades Tradicionales Garantizadas, para proteger los métodos de producción y las recetas tradicionales ayudando a los productores de productos tradicionales a comercializar sus productos y a informar a los consumidores de los atributos de sus recetas y productos tradicionales que le confieran valor añadido.<sup>11</sup> Se entiende por “tradicional” el uso que se demuestre se haya hecho en el mercado local durante un período de tiempo que permita su transmisión entre distintas generaciones; este período será de al menos 30 años.<sup>12</sup>

Se pueden registrar como tales los productos o alimentos específicos que: a) sea el resultado de un método de producción, transformación o composición que correspondan a la práctica tradicional aplicable a ese producto o alimento, o b) esté producido con materias

primas o ingredientes que sean los utilizados tradicionalmente.

Para admitir el registro como especialidad tradicional garantizada de un nombre, debe: a) haberse utilizado tradicionalmente para referirse al producto específico, o b) identificar el carácter tradicional o específico del producto.

El título IV del reglamento establece disposiciones especiales sobre Términos de Calidad Facultativos, para facilitar la comunicación por sus productores, de las características o atributos de productos agrícolas que aporten valor añadido. Para ello, deben cumplir como criterios los siguientes: a) se refieran a una característica de una o más categorías de productos, o a un atributo de su producción o transformación, que se aplique en zonas específicas; b) su uso añada valor al producto en comparación con productos de tipo similar, y, c) tengan una dimensión europea.<sup>13</sup>

Por ejemplo se establecen regulaciones en cuanto al “producto de montaña” (artículo 31), o bien “productos de la agricultura insular”.

Finalmente, el título V, sobre Disposiciones Comunes, el capítulo I, contiene entre otras cosas regulaciones sobre controles oficiales

---

11. Reglamento 1151/2012, artículo 17.

12. Reglamento 1151/2012, artículo 3 inciso 3)

13. Reglamento 1151/2012, artículo 29.

de las DOP y las IGP, y de las especialidades tradicionales garantizadas y el Título VI, prevé en el capítulo I la posibilidad de estudios y regulaciones sobre la producción agrícola local y las ventas directas, para lo que se atribuye un estudio a la comisión.

### **3. Sector Público de la Agricultura regional: La política agrícola, agroambiental y de desarrollo rural territorial Centroamericana**

Los recientes acontecimientos relacionados con la gripe aviar, el cambio climático, la producción de biocombustibles, y la seguridad agroalimentaria, sin duda alguna marcan una nueva etapa hacia el perfeccionamiento de las políticas comunes a nivel regional. Para ello se han planteado tres instrumentos: a) La PACA, o política agrícola centroamericana (2008-2017), b) la Estrategia Regional Agroambiental (ERA) Centroamericana y c) La Estrategia Centroamericana de Desarrollo Rural Territorial (ECADERT).

La PACA es el resultado de un largo proceso de diálogo entre diversos sectores vinculados a la agricultura, auspiciado por el Consejo Agropecuario Centroamericano, y aprobada por la Cumbre de Presidentes en las reuniones del 19 de octubre y 12 de diciembre del 2007, como “instrumento clave para fortalecer la integración regional, la competitividad del sector agrícola, la seguridad alimentaria regional, así como propiciar un mayor acceso de los pequeños y medianos productores a los beneficios de la integración regional y la complementariedad entre los sectores públicos y privados”.

Su formulación respeta los principios contenidos en el Protocolo de Tegucigalpa y el Protocolo de Guatemala, complementándose con los principios de legalidad (respeto de las normas nacionales, multilaterales y regionales), regionalidad (acciones a escala centroamericana que favorezca la integración del mercado regional), gradualidad, sostenibilidad, rendición de cuentas, participación y complementariedad. Presenta una “concepción ampliada” del sector agrícola tomando en cuenta las actividades productivas agropecuarias, las de transformación y comercialización, con enfoque de cadenas agroproductivas comerciales. Alcanza todos los países miembros del SICA y su ejecución prevé resultados concretos para diez años.

El objetivo es: *“Promover una agricultura centroamericana sostenible, moderna, competitiva, equitativa, articulada regionalmente, concebida como sector ampliado, con capacidad de adaptarse a nuevos roles y oportunidades, así como de fomentar la complementariedad entre actores públicos y privados.”* Para ello se articulan tres ejes I.- Competitividad y agronegocios.

Áreas Prioritarias: Comercio intra y extraregional, sanidad agropecuaria e inocuidad de alimentos, tecnología e innovación; II.- Financiamiento y gestión de riesgos. Áreas prioritarias: Financiamiento, gestión de riesgos. III.- Temas Transversales: Pequeña agricultura empresarial, Gestión agroambiental y Desarrollo institucional.

En el diseño, se tomó en consideración la diferencia entre los países, indicándose que la política regional complementa los esfuerzos que se realizan a nivel nacional y no los sustituye, con lo cual se aleja realmente de la formulación de una verdadera política agrícola común. Solo en la medida que

se vayan creando instrumentos jurídicos complementarios o derivados, con efectos directos y aplicación obligada, que orienten a una mayor armonización e integración real, podría hablarse de una política agraria común.

Dicha consideración es de trascendental importancia, si se toma en cuenta “...*que la ejecución de las acciones de la política en su conjunto debe contribuir al logro de objetivos superiores, tales como la seguridad alimentaria, el desarrollo rural, la reducción de la pobreza y la gobernabilidad en los pueblos centroamericanos*”, pero pareciera que este aspecto es relegado a un segundo plano, para dar paso a la competitividad propia de un esquema de regionalismo abierto, y no de un proceso de integración regional.

Se pretende establecer, dentro de la estructura del CAC, el *Comité Técnico Regional*, integrado por los Directores de Política de los MAG o por funcionarios de alto nivel designados por los respectivos ministros, que asumiría funciones de coordinación y seguimiento técnico en la ejecución de la política, para lo cual contarían con el apoyo de la Secretaría Ejecutiva del CAC. También se pretende crear subcomités técnicos en las áreas específicas.

La Estrategia Regional Agroambiental y de Salud (ERAS) se tomó en el marco de las reuniones intersectoriales del CAC, CCAD y COMISCA, cuyas agendas responden al modelo de desarrollo planteado por la Alianza para el Desarrollo Sostenible (ALIDES). En el ámbito de las relaciones intersectoriales, se cuenta con un marco legal y un historial de encuentros interministeriales. El Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos, en su artículo 16 establece que por la naturaleza de los

temas a tratar, los Ministros podrán celebrar reuniones intersectoriales en el marco del Sistema de la Integración Centroamericana-SICA. En la II Reunión Intersectorial de los Ministros de Agricultura, Ambiente y Salud de Centroamérica celebrada en Panamá el 6 de junio de 2006, se acordó instruir a las Secretarías del Consejo Agropecuario Centroamericano, de la Comisión Centroamericana de Ambiente y Desarrollo y del Consejo de Ministros de Salud de Centroamérica para que, con el apoyo de organismos pertinentes, formularan una estrategia intersectorial agroambiental regional.

Fue aprobada en la cumbre de Presidentes de Centroamérica del 28 de mayo del 2008 en San Pedro Sula, donde también se abordó el tema de cambio climático. Es una iniciativa regional, consensuada y liderada por los Consejos de Ministros de agricultura, ambiente y salud, pertenecientes a los subsectores económico, ambiental y social del Sistema de la Integración Centroamericana en forma respectiva.

Se fundamenta en tres aspectos claves: en una visión de desarrollo humano sostenible; en las capacidades, ofertas y restricciones del territorio y su gente; y además, por un enfoque intersectorial y de sinergia entre agricultura, salud y ambiente, quienes en el marco de esta estrategia, se plantean un proceso armonizado, participativo y dinámico, el cual se podrá coordinar con otros sectores y actores públicos y privados de la región.

La ERAS se constituye en un modelo del abordaje transversal de la gestión ambiental. Se sustenta en cinco ejes estratégicos interrelacionados (Manejo Sostenible de

Tierras, Cambio Climático y Variabilidad Climática, Biodiversidad, Negocios Agroambientales, Espacios y Estilos de Vida Saludables), un conjunto de líneas de acción y medidas generales y previsiones de organización para su ejecución bajo una visión regional intersectorial unificada. Asimismo, la ERAS se propone retomar, armonizar, fortalecer y dar seguimiento a políticas e instrumentos afines existentes y en proceso de formulación.

En materia de Seguridad alimentaria la XXXII Reunión Ordinaria de Jefes de Estado y de Gobierno de los países del Sistema de la Integración Centroamericana (SICA), realizada en El Salvador el viernes 27 de junio de 2008, los Presidentes de la región dieron una alta prioridad al tema de la seguridad alimentaria de Centroamérica y acordaron apoyar el *“Plan de Emergencia para incrementar la producción y Productividad de granos básicos en Centroamérica”*, elaborado por el Consejo Agropecuario Centroamericano (CAC), para contribuir al autoabastecimiento regional, reducir la dependencia de las importaciones y el costo de la canasta básica; permitiendo a la población más pobre de la región el acceso a los alimentos.

La Estrategia Centroamericana de Desarrollo Rural Territorial (ECADERT) impulsada por el Consejo Agropecuario Centroamericano en virtud del mandato de la Reunión de Presidentes (XXXIII) del 5 de diciembre del 2008, constituyendo para ello un Grupo Intergubernamental de Trabajo. Parte de un diseño participativo y dinámico, involucrando a la Sociedad Civil organizada y a los diferentes actores políticos. Busca reconstruir un modelo nacional, haciendo de la política de desarrollo rural una política de Estado, que corresponda también a “una visión compartida” en el ámbito regional.

La ECADER hace un análisis de las principales tendencias de la dinámica regional, poniendo énfasis en las disparidades existentes, las transformaciones del Medio Rural, la Experiencias centroamericanas de Desarrollo Rural, para pasar luego a una conceptualización de la Estrategia, con base en los siguientes pilares:

- I.- Instituciones para el Desarrollo Rural Territorial: gestión social de políticas
- II.- Fortalecimiento de la Economía Rural de los Territorios
- III.- Sociedad Rural e Identidad Territorial: redes de cooperación en inclusión social
- IV.- Naturaleza y territorios: acceso y gestión de recursos ambientales.

El marco jurídico, debe ser la base para la implementación de cualquier Estrategia, y especialmente mediante la utilización del instrumento del reglamento comunitario, según las competencias asignadas al Consejo Agropecuario Centroamericano, en los artículos 45 y 55 del Protocolo de Guatemala. El Consejo de Ministros, actuando sectorialmente, o intersectorialmente, con otros Ministerios, está facultado para dictar actos normativos derivados, a saber, resoluciones y reglamentos, mediante los cuales pueda ir estableciendo las bases de esa política agrícola regional común.

Los recientes esfuerzos del CAC, en el diseño de la PACA, o política agrícola centroamericana (2008-2017), así como las Estrategias elaboradas, deben ir acompañadas, necesariamente, de instrumentos jurídicos normativos que permitan enfrentar los retos derivados de la seguridad alimentaria, el cambio

climático y la sostenibilidad agroambiental, agroalimentaria y de desarrollo rural.

Por otra parte, conviene destacar que el CAC, aprobó en su reunión Ordinaria del 25 de marzo del 2015, la Resolución No 1-2015, mediante la cual se instituye el *Grupo Técnico de Sanidad Agropecuaria e Inocuidad de Alimentos*. De lo cual podríamos esperar que se deriven reglamentos en el tema que ahora nos ocupa.

Por otra parte en el portal de la Secretaría General de Integración Económica, aparece colgado un listado de algunos nombres que ya está protegidos como “indicaciones geográficas centroamericanas, sin hacer una adecuada distinción entre DO e IG, así se indica:

### **Indicación Geográfica en Centroamérica**

#### **¿Qué es una indicación geográfica?**

Una indicación geográfica es un signo utilizado para productos que tienen un origen geográfico concreto y cuyas cualidades, reputación y características se deben esencialmente a su lugar de origen.

Por lo general, la indicación geográfica consiste en el nombre del lugar de origen de los productos. Un ejemplo típico son los productos agrícolas que poseen cualidades derivadas de su lugar de producción y están sometidos a factores geográficos específicos, como el clima y el terreno.

Por otra parte, debe indicarse que en el Acuerdo de Asociación UE-CA, se incorpora un Título sobre protección la propiedad intelectual, en donde se incluye el anterior concepto de las indicaciones geográficas (artículos 242 a 250), comprometiéndose

cada región a establecer legislación aplicable a las mismas.

Igualmente, el Anexo XVIII, al Acuerdo, establece la inclusión de las listas de las indicaciones geográficas que hayan sido reconocidas, por parte de la Comisión de Asociación. En el Anexo XVII aparecen los nombres reconocidos al momento de la suscripción del Tratado, que en términos generales coinciden con la lista anterior, en el caso de los países de Centroamérica.

#### **4. Sector público de la Agricultura: La transformación del Instituto de Desarrollo Agrario en Instituto de Desarrollo Rural**

La Constitución Política de 1949, le impuso al Estado (llamado social y democrático de derecho), la obligación de fomentar la producción, el adecuado reparto de las riquezas, la seguridad alimentaria, mediante la explotación racional de la tierra y la justa distribución de sus productos, principios a los que se suman los valores de justicia social y solidaridad nacional. Es decir, alcanzar el desarrollo sostenible con equidad.

En ese contexto, la administración pública del Sector Agropecuario, debe garantizar la dignidad de la persona humana, en particular, de nuestros agricultores y empresarios agrarios, para que tengan una renta justa y puedan garantizar a sus familias y a sus comunidades rurales una vida digna.

Podemos hablar que existen, al menos, cuatro mecanismos o instrumentos para que el Estado pueda lograr esos fines, a saber:

- A) La creación, permanencia y fortalecimiento del Sector Público Agropecuario, agroalimentario y de desarrollo rural.
- B) La promulgación de leyes especiales para la agricultura, en sentido amplio, que consideren las características particulares de la actividad agraria.
- C) El desarrollo de una política agraria como política pública, facilitando a los productores los medios e instrumentos para el desarrollo progresivo de sus actividades.
- D) La creación de procedimientos, administrativos y judiciales, que garanticen la aplicación y el respeto de los principios del Derecho y la justicia agraria.

La Ley de Fomento a la Producción Agropecuaria (Ley FODEA), de 1987, incluyó en su título primero, normas relativas a incentivos para la producción agropecuaria (1), comprendiendo las actividades agrícolas, pecuarias, apícolas, avícolas, y extractivas de productos del mar, así como las que realizan las empresas de servicio en la agricultura mecanizada (2), definiendo la actividad agropecuaria como la dirigida a la producción o cría de vegetales o animales, y la actividad agroindustrial, como aquella de transformación o utilización como insumos de productos vegetales o animales (28).

En su Título segundo establece la creación del Sector Agropecuario, como instancia Institucional para el desarrollo de políticas públicas de apoyo a la agricultura, en su sentido más amplio (29 y 32), a cargo del Ministerio de Agricultura y Ganadería como órgano rector de todo el sistema.

El Ministerio de Agricultura y Ganadería (entidad rectora), el Consejo Nacional de Producción –CNP- y el Instituto de Desarrollo Agrario, hoy Instituto de Desarrollo Rural –INDER-, están al vértice del sistema, porque son los órganos rectores de la política agropecuaria, agroalimentaria, y de desarrollo rural territorial, respectivamente. A ellos debe sumarse, por su importancia e impacto socio-económico, al Instituto Costarricense de Pesca y Acuicultura, creado posteriormente (Ley de Incopecsa), y que ahora estará a cargo de un Vice-Ministro.

Justamente, con el fin de dar respuesta a esa transformación hacia el desarrollo rural territorial e integral, se publica la Ley No. 9036, sancionada el 11 de mayo del 2012, denominada “Ley de Transformación del Instituto de Desarrollo Agrario (IDA) en Instituto de Desarrollo Rural (INDER)”.

La misma pretende establecer el desarrollo rural territorial como una política de Estado, a cargo del Ministerio de Agricultura y Ganadería, como rector del sector agropecuario nacional, y su ejecución se confía al Instituto (artículo 1). Incorpora en sus definiciones las actividades agrarias productivas (agricultura, ganadería, silvicultura, acuicultura, pesca y maricultura) y el criterio de multifuncionalidad, incluyendo los principios constitucionales de fomento a la producción, distribución equitativa de la riqueza, solidaridad y justicia social (artículo 3). Para los propósitos perseguidos con la ley se incorporan, entre otras estas definiciones:

- a) **Actividades agrarias:** actividades productivas basadas en la utilización de los recursos naturales: agricultura, ganadería, silvicultura, acuicultura, pesca y maricultura.

- b) **Actividades no agrarias:** actividades productivas, industriales, comerciales y de servicios existentes en el medio rural.
- c) **Agrocadenas:** redes de relaciones en el proceso de obtención de determinados productos originados en el medio rural, agrarias y no agrarias, con el fin de agregar o aumentar su valor a lo largo de los diferentes eslabones, desde su etapa de producción hasta su uso final en los ámbitos territorial o extraterritorial, incluyendo la comercialización, el mercadeo y la distribución.
- d) **Asentamientos campesinos:** unidad física, económica, social, cultural y organizativa, producto del proceso de transformación agraria orientado por el Inder, que cuenta con vivienda y recursos de uso comunitario como caminos, escuela, puesto de salud, agua potable, electricidad y áreas administrativas.
- e) **Desarrollo rural territorial:** proceso de cambio integral en materia económica, social, cultural e institucional, impulsado en un territorio rural, con la participación concertada y organizada de todos los actores sociales existentes en dicho territorio, orientado a la búsqueda de la competitividad, la equidad, el bienestar y la cohesión e identidad social de sus pobladores.
- f) **Economías familiares rurales:** unidades económicas o empresas que funcionan de forma autogestionaria por la familia, con acceso a la tierra o no y al área rural en general. Se comportan como empresas familiares puesto que la familia constituye la reserva de mano de obra y, al mismo tiempo, una unidad de consumo. Por la posibilidad de satisfacer necesidades de consumo con su propia producción, combinan producción de subsistencia y de mercado. Muchas de ellas están envueltas en redes sociales de apoyo mutuo, así como en relaciones de interdependencia con otras empresas. En esta definición se incluye a los microproductores.
- g) **Multifuncionalidad:** variado conjunto de funciones desempeñadas en el medio rural, en donde a sus contribuciones generadas con las actividades rurales, agrarias y no agrarias (agroindustria, agronegocios, turismo y otros servicios) se suman hoy otras funciones esenciales para toda la sociedad, entre las que sobresalen la preservación de los recursos naturales, el suministro de servicios ambientales, el mejoramiento de los espacios y paisajes rurales y la extensión de las diversas modalidades de gestión agroambiental.
- h) **Pequeños y medianos productores agropecuarios rurales:** unidades económicas de carácter empresarial en las cuales la participación de la familia no es definitiva. La mayor parte de su producción está destinada al mercado y utilizan en forma regular mano de obra contratada.
- i) **Contratación agroindustrial:** proceso de integración productiva de los distintos sectores que participan en la actividad, productores, industrializadores y comercializadores, regido por principios que busquen establecer un régimen equitativo, garantizando la participación

racional y justa de cada sector. Se entenderá bajo parámetros de fomento a la producción y distribución equitativa de la riqueza, en consonancia con los valores de solidaridad y justicia social.

En su artículo 4, en cumplimiento de los fines que la misma ley dispone alcanzar, se establece que el INDER se regirá, entre otros, por los siguientes principios orientadores:

- a) **Función social de la propiedad:** las acciones del Inder deberán promover y ejercitar lo pertinente para hacer efectivo el principio de la función social de la propiedad.
- b) **Estructura de tenencia de la tierra:** el Inder orientará las acciones tendientes a transformar la estructura de la tenencia de la tierra, para que cumpla su función social de acuerdo con las facultades establecidas en la presente ley.
- c) **Territorialidad y descentralización:** tanto las acciones de planificación como de ejecución de las políticas de desarrollo territorial rural tendrán en cuenta el cumplimiento de las políticas públicas dictadas por el Poder Ejecutivo, sobre descentralización y desconcentración de las competencias y potestades del Inder, posibilitando que la política responda a las demandas y las necesidades originadas en los territorios rurales, considerando la complementariedad existente entre los espacios rurales y urbanos.

Los objetivos del desarrollo rural, establecidos en el artículo 5 de la Ley, son los siguientes:

- a) Promover y fomentar el bienestar económico y social en los territorios

rurales, mediante el apoyo económico a la diversificación y la generación de ingresos, empleo y prestación de servicios públicos.

- b) Colaborar para corregir las disparidades del desarrollo territorial por medio de la atención diferenciada a los de mayor rezago, mediante una acción integral que impulse su transformación y la reactivación productiva y económica, en especial de las economías familiares rurales, con un enfoque de desarrollo rural sostenible.
- c) Contribuir al autoabastecimiento del país mediante un impulso a la producción de alimentos, el desarrollo de la agroindustria para el consumo interno y la exportación, establecimiento de mecanismos de abastecimiento de los mercados locales y regionales en coordinación con los entes públicos competentes fomentando condiciones favorables para el acceso, especialmente a las mujeres rurales y a los sectores más vulnerables de los territorios rurales.
- d) Fomentar la conservación de la biodiversidad, el desarrollo de servicios ambientales rurales, el mejoramiento de los recursos naturales mediante el establecimiento de sistemas de producción, especialmente de agricultura orgánica, agroindustria y ganadería, promoviendo sellos de calidad y de denominaciones de origen, en coordinación con los entes públicos competentes en cada materia, para hacer sostenible la producción en los territorios rurales.
- e) Promover el derecho a la propiedad, acceso y control a la tierra y a otros activos del medio rural, incorporando

a las mujeres campesinas como una acción eficaz para contribuir a la equidad, el bienestar rural y la democracia, garantizando que el ordenamiento agrario busque una racional distribución cualitativa del recurso tierra.

- f) Establecer zonas de reserva agropecuaria, con el propósito de asegurar el uso productivo que más convenga al país, en resguardo del autoabastecimiento alimentario, con fundamento en la Ley N.º 7779, Uso, Manejo y Conservación de Suelos.
- g) Facilitar el acceso de los productores y las productoras rurales a los conocimientos, la información, el desarrollo tecnológico, la innovación y los servicios de apoyo económico requeridos para generar nuevos productos y procesos, fomentar la calidad e inocuidad en sus actividades productivas y de servicios, promoviendo el establecimiento de encadenamientos y alianzas en los cuales sean partícipes las economías familiares campesinas y los pequeños y medianos empresarios y empresarias rurales, en coordinación con las entidades públicas centralizadas y descentralizadas.
- h) Estimular la productividad y la producción para asegurar una alimentación saludable, nutritiva y culturalmente apropiada, respetando la diversidad existente en todos los territorios rurales bajo los principios de solidaridad, cooperación y complementariedad para garantizar el autoabastecimiento y la seguridad alimentaria de todos los habitantes del país, recurriendo a la generación y transferencia de tecnología que permita la articulación técnica, la extensión, la nutrición y la calidad.
- i) Impulsar la diversificación productiva del medio rural, tomando en cuenta su multifuncionalidad y sus potencialidades productivas, y su contribución a la preservación de la biodiversidad, la prestación de servicios ambientales a la sociedad, el mejoramiento de los espacios y paisajes rurales y la protección del patrimonio natural en los diversos territorios rurales del país.
- j) Promover el arraigo e integración de la población habitante de los territorios rurales del país, reconociendo y respetando la diversidad rural en un enfoque con participación de todos los sectores, para contribuir, coordinando con las instituciones competentes, al desarrollo de sus capacidades y su inclusión en los procesos de desarrollo económico, social, ambiental e institucional, mediante la generación de opciones agroproductivas y el impulso de planes de desarrollo rural territorial y los servicios de vivienda, salud y educación.
- k) Facilitar el acceso de las familias campesinas a las actividades productivas, reconociendo la diversidad de los sistemas de producción que incluyen producción de materias primas o alimentos básicos, comercialización agropecuaria y transformación agroindustrial.
- l) Fortalecer el sistema institucional rural y su articulación en los procesos de desarrollo mediante la ejecución de los planes de desarrollo rural territorial, diseñados con la participación de los campesinos sin tierra, las familias de los micros, pequeños y medianos productores, las dependencias públicas territoriales y los representantes de la sociedad civil, creando las condiciones para responder, de manera eficaz, a las necesidades y demandas territoriales y a la creación de las condiciones para que los actores locales sean gestores de su propio desarrollo.

- m) Fomentar los procesos de asociatividad, coordinando especialmente con las organizaciones campesinas de hombres y mujeres, como base fundamental para el impulso de iniciativas de los procesos de desarrollo rural, como sustentos de una verdadera participación ciudadana.
- n) Facilitar los procesos de capacitación, formación y educación rural, en coordinación interinstitucional, para que permita elevar el nivel cultural y técnico del sector campesino, especialmente en las áreas sociales, económicas, productivas y ambientales.
- ñ) Fomentar soluciones locales y territoriales de comercialización en coordinación con las instituciones públicas del sector agropecuario y con organizaciones agroproductivas afines.
- o) Estimular y apoyar económicamente la formación de cadenas de valor, para que los micros, pequeños y medianos productores generen valor agregado y servicios en el medio rural desde la etapa de preproducción hasta los procesos de transformación, industrialización y comercialización final, dándole impulso a la complementariedad en servicios agroindustriales entre productores rurales y la industria nacional.

En el Título II se plantea la transformación institucional del IDA en INDER, fijando su régimen patrimonial y financiero (artículos 14 al 37), pero además se incluyen normas sustantivas para la creación de un Fondo de Tierras, los sistemas de dotación, mediante arrendamiento o asignación, individual y colectiva, en función de los proyectos productivos o de servicios para el desarrollo rural territorial (artículos 38 al 72). Igualmente, se crea un Fondo de Desarrollo rural, regulándose el instituto del crédito rural (artículos 73-77).

Se establece en sus disposiciones finales y transitorias, la convalidación y saneamiento del régimen de la propiedad agraria adjudicada. Finalmente, se otorga la competencia de los conflictos agrarios a la Jurisdicción agraria, o a la contencioso-administrativa cuando corresponda, en el artículo 84, en el cual se dispuso:

“El conocimiento de las situaciones y relaciones jurídicas originadas en la presente ley corresponderá a la jurisdicción agraria, cuando por su contenido material o sustancial esté relacionada con una conducta administrativa en que esté de por medio la actividad agraria, agroambiental o de desarrollo rural, y de conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa, cuando la pretensión sea para cuestionar la invalidez o desconformidad sustancial con el ordenamiento jurídico administrativo de una conducta administrativa o de cualquier manifestación singular de la función administrativa.”

La Ley Orgánica del Consejo Nacional de Producción, más conocido como el CNP (Ley No. 6050 del 14 de marzo de 1977), crea otra institución clave para la política agraria, como política de Estado, dadas las funciones que se le asignan al ente y que enumera el artículo 3 de la Ley:

*“El Consejo tendrá como finalidad la transformación integral de las actividades productivas del sector agropecuario, en procura de su modernización y verticalización para darle la eficiencia y competitividad que requiere el desarrollo económico de Costa Rica; asimismo, facilitar la inserción de las actividades en el mercado internacional, con énfasis en los pequeños y medianos productores, para buscar una distribución equitativa de los beneficios que se generen, entre otros mediante esquemas de capacitación y transferencia tecnológica.”*

Además, tendrá como finalidad, mantener un equilibrio justo en las relaciones entre productores agropecuarios y consumidores, para lo cual podrá intervenir en el mercado interno de oferta y demanda, para garantizar la seguridad alimentaria del país.

Podrá fomentar la producción, industrialización, y el mercadeo de los productos agrícolas y pecuarios, directamente o por medio de empresas de productores agropecuarios organizados, avaladas o respaldadas por el Consejo.

El fomento de la industrialización y el mercadeo deberá obedecer a las prioridades de desarrollo económico; para este fin, el Consejo establecerá las reservas financieras correspondientes que le permitan obtener los recursos técnicos necesarios”.

Se le asignan, en consecuencia, la necesidad de impulsar programas de reconversión productiva (4 y 6), y la intervención del sector productivo, con la posibilidad de generar la organización necesaria para la producción almacenamiento, transformación y comercialización de productos agrícolas, en cooperación con organizaciones de productores.

Sus facultades de intervención en el mercado de oferta y demanda y en los procesos productivas, son potenciadas y desarrolladas en todas las funciones que enumera el artículo 5 (incisos a al w), tales como exportar e importar productos agropecuarios, promover la reglamentación de los mercados, el asociacionismo, programas de asistencia técnica y desarrollo social, intervenir el mercado de las semillas para fomentar su producción y disponibilidad, garantizar una participación de la mujer rural, vender productos en las bolsas, entre otras. Además, le corresponde establecer las condiciones de desempeño para la importación de frijol y maíz blanco (5 inciso

w y 5 bis), para lo cual debe coordinar con el Mag, el MEIC y el COMEX (Ley de Requisitos de Desempeño para la importación de frijol y maíz blanco con arancel preferencial No. 8763 de 21 de agosto del 2009).

El CNP, debe fungir, prioritariamente, como facilitador de acceso al mercado de suministros, por parte de los micro, pequeños y medianos productores agropecuarios, agroindustriales, pesqueros y acuícolas de Costa Rica (9). De modo tal que cuando se produzca desabastecimiento, el mismo CNP pueda contratar proveedores, vinculando a la Comisión Nacional de Emergencias, para el suministro genérico del tráfico ordinario del CNP, que deriven de la producción, e industrialización de productos agropecuarios, pesqueros y acuícolas (9) –según Ley No. 8700 del 17 de diciembre de 2008).

Esta organización, clave para el mercado agropecuario costarricense, debería tener recursos de capital suficientes para el ejercicio de sus funciones, conforme se indica en la Ley (arts. 10-14), máxime que tiene el monopolio de la Fábrica Nacional de Licores.

Podría decirse que el CNP, es una de las organizaciones más representativas del sector público y privado agropecuario, por cuanto su Junta Directiva se integra así: 1. El Ministro del MAG, quien preside; 2. El presidente ejecutivo del CNP, designado por el Consejo de Gobierno; 3. El presidente ejecutivo del INDER; 4. Un representante de Upanacional; 5. Un representante de pequeños productores agropecuarios, entre las que se incluyen los Centros agrícolas cantonales y, 6. Un representante de las cooperativas agropecuarias (15).

En los últimos años, no ha existido voluntad política para reactivar este otro brazo derecho del MAG, por el contrario, el CNP, ha sido una institución que no solo han desprestigiado,

sino que la han desmantelado pretendiendo su cierre o transformación (a un programa de Mercadeo Agropecuario). Sus instalaciones han sido abandonadas y no hay recursos ni para el pago de salarios de sus funcionarios. Sin embargo, pese a lo anterior, se han impulsado algunos programas importantes en materia de: Seguridad alimentaria, semillas, Certificación.

### **5. Las exigencias de calidad e inocuidad agroalimentaria en las actividades agrarias empresariales: agricultura orgánica**

La Ley No 8279 publicada en La Gaceta del 21 de mayo del 2002<sup>14</sup> crea el *sistema nacional de calidad* como marco estructural para las actividades vinculadas al desarrollo y la demostración de la calidad que facilite el cumplimiento de los compromisos internacionales en materia de evaluación de la conformidad, que contribuya a mejorar la

competitividad de las empresas nacionales y proporcione confianza en la transacción de bienes y servicios.

Esta normativa crea una serie de órganos como el laboratorio costarricense de metrología, el ente costarricense de acreditación, el órgano de reglamentación técnica, dispone sobre la normalización, etc. Especialmente el art 21, establece que el *Ente Costarricense de Acreditación* es el único autorizado a realizar los procedimientos de acreditación en lo que respecta a laboratorios de ensayo, y calibración, entes de inspección y control, entes de certificación y afines (art 21).<sup>15</sup> El Órgano de Normalización Técnica se encarga de emitir los diferentes reglamentos técnicos, entre los cuales pueden citarse aquellos que tengan una relación directa con actividades productivas, entre ellas, de biocomercio.

En Costa Rica, la legislación especial agraria, en particular, la Ley del *Consejo*

---

14. El transitorio II otorgaba un plazo de 3 años para que los laboratorios oficiales, estatales o privados que brindan servicios al Estado procedan a acreditarse, el cual ha vencido a la fecha. Es pertinente indicar que la Procuraduría General de la República, por medio Consulta 160-2002 del 18 de junio del 2002, determinó que "El ejercicio de las potestades de inspección, regulación y control por parte del Ministerio de Salud no depende de una acreditación, sino de la norma atributiva de competencia. La acreditación por parte de un ente público menor no puede entenderse una condición para el ejercicio de las potestades públicas que corresponden al Ministerio en materia de salud. Estima la Procuraduría que la obligación que se establece sobre los laboratorios estatales debe estar referida únicamente a los laboratorios organizados para participar en el mercado mediante la producción de bienes y servicios. Los laboratorios del Ministerio tienen como objeto el ejercicio de las potestades de imperio propias del Ministerio, por lo que debe interpretarse que no están sujetos a la acreditación, máxime que ésta ha sido atribuida a un ente menor, de carácter no estatal."

15. El transitorio II otorgaba un plazo de 3 años para que los laboratorios oficiales, estatales o privados que brindan servicios al Estado procedan a acreditarse, el cual ha vencido a la fecha. Es pertinente indicar que la Procuraduría General de la República, por medio Consulta 160-2002 del 18 de junio del 2002, determinó que "El ejercicio de las potestades de inspección, regulación y control por parte del Ministerio de Salud no depende de una acreditación, sino de la norma atributiva de competencia. La acreditación por parte de un ente público menor no puede entenderse una condición para el ejercicio de las potestades públicas que corresponden al Ministerio en materia de salud. Estima la Procuraduría que la obligación que se establece sobre los laboratorios estatales debe estar referida únicamente a los laboratorios organizados para participar en el mercado mediante la producción de bienes y servicios. Los laboratorios del Ministerio tienen como objeto el ejercicio de las potestades de imperio propias del Ministerio, por lo que debe interpretarse que no están sujetos a la acreditación, máxime que ésta ha sido atribuida a un ente menor, de carácter no estatal."

*Nacional de Producción*<sup>16</sup>, la *Ley Orgánica del Ambiente* y sus respectivos reglamentos, regulan el tema de la certificación de los productos agrícolas y derivados de la agricultura orgánica. El **Consejo Nacional de Producción**, como único ente acreditado en el país, bajo la normativa 45011, ha establecido una **Dirección de Calidad e Inocuidad agroalimentaria**, en la cual se trabaja fundamentalmente en las normas y certificaciones de calidad de productos.

Actualmente, dicho ente impulsa programas de reconversión productiva<sup>17</sup>, inspecciona y certifica productos agrícolas frescos en los cultivos de melón, mango, chayote y piña, los cuales están sometidos a la normativa del Codex Alimentarius. Sin embargo, hay muchos otros productos agroalimentarios que no han podido ser certificados, por

cuanto no tienen normas previstas en el Codex.<sup>18</sup> Los principios EUREPGAP y la Ley de Bioterrorismo, han propiciado la implementación de programas de Buenas Prácticas Agrícolas, Manufactureras y de Transportes (BPA, BPM, BPT), a través del Área de Normas y Certificación de la Dirección de Calidad e Inocuidad Agroalimentaria<sup>19</sup>, mediante la cual se han desarrollado diversas etapas<sup>20</sup>.

Los logros son bastante significativos<sup>21</sup>, y le han permitido a Costa Rica colocarse en el primer país a nivel regional y en el tercer país a nivel latinoamericano de empresas certificadas bajo la norma EUREPGAP. Se exige a todas las empresas y organizaciones receptoras de recursos de reconversión productiva implementar los programas

16. Ley Orgánica del Consejo Nacional de Producción, No.2035 del 17 de junio de 1956 y sus reformas.

17. Este programa se origina a partir de la Ley No. 7742 del 15 de enero de 1998, sobre la "Creación del programa de reconversión productiva del Sector Agropecuario", la cual, en su artículo 1 declara de interés público la ejecución, y el desarrollo de un programa de reconversión productiva, que permita transformar integralmente los procesos productivos del sector agropecuario, para insertarlos en el mercado internacional.

18. HERNÁNDEZ, Herman. *Las normas de calidad para productos agropecuarios*, cit., pág. 101.

19. HERNÁNDEZ, Herman. *Programas de Gestión de Calidad e Inocuidad de Productos Agrícolas*. En: [www.cnp.go.cr](http://www.cnp.go.cr)

20. *Capacitación de las agroempresas* en temas concernientes a la Gestión de Calidad e Inocuidad de los productos agropecuarios, así como de los sistemas normativos. *Formación de profesionales*, jefes de planta, gerentes o personal de planta de la agroempresa como impulsor y conocedor de Sistemas Integrales de Calidad e Inocuidad en su empresa. Desarrollo en las agroempresas de los *soportes documentales* requeridos por los Sistemas Integrales de Calidad e Inocuidad, para demostrar su eficacia y eficiencia a sus clientes. Desarrollo en conjunto con las agroempresas de los *Manuales de Calidad* y un plan de minimización de riesgos para las agroempresas. *Verificación* del adecuado desarrollo de los documentos y la implementación del Sistema de Gestión de la Calidad e inocuidad en cada agroempresa. Promover el *proceso de certificación* en las agroempresas nacionales, mediante las herramientas adoptadas en Gestión de Calidad e Inocuidad.

21. VILLALOBOS, Hugo. Desarrollo de una cultura de calidad e inocuidad para proyectos financiados por reconversión productiva. [www.cnp.go.cr](http://www.cnp.go.cr). Los procesos de certificación, tienen la siguiente metodología de trabajo: 1. Evaluación técnica de las fincas y la planta de empaque: el objetivo es contar con un diagnóstico técnico que abarque aspectos de estructura organizativa, de producción, comercialización e infraestructura; 2. Generación de un informe que describa la situación actual de la agroempresa, su problemática, fortalezas y recomendaciones; 3. Elaboración del Manual de Calidad e inocuidad (procedimientos que describen los procesos, registros, instructivos, trazabilidad); 4. Capacitación y asesoría a productores y empleados de planta de empaque en aspectos de calidad, inocuidad, organización de la estructura, manejo de registros, riesgos laborales, riesgos ambientales, infraestructura de campo y planta de empaque; 5. Visitas de seguimiento para medir el avance de la implementación y 6. Auditoría de pre certificación.

de Gestión de calidad e inocuidad.<sup>22</sup> Los desembolsos del Fondo de Reconversión Productiva, a favor de los agricultores, deben estar sujetos al avance que demuestren las agroempresas en la implementación del Sistema de Gestión de Calidad e Inocuidad, comprensiva de BPA Y BPM.

**a. Agricultura orgánica.** La *Ley Orgánica del Ambiente*, en sus artículos 73 y siguientes, introduce en el marco legal ambiental, las consideraciones sobre la agricultura biológica u orgánica.

Según el artículo 73, de dicha Ley se entiende por agricultura ecológica la que emplea métodos y sistemas compatibles con la protección y el mejoramiento ecológico, sin emplear insumos o productos de síntesis química. La agricultura ecológica o biológica es sinónimo de agricultura ecológica. El Estado debe de promover la agricultura orgánica<sup>23</sup> u ecológica como actividad complementaria a la agricultura y a la agroindustria tradicional, correspondiendo al *Ministerio de Agricultura y Ganadería* la rectoría de ese sector, con la investigación científica y la transferencia de tecnología.

El desarrollo detallado de estas disposiciones generales se encuentra en la Ley de desarrollo, promoción y fomento de la actividad agropecuaria orgánica, No. 8542 del 27 de setiembre del 2006, declarándola

de interés público, con el propósito de lograr un equilibrio y proteger la salud humana, animal y vegetal. Se define como actividad agropecuaria orgánica (art. 5):

*“a) Actividad agropecuaria orgánica: toda actividad agropecuaria y su agroindustria, que se sustente en sistemas naturales para mantener y recuperar la fertilidad de los suelos, la diversidad biológica y el manejo adecuado del recurso hídrico, y que propicie los ciclos biológicos en el uso del suelo. Desecha el uso de agroquímicos sintéticos, cuyo efecto tóxico afecta la salud humana y el ambiente, así como el uso de organismos transgénicos.*

*Esta actividad, además de contribuir al equilibrio ambiental, tiende a un equilibrio sociocultural de las formas de organización comunitaria indígena y campesina, integra a las prácticas actuales los conocimientos tradicionales, genera condiciones laborales justas, defiende el derecho de las personas a producir alimentos sanos y prioriza el uso de recursos locales.”*

Se dispone la importancia de la creación de grupos de productores orgánicos organizadas (GPO), así como los períodos de transición, y los mecanismos de certificación. Además, se contemplan los beneficios ambientales agropecuarios, brindados por los sistemas

22 La agricultura orgánica tiene una estrecha vinculación con los denominados sellos verdes o certificación ambiental. Sus productos pueden calificar como “ecológicos” (artículo 74) siempre y cuando obtengan una certificación otorgada por una agencia nacional o internacional acreditada ante el Estado costarricense. En la actividad agraria para la producción o procesamiento (conexa) bienes vegetales o animales ecológicos, tanto la materia prima como los aditivos y componentes secundarios deben estar igualmente certificados. Para calificar, en la actividad agraria no puede utilizarse productos de síntesis química durante tres años por lo menos. En caso contrario podrá calificarse solo como producto en transición hasta que cumpla los tres años requeridos. Respecto a la calificación de productos orgánicos o en transición se seguirán las normas internacionales dictadas por los organismos internacionales de producción ecológica (art. 75).

23 Tribunal Agrario, sentencia No. 249 14:20 del 30 de abril del 2004.

de producción agropecuarios orgánicos que inciden en la protección y el mejoramiento del ambiente tales como la mitigación de emisiones de gases de efecto invernadero, la protección del agua y la biodiversidad, y la protección de agroecosistemas orgánicos (Capítulo VII, se fijan los incentivos).

Le corresponde al MAG las labores de promoción, desarrollo, fomento, administración y control de la actividad agropecuario orgánica. Debe definir los períodos de transición (3 años) y posterior certificación de los productos orgánicos. Además se promueve la educación en esta materia a las personas u organizaciones agricultoras orgánicas, experimentadoras, y comunidades indígenas, entre otras.

En el Capítulo V de la Ley incorpora el apoyo a los mercados, tanto nacionales como internacionales, para los productos orgánicos, para lo cual el MAG debe regular vía reglamento el proceso de certificación nacional y de terceros. Se prevé la creación de espacios y normas para la venta para los mismos. También se regula el deber del Estado de proteger el acceso y uso de semillas criollas, con el propósito de conservar el “patrimonio genético criollo”.

Asimismo, se prevé la protección de la producción orgánica ante el riesgo de contaminación con OGM (art. 22), estableciéndose una responsabilidad solidaria con el Estado, en los casos de que se produzcan daños y perjuicios. Para ello el MAG debe definir un registro y las zonas de los cultivos, y si se comprueba una actividad no autorizada el mismo MAG debe tomar las medidas necesarias para evitar la contaminación de los cultivos orgánicos y del ambiente.

A la actividad agropecuaria orgánica se le otorgan una serie de beneficios y exoneraciones fiscales.

## **6. Inclusión de las indicaciones geográficas y denominaciones de origen en el ordenamiento nacional**

La Ley de Marcas y otros signos distintivos No. 7978 del 6 de enero del 2000 adoptó las definiciones sobre denominaciones de origen e indicaciones geográficas, contenidas en los Convenios internacionales. También contiene dentro de sus conceptos, los de marca colectiva, marca de certificación y marca notoriamente conocida (art. 2 y 3). El título VIII está dedicado al tema de las “Indicaciones geográficas en general”. Además, debe indicarse que la Ley N° 8632 del 28 de marzo de 2008, artículo 1° aparte b), reformó así el concepto de **Indicación geográfica**: “Una indicación que identifica un producto como originario del territorio de un país, o de una región o una localidad de ese territorio, cuando determinada calidad, reputación u otra característica del bien sea imputable fundamentalmente a su origen geográfico. Todo signo o combinación de signos, en cualquier forma, serán susceptibles de constituir una indicación geográfica”.

El capítulo I “**Indicaciones geográficas en general**”, de dicho título, está compuesto únicamente por tres artículos. El art. 71 prohíbe el uso en el comercio de indicaciones falsas, o aunque literalmente verdaderas en cuanto al territorio, la región o localidad de origen de los productos o servicios, sugiera al público una idea falsa o engañosa de su origen, o cuando pueda originar confusión

o error acerca del origen, procedencia, características o cualidades del producto o servicio, o constituya u acto de competencia desleal. El art. 72 prohíbe la publicidad cuando genere ese mismo efecto, y se prohíbe en el registro de marcas el empleo de las expresiones “clase”, “tipo”, “estilo”, “imitación” u otras análogas.

El capítulo II “**Denominaciones de origen e indicaciones geográficas**” es mucho más amplio en su contenido, y su título ha sido modificado también por la Ley *Ley N° 8632 del 28 de marzo de 2008, artículo 1° apartado I*). Se crea el registro de denominaciones de origen e indicaciones geográficas, dentro del Registro de la propiedad Industrial. Las mismas, sean nacionales o extranjeras, se registran “a solicitud de uno o varios de los productores, fabricantes o artesanos que tengan su establecimiento de producción o de fabricación en la región o en la localidad a la cual corresponde la denominación de origen, o a solicitud de alguna autoridad pública competente”.

Los requisitos de la solicitud de registro son los siguientes: a) El nombre, la dirección y nacionalidad de los solicitantes y el lugar donde se encuentran sus establecimientos de producción o fabricación; b) La denominación de origen o indicación geográfica cuyo registro se solicita; c) La zona geográfica de producción a la que se refiere la denominación de origen o indicación geográfica; d) Los productos o servicios para los cuales se usa; E) Una reseña de las cualidades o características esenciales de los productos o servicios para los que se usa.

En caso de que se cumplan todas las condiciones, se procede a aprobar el registro y su inscripción correspondiente, mediante una resolución que indica expresamente la zona geográfica delimitada de producción, los productos o servicios a los cuales se aplica la denominación de origen o la indicación geográfica, y las cualidades o características esenciales de los productos (salvo cuando por la naturaleza del producto o el servicio u otra circunstancia, no sea posible precisar tales características). El registro de la denominación de origen o indicación geográfica debe ser publicado en el diario oficial.

La denominación de origen o indicación geográfica tiene una duración indefinida, y puede ser modificado, cuando cambien algunas de las características indicadas en la resolución. Solo los productores, fabricantes o artesanos autorizados y que desempeñan su actividad dentro de la zona geográfica delimitada, pueden utilizar comercialmente la denominación de origen o indicación geográfica registrada para sus productos o servicios indicados en el registro. Pueden emplear junto con ella la expresión “denominación de origen” o “indicación geográfica”.

Los conflictos que surjan sobre las acciones relativas al derecho de usar una denominación de origen o indicación geográfica registrada se deben ejercer ante los tribunales correspondientes, por lo cual consideramos que si se trata de una DO que esté referida a un producto agrario, o involucre sujetos agrarios, deberá ser ventilado el asunto ante la Jurisdicción Agraria. También está prevista la acción de nulidad, en el artículo 81, la cual puede ser pedida por cualquier sujeto con interés legítimo, cuando se demuestre que el registro de la denominación de origen

o indicación geográfica, está dentro de las prohibiciones de la Ley.

El 14 de marzo del 2007, fue promulgado el Decreto No. 33743, que es el *Reglamento de las Disposiciones Relativas a las Indicaciones Geográficas y Denominaciones de Origen*, Contenidas en la Ley de Marcas y Otros Signos Distintivos, Ley N° 7978 del 6 de Enero del 2000 y sus reformas.

La Ley de Registro Nacional de 1975 y sus sucesivas modificaciones, hasta llegar a la Ley No. 8710 del 10 de marzo del 2009, logró integrar bajo una sola institución los registros y dependencias, para unificar criterios, facilitar los trámites y mejorar las técnicas de inscripción.

## **7. Reconocimiento del Derecho agroalimentario en la jurisprudencia costarricense**

La Jurisprudencia costarricense ha venido reconociendo, paulatinamente la importancia del nuevo derecho agroalimentario: “La tendencia actual de la jurisdicción agraria, es la evolución de su competencia a todo lo relacionado con el derecho agroambiental, agroalimentario y al desarrollo rural sostenible, como nuevas dimensiones de la materia, originadas en los derechos humanos de la tercera generación, que están perfectamente contenidos en nuestra Constitución Política, especialmente, en los artículos 45, 46, 50 y 69, así como en todas las leyes agrarias, agroambientales, agroalimentarias así como todas las normas orientadas a promover el desarrollo rural sostenible. En efecto, solo para citar algunos ejemplos, la actual Ley de Biodiversidad

No. 7788 del 30 de abril de 1998, le otorga competencia a la jurisdicción agraria (artículo 108), para conocer de todas las controversias relacionadas con la biodiversidad, cuando sea entre particulares. En esta misma normativa, el artículo 8 contempla la función económica, social y ambiental de la propiedad inmueble, y en diversas normas se regula todo lo relativo a los servicios ambientales (artículo 37 y siguientes), en consonancia con lo dispuesto por la Ley Forestal No. 7575 del 5 de febrero de 1996 y sus reformas. Ella contiene regulado todo el régimen relativo a los bosques y plantaciones forestales, sean estos públicos o privados, estableciendo reglas especiales para la regulación de las actividades privadas. Las leyes relativas al desarrollo rural sostenible del país, tales como Ley de Tierras y Colonización, Ley Orgánica del Ambiente, Ley de Fomento a la Producción Agropecuaria, entre otras, también contienen disposiciones relacionadas con la planificación, el uso de los terrenos públicos y privados, a fin de que los mismos cumplan la función social de la propiedad, y presten servicios ambientales o rurales a las comunidades. Especialmente, la Ley de Uso, Manejo y Conservación de Suelos No. 7779 de 30 de abril de 1998, también contiene disposiciones sobre competencia favorable a la jurisdicción agraria en su artículo 56. Por otra parte, el tema del desarrollo rural sostenible es de especial importancia actual, dentro de una visión de apertura de los mercados, de inversión extranjera y de desarrollo de las zonas especialmente aptas para el agroturismo, el ecoturismo y el turismo rural, conceptos que hoy define la doctrina moderna como parte de una noción ampliada de la materia agraria. Estas actividades, tienen a revalorizar el medio rural, el ambiente, la cultura de los pueblos y comunidades

rurales; especialmente, a revalorizar la función del territorio (y lógicamente, los terrenos privados ubicados en él), para que los visitantes de esas zonas se compenetren con el modo de vida, con las tradiciones, con el ambiente natural y rural. Todo ello es parte de la revalorización e importancia que estos fundos “agroambientales”, tienen no solo desde una óptica puramente económica (como sería la inversión), sino también desde una perspectiva empresarial orientada a promover el desarrollo rural sostenible del país, y promover la inversión a fin de lograr un mejor equilibrio social, económico y ambiental de las comunidades rurales. También el tema agroalimentario, ofrece una rica y muy dispersa legislación sobre la materia, contenida en normas no

sólo constitucionales, para proteger la salud de los consumidores (artículo 46), sino en normas legales orientadas a promover la seguridad agroalimentaria interna, tales como la Ley del Consejo Nacional de la Producción, la legislación en materia de salud, de medidas sanitarias y fitosanitarias, así como los acuerdos y tratados internacionales firmados en el marco de la Organización Mundial del Comercio, y del Sistema de Integración Económica, Social y Ambiental Centroamericana.”<sup>24</sup>

Propiamente en cuanto a la discusión de medidas cautelares relacionadas con signos distintivos, el Tribunal Agrario y la Sala Primera de Casación, han definido la competencia agraria.<sup>25</sup>

---

24 Tribunal Agrario, sentencia No. 249 14:20 del 30 de abril del 2004.

25 Tribunal Agrario, sentencia No. 665-C-12, del 31 de mayo del 2012.



# **LOS RECLAMOS ARBITRALES COLECTIVOS COMO MECANISMO PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS BAJO LA GUÍA JURÍDICA SOBRE AGRICULTURA POR CONTRATO DE UNIDROIT, FIDA & FAO**

**Bach. Viviana Méndez Valle<sup>1</sup>**

**SUMARIO.** 1. Introducción. 2. La agricultura por contrato y su presente regulación en la Guía Jurídica de UNIDROIT, FIDA, y FAO. 3. La posibilidad de utilizar el arbitraje colectivo masivo en el contexto de la agricultura por contrato. 3.1. El arbitraje colectivo masivo: conceptos y alcances. 3.2. La arbitralidad del derecho agrario. 4. Las reglas procedimentales y el proceso arbitral colectivo masivo. 4.1. El consentimiento. 4.2. La ley aplicable a la cláusula arbitral debe permitir la posibilidad de interponer reclamos masivos arbitrales. 4.3. Los reclamos emergente de los diferentes contratos deben estar relacionados. 5. Beneficios de acudir al arbitraje en materia *ius agraria*. 6. Conclusiones.

## **1. Introducción**

La posibilidad de interponer reclamos arbitrales colectivos<sup>2</sup> – un concepto relativamente nuevo en el mundo del arbitraje – se postula como una alternativa atractiva y económicamente viable para la resolución de

ciertos conflictos emergentes de los contratos agrícolas regulados por la Guía Jurídica sobre Agricultura por Contrato creada por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), el Fondo Internacional para el Desarrollo Agrícola (FIDA) y la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO).

A pesar del fenómeno de la industrialización y globalización en materia agraria, los contratos agrícolas continúan estando dotados de inequidad entre las partes contratantes, lo cual dificulta la redacción y ejecución del contrato, así como el acceso a la justicia en el caso de incumplimiento contractual del contratista.

Tras el lanzamiento de la Guía de Agricultura por Contrato, las instituciones redactoras de la misma se plantearon la interrogante de averiguar la viabilidad de utilizar los mecanismos alternos a la justicia colectivos para balancear la inequidad en el acceso y la resolución de conflictos entre productores agrícolas y contratistas.

---

1 Bachiller en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, actualmente egresada de la Licenciatura y próxima a defender su tesis. Fue pasante del Bufete especializado en Arbitraje Internacional, Three Crowns LLP en la oficina de Washington D.C., así como en el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Internacional Privado (UNIDROIT) de las Naciones Unidas en Roma, Italia.

2 Los términos “reclamos arbitrales colectivos”, “reclamos masivos” “arbitrajes colectivos” o “arbitrajes masivos” son utilizados de manera neutra a lo largo del presente artículo sin referencia a las acciones colectivas propias de cada jurisdicción independiente.

Específicamente, se tenía la inquietud de saber si los reclamos colectivos en arbitraje podrían utilizarse para solucionar controversias que se originaran cuando un contratista incumplía (por las mismas razones) miles de contratos con sus diferentes productores agrícolas, y estos contratos eran similares o idénticos en término de contenido (generalmente conocidos como contratos estándares o adhesivos).

En un intento de analizar esta posibilidad, la Secretaría de UNIDROIT compiló un estudio preliminar sobre el tema, y algunas de las discusiones y consideraciones sobre este se pueden observar aquí. Estas incluyen: **(1)** el análisis del nuevo modelo propuesto por UNIDROIT, FIDA y FAO con respecto a la regulación de la agricultura por contrato; **(2)** la viabilidad de utilizar el arbitraje colectivo como un mecanismo equitativo de acceso a la justicia para los agricultores; y **(3)** las reglas procedimentales en el proceso arbitral colectivo masivo y **(4)** los beneficios de este proceso en materia *iusagraria*.

## **2. La agricultura por contrato y su presente regulación en la Guía Jurídica de UNIDROIT, FIDA, y FAO**

La agricultura por contrato<sup>3</sup> describe la relación contractual entre un productor agrícola y un contratista para la producción y venta de ciertos bienes agrícolas, usualmente de conformidad con los

términos y requerimientos del contratista, y/o con la ayuda financiera del mismo. La naturaleza de dicho tipo de contrato es extremadamente compleja pues excede la simple compraventa de mercancías entre un productor y un contratista. Por ejemplo, en ocasiones las partes acuerdan de antemano el cumplimiento de diversas obligaciones relativas a la producción, calidad y/o venta de los bienes.

Mientras la agricultura y los mercados agrícolas permanecen siendo claves para el desarrollo económico y el crecimiento de las diferentes regiones del mundo, hasta recientemente, la agricultura por contrato permanecía siendo un tópico no regulado por el derecho internacional.<sup>4</sup> Naturalmente, esta falta de reglamentación resultó en la creación de problemas significantes en la redacción, ejecución, y resolución de contratos en el mercado agrícola, y se remontó como una prioridad legal que debía ser solucionada por la comunidad global.

Con la finalidad de aliviar los inconvenientes nacientes de estos contratos, este verano, UNIDROIT, FIDA y FAO lanzaron la “Guía Jurídica de Agricultura por Contrato.” Dicha Guía provee un instrumento comprensivo que discute ampliamente la distinta gama de contratos agrícolas, la formación y estructura de estos contratos, las diversas obligaciones que pueden ser adquiridas por cada parte, y finalmente, la variedad de mecanismos

3 Específicamente, la Guía describe la agricultura por contrato como “la producción agrícola y de mercadeo que se lleva a cabo bajo un acuerdo previo entre productores y sus compradores, sosteniendo la producción de una amplia variedad de comodidades agrícolas que crecen en varios países.” Ver: UNIDROIT, FAO & IFAD, Contract Farming Legal Guide, (2015), iii.

4 De hecho, a la fecha muchos países no regulan de manera expresa la agricultura por contrato en sus legislaciones domésticas. Tal es el caso de Alemania, Austria o Suiza que no hay habilitado leyes al efecto para esta fecha. Por ejemplo, ni el Código Civil Alemán (Bürgerliches Gesetzbuch, “BGB”), ni el Código de Comercio Alemán (Handelsgesetzbuch, “HGB”) contienen legislación específica en contratos agrícolas.

para la resolución de conflictos, incluyendo métodos de resolución alternativa de disputas.

Al regular la agricultura por contrato mediante un instrumento internacional, estos tres organismos buscan “incrementar la actividad agrícola, mejorar la calidad de vida presente en al pobreza rural, y jugar un rol en la prevención del éxodo rural,”<sup>5</sup> todo mientras le otorgan a los agricultores y a los contratistas un marco legal que les permita reestructurar sus contratos y satisfacer las necesidades de cada parte. En este sentido, a pesar que la Guía no constituye un elemento legal exigible, sí sirve de base para reformar las legislación agraria de las varias jurisdicciones, y de esta forma, que sean las legislaciones de cada estado las que regulen esta problemática de formas más específicas en línea con cada gobierno.

Asimismo, como un instrumento reciente, la Guía Jurídica de Agricultura por Contrato busca explorar, *inter alia*, alternativas viables a los mecanismos de resolución de controversias que sean económicamente atractivas para los agricultores, quienes generalmente se ven afectados e impedidos de acudir a la justicia por su situación socioeconómica constreñida. En este tenor, la Guía intenta ofrecer variedad de opciones a los contratistas y los productores para la solución de controversias en el mercado agrícola y este mercado de producción.

Actualmente, la Guía propone varios mecanismos para solucionar controversias al amparo de la agricultura por contrato. Algunas de estas sugerencias incluyen redactar contratos que estipulen en sus cláusulas mecanismos de exigibilidad del cumplimiento del contrato, o acciones correctivas que disminuyan el efecto del incumplimiento de una de las partes.<sup>6</sup> Otras sugerencias incluyen proveer mecanismos de quejas entre los agricultores y las compañías contratistas, para evitar tornar la disputa en un litigio individual con cada agricultor, lo que podría resultar lesivo para los intereses del agricultor. Finalmente, la Guía ofrece un capítulo que discute la interposición de recursos alternativos a la justicia convencional, en específico, la mediación y el arbitraje.<sup>7</sup>

En la Guía, la discusión con respecto a la interposición del recurso arbitral es bastante sencilla y generalizada, y se limita a explicar qué es el arbitraje, y qué deberán contemplar la partes contratantes para poderse someter a estos procesos. Se parte del entendimiento que la mayoría de los contratos agrícolas surten efectos dentro de un solo país,<sup>8</sup> por lo cual la lectura del proceso arbitral se hace con énfasis al arbitraje doméstico.

Por consiguiente, el presente artículo presente expandir sobre los lineamientos básicos de la Guía, explorando la posibilidad de recurrir al arbitraje colectivo para solucionar disputas de agricultura por contrato y así otorgar mayor sustento al entendimiento y la ejecución de la Guía.

---

5 Ver UNIDROIT, FAO & IFAD, *Contract Farming Legal Guide*, (2015), iii.

6 Ver UNIDROIT, FAO & IFAD, *Contract Farming Legal Guide*, (2015), 163.

7 Ver UNIDROIT, FAO & IFAD, *Contract Farming Legal Guide*, (2015), 214 et seq.

8 Ver UNIDROIT, FAO & IFAD, *Contract Farming Legal Guide*, (2015), 17-18.

### **3. La posibilidad de utilizar el arbitraje colectivo masivo en el contexto de la agricultura por contrato**

Los reclamos masivos arbitrales podrían ser utilizados para solucionar controversias que nazcan de la agricultura por contrato.

La posibilidad de utilizar el arbitraje colectivo masivo en el contexto de agricultura por contrato toca sobre dos temas cruciales en el arbitraje: (3.1) el concepto y el alcance de los reclamos colectivos en el arbitraje; y la (3.2) la arbitrabilidad de la materia agraria.

#### **3.1. El arbitraje colectivo masivo: conceptos y alcances**

La utilización del arbitraje como un método para la resolución de reclamos colectivos masivos es un tema nuevo, complejo, y relativamente poco explorado.

Para entender el concepto de arbitraje colectivo, o reclamos en masa en el proceso arbitral, es clave entender qué es el proceso arbitral. El arbitraje es un método de resolución alternativa de disputas<sup>9</sup> en

el cual las partes de una disputa acuerdan en resolver sus controversias frente a un árbitro privado,<sup>10</sup> y no ante una corte derecho. El proceso encuentra su sustento en el consentimiento de las partes de querer someterse a un tribunal arbitral, de esta manera declinando el derecho fundamental de acceder a la justicia convencional.<sup>11</sup>

Existen varias modalidades de arbitrajes, las cuales pueden ser: internacional o doméstico (dependiendo del tipo de partes de la disputa, su lugar de negocios, el lugar donde se lleve a cabo el arbitraje, o la escogencia de ley aplicable)<sup>12</sup> comercial, de deportes, o de inversión (dependiendo de la materia), y *ad hoc* o institucional (dependiendo de las reglas e institución del proceso arbitral).

Tradicionalmente, el proceso arbitral implicó la resolución de un conflicto entre dos partes, una parte actora y otra demandada. Mas, conforme las transacciones comerciales se tornaron más complejas, se ha hecho más común que los casos arbitrales lidien con múltiples partes o múltiples contratos.<sup>13,14</sup> Específicamente, la Cámara de Comercio Internacional (CCI) reporta que casi un tercio de los procedimientos que se llevan a cabo en esta institución son procesos involucrando a múltiples partes.<sup>15</sup> A pesar de ello, desde la

9 Fouchard, Emmanuel L'arbitrage commercial international, Dalloz, Paris (1965) p. 11.

10 COLLOT Mathias, DEBEAUD, Laurent. L'arbitrage international, disponible en la página: <http://www.anales.org/ri/2000/11-2000/03-09.pdf> (1991), p. 3.

11 FOUCHARD, Emmanuel. L'arbitrage commercial international. Editorial Dalloz, Paris, 1965.

12 MAZONI, Charles. International Arbitration: The Key Elements, (2004), estableciendo que el arbitraje doméstico está consternado preponderantemente con cuestiones nacionales o domésticas, y si "todo lo relacionado con ese arbitraje está relacionado con esa única jurisdicción, entonces se habla de arbitraje doméstico."

13 PARK, William W. Non-signatories and international contracts: an arbitrator's dilemma, en Permanent Court of Arbitration (ed.), Multiple Party Actions in International Arbitration, Oxford University Press (2009), pp. 1-31.

14 Esto se conoce como arbitraje multi parte o multi contrato.

15 WYSS, Lukas. Multi-party contract and multi-party arbitration proceedings in Switzerland: What commercial users should know, disponible en: [https://www.bratschi-law.ch/fileadmin/daten/dokumente/newsletter/2014/2014-08-21\\_05\\_Finaler\\_Beitrag\\_LWY.pdf](https://www.bratschi-law.ch/fileadmin/daten/dokumente/newsletter/2014/2014-08-21_05_Finaler_Beitrag_LWY.pdf)

década de los noventa al día de hoy se sigue intentando buscar soluciones para unificar el arbitraje multi parte y diseñar soluciones al número de problemas que se presentan aquí.<sup>16</sup>

En esta misma línea, ha surgido una discusión en cuanto al proceso arbitral colectivo, o de reclamos en masa en sede arbitral. Específicamente, este tema anudó la atención de especialistas en arbitraje a partir del año 2011, con el fallo de un Tribunal del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) en el caso de *Abaclat y otros contra la República de Argentina*.<sup>17</sup>

En *Abaclat*, el Tribunal afirmó su jurisdicción y admitió el caso para resolver una disputa presentada por ciento ochenta mil inversionistas (tanto personas físicas como jurídicas) contra la República de Argentina por el defecto de pago de su deuda soberana al amparo del Tratado Bilateral de Inversiones (TBI) entre Italia y Argentina.<sup>18</sup>

El caso de *Abaclat* ha servido como el pilar sobre el cual descansa la discusión del futuro de la utilización del proceso arbitral en reclamos masivos,<sup>19</sup> y ha incitado explorar la posibilidad de utilizar estos procesos

colectivos en áreas distintas al arbitraje de inversión. A la fecha, el precedente de *Abaclat* ha sido reiterado en dos ocasiones por otros Tribunales del CIADI en el caso de *Giovanni Alemanni y otros contra la República de Argentina*, y el caso de *Ambiente Ufficio contra la República Argentina*.<sup>20</sup>

A pesar de ello, el fallo de *Abaclat* ha dejado grandes interrogantes en cuanto a la naturaleza del proceso masivo, la definición del término “arbitraje colectivo masivo”, las áreas en las que podría utilizarse este proceso, o la regulación del procedimiento al lidiar con millones de partes.

La terminología “arbitrajes colectivos masivos” resulta una controversial, cuyo contenido y límites no han sido propiamente definidos por la jurisprudencia o la doctrina. La definición de este concepto se utilizó originalmente en el caso de *Abaclat* para intentar explicar el fenómeno que allí ocurría, y se basó en parte en un intento de diferenciar el procedimiento de reclamos masivos en sede arbitral específico al caso, a los procesos litigiosos colectivos que existen en otros países como lo son las acciones de clase, o el sistema de grupo de litigio inglés. En otras palabras, se pretendía diferenciar el tipo de reclamo del que se trataba de matices parroquiales propios de cada jurisdicción.

16 BOND Stephen. *Recent Developments in International Chamber of Commerce Arbitration*. Practising Law Institute (ed.), New York, (1988), 55-101.

17 *Abaclat and others v. The Argentine Republic*, ICSID Caso No. ARB/07/5, Decision on Jurisdiction and Admissibility, (4 Agosto de 2011), pp. 294-298.

18 Es importante notar que el Tribunal de *Abaclat* estableció que la cuestión de resolver reclamos colectivos en arbitraje era una cuestión de admisibilidad y no de jurisdicción.

19 WIESSNER Siegfried. *Democratizing International Arbitration*, Mass Claims Proceedings in *Abaclat v. Argentina*, *Journal of International and Comparative Law*, Miami (2014), pp. 55-83.

20 Ver por ejemplo. *Giovanni Alemanni and others v. The Argentine Republic*, ICSID Caso No. ARB/07/08, Decision on Jurisdiction and Admissibility (17 Noviembre. 2014); *Ambiente Ufficio v. The Argentine Republic*, ICSID Caso No. ARB 08/09, Decision on Jurisdiction and Admissibility (8 Febrero 2013).

No obstante, el fallo de Abaclat no definió el número de partes requeridos para que se pueda hablar de arbitrajes colectivos masivos, dejando así un vacío normativo en la regulación de este tema. Asimismo, la terminología “arbitraje colectivo masivo” no se ha utilizado por otros tribunales de CIADI en situaciones similares que involucren la acción de gran cantidad de actores. Estos tribunales han considerado que en situaciones que involucran a solo unos cientos de actores, el término arbitraje multi parte es suficiente;<sup>21</sup> por ejemplo, esta fue la postura que tomó el Tribunal de Ambiente Ufficio contra Argentina, el cual consideró que por tratarse de noventa actores, el término arbitraje multi parte era más apropiado que el adoptado por Abaclat. La carencia del entendimiento de arbitraje masivo deja la interrogante de saber si el término arbitraje colectivo masivo se refiere a situaciones que involucren necesariamente a millones de partes, o si bien el término utilizado por el Tribunal de Abaclat es innecesario y podría simplemente utilizarse el arbitraje multi parte para explicar este tipo de situación.

En igual sentido, para continuar con la definición del término arbitraje colectivo masivo, es importante comparar la definición dada en Abaclat con la adoptada por la doctrina y las distintas jurisdicciones.

Si bien los reclamos masivos no han sido propiamente regulado en el arbitraje,<sup>22</sup> estos sí pueden ser clasificados de distinta

manera en la doctrina. En ella, los reclamos masivos pueden ser agrupados en tres tipos de procedimientos: los procesos representativos,<sup>23</sup> los procesos agregados, o los procesos colectivos híbridos. Estas agrupaciones dependerán de la naturaleza de cada proceso, las partes de la disputa, y la manera en la cual estas interactúan con respecto al proceso contencioso.

Los procesos representativos se refieren al procedimiento bajo el cual un grupo de actores interpone una demanda en representación de los intereses de un grupo, o en defensa de los mismos. Esto significa que únicamente un grupo pequeño de actores se presentará en los escritos del proceso, pues este grupo representará a los demás. Los procesos representativos son mejor ilustrados en los Estados Unidos mediante la figura de las acciones de clases (class actions). Dichas acciones se regulan mediante la Regla número 23 de las Reglas de Procedimiento Federal, las cuales establecen los requisitos para interponer estas acciones. La acción de clase le permite a las partes la vindicación de sus reclamos que de manera contraria no podrían ser perseguidos de manera individual. La acción de clase consiste en otorgarle a un grupo la posibilidad de representar a un grupo mayor, para permitir que ciertos reclamos sean escuchados en conjunto cuando son similares en términos legales y de hecho.<sup>24</sup>

21 Ver por ejemplo: *Giovanni Alemanni and others v. The Argentine Republic*, ICSID Caso No. ARB/07/08, Decision on Jurisdiction and Admissibility (17 Nov. 2014); *Ambiente Ufficio v. The Argentine Republic*, ICSID Caso No. ARB 08/09, Decision on Jurisdiction and Admissibility (8 Feb. 2013).

22 Born, Gary, Review of Class, Mass, and Collective Arbitration in National and International Law, by S.I. Strong, *Kluwer Arbitration Blog* (20 Febrero. 2015), disponible en: <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2015/02/20/review-of-class-mass-and-collective-arbitration-in-national-and-international-law-by-s-i-strong/> (Fecha de consulta 16 de septiembre de 2015).

23 Ver por ejemplo., Cooper Alexander, Janet, *An Introduction to Class Action Procedure in the United States*, available in: <https://law.duke.edu/grouplit/papers/classactionalexander.pdf> (Fecha de consulta 16 de septiembre de 2015).

24 Cooper Alexander, Janet, *An Introduction to Class Action Procedure in the United States*, available in: <https://law.duke.edu/grouplit/papers/classactionalexander.pdf> (Fecha de consulta 16 de septiembre de 2015).

Los procesos agregados son aquellos mediante los cuales cada parte consiente a someter sus reclamos a una corte o un tribunal arbitral y se representa de manera y a título personal. Los daños y perjuicios colectivos se presentan mediante una agrupación de reclamos, y no mediante la representación de un grupo. Un ejemplo de los procedimientos agregados es el utilizado mediante el mecanismo de facultativo establecido por el Grupo de Orden de Litigio inglés, en el cual se crea un registro judicial de reclamos individuales que surgen producto de los mismos hechos, y que luego se agregan y se le asignan a un mismo juez para el manejo de los mismos.

Finalmente, los procesos híbridos colectivos son aquellos procesos que inician como procesos agregados y se convierten en procesos representativos a lo largo del proceso. El ejemplo más evidente en este tema es el mismo de Abaclat, en el cual cada inversionista inició la acción y el reclamo arbitral a título personal, mas conforme avanzó la acción se materializó en una acción representativa en representación del grupo de ciento ochenta mil partes.

Por su parte, y en yuxtaposición con el proceso colectivo arbitral, existen tribunales internacionales<sup>25</sup> que sí han regulado reclamos masivos, al igual que otras jurisdicciones. Países como Estados Unidos,<sup>26</sup> Brasil,<sup>27</sup>

---

25 Ver por ejemplo los Tribunales de Irán-Estados Unidos y el Tribunal de Naciones Unidas de Comisión para la Compensación.

26 En los Estados Unidos, los procesos masivos son permitidos en el proceso civil en la forma de procesos representativos que se conocen como acciones de clase o, en inglés "class actions." Para poder interponer una acción de clase existen varios requisitos que deben satisfacerse, los cuales se encuentran desglosados bajo la regla número 23 de las Reglas Federales de Proceso Civil. Bajo la Regla 23, una corte tendrá jurisdicción para aceptar acciones de clase cuando: (1) el requerimiento de 'numerosidad' se vea satisfecho (es decir que los miembros de la clase no sean tantos que puedan tornar la acción impráctica); (2) deben haber cuestiones de hecho y derecho similares en los diferentes reclamos; (3) los reclamos y las defensas deben ser típicos para ambos lados; (4) los representantes de la clase deben otorgar justa y adecuada protección para los intereses de la clase. En cuanto al arbitraje masivo, por su parte, en el caso de Stolt-Nielsen S.A. v. Animal Feeds International Corp., la Corte Suprema de los Estados Unidos determinó que los reclamos arbitrales en Estados Unidos se permitiría, sin embargo, las partes deben previamente acceder al reclamo masivo previo a poder participar en el procedimiento.

27 Los litigios de clase son permitidos en el procedimiento civil brasileño sujetos a la aplicación en materia de derechos difusos y colectivos, así como los derechos individuales homogéneos (principalmente derechos del consumidor o derechos laborales, determinados de manera específica la ley de protección del consumo y la ley de acción civil pública brasileña.) La ley brasileña contempla específicamente los tipos de procedimientos representativos y determinar qué partes tienen la legitimidad para poder presentar esos reclamos (asociaciones, uniones, la oficina de la procuraduría pública, entre otros.) Las partes se deben adherir a la decisión del proceso siempre y cuando el resultado sea positivo, de manera contraria, tienen la posibilidad de interponer un recurso a título individual.

Inglaterra,<sup>28</sup> Francia,<sup>29</sup> Dinamarca,<sup>30</sup> Noruega, Alemania,<sup>31</sup> Italia,<sup>32</sup> Finlandia y Suecia han desarrollado reglas que permiten que

numerosas partes actoras interpongan una acción de grupo para solucionar una controversia.

- 28 En Inglaterra, hay cuatro tipos distintos de procedimientos de arbitraje multi parte, contemplando ambos espectros de procesos representativos o agregados. De particular importancia, en Inglaterra se permite que un número ilimitado de partes se unan al procedimiento a través de la consolidación de casos o la unión al proceso de terceras partes.
- 29 Mientras no existieron por una gran cantidad de tiempo, con la introducción de la llamada ley "Hamon" de 2014, los reclamos masivos se introdujeron en la ley francesa, en los artículos L. 423-1 to L. 423-18 and R. 423-1 to 423-25 presentes en el código del consumidor francés. En Francia, esta acción solo puede iniciarse por los consumidores. Este procedimiento recae sobre el principio de "optar dentro del proceso" en yuxtaposición con el sistema americano donde las partes deben "optar fuera del proceso" para no ser unidos por la acción. En este sentido, la ley francesa obliga que las partes indiquen expresamente que quieren ser representados dentro de la acción por algún representante, generalmente una asociación. La iniciativa de interponer dichas acciones solo es posible, en este sentido, si es presentado por una asociación de consumo debidamente registrada, y mientras que la disputa en cuestión sea de la competencia y conocimiento de dicha asociación, lo cual se define en el estatuto de cada asociación. Asimismo, en Francia, la acción colectiva se reserva únicamente para los procedimientos civiles y no para los procesos arbitrales. De esta manera deberán aplicarse las reglas ordinarias procesales civiles y el Tribunal competente será el Tribunal de Grande Instance. Asimismo, existe un procedimiento acelerado en cuanto a estas acciones que se dispone en el artículo 905 del Código de Procedimiento Civil. Finalmente, la ley de Hamon contiene una disposición que estas acciones colectivas podrán mediar, bajo el acuerdo que cualquier decisión deberá ser sometida ante una instancia judicial para la aprobación del acuerdo por parte de la corte. Para más información ver: <http://www.hfw.com/Entree-en-vigueur-effective-de-l-action-de-groupe-a-la-francaise-Octobre-2014>
- 30 Ver por ejemplo la nueva ley danesa de proceso civil.
- 31 Bajo la ley alemana, las acciones de clase son permisibles de manera restricta en sede arbitral y judicial. En el litigio civil, debe tenerse en cuenta que dichas acciones generalmente no son permisibles, y, particularmente, los procedimientos que se basan en un sistema de "optar fuera del procedimiento" (como el caso de Estados Unidos, no son mecanismos previstos por el Código de Procedimiento Civil (Zivilprozessordnung, referido como el ZPO). Inclusive podría verse que este tipo de procedimientos violentan la política pública alemana. La ley alemana permite unir acciones individuales en una sola en tanto en el proceso civil como arbitral en varios supuestos. En el litigio, tres supuestos pueden surgir. El primero se conoce como la unión de partes ("Streitgenossenschaft"); el segundo se conoce como la acción de grupo ("Verbandsklage"); y el tercero se conoce como el caso ejemplar ("Musterprozess"). Bajo el primer caso (unión de partes), la Sección 59 y 60 del ZPO le permite a las partes unir diferentes reclamos tramitados de manera individual en el proceso civil. Una acción se puede unir a otra si: a) las partes de los diferentes procesos tienen un interés común con respecto a un derecho en específico que les está siendo violentado (por ejemplo, derechos de propiedad, responsabilidad conjunta, partes que actúan como deudores solidarios); b) si su derecho u obligación se basa en la causa exacta legal (por ejemplo un contrato o un acto cometido de manera conjunta que pueda dar paso a responsabilidad extracontractual) o; c) si la base de hecho y de derecho de los reclamos son esencialmente similares, como es el caso cuando las partes han concluido contratos similares con un tercero y ahora están tramitando reclamos idénticos contra la tercera parte. En caso de aprobarse la unión de los reclamos de las partes, la evidencia presentada por una parte será válida para las demás partes (siempre y cuando sea aplicable), a pesar de ello las partes son libres de someter su propia evidencia para la consideración del juez. Las partes, en este tipo de procesos, también tienen la posibilidad de redactar escritos sin tener que consultar a las otras partes con quienes unieron la acción. Las partes también tienen la posibilidad de apelar cualquier decisión sin tener que apearse a las acciones de las demás partes. En cuanto al segundo tipo de situación bajo la cual se pueden tramitar acciones grupales, la ley alemana permite acciones de grupo de consumidores contra prácticas monopolísticas o competencia desleal (ver las Secciones 8-10 del "Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb"), así como contra el uso inválido de términos y condiciones abusivos (ver "Unterlassungsklagengesetz" Sections 1 et seq.) Finalmente, con respecto al caso ejemplar, la ley alemana permite a las partes en disputa a declarar en un caso que se encuentre pendiente a resolver que ellas quieren que se resuelva de manera similar a otro caso cuando las cuestiones legales sean esencialmente similares. Este acuerdo será válido únicamente entre las partes, teniendo ningún efecto sobre terceros. En lo que concierne al proceso arbitral, la unión de terceros al arbitraje (ya sea para la parte actora o demandada) es permisible y es sujeto a prácticamente las mismas reglas que en el litigio. Los terceros pueden unirse al proceso siempre y cuando las partes y el tribunal acuerden esto (Ver Schwab/ Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, 7th Ed. 2005, Part I, Chapter 16, IV, 2, d).
- 32 En Italia, como es el caso en Francia, las acciones de grupo están dirigidas a proteger los derechos del consumidor y el ambiente. Es decir, las reglas están diseñadas a proteger derechos colectivos. El derecho italiano presupone que las acciones grupales deberán ser interpuestas por una asociación registrada ante una corte. La disposición al efecto puede leerse en el artículo 140-bis del Código del Consumidor de esta nación. El ámbito de esta acción supone verificar la responsabilidad del actor del daño y de condenar al negocio de la reparación de costas, en el caso en que los derechos del consumidor hayan sido violados.

Cada una de estas jurisdicciones ha adoptado diferentes procedimientos colectivos (ya sea arbitrales o en sede civil) con algunos países como Estados Unidos optando por procesos grupales representativos, y otros como Inglaterra, adoptando distintas modalidades agregadas o representativas.

Sin embargo, la mayoría de los países (con la salvedad de jurisdicciones como Estados Unidos) han restringido en su legislación la acción colectiva, permitiendo su uso en circunstancias taxativas, relacionadas preponderantemente con la violación de derechos fundamentales colectivos (como el caso del ambiente), derechos laborales colectivos (como el caso de Brasil)<sup>33</sup> o bien en caso del derecho del consumidor, como es el caso de España o Brasil.

Asimismo, cada jurisdicción le ha dotado a estos procedimientos diferentes nombres (cuyos términos incluyen acciones de clases, reclamos masivos, arbitraje multi parte, procesos agregados, procesos representativos, entre otros), no obstante, la finalidad con la que cuentan es la misma: ofrecer una ventaja para el grupo de partes que interponen los reclamos masivos.

Las ventajas de litigar en grupo y no de manera individual le otorga a las partes una

reducción significativa en los costos, les evita la existencia de decisiones contrarias y duplicadas, y le otorgan a las partes individuales la posibilidad de litigar con altos estándares de representación legal.<sup>34</sup>

En este sentido, el arbitraje colectivo también comparte la misma finalidad que el proceso colectivo en otras jurisdicciones. Sin embargo, lo que quizás diferencia el proceso arbitral colectivo del litigio colectivo es la versatilidad que este parece ofrecer al permitir que se constituyan acciones representativas o agregadas, siempre y cuando esto refleje la intención de las partes y no sea contraria a la ley aplicable al proceso arbitral.

De esta manera, no existen reglas taxativas que limiten o definan el contenido del proceso a ciertas acciones u otras, en el tanto las acciones sean relacionadas y encuentren su sustento en la existencia de un acuerdo arbitral.

### **3.2 La arbitrabilidad del derecho agrario**

La arbitrabilidad del derecho agrario dependerá específicamente de la legislación de cada país, no obstante, en caso que estos temas no sean regulados (como no lo es en la mayoría de las jurisdicciones), esto no debería inhibir *prima facie* a un Tribunal

---

33 Ver el artículo 14(2) de la Constitución de Brasil.

34 Sushama, Deepu Jojo, Mass Claims in Investment Arbitration- The Need of the Hour, Kluwer Arbitration Blog, (4 Marzo 2015), available at: <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2015/03/04/mass-claims-in-investment-arbitration-the-need-of-the-hour/>

Arbitral de conocer un reclamo masivo cuya controversia se origine de disputas de agricultura por contrato.

La agricultura por contrato intenta regular las relaciones comerciales existentes entre productores agrícolas y contratistas. Si bien muchas jurisdicciones analizan esta relación como una transacción comercial (sujeta al derecho comercial), en otros países se puede contemplar que esta relación cae fuera del derecho comercial, y bien dentro del derecho agrario.

En esta circunstancia, el tema de la posibilidad de arbitrar estas disputas colectivamente se pone en tela de duda, pues se establece la interrogante si el derecho agrario es un tema arbitrable.

El derecho agrario hace referencia a la legislación que regula la agricultura, y como esta se relaciona con otras disciplinas jurídicas, así como con el desarrollo de la humanidad.<sup>35</sup> Por su parte, el tema de la arbitrabilidad es regulado en el artículo II de la Convención de Nueva York. Hace referencia a la posibilidad de que la relación jurídica existente regulada por una cláusula arbitral sea capaz de ser sometida al arbitraje.<sup>363738</sup> Existen ciertas materias que han quedado fuera del alcance del conocimiento de los Tribunales Arbitrales ya que han sido consideradas por los legisladores de los distintos países que pueden infringir sobre

el orden público. Tal es el caso por ejemplo de materias regulando temas de derecho penal, leyes de competencia y derecho del consumidor, transacciones de acciones, y fraude o corrupción.<sup>39</sup> En duda sobre la cuestión si una disputa es arbitrable o no, la mayoría de los Estados han adoptado una postura "pro-arbitraje", es decir, permitiendo la posibilidad de arbitrar salvo acuerdo expreso en contrario.<sup>40</sup>

En cuanto al tema de arbitrar colectivamente disputas agrícolas, este no es un tema que haya sido debatido (afirmativa o negativamente) por la mayoría de los países. En igual sentido, el tema tampoco es debatido por la Guía, quien simplemente estipula o asume que el arbitraje es una posibilidad para la resolución de los conflictos que puedan nacer al amparo de la Guía. Finalmente, las instituciones que han aceptado resolver acciones grupales lo han hecho estipulando que será permitido siempre y cuando así lo permita la ley aplicable.<sup>41</sup> Consecuentemente, para analizar propiamente si podrían arbitrase disputas agrícolas de manera colectiva al amparo de esta Guía, debería analizarse la legislación de cada país, viendo en específico las regulaciones en cuanto a qué tipo de disputas se pueden arbitrar y quién puede someterlas a arbitraje. Esta interpretación debería de hacerse conforme a la presunción pro arbitraje en materia de arbitrabilidad, favoreciendo la posibilidad de arbitrar las disputas, salvo que la legislación estipule lo contrario.

35 ALVARENGA Ivo. El concepto de Derecho Agrario, disponible en: [http://www.fder.edu.uy/agrario/doctrina/alvarenga\\_concepto.pdf](http://www.fder.edu.uy/agrario/doctrina/alvarenga_concepto.pdf) (Fecha de consulta: 16 de Septiembre de 2015).

37 Born, Gary, *International Commercial Arbitration*, Wolters Kluwer, The Hague, (2009), 1060.

38 DI PIETRO Domenico Applicable laws under the New York Convention. En FERRARI Franco, KRÖLL Stefan (Editores), *Conflict of Laws in International Arbitration*. Sellier European Law Publishers (2011), 72.

39 VAN DEN BERG, Albert Jan, *The New York Convention of 1958*, Boston, Kluwer (1981), 152-54.

40 LEW Julian D M, MISTELLIS LOUIS KRÖLL Stefan. *Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International. The Hague (2003).

41 Ver por ejemplo el caso de Estados Unidos, Italia, Francia, Inglaterra, Alemania, y España.

Por ejemplo, si tomamos el caso de algunos países podría inferirse que arbitrar disputas en materia agrícola podría ser una posibilidad. En Costa Rica, la ley de resolución alternativa de conflictos en su artículo 18 establece que: “podrán someterse a arbitraje las controversias de orden patrimonial, presentes o futuras, pendientes o no ante los tribunales comunes, fundadas en derechos respecto de los cuales las partes tengan plena disposición y sea posible excluir la jurisdicción de los tribunales comunes (...) [t]odo sujeto de derecho público, incluyendo el Estado, podrá someter sus controversias a arbitraje, de conformidad con las reglas de la presente ley y el inciso 3), del artículo 27 de la Ley General de la Administración Pública.” De esto se concibe que las disputas agrícolas, siempre y cuando sean de carácter patrimonial y no infrinjan las leyes públicas o el orden público podrán ser arbitradas.

Similarmente, en Brasil, se estipula que cualquier persona que tenga capacidad para concluir un contrato también tendrá la capacidad de resolver las disputas patrimoniales ahí dispuesta mediante el arbitraje.<sup>42</sup> Asimismo, en Estados Unidos se estipula que las disputas patrimoniales se pueden arbitrar colectivamente siempre y cuando haya anuencia de las partes al respecto.

De ello se desprende que el tema de la arbitrabilidad de la materia agraria (si así se han de considerar las relaciones contractuales que nacen de la agricultura por contrato) dependerá de la regulación aplicable a cada conflicto de manera independiente. No obstante, deberá tenerse en consideración que ante la ausencia de una ley que regule esto, no deberá descartarse dicha posibilidad de manera inmediata, sino deberá analizarse e interpretarse la ley aplicable en cada situación. Esto pues aunque las disputas agrarias pueden tocar una variedad de temas, en lo que concierne a la agricultura por contrato, las disputas serán en esencia “patrimoniales” permitiendo que se utilice el arbitraje como un método para dirimir dichas controversias.

#### **4. Las reglas procedimentales y el proceso arbitral colectivo masivo**

Retomando la cuestión inicial que se planteaban las instituciones que redactaron la Guía Legal de Agricultura por Contrato, estas querían saber – en caso que fuese posible – cuáles reglas procedimentales debían aplicarse y qué proceso debía seguirse en el caso de que surgiera una disputa entre varios agricultores y un contratista a raíz de diferentes contratos individuales estandarizados entre cada agricultor y el mismo contratista.

---

42 *Abaciat and others v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/5, Decision on Jurisdiction and Admissibility, (4 Agosto 2011), pp. 294-298. Asimismo ver el artículo 1 de las reglas de JAMS de resolución de disputas de clase.

En afán de contestar dicha pregunta, debe iniciarse con responder cuáles podrán ser las reglas aplicables al proceso colectivo arbitral. A la hora de tramitar los reclamos masivos, las partes pueden utilizar las reglas procedimentales de una institución (si someten las controversias a una institución arbitral) o bien pueden designar sus propias reglas mediante el arbitraje *ad hoc*.<sup>43</sup>

Si bien la mayoría de las instituciones arbitrales no han adoptado reglas procedimentales específicas a la resolución de reclamos masivos, muchas de las reglas proveen mecanismos para lidiar con pluralidad de partes. Por consiguiente, aún ante la ausencia de reglas específicas para lidiar con este tema, esto no debería impedir que este tipo de proceso se lleve a cabo.

Contrariamente, si las partes deciden utilizar el arbitraje *ad hoc*, las mismas pueden diseñar un procedimiento específico para lidiar con la pluralidad de partes, el nombramiento de árbitros dentro de otras cosas.

Al respecto se desprende que independientemente de lo novedoso que es arbitrar reclamos colectivos, es posible hacerlo mediante las reglas de una institución o propias para solucionar controversias que nazcan de la agricultura por contrato.

En cuanto a los requisitos procedimentales para establecer procesos arbitrales colectivos para el caso en concreto que se plantean UNIDROIT, FIDA y FAO, es importante

recaltar que los requisitos procedimentales para llevar a cabo estos procesos no han sido estipulados de manera uniforme, pues el derecho internacional y nacional han permanecido hasta ahora bastante silenciosos sobre el tema. No obstante, es posible determinar cuáles podrían ser los requisitos al efecto mediante la interpretación de la ley o la analogía.<sup>44</sup>

Para interpretar la ley y descifrar cuáles deberían ser los requisitos para interponer reclamos en masa, se pueden observar las consideraciones y deliberaciones en el caso de Abaclat, se puede estudiar como otras instituciones arbitrales han resuelto problemas del arbitraje multi parte, y también puede observarse cuáles son los requisitos que establecen las diferentes jurisdicciones para solucionar este tipo de controversias.

En la perspectiva de Abaclat, el Tribunal determinó que la cuestión de admitir reclamos masivos es un tema de admisibilidad y no de jurisdicción, y que lo imperante no es determinar el consentimiento de las partes a arbitrar reclamos colectivos, mas la permisibilidad del TBI y la Convención de CIADI de permitir estos reclamos al amparo de su reglamentación.<sup>45</sup>

En otra óptica, el arbitraje multi parte y el arbitraje multi contrato se refieren a la posibilidad de que varias partes que han concluido diferentes contratos pueden llevar a cabo un único proceso consolidado en el

43 Ver el artículo 1 de la Ley 9,307/96 de Brasil.

44 Ver UNIDROIT, FAO & IFAD, Contract Farming Legal Guide, (2015), pp. 208-209.

45 Roberts, Anthea, Clash of Paradigms: Actors and Analogies Shaping the Investment Treaty System, available in: [http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/Roberts\\_-\\_Clash\\_of\\_Paradigms\\_-\\_4\\_Dec\\_2012-1.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/Roberts_-_Clash_of_Paradigms_-_4_Dec_2012-1.pdf)

cual se resuelvan todas las disputas entre las diferentes partes y los diferentes contratos.<sup>46</sup> En el arbitraje son la figura más similar a los reclamos en masa que tienen reglas expresas regulándolos, por lo cual sirven como una buena fundación para obtener las reglas que pueden aplicar al arbitraje multi parte. En estos casos, un Tribunal va a tener jurisdicción para resolver estas controversias siempre y cuando las partes hayan accedido a arbitrar las disputas multi partes<sup>47</sup> y siempre que la ley aplicable a la resolución de las disputas permita este procedimiento. Adicionalmente, el tema de si un Tribunal resolverá disputas de diferentes contratos es un tema de admisibilidad, el cual el Tribunal determinará casuísticamente, siempre y cuando los diferentes reclamos en los contratos se encuentren relacionados.<sup>48</sup> Similarmente, cuando se analizan diferentes sistemas legales nacionales, puede hacerse ver que la mayoría de las jurisdicciones contemplan esta posibilidad (ya sea de manera taxativa o amplia) siempre y cuando la acción de grupo sea congruente, es decir, que los reclamos sean similares,<sup>49</sup> y que el grupo tenga intereses comunes en el proceso.<sup>51</sup><sup>52</sup>

Por consiguiente, tras analizar estas distintas reglas (en el caso de Abaclat, mediante las reglas del arbitraje multi parte, y en el contexto del proceso civil de las diferentes jurisdicciones) se puede inferir razonablemente que un tribunal arbitral aceptaría llevar a cabo un proceso colectivo siempre y cuando: **(4.1)** las partes hayan consentido a arbitrar reclamos colectivos; **(4.2)** la ley aplicable a la cláusula de resolución alterna de conflictos permita que se lleve a cabo este procedimiento; y **(4.3)** los reclamos que den pie al proceso sean relacionados en hecho y derecho.

#### **4.1 El consentimiento**

Si las partes de un proceso arbitral de reclamos masivos no ha consentido arbitrar la disputa, es probable que cualquier laudo sea anulado<sup>53</sup> o bien no reconocido.<sup>54</sup>

El arbitraje, como todo método de resolución alternativo de conflictos, recae en su totalidad sobre el consentimiento de las

46 Ver *Abaclat and others v. The Argentine Republic*, ICSID Caso No. ARB/07/5, Decision on Jurisdiction and Admissibility, (4 Agosto 2011), pp. 489-492, 515.

47 HANOTIAU, Bernard. *Complex Arbitrations: Multi Party, Multi Contract, Multi Issue, and Class Actions*. Kluwer Law International (2006), p. 3.

48 HANOTIAU Bernard. *Complex Arbitrations: Multi Party, Multi Contract, Multi Issue, and Class Actions*. Kluwer Law International (2006), 3.

49 PLATTE Martin, *When Should Arbitrators Join Cases*, *Arbitration International*, Vol. 18, Issue 1, (2002) pp. 82-83, 93.

50 Ver por ejemplo la nueva ley danesa de proceso civil.

51 Como se estableció supra, En los Estados Unidos de América, existen varios requisitos para que una corte pueda aceptar jurisdicción para resolver litigios grupales de caso lo cuales se detallan en la Regla 23 de las Reglas Federales del Proceso Civil. En este sentido deben satisfacerse el requisito de numerosidad, las cuestiones de hecho y derecho deben estar relacionadas, los reclamos y la defensa deben ser típicos entre sí y los representantes de la clase deben proveer una adecuada representación de intereses para el resto del grupo.

52 Nater-Bass, Gabrielle *Class Action Arbitration: A New Challenge?*, en Müller, Christoph; Rigozzi, Antonio (eds.), *New Developments in International Commercial Arbitration*, Geneva (2008), 7.

53 Nater-Bass, Gabrielle *Class Action Arbitration: A New Challenge?*, en Müller, Christoph; Rigozzi, Antonio (eds.), *New Developments in International Commercial Arbitration*, Geneva (2008), 3.

54 En este sentido ver el artículo 34 de la Ley Modelo de Arbitraje Internacional Comercial de CNUDMI, y su comentario disponible en: <http://www.uncitral.org/pdf/english/clout/MAL-digest-2012-e.pdf>

partes de someter sus disputas a estos procedimientos.<sup>55</sup> Esto pues la mayoría de los estados consideran que el derecho de acudir a la justicia convencional se constituye en un derecho fundamental,<sup>56</sup> por lo cual los acuerdos privados que depravan a las partes de esta posibilidad, como los acuerdos arbitrales, deben ser expresamente hechos.<sup>57</sup> Por ello, las partes deben probar que querían arbitrar, y en qué medida. En el caso que no logre demostrarse este acuerdo se concluirá que el laudo será nulo o no ejecutable.<sup>58,59</sup>

Para demostrar el consentimiento, el mismo puede ser manifestado mediante una gama de opciones: ya sea de manera expresa<sup>60,61</sup> o mediante una manera implícita (cuando a través de las acciones de las partes se indica el asentimiento de las partes a arbitrar una disputa).<sup>62</sup>

En el caso de los reclamos masivos, nace la duda de si las partes deben acordar expresamente que quieren arbitrar reclamos

masivos o no. Es decir, que las partes deben aceptar a este proceso también.<sup>63</sup> Al respecto, en el caso de *Abaclat*, se dispuso que este no debía ser el caso, mas que debía verificarse si las partes habían accedido a arbitrar, y debía verificarse que la ley aplicable que había sido de la escogencia de las partes permitía solucionar reclamos en masa.

No obstante, si llegara a disponerse que sí debe demostrarse el consentimiento de las partes a arbitrar reclamos masivos para que pueda darse este proceso esto también es factible. Generalmente, resultaría inusual que las partes expresamente incluyeran una disposición que manifestara que estas acceden a arbitrar reclamos masivos pues las partes generalmente incluyen cláusulas arbitrales estándares. A pesar de ello, en Estados Unidos se ha convertido una práctica establecer de manera contraria en el convenio arbitral que no se permite resolver reclamos masivos, por lo cual si estos se dispusiera quedaría expresamente

---

55 Leer el artículo V de la Convención de Nueva York de 1958.

56 BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. Wolters Kluwer, The Hague, (2009), p. 1141.

57 VILLALOBOS LÓPEZ, Adelina; PARÍS CRUZ, Mauricio, La cláusula arbitral a partes no signatarias, *Revista de Ciencias Jurídicas*, 2013, 27.

58 SCHREUER, Christoph, Consent to arbitration, available at: [http://www.univie.ac.at/intlaw/con\\_arbitr\\_89.pdf](http://www.univie.ac.at/intlaw/con_arbitr_89.pdf), University of Vienna (2007), 1-41.

59 Ver, por ejemplo, el artículo 34 de la Ley Modelo de Arbitraje Internacional Comercial de CNUDMI.

60 PARK William W. Non-signatories and international contracts: an arbitrator's dilemma, en *Permanent Court of Arbitration* (ed.), *Multiple Party Actions in International Arbitration*, Oxford University Press (2009), 1-31.

61 Un acuerdo arbitral sirve para excluir la jurisdicción de las cortes y acordar arbitrar las disputas en esta sede. El acuerdo puede ser escrito antes que surja la disputa o posterior a ella (lo que se conoce como un acuerdo de sumisión). Para más información sobre esto ver: RUBINO-SAMMARTANO, Mauro, *International Arbitration: Law and Practice*, 2nd. Ed., Kluwer Law International, The Netherlands (2001), 195 o BLACKABY, Nigel; Partasides, Constantine; Redfern, Alan; Hunter, Martin, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford University Press, New York (2009) ¶1-10.

62 Generalmente, un acuerdo arbitral es prueba fehaciente del consentimiento de partes de someter sus disputas al arbitraje. Ver, por ejemplo: GRAFFI, Leonardo, *Law Applicable to the Validity of the Arbitration Agreement*, en FERRARI, Franco, KRÖLL Stefan (Editores). *Conflict of Laws in International Arbitration*, Sellier European Law Publishers (2011), 21.

63 PARK William W. Non-signatories and international contracts: an arbitrator's dilemma, en *Permanent Court of Arbitration* (ed.), *Multiple Party Actions in International Arbitration*, Oxford University Press (2009), 1-31.

declarado que las partes no querían arbitrar este tipo de reclamos.<sup>64</sup>

No obstante, podría presumirse el consentimiento implícito de las partes a arbitrar reclamos masivos en determinadas circunstancias,<sup>65</sup> como si por ejemplo la escogencia de ley de las partes lo permitiese, o pudiera inferirse de la correspondencia de las partes que esto fue acordado. En este sentido, el Tribunal debería interpretar las acciones de las partes, sus declaraciones, y la ley aplicable para determinar si las partes tácitamente aceptaron a que se llevara a cabo un proceso de reclamos masivos.<sup>66</sup>

Siempre y cuando un Tribunal pueda razonablemente inferir que las partes han consentido al arbitraje (ya sea al arbitraje colectivo o no) sería posible que se lleve a cabo este tipo de procedimiento.

#### **4.2. La ley aplicable a la cláusula arbitral debe permitir la posibilidad de interponer reclamos masivos arbitrales**

Para que puedan resolverse reclamos masivos en sede arbitral, es necesario que la ley aplicable a la cláusula arbitral<sup>67</sup> designada en los diferentes contratos permita resolver reclamos masivos en sede arbitral.

Si un laudo arbitral contradice las leyes bajo las cuales este fue hecho, esta decisión no será ejecutable de conformidad con el artículo V de la Convención de Nueva York.<sup>68</sup> Por ejemplo, en el caso de *Abaclat*, la parte demandada alegó que un Tribunal no podía resolver disputas que originar de reclamos masivos porque dicho procedimiento no era permisible bajo la Convención del CIADI o el TBI de Argentina- Italia.<sup>69</sup> Si la parte demandada tuviera razón, cualquier decisión que permitiese resolver los reclamos masivos pudo haber sido anulada. Sin embargo, la

64 *Abaclat and others v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/5, Decision on Jurisdiction and Admissibility, (4 Agosto 2011), p 485 ss.

65 Los acuerdos arbitrales son creaturas contractuales: expresan un acuerdo entre partes de someter sus disputas al arbitraje y no a la jurisdicción ordinaria, y establecen cómo y en qué manera las partes querían arbitrar. En otras palabras, le permiten a las partes decidir el ámbito del convenio arbitral y el tipo de disputas que podrán ser arbitradas o conocidas por un tribunal. Por ende, en ocasiones las partes incorporan cláusulas arbitrales estrechas que estipulan que no se pueden resolver cierto tipo de disputas (por ejemplo disputas masivas) en un proceso arbitral. Esta práctica de excluir la arbitrabilidad de reclamos masivos mediante una cláusula arbitral se ha tornado más común. Consecuentemente, es recomendado que las partes que quieran arbitrar masivamente una disputa que nazca de la agricultura por contrato debe verificar que esta posibilidad no haya sido excluida por la cláusula arbitral.

66 PARK William W. Non-signatories and international contracts: an arbitrator's dilemma, en *Permanent Court of Arbitration* (ed.), *Multiple Party Actions in International Arbitration*, Oxford University Press (2009), p. 1.1.

67 LEW, Julian D M, MISTELLIS, Louis KRÖLL Stefan *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, The Hague (2003). pp. 7-60.

68 Es importante tener en cuenta que la ley aplicable al acuerdo arbitral no es necesariamente la misma ley que gobierna la ley del contrato mismo. Como el acuerdo arbitral es un contrato por sí solo, puede ser gobernado por su propia ley (independiente de la ley del contrato). Para mayor información al respecto ver: RUBINO-SAMMARTANO Mauro. *International Arbitration: Law and Practice*, 2nd. Ed., Kluwer Law International, The Netherlands (2001), 231.

69 BARRY Matthew *The Role of the Seat in International Arbitration: Theory, Practice, and Implications for Australian Courts*, *Journal of International Arbitration*, Vol. 32, Issue 3, Kluwer Law International (2015), 289-324.

mayoría del Tribunal determinó que la ley aplicable al proceso permitía que el Tribunal resolviera los reclamos de manera conjunta pues la ley permitía resolver arbitrajes multi parte, por lo cual no existía lógica en estipular que el Tribunal Arbitral perdería su competencia de resolver arbitrajes multi partes cuando el número de demandantes era tan masivo como en ese caso. Dicha lógica, concluyó el Tribunal, contradiría el propósito del TBI y el ethos de la Convención de CIADI.

Por consiguiente, es necesario definir que la ley aplicable a la cláusula arbitral permita reclamos masivos, de manera contraria cualquier decisión que se tome podría ser anulada o no ejecutada.

#### **4.2 Los reclamos emergentes de los diferentes contratos deben estar relacionados**

Para que múltiples reclamos sean resueltos bajo un mismo procedimiento interpuesto por multiplicidad de partes, es menester que los reclamos se relacionen entre sí.<sup>70</sup>

La relación de los contratos es un término no unificado de manera internacional. Sin

embargo, en el contexto del arbitraje multi parte y multi contrato, así como bajo el sistema de acciones de clase de los Estados Unidos, una corte o un tribunal arbitral determinará que los reclamos se relacionan cuando surjan de cláusulas arbitrales “compatibles”<sup>71</sup> y las circunstancias de hecho y derecho que dan pie a la disputa sean similares.<sup>72</sup> En lo que concierne al primer requisito, el término ‘cláusulas arbitrales compatibles’ ha sido interpretado a significar que los diferentes acuerdos arbitrales que puedan encontrarse en cada contrato permitan que un mismo tribunal resuelva las controversias.<sup>73</sup> En este sentido, sería incompatible tener a un mismo tribunal resolver reclamos masivos cuando los acuerdos arbitrales dispongan que una disputa deberá ser resuelta bajo las reglas de la CCI y otra disponga que la disputa habrá de resolverse bajo las reglas del CIETAC. Por consiguiente, es necesario que los acuerdos permitan que se lleve a cabo el proceso de manera conjunta.

Por su parte, en cuando al segundo requisito, una corte o un tribunal encontrará que un reclamo se relaciona fácticamente con otro cuando existan elementos comunes, por ejemplo cuando exista una misma transacción económica o una misma operación conjunta.<sup>74</sup>

70 *Abacat and others v. The Argentine Republic*, ICSID Caso No. ARB/07/5, Decision on Jurisdiction and Admissibility, (4 Agosto. 2011), p. 481.

71 Este requisito trata sobre todo el tema de admisibilidad, en este sentido, la decisión de resolver reclamos masivos recae en parte sobre los poderes discrecionales de un tribunal.

72 Ver por ejemplo el artículo 10 de las reglas de CEPANI o el artículo 9 de las reglas de la CCI que disponen que las disputas que surjan de varios contratos pueden ser resueltas bajo un mismo proceso siempre y cuando los acuerdos arbitrales en los diferentes contratos sean compatibles (en el caso de la CCI se dispone que se resuelvan las disputas usando el mismo tribunal de CCI).

73 PLATTE Marin *When should arbitrators join cases?*, *Arbitration International* Vol. 18, Issue 1, (2002), 67-82.

74 Ver por ejemplo, el artículo 10 de las Reglas de arbitraje del CEPANI o el artículo 9 de las Reglas de arbitraje de la CCI.

Adicionalmente, una corte encontrará que un reclamo está legalmente relacionado con otro cuando comparte la misma base legal para la disputa.<sup>75</sup>

Consecuentemente, siempre y cuando estos requisitos se satisfagan, y pueda establecer un vínculo entre el reclamo de un contrato y otro, es posible que un único tribunal resuelva todos los reclamos de manera conjunta – independientemente si se trata de miles de contratos.

\*\*\*

Por consiguiente, se desprende que la posibilidad de recurrir al arbitraje colectivo masivo para resolver disputas contractuales agrícolas que surjan entre varios agricultores y un productor a raíz de un número de contratos individuales es factible, siempre y cuando las partes se aseguren de cumplir con los requisitos antedichos, y el tipo de disputa sea arbitrable bajo la ley aplicable.

## **5. Beneficios de acudir al arbitraje en materia *ius agraria***

Si bien se ha establecido que es factible resolver contratos agrícolas mediante los arbitrajes colectivos masivos, es importante establecer cuáles serían las ventajas que ofrecería esta posibilidad a las partes de este tipo de contratos.

En este tenor, existen un número de razones por las cuales la utilización de reclamos masivos en materia de agricultura por contrato aparentar ser prometedoras si son resueltas mediante las reglas del arbitraje comercial.

En primera instancia, la posibilidad de interponer reclamos en un grupo de manera masiva en el contexto de la agricultura por contrato ofrece un beneficio incomparable: el costo. El proceso arbitral, de manera independiente, se conoce por ofrecer una serie de beneficios, pero los gastos asociados a este proceso no necesariamente son unos de ellos. El arbitraje comercial es costoso por varias razones, incluyendo el alto riesgo de la materia y la complejidad y tecnicidad que cada reclamo puede postrar. A esto debe sumársele los gastos de representación que deben pagar las partes, el pago de los árbitros, y en el caso del uso de una institución – también debe incurrirse en estos gastos.<sup>76</sup> No obstante, al permitir a las partes a interponer un recurso junto con otros actores, el arbitraje colectivo le posibilita a las partes a pagar altos estándares de representación y árbitros calificados pues se comparte los gastos entre todas las partes, y no las asume una parte de manera individual. Esto resulta altamente atractivo para agricultores o productores, quienes generalmente no cuentan con los recursos propios para asumir un proceso judicial o arbitral bajo su propia cuenta.

---

75 LÉBOULANGER Philippe. Multi-Contract Arbitration, *Journal of International Arbitration*, Vol. 13, Issue 4, (1996), 43-97.

76 PLATTE Marin. When should arbitrators join cases?, *Arbitration International* Vol. 18, Issue 1, (2002), 67-82.

Adicionalmente, el arbitraje comercial constituye una facción dominante en la gama de opciones relativas a la resolución alternativa de conflictos, y hay un número de razones por lo cual se ha mantenido de esta forma a lo largo de los siglos.<sup>77</sup> Principalmente, el arbitraje comercial ofrece un número de beneficios para las partes que forman parte del proceso. Dichos beneficios incluyen, *inter alia*, el control que ejercen las partes sobre el proceso arbitral, un mecanismo rápido para solucionar las disputas, la efectividad del proceso, flexibilidad, confidencialidad, y resultados definitivos mediante el principio de finalidad de los laudos arbitrales.<sup>78</sup>

Mediante la rapidez y agilidad del proceso, el arbitraje se ha adoptado a las necesidades de los mercaderes y los comerciantes al proveer procedimientos versátiles que protejan los intereses comerciales: primordialmente, que el comerciante pueda continuar operando con su negocio, independientemente de los procesos litigiosos que se llevan paralelamente.

Similarmente, las necesidades de los agricultores o los productores no son ajenos a las necesidades del mercader convencional cuando estos tratan de solucionar sus controversias. Mientras que los agricultores usualmente no manejan operaciones masivas fuera de sus propios cultivos o su propia tierra, estos preservan el mismo interés de continuar con su línea de producción de manera ininterrumpida de la forma más rápida posible aún después que una disputa nazca.

Semejante a esto, el arbitraje también es beneficioso para las partes pues les permite escoger a sus propios árbitros. Esto resulta especialmente importante en el arbitraje comercial, pues los árbitros pueden entender de las prácticas y usos comerciales – algo que un juez no necesariamente comparte. Dicho beneficio es de crucial importancia en la agricultura por contrato, dada la especificidad de la línea de negocios en la que los agricultores se encuentran. Estos pueden verse beneficiados al poder escoger a sus árbitros, inclusive pues algunas instituciones permiten designar árbitros expertos en la materia lo cual le ahorra a las partes tener que designar peritos especializados.

En esta misma línea, los agricultores también pueden beneficiarse del factor confidencialidad. Las disputas agrícolas pueden gravemente repercutir sobre la reputación de una de las partes, lo cual puede liderar a la quiebra o repercusiones económicas del negocio del agricultor o del productor. Consecuentemente, las ventajas de secrecía en este procedimiento le otorgan a las partes algo que el sistema judicial no hará: completa secrecía en cuanto a las prácticas de cada industria y negocio.

## 6. Conclusiones

A manera de síntesis, se concluye que los contratos agrícolas bajo la Guía de agricultura por contrato pudiesen ser resueltos – en determinadas condiciones – mediante la utilización del arbitraje colectivo. Esto pues, dicho mecanismo permite el acceso a una justicia expedita y económica que logre resolver los conflictos específicos de este gremio de trabajo.

77 BÜHLER Micha, Awarding costs in International Commercial Arbitration: an overview, 22 ASA Bulletin, (June 2004).

78 SUSSMAN, Edna, WILKINSON, John, Benefits of arbitration for commercial disputes, American Bar Organization, available at: [http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/dispute\\_resolution\\_magazine/March\\_2012\\_Sussman\\_Wilkinson\\_March\\_5.authcheckdam.pdf](http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/dispute_resolution_magazine/March_2012_Sussman_Wilkinson_March_5.authcheckdam.pdf)

Sin embargo, resulta importante que a la hora de considerar dicho método como una alternativa a la resolución de conflictos, los agricultores se aseguren que los diferentes contratos que tienen con los productores:

- Contengan cláusulas arbitrales.
- Que dichas cláusulas arbitrales sean compatibles o similares.
- Que las cuestiones legales y de hecho se relacionen entre sí.
- Que las partes no hayan excluido la posibilidad de arbitrar reclamos colectivos masivos.

Teniendo estos supuestos en consideración, sería factible poder interponer reclamos colectivos masivos de contratos agrícolas en sede arbitral.

## **BIBLIOGRAFÍA**

### **Artículos de revista**

BARRY Matthew *The Role of the Seat in International Arbitration: Theory, Practice, and Implications for Australian Courts*, *Journal of International Arbitration*, Vol. 32, Issue 3, Kluwer Law International (2015).

BÜHLER, Micha. *Awarding costs in International Commercial Arbitration: an overview*, 22 ASA Bulletin, (June 2004).

LEBOULANGER, Phillipe. *Multi-Contract Arbitration*, *Journal of International Arbitration*, Vol. 13, Issue 4, (1996).

PLATTE, Martin, *When Should Arbitrators Join Cases*, *Arbitration International*, Vol. 18, Issue 1, (2002).

VILLALOBOS LÓPEZ, Adelina; PARÍS CRUZ, Mauricio. *La cláusula arbitral a partes no signatarias*, *Revista de Ciencias Jurídicas*, (2013).

WIESSNER, Siegfried, *Democratizing International Arbitration, Mass Claims Proceedings in Abaclat v. Argentina*. En *Journal of International and Comparative Law*, Miami (2014).

### **Códigos, Leyes, y Reglas**

Constitución de La República Federal de Brasil de 1988.

Convención de Nueva York sobre el reconocimiento y la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras de 1958

El Código Civil Alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch*) de 1900.

El Código de Comercio Alemán (*Handelsgesetzbuch*) de 1900.

Código de Procedimiento Civil (*Zivilprozessordnung*) de 1879.

El Código de Procedimiento Civil Francés de

Reglas Federales de Proceso Civil de Estados Unidos de América con modificaciones de 1983.

Ley Modelo de Arbitraje Internacional Comercial de CNUDMI, y su comentario disponible en: <http://www.uncitral.org/pdf/english/clout/MAL-digest-2012-e.pdf>

UNIDROIT, FAO & IFAD, *Contract Farming Legal Guide*, (2015).

### **Jurisprudencia internacional**

*Abaclat and others v. The Argentine Republic*, ICSID Caso No. ARB/07/5, Decision on Jurisdiction and Admissibility, (4 Agosto. 2011).

*Ambiente Ufficio v. The Argentine Republic*, ICSID Caso No. ARB 08/09, Decision on Jurisdiction and Admissibility (8 Febrero 2013).

Giovanni Alemanni and others v. The Argentine Republic, ICSID Caso No. ARB/07/08, Decision on Jurisdiction and Admissibility (17 Noviembre. 2014).

## Documentos electrónicos

ALVARENGA, Ivo, *El concepto de Derecho Agrario*, disponible en: [http://www.fder.edu.uy/agrario/doctrina/alvarenga\\_concepto.pdf](http://www.fder.edu.uy/agrario/doctrina/alvarenga_concepto.pdf) (Fecha de consulta: 16 de Setiembre de 2015).

COLLOT, Mathias, DEBEAUD, Laurent. *L'arbitrage international*, disponible en la página: <http://www.annales.org/ri/2000/11-2000/03-09.pdf> (1991).

COOPER Alexander, Janet. *An Introduction to Class Action Procedure in the United States*, available in: <https://law.duke.edu/group/it/papers/classactionalexander.pdf> (Fecha de consulta 16 de septiembre de 2015).

ROBERTS, Anthea. *Clash of Paradigms: Actors and Analogies Shaping the Investment Treaty System*, available in: [http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/Roberts\\_-\\_Clash\\_of\\_Paradigms\\_-\\_4\\_Dec\\_2012-1.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/Roberts_-_Clash_of_Paradigms_-_4_Dec_2012-1.pdf)

SCHREUER Christoph. *Consent to arbitration*, available at: [http://www.univie.ac.at/intlaw/con\\_arbitr\\_89.pdf](http://www.univie.ac.at/intlaw/con_arbitr_89.pdf), University of Vienna (2007).

SUSSMAN, Edna, WILKINSON, John. *Benefits of arbitration for commercial disputes*, American Bar Organization, available at: [http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/dispute\\_resolution\\_magazine/March\\_2012\\_Sussman\\_Wilkinson\\_March\\_5.authcheckdam.pdf](http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/dispute_resolution_magazine/March_2012_Sussman_Wilkinson_March_5.authcheckdam.pdf)

WYSS, Lukas. *Multi-party contract and multi-party arbitration proceedings in Switzerland: What commercial users*

*should know*, disponible en: [https://www.bratschi-law.ch/fileadmin/daten/dokumente/newsletter/2014/2014-08-21\\_05\\_Finaler\\_Beitrags\\_LWY.pdf](https://www.bratschi-law.ch/fileadmin/daten/dokumente/newsletter/2014/2014-08-21_05_Finaler_Beitrags_LWY.pdf)

## Libros

BLACKABYNigel, PARTASIDES Constantine; REDFERN Alan Hunter, MARTIN. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. Oxford University Press, New York (2009).

BOND, Stephen. *Recent Developments in International Chamber of Commerce Arbitration*. Practising Law Institute (ed.), New York, (1988).

BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. Wolters Kluwer, The Hague, (2009).

DI PIETRO Domenico *Applicable laws under the New York Convention*, en Ferrari, Franco; Kröll, Stefan (eds.) *Conflict of Laws in International Arbitration*, Sellier European Law Publishers (2011).

FOUCHARD. Emmanuel. *L'arbitrage commercial international*. Dalloz, Paris (1965).

GRAFFI, Leonardo. *Law Applicable to the Validity of the Arbitration Agreement*, en Ferrari, Franco; Kröll, Stefan, (eds.) *Conflict of Laws in International Arbitration*, Sellier European Law Publishers (2011).

Hanotiau, Bernard *Complex Arbitrations: Multi Party, Multi Contract, Multi Issue, and Class Actions*, Kluwer Law International (2006).

LEW, Julian D M, MISTELLIS, Louis KRÖLL, Stefan *Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, The Hague (2003).

MAZONI Charles. *International Arbitration: The Key Elements*, (2004).

NATER-BASS, Gabrielle. *Class Action Arbitration: A New Challenge?*. En MÜLLER, Christoph, RIGOZZI Antonio (eds.), *New Developments in International Commercial Arbitration*, Geneva (2008).

PARK, William W. *Non-signatories and international contracts: an arbitrator's dilemma*, en *Permanent Court of Arbitration* (ed.), *Multiple Party Actions in International Arbitration*, Oxford University Press (2009).

RUBINO-SAMMARTANO, Mauro. *International Arbitration: Law and Practice*, 2nd. Ed., Kluwer Law International, The Netherlands (2001).

VAN DEN BERG, Albert Jan. *The New York Convention of 1958*, Boston, Kluwer (1981).

### **Sitios web**

BORN, Gary. *Review of Class, Mass, and Collective Arbitration in National and International Law*, by S.I. Strong, Kluwer Arbitration Blog (20 Febrero. 2015), disponible en: <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2015/02/20/review-of-class-mass-and-collective-arbitration-in-national-and-international-law-by-s-i-strong/> (Fecha de consulta 16 de setiembre de 2015).

SUSHAMA Deepu Jojo. *Mass Claims in Investment Arbitration- The Need of the Hour*, Kluwer Arbitration Blog, (4 Marzo 2015), available at: <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2015/03/04/mass-claims-in-investment-arbitration-the-need-of-the-hour/>



# LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO PENAL COSTARRICENSE

**M.Sc. Frank Harbottle Quirós\***  
**Licda. Lucrecia Rivas Quesada\*\***

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. Las medidas cautelares dentro del proceso penal. 3. La prisión preventiva como medida cautelar más gravosa. 3.1. La reincidencia como presupuesto de prisión preventiva. 3.2. Oficiosidad o no de la prisión preventiva. 3.3. Duración de la detención preventiva: límites a partir del principio de proporcionalidad. 4. Asuntos de delincuencia organizada, procedimientos especiales de tramitación compleja y flagrancias. 5. Conclusiones.

## 1. *Introducción*

En el año 2013, el “Informe sobre el Uso de la Prisión Preventiva en las Américas”, publicado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Organización de los Estados Americanos, puso nuevamente en la palestra, el tema del uso de las medidas cautelares dentro de los procesos penales

en América Latina y, en específico, aquel relacionado con la prisión preventiva, al considerarlo como un problema crónico de muchos de los países latinoamericanos<sup>1</sup>. Lo anterior, especialmente por el uso excesivo que los Estados le dan a esa figura, a pesar de la existencia de normas internacionales de derechos humanos, que reconocen su excepcionalidad y carácter de *última ratio*<sup>2</sup>.

El sistema judicial costarricense en ese momento y aun hoy, no está exento del uso frecuente en la aplicación de la prisión preventiva. Muchos han sido los esfuerzos realizados por el Poder Judicial y en particular, de la Escuela Judicial, en tratar de generar discusiones sanas con los diversos actores procesales sobre la situación descrita, pero las cifras sobre presos sin condena en el país son alarmantes.

Si bien se han logrado rebajar las tasas del 65% de presos sin condena que se

\* Licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica. Máster en Criminología de la Universidad Estatal a Distancia. Especialista en Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales en el Derecho Penal y Procesal Penal, Universidad de Castilla-La Mancha, España. Diploma en Ciencias Criminales y Dogmática Penal alemana, Tercera Escuela de Verano Georg-August Universität Göttingen, Alemania. Defensor Público, actualmente Letrado de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

\*\* Licenciada en Derecho de la Universidad de Costa Rica. Egresada de la Maestría en Criminología de la Universidad Estatal a Distancia. Egresada de la Maestría de Ciencias Penales. Defensora Pública. Actualmente Letrada de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

1 En similar sentido, IBÁÑEZ Perfecto Andrés. Presunción de Inocencia y Prisión sin Condena. En Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, número 13, año 9, San José, agosto de 1997, p. 5.

2 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre el Uso de la Prisión Preventiva en las Américas, 2013, p.2.

manejaban para el año 1981<sup>3</sup>, lo cierto es que los índices de 24.78% para el año 2012 y 24,79% para el año 2015 son motivo de preocupación, especialmente porque contribuyen al desmejoramiento de las condiciones de prisionalización y al aumento del hacinamiento carcelario<sup>4</sup>. Sobre el particular, los datos aportados en la reunión del 25 de marzo de 2015, en la Comisión Interinstitucional de Alto Nivel sobre Hacinamiento Carcelario, son perturbadores, pues nuestra población penitenciaria total recluida en Centros institucionales o que gozan de la libertad a través de Centros Semi-institucionales y Programas Alternativos asciende a 34.354 personas, de las cuales 14.218 se encuentran encarceladas, siendo que 277 son menores de edad, mientras que 10693, son adultos en condición de sentenciados en Centros Institucionales y 2772 son indiciados.

A nivel nacional, la imposición de la prisión preventiva no está exenta de críticas. El tema ha pasado de ser una discusión técnico-jurídica, a un clamor popular (en algunos casos con contenido mediático) para que esa medida sea una sanción inmediata y casi inapelable ante el señalamiento de una persona como presunta autora de un delito.

Ello nos ha motivado a investigar sobre este tema y a escribir este artículo. En el

primer apartado, se dan a conocer algunos conceptos básicos y generales sobre las medidas cautelares dentro del proceso penal, su proporcionalidad y necesidad, así como su uso en la praxis judicial. Luego, se procede con el estudio del marco normativo vigente en el país sobre la prisión preventiva, como medida más gravosa, con especial énfasis a la reincidencia, su procedencia o no de oficio, su duración y las regulaciones particulares en procedimientos especiales, todo ello, partiendo de las diversas reformas que ha sufrido la legislación, así como tomando en cuenta las interpretaciones que han emitido la Sala Tercera, la Sala Constitucional y los Tribunales de Apelación de Sentencia de las diversas jurisdicciones. Finalmente, se exponen las conclusiones generales sobre la temática abordada.

## **2. Las medidas cautelares dentro del proceso penal**

Las medidas cautelares o medidas sustitutivas en materia penal, son definidas por Gómez Orbaneja como aquellas “*encaminadas al aseguramiento de juicio y a la efectividad de la sentencia que se dicte*”<sup>5</sup>. Se trata de mecanismos o institutos que permiten la realización adecuada de diversos actos procesales que conforman el

3 Véase LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. Prisión Preventiva, Populismo Punitivo y Protección de los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano. En Política criminal en el Estado Social de Derecho, San José, Editorial Jurídica Continental/ Universidad Estatal a Distancia, 2010, p.183. Disponible en [http://ijj.ucr.ac.cr/sites/default/files/documentos/la\\_prision\\_preventiva\\_populismo\\_punitivo\\_y\\_sistema\\_interamericano.pdf](http://ijj.ucr.ac.cr/sites/default/files/documentos/la_prision_preventiva_populismo_punitivo_y_sistema_interamericano.pdf).

4. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre el Uso de la Prisión Preventiva en las Américas, 2013, p. 29.

5. GÓMEZ ORBANEJA, Emilio y HERCE QUEMADA, Vicente. Derecho Procesal Penal. Madrid, Nueva tirada puesta al día, 1987, p. 206. Ver en igual sentido PELÁEZ SANZ, Francisco y BERNAL NETO, Juan Miguel. Las Medidas Cautelares en el Proceso Penal, abril de 1999. En [http://noticias.juridicas.com/articulos/65-Derecho-Procesal-Penal/199904-eaj36\\_07.html](http://noticias.juridicas.com/articulos/65-Derecho-Procesal-Penal/199904-eaj36_07.html)

proceso penal y que posibilitan la eficacia de la sentencia dictada<sup>6</sup>.

De acuerdo con Peláez Sanz y Bernal Neto, las medidas cautelares en el proceso penal, pueden ser de dos tipos: "...según tiendan a limitar la libertad individual o a limitar la libertad de disposición sobre un patrimonio<sup>7</sup>. A los primeros los denominan "actos cautelares personales", en los cuales se sitúan la prisión preventiva<sup>8</sup> y aquellas medidas que restringen la libertad ambulatoria del acusado, mientras que a los segundos "actos cautelares reales o patrimoniales".

*Empero, dicha clasificación no es seguida por nuestro Código Procesal Penal, al*

*momento de enumerarlas en el artículo 244, ya que aquellas, desde la perspectiva del jurista Javier Llobet, están referidas al peligro procesal que pretenden paliar<sup>9</sup>. Así, según lo expone este mismo autor, dentro de las medidas cautelares relativas a la disminución del peligro procesal de fuga suelen incluirse: a) El arresto domiciliario<sup>10</sup>, en su propio domicilio o en custodia de otra persona, sin vigilancia alguna o con la que el tribunal disponga, b) la obligación de presentarse a firmar periódicamente ante el tribunal o la autoridad que se designe<sup>11</sup>, c) la prohibición de salir del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que*

6 Peláez Sanz, Francisco y Bernal Neto Juan Miguel. Las Medidas Cautelares en el Proceso Penal, abril de 1999. En [http://noticias.juridicas.com/articulos/65-Derecho-Procesal-Penal/199904-eaj36\\_07.html](http://noticias.juridicas.com/articulos/65-Derecho-Procesal-Penal/199904-eaj36_07.html)

7 PELÁEZ SANZ Francisco y BERNAL NETO Juan Miguel. Las Medidas Cautelares en el Proceso Penal, abril de 1999. En [http://noticias.juridicas.com/articulos/65-Derecho-Procesal-Penal/199904-eaj36\\_07.html](http://noticias.juridicas.com/articulos/65-Derecho-Procesal-Penal/199904-eaj36_07.html)

8 Al respecto véase IBÁÑEZ Perfecto Andrés. Presunción de Inocencia y Prisión sin Condena En Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, número 13, año 9, San José, agosto de 1997, p. 5.

9 LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. La Prisión Preventiva y sus sustitutivos. En Derecho Procesal Penal Costarricense, Tomo II, Asociación de Ciencias Penales/Colegio de Abogados, San José, 2007, p.117.

10 La Sala Constitucional ha analizado casos en los que ha estimado que la resolución del Tribunal que revocó un arresto domiciliario y ordenó una prisión preventiva "...ante el incumplimiento de las condiciones impuestas al imputado para el arresto en la casa de su padre y bajo su vigilancia..." poseía fundamento procesal suficiente, por cuanto "...el imputado se había comprometido a cierto comportamiento frente a la administración de justicia en el momento en que el Tribunal decretó su arresto domiciliario bajo el apercibimiento de que su incumplimiento provocaría una orden de prisión preventiva...", sin que se entienda que dicha prisión sea sanción al incumplimiento de esas condiciones "...sino que su incumplimiento demuestra una actitud negativa del imputado ante el proceso al que está siendo sometido, actitud que perfectamente podría incidir negativamente en el mismo proceso, lo cual constituye causa procesal suficiente y válida, como presunción razonable, para ordenar la prisión preventiva...". Sentencia 04651-98, de las dieciséis horas cuarenta y dos minutos del treinta de junio de mil novecientos noventa y ocho.

11 A nivel Constitucional se presentó la discusión con respecto a la procedencia o no de otra medida cautelar de menor entidad que la prisión preventiva ("presentarse a firmar cada quince días") cuando no resulta posible la imposición de la más gravosa. En el asunto concreto (delito de acción privada) solamente dos Magistradas consignaron mediante nota separada que "...si no es posible decretar la prisión preventiva, tampoco lo es la imposición de las medidas que prevé el artículo 244 del Código Procesal Penal, titulado "Otras medidas cautelares". Y ello por cuanto de la lectura de la norma se extrae claramente que las llamadas por la doctrina "medidas sustitutivas" o "medidas de control judicial", son alternativas a la prisión preventiva; es decir, que sólo pueden imponerse en lugar de la prisión preventiva, cuando los fines del proceso penal puedan preservarse con esas medidas menos gravosas que aquélla...". Sin embargo, en el caso específico la medida sustitutiva se impuso por una circunstancia específica autorizada por el Código Procesal Penal y que ha avalado la Sala Constitucional: asegurar la celebración de la audiencia del juicio, lo que llevó a que por unanimidad se declarara sin lugar el recurso de hábeas corpus. Sentencia 2008-13688, de las doce horas y veintiocho minutos del cinco de septiembre del dos mil ocho.

fije el tribunal<sup>12</sup> ( ) d) la prestación de una caución<sup>13</sup> adecuada”.

Mientras que con relación al peligro de obstaculización tienen importancia: a) el arresto domiciliario; b) la prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares; c) la prohibición de convivir o comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho de defensa y d) tratándose de agresiones a mujeres o niños o delitos sexuales, cuando la víctima conviva con el imputado, la orden de que éste haga abandono inmediato del domicilio. Estos supuestos están relacionados también con el peligro para la víctima.<sup>14</sup>

Por otra parte, con respecto al peligro de reiteración delictiva se asegura que deben estudiarse: a) el arresto domiciliario; b) la obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, la que informara

periódicamente al Tribunal; c) la prohibición de concurrir a determinadas reuniones o visitar ciertos lugares; d) la prohibición de convivir o comunicarse con personas determinadas; e) tratándose de agresiones a mujeres o niños o delitos sexuales, cuando la víctima conviva con el imputado, la autoridad correspondiente ordenará al imputado de que haga abandono inmediato del domicilio, f) la suspensión en el ejercicio del cargo cuando se le atribuye un delito funcional g) la imposición preventiva de que se abstenga de realizar la conducta o la actividad por las que podría ser inhabilitado<sup>15</sup>, siendo la prisión preventiva considerada dentro de dicha clasificación como la medida cautelar más gravosa en el proceso penal, en el tanto se ha estimado que el internamiento en el Centro de Atención a Personas con Enfermedades Mentales en Conflicto con la Ley (CAPEMCOL) perteneciente al Hospital Nacional Psiquiátrico no puede asimilarse a la medida cautelar de prisión preventiva para los respectivos cómputos<sup>16</sup>.

12 De acuerdo con la Sala Constitucional, el impedimento de salida del país como cualquier otra medida cautelar puede ser revisado con posterioridad, debiendo solicitar autorización previa por escrito cada vez que necesite salir del país "...pudiendo el Juzgador ordenar el levantamiento temporal de la medida, de considerarlo necesario y de cumplir los requisitos que le impongan...". Sentencia 2007-10797, de las doce horas y un minuto, del veintisiete de julio de dos mil siete.

13 La Sala Constitucional dicho que la fijación del monto de la caución debe ser una suma suficiente para disminuir el peligro de fuga "...adecuado para ello y no más, y ha analizado casos en que la fianza fijada es desproporcionada, señalando que en todos los casos el monto de la caución debe fundamentarse...". Sentencia 2010-016942, de las trece horas y trece minutos del trece de octubre del dos mil diez.

14 LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. La Prisión Preventiva y sus substitutivos. En Derecho Procesal Penal Costarricense, Tomo II, Asociación de Ciencias Penales/Colegio de Abogados, San José, 2007, p.117.

15 LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. La Prisión Preventiva y sus substitutivos. En Derecho Procesal Penal Costarricense, Tomo II, Asociación de Ciencias Penales/Colegio de Abogados, San José, 2007, p.117.

16 Tribunal de Apelación del Segundo Circuito Judicial de San José. Sentencia, 2014-01942, de las ocho horas veinte minutos del primero de octubre de dos catorce.

El autor Javier Llobet, en el libro *“Proceso Penal Comentado”*<sup>17</sup>, realiza una importante diferencia entre los principios que informan las medidas cautelares impuestas dentro del proceso penal y la prisión preventiva, ya que si bien la segunda podría estudiarse dentro del concepto amplio de medidas cautelares, lo cierto es que en las primeras, predomina el principio de proporcionalidad y en consecuencia el de necesidad, en el tanto se trata de la intensidad de la medida con respecto al delito investigado. Por el contrario, la prisión preventiva, presenta la particularidad de ser una excepción al principio de inocencia.

En cuanto al tema de la proporcionalidad y necesidad de las medidas cautelares, es necesario establecer que el numeral 244, no contiene regulación específica sobre la duración de las medidas cautelares, de ahí que, desde un punto de vista del debido proceso, sea obligación del Juez de Garantías, determinar un plazo razonable en su imposición acorde con el hecho investigado e igualmente ser revisadas conforme a los plazos descritos para la prisión preventiva, sean cada seis meses<sup>18</sup>.

En el año 2002, el máximo Órgano Constitucional, ante una consulta judicial facultativa concluyó que el “...no

*establecimiento de causales de cesación y plazo determinado de duración de las medidas cautelares distintas de la prisión preventiva y la incomunicación; no vulnera el debido proceso ni el principio de seguridad jurídica. Ello por cuanto el juez se encuentra en la obligación de aplicar los criterios de razonabilidad y proporcionalidad en cada caso concreto y por encontrarse garantizado en el procedimiento penal, el derecho a ser juzgado en un plazo razonable...”*<sup>19</sup>.

Sobre este tópico de manera reiterada dicha Sala ha señalado:

*“...las medidas cautelares sustitutivas a la prisión preventiva no se encuentran sujetas a plazo. Debe recordarse que la Sala ha manifestado que las medidas cautelares no están limitadas por plazos concretos legalmente definidos sino que, de conformidad con el artículo 9 del Código Procesal Penal, su duración queda sujeto a un criterio de proporcionalidad, todo ello sin perjuicio de que el Tribunal proceda a revisar, sustituir, modificar o cancelar la procedencia de las medidas impuestas y las circunstancias de su imposición, cuando así se requiere por haber variado las condiciones que justificaron su imposición, ello porque, como se indicó, en el Código Procesal Penal no se establecen plazos límite para la imposición de medidas cautelares alternas a la prisión preventiva,*

17 LOBET RODRÍGUEZ, Javier. *Proceso Penal Comentado: Código Procesal Penal Comentado*. San José, Editorial Jurídica Continental/Editora Dominza, 5ta edición, 2012, pp. 418-419.

18 En sede de apelación se ha dicho que el numeral 258 del Código Procesal Penal indica que la competencia del Tribunal de Apelación se circunscribe al control de legalidad de la prórroga de la prisión preventiva en plazo extraordinario y no para el conocimiento de otras medidas cautelares distintas a ésta. Al respecto véase: Tribunal de Apelación de Sentencia del Tercer Circuito Judicial de Alajuela, San Ramón, sección segunda. Sentencia, 2014-00223, de las catorce horas veinte minutos, del dos de abril de dos mil catorce.

19 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2002-04394, de las dieciséis horas con veinticuatro minutos, del catorce de mayo del dos mil dos.

*con lo cual, la eficacia de las mismas puede mantenerse durante todo el tiempo que sea necesario para proteger los fines del proceso, en tanto no cambien las circunstancias que dieron origen a su imposición. En todo caso, dicho cambio de circunstancias o cualquier asunto relativo a las medidas cautelares impuestas puede ser alegado en cualquier momento por el imputado o su defensor, ante el juez de garantías, quien tienen un deber ineludible de atender, oportunamente, dichas gestiones...<sup>20</sup>.*

Por otra parte, un tema de gran relevancia lo constituye los presupuestos básicos para la imposición de medidas cautelares en Costa Rica.

**La doctrina mayoritaria, señala** al menos dos causales: “1) *El juicio de probabilidad consistente en atribuir razonadamente un hecho punible a una persona determinada (fumus boni iuris)* 2) *La existencia de una situación de riesgo o peligro que el inculpado se sustraiga al proceso o a la ejecución de la condena (periculum in mora)*”<sup>21</sup>. Sin embargo, nuestro Código Procesal Penal, en el artículo 244, es mucho más amplio en el tema, ya que establece como requisitos básicos de las medidas cautelares la presencia de los presupuestos que atañen a la prisión preventiva contemplados en los numerales

239 y 239 bis, en el tanto, el artículo es claro en señalar que: “*Siempre que las presunciones que motivan la prisión preventiva, puedan ser evitadas razonablemente con la aplicación de otra medida menos gravosa para el imputado, el Tribunal competente, de oficio o a solicitud del interesado, deberá imponer en su lugar, en resolución fundada, alguna de las siguientes alternativas...*”, de manera que, para imponer medidas cautelares diversas a la prisión preventiva, el Juzgador a cargo, deberá examinar los elementos de convicción suficientes para sostener, con probabilidad y razonabilidad que el imputado es el autor de un hecho punible o participe en él (*art.239 inciso a*)), que se trata de una acción delictiva reprimida con pena privativa de libertad (*art.239 inciso c*)), que el imputado no se someterá al proceso (*peligro de fuga, art.239 inciso c*)), que obstaculizará la averiguación de la verdad (*art.239 inciso c*)), que continuará con su actuación delictiva (*art.239 inciso c*)) o que existe un peligro real para la víctima, la persona denunciante o el testigo (*art.239 inciso d*)).

**La Sala Constitucional ha resuelto que para la imposición de una medida cautelar diferente a la prisión preventiva deben observarse los mismos presupuestos procesales y materiales para la fijación de dicha medida excepcional<sup>22</sup>.**

20 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2007-10797, de las doce horas y un minuto, del veintisiete de julio de dos mil siete. En similares términos, véase sentencias 2011-01376, de las diez horas y trece minutos del cuatro de febrero del dos mil once; 2006-02883, de las ocho horas con treinta y tres minutos, del tres de marzo del dos mil seis y 2005-11238, de las diecisiete horas con cuarenta y tres minutos, del veintitrés de agosto del dos mil cinco, de esta misma Sala.

21 PELÁEZ SANZ Francisco y BERNAL NETO Juan Miguel. Las Medidas Cautelares en el Proceso Penal, abril de 1999. En [http://noticias.juridicas.com/articulos/65-Derecho-Procesal-Penal/199904-eaj36\\_07.html](http://noticias.juridicas.com/articulos/65-Derecho-Procesal-Penal/199904-eaj36_07.html)

22 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencias 2005-06419, de las diecisiete horas con cuarenta y un minutos, del treinta y uno de mayo del dos mil cinco; 2001-08417, de las quince horas con cuarenta y un minutos, del veintiuno de agosto del dos mil uno y 02221-99, de las quince horas y veinticuatro minutos, del veinticuatro de marzo de mil novecientos noventa y nueve.

Asimismo, deben examinarse las otras causales de prisión preventiva que contempla el numeral 239 bis, siendo que en el análisis de tales presupuestos, el Juzgador, debe considerar que tratándose de medidas cautelares, existe una estrecha relación de estas con el principio de proporcionalidad, pues aun y cuando se trate de medidas menos gravosas que la prisión, conllevan siempre, la restricción a la libertad del investigado, solo que con menor afectación, dado que necesariamente deben presentar un límite temporal acorde con la pena mínima del delito investigado.

Otro tópico que no puede dejarse de analizar es aquel referente a la imposición de las medidas cautelares diferentes a la prisión de manera oficiosa. Sobre la cuestión, véase que desde una perspectiva meramente positiva, la normativa establece la posibilidad de imponerlas a petición de parte o de oficio, con lo cual parece estar permitida la fijación por esa vía, siempre y cuando se pretenda la menor afectación a la libertad del imputado.

Sin embargo, es menester aclarar que esta posición jamás podría ser asumida para la imposición de la medida cautelar de prisión preventiva, dado que además de la fundamentación requerida, por el principio acusatorio, es necesaria la actuación de parte, ya sea del Ministerio Público o del Querellante, de manera que nunca se podría dictar de oficio.

### **3. La prisión preventiva como medida cautelar más gravosa**

Doctrinariamente, se ha fundamentado que la prisión preventiva, cautelar o provisoria, no es una pena o una condena, sino una medida cautelar. Sin embargo, de acuerdo con autores como Elías Carranza, es evidente que, en lo material, es una pena anticipada, en el sentido de restricción de derechos y de infligir un dolor o castigo, y es por ello que las legislaciones establecen, en forma generalizada, que el tiempo transcurrido en prisión preventiva se computa como parte de la condena<sup>23</sup>.

Según Roxin, la prisión preventiva como medida cautelar admisible en cualquier fase del proceso penal está referida a la injerencia estatal más grave en la libertad ambulatoria de una persona, por lo que se trata de un instituto por medio del cual se asegura el procedimiento y eventualmente la “administración de justicia penal eficiente”<sup>24</sup>. De modo, que su imposición, conlleva el cumplimiento de al menos tres objetivos, claramente establecidos:

- “1. (...) Asegurar la presencia del imputado en el procedimiento penal (...).
2. Pretende garantizar una investigación de los hechos, en debida forma, por los órganos de la persecución penal ( )
3. Pretende asegurar la ejecución penal ( )<sup>25</sup>.

23 CARRANZA LUCERO Elías. *Estado actual de la prisión preventiva en América Latina y comparación con los países de Europa*. Revista de Ciencias Penales, número 16, año 11, San José, mayo de 1999, pp. 65-72.

24 ROXIN Claus. *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000, p. 259.

25 ROXIN Claus. *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000, p.257.

Mientras algunos autores plantean cuatro finalidades que se predicen de la prisión preventiva, a saber: la evitación de la frustración del proceso impidiendo la fuga del reo; el aseguramiento del éxito de la instrucción y la no ocultación de futuros medios de prueba; obstaculizar la reiteración delictiva y, por último, satisfacer las demandas sociales de seguridad de forma inmediata<sup>26</sup>, juristas como Ferrajoli<sup>27</sup> y Bovino<sup>28</sup>, se refieren únicamente a dos finalidades procesales: peligro de fuga y peligro de obstaculización, dado que la reiteración delictiva y la satisfacción de las demandas sociales, implican el tratamiento de la prisión preventiva como pena anticipada.

Por ello se ha sostenido que cualquier otro objetivo fuera de aquellos meramente procesales, como los fines preventivos generales o de prevención especial positiva, conllevarían un tratamiento como pena anticipada, lo que sin lugar a dudas, refleja también el tipo de Estado que se persigue.

Justamente, para Roxin, el uso o exceso de la aplicación de la prisión preventiva, sin lugar a dudas refleja el orden interno represivo o no de un Estado, pues en *los estados totalitarios, bajo la antítesis errónea Estado-ciudadano, exageran fácilmente la importancia del interés estatal en la realización, lo más*

*eficaz posible, del procedimiento penal. En un Estado de Derecho, en cambio, la regulación de esa situación de conflicto no es determinada a través de la antítesis Estado-ciudadano; el Estado mismo está obligado por ambos fines aseguramiento del orden a través de la persecución penal y protección de la esfera de libertad del ciudadano* <sup>29</sup>.

Sin embargo, tal y como lo expone Borja Mapelli, en el Derecho Penal Moderno se da una fuerte expansión de esta medida acorde con los nuevos postulados preventivistas y peligrosistas<sup>30</sup>.

Tradicionalmente la doctrina, así como nuestra legislación, exige como requisitos materiales necesarios para el dictado de la prisión preventiva: "a) *la existencia de elementos suficientes de convicción para estimar que el imputado es con probabilidad autor o participe de un hecho punible;* b) *la existencia de una causal de prisión preventiva* y c) *el respeto al principio de proporcionalidad...*"<sup>31</sup>.

Sin embargo, con una reforma introducida por el artículo 17 de la Ley de Protección a Víctimas, Testigos y demás sujetos intervinientes en el Proceso Penal (Ley 8720, de 4 de marzo de 2009), al Código Procesal Penal, se ampliaron los presupuestos

26 ASCENCIO MELLADO José María. *Hacia la reforma de la prisión provisional*. En Revista Justicia 88, 1998, número I, Barcelona, Librería Bosch, pp. 67-101.

27 FERRAJOLI Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid, Editorial Trotta, 2001, p. 256-258.

28 BOVINO Alberto. *El encarcelamiento preventivo en los Tratados de Derechos Humanos*. En: La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales. Editores del Puerto y Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, Buenos Aires, 1998, p.441.

29 ROXIN Claus. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000, p.258.

30 MAPELLI CAFFARENA Borja. *Consideraciones en torno a la prisión preventiva*. Revista El Foro, número 9, Colegio de Abogados de Costa Rica, enero de 2009, pp. 84-91.

31 LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. *La Prisión Preventiva y sus substitutivos*. En Derecho Procesal Penal Costarricense, Tomo II, Asociación de Ciencias Penales/Colegio de Abogados, San José, 2007, p.94.

mencionados, con el objetivo que se aplique la prisión preventiva en determinados delitos descritos en los incisos a) y d) del artículo 239 bis. Al respecto indican:

“a) Cuando haya flagrancia en delitos contra la vida, delitos sexuales y delitos sexuales y delitos contra la propiedad en los que medie violencia contra las personas o fuerza sobre las cosas, y en los delitos relacionados con estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, legitimación de capitales y actividades conexas...

d) Se trate de delincuencia organizada”.

Estos presupuestos sin lugar a dudas han generado controversia, ya que para algunos juristas, ambos incisos significan por parte del Juez la simple corroboración del delito investigado para imponer la prisión preventiva. Sin embargo, este inciso debe interpretarse de forma restrictiva, pues no podría tratarse de un presupuesto automático<sup>32</sup>, sino, que debe ser examinado, en consideración a las circunstancias específicas del caso y con respecto a los demás presupuestos contenidos en el artículo 239 y 239 bis del Código Procesal Penal, ya que debe recordarse que: “...*la restricción a la libertad ha de ser excepcional, no automática, condicionada siempre a las circunstancias del caso, proporcional a la finalidad que se persigue, y, sin que pueda*

*constituir en ningún caso un cumplimiento anticipado de la pena, ya que ello pugnaría con la naturaleza cautelar de la medida...*”<sup>33</sup>. Al respecto se ha dicho que

“...*varias disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos permiten afirmar el reconocimiento de la obligación internacional del Estado de verificar el peligro procesal que torna necesaria la imposición de la medida de coerción. “El art.7 n° 3, prohíbe las detenciones arbitrarias, es decir, las que carezcan de razones que la justifiquen. El art.7 n° 4, exige que se informe a toda persona detenida de las razones de su detención, confirmando la ilegitimidad de toda detención arbitraria. El art.7 n° 5 y 7, garantiza el control judicial de la legalidad de toda detención. Tratándose de un caso de detención preventiva, el control judicial exige, como requisito indispensable de la legalidad de la medida, la comprobación efectiva de la existencia concreta de razones (el peligro procesal) que determinan la necesidad de imponer la medida de coerción...*”<sup>34</sup>.

### **3.1. La reincidencia como presupuesto de prisión preventiva**

Pese a que el Código Procesal Penal modelo para Iberoamérica, no contenía dentro de los

32 Al respecto la Sala Constitucional ha indicado que el artículo 239 bis del Código Procesal Penal “...*adiciona algunas causales que hacen procedente el dictado de la medida cautelar de prisión preventiva, las cuales no son de aplicación automática sino que para ese efecto el juzgador tiene la potestad (véase que dice “podrá ordenar”) de hacerlo previa valoración y resolución fundada...*”. Sentencia 2009-09346, de las catorce horas treinta y dos minutos del diecisiete de junio de dos mil nueve.

33 PELÁEZ SANZ Francisco y BERNAL NETO Juan Miguel. *Las Medidas Cautelares en el Proceso Penal*, abril de 1999. En [http://noticias.juridicas.com/articulos/65-Derecho-Procesal-Penal/199904-eaj36\\_07.html](http://noticias.juridicas.com/articulos/65-Derecho-Procesal-Penal/199904-eaj36_07.html)

34 BOVINO Alberto. El encarcelamiento preventivo en los Tratados de Derechos Humanos. En: *La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales*. Editores del Puerto y Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, Buenos Aires, 1998, p.450.35

presupuestos procesales para imponer la prisión preventiva, la causal de reiteración delictiva<sup>35</sup>, dado que ese requisito en la doctrina ha causado mucha discusión, en especial, porque se afirma que presenta el inconveniente de ser contrario a los principios de *nen bis in ídem* y de inocencia, nuestro país, aún mantiene dicha causal, presentando el inconveniente que en la práctica algunos operadores jurídicos se conforman con revisar los antecedentes penales anteriores del imputado o las “pasadas” que el justiciable presenta para determinar dicho peligro casi de forma automática, lo que no es correcto, ya que representa ese actuar sin duda una infracción al principio de inocencia.

Al respecto, debe indicarse que si bien la Sala Constitucional, en votos como el 4382-95<sup>36</sup>, al referirse al inciso tercero del artículo 298 del Código de Procedimientos Penales, que contenía una referencia al peligro de reiteración delictiva, ha establecido la constitucionalidad de tal supuesto, es lo cierto, que en atención al bloque de constitucionalidad, que rige en nuestro país, en la práctica el Juzgador a cargo, con respeto absoluto a los artículos 7 y 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos y a la jurisprudencia de ese ente, no puede ni debe conformarse con motivar la

prisión preventiva en ese único supuesto, sino que debe considerar los restantes peligros procesales, como el peligro de obstaculización o el peligro de fuga.

Sobre el particular, véase que la reforma introducida en el 2009, incorporó en los incisos b) y c) del artículo 239 bis, causales referentes al peligro de reiteración delictiva, al establecer: “...*Previa valoración y resolución fundada, el tribunal también podrá ordenar la prisión preventiva del imputado, cuando se produzca cualquiera de las siguientes causales [...] 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 sobre 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...*”.

Justificar una resolución únicamente en la verificación de tales presupuestos, implica sin lugar a dudas la aplicación de una prisión carente de funciones procesales, al estar basados en la prevención especial negativa de la pena y violentar los principios

---

35 Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica. En [cejamericas.org/.../1941-código-procesal-penal-modelo-para-iberoamérica-textos.htm](http://cejamericas.org/.../1941-código-procesal-penal-modelo-para-iberoamérica-textos.htm)

36 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 4382-95, de las quince horas veinticuatro minutos, del ocho de agosto de mil novecientos noventa y cinco.

de culpabilidad<sup>37</sup> e inocencia<sup>38</sup>, por lo que conveniente es que el Juez de Garantías, al momento de analizar la imposición de la prisión preventiva, analice los demás presupuestos contenidos en el numeral 239 del Código Procesal Penal, pues debemos recordar, nuevamente, que no se trata de incisos que deben aplicarse de manera automática, sino a través del estudio del caso concreto mediante de una resolución fundada<sup>39</sup> y del examen de todas aquellas probanzas que las partes aporten<sup>40</sup>.

### **3.2. Oficiosidad o no de la prisión preventiva**

Cabe resaltar el pronunciamiento 2005-03568 de la Sala Constitucional, en el que por voto de mayoría, se dispuso que atendiendo a los rasgos acusatorios que caracterizan el modelo procesal costarricense, no es válido que el juez prorrogue, sin previa solicitud del ente acusador, la prisión preventiva del acusado. Ampliamente se sostuvo:

*“...Sobre este tema existe un voto minoritario que consideró que los rasgos acusatorios que caracterizan el modelo procesal*

*costarricense (ver voto 13.350-03), no permiten al juez prorrogar, sin previa solicitud del ente acusador, la prisión preventiva del acusado. El criterio minoritario recién citado, lo suscriben los jueces Vargas Benavides, Armijo Sancho y Calzada Miranda, con redacción del primero, considerando que:*

*“... Disentimos del voto de mayoría y por lo tanto acogemos el presente recurso con sus consecuencias, con fundamento en las siguientes consideraciones: [...]*

*Estimamos que cuando el juez penal ordena la prisión preventiva de oficio o como en el sub júdice, la prórroga sin requerimiento expreso del Ministerio Público no sólo usurpa una facultad exclusiva del titular de la acción, sino que además toma posición manifiesta en favor de la persecución penal y contra el imputado, circunstancia que impide toda posibilidad de que actúe imparcialmente.*

*Asimismo que la necesidad de controlar, al menos en cierta medida, que el Ministerio Público cumpla su obligación legal de perseguir todos los hechos punibles, sólo significa eso, es decir, sólo significa que*

37 LLOBET RODRÍGUEZ Javier. Proceso Penal Comentado: Código Procesal Penal Comentado, San José, Editorial Jurídica Continental/Editora Dominza, 5ta edición, 2012, p. 410.

38 VILLALOBOS SOLANO Nuria. Prisión Preventiva y otras medidas cautelares, a la luz de la incorporación del artículo 239 bis del Código Procesal Penal. En: Colecciones Derecho y Justicia: Derecho Pena Sustantivo, San José, Escuela Judicial, 2009, p.252.

39 *“...El deber de comprobar la existencia del peligro en el caso concreto exige que el juicio acerca de la presencia de ese peligro esté a cargo, exclusivamente del tribunal. El juicio requiere la comprobación efectos de circunstancias concretas, objetivas y ciertas, en un caso concreto, y respecto de un imputado determinado, que indiquen la existencia probable de peligro procesal. Es tarea del tribunal, y función propia y exclusiva del poder judicial, determinar en el caso concreto sometido a su decisión la existencia de cada uno de los extremos fácticos requeridos por el ordenamiento jurídico para autorizar el encarcelamiento preventivo, entre los cuales se halla el peligro procesal. Dado que se requiere la comprobación de circunstancias fácticas del caso concreto, la tarea solo puede ser atribuida al poder judicial, pues sólo así resultará posible la verificación efectiva de las circunstancias propias de cada caso particular...”* En Bovino, Alberto. *El encarcelamiento preventivo en los Tratados de Derechos Humanos*. En: La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales. Editores del Puerto y Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, Buenos Aires, 1998, p.451

40 ROXIN Claus. Derecho Procesal Penal. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000, p.262.

los tribunales pueden controlar la actuación del órgano requirente, pero "controlar" no significa "actuar en lugar de", es decir, que controlar el ejercicio de la acción del Ministerio Público no significa actuar en su lugar. [...] Es cierto que el ordinal 254 del Código Procesal Penal establece el deber de revisión, sustitución, modificación o cancelación de las medidas cautelares por parte del tribunal, aún de oficio, pero creemos que una lectura sistemática de la norma permite concluir que es así solamente dentro del plazo previamente solicitado por el Ministerio Público y concedido por el Juez, a lo largo del cual, en beneficio del propio imputado, debe el órgano jurisdiccional de oficio o a petición de parte verificar la procedencia de esa revisión, sustitución, modificación o cancelación de las medidas cautelares, atendiendo al posible cambio de circunstancias que las fundamentaron, mas nunca para excederse de ese plazo previamente requerido por el órgano titular de la acción penal." [...] El criterio disidente reseñado, se ha transformado en un voto mayoritario en el caso en examen, exigiendo, según lo expresa el accionante, que debe existir una solicitud expresa del Ministerio Público para que la prisión preventiva pueda ser prorrogada, y como ello no se dio respecto al amparado Gómez Tirado, el Juzgado Penal de Heredia no podía ordenarlo de oficio. Los poderes del juez tienen algunos límites y la imposibilidad de prorrogar, oficiosamente, la prisión preventiva del encausado, es uno de ellos. La imparcialidad del juez y el

principio del juez natural, se lesionan cuando una autoridad jurisdiccional, oficiosamente, prolonga la prisión preventiva, especialmente si el asunto se encuentra en la etapa de investigación preliminar..."<sup>41</sup> (El destacado es del original).

Situación distinta se presenta si el asunto se encuentra en la etapa de juicio. Bajo este supuesto se ha dicho:

"...es criterio de esta Sala que en razón de la etapa en que se encuentra el proceso que se sigue contra el tutelado, en el cual ya se dispuso su apertura a juicio, el juzgador, aún sin solicitud expresa del Ministerio Público, a efecto de asegurar la realización de la audiencia, podía disponer la prisión preventiva del encausado si se hallare en libertad y desde luego mantener esa medida precautoria si no estuviere en libertad (ver en ese sentido sentencia número 2005-2992 de las 14:38 horas del 16 de marzo de 2005 y sentencia número 2005-14902 de las 12:17 horas del 28 de octubre de 2005). En la especie, fue precisamente con el propósito de asegurar la realización del debate que el Juez de Juicio ordenó la prisión preventiva del encartado, resolución que por demás se encuentra suficientemente motivada al considerarse que subsistían los presupuestos y peligros procesales de fuga, por débil arraigo laboral, domiciliar, alta penalidad, peligro para la víctima, peligro de obstaculización y magnitud del daño causado. Por ello, en cuanto a este extremo el recurso debe desestimarse..."<sup>42</sup>.

41 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2005-03568, de las nueve horas con treinta y nueve minutos del primero de abril del dos mil cinco.

42 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2014-09738, de las catorce horas treinta minutos, del veinticuatro de junio de dos mil catorce.

Se ha apuntado que, cuando se ha decretado, de previo, la rebeldía del imputado, no se requiere el otorgamiento de audiencia previa para la imposición de la prisión preventiva, la cual es posible decretar aún de oficio. Con mayor razón si ya está fijada la fecha de realización del debate oral y público, a efectos de asegurar la realización de este<sup>43</sup>.

La Sala Constitucional ha venido sosteniendo que en la etapa de juicio y en la fase recursiva, el órgano jurisdiccional puede prorrogar la prisión preventiva, en los términos que establece el artículo 258 del Código Procesal Penal, sin solicitud expresa del Ministerio Público, a efecto de asegurar la realización de la audiencia o la realización de un acto en particular<sup>44</sup>.

Con el nuevo régimen de impugnación penal se ha asumido el criterio de que la sentencia no puede reputarse firme hasta que sean superadas las fases de apelación y casación, ya sea por haberse interpuesto dichos recursos o por haberse superado los plazos de ley para plantearlos. De modo tal que corresponde al tribunal de juicio, al tribunal de apelación y a la Sala de Casación Penal respectivamente, según la fase en que se encuentre el proceso, valorar la procedencia, mantenimiento o no de una medida cautelar, mediante una resolución debidamente fundamentada<sup>45</sup>.

### 3.3. Duración de la detención preventiva: límites a partir del principio de proporcionalidad

Si bien puede someterse a discusión la obligatoriedad de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para aquellos casos en los que los Estados no han sido parte del conflicto planteado, es lo cierto, que, si nuestro país pretende ser respetuoso del Sistema Interamericano, al menos debería considerar los diversos parámetros que esa Corte en sus diversos fallos ha referido y los cuestionamientos en torno a la duración de la prisión preventiva es sin duda uno de ellos.

Así el numeral 258 del Código procesal Penal norma los diversos plazos y límites temporales, que corresponden según el órgano y etapa en que se resuelva la prisión preventiva, mientras que el artículo 238 último párrafo, determina a través del principio de proporcionalidad, el límite temporal a partir de la pena que hipotéticamente pueda llegar a imponerse en el caso concreto, cuando en lo que interesa determina que: “...*la privación de libertad, durante el procedimiento, deberá ser proporcional a la pena que pueda imponerse en cada caso...*”.

Este último límite bien puede ser congruente con la interpretación que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el Informe 35-07 ha hecho de los límites de la

43 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2014-07646, de las nueve horas treinta minutos del treinta de mayo de dos mil catorce.

44 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencias 2012-016848, de las once horas y treinta minutos, del treinta de noviembre de dos mil doce y 2014-02837, de las nueve horas quince minutos, del veintiocho de febrero de dos mil catorce.

45 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2014-02837, de las nueve horas quince minutos, del veintiocho de febrero de dos mil catorce.

prisión, al establecer que: "...135. El "plazo razonable" no puede ser establecido en forma abstracta porque responde a criterios cuya concurrencia habrán de ser determinados en cada caso. En consecuencia, su fijación en las legislaciones internas no garantiza su consonancia con la Convención (...) 136.

Sin embargo, la Comisión considera que se puede fijar un criterio rector, indiciario, que configure una guía a los fines de interpretar cuándo se ha cumplido el plazo razonable. En este sentido, luego de un análisis de las legislaciones penales de los países del sistema, la Comisión estima bastante el cumplimiento de las dos terceras partes del mínimo legal prevista para el delito imputado.

Esto no autoriza al Estado a mantener en prisión preventiva a una persona por este término, sino que constituye un límite, superado el cual se presume prima facie que el plazo es irrazonable..."<sup>46</sup>, es decir, que aún y cuando nuestra legislación establezca los plazos máximos de detención en general, deberá el Juzgador, por el principio de proporcionalidad y en estricto apego al último párrafo del artículo 238 citado, verificar el plazo en detención, no sobrepase los dos tercios del mínimo de la pena del delito investigado, dado que esta solo puede durar el tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones correspondientes.

Sobre el plazo máximo de duración de los dos tercios del mínimo de la pena, como recomendación emitida por la Comisión

Interamericana de Derechos Humanos, debe reconocerse su carácter de vinculante, conforme al numeral 51.2. de la Convención Americana de Derechos Humanos, dado que en nuestro país, esos parámetros sin mayores cuestionamientos dependiendo de la naturaleza del delito, bien podrían situarse por encima del mínimo permitido, lo que implica una obligación más del Juzgador de ponderar al momento de su imposición y de autorizar alguna prórroga, examinar la prisión preventiva desde los principios de proporcionalidad y necesidad, dado que los plazos establecidos legalmente por los legisladores, ya de por sí son considerablemente extensos.

Criterio que bien puede examinarse integrado al examen que la Corte Interamericana de Derechos Humanos realizó en el caso Barreto Leiva vs. Venezuela, en el cual la Corte indicó que el artículo 7.5 de la Convención garantiza el derecho de toda persona en prisión preventiva a ser juzgada dentro de un plazo razonable o ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso, por cuanto esta norma impone límites temporales a la duración de la prisión preventiva y, en consecuencia, a las facultades del Estado para asegurar los fines del proceso mediante esta medida cautelar<sup>47</sup>.

Al respecto, véase que la interpretación que se propone pretende ser acorde con el artículo 2 del Código Procesal Penal, en el tanto se trataría de una interpretación extensiva en aras de una mayor protección de los derechos del imputado, ya que si bien el legislador ha querido establecer

46 NAVAS APARICIO, Alfonso. Reenmarcar el fundamento de aplicación de la prisión preventiva a partir del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. San José, Revista de la Asociación de Ciencias Penales, número 27, 2010, pp. 93-108.

47 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Barreto Leiva vs. Venezuela. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206, párr. 119.

límites temporales concretos en la duración de la prisión preventiva, es lo cierto que aquella debe ser proporcional al mínimo de la sanción a imponer, en especial, cuando se trata de delitos con penas cortas o cuando el imputado eventualmente podría hacerse acreedor del beneficio de ejecución condicional de la pena.

Con relación a la duración de la prisión preventiva, debe indicarse que los plazos establecidos en nuestra normativa procesal, son en gran medida extensos, debido a que si bien el numeral 257 del Código Procesal Penal hace referencia al término de un año, este corresponde al plazo ordinario de investigación, por lo que este puede ser prorrogado por el Tribunal de Apelación, hasta por un año más (artículo 258 párrafo segundo)<sup>48</sup>, al que deben sumarse los seis meses de prisión si el Tribunal de Sentencia así lo considera al dictar una condenatoria, seis meses si el Tribunal de Apelación dispone del reenvío y la facultad que tiene la Sala de Casación de ampliar por seis meses más en el caso de asuntos bajo su conocimiento<sup>49</sup>, es decir, el plazo de prisión preventiva, bien podría alcanzar como mínimo tres años y seis meses.

La Sala Constitucional ha sido clara al referir que el plazo ordinario máximo que puede permanecer una persona sometida a la medida cautelar de prisión preventiva es de doce meses<sup>50</sup>, el cual puede ser prorrogado por el Tribunal de Apelación de Sentencia hasta por un año más, siempre que fije el tiempo concreto de la prórroga, esto en el supuesto de que no se haya dictado sentencia condenatoria en contra del imputado. Cuando medie sentencia condenatoria, la competencia del Tribunal de sentencia se amplía por seis meses más, de modo que rige el plazo máximo de doce meses antes del dictado de la sentencia entre todas las dictadas, es decir, si es que contra el imputado se decretó prisión preventiva en varias ocasiones dentro del mismo proceso, es prorrogable por seis meses por parte del Tribunal que emita la sentencia condenatoria<sup>51</sup>.

#### **4. Asuntos de delincuencia organizada, procedimientos especiales de tramitación compleja y flagrancia**

Debe tenerse presente que el plazo originario de prisión preventiva se aumenta a veinticuatro meses para los asuntos de delincuencia organizada, cuando se ha

48 Algunos Tribunales de Apelación han rechazado solicitudes de prórroga de prisión preventiva donde ha existido negligencia de parte del Ministerio Público en la tramitación de la causa, considerándose improcedente avalar la privación de libertad de los imputados por un plazo mayor al año transcurrido (desproporcional a la investigación y actuación fiscal), sin que operara alguna circunstancia extraordinaria para justificar la prórroga de dicha medida cautelar por un plazo extraordinario. Véase: Tribunal de Apelación del Tercer Circuito Judicial de Alajuela, San Ramón, sección tercera. Sentencia, 2014-00185, de las diez horas cuarenta minutos del veintiuno de marzo de dos mil catorce.

49 La Sala Tercera ha reconocido su competencia excepcional y oficiosa para ampliar los plazos de prisión preventiva en los asuntos en los que se requiere de su conocimiento y hasta por el término de seis meses. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia, 2013-00425, de las diez horas y cincuenta y ocho minutos del cinco de abril del dos mil trece.

50 En un caso concreto, el Tribunal de Apelación se declaró incompetente debido a que no se había agotado el plazo total por el que el Tribunal de Juicio se encontraba facultado para ordenar la prisión preventiva de los imputados, habiéndose agotado solamente seis meses. Véase: Tribunal de Apelación de Cartago. Sentencia, 2014-00240, de las catorce horas cincuenta y seis minutos, del diez de junio de junio de dos mil catorce.

51 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2014-03991, de las nueve horas cinco minutos del veintiuno de marzo de dos mil catorce.

procedido a declarar su aplicación (artículo 7 de la Ley contra la Delincuencia Organizada, Ley 8754, del 22 de julio de 2009).

Con respecto a los casos de tramitación compleja, la Sala Constitucional ha determinado que cuando los plazos permitidos en el procedimiento para trámites complejos son más amplios que los permitidos para los procesos ordinarios, ello no resulta contraria a los principios de justicia pronta y cumplida, ni el derecho a ser juzgado en un plazo razonable (artículo 41 de la Constitución Política); en tanto la determinación del plazo tiene que ser valorada en cada caso en particular, dependiendo de la complejidad y demás características especiales de cada uno, por lo que la diferenciación no es arbitraria, sino que atiende a criterios objetivos y razonables, que deben ser además fundamentados por el juez y con posibilidad de ser impugnados ante el superior<sup>52</sup>.

En los asuntos de tramitación compleja, el plazo ordinario, conforme al numeral 378 inciso a) del Código Procesal Penal, se puede extender hasta un máximo de dieciocho meses, la prórroga hasta otros dieciocho meses y, en caso de sentencia condenatoria, hasta ocho meses más. Con ello sería factible la aplicación de plazos de prisión que sobrepasen el mínimo de una eventual sanción de un delito con pena privativa de libertad alta. Por ello, el Juez a cargo debe estar atento, a que dicha

medida cautelar no exceda los dos tercios de esas penas mínimas, para asegurar que la detención provisional no se convierta en una pena anticipada. Además, dado que la prisión preventiva cumple fines meramente procesales, se deberá procurar la priorización del expediente durante la etapa de investigación y de comprobarse un atraso, imponerse un plazo razonable para que el Ministerio Público culmine las investigaciones.

En relación con el procedimiento expedito para los delitos en flagrancia, regulado a partir del ordinal 422 del Código Procesal Penal, algunos Tribunales de Apelación han dicho que el artículo 430 del Código Procesal Penal sólo regula dos plazos de forma específica: el primero, de quince días hábiles, tiempo máximo por el cual puede ser dispuesta la prisión preventiva de forma ordinaria por el Tribunal de Juicio; el segundo, de seis meses cuando se dicta una sentencia condenatoria. La lectura de los ordinales 430 párrafo final y 258 del Código Procesal Penal les ha permitido concluir que el plazo extraordinario máximo por el cual puede concederse la prórroga extraordinaria de la prisión preventiva en procesos de flagrancia, es de un año (siempre después de que se hayan cumplido los mencionados quince días hábiles -durante los cuales debe dictarse la sentencia de primera instancia- y luego de agotados los seis meses que puede disponer el Tribunal de Flagrancia cuando dicte un fallo condenatorio)<sup>53</sup>.

52 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2004-09757, de las catorce horas con cuarenta y nueve minutos del primero de setiembre del dos mil cuatro.

53 Tribunal de Apelación de Sentencia del Tercer Circuito Judicial de Alajuela, San Ramón, sección primera. Sentencia 2013-00513, de las catorce horas diez minutos del veintiuno de agosto de dos mil trece.

La Sala Tercera ha dispuesto de manera categórica que cuando deba conocerse de una solicitud de prisión preventiva contra el acusado que ha rebasado el plazo inicial de quince días hábiles y aquel dictado con la sentencia condenatoria, la autoridad judicial competente para conocer de la solicitud de prórroga de prisión preventiva, es el Tribunal de Apelación de la Sentencia Penal de la jurisdicción respectiva<sup>54</sup>. No obstante, se han presentado casos en que la misma Sala ha aceptado que le cobija una potestad excepcional otorgada por la ley para prorrogar la prisión preventiva del imputado, hasta por seis meses más, cuando ha tenido pendiente de resolver un recurso de casación que se encuentra ante dicha sede, optando por prorrogar por tres meses<sup>55</sup>.

Finalmente, cabe agregar que la Sala Constitucional ha reiterado el criterio en el sentido de que la circunstancia de que en el proceso de flagrancia el legislador no haya contemplado la procedencia del recurso de apelación contra la resolución que ordena la prisión preventiva, no conculca los derechos constitucionales de las personas imputadas, toda vez que los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, si bien reconocen la doble instancia en materia penal, lo hacen para efectos de impugnar el fallo final, no cualquier resolución dentro del proceso<sup>56</sup>, sin embargo, este criterio es discutible.

## 5. Conclusiones

Las medidas cautelares en el proceso penal atienden a los fines procesales de la investigación del hecho y a la posibilidad de la eficacia de la sentencia. Ellas se basan en la proporcionalidad, siendo que la prisión preventiva, aparte de apegarse a ese principio, implica una excepción a otro: el de inocencia.

El Juez de Garantías debe velar por fundamentar la imposición de la prisión preventiva con base en los presupuestos procesales establecidos en los numerales 239 y 239 bis. Sin embargo, dadas las objeciones presentadas a la reiteración delictiva, deberá ser aún más cuidadoso, enfatizando en los peligros procesales de fuga y obstaculización de la justicia.

A diferencia de otros ordenamientos jurídicos latinoamericanos, Costa Rica, ha incorporado dentro de su legislación, otros presupuestos de prisión preventiva, como las causales contenidas en el artículo 239 bis, sin embargo, estas no son de aplicación automática, por lo que se requiere de un análisis exhaustivo, para aplicarlas.

En los Estados democráticos, la prisión preventiva es la *última ratio*, de manera que su uso debe ser excepcional y acorde con los principios del debido proceso, de ahí la necesidad que el Juzgador al momento de imponerla deba sopesar su función

54 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencias 2013-00401, de las diez horas, del veintidós de marzo de dos mil trece; 2013-00673, de las dieciséis horas y veintidós minutos, del trece de junio del dos mil trece y 2013-01247, de las once horas y cero minutos, del trece de setiembre del dos mil trece.

55 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2014-0199, de las trece horas y treinta minutos del doce de febrero del dos mil catorce.

56 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencias 2013-10932, de las de las nueve horas y treinta minutos, del dieciséis de agosto de dos mil trece y 2014-02858, de las nueve horas quince minutos, del veintiocho de febrero de dos mil catorce.

procesal, en relación con otras funciones extraprocesales como la inseguridad ciudadana, presión social y de los medios de comunicación.

Atendiendo a los rasgos acusatorios que caracterizan el modelo procesal costarricense, no se acepta la idea de que el juez prorrogue, sin previa solicitud del ente acusador, la prisión preventiva del acusado en las etapas previas a la apertura a juicio.

Los operadores del derecho deben conocer en detalle las disposiciones aplicables en lo que respecta a medidas cautelares en procedimientos que revisten características especiales, tales como delincuencia organizada, tramitación compleja y flagrancia, procurando siempre acatar las recomendaciones internacionales con respecto al plazo máximo de duración de los dos tercios del mínimo de la pena del delito investigado en el caso concreto.

## **BIBLIOGRAFÍA**

### **Libros y artículos de revista**

ASCENCIO MELLADO, José María. *Hacia la reforma de la prisión provisional*. Revista Justicia 88, 1998, número I, Barcelona, Librería Bosch.

BOVINO Alberto. *El encarcelamiento preventivo en los Tratados de Derechos Humanos*. En La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales. Editores del Puerto y Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, Buenos Aires, 1998.

CARRANZA LUCERO Elías. *Estado actual de la prisión preventiva en América Latina y comparación con los países de Europa*. Revista de Ciencias Penales, número 16, año 11, San José, mayo de 1999.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Informe sobre el Uso de la Prisión Preventiva en las Américas*, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid, Editorial Trotta, 2001.  
GÓMEZ ORBANEJA Emilio y HERCE QUEMADA Vicente. *Derecho Procesal Penal*. Madrid, Nueva tirada puesta al día, 1987.

IBÁÑEZ Perfecto Andrés. *Presunción de Inocencia y Prisión sin Condena*. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, número 13, año 9, San José, agosto de 1997.

LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. *La Prisión Preventiva y sus sustitutos*. En Derecho Procesal Penal Costarricense, Tomo II, Asociación de Ciencias Penales/Colegio de Abogados, San José, 2007.

LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. *Proceso Penal Comentado: Código Procesal Penal Comentado*. San José, Editorial Jurídica Continental/Editora Dominza, 5ta edición, 2012.

LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. *Prisión Preventiva, Populismo Punitivo y Protección de los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano*. En Política criminal en el Estado Social de Derecho, San José, Editorial Jurídica Continental/Universidad Estatal a Distancia, 2010.

MAPELLI CAFFARENA Borja. *Consideraciones en torno a la prisión preventiva*. Revista El Foro, número 9, Colegio de Abogados de Costa Rica, enero de 2009.

NAVAS APARICIO, Alfonso. *Reenmarcar el fundamento de aplicación de la prisión preventiva a partir del Derecho Internacional*

de los *Derechos Humanos*, San José, Revista de la Asociación de Ciencias Penales, número 27, 2010.

PELÁEZ SANZ, Francisco y Bernal Neto, Juan Miguel. *Las Medidas Cautelares en el Proceso Penal*, abril de 1999. En [http://noticias.juridicas.com/articulos/65-Derecho-Procesal-Penal/199904-eaj36\\_07.html](http://noticias.juridicas.com/articulos/65-Derecho-Procesal-Penal/199904-eaj36_07.html)

ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000.

VILLALOBOS SOLANO Nuria. *Prisión Preventiva y otras medidas cautelares, a la luz de la incorporación del artículo 239 bis del Código Procesal Penal*. En Colecciones Derecho y Justicia: Derecho Pena Sustantivo, San José, Escuela Judicial, 2009.

## **Normativa**

Código Procesal Penal, Ley N° 7594, del 28 de marzo de 1996 y sus reformas.

Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica.

## **Jurisprudencia**

### **a) Internacional**

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206, párr. 119.

### **b) Nacional**

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia

Sentencia 2014-09738, de las catorce horas treinta minutos, del veinticuatro de junio de dos mil catorce.

Sentencia 2014-07646, de las nueve horas treinta minutos, del treinta de mayo de dos mil catorce.

Sentencia 2014-03991, de las nueve horas cinco minutos, del veintiuno de marzo de dos mil catorce.

Sentencia 2014-02858, de las nueve horas quince minutos, del veintiocho de febrero de dos mil catorce.

Sentencia 2014-02837, de las nueve horas quince minutos, del veintiocho de febrero de dos mil catorce.

Sentencia 2013-10932, de las de las nueve horas y treinta minutos, del dieciséis de agosto de dos mil trece.

Sentencia 2012-016848, de las once horas y treinta minutos, del treinta de noviembre de dos mil doce.

Sentencia 2011-01376, de las diez horas y trece minutos, del cuatro de febrero del dos mil once.

Sentencia 2010-16942, de las trece horas y trece minutos, del trece de octubre del dos mil diez.

Sentencia 2009-09346, de las catorce horas treinta y dos minutos, del diecisiete de junio de dos mil nueve.

Sentencia 2008-13688, de las doce horas y veintiocho minutos, del cinco de septiembre del dos mil ocho.

Sentencia 2007-10797, de las doce horas y un minuto, del veintisiete de julio de dos mil siete.

Sentencia 2006-02883, de las ocho horas con treinta y tres minutos, del tres de marzo del dos mil seis.

Sentencia 2005-11238, de las diecisiete horas con cuarenta y tres minutos, del veintitrés de agosto del dos mil cinco.

Sentencia 2005-06419, de las diecisiete horas con cuarenta y un minutos, del treinta y uno de mayo del dos mil cinco.

Sentencia 2005-03568, de las nueve horas con treinta y nueve minutos, del primero de abril del dos mil cinco.

Sentencia 2004-09757, de las catorce horas con cuarenta y nueve minutos, del primero de setiembre del dos mil cuatro.

Sentencia 2002-04394, de las dieciséis horas con veinticuatro minutos, del catorce de mayo del dos mil dos.

Sentencia 2001-08417, de las quince horas con cuarenta y un minutos, del veintiuno de agosto del dos mil uno y

Sentencia 02221-99, de las quince horas y veinticuatro minutos, del veinticuatro de marzo de mil novecientos noventa y nueve.

Sentencia 04651-98, de las dieciséis horas cuarenta y dos minutos, del treinta de junio de mil novecientos noventa y ocho.

Sentencia 4382-95, de las quince horas veinticuatro minutos, del ocho de agosto de mil novecientos noventa y cinco.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia Sentencia 2014-00199, de las trece horas y treinta minutos, del doce de febrero del dos mil catorce.

Sentencia 2013-01247, de las once horas y cero minutos, del trece de setiembre del dos mil trece.

Sentencia 2013-00673, de las dieciséis horas y veintidós minutos, del trece de junio del dos mil trece.

Sentencia 2013-00425, de las diez horas y cincuenta y ocho minutos, del cinco de abril del dos mil trece.

Sentencia 2013-00401, de las diez horas, del veintidós de marzo de dos mil trece.

Tribunales de Apelación de Sentencia Penal

Tribunal de Apelación del Segundo Circuito Judicial de San José. Sentencia 2014-01942, de las ocho horas veinte minutos, del primero de octubre de dos catorce.

Tribunal de Apelación de Cartago. Sentencia 2014-00240, de las catorce horas cincuenta y seis minutos, del diez de junio de junio de dos mil catorce.

Tribunal de Apelación de Sentencia del Tercer Circuito Judicial de Alajuela, San Ramón, sección segunda. Sentencia 2014-00223, de las catorce horas veinte minutos, del dos de abril de dos mil catorce.

Tribunal de Apelación del Tercer Circuito Judicial de Alajuela, San Ramón, sección tercera. Sentencia 2014-00185, de las diez horas cuarenta minutos, del veintiuno de marzo de dos mil catorce.

Tribunal de Apelación de Sentencia del Tercer Circuito Judicial de Alajuela, San Ramón, sección primera. Sentencia 2013-00513, de las catorce horas diez minutos, del veintiuno de agosto de dos mil trece.

# **EL DERECHO A LA DOBLE INSTANCIA Y EL PRINCIPIO DE DOBLE CONFORMIDAD: UNA CONTRADICCIÓN INEXISTENTE**

**José Luis Campos<sup>1\*</sup>**

**SUMARIO.** 1. Introducción: Concepto de doble instancia y doble conformidad. 2. Regulación normativa. 3. Análisis jurisprudencial sobre el principio de doble conformidad. 4. La doble conformidad y el recurso de apelación de sentencia penal. 5. Conclusiones.

## **1. Introducción: Concepto de Doble Instancia y Doble Conformidad**

El maremágnum legislativo operado en la última década bajo la no siempre acertada justificación de procurar el cumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra Costa Rica por el caso Herrera Ulloa, ha producido un vaivén entre la vigencia y derogatoria del principio de doble conformidad en nuestro sistema procesal penal, si bien debemos reconocer que no se han presentado oscilaciones jurisprudenciales, porque siempre se ha considerado por parte de la Sala Constitucional como una garantía que no es violatoria de la Carta Magna.

Para situarnos conceptualmente, debemos señalar que la doble conformidad se entiende como la imposibilidad para los

órganos acusadores – Ministerio Público y querellante – de impugnar la absolutoria del imputado en un juicio de reenvío cuando éste fue igualmente absuelto en un primer debate. Las divergencias de criterios surgen principalmente por una aparente contradicción entre este principio y el derecho a la doble instancia en materia penal, entendiéndose por tal la posibilidad de impugnar ante un tribunal superior un fallo que resulte desfavorable.

Como veremos, la posible contradicción entre uno y otro principio queda salvada si se interpretan adecuadamente los instrumentos internacionales de derechos humanos, que de acuerdo con pronunciamientos reiterados de la Sala Constitucional, cuentan con mayor jerarquía incluso que el texto de la propia Norma Fundamental.

## **2. Regulación normativa**

El derecho a la doble instancia en materia penal se encuentra consagrado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas<sup>2</sup> y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>3</sup>, ambos ratificados por Costa Rica.

1\* Abogado litigante Director del Área de Derecho Penal de la firma Batalla Abogados.

2 Vid. artículo 14.5.

3 Vid artículo 8.2.h).

Según el Pacto Internacional, “*toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.*” Por su parte, el Pacto de San José señala que “*2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: ...h. derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.*”

Una primera acotación que debemos realizar es que los instrumentos internacionales consagran como derecho fundamental la doble instancia únicamente para la persona inculpada de un delito, es decir, para el imputado.

A contrario sensu, las demás partes intervinientes en un proceso penal no tienen esa misma garantía de la doble instancia. Ello nos lleva a afirmar que una reforma legislativa que en el futuro llegase a eliminar la posibilidad de apelar los fallos absolutorios no sería violatoria del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, aunque ello implique necesariamente un claro desbalance entre las partes procesales. Quizás por tal razón en las leyes de procedimiento domésticas (no sólo de naturaleza penal) se regula abiertamente la posibilidad de que cualquier parte disconforme con una sentencia pueda impugnarla ante un tribunal superior. Específicamente en el ámbito punitivo, el artículo 459 del Código Procesal Penal establece que “*el recurso de apelación de sentencia permitirá el examen integral del fallo, cuando la parte interesada*

*alegue inconformidad con la determinación de los hechos, la incorporación y valoración de la prueba, la fundamentación jurídica o la fijación de la pena. El tribunal de alzada se pronunciará sobre los puntos que le sean expresamente cuestionados, pero declarará, aun de oficio, los defectos absolutos y quebrantos al debido proceso que encuentren en la sentencia.*”

Respecto de la doble conformidad, no existe en los tratados y convenciones de derechos humanos una norma expresa que disponga esta garantía, pero sí se encuentra en la normativa local. Concretamente, la Ley de Apertura de la Casación Penal<sup>4</sup> introdujo en el Código Procesal Penal el artículo 451 bis en los siguientes términos:

*“Artículo 451 bis.-Juicio de reenvío. El juicio de reenvío deberá ser celebrado por el mismo tribunal que dictó la sentencia, pero integrado por jueces distintos.*

*El Ministerio Público, el querellante y el actor civil no podrán formular recurso de casación contra la sentencia que se produzca en el juicio de reenvío que reitere la absolución del imputado dispuesta en el primer juicio, pero sí podrán hacerlo en lo relativo a la acción civil, la restitución y las costas.*

*El recurso de casación que se interponga contra la sentencia del juicio de reenvío, deberá ser conocido por el Tribunal de Casación respectivo, integrado por jueces distintos de los que se pronunciaron en la ocasión anterior. De no ser posible integrarlo con nuevos jueces, porque el impedimento cubre a titulares y suplentes, o no se cuenta con el número suficiente de suplentes, la competencia será asumida por los titulares*

---

4 Ley número 8503 del 28 de abril del 2006.

*que sean necesarios, no obstante la causal y sin responsabilidad disciplinaria respecto de ellos.”*

En el año 2009, al promulgarse la Ley de Protección a Víctimas, Testigos y demás Intervinientes en el Proceso Penal<sup>5</sup>, se corrió la numeración de este artículo, el cual pasó a ser el 466 bis actual.

Un año más tarde, con la Ley de creación del recurso de apelación de sentencia penal<sup>6</sup>, las disposiciones del Código Procesal Penal relativas al recurso de casación se ubicaron a partir del artículo 467, y el artículo 466 bis fue derogado.

No obstante lo anterior, el voto número 2014-13820 de las 16:00 horas del 20 de agosto del 2014 de la Sala Constitucional declaró inconstitucional la derogatoria del artículo y le volvió a dar vigencia, la cual se mantiene hasta el momento. Por ello, la circunstancia, que en principio sería una mera reseña anecdótica sobre la numeración del artículo, cobró suma relevancia en el momento en que la Sala Constitucional le volvió a dar eficacia, pues quedó ubicada una norma relativa al recurso de casación dentro de las disposiciones que regulan la apelación de sentencia<sup>7</sup>.

### **3. Análisis jurisprudencial sobre el principio de doble conformidad**

En el año 2009, se discutió por primera vez la posible inconstitucionalidad del principio de doble conformidad, o lo que es lo mismo, del artículo 466 bis del Código Procesal Penal. En aquella ocasión, la accionante argumentaba que *“En virtud de lo previsto en el artículo objeto de esta Acción de Inconstitucionalidad, el recurso de casación que presentó la accionante, en su calidad de querellante podía ser declarado inadmisibles, ya que si el acusado había sido absuelto en el primer juicio y como consecuencia de un recurso de casación se anula la sentencia y se ordena el reenvío y en el segundo juicio se le absuelve de nuevo, no podría presentarse un segundo recurso de casación, quedando así firme la sentencia absolutoria. Lo anterior, en criterio quien presenta la Acción, es contrario a lo dispuesto en la Constitución sobre el principio de igualdad, del que dice, deriva el de igualdad procesal y de inviolabilidad de defensa para todas las partes procesales; sobre el derecho de toda víctima a encontrar reparo a los daños recibidos y a la justicia pronta y cumplida; sobre el derecho del menor a la protección especial por parte del Estado y, por ende, el principio del interés superior del niño que consagra la Convención sobre sus derechos y lo que señala la Convención Americana sobre el derecho a recurrir del fallo ante un superior, derecho que le niega, en contravención al texto internacional, la norma de la ley ordinaria que recurre.”*

---

5 Ley número 8720 del 4 de marzo del 2009.

6 Ley número 8837 del 3 de mayo del 2010.

7 Al respecto, ver el Apartado IV de este trabajo.

La Sala Constitucional en la sentencia número 2009-7605 declaró sin lugar la acción interpuesta con fundamento en los siguientes razonamientos:

*“El principio de igualdad que consagra la norma 33 constitucional, no refiere a un derecho de carácter absoluto, pues todos los derechos fundamentales, al ser reconocidos por el constituyente, deben ser regulados de manera que sea posible el ejercicio efectivo de los mismos por todos aquellos a quienes aplica. Ese principio se ha traducido en la máxima de que se debe tratar a los iguales como iguales y a los desiguales como desiguales, de manera que quienes se encuentren en igualdad de condiciones deben ser tratados de la misma manera,; a contrario sensu, quienes se encuentren en desigualdad de condiciones deberá ser tratados de forma diferente, sin que por ello se violente el principio citado. De manera que el imputado y el querellante público son partes procesales, pero uno es el sujeto contra el cual se inicia el Proceso Penal y el otro la víctima del delito que se atribuye al primero, cada uno con su propia regulación conforme a la calidad de postulación que tienen en el Proceso Penal. Una distinción básica entre ambos que no es violatoria del principio de igualdad, sino conforme al mismo en el sentido arriba indicado en este voto, es que el imputado es, de pleno derecho, parte procesal y desde que asume la condición procesal de imputado, automáticamente asume la de parte procesal, mientras que la víctima del delito debe hacer una instancia de constitución de parte y una vez admitida ésta, asume la condición de parte procesal. Si bien el derecho de defensa, pilar del Proceso Penal, y como lo dispone expresamente el Código Procesal Penal en el artículo 12, es*

*inviolable desde la etapa del procedimiento penal y a lo largo de su desarrollo, para todas las partes, ello no significa que todas ellas deban tener los mismos derechos de intervención. Lo que debe asegurarse es que puedan ejercer válidamente su derecho a intervenir en el procedimiento y el proceso penal en defensa efectiva de sus derechos y, por tanto, sin menoscabo de los mismos que suponga indefensión de relevancia constitucional. De esta forma, el que las partes acusadoras no puedan formular recurso de casación contra la segunda absolutoria que se produzca como consecuencia del juicio de reenvío, no constituye en sí misma una violación a su derecho de defensa en el proceso, pues los derechos de unas deben matizarse con los derechos del acusado, en el marco de la igualdad procesal. Principio que, conforme a la función tuitiva que le corresponde a todas las autoridades públicas que intervienen en el Proceso Penal (artículo 6 del CPP, entre otros), debe ser preservado por estas autoridades, desde la función que les corresponde ejercer. Según lo dispuesto en el artículo cuestionado, el acusador tiene una oportunidad para la demostración de la culpabilidad del acusado, de manera que si se produce una absolutoria en el primer juicio, tiene el derecho de recurrir de la sentencia, pero si se anula la misma por vicios formales y se ordena el correspondiente reenvío y en el nuevo juicio se produce de nuevo una absolutoria, el legislador no permite que se pueda recurrir de nuevo hasta que el acusador logre la condena del acusado. Ya por segunda vez el órgano jurisdiccional fundamenta una absolutoria que debe mantenerse, sin que sea válido ni razonable que se pueda continuar, en detrimento de la seguridad jurídica, con una cadena de juicios hasta que se produzca una condena.*

*Y la víctima ha podido ejercer su derecho de persecución y de recurrir de la sentencia que no favorezca sus intereses como parte material del proceso penal.”<sup>8</sup>*

En el año 2010, nuevamente se planteó una acción de inconstitucionalidad contra el principio de doble conformidad y la Sala Constitucional, reiterando los mismos criterios expuestos en el voto antes transcrito, confirmó su posición.

Los magistrados al resolver esta nueva cuestión de constitucionalidad sostuvieron que *“finalmente, el artículo 8 de la Convención Americana establece un listado de garantías procesales de las personas que son sometidas a una acusación penal. En el párrafo 2, después de prever el derecho a ser oído y convencido en juicio, consagra el principio de inocencia, para de inmediato detallar las garantías mínimas que deben ser respetadas a toda persona durante el proceso. De la lectura de cada una de ellas, citadas de los incisos a) al h) se puede colegir con claridad meridiana que se trata de garantías de una persona inculpada de un delito, y entre ellas está el derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. Pero aun en el caso de que quisiera entenderse que por interpretación extensiva, en lo que aplique, que se trata de garantías para todas las partes del proceso, del derecho a recurrir del fallo no puede deducirse que es un derecho de ejercicio continuo, sin límite y las veces que lo considere pertinente la parte. Y aun cuando se diga que el inciso h) incluye a la víctima, ese derecho a recurrir del fallo es la consagración del derecho de la parte procesal de impugnar la resolución judicial que considere que le perjudica en la*

*protección de sus derechos y la víctima ha podido hacer efectivo ese derecho mediante el correspondiente recurso de casación contra la sentencia absolutoria. El derecho de defensa que le asiste también a la víctima del delito, en su vertiente del derecho a impugnar, no constituye en puridad un derecho del ciudadano a que se establezca un recurso cada vez que se da una decisión judicial que le afecta, sino un derecho a que no se le prive de los recursos previstos por el Ordenamiento Jurídico. No existe un derecho derivado de la Constitución ni de la Convención a disponer de un recurso contra la segunda sentencia absolutoria, por lo que su establecimiento y regulación pertenecen al ámbito de libertad del legislador y por tanto, su no previsión no violenta ninguno de los dos cuerpos normativos. Y la condena del acusado debe ser el producto no del deseo de la víctima, sino de la comprobada culpabilidad, ya que se procede no para condenar, sino para determinar si se debe o no condenar y el acusado no puede exponerse a reiterados intentos impugnatorios del acusador que sólo han de ceder cuando éste logre finalmente condena de aquél. Por ello el propio constituyente consagra, como uno de los derechos fundamentales, el de la cosa juzgada, porque los procesos no pueden mantenerse indefinidamente en el tiempo en detrimento de la seguridad jurídica. Bajo el mismo fundamento, el sistema jurídico sólo permite el procedimiento de revisión a favor del condenado, el que opera únicamente respecto a sentencias firmes y a efectos de corregir posibles errores judiciales cometidos en contra del ya condenado. La víctima no puede impugnar mediante revisión una sentencia absolutoria que tenga el carácter*

---

8 Sala Constitucional, voto número 2009-7605 de las 14:43 horas del 12 de mayo del 2009.

*de cosa juzgada formal y material. Y sí puede impugnarse la absolutoria, pero solamente una vez y ese trato distinto con el acusado no puede considerarse violatorio de los derechos de la víctima, la que definitivamente no se encuentra en igualdad de condiciones que el imputado, sujeto pasivo del proceso penal en cuanto es el sujeto contra el cual se incoa y tramita un proceso penal.”<sup>9</sup>*

Ya una vez derogado el artículo 466 bis, se planteó una acción de inconstitucionalidad contra la decisión legislativa de dejar sin efecto la doble conformidad, la cual fue resuelta por los magistrados a favor de la garantía y restableciendo en el ordenamiento la norma derogada.

En aquella ocasión, los magistrados se manifestaron como a continuación se transcribe:

*“Bajo el mismo criterio que esta Sala ya esbozó en el mencionado voto no.2009-7605, donde analizó la constitucionalidad de art.466 bis del Código Procesal Penal (antes 451 bis), se considera que la limitación al Ministerio Público, al querrelante y al actor civil de la posibilidad de acudir una segunda vez a casación, cuando se reitera la absolutoria, no sólo es constitucional sino que, su derogatoria resulta inconstitucional. Esto por cuanto tal limitación está estrechamente relacionada con un ejercicio razonable y proporcional de la potestad represiva del Estado, pues el ejercicio de esta poder, no puede mantenerse de forma indefinida, hasta lograr el dictado de una sentencia condenatoria. Nótese que la cuestión de fondo va más allá de un asunto de política criminal, no se trata simplemente que el legislador en un momento dado incluyó*

*la limitación, pero, posteriormente, optó por suprimirla. Sino que una materia tan delicada como lo es el ius puniendi estatal, no puede quedar librada al legislador ordinario. De los principios constitucionales que consagra nuestra Carta Magna, particularmente el principio de seguridad jurídica, se puede inferir la necesidad que el ius puniendi del Estado se encuentre limitado, una de las formas de hacerlo es, justamente, impidiendo acudir una segunda vez a casación, cuando se reitera la absolutoria. El Estado no puede actuar como perseguidor ad infinitum. Se trata de un poder que se integra dentro de la potestad represiva, que debe tener una limitación, dada su naturaleza y sus efectos. Debe existir un límite razonable para formular una nueva impugnación. Considera esta Sala que, ciertamente, la derogatoria que hace el artículo 10 impugnado es inconstitucional, aunque no por las razones que expresa el accionante, ya que no se trata de una regresión en los derechos de los imputados, ni una lesión directa al derecho de obtener justicia pronta y cumplida. De los textos internacionales invocados, lo único que se deriva es la obligación de garantizar el ejercicio efectivo del derecho de recurrir la sentencia a favor del imputado, pero no que exista prohibición para que se reconozca esta posibilidad a otras partes del proceso. La garantía de la impugnación, según el Pacto de San José, previsto en el artículo 8-2-h, es a favor del imputado. No se puede asumir que la Corte Interamericana haya indicado que la segunda absolutoria debe ser impugnabile, porque la garantía de impugnación, conforme al derecho convencional, es a favor del acusado, del ciudadano al que le impone una condena. Lo que la Corte Interamericana estableció*

---

9 Sala Constitucional, voto 2010-15063 de las 14:55 del 8 de setiembre del 2010.

*en la sentencia Herrera Ulloa vs. Costa Rica (2004), es que el Estado costarricense debe prever el derecho de impugnación de una sentencia, pero si la regulación que se hace en la ley del remedio procesal es excesivamente formalista o limitada, el derecho a impugnar, no resulta eficaz. La víctima puede ejercer de forma plena su derecho a impugnar la sentencia que no favorezca sus intereses, pero correlativamente a los derechos de la parte del proceso contra la que se dirige el mismo, sólo puede hacerlo conforme a ciertas limitaciones, de manera que la segunda absolutoria no es impugnante ante Casación, sin que de ello se infiera que su derecho a impugnar se viole; en el caso del órgano acusador y la víctima, se reconoce que puede impugnar, pero a tal poder procesal, se le pueden imponer límites, según criterio del legislador.”<sup>10</sup>*

En el mismo voto, el Alto Tribunal agregó que *“Ciertamente, este Tribunal ha indicado que la definición de las características generales de los procesos judiciales constituye materia librada a la discrecionalidad del legislador ordinario. Sin embargo, el principio constitucional de seguridad jurídica, reconoce que el ius puniendi del Estado no es ilimitado, por este motivo da lugar a cuestionamientos de constitucionalidad, como cuando se derogan normas que convierten el ius puniendi en una potestad que puede ejercitarse ilimitadamente. Por ello, en tanto la norma impugnada implicó la derogatoria de una regla que limitaba el ius puniendi, expresado en el poder de persecución, se contraviene el principio de seguridad jurídica y el de limitación a la potestad represiva del Estado, lesionándose, por esta razón, el derecho de la Constitución.”<sup>11</sup>*

Como se desprende de la lectura de estos fallos, la Sala Constitucional ha mantenido siempre en su línea jurisprudencial el apego del principio de doble conformidad y la posibilidad de restringir la facultad de impugnar para otros sujetos procesales que no sean el imputado al texto de la Constitución.

Y es que la conclusión no puede ser otra si se toma en cuenta el texto de los pactos internacionales y regionales de derechos humanos que se mencionaron anteriormente. El propósito de los Estados parte en dichos instrumentos fue el de garantizar el derecho únicamente para el imputado de recurrir un fallo condenatorio, por lo que una limitación para recurrir un fallo absolutorio es totalmente válida y no viola ningún derecho fundamental. Es más, la imposibilidad de recurrir no sólo la sentencia de un juicio de reenvío sino la sentencia no condenatoria en primera instancia podría implementarse perfectamente sin que por ello se transgreda ningún derecho fundamental. Reiteramos sin embargo que una posición en ese sentido podría ser considerada como extrema por generar serias desigualdades en cuanto a las partes procesales, y es por ello que compartimos plenamente el criterio de la Sala Constitucional respecto de la doble conformidad.

En síntesis, no existe ninguna contradicción entre el derecho a la doble instancia y el principio de doble conformidad, por cuanto el primero es un derecho fundamental establecido únicamente para un sujeto procesal en concreto – el imputado – y el segundo es una decisión legislativa que busca limitar la facultad de persecución penal

<sup>10</sup> Sala Constitucional, voto 2014-13820 de las 16:00 horas del 20 de agosto del 2014.

<sup>11</sup> Idem.

del Estado y de los acusadores privados en aras de la seguridad jurídica.

#### **4. La doble conformidad y el recurso de apelación de sentencia penal**

Tanto el texto original del artículo 451 bis – hoy 466 bis – como la sentencia constitucional número 2014-13820 se refieren a la doble conformidad que opera al ordenarse en casación un juicio de reenvío.

No obstante lo anterior, como ya se indicó, el artículo 466 bis fue promulgado antes de la creación del recurso de apelación en materia penal y al ordenarse su eficacia nuevamente por parte de la jurisprudencia constitucional después de haber sido derogado, la sistemática actual del Código Procesal Penal lo colocó dentro de las regulaciones del recurso de apelación de sentencia y no dentro del recurso de casación.

Esta situación presenta una serie de interrogantes desde el punto de vista interpretativo que merece la pena repasar aunque sea brevemente, de las cuales la principal es establecer si la doble conformidad se aplica también tratándose de recursos de apelación de sentencia o si se encuentra limitada a los recursos de casación.

La jurisprudencia de los cuatro tribunales de apelación de sentencia penal que operan en la actualidad (San José, Cartago, Santa Cruz y San Ramón) se ha decantado por aplicar el artículo 466 bis a los recursos de apelación, aunque existen votos salvados que merece pena traer a colación por los temas de naturaleza interpretativa que tocan.

Así, en términos generales se ha dispuesto en relación con el ordinal 466 bis que *“De acuerdo con esta norma, entre otras cosas, no era admisible el recurso de casación -única forma de impugnar una sentencia penal en ese momento- contra una sentencia que, por segunda vez, absolviera al imputado. Con la entrada en vigencia de la ley 8837, denominada Ley de Creación del Recurso de Apelación de la Sentencia, otras Reformas al Régimen de Impugnación e Implementación de Nuevas Reglas de Oralidad en el Proceso Penal, el 9 de diciembre de 2011, además de crearse el Recurso de Apelación contra la Sentencia Penal, se modificó el recurso de casación y se derogó el artículo 466 bis del Código Procesal Penal. Esta última decisión originó la acción de inconstitucionalidad número 12-007781-0007-CO, la cual fue resuelta a través del pronunciamiento 2014-13820, emitido por Sala Constitucional, al ser las 16:00 horas del 20 de agosto de 2014. En éste se declaró con lugar la acción de inconstitucionalidad y como consecuencia de ello, se restituyó la vigencia del artículo 466 bis del Código Procesal Penal. Ahora bien, dicha norma, originalmente, fue introducida para operar junto con el recurso de casación, única forma de impugnar sentencias en el año 2006. Sin embargo, al día de hoy, su ubicación física es al final de las normas que integran el recurso de apelación de sentencia penal, razón por la cual, aunque su contenido haga referencia al recurso de casación, debe entenderse que su aplicación es respecto al de apelación.”*<sup>12</sup>

En el mismo sentido, también se ha dicho en resoluciones de apelación de sentencia penal que *“Dado que la norma restituida le impide al Ministerio Público o al querellante*

---

<sup>12</sup> Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, voto 2014-1737 de las 14:33 horas del 5 de setiembre del 2014.

*plantear recurso (antes de casación, que era el único que estaba establecido antes del cambio de nomenclatura, y hoy debe leerse como de apelación de sentencia, pues, además, dicho numeral se ubica dentro del capítulo de este recurso y no dentro del de casación) contra una segunda absolutoria (penal) producida en una misma causa, lo procedente es declarar inadmisibile el presente recurso pues, conforme al numeral 90 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, dicha declaratoria tiene efectos retroactivos a la fecha de vigencia de la norma, sin que, en la parte dispositiva publicada, se hayan dimensionado sus efectos.”<sup>13</sup>*

Los jueces de apelación reconocen que estos pronunciamientos se apartan de la letra de la norma, pero lo justifican diciendo que *“aunque esta interpretación limita el ejercicio del derecho a recurrir al Ministerio Público, al querellante y al actor civil, es la que se aviene al sentido de la norma en su contexto original y favorece la libertad del imputado, por lo que se adecua a lo dispuesto en el artículo 2 del Código Procesal Penal.”<sup>14</sup>*

Precisamente la aplicación de la analogía a favor del imputado es la que en otras ocasiones ha llevado a los tribunales penales de segunda instancia a rechazar los recursos

de apelación cuando ha habido reenvío y nuevamente se absuelve al justiciable: *“lo que corresponde es declarar inadmisibile el recurso de apelación interpuesto por la representación fiscal, tal como lo impone la lectura y aplicación sistemática de los artículos 437, 458 y 466 bis del Código Procesal Penal, ya que las sentencias de los Tribunales Penales únicamente pueden recurrirse por los medios y en los supuestos expresamente establecidos, últimos de los cuales se excluyen aquellos casos en que se han dictado ya dos sentencias absolutorias. Aún cuando el artículo 466 bis citado hace referencia al recurso de casación, una aplicación analógica in bonam partem de ese precepto, capaz de provocar la ampliación y no la restricción de derechos fundamentales, obliga a que se interprete tal artículo respecto del recurso de apelación de sentencia, ya que debe atenderse la reforma introducida al Libro III –de los “Recursos”–, de la Segunda Parte del Código Procesal Penal, mediante la Ley N° 8837 de 3 de mayo de 2010, en la cual, mediante los artículos 458 a 466 bis, se regula que el medio por el cual se pueden recurrir las sentencias dictadas por los Tribunales de Juicio en la actualidad es, precisamente, el recurso de apelación. Es esta interpretación la que mejor favorece la libertad del imputado (principio pro libertad),*

13 Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, voto 2014-2090 de las 15:22 horas del 23 de octubre del 2014. En el mismo sentido, véase el voto 2014-240 de las 15:28 horas del 17 de octubre del 2014 del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Santa Cruz.

14 Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, voto 2014-1728 de las 11:54 horas del 5 de setiembre del 2014. Según el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de San Ramón, “Esta interpretación no es aislada, sino que también es compartida además por el Tribunal de Apelación de Sentencia del Segundo Circuito Judicial de San José, en los votos 2014-02090 y 2014-02390. En este mismo orden de ideas, estimamos que la doble conformidad además sería de aplicación en la actualidad no solo en cuanto al recurso de apelación de sentencia, sino también respecto al recurso de casación penal cuando la segunda absolutoria es dictada por el Tribunal de Apelación de Sentencia. Así las cosas, lo procedente en este asunto ante la existencia de dos sentencias absolutorias en favor del imputado es declarar la inadmisibilidad del recurso de apelación interpuesto por el apoderado especial judicial del querellante y actor civil, cuyos reclamos se limitaron a impugnar la condenatoria en el ámbito penal.” Vid. Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de San Ramón, voto 2015-58 de las 9:20 horas del 3 de febrero del 2015.

*y la que de mejor manera impone límites materiales, reales, al poder punitivo del Estado.*"<sup>15</sup>

Los votos de los tribunales de apelación no han estado exentos de discusión en cuanto a la aplicación de la doble conformidad a la apelación de la sentencia y en muchas opiniones disidentes de jueces se arguye que el sentido literal de la norma no permite la aplicación que los votos de mayoría han sostenido: *"Si bien es cierto mediante el voto 13820 del 20 de agosto del 2014 al Sala Constitucional declaró inconstitucional el artículo 10 de la ley 8837 citada supra y restableció la vigencia del artículo 466 bis y el principio mencionado, lo cierto es que dicho principio estaba previsto por el legislador únicamente para el recurso de casación, al no estar redactado en su totalidad el voto del Tribunal Constitucional, no se sabe si el restablecimiento de dicha norma se puede extender al recurso de apelación. Hasta tanto no se exprese ese dimensionamiento de la norma, negar el recurso, considera este juzgador, sería hacer una interpretación extensiva de un principio que hasta el momento no existe y que sería contraria al principio de interpretación restrictiva contemplada en el numeral 2 del Código Procesal Penal cuando se trata de limitar derechos de las partes, norma que e indica: "ARTÍCULO 2.- Regla 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. En esta materia, se prohíben la interpretación extensiva y la analogía mientras no favorezcan*

*la libertad del imputado ni el ejercicio de una facultad conferida a quienes intervienen en el procedimiento."*(*la cursiva y el subrayado no son del original*). *Por las razones que se exponen estima este juzgador, que hasta tanto no esté redactado el voto de la Sala Constitucional que con certeza absoluta permita aplicar el principio de referencia al recurso de apelación, no es posible negarlo al Ministerio Público, ya que interpretar en contrario violenta groseramente el principio de legalidad, siendo de mayor prudencia admitir y resolver el recuso planteado.*"<sup>16</sup>

Igualmente, otro voto salvado razonó en otra ocasión que *"Como puede verse claramente, el ordenamiento procesal penal quedó integrado con dos normas con idéntico nomen iuris, sin embargo, difieren esencialmente en cuanto a su regulación, pues la primera alude específicamente al recurso de apelación de sentencia, mientras la segunda alude al de casación. Así las cosas, la interpretación sistemática viable es considerar que el supuesto de limitación de recurrir que establece la "doble conformidad", se debe interpretar que solo rige para interponer el recurso de casación y no el de apelación de sentencia, con lo que en apelación de sentencia se podría anular cuantas veces proceda la sentencia de instancia, aún cuando esta sea absolutoria. Es decir, la norma instrumental del numeral 466 bis tiene como destinatario al Tribunal de Casación Penal y no al Tribunal de Apelación de Sentencia. En razón de lo anterior, por criterio minoritario estimo que, aunque en este caso específico recayó una nueva sentencia absolutoria, no habría ninguna limitación*

<sup>15</sup> Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago, voto 2014-459 de las 14:15 horas del 30 de setiembre del 2014.

<sup>16</sup> Vid. voto 2014-240 de las 15:28 horas del 17 de octubre del 2014 del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Santa Cruz, concretamente el voto salvado del juez Roy Badilla Rojas.

*procesal para este Tribunal de Apelación de Sentencia en entrar a conocer los motivos de disconformidad del recurrente.”<sup>17</sup>*

En nuestro criterio, el sentido expreso del artículo 466 bis no puede trastocarse y simplemente leerse “recurso de apelación de sentencia” donde el legislador ha dicho “recurso de casación”, por más que el artículo hoy se encuentre dentro de las disposiciones del recurso de apelación de sentencia.

Tal y como se encuentra redactado el voto de la Sala Constitucional 2014-13820, en ningún momento se hizo referencia a la aplicabilidad de la norma a la apelación y más bien siempre se realizaron claras menciones a la casación. La Sala tampoco hizo ningún dimensionamiento de la sentencia que permitiera dicha aplicación.

Para salvar el obstáculo interpretativo, la solución es echar mano del artículo 2 del Código Procesal Penal, como lo han hecho algunos de los votos de apelación transcritos, con el fin de favorecer la libertad personal mediante la argumentación *a simili*. Se podría argumentar que la hermenéutica de los tribunales de apelación de sentencia al declarar inadmisibles apelaciones contra la sentencia absolutoria del juicio de reenvío violenta el propio artículo 2 al limitar el ejercicio de un poder o derecho conferido a otros sujetos del proceso, ya sea el Ministerio Público o el querellante, pero según lo analizado, el derecho de recurrir un fallo desfavorable es absoluto nada más para el imputado, tal y como lo señalan los tratados sobre derechos humanos que se repasaron páginas atrás.

Entendemos que esta es una manera de llenar un vacío legislativo que puede ir contra la seguridad jurídica, pero es la única forma de darle coherencia a una ley procesal que especialmente en los últimos diez años ha sido reformada sin reflexión a profundidad y sin sentarse con la acuciosidad y seriedad que el tema merece.

## **5. Conclusiones**

Entre el derecho a la doble instancia y el principio de doble conformidad no existe ningún antagonismo. La doble instancia es un derecho fundamental que tiene únicamente el imputado, mientras que la doble conformidad es una decisión legislativa que busca dotar de seguridad jurídica a los intervinientes del proceso al evitar sucesiones interminables de reenvíos cuando hay absolutorias. Por otra parte, las sentencias de la Sala Constitucional han dejado claro que la doble conformidad se encuentra totalmente apegada al Derecho de la Constitución.

Ahora bien, no podemos cerrar los ojos e ignorar que la regulación actual de la doble conformidad no es la óptima. Lo que comenzó como una decisión para limitar la cantidad de veces que un imputado puede ser juzgado tras un reenvío ordenado en casación luego de una absolutoria— antes de la existencia de los tribunales de apelación — se vio afectada por la sucesión de leyes penales sustantivas y procesales de los últimos años y por un pronunciamiento de la Sala Constitucional que omitió ubicarla sistemáticamente donde correspondía en el Código Procesal Penal luego de haber sido derogada la norma del artículo 466 bis y de recobrar vigencia por el

---

17 Vid. Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de San Ramón, voto 2015-58 de las 9:20 horas del 3 de febrero del 2015, específicamente el voto salvado del juez Jorge Morales García.

efecto de la sentencia constitucional 2014-13820.

Eso ha producido interesantes debates en la jurisprudencia sobre si es posible aplicar la doble conformidad al recurso de apelación o si está circunscrito únicamente a la sede de casación, con argumentos muy interesantes en uno y otro sentido. Ha prevalecido, sin embargo, la aceptación de la doble conformidad en apelaciones de sentencia, respaldados en la tesis del sentido original

de la norma contenida en el artículo 466 bis del Código Procesal Penal y la analogía in bonam partem.

Esperemos que la doble conformidad no sufra los embates de quienes quieren reducir las garantías procesales de los imputados. Si ello sucede, pasaríamos a tener un nuevo instituto jurídico: la potestad de ser juzgado indefinidamente hasta que recaiga una condenatoria.

## ¿PUEDEN LOS ÁRBITROS DICTAR MEDIDAS CAUTELARES? EL CASO DE COSTA RICA

M.Sc. Herman M. Duarte\*  
M.Sc. Róger Guevara Vega\*\*

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. La regulación del Arbitraje en Costa Rica. 3. Los requisitos para la implementación de medidas cautelares de conformidad con la Ley 8937. 4. Conclusiones.

### **Introducción:**

Es innegable que parte del éxito del arbitraje se debe a su celeridad y a la posibilidad de ejecutar la decisión final del arbitraje – el laudo – de manera forzosa, es decir, con los mismos efectos de una sentencia dictada por el Órgano Judicial. Ahora bien, estas últimas ventajas se han enfrentado a la dura y siempre triste realidad que toda virtud escrita en papel se enfrenta al concretarse con la realidad.

En la práctica vemos casos de procesos arbitrales que se ven imposibilitados en continuar con los procedimientos por objeciones jurisdiccionales, que por gracia de los mecanismos legales, llegan a las Cortes Nacionales impidiendo avanzar hasta no tener un “refrendo” de parte de la autoridad estatal que confirme la competencia del Tribunal Arbitral, en abierta contravención del

principio de injerencia judicial mínima. Otro problema que se ha presentado es, una vez el laudo listo para ser ejecutado, el mismo termina como una muestra más de prosa jurídica, que no podrá materializarse por la falta de activos que ejecutar, por la falta de situación jurídica concreta que rectificar, o bien, por la tardanza del proceso arbitral. En fin, las resultas del proceso arbitral no son ejecutables.

En este contexto, las medidas cautelares cobran importancia, vienen a coadyuvar al cumplimiento de las prometidas ventajas del arbitraje. El presente artículo, explorará las facultades que por efecto de la Ley 8937 –la Ley Sobre Arbitraje Internacional Comercial– tiene un Tribunal Arbitral para ordenar medidas cautelares a las partes. En este sentido, el trabajo ha sido dividido en tres partes: la primera destinada a explicar el sistema dualista con el que se regula el arbitraje en Costa Rica; la segunda, para discutir sobre los requisitos para que puedan ser dictadas; y, una predecible última parte destinada para conclusiones.

\* Herman Duarte es asociado en Batalla Salto Luna. Abogado (Costa Rica y El Salvador) y Notario Público (en El Salvador). LLM en Arbitraje Internacional Comercial por la Universidad de Estocolmo (Suecia) y Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Escuela Superior de Economía y Negocios (El Salvador). Contacto: hduarte@batalla.com.

\*\* Róger Guevara es socio en Batalla Salto Luna. Abogado y Notario. Dirige la práctica de Comercio Exterior y codirige la práctica de resolución de disputa de la Firma. Cuenta con una especialización en Derecho de Transporte Aéreo por la Universidad de Utrecht (Holanda). Es Master en Derecho Empresarial y Tributaria por la Universidad para la Cooperación Internacional y Licenciado en derecho por la Universidad de Costa Rica. Experto en Aduanas y Comercio Exterior de la Universidad. Contacto: rguevara@batalla.com.

## 2. *La Regulación del Arbitraje en Costa Rica: dualista*

A diferencias de lo que ocurre en otras jurisdicciones<sup>1</sup> donde en un solo cuerpo normativo se regula los diferentes aspectos relevantes para el arbitraje local e internacional. En Costa Rica rige un sistema dualista, donde la Ley 7727 es la normativa que rige en lo referente al arbitraje nacional desde 1997, y la Ley 8937 hace lo suyo para el arbitraje internacional, desde el año 2011.

Existen muchas diferencias entre el arbitraje nacional y el internacional, pero dentro de esta multiplicidad de diferencias se destaca que

para este último, se debe aplicar estándares internacionales en la sustanciación del proceso, siendo injustificado que se pretenda aplicar los estándares locales al proceso<sup>2</sup>.

Con la entrada en vigor de la Ley 8937, Costa Rica<sup>3</sup> se incorporó en el proceso de uniformización<sup>4</sup> del tratamiento del arbitraje internacional comercial, al igual y como ha ocurrido en más de 60 jurisdicciones<sup>5</sup> que han implementado normativa inspirada en la propuesta de la ley modelo sobre arbitraje internacional comercial de la CNUDMI.

Esos aspectos, internacionales y fines de uniformización de la normativa arbitral,

- 
- 1 Por ejemplo, El Salvador, en donde la regulación para los dos tipos de arbitraje se encuentra contenida en un solo cuerpo normativo: La Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje. Otro caso lo encontramos en Suecia, donde en el "Swedish Arbitration Act(1999)" se regula lo relativo para el arbitraje nacional e internacional. Un incentivo interesante que incluye el Swedish Arbitration Act (sección 51) para que partes completamente ajenas a Suecia, elijan a Suecia como sede de arbitrajes internacionales, es la facultad que tienen las partes en optar que el laudo arbitral no este sujeto a recurso alguno, o bien limitar el alcance del recurso de nulidad. Versión en inglés disponible en: <http://www.sccinstitute.com/the-swedish-arbitration-act-sfs-1999121.aspx>
  2. Una crítica reciente, a esa errada práctica de juzgar a un arbitraje internacional como si fuese un arbitraje local, lo encontramos en la discusión que ha generado el reciente fallo de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América en el caso *BG Group c/ Republic of Argentina*. Wilmer Cutler Pickering Hale and Dorr LLP, Kluwer Law International organizaron un panel de discusión al respecto. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=fQPllmURi24>. El panel en general crítica que el caso – de naturaleza innegablemente internacional- haya sido resuelto sin referencia alguna a parámetros internacionales, y se haya circunscrito el análisis cómo si hubiese sido un caso de arbitraje local. No obstante ello, la opinión concurrente de la magistrada Sotomayor hace una referencia de manera indirecta a ciertos parámetros internacionales que se debieron de tomar en cuenta en la decisión de la mayoría. Es importante aclarar que el caso en comento se trata de la materia de arbitraje de inversión. La decisión de la Suprema Corte se encuentra disponible en inglés en: [http://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/12-138\\_97be.pdf](http://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/12-138_97be.pdf).
  3. Este es una recomendación directa a los legisladores salvadoreños, a fin que adopten las sugerencias de la CNUDMI y se establezca un marco normativo del arbitraje de la mano con las tendencias modernas y que los países vecinos tales como Costa Rica y Panamá han adoptado. No puede perderse de vista que en el 2009, se reformó la Ley de Mediación Conciliación y Arbitraje (LMCA), hiriéndola de muerte, con la habilitación de la apelación en los arbitrajes de derecho, violando principios elementales del arbitraje (e.g. principio de finalidad, autonomía de las partes, libertad de contratación, etc.). Básicamente, con estas reformas se habilitaba dos cosas: primero, recurso de apelación en los arbitrajes dictados en derecho (es decir, aquellos arbitrajes que usan la ley para llegar a una decisión, en contraposición a los arbitrajes de equidad, que usan el sentimiento de lo 'justo' para decidir); y segundo, que el Estado Salvadoreño cuando decida pactar arbitrajes, solo pueda optar por arbitrajes de derecho. Es decir, arbitrajes con derecho de apelación.
  4. The Model Law was developed to address considerable disparities in national laws on arbitration. The need for improvement and harmonization was based on findings that national laws were often particularly inappropriate for international cases. "UNCITRAL 2012 Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration. United Nations", New York, 2012: 1. Disponible en [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org)
  5. UNCITRAL 2012 Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration. United Nations, New York, 2012: 1. En el mismo sentido, "Explanatory Note by the UNCITRAL Secretariat on the Model Law on International Commercial Arbitration", United Nations: párrafos 1, 5, 6, 7, 8 y 9. Ambos documentos disponibles en [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org)

son importantes a tomar en cuenta para la interpretación y entendimiento del articulado de la Ley 8937. Su importancia es de tal magnitud que la normativa incluyó un artículo (Art.2A de la Ley 8937) que faculta el uso de jurisprudencia internacional, así como fuentes de derecho internacionales para lograr con el cometido<sup>6</sup>, además que faculta una interpretación más liberal<sup>7</sup> del articulado.

La Ley 8937 se encuentra inspirada en la versión de la Ley Modelo de la CNUDMI del 2006<sup>8</sup>, y expresamente establece que el Tribunal Arbitral tiene poderes para dictar medidas cautelares<sup>9</sup>. Esto resulta una marcada diferencia<sup>10</sup> con la ley 7727, encargada de regular el arbitraje doméstico, que no establece tal poder a los árbitros<sup>11</sup>. Con este cambio, se confirma la importancia

- 
6. "The revision of the Model Law adopted in 2006 includes article 2 A, which is designed to facilitate interpretation by reference to internationally accepted principles and is aimed at promoting a uniform understanding of the Model Law." UNCITRAL 2012 Digest of Case Law on the model Law on International Commercial Arbitration. United Nations, New York, 2012: 1. En el mismo sentido, "Explanatory Note by the UNCITRAL Secretariat on the Model Law on International Commercial Arbitration", United Nations: parágrafo 7. Ambos documentos disponibles en [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org).
  7. "The revision of the Model Law adopted in 2006 includes article 2 A, which is designed to facilitate interpretation by reference to internationally accepted principles and is aimed at promoting a uniform understanding of the Model Law." UNCITRAL 2012 Digest of Case Law on the model Law on International Commercial Arbitration. United Nations, New York, 2012: 1. En el mismo sentido, "Explanatory Note by the UNCITRAL Secretariat on the Model Law on International Commercial Arbitration", United Nations: parágrafo 7. Ambos documentos disponibles en [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org).
  8. La regulación de las medidas cautelares en la versión del año 2006 Ley Modelo de la CNUDMI experimentó mejoras sustantivas en lo que respecta a la regulación de las medidas cautelares, por cuanto otorga un poder mucho más amplio a los árbitros en comparación con la versión de 1985. Ello por cuanto, en la regulación de las medidas cautelares de la versión de 1985, las Cortes Nacionales determinaron que la redacción limitaba a medidas relacionadas de manera directa con la protección de la materia objeto de la disputa, no otorgando poderes adicionales al Tribunal para ejecutar dicha orden. La nueva versión de la Ley Modelo UNCITRAL del 2006, que corresponde a la instaurada en Costa Rica por medio de la Ley 8937, otorga un poder mucho más amplio a los árbitros en comparación. Al respecto, ver el caso CLOUT No.565 [Oberlandesgericht Frankfurt a.M., Alemania, 24 Sch 01/01, 5 de abril 2001] disponible en [http://www.uncitral.org/uncitral/en/case\\_law.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/case_law.html). UNCITRAL 2012 Digest of Case Law on International Commercial Arbitration. United Nations, New York, 2012: 86. En el mismo sentido, ver el documento titulado "Explanatory Note by the UNCITRAL Secretariat on the Model Law on International commercial Arbitration", United Nations: parágrafo 4, 27, 28, 29 y 30. Ambos documentos disponibles en [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org).
  9. Tal facultad ha sido reconocida expresamente por una gran cantidad de jurisdicciones, a manera de ejemplo citamos las siguientes: Alemania (Art. 1041), Bélgica (Art.1691.1), Bolivia (Art.35), Canadá (Art.17), Chile (Art. 17), Colombia (Art.152), Ecuador (Art.9), España (Art.23), Guatemala (Art.22), Japón (Art.24), Malasia (Art.19.1), México (Art. 1433), Nicaragua, (Art.43), Panamá (Art. 24), Perú (Art.47), Suecia (Art.25), Suiza (Art.183) y Venezuela (Art.26). Asimismo, la jurisprudencia internacional se ha pronunciado al respecto, destacamos la sentencia del caso CLOUT No.386 correspondiente al caso dictado por Ontario Court of Justice en el caso ATM Compute GmbH contra DY 4 Systems Inc del 8 de junio de 1995, disponible en [http://www.uncitral.org/uncitral/en/case\\_law.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/case_law.html). Igualmente, es importante rescatar que las Cortes Nacionales también pueden dictar medidas cautelares, y que recurrir a su auxilio, no significa un repudio al compromiso adquirido en la cláusula arbitral, de conformidad con el art.9 de la Ley 8937.
  10. En Costa Rica existe un sistema dualista con marcadas diferencias, al respecto ver Jiménez Figures, Dyalá. "La Nueva Ley de Arbitraje Comercial Internacional de Costa Rica, una visión siempre optimista", Revista El Foro del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica, edición 13, Oct.2012: 93-100. Para una revisión de las fuentes del derecho arbitral costarricense, recomiendo revisar: Duarte, Herman y Guevara Róger, "¿Matrimonio o Divorcio del Arbitraje y el CPC. Depende de los Contrayentes", Revista Costarricense de Derecho Internacional, II edición, Agosto 2014. Disponible en: <http://www.acodicr.org/images/revista2>.
  11. En lo concerniente, la Ley 7727 indica lo siguiente: "ARTÍCULO 52.- Medidas cautelares En cualquier etapa del proceso, las partes pueden solicitar a la autoridad judicial competente medidas cautelares. Además, de oficio o a instancia de parte, el tribunal arbitral podrá pedir, a la autoridad competente, las medidas cautelares que considere necesarias. La solicitud de adopción de medidas cautelares dirigida a una autoridad judicial, por cualquiera de las partes, no será considerada incompatible con el proceso arbitral, ni como renuncia o revocación del acuerdo arbitral."

de las medidas cautelares<sup>12</sup> para configurar al arbitraje como el mecanismo idóneo para la resolución de disputas comerciales internacionales<sup>13</sup>.

Del expediente legislativo de la Ley 8937, se desprende lo siguiente en relación con el poder<sup>14</sup> delegado a los árbitros para dictar medidas cautelares:

*“La importancia que la Ley Modelo concede a este apartado, uno de los que mayormente reformados en 2006, obedece a la relevancia de estas medidas para el éxito del arbitraje... Este profuso desarrollo de las medidas cautelares contrasta con el escueto y lacónico texto del artículo 52 de la Ley RAC. La Ley Modelo por el contrario, crea un régimen especial, propio para el arbitraje, que si bien necesitará indefectiblemente apoyarse en*

*las potestades del imperio de la jurisdicción, se regirá por esta normativa especializada... Todo este régimen de medidas cautelares y órdenes preliminares es nuevo y no tiene correlativo en el arbitraje nacional<sup>15</sup>.”*

En este entender, un Tribunal instalado en Costa Rica, tiene poderes suficientes para implementar medidas cautelares. Un Tribunal en Costa Rica obtiene tal poder desde el momento de su instalación y se mantiene, inclusive, ante cuestionamientos a la jurisdicción y competencia del Tribunal<sup>16</sup>. La regulación de las medidas cautelares en manos de un Tribunal Arbitral se encuentra en los artículos 17, 17 A, 17 D, 17 E, 17 F y 17 G correspondientes al capítulo IV A de la Ley 8937<sup>17</sup>. El primero de los artículos en referencia, el 17, establece el concepto<sup>18</sup> de medida cautelar, la característica de

12. Al respecto, traemos a mención el reporte del Grupo de Trabajo de UNCITRAL para la elaboración de los artículos que regulan las medidas cautelares en la Ley Modelo Sobre Arbitraje Internacional Comercial. “Report of the Working Group on Arbitration on the Work” of its thirty second session: párrafos 60 al 62. Disponible en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V00/530/64/PDF/V0053064.pdf?OpenElement>.
13. La doctrina opina que negar la posibilidad de medidas cautelares en el arbitraje implica una violación directa a la tutela judicial efectiva, por lo que se desprende la importancia y relevancia que los Tribunales Arbitrales tengan la facultad de dictar medidas cautelares. Al respecto ver Fernández Rozas, José Carlos “Arbitraje y Justicia Cautelar”, Revista de la Corte Española de Arbitraje, Vol. XXII, 2007: 26.
14. En relación con las facultades que conferidas a los tribunales arbitrales para dictar medidas cautelares remitimos al Tribunal Arbitral a la guía de arbitraje preparada por la comisión de arbitraje de la IBA. JIMENÉZ Dyalá. Arbitration Guide. Costa Rica. International Bar Association, 2012, p. 9. En el mismo contexto, la Corte Suprema de Justicia de Canadá ha indicado: “the analysis of the powers granted to an arbitrator under an arbitration agreement should also be made through a generous and liberal vision which is more in line with the modern interpretation of conventional arbitration as proposed by the Supreme Court of Canada.” Caso Clout 1268 correspondiente a Nearctic Nickel Mines Inc. c. Canadian Royalties Inc., 2012 QCCA 385 (CanLII) del 29 de febrero del 2012, <http://canlii.ca/t/fqczwz>.
15. Informe Jurídico del Proyecto de Ley “Ley Sobre Arbitraje Comercial Internacional Basada en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)” del 7 de abril del 2010, correspondiente a folios 85 y 86 del expediente de Ley No. 17593. Tal y como se desprende de la lectura, la innovadora regulación también incluye un apartado sobre “órdenes preliminares”, las cuales son una suerte de medidas precautelares que por su naturaleza se dictan sin audiencia a la parte contraria, pero que tienen una fecha de expiración de 20 días a partir de la fecha de emisión. Las ordenes preliminares sirven como una garantía de viabilidad del dictado de una medida cautelar, por supuesto, deberá analizarse caso por caso la procedencia y conveniencia de solicitar.
16. BORN Gary. International Arbitration: Law and Practice. Kluwer Law International BT Holanda, 2012, p. 209.
17. Para los fines del presente artículo, únicamente se enfoca el análisis en los artículos 17 y 17 A.
18. “Las medidas precautorias son herramientas utilizadas por tribunales (estatales o arbitrales) durante la consecución de un litigio o arbitraje que buscan proteger la Litis de la controversia durante el procedimiento buscando facilitar el cumplimiento o ejecución de la sentencia o laudo final.” GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. Arbitraje. Editorial Porrúa, tercera edición, 2011, p. 625

temporalidad que deben revestir y su tipología. De la tipología, dado el limitado espacio, nos enfocaremos en 2 de los 4 tipos descritos.

El primer tipo de medida cautelar, es la regulada en el Art.17.2.a<sup>19</sup>. Este tipo de medida cautelar busca mantener o restablecer el status quo en espera que se dirima la controversia. El término “*Status Quo*” ha sido interpretado por medio de las jurisprudencia internacional como: “*el último estado de paz entre la partes*<sup>20</sup>.” La doctrina, en similares términos, lo ha entendido como “*órdenes en el sentido de que se continúe con la ejecución de un contrato durante el procedimiento arbitral... órdenes para impedir la adopción de medidas hasta que se dicte el laudo, órdenes para proteger bienes...*”<sup>21</sup> entre otras definiciones de “*Status Quo*”<sup>22</sup>.

Finalmente, en relación con el “*Status Quo*”, no debe dejar de mencionarse que se trata de un concepto sumamente flexible<sup>23</sup>.

El segundo tipo de medidas cautelares por describir son las reguladas en el 17.2.b<sup>24</sup>, las cuales tienen como destino impedir algún daño actual o inminente, así como el menoscabo del procedimiento arbitral.

Al igual y como ocurre con otras normas que componen el clausulado de la Ley 8937, las disposiciones relativas a la adopción de medidas cautelares se deben interpretar de forma liberal, a fin que el Tribunal tenga una amplitud en el dictado de medidas cautelares<sup>25</sup>.

Algunos ejemplos de la amplitud con la que gozan los Tribunales de Arbitraje con facultad para dictar medidas cautelares en

19. “a) mantenga o restablezca el status quo en espera de que se dirima la controversia.”

20. “the last peaceable state of affairs between the parties” Safe Kids in Daily Supervision Limited contra Mcneill, High Court, Auckland, New Zealand, 14 de abril del 2010, tal y como fue reportado en UNCITRAL 2012 Digest of Case Law on the model Law on International Commercial Arbitration. United Nations, New York, 2012: 87.19.

21. GONZÁLEZ DE COSSÍO Francisco. Arbitraje. Editorial Porrúa, México, tercera edición, 2011, p. 627

22. CIADI lo ha definido el Status Quo de la siguiente manera: “se basa en el principio de que una vez que se somete una diferencia a arbitraje, las partes no deben tomar medidas que puedan agravar o ampliar su diferencia u obstaculizar la ejecución del laudo”, en ICSID Reports Vol.1. Citado en el párrafo 134 de Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. y Allan Fosk Kaplún contra el Estado Plurinacional de Bolivia, Caso CIADI ARB/06/2, Decisión en medidas precautorias del 26 de febrero del 2010.

23. La jurisprudencia internacional ha determinado que este concepto puede significar un momento en el tiempo previo a la ocurrencia de la conducta que está siendo reclamada que sea detenida; también, puede ocurrir en el momento del inicio de procedimientos; e incluso un momento posterior al inicio de los procedimientos. Daily Supervision Limited contra Mcneill, High Court, Auckland, New Zealand, 14 de abril del 2010: 24.

24. “b) adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente, o el menoscabo del procedimiento arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo al procedimiento arbitral.”

25. El profesor Heuman, comentando sobre los trabajos preparatorios ha indicado: “...the arbitrators have extensive powers of issuing orders directly aimed at ensuring the enforceability of a future award...” HEUMAN, Lars. Arbitration Law in Sweden: Practice and Procedure. Juris Publishing, 2003, p. 334. Otro tratadista de gran prestigio indica lo siguiente: “...amplia libertad para dictar las que consideren conveniente. Su alcance viene determinado por el propio objeto del litigio...” Fernández Rozas, José . Asimismo, la CNDUMI ha indicado: “Cases from jurisdictions that have adopted article 9 reveal that courts have also favored a broad view of the types of interim measures that should be deemed not to be incompatible with an arbitration agreement.” “UNCITRAL 2012 Digest of Case Law on the model Law on International Commercial Arbitration”. United Nations, New York, 2012: 54. Los trabajos preparatorios del artículo 9 de la Ley Modelo, refiriéndose a la no conceptualización de medidas cautelares, indican que el rango de las medidas cubiertas por la normativa es muy amplia: “range of measures covered by the provision is a wide one.”. “UNCITRAL 2012 Digest of Case Law on the model Law on International Commercial Arbitration”. United Nations, New York, 2012: 53. 24.

arbitraje internacionales se encuentra en los siguientes: "... (i) *medidas cautelares destinadas a acomodar o asegurar la continuación de las relaciones contractuales durante la duración del procedimiento arbitral: orden al contratista de continuar los trabajos de construcción y /orden al dueño de la obra de efectuar los pagos correspondientes...* (ii) *medidas cautelares destinadas a asegurar la ejecución del laudo final; (iii) otorgamiento de una provisión...*"<sup>26</sup>

Ejemplos más específicos de la amplitud con la que gozan los árbitros para diseñar medidas cautelares para cada caso concreto, las encontramos en los siguientes ejemplos:

La orden de efectuar pagos en una cuenta de garantía ("scrow account") abierta conjuntamente por el demandante y el demandado, en una entidad bancaria en un

tercer país, no pudiendo ser transferidas ni utilizadas hasta el dictado del laudo<sup>27</sup>.

Medidas ordenadas para efectuar planes de saneamiento del suelo de una planta industrial ante los reclamos de contaminación<sup>28</sup>.

La decisión que ordena el ejercicio de derechos contractuales para preservar el status quo<sup>29</sup>, entre otras<sup>30</sup>.

En definitiva, como señala un autor español: "las medidas cautelares que los árbitros pueden ordenar consisten en la creación a cargo de las partes de las obligaciones de dar, hacer o no hacer<sup>31</sup>." La incorporación de tal potestad a los tribunales arbitrales que se constituyan bajo la Ley 8937, sin lugar a dudas significa un paso importante para Costa Rica en posicionar al país como un potencial centro de arbitrajes internacionales.

- 
26. Los ejemplos fueron extraídos del trabajo de González de Cossío, en el que da una serie de ejemplos de medidas cautelares dictadas por tribunales arbitrales bajo las reglas de arbitraje de la CCI, que si bien es cierto tienen una redacción diferente al artículo 17 de la Ley 8937, los ejemplos son ilustrativos para evidenciar la amplitud y el alto grado de sofisticación de las medidas cautelares ordenadas por los tribunales arbitrales en arbitrajes internacionales. González de Cossío, Francisco, "Medidas Urgentes y Ordenes Preliminares en Arbitraje. Dos nuevas y efectivas herramientas procesales", disponible en [www.gdca.com.mx](http://www.gdca.com.mx)
27. Sperry International Trade v. Government of Israel, 532, F Supp 901 (SDNY 1982), disponible en: <http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/532/901/2145421/>.
28. Tal y como reporta el documento: LÓPEZ DE ARGUMEDO Álvaro. Medidas cautelares en Arbitraje Internacional y Nacional elaborado por el despacho Uría Menéndez: 20. Disponible en: [http://www.uria.com/documentos/publicaciones/595/documento/UM\\_ALAMedidas.pdf?id=3772](http://www.uria.com/documentos/publicaciones/595/documento/UM_ALAMedidas.pdf?id=3772).
29. "Examples of provisional or interim decisions include grants of interim protective measures aimed at preserving the status quo or interim determinations (such as permitting a party to remain in possession of property or to exercise contract rights) during the pendency of a proceeding." BORN Gary. International Commercial Arbitration. Kluwer Law International 2009: 1945, pie de página 11.
30. Otros ejemplos de medidas cautelares adoptados por Tribunales Arbitrales los encontramos en la disertación de Silva Romero, Eduardo: "Adopción de medidas cautelares por el juez y por el árbitro" disertación presentada en el II Congreso Internacional del Club Español del Arbitraje, Madrid, 17-19 de junio del 2007:7. Disponible en: <https://es.scribd.com/doc/57936885/Adopcion-de-Medidas-Cautelares-por-el-Juez-y-por-el-Arbitro-Eduardo-Silva>.
31. SILVA ROMERO Eduardo: "Adopción de medidas cautelares por el juez y por el árbitro" disertación presentada en el II Congreso Internacional del Club Español del Arbitraje, Madrid, 17-19 de junio del 2007. Disponible en: <https://es.scribd.com/doc/57936885/Adopcion-de-Medidas-Cautelares-por-el-Juez-y-por-el-Arbitro-Eduardo-Silva>. En igual sentido, Fernández Rozas indica que: "aquellas medidas dirigidas directamente contra los bienes que están en posesión de una persona para primar o limitar su control sobre los mismos y a las que poseen como función que la otra parte haga o deje de hacer alguna cosa." Fernández Rozas, José Carlos: "Arbitraje y Justicia Cautelar", Revista de la Corte Española de Arbitraje, Vol. XXII, 2007: 29.

### **3. Los requisitos para la implementación de medidas cautelares de conformidad con la Ley 8937**

Entendiendo el amplio rango de acción que un Panel Arbitral tiene para dictar medidas cautelares, es procedente revisar los requisitos que deben cumplirse para su otorgamiento. Estos, se encuentran regulados en el artículo 17 A de la Ley 8937 y son los siguientes:

- a) Que en caso de no otorgarse la medida, se produzca un daño, no resarcible adecuadamente por indemnización (Art.17A.1.a);
- b) Que tal daño potencial, sea notablemente más grave que el que pueda sufrir la parte afectada por la medida (Art.17A.1.a); y,
- c) Que exista una posibilidad razonable de que su demanda sobre el fondo del litigio prospere (Art.17A.1.b).

En relación con el primero de los requisitos, nótese que el estándar instaurado por el

legislador es, de no otorgarse la medida, se dé algún “*daño no resarcible adecuadamente mediante una indemnización*”, y no el de un “*daño irreparable*”<sup>32</sup>. Este último estándar es según la doctrina en arbitraje internacional un estándar mucho más riguroso de alcanzar<sup>33</sup>.

Esto significa que para el otorgamiento de las medidas cautelares, se debe estar frente a una situación que no pueda ser compensada adecuadamente con una compensación económica<sup>34</sup>, aunque la compensación sí sea posible, y no que sea irreparable económicamente. El estándar es menor que el requerido por la Ley 7727.

En lo que respecta al segundo, se trata del balance de conveniencia de adopción de la medida solicitada y el gravamen que está significaría a la parte a la cual se le imponga el cumplimiento de la misma. Es importante notar que el legislador no establece que en el balance de intereses<sup>35</sup>, se tome en cuenta los intereses de terceros, sino que únicamente el de las partes involucradas en el proceso arbitral:

---

32 Existe jurisprudencia internacional que ha determinado que un daño no será irreparable cuando puede ser compensada por medio de una resarcimiento económico. Al respecto ver Plama Consortium Ltd contra Bulgaria, caso CIADI No. ARB/03/24, Orden del 6 de setiembre del 2005, párrafo 46. Disponible en:

[https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC522\\_En&caseId=C24](https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC522_En&caseId=C24). En el mismo sentido Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. y Allan Fosk Kaplún contra el Estado Plurinacional de Bolivia, Caso CIADI ARB/06/2, Decisión en medidas precautorias del 26 de febrero del 2010: párrafo 156. Disponible en: <http://www.italaw.com/>.

33. BORN Gary. International Arbitration: Law and Practice. Kluwer Law International BT Holanda, 2012: 208.

34. REDFERN Allan y otros. Redfern and Hunter on International Arbitration. Oxford Press, Quinta edición, 2009, párrafo 7.46.

35. En casos de arbitraje internacional de inversiones se ha utilizado el estándar de balance de intereses, al respecto remitimos al Tribunal al caso: Burlington Resources Inc. y otros contra la República de Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (PetroEcuador), caso CIADI No. ARB/08/5, Orden Procesal No. 1 sobre la solicitud de medidas provisionales del 29 Junio 2009, párrafo 81. Disponible en: <http://www.italaw.com/>.

"[36] Given that the court's powers to grant interim relief are expressed to be identical to those of an arbitral tribunal, it would be surprising if the full range of considerations that apply to interim injunctions could be applied to a consideration of whether an interim measure should be granted. For instance, issues such as the public interest considered in *Finnigan v New Zealand Rugby Football Union Inc* (No. 2)9), and the consequences to innocent third parties: *Dunedin Taxis (1965) Limited v Dunedin Airport Limited*, **do not seem to be matters that would naturally fall within the ambit of an arbitral tribunal**. An arbitral tribunal derives its jurisdiction from the contract between the parties<sup>36</sup>."

Un ejemplo de la aplicación del balance de conveniencia de las medidas cautelares lo encontramos en un arbitraje de inversión, donde se determinó que el daño causado a una parte, es mayor al daño que sufre la parte afectada por concederse la medida cautelar:

"83. El riesgo aquí es la destrucción de una inversión en curso y de su potencial

para generar ingresos que beneficien tanto al inversionista como al Estado. En efecto, si el inversionista debe seguir financiando los gastos operativos al tiempo que genera pérdidas, desde el punto de vista comercial es probable que reduzca al mínimo sus costos de inversión y mantenimiento y por ende, su producto y los ingresos compartidos. Existe también el obvio riesgo económico de que interrumpa totalmente su actividad. Aunque la participación en las utilidades puede ser legítima, en la práctica no es razonable esperar que un inversionista extranjero continúe sosteniendo durante años una inversión que genera pérdidas. Contrariamente a la afirmación de las Demandadas de que la protección deberá otorgarse para evitar que el propio inversionista "interrumpa sus operaciones", el Tribunal considera que el proyecto y su situación económica están en riesgo, independientemente de la conducta del inversionista."<sup>37</sup>

Mientras que el último requisito, el de apariencia de buen derecho<sup>38</sup>, tiene que ver con que la demanda no sea frívola o sin sentido, de tal manera que sin entrar a

36. *Safe Kids in Daily Supervision Limited contra Mcneill*, High Court, Auckland, New Zealand, 14 de abril del 2010, párrafo 36. El caso se encuentra disponible en:

<https://forms.justice.govt.nz/search/Documents/pdf/jdo/d0/alfresco/service/api/node/content/workspace/SpacesStore/79b3cb68-bc7f-43cd-b4a9-f0f109e52bf3/79b3cb68-bc7f-43cd-b4a9-f0f109e52bf3.pdf>. Al respecto, en el digesto de jurisprudencia de UNCITRAL indicó lo siguiente: "A New Zealand court declined to go beyond the specific considerations provided in article 17 A when urged to take into account other matters of public interest and to consider the possible impact on third parties and overall justice as conditions for granting interim measures" UNCITRAL 2012 Digest of Case Law on the model Law on International Commercial Arbitration. United Nations, New York, 2012: 87.

37. El balance de conveniencia es un concepto también introducido por medio del fallo de *Safe Kids in Daily Supervision Limited contra Mcneill*, High Court, Auckland, New Zealand, 14 de abril del 2010: . Tal estándar, también ha sido reportado que fue utilizado en el caso *CLOUT no.588* correspondiente a *Fast Car Co. Inc and others* contra *IATSE locals 669 & 891 British Columbia industrial relations council*, del 23 de julio de 1991. Disponible en [http://www.uncitral.org/uncitral/en/case\\_law.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/case_law.html).

38. En el ámbito nacional y con base en el Código Procesal Contencioso Administrativo, nuestros tribunales han indicado: "La doctrina la define "verosimilitud" acerca de la existencia de la situación jurídica sustancial y éxito de la pretensión principal en la sentencia definitiva, elemento que se manifiesta en la seriedad, fundamento y consistencia de las pretensiones involucradas por el articulante" Tribunal Contencioso Administrativo, Sección IV, Segundo Circuito Judicial de San José, Goicoechea, n.º. 45-2007 de las catorce horas con cinco minutos del treinta y uno de agosto de dos mil siete.

juzgar en el fondo, desde un punto de vista razonable, el Tribunal Arbitral pueda llegar a una conclusión preliminar (posibilidad): existe razón o evidencia que lo reclamado por el solicitante de las medidas cautelares tiene mérito (posible) para adoptar la medida cautelar solicitada. Al respecto, la jurisprudencia ha señalado:

*“El fumus boni iuris o apariencia jurídica o de prevalencia jurídica implica que la existencia del derecho o interés jurídico afirmadas ha de parecer verosímil, o sea suficiente para que seguir un cálculo de probabilidades quepa prever que la resolución principal declarará el derecho en el sentido favorable al que solicita la medida cautelar”<sup>39</sup>.*

Este último punto, contiene una sutil condición de otorgamiento y es que necesariamente requiere que el Tribunal no prejuzgue sobre el fondo<sup>40</sup>, puesto que ello implicaría un adelanto de criterio lo cual resultaría contrario

a los artículos 11.5 y 12 de la Ley 8937 que establece las características de imparcialidad e independencia que debe tener un árbitro. Otro aspecto importante a considerar es la forma que debe revistar las medidas cautelares ordenadas por un Tribunal, ya que pueden tomar la forma de órdenes dirigidas a las partes o la de un laudo parcial. En Canadá<sup>41</sup>, por ejemplo, se ha razonado que las medidas cautelares pueden tomar forma de laudos interino de conformidad con el artículo 31 de la Ley Modelo UNCITRAL, el cual corresponde al artículo 31 de la Ley 8937<sup>42</sup>.

Esto último, lo de dictar medidas cautelares en forma de laudo parcial, un Tribunal Arbitral debe tener la serenidad, tranquilidad y seguridad que lo resuelto en un laudo interino en el cual se otorgan medidas cautelares, aplicando los conceptos internacionales expuestos, es una posición completamente

---

39. Sentencia de Audiencia Provincial de Málaga, Sección 5ta, 22 de diciembre del 2004 citada en FERNÁNDEZ ROZAS José Carlos. Arbitraje y Justicia Cautelar. En Revista de la Corte Española de Arbitraje, Vol. XXII, 2007, p. 32.

40. Una pregunta interesante, para trabajar en otro documento, es el alcance o límite de las medidas cautelares, es decir, ¿estaría prejuzgando un tribunal arbitral que otorgue medidas cautelares que sean idénticas a la pretensión final buscada por la solicitante? Algunos prestigiosos autores como Gary Born consideran que no, y que sería viable y legal: Ver BORN Gary. International Commercial Arbitration. Kluwer Law International 2009, p. 1988. Nuestro criterio profesional es que en algunos casos puntuales, es posible que exista una identidad entre las pretensiones y las medidas cautelares solicitadas, sin que ello signifique un adelanto de criterio sobre el fondo, sino más bien como un elemento necesario que justifica la adopción de las medidas precisamente para cumplir con su principal objetivo, garantizar los resultados del proceso arbitral.

41. Caso CLOUT no.588 correspondiente a Fast Car Co. Inc and others contra IATSE locals 669 & 891 British Columbia industrial relations council, del 23 de julio de 1991. Disponible en [http://www.uncitral.org/uncitral/en/case\\_law.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/case_law.html).

42. Asimismo los artículos I.1, V.1.c y V.1.e de la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras resultan aplicables, tal y como lo plantea el profesor Roque Caivano en CAIVANO, ROQUE J y otros. Convención de Nueva York de 1958. Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras. La Convención de Nueva York y la ejecución de medidas cautelares. Instituto Peruano de Arbitraje, 2009.

factible en un *arbitraje internacional*<sup>43</sup> bajo la Ley 8937. Esto, sumado al hecho que existen bases suficientes para sostener<sup>44</sup> que el criterio de Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de no entrar en fondo<sup>45</sup> de las decisiones tomadas por el Tribunal Arbitral en arbitrajes nacionales, será igualmente replicado para los casos de arbitraje internacional<sup>46</sup>. No existen razones que nos haga prever que la Sala Primera variará su criterio jurisprudencial.

Adicionalmente, no puede dejarse a un lado otros aspectos de importancia en relación con las medidas cautelares, como: (i) la potestad del tribunal de modificar, suspender o revocar las medidas implementadas en

caso que cambien las condiciones (Art.17.D, Ley 8937); (ii) la posibilidad que existe que el Tribunal pueda ordenar contra cautela al solicitante (Art.17.E, Ley 8937); (iii) así como la potestad de exigir a las partes que informen de cualquier acontecimiento relevante para la decisión de la implementación de medidas cautelares (Art.17.F, Ley 8937).

Finalmente, el solicitante debe tener claro que una solicitud de medidas cautelares debe tomarse con templanza, puesto que existe un riesgo de ser condenado en costas, daños y perjuicios (Art.17.G, Ley 8937) en caso que el Tribunal determinase –ulteriormente– que dadas las circunstancias del caso, no debería haberse otorgado la medida cautelar.

---

43. Un ejemplo de esta situación lo encontramos en Canadá, en donde la Corte de Apelaciones de Quebec indicó lo siguiente: "The philosophy governing the interpretation of the arbitration process may also be traced to foreign legal sources. For instance, the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York Convention) of 1958 is a multilateral treaty, which facilitates the enforcement of arbitral awards between contracting parties. It reflects the commercial world's willingness to promote private dispute resolution. In 1985, the United Nations adopted a Model Law on International Commercial Arbitration[16] and in June of the same year, Canada became the first country to adopt legislation based on the Convention. The Quebec Code of Civil Procedure was amended to reflect it and integrate rules pertaining to both domestic and international commercial arbitrations. Article 940.6 C.C.P. specifically refers to the Model Law as relevant to extra-provincial or international issues in arbitration." Caso Clout 1268 correspondiente a *Nearctic Nickel Mines Inc. c. Canadian Royalties Inc.*, 2012 QCCA 385 (CanLII) del 29 de febrero del 2012, <http://canlii.ca/t/fqcwz>.

44. Sobre la aplicabilidad de ciertas líneas jurisprudenciales en los casos de arbitraje internacional, resulta interesante revisar el siguiente artículo: LEÓN FEOLI, Anabelle El Arbitraje Internacional desde la perspectiva de Sala Primera. En Revista Judicial de la Corte Suprema de Justicia, edición 111, Marzo 2014, Costa Rica.

45. "...no autoriza ni permite una ponderación minuciosa del acierto o no de las razones dadas por los árbitros. Lo contrario, implicaría una revisión en alza de las probanzas y su valoración respecto de lo dispuesto. No incumbe por tanto a esta Sala, el examen del contenido o no de un documento, de una declaración o de una pericia." Sentencia No. 484-F-2003 de las 10 horas 30 minutos del 12 de agosto del 2003. En el mismo sentido, Sala Primera indica en la sentencia No. 602-F-2007 de las 9:50 del 17 de agosto del 2007. Dentro de lo cual se destaca: "...Nótese como lo aducido por el recurrente, de darse, configuraría un vicio de falta de fundamentación o defectuosa motivación. Este yerro es de fondo (al respecto, puede verse, entre otras, la sentencia no. 346 ya citada), por consiguiente no es revisable en esta vía, al resultar ajeno a las causales previstas en el artículo 67 de repetida cita. La taxatividad ahí dispuesta, conforme se ha indicado, tiene el propósito de desjudicializar la materia arbitral y limitar la competencia de la Sala. Sobre el particular, pueden observarse, entre otras, las sentencias números 319 de las 14 horas 30 minutos del 27 de abril; 596 de las 15 horas 7 minutos del 8 de agosto, ambas del 2001."

46. El principio de no entrar a conocer el fondo de lo decidido por los árbitros en laudos interinos o finales, es reconocido también en Alemania. Al respecto ver caso CLOUT no.565 correspondiente a una decisión del Oberlandesgericht Frankfurt, 24 Sch 1/01 del 5 de abril del 2001. Disponible en: [http://www.uncitral.org/uncitral/en/case\\_law.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/case_law.html).

### 3. Conclusiones

La modernización de los cuerpos legislativos destinados a regular y facilitar la resolución de controversias es un primer gran paso para promover la inversión en un país. Implementar leyes modernas que recogen las mejores prácticas internacionales, es asegurar potenciales inversiones. De tal manera que Costa Rica representa un ejemplo de medidas legislativas adecuadas, tras la implementación de la Ley 8937, para promover la inversión de un país. Garantizar a los inversionistas un derecho fundamental (artículo 43 constitucional) es sin duda una ventaja de seguridad jurídica y respeto en un Estado de Derecho.

Ahora bien, en este proceso de modernización del arbitraje resultan relevantes otros actores- también principales- como es la comunidad jurídica, en la cual se incluyen a los profesionales en el ejercicio liberal de la profesión, los centros arbitrales, los árbitros, y en especial a las Cortes Nacionales, a las cuales se les ha encomendado tareas sumamente importantes y dependerá de estas que la Ley 8937 sea un éxito.

La Ley 8937 fue instaurada con el claro propósito de incluir a Costa Rica en el proceso de uniformidad de la regulación del arbitraje

comercial internacional que promueve la Comisión de las Naciones Unidas para la Unificación del Derecho Mercantil Internacional. La implementación de dicho cuerpo normativo coloca a Costa Rica en el marco internacional como uno de los países con legislación arbitral moderna y conforme a las mejores prácticas internacionales. Ahora bien, ese esfuerzo únicamente verá sus frutos si existe la apertura profesional e intelectual suficiente para desarraigarse de las preconcepciones que se ha forjado en el colectivo jurídico con la aplicación de la Ley 7727 y las normas procesales nacionales, de tal forma que no se trate a los procesos arbitrales internacionales como nacionales, ni viceversa.

En el presente artículo hemos expuesto tan solo un elemento de la innovadora regulación del arbitraje internacional: dos de las medidas cautelares que pueden ser dictadas por los Tribunales Arbitrales. Lo que la Ley 8937 habilitó. No cabe ninguna duda que incorporar en la normativa nacional la práctica internacional que faculta a un Tribunal Arbitral la implementación de medidas cautelares es fundamental para no frustrar la finalidad<sup>47</sup> del proceso arbitral: una justicia pronta y cumplida<sup>48</sup>.

---

47 "Su esencia (justicia cautelar) estriba en la necesidad de evitar que el lapso de tiempo que transcurre hasta que recae un pronunciamiento judicial firme suponga la pérdida de la finalidad del proceso." FERNÁNDEZ ROZAS José Carlos. Arbitraje y Justicia Cautelar. En Revista de la Corte Española de Arbitraje, Vol. XXII, 2007: 24.

48 "La justicia cautelar desempeña un papel relevante en cualquier procedimiento de arreglo de controversias por su doble cometido: proteger la situación de las partes en espera de la solución del litigio existente entre ellas y asegurar la ejecutabilidad de la decisión final." FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. Arbitraje y Justicia Cautelar. op cit., p. 24. Íntimamente relacionado con el concepto, se encuentra el principio de la tutela judicial efectiva, el cual aplica en arbitraje.

## BIBLIOGRAFÍA

### **Libros y artículos de Revistas**

BORN Gary. *International Arbitration: Law and Practice*. Kluwer Law International BT Holanda, 2012.

CAIVANO Roque. *Convención de Nueva York de 1958. Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras. La Convención de Nueva York y la ejecución de medidas cautelares*. Instituto Peruano de Arbitraje, 2009.

DUARTE Herman y GUEVARA Róger. “¿Matrimonio o Divorcio del Arbitraje y el CPC. Depende de los Contrayentes”, Revista Costarricense de Derecho Internacional, II edición, Agosto 2014. Disponible en: <http://www.acodicr.org/images/revista2>

FERNÁNDEZ ROZAS José Carlos. *Arbitraje y Justicia Cautelar*. En Revista de la Corte Española de Arbitraje, Vol. XXII, 2007.

GONZÁLEZ DE COSSÍO Francisco. *Arbitraje*. Editorial Porrúa, tercera edición, 2011.

GONZÁLEZ DE COSSÍO Francisco. *Medidas Urgentes y Ordenes Preliminares en Arbitraje. Dos nuevas y efectivas herramientas procesales*. Disponible en: [www.gdca.com.mx](http://www.gdca.com.mx)

HEUMAN Lars. *Arbitration Law in Sweden: Practice and Procedure*. Juris Publishing, 2003.

JIMÉNEZ FIGUERES Dyalá. *La Nueva Ley de Arbitraje Comercial Internacional de Costa Rica, una visión siempre optimista*. En Revista El Foro del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica, edición 13, Oct.2012.

JIMÉNEZ FIGUERES Dyalá. *Arbitration Guide. Costa Rica*. International Bar Association, 2012.

LEÓN FEOLI Anabelle. *El Arbitraje Internacional desde la perspectiva de Sala Primera*. En Revista Judicial de la Corte Suprema de Justicia, edición 111, Marzo 2014, Costa Rica.

LÓPEZ DE ARGUMEDO Álvaro. *Medidas cautelares en Arbitraje Internacional y Nacional*, elaborado por el despacho Uría Menéndez: 20.

Disponible en: [http://www.uria.com/documentos/publicaciones/595/documento/UM\\_ALAMedidas.pdf?id=3772](http://www.uria.com/documentos/publicaciones/595/documento/UM_ALAMedidas.pdf?id=3772).

REDFERN Allan y otros. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. Oxford Press, Quinta edición, 2009.

SILVA ROMERO Eduardo. *Adopción de medidas cautelares por el juez y por el árbitro disertación presentada en el II Congreso Internacional del Club Español del Arbitraje, Madrid, 17-19 de junio del 2007*.

Disponible en: <https://es.scribd.com/doc/57936885/Adopcion-de-Medidas-Cautelares-por-el-Juez-y-por-el-Arbitro-Eduardo-Silva>.

UNCITRAL /CNUDMI. Explanatory Note by the UNCITRAL Secretariat on the Model Law on International commercial Arbitration, United Nations.

Disponible en: [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org)

UNCITRAL /CNUDMI. Report of the Working Group on Arbitration on the Work of its thirty second sesión.

Disponible en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V00/530/64/PDF/V0053064.pdf?OpenElement>.

UNCITRAL 2012 Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration. United Nations, New York, 2012. Disponible en: [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org)

### **Documentos**

Informe Jurídico del Proyecto de Ley "Ley Sobre Arbitraje Comercial Internacional Basada en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)" del 7 de abril del 2010, correspondiente a folios 85 y 86 del expediente de Ley No.17593.

### **Jurisprudencia**

BG Group c/ República de Argentina, 5 de marzo de 2014 de la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos de América. Extraído de: [http://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/12-138\\_97be.pdf](http://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/12-138_97be.pdf)

CIADI ARB/06/2. Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. y Allan Fosk Kaplún c/ el Estado Plurinacional de Bolivia, 26 de febrero de 2010 de CIADI.

Extraído de: <http://www.italaw.com/>  
CIADI No.ARB/03/24. Plama Consortium Ltd c/ Bulgaria, 6 de setiembre de 2005, CIADI.

Extraído de: [https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC522\\_En&caselId=C24](https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC522_En&caselId=C24)

CIADI No. ARB/08/5. Burlington Resources Inc. y otros c/ la República de Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (PetroEcuador), 29 de junio de 2009, CIADI. Extraído de: <http://www.italaw.com/>

CLOUT 78. Astel – Peiniger Joint Venture c/ Argos Engineering & Heavy Industries Co. Ltd., 19 de agosto de 1994 de la Suprema Corte de Hong Kong. Extraído de: [http://www.uncitral.org/uncitral/en/case\\_law.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/case_law.html)

CLOUT 386. ATM Compute GmbH c/ DY 4 Systems Inc., 8 de junio de 1995 de la Corte de Justicia de Ontario. Extraído de: [http://www.uncitral.org/uncitral/en/case\\_law.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/case_law.html)

CLOUT 565. Partes desconocidas, 05 de abril de 2001 del Tribunal Local de Frankfurt. Extraído de: [http://www.uncitral.org/uncitral/en/case\\_law.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/case_law.html)

CLOUT 588. Fast Car Co. Inc and others c/ IATSE locals 669 & 891, 23 de julio de 1991 de la British Columbia industrial relations council

CLOUT 1268. Nearctic Nickel Mines Inc. c/ Canadian Royalties Inc., 29 de febrero de 2012 de la Suprema Corte de Canadá. Extraído de: <http://canlii.ca/t/fqcwz>.

Tribunal Contencioso Administrativo, Sección IV, Segundo Circuito Judicial de San José, Goicoechea. Resolución número 45-2007 de las catorce horas con cinco minutos del treinta y uno de agosto de dos mil siete.

Safe Kids in Daily Supervision Limited c/ Mcneill, 14 de abril de 2010 de la Suprema Corte de Auckland, Nueva Zelanda.

Extraído de:

<https://forms.justice.govt.nz/search/Documents/pdf/jdo/d0/alfresco/service/api/node/content/workspace/SpacesStore/79b3cb68-bc7f-43cd-b4a9-f0f109e52bf3/79b3cb68-bc7f-43cd-b4a9-f0f109e52bf3.pdf>

Sentencia de Audiencia Provincial de Málaga, Sección 5ta 22 de diciembre del 2004 citada en Fernández Rozas, José Carlos "*Arbitraje y Justicia Cautelar*", Revista de la Corte Española de Arbitraje, Vol. XXII, 2007.

Sentencia No. 484-F-2003 de las 10 horas 30 minutos del 12 de agosto del 2003, Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

Sentencia No. 602-F-2007 de las 9:50 del 17 de agosto del 2007, Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

Sperry International Trade c/ Government of Israel, 24 de febrero de 1982 de la Corte de Distrito de Nueva York, Estados Unidos de América.

Extraído de: <http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/532/901/2145421/>

# **LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL CARGADOR EN TRANSPORTE MARÍTIMO DE MERCANCÍAS EN CONTENEDORES**

**Lic. Gabriel Alejandro Arce Morales<sup>1</sup>  
M.Sc. Ma. Fernanda Redondo Rojas<sup>2</sup>**

**SUMARIO:** 1. Introducción 2. Elementos del contrato de transporte marítimo de mercancías en contenedores. 2.1. Otros sujetos intervinientes. 3. Documentos necesarios para la celebración del contrato. 4. Principales derechos y obligaciones de las partes. 4.1. Derechos de los sujetos. 4.2. Obligaciones de los sujetos. 5. Normativa aplicable al contrato de Transporte Marítimo de Mercancías en Contenedores. 6. Los convenios internacionales en el transporte marítimo de mercancías en contenedores. 7. Alcances de la responsabilidad civil según los convenios internacionales. 8. Periodos de responsabilidad. 8.1. Eximentes. 8.2. Limitaciones. 9. La Responsabilidad civil en el transporte marítimo de mercancías en contenedores. 10. La responsabilidad civil contractual. 10.1. Causales de exoneración y carga de la prueba. 11. La responsabilidad civil extracontractual 12. Conclusiones.

## **1. Introducción**

No es un secreto que al hablar de transporte marítimo, debemos referirnos al comercio internacional, pues éste constituye la base

del transporte de mercancías, en la medida genera la necesidad de cubrir el traslado de carga. El transporte marítimo constituye uno de los medios más usados para el traslado de mercancías, aproximadamente un 90% del tráfico mundial se mueve en buques de diversas características, usos y capacidades, pero que constituyen un medio fiable, económico en comparación a otros medios, además en términos generales se constituye el medio más amigable con el ambiente, si se distribuye su huella de carbono entre las diferentes cargas que transporta, y es un tipo de transporte relativamente seguro.

Dentro del transporte marítimo de carga, existen diversas modalidades contractuales, multiplicidad de documentación y sujetos intervinientes, según los distintos tráfico marítimos existentes, esto podría considerarse como una dificultad en la adopción de normas uniformes que satisfagan los intereses de todos los intervinientes, usualmente de diversas nacionalidades, con ordenamientos jurídicos disímiles, pero con un elemento común, el traslado de mercancías que atienen al mercado internacional.

1 Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica. Especialidad en Derecho Notarial y Registral, Universidad De La Salle. Abogado litigante. Correo gam316@gmail.com

2 Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica. Máster en Negocios y Derecho Marítimo, Universidad Pontificia Comillas, España. Abogada del Departamento Aviación y Marítimo, Nassar Abogados. Correo ferredroj@gmail.com

El presente artículo parte de la investigación realizada en el trabajo final de investigación para optar por el grado de licenciatura en derecho, de la Universidad de Costa Rica, en el mes de octubre de 2012, en el que de forma amplia y más detallada se desarrollaron los temas aquí expuestos. Así las cosas, este documento se enfoca únicamente al transporte marítimo de línea regular, de carga en contenedores, bajo el régimen de conocimiento de embarque.

El Bill of Lading, es un documento emitido por el porteador y firmado por una persona autorizada en nombre de éste. Esa firma podrá ser manuscrita, impresa, estampado o cualquier medio electrónico y se emiten tres documentos originales, uno corresponde al porteador, otro al cargador y el destinatario. Este documento simboliza el título representativo de mercancías y constancia de recibo de éstas a bordo de la navegación.

## 2. **Elementos del contrato de transporte marítimo de mercancías en contenedores**

Como cualquier otro contrato es necesario determinar los elementos esenciales del mismo, pues son aspectos necesarios para determinar la imputación de responsabilidad civil como en adelante se indicará:

- **Elementos subjetivos:** Dentro del transporte siempre tendremos presente la figura del porteador, así mismo, existirá un cargador y uno o varios consignatarios,

incluso podrán intervenir otros agentes dentro de la cadena logística, ya sea por delegación de facultades o bien por ser agentes estatales, sin que por ello signifique que sean parte del contrato de transporte por sí mismo.

- **Porteador o Transportista:** El transportista, puede ser reconocido como la parte deudora dentro de la relación contractual, ya que ésta es la que se encuentra obligada a llevar a cabo una prestación de un servicio encomendado contra el pago del flete. De esta manera se entiende entonces que *“El transportista es quien asume profesionalmente la actividad y el riesgo del traslado”*<sup>3</sup>.

El periodo durante el cual el porteador posea la carga, será responsable, pues mantiene bajo su custodia las mercancías encomendadas para el transporte. Las Reglas de La Haya- Visby, estipulan este ámbito de responsabilidad, tanto desde el puerto de carga, el transporte en el buque y en el caso de las Reglas de Hamburgo, lo amplían incluso en el puerto de descarga.

En la práctica es usual que dentro de los servicios ofrecidos los agentes navieros, brinden al cliente un transporte multimodal, que contemple medios terrestres y marítimos, de esta manera suelen subcontratar a los transportistas terrestres, sin que por ello signifique que el conocimiento de embarque cubra la fase de transporte terrestre. En la práctica comercial, el conocimiento de embarque, únicamente cubre la fase marítima mientras que la fase terrestre es

---

3 GHERSI, Carlos. *Contratos Civiles y Comerciales*. Editorial Astrea, Quinta Edición, Tomo II, Buenos Aires, p. 457.

subcontratada por el agente naviero para ofrecer el servicio a sus clientes.

- **Cargador:** El cargador es la parte acreedora dentro del contrato, es quien contrata a una empresa o a un porteador directamente para que este último traslade sus bienes de un lugar a otro.

Las Reglas de Hamburgo, lo definen como: *“La persona, que tiene la necesidad de contratar el transporte de mercancías, y que tiene la mercadería bajo su posesión, sin importar el tipo de relación jurídica que exista entre dicha mercadería y él mismo, es decir, puede actuar en nombre propio o de tercero, que de cualquier forma será válida la contratación que realice. Este sujeto es quien directamente contrata el transporte, desde su etapa inicial y así surge su derecho de exigir la compleja ejecución del transporte.”*<sup>4</sup>

- **Consignatario:** Es el sujeto a quien va dirigida la prestación del transporte, es decir, aquel quien recibe lo enviado, a quien le fue consignada la entrega al transportista. Como ya se mencionó el consignatario puede ser a la vez el mismo cargador, en este último caso no existe una posición uniforme por parte de la doctrina en cuanto a que, si un consignatario diferente al cargador es parte del contrato.

En nuestra opinión el consignatario sí es parte en este contrato, con sus características propias distintivas de las demás partes, pero que lo reafirman como parte en el contrato.

La diferencia estriba en el momento cuando se consolida como parte, ya que puede ser posterior a la configuración del contrato, de hecho lo es en la mayoría de las ocasiones, esto porque el contrato se establece en primera instancia sin la necesidad de la participación del consignatario, a quien no se puede obligarle a que sea parte en el negocio. Sin embargo, cuando éste acepta la recepción de las mercancías, adquiere los derechos y obligaciones inherentes al contrato y se configura como parte propiamente.

## 2.1. Otros sujetos intervinientes

**Transitario, agentes logísticos o freight forwarders:** Se conocen como aquellos empresarios que por cuenta ajena se dedican a la contratación de transportes y se comprometen a realizar todo lo necesario para la estancia y desplazamiento de las mercancías en los puertos ya sean de origen, de destino o de tránsito. Los transitarios son agentes y si bien no resulta fácilmente encuadrable en una categoría jurídica ordinaria en lo que a su relación con el contrato de transporte se refiere, suelen representar a alguna de las partes o bien subrogarse alguno de las obligaciones contractuales, tal es la situación cuando en una carga consolidada, emiten sus propios conocimientos de embarque, denominados House Bill of Lading, en cuyo caso adquieren la condición de porteadores y con ello todas las obligaciones de estos, aun cuando el porteador efectivo sea el armador.<sup>5</sup>

4 Convenio de Las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías de 1978.

5 FONTESTAD. Leticia. “El Transporte Marítimo de Mercancías y sus Incidencias Procesales”. España. Tesis Doctoral, Facultad de Derecho, Universidad de Málaga. Pág.352. Sitio de consulta: <http://riuma.uma.es/xmlui/bitstream/handle/10630/2533/16698836.pdf?sequence=1>

## 2.1 Elementos objetivos

**a) El Objeto:** La forma más sencilla de entender al objeto del contrato es como el ¿Qué? de lo que se contrata, es decir, qué es lo que se ha pactado y en estrecha relación se debe de entender la causa como el ¿Por qué?, o sea, por qué se contrató, como ejemplo, se pone el transporte de mercancías que es lo que aquí nos concierne, el objeto serían personas, cosas, entre otras y la causa sería la necesidad de trasladarlas a otro lugar.

El Código de Comercio en su artículo 323 enumera de manera clara y precisa los objetos del contrato de transporte y toma en cuenta como tales a las personas, noticias y mercancías. Dentro de las últimas se puede decir que se transporta carga fina, seca, sensitiva, perecedera, refrigerada, animales vivos, etc. En fin el objeto del contrato es la cosa por transportar.

**b) La causa:** Como se conoce en nuestro sistema jurídico, la causa es la misma para todos los contratos de un mismo tipo, por lo que se entiende a la causa más en el sentido de causa final, por lo que lo básico que debe cumplir la causa es con ser una causa justa, es decir, con una causa lícita. Se entiende que en el caso de este contrato sería el deseo de una parte de conseguir el traslado de su mercancía y el de la otra parte el de recibir una retribución o pago por realizar el traslado de esa mercancía.

**c) El precio o flete:** Es la contraprestación dineraria que debe hacer frente el cargador o contratante del servicio de transporte a favor del porteador o transportista por el servicio que este último desplegará a favor del primero. El precio es una ventaja económica, por lo que como característica principal es oneroso. A la vez, al ser este contrato bilateral, implica que las prestaciones de cada uno de las partes están interconectadas y generan obligaciones recíprocas entre ellas, por lo que el flete y el transporte de las mercancías se configuran como la causa del contrato, pues cada una es la causa de la otra al ser bilaterales.

## 3. Documentos necesarios para la celebración del contrato

- **Conocimiento de embarque:** Según César Vivante, jurista italiano, es definido como “... *el recibo de las mercancías, cargadas ya a bordo del buque, expedido por el capitán que lo manda o por el consignatario que presenta a la empresa de navegación. Contiene la indicación exacta de la mercancía, del buque que la transporta, del lugar del cual parte y a donde va destinada.*”<sup>6</sup>. Señala el artículo 329 del Código de Comercio de 1853, los datos mínimos que debe contenedor el conocimiento de embarque debe contener, dentro de los cuales señala el nombre del cargador, porteador y consignatario, lugar de destino y fecha de entrega, descripción de la carga entre ello, peso, marcas o signos exteriores, precio de transporte, fecha de expedición y la firma.

---

6 VIVANTE César. Tratado de Derecho Mercantil. Editorial Reus, S.A, Volumen II, Madrid, 1936, p. 98.

De este concepto, señala el jurista José Luis Gabaldón, que este documento aun cuando originariamente cumplía una función probatoria del hecho del embarque, a lo largo de la evolución del tráfico marítimo ha ido acumulando distintas funciones entre las cuales:

*“1. Constituir el documento contractual en el que se incorporan las condiciones del transporte, con caracteres propios de los contratos de adhesión. En este sentido, es un título contractual.*

2. Servir como prueba del hecho del embarque y de la condición y cantidad de las mercancías recibidas a bordo: Es un título probatorio.

3. Incorporar el derecho a reclamar la mercancía en destino y a disponer de ella durante el viaje”<sup>7</sup>

Adicionalmente señala respecto de esta última función, que el Conocimiento de Embarque califica como un título valor, en un doble alcance como título de crédito frente al porteador y título de tradición, en el que su entrega sustituye a la de las cosas que representa.

Actualmente no conocemos de alguna naviera que opere en Costa Rica, que señale dentro de sus conocimientos de embarque la fecha de entrega de la mercancía, esto por cuanto, los tiempos de tránsito aproximados, se calculan en condiciones normales de navegación; no debemos de olvidar que este

transporte puede verse afectado por hechos de la naturaleza como las condiciones climáticas y/u oleajes, además de los tiempos de espera en los puertos donde escalen los buques, que en muchas ocasiones se ven retrasados por huelgas, saturación de buques en puerto entre otras situaciones.

En ese sentido, es claro, como la normativa nacional no se ajusta a la realidad del sector, por lo que, se reafirma lo obsoleto de la normativa nacional sobre esta materia, no será posible exigir al naviero o su agente que consigne en el conocimiento de embarque la fecha de entrega de la mercancía.

Aunado a estos requisitos señalados en la normativa nacional, en el reverso del Conocimiento de Embarque, se entregan a las partes contratantes, las cláusulas detalladas del contrato de transporte, con especial relevancia las cláusula “Paramount”, la cláusula “Himalaya” y la cláusula “Said to Contain”, que a continuación se observarán: **1. Cláusula “Paramount”**: Establece que las partes se obligan a aplicar las del Convenio Internacional (Usualmente Haya Visby o bien Hamburgo), aun cuando sus Estados no hayan ratificado debidamente éstas, es una extensión de la aplicación de esta Convención, así “si cualquier estipulación del conocimiento de embarque es contradictorio en cualquier extensión a las Reglas de La Haya u otras, tales estipulaciones deberán ser anuladas y canceladas hasta tal extensión pero no más allá.”<sup>8</sup>

7 GABALDON GARCÍA José Luis. Curso de Derecho Marítimo Internacional, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2012.

8 SOLANO RIVAS Karla, op.cit. p.135.

**2. Cláusula “Himalaya”:** es un instrumento para que los dependientes del armador o del porteador se puedan proteger, o puedan extender hasta ser ellos cubiertos, las limitaciones de responsabilidad a que tenga derecho el porteador o armador, es una forma de liberar de responsabilidad.

**3. Cláusula “Said to Contain”:** Esta cláusula es prácticamente obligatoria cuando se utilizan contenedores. Esta cláusula estipula la liberación de la responsabilidad al porteador por los daños que pueda causar la carga que fue embalada por el cargador dentro del contenedor; por cuanto el cargador indica que el contenedor que embarque dice contenedor la carga que ha entregado al porteador. En ese sentido el transportista se limita al transporte de ese contenedor, pues se parte del principio que el cargador, conoce su mercancía, sabe cómo debe ser embalada, cargada y además que se trata de una carga autorizada para su importación en el lugar de destino, de manera que si ocurre algún problema en el camino imputable a el cargador o por la naturaleza de la misma carga, la responsabilidad en principio recaerá en el cargador.

#### **4. Principales derechos y obligaciones de las partes**

Estas se encuentran establecidas, tanto en nuestra legislación comercial como en los tratados que rigen la materia, lo cierto es que la enumeración de derechos y obligaciones en todas estas legislaciones se asemejan bastante y siguen una línea similar, que a continuación se analizarán.

#### **4.1. Derechos de los sujetos**

Derechos del porteador:

De nuestra legislación se encuentran los siguientes derechos de los que goza el porteador a la hora de la celebración de los contratos de transporte de mercancías, dentro de ellos se tiene:

1. A exigir el pago del precio del servicio a la hora de ser contratado, salvo pacto en contrario.
2. A exigir la totalidad del porte cuando por culpa del cargador no se pueda realizar el contrato.
3. A rescindir el contrato cuando por causa de fuerza mayor no se pueda realizar éste antes de ser iniciado.
4. A solicitar un aumento en el porte en el caso que producto de fuerza mayor no se pueda continuar por la ruta pactada.
5. Solicitar al cargador el reconocimiento de los bultos con la mercancía al recibirlas para emprender el viaje.
6. Retener la carga cuando no se verifique su pago.
7. Rechazar la mercadería mal empacada y que pueda dañarse durante el viaje o representar un peligro para las demás cargas.

Adicionalmente Randall Sánchez en su tesis de licenciatura, señaló los siguientes derechos que se presentan en el transporte en contenedores de manera específica.

- *“...Destruir las mercaderías peligrosas que signifiquen un riesgo para la carga o para el buque mismo...”*
- *Indemnización de los daños causados por el cargador o el consignatario, y en su defecto por el tercero tenedor del conocimiento de embarque.*

- *Garantía sobre lo manifestado como cargado en el contenedor:*  
*Existe la obligación del cargador de extender, a favor del naviero, una garantía por lo que se manifiesta como cargado, puesto que por esto manifestado es que actúa el naviero.*
- *Devolución del contenedor una vez que éste haya sido dejado de utilizar, y debe de serle devuelto en el mismo estado que éste fue recibido...*
- *Entrega a tiempo del contenedor:*  
*El naviero tiene el derecho de que se le entreguen los contenedores debidamente cargados para que no se afecten sus operaciones normales, el porteador se verá eximido de cualquier responsabilidad, surgida de tardanzas, por parte del cargador, en la entrega del contenedor.”<sup>9</sup>*
- *“Proporcionamiento del contenedor:*  
*Salvo cuando el cargador consiga por sus propios medios el contenedor, el naviero deberá proporcionarlo y en buen estado.*
- *Que el contenedor sea cargado...*
- *Recepción del contenedor y su respectivo marchamado...*
- *Transporte dentro de tierra:*  
*Como parte de la moderna conceptualización del transporte en contenedores como una sola unidad, el cargador se beneficia con el transporte de éste desde su origen hasta el puerto, y de éste desde el puerto hasta la bodega de destino en caso contrario.*
- *Carga y descarga del contenedor en el y del buque.*
- *Realización del transporte: esta constituye la principal prestación, por parte del naviero, en el contrato y a la vez el principal beneficio a que tiene derecho el cargador y objeto central de toda la relación.*
- *Conservación y guarda del contenedor y sus mercancías...*
- *Entrega del conocimiento de embarque...”<sup>10</sup>*

### **Derechos del cargador:**

Los derechos del cargador presentes en nuestra normativa son los siguientes:

- *Variar la consignación de las mercaderías todavía en camino, pagando las diferencias que esto produzca.*
- *A exigir la indemnización que provenga de negligencia, culpa o dolo del porteador o sus agentes.*

Al igual que en el caso del porteador para el cargador, también, existen derechos específicos en cuanto al transporte mediante contenedores:

### Derechos del consignatario o destinatario:

Dentro de estos se tienen los siguientes:

- *Que se le entregue la mercadería en el lugar de destino, con la presentación y entrega de la guía.*

9 SÁNCHEZ MORA Randall. El contrato de transporte marítimo en contenedores. Tesis de Licenciatura, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1987, p. 80.

10 SÁNCHEZ MORA Randall, op.cit. p.82

- A exigir al porteador su presencia a la hora de abrir la carga, para que en caso de que existan daños se hagan constar notarialmente.
- A formular en ocho días, una vez recibidas las mercancías cualquier reclamo que no haya notado en el momento de haberlas recibido debido a que en apariencia todo se encontraba en buen estado.  
Los siguientes derechos son específicos dentro de la relación contractual de transporte mediante contenedores:
- *“Recibir la mercadería:  
Previa presentación del conocimiento de embarque el consignatario tiene derecho a recibir el contenedor el que se devolverá luego, y mercancía, recordemos que en nuestro país la mercancía es entregada por el sistema aduanal y no por el naviero.*
- *Presentación de los respectivos reclamos por perjuicios.*
- *Indemnizaciones por perjuicios causados.  
Facilitación en las investigaciones en caso de pérdida o daño de las mercancías.”<sup>11</sup>*

## **4.2. Obligaciones de los Sujetos**

Obligaciones del Naviero o Porteador:

Como las obligaciones del porteador más comunes se tienen:

- Recibir las cargas para su traslado en el tiempo y lugar pactados.

- Colocarlas en lugar conveniente en tanto no se trasladen a los vehículos en que haya de hacerse la conducción;
- Llevar a cabo el viaje en el plazo estipulado siguiendo la ruta pactada.
- Cuidar y conservar las mercaderías de la forma más diligente durante el tiempo que las tenga en su poder.
- Entregar las mercaderías a quien debidamente posea la guía en el lugar estipulado en el contrato.
- A pagar en caso de retardo que le sea imputable, la indemnización convenida, con el cargador y los perjuicios que derivan de este retardo.

### Obligaciones del cargador:

Según nuestra normativa para el contrato de transporte son:

- Pagar el precio del transporte pactado.
- A entregar al porteador la carga en condiciones apropiadas para un correcto transporte de ellas, además debe ser en el lugar y tiempo previamente pactados.
- Soportar las multas o penas que se deban a su mal proceder y de igual manera si su actuación le causó daño al porteador, debe indemnizarlo
- Soportar las pérdidas que por caso fortuito o fuerza mayor sufran sus mercancías.
- Hacerle llegar la guía o documento necesario para que pueda retirar las cargas al consignatario.

Entre otras obligaciones del cargador dentro del transporte en cuanto a contenedores se trata:

---

<sup>11</sup> Ibidem.

- *“Cargar el contenedor:  
Cuando no se trate de contenedores con carga no completa el cargador será responsable de la carga de la mercancía, de la mercancía, y de los daños que se le ocasionen al contenedor por la forma de haber cargado el mismo.*
- *Garantizar al naviero lo manifestado como cargado en el contenedor.*
- *Hacer del conocimiento del naviero las mercancías peligrosas que se carguen y marcarlas.*
- *Pagar el flete: Esta es la principal obligación y contraparte en la ejecución del contrato.*
- *Pagar los daños y pérdidas causados al naviero.”<sup>12</sup>*

#### Obligaciones del consignatario o destinatario:

Nuestra legislación las establece así:

- Pagar el precio del porte cuando así se disponga en el contrato por no haberlo pagado el cargador, en caso de que se trate de un “Freight collect”.
- Pagar los gastos justificados en que haya incurrido el porteador para conservar la carga.
- Recibir las mercaderías sin demora siempre que el estado de las mismas lo permita y que tenga las condiciones expresadas en la guía.
- A abrir y reconocer los bultos que contengan las mercaderías en el acto de su recepción, cuando así lo pida el porteador.

- Formular en ocho días siguientes de haber recibido la mercadería cualquier reclamo al porteador.
- Obedecer las indicaciones que haya establecido el remitente con respecto a la carga.

También, para el consignatario existen obligaciones en el caso de que se involucren contenedores dentro del transporte contratado:

- *“Presentar el conocimiento de embarque y retirar la mercancía:  
Esta consiste en la básica obligación del consignatario, pues es a él a quien van dirigidas las mercancías.*
- Pagar el flete cuando éste va a cobrar:  
En aquellos casos donde el flete no haya sido previamente pagado, éste deberá ser cancelado por el consignatario.
- Pagar al naviero los daños y pérdidas causados:  
En el caso de que el consignatario en el momento de desembarque del contenedor incurriera en algún daño al mismo o en cualquier perjuicio que afecte al naviero, deberá cancelar el mismo monto respectivo.
- *Facilitar las investigaciones en caso de daños o pérdidas de la mercancía:  
Esto es una facilidad mutua que se deben las partes del contrato y que se establece en las Reglas de Hamburgo.”<sup>13</sup>*

<sup>12</sup> SÁNCHEZ MORA Randall, op.cit., p.81.

<sup>13</sup> SÁNCHEZ MORA Randall. op.cit. p. 81.

## **5. Normativa aplicable al contrato de Transporte Marítimo de Mercancías en Contenedores**

En Costa Rica, el transporte marítimo se encuentra normado principalmente en el Libro III, del Código de Comercio de 1853, única sección vigente de dicho código. Algunas de las normas aquí indicadas en efecto, resultan aplicables a una realidad diferente a la actual, en la que las comunicaciones y los tiempos de tránsito solían tardar mucho más en comparación a lo que se tardan actualmente.

En este Libro a partir del artículo 568 se estipulan las responsabilidades y obligaciones del naviero y capitán de los daños provocados a terceros, así como las exoneraciones de responsabilidad por excesos cometidos por el capitán o sus tripulantes, se hace mención de otras figuras como el piloto o práctico y el contra maestre, sujetos que actualmente participan en el transporte marítimo. Así mismo se diferenciaba entre las responsabilidades imputables al naviero y el capitán con respecto al cargador.

De toda la normativa nacional existente sobre esta materia se desprenden algunas similitudes con las Convenciones Internacionales relacionadas al transporte marítimo, no obstante, existen lagunas legales, pues la normativa no ha evolucionado a la misma velocidad que el comercio y transporte internacional. Desafortunadamente este es el único cuerpo normativo vigente, junto con la figura del porteador, regulada en el Código de Comercio de 1964.

Actualmente existe un Proyecto de Ley de Navegación Acuática, promovido por el Ministerio de Obras Públicas y Transportes, bajo expediente legislativo número 18.512 que pretende regular y normar la navegación acuática en Costa Rica en general, no así el comercio marítimo ni las relaciones entre particulares, como lo es el transporte de mercancías en contenedores ni las modalidades contractuales de explotación de buques y movilización de carga y/o pasaje. De forma somera, hacemos mención que dicho proyecto pretende de forma ambiciosa reforzar la administración de la División Marítimo Portuaria y con ello el control administrativo de la navegación acuática, así como un régimen sancionatorio mucho más severo al existente. No obstante, el país no cuenta con personal técnico capacitado que pueda ejecutar todo lo que busca normar esta ley, por lo que será necesario promover una ley que responda a la necesidad del país de regular la actividad comercial en el mar, pero reconociendo las herramientas y el contexto del país, y no como el proyecto de ley que promueve el MOPT.

Si bien, hacemos énfasis a la necesidad de la actualización normativa del transporte marítimo que se ajuste a una realidad del sector y que con ello se contribuya a evitar abusos por parte de grandes empresas con respecto a los cargadores, así como una mayor obligación por parte de éstos, como sujetos del comercio internacional; el país debe contar con una política marítima, que englobe de forma integral y ordenada el crecimiento y desarrollo del sector, pues de lo contrario será letra muerta y cualquier esfuerzo será inútil para incentivar el transporte marítimo, además de otras actividades relacionadas, como lo son artilleros de reparación y construcción,

mejoras portuarias, mejores servicios conexos a la actividad portuaria, aspectos que engloban una política marítima como política país, este último aspecto, es objeto podría ser incluso de un mayor estudio e investigación.

Se puede concluir que es necesaria y urgente una actualización profunda de la normativa, así como la ratificación de al menos alguno de los convenios internacionales que rigen esta materia, pues son los que en la actualidad y en la práctica comercial regulan las relaciones comerciales marítimas, además que las condiciones de una nación como la nuestra, con gran cantidad de usuarios del transporte marítimo, en especial los cargadores, los cuales en la dinámica de su economía, representan la mayoría de esta actividad comercial.

## **6. Los Convenios Internacionales en el Transporte Marítimo de Mercancías en Contenedores**

Muchos de los países con amplia tradición marítima, como Dinamarca, Noruega, Alemania, Holanda entre otros, han sido pioneros en la promoción e implementación de normativa internacional uniforme que regule la actividad comercial en el mar, desde las distintas áreas de actuación, técnica, comercial, ambiental, laboral entre otras.

Esta promoción se ha visto impulsada a lo largo de la historia, por intereses privados, como astilleros, armadores importantes, navieros, asociaciones de gente de mar, así como intereses estatales de regular la actividad comercial en el mar.

Aunado a ello, por medio de organizaciones internacionales como la Organización Marítima Internacional (OMI) y Comité Marítimo Internacional (CMI) en sus distintos comités técnicos, se ha investigado de forma amplia las áreas de estudio y cambios dentro del sector marítimo.

En razón de lo anterior y atendiendo a las necesidades del sector y la época, se han promulgado tres convenios internacionales, que regulan el transporte marítimo de mercancías, de los que Costa Rica no ha ratificado ninguno de ellos, y que no existen proyectos legislativos ni iniciativas de ratificarlos.

Se trata de la Convención Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Conocimiento de Embarque, firmadas en la ciudad de Bruselas, Bélgica, el día 25 de Agosto de 1924, conocidas también como las “Reglas de La Haya”, sus Protocolos de los años 1968<sup>14</sup> y 1979<sup>15</sup>, denominado en su conjunto **Reglas de La Haya – Visby**, una segunda convención denominada Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías, firmado el 31 de marzo de 1978, en la ciudad de Hamburgo,

---

14 Este Protocolo fue firmado en Bruselas, Bélgica el día 23 de febrero de 1968, también conocido como las Reglas de la Haya-Visby, con dicho Protocolo se modificó la Convención Internacional para la Unificación de ciertas Reglas en materia de Conocimiento, firmado en Bruselas el 25 de agosto de 1924.

15 Este Protocolo fue firmado en Bruselas, el día 21 de Diciembre de 1979 por el que se modifica el convenio internacional para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimiento de embarque de 25 de agosto de 1924, tal y como se modificó por el Protocolo de 23 de febrero de 1968.

Alemania, conocido como **“Reglas de Hamburgo”** y finalmente el más reciente Convenio de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías Total o Parcialmente Marítimo, firmado el día 23 de setiembre de 2009, en la ciudad de Rotterdam, Holanda, también conocidas como **“Reglas de Rotterdam”**.

Aun cuando Costa Rica no ha ratificado ninguno de los convenios antes mencionados, los conocimientos de embarque a lo que están respaldadas las cargas desde o con destino Costa Rica, incluyen la Cláusula Paramount que hemos hecho mención, sujetando esta relación contractual a alguno de estos convenios internacional, con excepción de las Reglas de Rotterdam, ya que no ha entrado en vigor, por cuanto no ha sido ratificado por el mínimo de países requerido.

Debido a ello, es importante indicar de manera general, el ámbito de aplicación y alcances de estos convenios, pues la mayor parte de los cargadores se someten a estos cuerpos normativos, sin conocer los alcances de sus obligaciones y herramientas para defender sus intereses.

Debemos de indicar que aun cuando son las reglas más antiguas, las Reglas de la Haya-Visby, son las reglas más utilizadas actualmente. Por diversas razones, entre ellas por influencia de los países con mayor tradición marítima, buques abanderados, y volúmenes de carga movilizadas anualmente, no ha existido un interés fuerte por parte de ellos, en promover la implementación, de las convenciones posteriores, principalmente porque con la promulgación de cada una de

las reglas posteriores, la tendencia ha sido hacia un mayor equilibrio entre el transportista, sea naviero, armador, porteador y el resto de las partes contratantes, entiéndase cargador y consignatario, incorporando mayores obligaciones, menores eximentes de responsabilidad para el transportista y sus tripulantes.

De parte del sector naviero y la evolución del sector, la normativa internacional también ha evolucionado, trayendo consigo, una regulación más acorde y proporcionada con las necesidades de las partes.

Así las cosas, podemos ver como las Reglas de la Haya- Visby, señalan como ámbito de aplicación será siempre y cuando exista un Conocimiento de Embarque y surtirá efectos cuando: El conocimiento de embarque se otorgue en un Estado Contratante, el transporte se efectúe desde el puerto de un Estado Contratante, o bien que el conocimiento de embarque prevea que las disposiciones de la presente Convención o de otra legislación que la ha hecho efectiva, regirán el contrato; por otro lado las Reglas de Hamburgo, contemplan también los puertos de los estados contratantes tanto en la fase de carga como de descarga de mercancías.

En el caso de Reglas de Rotterdam, no limitan su ámbito de aplicación al conocimiento de embarque, sino que será esencial la existencia de un contrato de transporte con carácter internacional, es decir, que el lugar de recepción y de entrega sea en distintos países, pudiendo contemplar varios modos de transporte siempre y cuando, incluya un trayecto de transporte marítimo internacional, o bien, que sólo contemple

transporte marítimo internacional.<sup>16</sup> El Convenio es también aplicable sea cual fuere la nacionalidad de la nave, del porteador, de las partes ejecutantes, del cargador, del destinatario o cualquier otra parte interesada. Una particularidad de las Reglas de Rotterdam con respecto de los convenios antecesores, es la inclusión de otros medios de transporte, además del marítimo dentro del ámbito de aplicación de sus normas, ya que la Convención regula el transporte total o parcialmente marítimo. Estas reglas reconocen la existencia dentro de las prácticas comerciales de la utilización de diferentes medios de transporte para transportar las mercancías de un punto a otro. El objeto de este cuerpo normativo entre otros fue “establecer un régimen universal obligatorio y equilibrado que contribuyera al buen funcionamiento de los contratos de transporte que prevean el empleo de diversos modos de transporte”<sup>17</sup>, que puede aplicarse también al transporte “de puerta a puerta”, en el que se emplean dos o más vías de conducción, siendo al menos una de ellas, la vía marítima<sup>18</sup>

No ha sido acogida de forma satisfactoria la posibilidad de regular de forma unificada el transporte multimodal, por cuanto durante toda la cadena de transporte es práctica común que intervengan muchísimos sujetos, por otro lado, para el sector marítimo no ha resultado atractivo, por cuanto se debería

velar por intereses de otras partes y no específicamente de su rama, siendo que es un gremio reducido, particular y con mucha tradición.

La normativa internacional en cuestión, contempla de manera uniforme las dos figuras principales, el cargador y el porteador, añadiendo en el caso de las Reglas de Hamburgo, al consignatario<sup>19</sup> como una parte del contrato, mientras la primera convención no lo contempla.

Finalmente, las recientes Reglas de Rotterdam, han contemplado nuevos actores que no estaban presentes dentro de las Convenciones anteriores, define una mayor cantidad de conceptos y sujetos y se realizó de forma más amplia, lo que facilita su aplicación y la determinación correcta del sentido y alcance de sus disposiciones, por ejemplo la Parte Ejecutante, es aquella persona diferente del porteador que se comprometa a ejecutar o ejecuta obligaciones del porteador respecto de la recepción, la carga, la manipulación, la estiba, el transporte, el cuidado, la descarga o la entrega de las mercancías, en la medida en que dicha persona actúe, directa o indirectamente, a instancia del porteador o bajo su supervisión o control, no podrá ser parte ejecutante quien sea directa o indirectamente contratada por el cargador, cargador documentario, parte controladora o

16 Estos supuestos se encuentran estipulados en el artículo 5 de las Reglas de Rotterdam del año 2009.

17 Resolución aprobada por la Asamblea General 63/122. Convenio de las Naciones Unidas sobre el contrato de transporte internacional de mercancías total o parcialmente marítimo, Preámbulo del Convenio, p. 2.

18 SANDOVAL LÓPEZ Ricardo. Análisis del Convenio De Las Naciones Unidas Sobre Transporte Internacional De Mercancías Total o Parcialmente Marítimo. Fuente: [http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/transport/rotterdam\\_rules/Sandoval-analysis.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/transport/rotterdam_rules/Sandoval-analysis.pdf)

19 Consignatario el artículo 1 inc. 4 de las Reglas de Hamburgo, establece que será aquel que recibe las mercancías.

destinatario. Estos alcances no han sido bien recibidos por el sector marítimo, lo cual ha contribuido a desincentivar la ratificación de este convenio.

Otro concepto que introduce las citadas reglas, es la figura del “Cargador documentario” como la persona que acepta ser designada como cargador en el documento de transporte, pueden concordar en el mismo sujeto el cargador como el cargador documentario, podría ser el caso de los freight forwarders, por ejemplo.

## **7. Alcances de la responsabilidad civil según los convenios internacionales**

La responsabilidad se construye no por referencia a la naturaleza general de la obligación del porteador, sino en relación con algunos deberes particulares que ellas le imponen.

La obligación principal del cargador radica principalmente en el deber de información al porteador sobre las mercancías que fueron cargadas y que el porteador deberá transportar previa emisión del conocimiento de embarque.

Las Reglas de Hamburgo introducen, el deber por parte del cargador de informar de manera adecuada sobre las mercancías peligrosas, tanto de su carácter peligroso, así como de las precauciones que deben adoptarse, señalándolas con marcas o etiquetas especiales, pues de lo contrario el cargador será responsable respecto del porteador, porteador efectivo, así como el

riesgo de que sean descargadas o destruidas las mercancías sin tener derecho a ser indemnizado.

Las Reglas de Rotterdam incluyen un capítulo completo sobre las obligaciones que debe cumplir el cargador.

El aspecto fundamental del presente artículo en relación con los Convenios Internacionales La Haya Visby, Hamburgo y Rotterdam sobre el Transporte Marítimo de Mercancías, es la responsabilidad civil como instituto jurídico, por lo cual a continuación señalaremos los aspectos principales estipulados en cada una las convenciones citadas y que podrían tener alcance en Costa Rica.

Estas reglas dejaron abierta la posibilidad que el transportista y el cargador estén en libertad de realizar un contrato con cualesquiera condiciones concernientes a la responsabilidad y a las obligaciones del porteador con respecto de las mercancías, siempre y cuando no sea contrario al orden público o al cuidado o diligencia de sus dependientes o agentes en relación con la carga, manipulación, estiba, transporte, custodia, cuidado y descarga de las mercancías transportadas por mar, con tal de que en este caso no haya sido expedido ni se expida ningún conocimiento de embarque, y que las condiciones pactadas se hagan figurar en un recibo que será un documento no negociable, y llevará constancia de ese carácter, lo anterior de conformidad con el artículo sexto de las Reglas de La Haya.

Las Reglas de Hamburgo establecen un régimen jurídico mucho más uniforme que regula las relaciones existentes entre

cargadores, portadores y consignatarios en virtud de un contrato de transporte marítimo, cuyo enfoque va dirigido a la responsabilidad del porteador por la pérdida y daño de las mercancías y/o el retraso de la carga, así como la responsabilidad imputable al cargador por pérdidas o daños sufridos a la carga de otros, o bien, al buque, así como la obligación de este sujeto respecto de las mercancías peligrosas.<sup>20</sup>

Esta normativa contempla además algunas de las exoneraciones y limitaciones de responsabilidad estipuladas, las cuales, según se indica, serán aplicables a toda acción contra el porteador respecto de la pérdida o el daño de las mercancías a que se refiera el contrato de transporte marítimo, así como respecto del retraso en la entrega, independientemente de que la acción se funde en la responsabilidad contractual, la responsabilidad extracontractual o en otra causa, y a diferencia de las anteriores Reglas de Haya – Visby, las Reglas de Hamburgo relacionadas a la responsabilidad por daños o retraso se aplicarían también a los empleados o agentes del porteador.

Por otro lado, la normativa más reciente, las Reglas de Rotterdam, obligan al porteador a responder por los daños o retraso acaecidos durante el periodo de responsabilidad de éste o cualquier parte ejecutante o tripulación.

Este Convenio a diferencia de las Reglas de La Haya-Visby y Hamburgo, estableció la posibilidad de responsabilizar solidariamente al porteador de conformidad con el artículo 20<sup>21</sup>, por el incumplimiento de sus obligaciones a otros actores designados para el cumplimiento de las mismas, teniendo la posibilidad el porteador de rechazar dichos daños de cumplirse las causas de exoneración o limitación de responsabilidad estipuladas también en el mismo Convenio.

Finalmente, esta norma establece una figura no contemplada en las otras convenciones, como lo es la aplicación de la responsabilidad solidaria entre el porteador y partes ejecutantes marítimas.

## **8. Periodos de responsabilidad**

Es el periodo en el cual los diferentes actores son responsables por sus actuaciones, diligencia, manejo y manipulación de las mercancías hasta que lleguen a su lugar de destino, según sea acordado.

En el caso de las Reglas de La Haya- Visby de 1924, el periodo de responsabilidad, desde el momento cuando las mercancías son cargadas a bordo del buque hasta su descarga, de manera que dejaba por fuera el periodo en el cual las mercancías se encuentran dentro del puerto o fuera del puerto, tampoco se extendía la

20 Nota explicativa de la Secretaría de la CNUDMI sobre el Convenio de las Naciones Unidas sobre Transporte Marítimo de Mercancías, 1978 (Hamburgo), párrafo segundo.

21 El artículo 20 de las Reglas de Rotterdam, establece la Responsabilidad solidaria bajo las siguientes supuestos: 1. Si el porteador y una o más partes ejecutantes marítimas son responsables de la pérdida o el daño de las mercancías, o del retraso en su entrega, su responsabilidad será solidaria, pero únicamente hasta los límites previstos en el presente Convenio. 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 61, la indemnización total debida por todas las personas mencionadas en el párrafo anterior no podrá exceder de los límites de la responsabilidad establecidos en el presente Convenio.

responsabilidad a otros tipos de transporte utilizados como el transporte terrestre. En el caso de las Reglas de Hamburgo, su periodo de responsabilidad se circunscribe al tiempo en el cual las mercancías están bajo custodia del porteador, por lo que no se limitaría únicamente a la descarga.

Con las Reglas de Rotterdam se buscó subsanar las deficiencias presentadas en las Reglas de La Haya, con respecto al periodo de responsabilidad del porteador, éste parte una vez que sean recibidas las mercancías por el porteador o la parte ejecutante y termina en cuanto entrega la mercancías al sujeto legitimado para ello, ya sea el consignatario, alguna autoridad o tercero.

### **8.1 Eximentes de la responsabilidad**

Las Reglas de La Haya, establecen que no serán responsables ni el transportista, ni el buque por las pérdidas o daños que provengan de falta de condiciones de navegabilidad del buque salvo que se pruebe la falta de diligencia y deberá probarlo quien reclame la exoneración.

Las exoneraciones y limitaciones previstas en la Convención son aplicables a toda acción contra el transportista con respecto de las pérdidas o daños a mercaderías objeto de un contrato de transporte, ya sea que la acción se funde en la responsabilidad contractual o en la responsabilidad extracontractual, esto según el artículo 4 bis de las Reglas de Hamburgo.

A diferencia de las anteriores Reglas, Rotterdam no mantuvo las exoneraciones

basadas en la innavegabilidad del buque ni en la culpa náutica. La primera quedó eliminada al establecer el Convenio la obligación continua del porteador de mantener la navegabilidad de la nave y la segunda fue eliminada tras un intenso debate.

Las normas de las Reglas de Rotterdam, relativas a la exoneración de responsabilidad del porteador, son más completas, detalladas y minuciosas que las contenidas en los instrumentos uniformes antecesores.

### **8.2. Limitaciones a las responsabilidad**

Según las Reglas de La Haya-Visby en su artículo 2 el transportista no será responsable salvo que hayan sido declaradas las mercancías, por pérdida o daño de mercancías por una suma superior a 667.67 unidades de cuenta por bulto o unidad, o a dos unidades de cuenta por kilogramo de peso bruto de las mercancías pérdidas o dañadas, aplicándose siempre el límite más elevado. La conversión en moneda nacional de las cantidades anteriormente citadas se realizará según la legislación del Estado en cuestión.

En este mismo ítem las Reglas de Hamburgo llegan a aumentar la cuota de responsabilidad del transportista la responsabilidad del porteador por los perjuicios resultantes de la pérdida o el daño de la mercancías, estará limitada a una suma equivalente a 835 unidades de cuenta por bulto u otra unidad de carga transportada, o 2,5 unidades de cuenta por kg de peso bruto de las mercancías perdidas o dañadas, si esta cantidad es mayor, esta limitación existe en tanto no sea una actuación dolosa.

Las Reglas de Rotterdam, establecen que el cálculo de indemnización debida por el porteador por pérdida o daño de las mercancías será calculada tomando como valor de referencia el valor que tengan en el mercado las mercancías en el lugar y en el momento de la entrega. También, que el porteador no estará obligado a pagar indemnización alguna que supere el límite del párrafo anterior. El límite de su responsabilidad del porteador estará limitada a 875 unidades de cuenta por bulto u otra unidad de carga, o a 3 unidades de cuenta por kg de peso bruto de las mercancías que sean objeto de reclamación o litigio, si es mayor el valor, salvo que el cargador haya declarado el valor de las mercancías y esa declaración se haya incluido en el contrato o cuando hayan acordado entre cargador y porteador un límite superior al establecido en el convenio e igualmente, de nueva cuenta este convenio viene a aumentar la cuota de responsabilidad del porteador.

### **9. La responsabilidad civil en el transporte marítimo de mercancías en contenedores**

La responsabilidad civil es aquella que establece que quien haya cometido cualquier acto que produzca un daño a otro debe repararlo, encierra en sí todos los comportamientos ilícitos que al causar daños a otras personas, obligan al ofensor

a indemnizar a quien lo haya sufrido. Esta responsabilidad está cimentada en el principio general del **“Neminem laedere”** o principio de **“No causar daño a los demás”**. También, aplica para la responsabilidad civil contractual, sin embargo, es más conocida con la responsabilidad extracontractual.

Dentro de la división entre actos y hechos jurídicos, entendemos por acto jurídico aquellos donde se manifiesta la voluntad de uno o varios individuos con el fin de producir efectos jurídicos, el requisito primordial de estos es que deben ser lícitos, por otro lado, se tienen los hechos jurídicos, que son aquellos comportamientos humanos voluntarios o no, distintos que buscan producir efectos jurídicos específicamente, la parte que se complica de esta división en el campo jurídico, es que existen comportamientos que aún realizados voluntariamente, pero que no son lícitos no se encasillan como actos sino como hechos, por su ilicitud. En relación con esta división el profesor Víctor Pérez citando a Carnelutti nos dice que *“La más conocida de las distinciones de los hechos jurídicos es la que opone los actos a los hechos, donde, según el modo de decir común, la palabra hechos es usada en sentido restrictivo para indicar no todos los hechos jurídicos, sino sólo los que no son actos”*<sup>22</sup>. Continúa el profesor Pérez y escribe que *“Los actos han sido caracterizados de diversas formas, pero la mayor parte de la doctrina los especifica por la presencia de conciencia y voluntad”*.

*También la mayor parte de los autores hablan de hechos jurídicos en sentido estricto como*

---

22 CARNELUTTI, Francesco, citado en PÉREZ VARGAS Víctor. Derecho Privado. Litografía e Imprenta LIL, S.A., Tercera Edición, San José, 1994 p. 155.

*sinónimo de hechos naturales, entendiendo por tales los que no se deben al hombre<sup>23</sup>, o, más específicamente aquellos donde no hay voluntad humana. En ese sentido, se llegó a afirmar, por ejemplo que las conductas del sujeto en estado de incapacidad natural no eran actos, sino hechos en sentido estricto, hechos naturales asimilables a un terremoto o una inundación, por falta de elementos cognoscitivos y volitivos.”<sup>24</sup>*

Así las cosas, se entiende que la responsabilidad civil se encuentra fundamentada en los hechos jurídicos, ya que ésta se produce cuando ocurren hechos ilícitos que dañan a otros y que producen la obligación a quien cometió tal hecho a indemnizar a quien lo haya sufrido.

En Costa Rica esta responsabilidad tiene fundamento constitucional, específicamente en el artículo 41 de la Carta Magna.

Así mismo, en el numeral 1045 de nuestro Código Civil se encuentra el fundamento legal de la misma responsabilidad *“Todo aquel que por dolo, falta, negligencia o imprudencia, causa a otro un daño, está obligado a repararlo junto con los perjuicios.”*

En la misma línea del resarcimiento de cualquier daño causado, establece el artículo 701 del Código Civil costarricense establece en relación con dolo, que éste no se presume, y quien lo comete queda siempre obligado a indemnizar los daños y perjuicios que con él ocasione, aunque se hubiere pactado lo contrario. Y el artículo 702 del Código Civil

costarricense señala que el deudor que falte al cumplimiento de su obligación, sea en la sustancia, sea en el modo, será responsable por el mismo hecho de los daños y perjuicios que ocasione a su acreedor, a no ser que la falta provenga de hecho de éste, fuerza mayor o caso fortuito.

En Costa Rica, al igual que en la gran mayoría de países que emplean el Derecho Continental, la Responsabilidad Civil se divide en dos grandes grupos, conocidos como la Responsabilidad Civil Contractual y la Responsabilidad Civil Extracontractual, que, a su vez, cada una de ellas se dividen en otros dos subgrupos.

La diferencia fundamental entre sendos tipos es la presencia o no de un vínculo previo entre las partes, es decir, en la Responsabilidad Civil Contractual existe previamente un acuerdo mutuo que configura tal vínculo y del cual surge la obligación de realizar prestaciones entre las partes, del incumplimiento de esta obligación es que nace la responsabilidad con su deber de resarcimiento de cualquier daño que fuese provocado por tal acción, es decir su base se encuentra en el deber de cumplir lo pactado.

Por el otro lado, se tiene que en la Responsabilidad Civil Extracontractual no hace falta como requisito la existencia previa de algún vínculo, la sola provocación de un daño a otra persona representa el nacimiento de la obligación de resarcir a quien sea que la haya sufrido.

23 SEIX, Francisco, citado en PÉREZ Víctor, *ibidem*.

24 PÉREZ VARGAS Víctor, *Derecho Privado*, op.cit. p. 155.

## 10. La responsabilidad civil contractual

### Definición y generalidades.

La Responsabilidad Civil Contractual a grandes rasgos es aquella que nace del incumplimiento de una obligación pactada en un contrato, ésta sería una definición muy básica, pero útil, sin embargo, nuestros tribunales la entienden de la siguiente manera *“La responsabilidad contractual atiende a la preexistencia de una obligación determinada a cargo de un sujeto específico, cuya inobservancia genera daños en el titular del derecho correlativo. Ergo, existe, previo al daño, la posibilidad de reconocer a un deudor, a cargo del cual corre la satisfacción de la relación jurídica que lo ubica en la posición pasiva del crédito. No deviene únicamente del incumplimiento de las obligaciones impuestas por el contrato, sino de cualquier otra fuente de obligación, de conformidad con la cual, la conducta debida pudiera serle exigida coactivamente al deudor por el titular de ese derecho.”*<sup>25</sup>

Sin embargo, no es el Contrato la única fuente de obligaciones en este tipo de responsabilidad, también lo son la ley y otros actos lícitos que no necesariamente llegan a configurarse como un contrato, se aceptan como otras fuentes de obligaciones dentro de la Responsabilidad Civil Contractual, esto por cuanto como es sabido, estas

obligaciones son lícitas, por lo que encuadran dentro de esta clasificación y no dentro de la esfera extracontractual que se fundamenta en hechos ilícitos.<sup>26</sup>

Debido a la importancia y al interés que significa para la sociedad el efectivo cumplimiento de los contratos de la manera como fueron pactados, es que la legislación ha dotado de ciertos instrumentos jurídicos para que las personas contratantes tengan forma de defender sus derechos y la posibilidad de conseguir la ejecución de la contraprestación pactada a su favor, así como en última instancia poder ser resarcido por los daños sufridos y cualquier otra desventaja patrimonial surgida del incumplimiento producido por la otra parte contratante, ya sea incluso de manera forzosa por orden judicial.

Estos instrumentos son las normas que encontramos en el Código Civil, principalmente y en el Código de Comercio en otros casos, tal es el caso del numeral 692 del Código Civil que reza de la siguiente manera: *“En los contratos bilaterales va siempre implícita la condición resolutoria por falta de cumplimiento. En este caso la parte que ha cumplido puede exigir el cumplimiento del convenio o pedir que se resuelva con daños y perjuicios”*, este numeral establece la condición resolutoria a favor de quien efectivamente sí haya realizado su parte del

25 Tribunal Contencioso Administrativo Sección VI, sentencia N°44 de las 10:30 horas del 4 de julio del 2008.

26 Ampliando sobre esto Alterini nos dice que “Es decir: la responsabilidad contractual rige también supuestos en los cuales no hay contrato, y sus normas deben aplicársele por argumento extraído del art. 16 del Cód. Civil. Consiguientemente, denominar “contractual” a esa responsabilidad, atendiendo tan solo a la ubicación metodológica de los preceptos legales que la rigen, puede provocar equívocos. Es necesario, pues tener presente que se trata de responsabilidad derivada de obligaciones determinadas, fluyentes del acto lícito o de la ley, con exclusión de las que tienen causa en actos ilícitos como los delitos y los cuasidelitos.” ALTERINI, Atilio, Op.cit., Pág. 32.

acuerdo y a la vez el legislador estableció en el artículo 702 la obligación de resarcir cualquier daño y perjuicio originado en el actuar de la parte que no ha cumplido, así las cosas *“El deudor que falte al cumplimiento de su obligación, sea en la sustancia, sea en el modo, será responsable por el mismo hecho de los daños y perjuicios que ocasione a su acreedor, a no ser que la falta provenga de hecho de éste, fuerza mayor o caso fortuito”*<sup>27</sup>.

Para que efectivamente nazca a la vida jurídica la obligación indemnizatoria deben estar presentes tres elementos dentro de tal falta: La primera es que en realidad **se haya producido un daño**, es decir, que la otra persona haya sufrido un detrimento en sus intereses o una disminución de su patrimonio; el segundo elemento es **la falta de quien se encontraba obligado**, es decir, que la persona que se encontraba en posición de cumplir no lo hiciera; y por último, el **nexo causal, o relación de causalidad**, ese vínculo lógico que demuestra que la falta fue la que efectivamente provocó el daño.

### ***Responsabilidad civil contractual objetiva y subjetiva.***

La responsabilidad civil contractual típicamente se divide en dos grandes secciones, a saber, la Objetiva y la Subjetiva. Aun cuando como ya se analizará más adelante en la esfera contractual rige una

presunción de culpabilidad hacia la parte que ha incumplido, así *“Sin embargo, en materia contractual, si bien la responsabilidad en muchos casos es subjetiva (y, por ende, la culpa juega un papel importante en la fijación de la responsabilidad), la culpa, a diferencia de lo que sucede en materia de responsabilidad extracontractual subjetiva, usualmente se presume”*<sup>28</sup>.

La responsabilidad subjetiva es aquella donde, necesariamente, se debe de tomar en cuenta la presencia de la culpa para poder responsabilizar a quien haya causado un daño. Esta, además se compone de tres elementos, la antijuricidad, la culpabilidad y el nexo causal entre conducta y el daño, el primero se configura cuando se trasgrede alguna norma jurídica, como lo sería cualquiera de las normas que prohíben causar daño a los demás; la culpabilidad que es la valoración jurídica de la acción cometida por quien esté siendo responsabilizado en relación con la disposición personal de tomar tal decisión; y por último como ya se mencionó líneas arriba se encuentra el nexo causal, aquel hilo lógico que ata la conducta desplegada con el daño producido.

La responsabilidad objetiva también conocida como responsabilidad sin culpa, por su parte es aquella en donde la presencia o no de la culpa no es necesaria para responsabilizar por el acto dañoso a quien lo haya cometido. La doctrina mayoritariamente

<sup>27</sup> Artículo 702 del Código Civil de la República de Costa Rica vigente desde 1888.

<sup>28</sup> PÉREZ UMAÑA Daniel. El Valor Jurídico de las Indicaciones en el Embalaje en el Transporte Aéreo Internacional de Mercancías, San José, Tesis de Licenciatura en Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 2004. p. 19.

habla del “riesgo creado”, es decir, del riesgo inherente de la actividad desplegada, que aún lícita es generadora de daños a quien está siendo parte de tal actividad o incluso a terceros, “*Se trata, en primer término, de actividades que son permitidas, pero que obligan al resarcimiento de los daños que de ellas derivan*”<sup>29</sup>; “*la noción de riesgo viene a remplazar los conceptos de culpa y antijuricidad.*”<sup>30</sup> “*Se ha considerado que en nuestro tiempo el Derecho tiende a la tutela de la seguridad del tráfico y que si el resarcimiento del daño se limita exclusivamente a los casos de culpabilidad y antijuricidad, ello se revelaría ciertamente insuficiente*”<sup>31</sup>

## **10. Causales de exoneración y carga de la prueba**

### Causales de Exoneración

La responsabilidad puede ser objetada por el sujeto al que se le haya achacado demostrando que el daño se dio aun cuando él intentó por todos los medios posibles, es decir, con la mayor diligencia de que sucediera, que puso todo su empeño en cumplir con su obligación. Típicamente, para estos casos se tiene, tanto doctrinariamente como en la legislación los casos del Caso Fortuito y la Fuerza Mayor, así como la Culpa del Acreedor, como los establece en nuestra legislación civil el artículo 702 de nuestro Código Civil ya aquí antes citado, que en su parte final reza “... a no ser que la falta provenga de hecho de éste, fuerza

*mayor o caso fortuito*” y que a continuación analizaremos individualmente:

Sin embargo, es conocido que cuando media el dolo de la parte que pretende gozar de las causales de exoneración de responsabilidad y tal actuar doloso se comprueba, las causales se vuelven inaplicables, de esta manera, se encuentra redactado el artículo octavo de las conocidas Reglas de Hamburgo que rigen esta materia:

“Artículo 8. Pérdida del derecho a la limitación de la responsabilidad

1. El porteador no podrá acogerse a la limitación de la responsabilidad establecida en el artículo 6 si se prueba que la pérdida, el daño o el retraso en la entrega provinieron de una acción o una omisión del porteador realizadas con intención de causar tal pérdida, daño o retraso, o temerariamente y a sabiendas de que probablemente sobrevendrían la pérdida, el daño o el retraso.”

De manera similar establece la inaplicación por dolo de las limitaciones de responsabilidad el artículo 332 del Código de Comercio de la siguiente manera:

“Art. 332.-

Las declaraciones consignadas en la guía tienen fuerza de ley entre las partes y en consecuencia, como prueba del contrato, servirán de base para resolver todas las cuestiones que puedan surgir con motivo de la ejecución y cumplimiento del mismo, sin

29 TRIMARCHI Petro, citado en PÉREZ VARGAS Víctor, op.cit. p. 415.

30 COLIN y CAPITANT, citados en PÉREZ VARGAS Víctor ibídem.

31 Ibídem

admitir otra excepción que la falsedad. En caso de dolo por parte del porteador, serán pertinentes y eficaces toda clase de pruebas tendientes a justificar que los efectos porteados superaban las enumeraciones de la guía en cantidad o calidad.”

## ***Carga de la prueba***

### ***Obligaciones de medios y obligaciones de resultados***

Otro de los aspectos más importantes tratados en el estudio de la Responsabilidad Civil y que en la práctica mayor importancia reviste, se trata de la carga de la prueba, es decir, a cuál de las partes le toca probar que efectivamente se produjo el daño o no. Esto viene de la mano con la división anteriormente vista de la responsabilidad civil en objetiva y subjetiva, tanto en el ámbito Contractual como el Extracontractual.

El mejor y más básico típico ejemplo relativo a la distinción pasada es el de las Obligaciones de Resultado y las Obligaciones de Medios, que a grandes rasgos consisten en lo siguiente, Las Obligaciones de Resultado en palabras del autor Javier Tamayo Jaramillo son “En las obligaciones de resultados o determinadas, el deudor solo se libera mediante la prueba de una causa extraña, ya que el simple hecho del incumplimiento hace que se presuma su culpabilidad” y por el otro lado, explica a las Obligaciones de Medios de la siguiente manera “En lo relativo a las obligaciones de medios o indeterminadas, el deudor solo se obliga a realizar una conducta determinada, independientemente de la obtención de un resultado. En semejantes casos, al deudor se le presume inocente mientras no se demuestre que ha existido una falta de su parte al cumplir su obligación;

por ello, el demandante debe establecer la culpabilidad del demandado, si quiere triunfar en sus pretensiones”.

Ejemplo de la primera es la del caso referente a esta investigación, en el Contrato de Transporte de Mercancías mediante Contenedores, el Cargador podría exigir la responsabilidad civil objetiva al Porteador con el solo hecho de que éste no ponga a disposición del primero la mercancía en el lugar y momento pactado, es decir, el mero hecho de que la mercancía no se encuentra disponible como se pactó configura la responsabilidad (eso siempre y cuando no exista alguna causa de exoneración para el transportista), esto por cuanto en la Responsabilidad Civil Contractual la culpa mayoritariamente se presume, como lo menciona el autor nacional Víctor Pérez “con relación a la ilicitud contractual existe una presunción de culpa para quien no ha cumplido la propia obligación, presunción que cae sólo cuando el deudor demuestre que el incumplimiento o el atraso no le son imputables (caso fortuito, fuerza mayor) para la ilicitud extracontractual, en cambio, la presunción no existe y quien pretende el resarcimiento debe demostrar la culpabilidad de aquél que él afirma es el autor del acto ilícito y causa directa del daño, según el principio general de que quien intente una acción debe dar la prueba de su fundamento”, en el caso supra mencionado se aplica la Responsabilidad Civil Objetiva y la carga de la prueba le toca al transportista, es decir demostrar que sí cumplió o demostrar que no pudo cumplir la obligación por causas que lo exoneren de tal responsabilidad. “Únicamente la fuerza mayor, el caso fortuito o el hecho del acreedor podrían dejar sin efecto esta garantía, e incluso en algunas obligaciones de resultado ni siquiera la demostración de la fuerza mayor exonera de responsabilidad

al deudor (ej., las obligaciones que tienen por objeto el pago de una suma de dinero o la entrega de cosas fungibles) Se trata de obligaciones de resultado absolutas, de las que el deudor no puede liberarse ni siquiera probando la fuerza mayor o el caso fortuito”

En el caso de las obligaciones de medios, que son aquellas en donde no solo se toma en cuenta el resultado, sino además la serie de acciones u omisiones que se llevaron a cabo para que se pueda cumplir lo pactado, ya que en éstas el deudor no se obliga a un hecho en específico, sino a llevar a cabo las acciones de la manera más diligente que le sea posible, como por ejemplo, los servicios jurídicos que un abogado presta a su cliente en el caso de una defensa penal, es diferente ya que aquí la carga de la prueba se invierte y le toca probar ahora a la parte afectada que exige la indemnización que efectivamente el daño que alega realmente existió, éste es un caso a tratar desde la Responsabilidad Subjetiva.

## **11. La responsabilidad civil extracontractual**

### Definición y generalidades

Uno de los principios básicos, contemplado en nuestra sociedad y nuestro ordenamiento jurídico es quien cause un daño a otro o a sus intereses debe repararlo así como los perjuicios que haya ocasionado, principio que sintetiza el eje de la denominada Responsabilidad Civil Extracontractual.

Uno de los elementos diferenciadores de esta responsabilidad con la Contractual es la inexistencia de un vínculo previo entre las partes, de manera que la responsabilidad

surge en el momento de causar un daño sin la existencia de una vinculación anterior.

Asimismo, la responsabilidad civil extracontractual debe cumplir con dos elementos esenciales, para que se configure:

- a. Un daño causado.
- b. Una conducta o actividad que sirva como criterio de imputación del daño.

Se ha hablado de un tercer elemento de la responsabilidad civil extracontractual, que es, la relación o nexo causal existente entre el daño causado o lesión al bien jurídico con la conducta activa u omisiva desplegada por el agente causante del daño. Al respecto la Sala Primera ha dicho “...es requisito indispensable la existencia de un nexo causal, directo, eficiente o adecuado, entre la conducta del sujeto al que se le pretende atribuir la responsabilidad, y el daño causado.

Por otro lado, otro elemento básico diferenciador de la responsabilidad civil extracontractual de la responsabilidad contractual es la carga de la prueba, pues la culpa no se puede presumir y quien pretenda ser resarcido por el daño causado, debe demostrar el dolo o la culpa, en los cuales se sustenta la responsabilidad de aquel que ocasionó el daño.

A nivel doctrinario y jurisprudencial se ha hecho la distinción entre dos formas de responsabilidad extracontractual: la objetiva y subjetiva. Cada uno de estos institutos cuenta con diversos elementos propios además de los mencionados anteriormente, que requerirán ser constatados para que nazca la obligación de resarcir e indemnizar por el daño causado.

## **Responsabilidad civil extracontractual objetiva y subjetiva**

### La responsabilidad civil extracontractual subjetiva.

También conocida como la responsabilidad por culpa, es aquella en la cual producto de una acción antijurídica y culpable específica de un sujeto determinado causa un daño que lesiona intereses jurídicamente relevantes y en consecuencia surge la obligación de resarcir por lo causado.

Sobre este tipo de responsabilidad se amplían los elementos necesarios para su configuración sea la antijuricidad, la causalidad entre la conducta, el daño y la culpabilidad.

En primer lugar, se tiene que la antijuricidad es aquel desvalor o comportamiento negativo dentro del ordenamiento social y jurídico que lleva a qué determinado acto sea considerado ilícito.

Aunado a lo anterior, se tiene, entonces, que una conducta antijurídica puede quedar excluida de existir “causas de justificación”, mencionadas en el apartado sobre responsabilidad civil contractual.

El segundo elemento de la responsabilidad subjetiva, refiere a la culpabilidad, de ésta deben tomarse en cuenta dos aspectos: la imputabilidad, considerando la capacidad del sujeto, entendido como el agente dañoso, si tiene capacidad de actuar es un sujeto con posibilidad de resultar imputable y la culpabilidad como segundo aspecto, en sentido estricto refiere al dolo o la culpa del sujeto que realizó la conducta causante del daño, también se ha hablado de la evitabilidad o inevitabilidad del daño producido, es decir

si el sujeto hubiere actuado con la debida diligencia el daño pudiere haberse evitado o no.

Una vez determinada la antijuricidad de la conducta y la culpabilidad del sujeto comisor del daño se debe proceder al análisis del tercer elemento de la Responsabilidad Civil Extracontractual Subjetiva, determinar la existencia de una relación de causalidad entre la conducta y el daño debe ser consecuencia directa e inmediata de la actividad o el comportamiento realizado, de la manera en la cual el artículo 704 del Código Civil lo establece: ““En la indemnización de daños y perjuicios sólo se comprenderán los que, como consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación se hayan causado o deban necesariamente causarse.”

Se desprende del citado artículo, que hace referencia al concepto de “causalidad adecuada” o eficiente , de manera que se excluyen aquellas pretensiones tendientes por cobrar el daño indirecto, pues devendría injusto que, el deudor o responsable tuviese que pagar de más y que el lesionado recibiera un enriquecimiento injusto.

En el informe preparado por el Centro de Información Jurídica en Línea o CIJUL de la Universidad de Costa Rica, sobre la Responsabilidad Civil Extracontractual, se señala con respecto de nuestro país, la existencia de atipicidad de la responsabilidad extracontractual, de la lectura de los artículos 1045 del Código Civil y el artículo 41 de la Constitución Política, son el fundamento normativo de esta figura jurídica.

En los artículos mencionados, no se señalan las conductas por las que una persona puede incurrir en responsabilidad extracontractual,

en razón de ello el carácter atípico de la misma, sin embargo, la reparación del daño se desprende del principio general de reparar aquellos daños que se causa, lo cual no requiere que la conducta se encuentra prevista por la ley, pues sería imposible establecer cada posible conducta dentro de un cuerpo normativo.

Sobre esta forma de responsabilidad civil, la doctrina ha dividido en dos formas de responsabilidad subjetiva:

- a. La directa o por hecho propio: se da cuando coincide en la misma persona, el sujeto que ocasiona el daño y la persona culpable del daño y que por tanto es responsable de ello, es decir, que la persona es responsable por un hecho propio, éste es el tipo más común de responsabilidad extracontractual que se presenta.
- b. La indirecta o por hecho ajeno: es aquella en la cual la persona responsable del daño, es decir la persona que debe responder civilmente, no es la misma a la persona que ocasionó el daño. En este tipo de responsabilidad no coinciden en la misma persona el sujeto causante del daño y el sujeto que debe responder. Con respecto de esta clasificación existe una sub clasificación, refiriéndose a la responsabilidad “in eligendo” y responsabilidad “in vigilando”, las cuales surgen del deber de diligencia que todos tenemos al elegir a una persona adecuada y que cumpla con las capacidades y atestados para ejercer cierta función, o bien, el deber de vigilar cuando nos encargan el cuidado de alguna cosa, animal o persona.

La responsabilidad “in eligendo” se da cuando una persona no prestó el suficiente cuidado a la hora de seleccionar o elegir a una persona determinada para ejecutar el trabajo, y en razón de la incompetencia de esta persona elegida, ésta causa un daño. En este sentido, el artículo 1048 de nuestro Código Civil establece que quien encarga a una persona del cumplimiento de uno o muchos actos, está obligado a escoger una persona apta para ejecutarlos y a vigilar la ejecución en los límites de la diligencia de un buen padre de familia y si descuidare esos deberes, será responsable solidariamente de los perjuicios que su encargado causare a un tercero con una acción violatoria del derecho ajeno, cometida con mala intención o por negligencia en el desempeño de sus funciones, a no ser que esa acción no se hubiere podido evitar con todo y la debida diligencia en vigilar.

#### La responsabilidad civil extracontractual objetiva.

La responsabilidad objetiva o también denominada “sin culpa”, refiere a aquellas conductas o actividades lícitas y permitidas dentro del ordenamiento jurídico, pero son generadoras de riesgo. La responsabilidad civil objetiva se sustenta en la teoría del riesgo creado, es decir, la persona o empresa que realiza una actividad que genera riesgo debe indemnizar los daños que produzca, excepto que demuestre culpa de la víctima o bien fuerza mayor.

En este tipo de responsabilidad nos encontramos con tres elementos propios además de los citados en la primera parte de este capítulo: la creación de un riesgo producto de una actividad riesgosa, el cual es el aspecto imputable al sujeto, y la constatación del daño derivado de este riesgo, por la relación de causalidad, entre la actividad riesgosa y el daño causado.

Con respecto de la teoría del riesgo creado, teoría en la cual se basa la responsabilidad objetiva, nuestra Sala Primera ha establecido en sentencias reiteradas lo siguiente:

“... Si alguien crea un riesgo por encima de los estándares medios admisibles, obteniendo beneficios de la actividad riesgosa, no hay razón para que no cubra los daños que ella produzca. La realidad se ha encargado de reconocer la virtualidad de esta teoría... No es dable aplicarla ilimitadamente. Se ha obligado a regularla para que opere solo frente a supuestos concretos...”.

Desde el punto de vista práctico, señala el jurista Víctor Pérez Vargas, que la responsabilidad objetiva se “resume en una ventaja a favor del lesionado que significa una parcial inversión de la prueba, en el sentido de que ésta queda exonerada de la carga de probar la culpa (culpa o dolo) del causante del daño y vano sería el intento de éste de probar su falta de culpa...,” de manera que le corresponde a la persona o empresa a quien se le atribuye la responsabilidad, demostrar que los daños se produjeron por fuerza mayor o por culpa de la víctima.

## **12. Conclusiones**

En razón del carácter internacional de este contrato, su complejidad es mucho mayor, pues interactúan sujetos de nacionalidades distintas, en Estados con normativa y regulaciones diferentes, lo cual dificulta la uniformidad de normas a aplicar, y que de no ser por los usos y costumbres comerciales uniformes dentro del transporte internacional así como el uso de los INCOTERMS en los contratos de compraventa internacional, dificultaría aún más la interacción.

La normativa nacional relacionada a la materia del transporte marítimo de mercancías, se encuentra totalmente rezagada respecto del marco normativo a nivel mundial, ya que data del año de 1853.

En cuanto a la normativa internacional, existe una amplia regulación sobre aspectos contractuales generales y específicos de este tipo de transporte, entre ellos Reglas de La Haya y sus protocolos, Reglas de Hamburgo y las recientes Reglas de Rotterdam, de las cuales Costa Rica no ha ratificado.

El incumplimiento de las obligaciones contraídas y los posibles daños causados pueden conllevar a la imputación de una responsabilidad contractual si se logra demostrar la culpabilidad, que conllevaría a la indemnización por parte de quien incumple en favor de quien haya sufrido un daño, amparado a los principios que regulan la responsabilidad civil.

También, pueden incurrir en responsabilidad civil extracontractual, las partes que mediante conductas ilegítimas que causen daños a los intereses de un tercero, quien no tiene relación alguna con el negocio jurídico, tal es el caso del daño causado a un tercero quien tenía estacionado un vehículo a la par de un contenedor que estaba siendo descargado y producto de la errónea manipulación a la hora de realizar la descarga, el contenedor se volcó encima del vehículo del tercero.

Asimismo, de todo lo anteriormente analizando y en el contexto de Costa Rica podemos señalar las siguientes recomendaciones:

Una forma de minimizar los riesgos posibles dentro del transporte, es mediante un control

preventivo de documentación, capacitación del personal que manipula las cargas, que mitigue el impacto de los daños de los contenedores así como de la carga transportada u otros bienes de terceros, ya sea mediante el respaldo con fotografías y documentos de inspección de carga.

Otra recomendación para los usuarios del servicio de transporte marítimo en la defensa ante el cobro por daños causados a los contenedores será verificar el año de fabricación de dicha unidad, así como el valor actual en libros, para evitar cobros excesivos e injustificados.

Finalmente y no menos importante, recomendamos la utilización de los distintos seguros marítimos que ofrece el mercado, junto con una correcta escogencia del INCOTERM que refleje la voluntad de las partes en la compraventa internacional.

## **BIBLIOGRAFÍA**

### **Libros y Tesis**

GABALDON GARCÍA José Luis. *Curso de Derecho Marítimo Internacional*. Editorial Marcial Pons, Madrid, 2012.

GHERSI, Carlos. *Contratos Civiles y Comerciales*. Quinta Edición, Tomo II. Editorial Astrea, Buenos Aires.

SÁNCHEZ MORA Randall. *El contrato de transporte marítimo en contenedores*, Tesis de licenciatura, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1987.

SANDOVAL LÓPEZ Ricardo. *Análisis del Convenio De Las Naciones Unidas Sobre Transporte Internacional De Mercancías Total o Parcialmente Marítimo*.

Fuente: [http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/transport/rotterdam\\_rules/Sandoval-analysis.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/transport/rotterdam_rules/Sandoval-analysis.pdf)

SOLANO RIVAS Karla. *El Contrato de Transporte en Contenedores*. Tesis para optar por el Grado de Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica. 1998

VIVANTE César. *Tratado de Derecho Mercantil*, Editorial Reus, S.A, Volumen II, Madrid, 1936.

PÉREZ UMAÑA Daniel. *El Valor Jurídico de las Indicaciones en el Embalaje en el Transporte Aéreo Internacional de Mercancías*, San José, Tesis de Licenciatura en Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 2004.

PÉREZ VARGAS Víctor. *Derecho Privado*. Litografía e Imprenta LIL, S.A., Tercera Edición, San José, 1994

### **Jurisprudencia**

Tribunal Contencioso Administrativo Sección VI, Sentencia N°44 de las 10:30 horas del 4 de julio del 2008.

### **Normativa**

Código Civil de Costa Rica. Ley N° 63. 1888.  
Código de Comercio de Costa Rica.  
Ley N° 3284. 1964.

Código de Comercio de Costa Rica de 1853, Libro Tercero del Comercio Marítimo. 1853.  
Constitución Política de la República de Costa Rica, 1949.

CNUDMI. Nota explicativa de la Secretaría de la CNUDMI sobre el Convenio de las Naciones Unidas sobre Transporte Marítimo de Mercancías. Hamburgo. 1978.

ONU. Convenio de las Naciones Unidas sobre el contrato de transporte internacional de mercancías total o parcialmente marítimo. Sin ratificar. Rotterdam. 2009.

ONU. Convenio De Las Naciones Unidas Sobre El Transporte Marítimo De Mercancías. Sin ratificar. Hamburgo. 1978.

ONU. Convenio Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de

Conocimiento de Embarque. Sin ratificar. Bruselas. 1924.

ONU. Protocolo por el que se modifica la Convención Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas en materia de Conocimiento de Embarque, firmado en Bruselas el 25 de agosto de 1924. Sin ratificar. Bruselas. 1968.

ONU. Protocolo por el que se modifica el Convenio Internacional Para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Conocimiento de Embarque del 25 de Agosto de 1924, tal como se modificó por el Protocolo del 23 de febrero de 1968. Sin ratificar. Bruselas. 1979. Resolución aprobada por la Asamblea General 63/122. Convenio de las Naciones Unidas sobre el contrato de transporte internacional de mercancías total o parcialmente marítimo, Preámbulo del Convenio.



Poder Judicial  
Departamento de Artes Gráficas  
B. 44158

