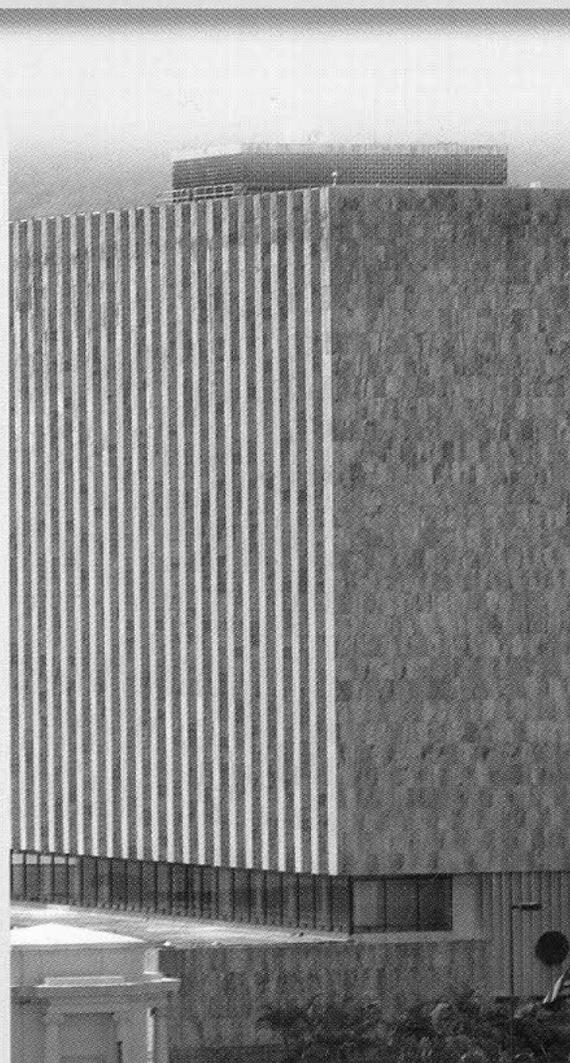
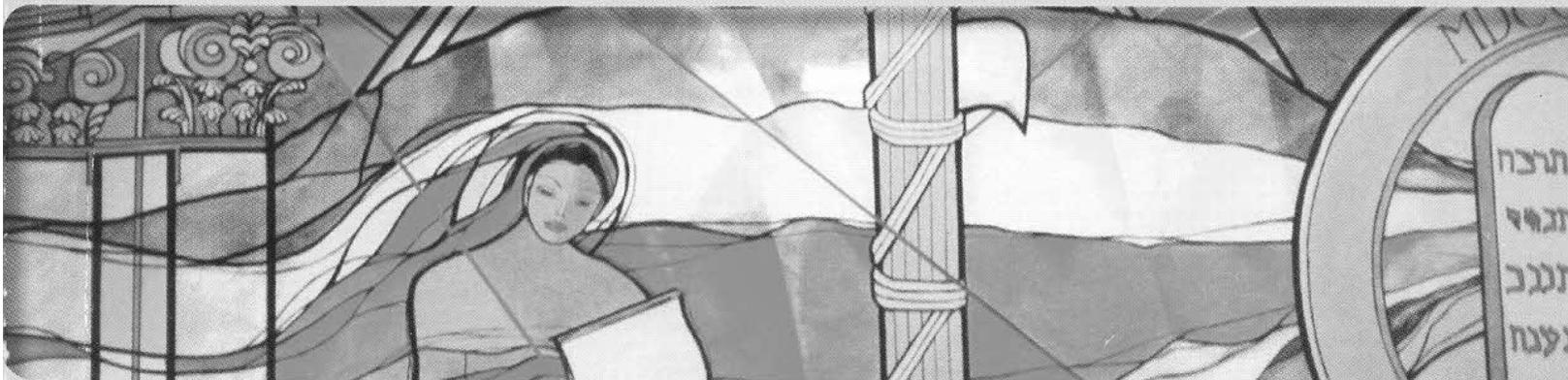


REVISTA EL FORO



COLEGIO DE ABOGADOS DE COSTA RICA · NÚMERO 8 · ENERO 2008





MENSAJE EDITORIAL

Una de las principales funciones que el Estado costarricense le ha encomendado al Colegio de Abogados de Costa Rica es precisamente promover el desarrollo de la ciencia del Derecho. Bajo esa premisa, el Consejo Editorial, apoyado por la Junta Directiva analizó a profundidad la necesidad de mantener la revista El Foro pero modificar el enfoque anterior con el fin, no solo de promover el desarrollo de ensayos jurídicos sino también la investigación por parte de los profesionales en derecho. Con ese objetivo se aprobaron una serie de lineamientos con el fin de gestar una revista de índole académico que provea a su vez un espacio en el que los profesionales en derecho puedan publicar sus artículos especializados. Otra de las innovaciones que el Consejo Editorial ha promovido en esta publicación es la producción de la versión digital de la revista aunado a la inclusión de un espacio en la página electrónica del Colegio de Abogados en la que los profesionales tengan acceso a la revista con solo tener acceso a Internet.

Resulta necesario en este espacio agradecer a los integrantes del Consejo Editorial del período 2007 que colaboraron con esta publicación y a todos aquellos profesionales que de alguna y otra forma participaron con iniciativas para mejorar nuestra revista, una de las más antiguas publicaciones con las que ha contado el país y la ciencia del derecho.

Licda. Marta Esquivel Rodríguez

SUMARIO

- 4** LAS ÓRDENES DE ORIENTACIÓN Y SUPERVISIÓN COMO MEDIOS ALTERNATIVOS A LA PRISIÓN PREVENTIVA EN LA LEY DE JUSTICIA PENAL JUVENIL
Lic. Gary Amador Badilla
- 17** La responsabilidad por producto: algunos apuntes para la discusión jurídico-penal en Costa Rica
Licda. Doris María Arias Madrigal
- 25** DR. EUSEBIO FIGUEROA OREAMUNO
Primer Presidente del Colegio de Abogados.
Lic. Tomas Federico Arias Castro
- 31** Contratación pública y crédito documental: ¿Pago por adelantado?
Lic. Chistian Enrique Campos Monge
- 44** ORGANISMOS INTERNACIONALES
- 46** EL REFERÉNDUM COMO MANIFESTACIÓN DEL DERECHO HUMANO A LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA
Lic. Jerry Campos Monge
- 52** NECESIDAD DE UN NUEVO MODELO DE S.R.L.
Dr. Gastón Certad Maroto
- 56** Nuevos espacios para la potestad reglamentaria.
Licda. Yessenia Delgado Aguilar
- 62** ELABORACION DEL PERFIL DEL ABOGADO Y LA ABOGADA LITIGANTE Y EL DESARROLLO DE PROPUESTAS PARA MEJORAR EL SISTEMA ÉTICO Y LA PRÁCTICA LEGAL
Lic. Gonzalo Elizondo Breedy y LLM Margarita Jenkins Coronas
- 72** LA POLÍTICA DE COMPETENCIA EN COSTA RICA
Lic. Mauricio Masís Murillo
- 78** EL RECURSO DE CASACION Y PROPUESTA DE REFORMA EN EL PROYECTO DEL CODIGO PROCESAL CIVIL
Msc. Abel Jiménez Obando
- 85** DOCUMENTOS Y EVENTUALES CONTRADICCIONES DE ÉSTOS EN EL CONTRATO DE FLETAMENTO
Lic. Jorge Murillo Gonzalez
- 92** REAJUSTES DE PRECIOS EN CONTRATOS ADMINISTRATIVOS PACTADOS EN DÓLARES
Lic. Mario Quesada Aguirre
- 99** LAS LESIONES DEPORTIVAS: CONTROVERSIAS JURÍDICO-PENALES
Lic. José Manuel Ríos Corbacho
- 111** EL FORTALECIMIENTO DEL REGIMEN MUNICIPAL EN COSTA RICA
Licda. Elizabeth Venegas Fernández
- 116** PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL DEL LEVANTAMIENTO DE INCOMPATIBILIDADES
Lic. Esteban Villalobos Fernández



LAS ÓRDENES DE ORIENTACIÓN Y SUPERVISIÓN COMO MEDIOS ALTERNATIVOS A LA PRISIÓN PREVENTIVA EN LA LEY DE JUSTICIA PENAL JUVENIL

Dr. Gary Amador Badilla^a
Juez Penal

Sumario. Introducción. 1. Las órdenes de orientación y supervisión como medidas sustitutivas de la prisión preventiva. 2. Las órdenes de orientación y supervisión establecidas en la LJPJ. Conclusiones.

INTRODUCCIÓN

La discusión sobre los medios alternativos a la prisión no es reciente; ésta se puede remontar más allá de comienzos del siglo XIX^b. En ese sentido, es lógico pensar que, previo a la polémica sobre la capacidad de la prisión para cumplir los fines que tradicionalmente se le asignaron, ésta tuvo que quedar instituida en el Estado de Derecho^c. Así, en un principio el internamiento carcelario fue sobre todo una medida de prevención extra-penal, y será gracias al movimiento de la humanización de las penas del siglo XVIII, que la pena de prisión se convierte en una pena principal^d.

De esta forma, a la par de la institución carcelaria surge un modelo de producción capitalista que aconseja la utilización del delincuente como mano de obra; así, desde un primer momento la pena de prisión fue concebida como una forma de corrección del delincuente a través del trabajo y su capacitación profesional. No obstante, el aumento de la delincuencia con el consecuente hacinamiento carcelario, y las crisis económicas del siglo XIX, hacen que muy pronto se constate el fracaso de la pena de prisión, que se refleja según FOUCAULT en su improductividad^e.

Se requerirá, no obstante, que la doctrina jurídico penal fije su mirada en el delincuente; así, con la llegada de la

Escuela Positiva^f se plantea la insuficiencia de las penas tradicionales y de la pena de prisión^g. De tal forma, el criterio de la medida del castigo lo dará ahora la peligrosidad del delincuente, de ahí la preferencia por las medidas correctoras frente a las penas. Esta aproximación clásica y tradicional, concibió las alternativas a la prisión como un instrumento rehabilitador y corrector del delincuente, aplicable en función de las necesidades de cada persona, y ante el fracaso de conseguir con la prisión los mismos objetivos, atendiendo, eminentemente, a un fin preventivo especial^h.

Es con la posición proporcionalista en la actualidad, que las medidas alternativas a la prisión empezaron a configurarse como penas principales, con una cierta autonomía respecto a la penaⁱ, como medios para reducir la pena de prisión y minimizar los efectos del Derecho penal en la solución de los conflictos. Así, a mediados del siglo XX surge en Estados Unidos frente a un proceso de institucionalización, el movimiento denominado de desestructuración, caracterizado por la desinstitucionalización, que tendía a reducción progresiva de la población internada y su expulsión hacia lo social^j; movimiento que para los años setenta y ochenta englobarían los movimientos descriminalizadores, despenalizadores y la diversión^k, y que propugnaron por la incorporación de un amplio y flexible elenco de medidas alternativas, como variantes de la privación de libertad, así como sustitutivos o formas de suspensión de ésta^l.

En ese sentido, si para el Derecho penal hubo y habrá un cuestionamiento que pone en duda la aplicación de la prisión como reacción frente al delito, con mucho mayor razón, el Derecho procesal penal se ha cuestionado la aplicación de la prisión preventiva para impedir la frustración de los fines del procedimiento^m, máxime cuando sea aplicada a un menor de edad. De ahí, no es de extrañar que, como veremos, se utilicen como medios sustitutivos de la prisión preventiva, aquellos creados para sustituir las medidas de internamientoⁿ.

Esta tendencia se ha visto reflejada en el ámbito internacional; así, en Europa desde el año 1965 el Consejo de Europa partiendo del CEDH, adoptó la Resolución Nº. 65, de 11 de abril, donde recomienda a los gobiernos una serie de principios tendientes a restringir el uso de la prisión preventiva, su duración excesiva y su sustitución con medidas alternativas^o. En ese mismo sentido, la resolución 11, de 27 de junio de 1980, donde estableció los principios aplicables en caso de adopción de medidas alternativas a la prisión preventiva^p.

Para el caso de los menores de edad, en el año de 1985 las Reglas de Beijing recomendaron expresamente la utilización de medidas sustitutivas de la prisión preventiva (regla 13.2.); por su parte la CDN obliga a los Estados Partes, a contener en sus legislaciones otras posibilidades alternativas al internamiento de los menores (art. 40.4); en ese mismo sentido se expresa la regla 17 RNUPMPL. En el ámbito europeo, en materia de menores, la Recomendación 87 (20), del Consejo de Europa, tal y como lo viene haciendo desde 1965, insta a la aplicación de medidas sustitutivas a la prisión (art. 14).

Sin embargo, serán las Reglas de Tokio las que, no sólo contemplen la obligación de los Estados de contener medidas

alternativas a la privación de libertad (reglas 1.5. y 2.3.), sino constituyan el catálogo más completo en cuanto al contenido de las medidas sustitutivas de privación de libertad, su aplicación, y alcances, siendo un texto de referencia obligatoria para la aplicación de aquéllas.

En ese sentido, siguiendo la tendencia internacional, desde el año de 1996, la LJPJ dispone de un catálogo amplio de medidas sustitutivas de la prisión preventiva, tendencia siguió el CPP (art. 244), con su entrada en vigencia a partir del año 1998.

1. Las órdenes de orientación y supervisión como medidas sustitutivas de la prisión preventiva

Nuestra normativa (LJPJ) no cuenta con una sección dedicada a las medidas cautelares alternativas^q, más bien las identifica con las órdenes de orientación y supervisión contenidas en el capítulo de sanciones que se pueden imponer al menor de edad^r (art. 121). En ese sentido, se faculta al Juez Penal Juvenil, para que, en la misma resolución donde acuerda la procedencia de la acusación o posteriormente, ordene la detención provisional del menor, o bien, diste cualquier orden de orientación y supervisión (art. 87 LJPJ).

En ese sentido, siguiendo la tendencia internacional, desde el año de 1996, la LJPJ dispone de un catálogo amplio de medidas sustitutivas de la prisión preventiva, tendencia siguió el CPP (art. 244), con su entrada en vigencia a partir del año 1998.

La LJPJ define las órdenes de orientación y supervisión como aquellos mandamientos o prohibiciones provisionales impuestos por el Juez Penal Juvenil, para regular el modo de vida de los menores de edad, así como promover y asegurar su formación^s (art. 128 LJPJ).

Dichas medidas, siguiendo las recomendaciones internacionales, han sido reconocidas como medidas alternativas a las penas privativas de libertad en el derecho penal juvenil; en ese sentido, podemos encontrarlas contenidas en la normativa internacional: Reglas de Beijing (art.18.1.a.), y CDN (art. 40.4).

De su propia constitución y definición se puede apreciar que las órdenes de orientación y supervisión son sanciones, o sea, están dispuestas para ser aplicadas al final del proceso penal juvenil, con la corroboración o certeza de la responsabilidad penal del menor. De ahí que, de manera palpable, se pueda apreciar que, primordialmente, la finalidad de estas medidas es preventiva.

Lo anterior conlleva a platearse, en no pocas ocasiones, si con la aplicación de las órdenes de orientación y supervisión como medidas cautelares, no se desvirtúa la finalidad de estas últimas, dando paso a fines que deberían aguardar a la im-

sición de una sanción, aspectos que la misma jurisprudencia constitucional ha sancionado, pero a la vez ha permitido, contradictoriamente¹.

El tema no es de fácil solución, ya que cada orden de orientación y supervisión podría cumplir una finalidad procesal, eso sí un tanto forzada, y siempre una finalidad preventiva, que es natural y concomitante a la orden. Por lo tanto, en ese sentido, consideramos que para la imposición de éstas, debe primar el aseguramiento procesal²; o sea, como advertimos en el apartado anterior, deberá corroborarse primero que concurren los presupuestos procesales para su adopción, y de acuerdo a la proporcionalidad e interés superior del menor, escoger la orden que, siendo la menos perjudicial, asegure la evitación del riesgo procesal. Sin embargo, una vez adoptada, no se podrá evitar que, en su ejecución, se pueda ayudar al desarrollo personal del menor y a su integración social (principio de resocialización).

Sólo de esta forma podrá evitarse que las finalidades propias de las órdenes, no den al traste y desvirtúen las finalidades procesales de las medidas cautelares; sin que se llegue a la ilusión, de que la existencia de las últimas finalidades, lleguen a borrar del todo las finalidades propias de este tipo de medidas³.

2. ÓRDENES DE ORIENTACIÓN Y SUPERVISIÓN ESTABLECIDAS EN LA LJPJ

2.1. Instalarse en un lugar de residencia determinado o cambiarse de él

La orden de instalarse en un lugar de residencia determinado o cambiarse de él, se encuentra contenida en el artículo 121.b.1. LJPJ. Se ha establecido que esta orden no es propiamente una medida cautelar, más bien se ha identificado con una medida de seguridad que pretende evitar la comisión futura de un nuevo delito por parte del menor⁴.

Esta orden establece dos situaciones, la primera es con la prohibición de que el menor imputado pueda residir en un lugar determinado, por lo que se le obliga a cambiar su residencia; la segunda implica la búsqueda de un domicilio para el menor, ya sea porque el menor carece de éste, o bien, porque el lugar donde reside no sea apto para su desarrollo.

Con dicha orden se pueden lograr varios objetivos, primero que el menor no entre en contacto con los objetos, ni con las personas ilícitamente deseadas; de tal forma, con esta prohibición se pretende la protección y seguridad de terceras personas víctimas del delito⁵. De esta forma, se puede cumplir un objetivo procesal, que es impedir la obstrucción de la investigación; en ese sentido, la LJPJ establece como motivo de obstrucción de la investigación que "exista peligro para la víctima, el denunciante o el testigo" (art. 58LJPJ)⁶. De esta forma, este peligro puede evitarse con el alejamiento del menor de edad de su domicilio, fijando uno nuevo.

Asimismo, ha indicado TERRADILLOS BASOCO que la aplicación de esta orden no deja de tener un efecto rehabilitador para el menor, que es extraerle de su ambiente criminológico⁷;

sobre todo cuando el lugar donde reside el menor perjudique los intereses de éste, porque el ambiente donde convive el menor es inadecuado para que éste se desarrolle debidamente, y sea condicionante en la comisión de un futuro delito. En este caso, debe dejarse claro que esta situación será acompañante de la medida cautelar adoptada, y nunca el fin es sí misma; o sea, si por evitar la obstrucción de investigación, con el cambio de residencia del menor, de paso sirve para rehabilitarlo, su efecto es bienvenido, pero no que, sin existir esta finalidad procesal, se adopte la medida para rehabilitar al menor.

Otro aspecto que motiva la adopción de este tipo de orden es que el menor no tenga domicilio y se requiera su fijación para la sujeción del menor al proceso⁸; en ese sentido, lejos de sancionar al menor por la carencia de domicilio, imponiéndole la prisión preventiva, a través de esta medida deberá asignársele al menor un lugar donde pueda ser localizado, con lo cual se elimina el riesgo de fuga, motivada por la carencia de domicilio del menor.

Ahora bien, este tipo de órdenes establecen la necesidad de ubicar al menor en un lugar donde pueda habitar; sin embargo, la pregunta salta a la vista, ¿dónde? Este será el motivo que constituya el obstáculo principal para ubicar al menor de edad.

La ubicación del menor en otro domicilio supone la coordinación con otros organismos públicos o privados, que coloquen al menor con otras familias de acogida; o bien, en su defecto en un lugar que sea brindado por los órganos de protección, en nuestro caso albergues pertenecientes al PANI. Se podría indicar que, en nuestro país este tipo de órdenes tienen una efectividad muy reducida, o nula, salvo que el menor se proporcione así mismo la habitación subsidiaria, ya que no existen programas de acogida –salvo los saturados albergues mencionados– y la comunidad no está involucrada.

La efectividad de este tipo de órdenes ha tenido un mayor desarrollo en los países anglosajones, quienes durante largo tiempo han desarrollado programas dirigidos a acoger jóvenes que tengan problemas delictivos; parece ser, en ese aspecto, que estas culturas nos llevan mucha ventaja, pues la sociedad está más integrada y familiarizada con este tipo de conflictos, donde inclusive estos programas remuneran a las familias que acogen a los menores infractores⁹.

Asimismo, otra modalidad de alojamiento para el menor, ya no en un entorno familiar, son las llamadas casas de transición «halfway houses», estas fueron concebidas en sus orígenes para ayudar a los antiguos prisioneros adultos a hacer la transición entre la prisión y la libertad. Estas casas son alojamientos ordinarios donde reside un número limitado de jóvenes durante un período corto; aquí, los jóvenes reciben consejos individualizados, participan en sesiones de grupo, van al colegio o trabajan en la comunidad, y progresivamente van ganando más libertad, hasta que abandonan las casas¹⁰.

En España, la LORPM (art. 28.1) plantea la posibilidad de la convivencia del menor con otra persona familia o grupo educativo, como una medida cautelar alternativa¹¹. Esta es una medida de tipo educativo que consiste apartar al menor de su grupo familiar por considerar que su entorno es la base



del conflicto. De esa forma, se le proporcionaría otro entorno familiar diferente que le haga reflexionar y apartarse de la conflictividad personal y familiar^{ac}. Sin embargo, al igual que la LJPJ, esta medida pertenece al conjunto de las medidas que podrían aplicarse al menor al final del proceso, generando los cuestionamientos, ya indicados, sobre finalidad de prevención que revisten este tipo de medidas^{af}.

La efectividad de la colocación del menor en otro entorno diferente a su familia esta muy condicionada a que las tres partes implicadas (menor, familia de acogida, y familia de origen) colaboren con la medida impuesta^{ag}. La familia de acogida deberá reunir las condiciones adecuadas para poder desarrollar una tarea educativa en la personalidad del menor; la familia originaria, deberá colaborar para que el menor a la vuelta no siga inmerso en el ambiente que se pretendía sustituir; y finalmente, el menor al ser una medida impuesta, ingresando a otro entorno familiar, podrá generar un efecto traumático no deseado, por lo que podría darse un rechazo y distanciamiento. De ahí que se aconseje que en este tipo de medidas se cuente con el consentimiento del menor^{ah}.

El control de esta medida podrá ser ejercido de diferentes formas, primero, el Juez Penal Juvenil, podrá citar o comprobar, a través de los miembros de trabajo social del Poder Judicial, que el menor reside en el nuevo domicilio asignado.

Esta vigilancia puede ser ejercida, a su vez, por el Ministerio Público, quien está facultado e interesado en que el menor cumpla la medida cautelar acordada. Asimismo, la familia u organismo que aloje al menor de edad, podrá comunicar al Juzgado Penal Juvenil la estancia o no del menor del domicilio asignado. Por último, la víctima en muchas ocasiones será la que alerte sobre el incumplimiento de la medida.

Finalmente, debe recalcar que la finalidad educativa, en el caso de que la orden sea aplicada como medida cautelar alternativa, no es la que debe imperar; sin embargo, de considerarse su aplicación, concurriendo los presupuestos, será bueno que se pueda velar porque la experiencia del menor sea provechosa para su aprendizaje, y no simplemente, optar como una medida de simple alejamiento del menor, olvidando el interés superior que debe impregnar toda medida cautelar.

Otro de los aspectos que se debe ser valorado en este tipo de órdenes es la separación del menor de su grupo familiar; en ese sentido, la normativa internacional se decanta por mantener hasta el último momento al menor integrado a su familia, salvo que se pruebe el interés contrapuesto de él con aquéllos (v. gr. cuando éstos sean víctimas del delito).

En ese sentido, debe haber una situación grave que obligue a la separación del menor de su familia; de lo contrario, aunque se plantee la necesidad de colocar al menor en otro domicilio, deberá permitirse la relación con su familia en todo momento.

2.2. Abandonar el trato con determinadas personas

Esta orden de orientación y supervisión se encuentra contenida en el artículo 121.b.2. LJPJ^{ai}. Como medida cautelar, esta orden sería admisible –aunque no escapa de crítica^{aj}– para evitar el peligro de obstrucción de la investigación; siempre y cuando, la investigación se pueda ver perjudicada por la relación que pueda tener el menor con la víctima o los testigos de los hechos, ya sea por las amenazas que éste haya podido proferido contra aquellos, o porque el comportamiento del menor lo hace suponer que podría de alguna forma intimidarlos.

En estos casos de “peligro para la víctima o testigos” la normativa también permitiría aplicar esta medida cautelar contra el menor (art. 58.c. LJPJ). Sin embargo, será determinante que el Juez fundamente de manera concreta en qué estribaba este peligro o amenaza; asimismo, deberá considerarse, si de acuerdo con las características personales del menor, la gravedad del hecho, y los factores objetivos que rodean el supuesto peligro, éste peligro, realmente, podría ser materializado por el menor.

De tal forma, el Juez y el Fiscal deberán plantearse la capacidad del menor para cumplir con esa supuesta amenaza, en relación con las circunstancias personales y sociales que rodean también a las personas que se quieren proteger a través de la medida cautelar. En otras palabras, sin llegar a valorar estas circunstancias, se podría llegar al absurdo de imponer al menor una orden de abandonar el trato con la víctima o un testigo, que por lo aleatorio del hecho, ni siquiera vivan cerca del menor, lo hayan visto alguna vez en la vida, o lo vayan a

volver a ver, porque el lugar donde se cometió el delito no es donde vive el menor, ni donde viven aquéllos^{ak}.

Podría plantearse la situación que el menor en medio de su detención haya manifestado querer atentar contra la víctima o testigo; no obstante, no tener la capacidad real de poderlo hacer, ya sea por el tipo de delito, su poca importancia, su desconocimiento de aquellas personas, y por que no tiene los medios económicos para poder acceder a éstas. En éstos casos imponer una medida de éste tipo no sólo podría ser drástica, sino absurda y sin ninguna efectividad.

Ahora bien, más como una medida de seguridad con fines preventivos, se podría ordenar la medida para velar porque el menor no trate con cierto tipo de personas que, supuestamente, podrán influir negativamente en su comportamiento, como factores condicionantes de su actitud delictiva. En este sentido, nos parece muy cuestionable la utilización de ésta como medida cautelar, pues es evidente que se estaría desnaturalizando la finalidad de ésta última^{al}.

El control de éste tipo de orden como una medida cautelar casi quedaría a una intervención directa en el proceso de las personas a quienes pretende proteger la orden; en ese sentido, serán éstas las que puedan informar sobre el incumplimiento de aquélla por parte del menor al Juez, o bien al Fiscal que informará a aquél.

2.3. Eliminar la visita a bares y discotecas o centros de diversión determinados

La finalidad de esta orden es, difícilmente, conciliable con la finalidad procesal de las medidas cautelares; desde sus orígenes esta prohibición se identificó como una medida de seguridad^{am}, en el tanto su finalidad preventiva pretende evitar que el medio social predisponga la comisión de un nuevo delito por parte del menor. Dicha orden la encontramos regulada en el artículo 121.b.3. LJPJ^{an}.

Consideramos que esta norma cuenta con una redacción defectuosa, pues más bien debió expresarse como la “prohibición de frecuentar lugares determinados”, y no propiamente de “bares, discotecas o centros de diversión”. Lo anterior viene a limitar el ámbito de aplicación de esa orden, puesto que, de no ser los lugares indicados (bares, discotecas, o centros de diversión), a través de ésta norma no se podría impedir al menor acudir a otros lugares, v. gr. vetar que el menor acuda al lugar de comisión del delito, o a la residencia de la víctima, que son motivos “cautelares” por los que se admitiría tal medida.

Así, la redacción de la norma hace muy difícil –aunque no imposible– que la prohibición de acudir a un lugar se dicte en aras de proteger a la víctima, como medida cautelar que impida la obstrucción del proceso, pues sería necesario que éstos lugares pertenecieran a ésta, o bien, ésta estuviese ligada a estos de alguna forma, y se tratara de un bar, una discoteca, o un centro de diversión^{ao}. Sin embargo, esta prohibición podría quedar contenida en la exclusión del trato con determinadas personas –tratada anteriormente–, pudiendo quedar comprendidos aquellos lugares donde se encuentre la víctima o testigos del hecho.

Con una finalidad no cautelar, se ha indicado que esta orden se justifica al ser los lugares prohibidos (bares y disco-

tecas) focos de actividades que no correspondan con el desarrollo normal del menor de edad, y en donde sea accesible para el menor el consumo de bebidas alcohólicas o de otra índole, que afecten su normal desarrollo, y favorezcan su predisposición delictiva. Por su parte la prohibición de acudir a lugares de diversión, cuyo concepto es sumamente amplio, se ha entendido, v. gr. la prohibición del menor a asistir al fútbol o a los conciertos, siempre y cuando la conducta delictiva se haya manifestado en esos espectáculos^{ap}.

El Juez deberá fundamentar en estos casos de manera objetiva por qué la presencia del menor en el lugar prohibido representa un obstáculo para la investigación, atendiendo a su finalidad cautelar, indicando los motivos concretos en que estriba el peligro.

Se ha sugerido para controlar este tipo de orden, la conveniencia que la misma se ponga en conocimiento del dueño del negocio o administrador responsable de los lugares prohibidos, a efectos de que se entere de la prohibición que pesa sobre el menor, y así, intentar que la orden tenga algún tipo de efectividad^{aq}; de lo contrario, difícilmente se podrían controlar por el órgano jurisdiccional. En ese mismo sentido, el control puede ser ejercido por el interesado ya sea la víctima, a quienes se pretenda proteger, en el caso excepcional citado.

2.4. Matricularse en un centro de educación formal o en otro cuyo objetivo sea enseñarle alguna profesión u oficio

Esta orden la encontramos dispuesta en el artículo 121.b.4. LJPJ^{ar}. De entrada, debemos manifestar que la aplicación de esta medida es poco conciliable con finalidad cautelar que pretenda evitar un riesgo procesal (fuga u obstaculización), más bien se orienta a una finalidad punitiva –preventivo especial– que busca la reeducación del delincuente. Así, la educación del menor se presenta como parte de los principios rectores que orienta la justicia penal juvenil^{as}, pues a través de ella se busca la reinserción social del menor^{at} (art. 7LJPJ).

Con esta medida se pretende, además, inducir en el menor a que adquiera por él mismo las condiciones adecuadas para que desarrolle sus habilidades o destrezas, mediante la puesta en práctica de actividades que permitan mejorar su condición de vida^{au}.

Ahora bien, al parecer la norma condiciona el tipo de educación que puede recibir el menor, en el sentido que, expresamente señala, que ésta debe ser formal o de aprendizaje de un oficio^{av}. En ese sentido, no se comprende muy bien el término formal, parece ser que se refiere a la enseñanza primaria, secundaria o universitaria aprobada por el Estado en las instituciones públicas o privadas admitidas por éste, y que cumplan programas aprobados por el Ministerio de Educación.

De tal forma, salta la duda se podrá acordarse cualquier otra medida de tipo educativo que pueda optar el menor, que resulte conveniente para que aquél pueda comprender el hecho cometido, sus consecuencias, los motivos que lo generaron, y así, se motive un cambio en el menor para que el hecho no vuelva a repetirse (v. gr. cursos contra la violencia, agresiones sexuales, domésticas, etc.)^{aw}. Sin embargo, podría pensarse

que al estar separada las órdenes de orientación y supervisión, de las sanciones socio-educativas^{ax} (art. 121.a.), ciñéndose a la norma (121.b.4. LJPJ), y a su contenido, al parecer, en el tipo de educación que plantea no estaría contenida otras finalidades no formales o diferentes al aprendizaje de un oficio o profesión. Aspecto que se hubiese sido deseable que la norma contemplara.

Para aplicar dicha medida el juez debería valorar las condiciones personales concretas del menor de edad, brindadas por el informe psicosocial a efectos de determinar qué tipo de educación u oficio son acorde al nivel educativo que presenta el menor de edad, para que su educación o aprendizaje sean compatibles con éstas^{ay}.

Aunque no se establece, consideramos que para que este tipo de orden tenga algún éxito se requerirá el consentimiento del menor^{az}, a quién deberían explicarle los especialistas, los alcances y ventajas de esta medida para su caso particular; de tal forma, éste pueda crearse algún criterio respecto a la medida que se quiere imponer, y así brindar su opinión. Se ha considerado que la aplicación coactiva de este tipo de medidas provoca un rechazo en el menor por lo que, difícilmente, surtiría los efectos pretendidos.

Asimismo, sería importante no pasar por alto la necesidad de la comparecencia de un representante del centro educativo donde se pretende matricular el menor, a efectos de valorar la procedencia de su admisión^{ba}.

Con respecto al control del cumplimiento de la medida, este deberá ser ejercido por los especialistas encargados del seguimiento del menor, quienes deberán informar al Juez periódicamente sobre los avances del menor, el rendimiento académico de éste, o bien el cumplimiento de la actividad educativa que este realizando^{bb}. En caso de incumplimiento del menor podrá ser informado directamente por la institución u organismo donde el menor esté realizando la actividad educativa; así, el Juez podrá enterarse de manera más expedita para convocar al menor y a los miembros del equipo técnico a la audiencia respectiva.

2.5. Adquirir trabajo

La orden de adquirir un trabajo se encuentra regulada en el artículo 121.b.5. LJPJ^{bc}. Al igual que la anterior, parece que su finalidad se dirige a la resocialización del menor y a su integración social. Indica KAISER: “El joven es capaz de contribuir activamente mediante una prestación constructiva a eliminar las consecuencias del hecho”^{bd}.

La finalidad de esta medida pareciera incompatible con las medidas cautelares, pues, difícilmente, a través de ella se pueda eliminar algún peligro procesal, salvo que se acepte como tal, la evitación de la reiteración delictiva. No obstante, en abono de algún tipo de finalidad procesal que pueda tener –aunque no creemos que fuese la finalidad de la norma–, se podría indicar que, uno de los motivos que establece el CPP para establecer el peligro de fuga, es la falta de arraigo, dentro de éste se ha valorado la falta de un trabajo estable (240.a.CPP); sin embargo, es claro que, en el caso de menores, el arraigo debe ser valorado con mucha prudencia, obviamente, con las diferencias propias con respecto a los adultos. Pero, también

es cierto que se ha aceptado la prisión preventiva de los menores por falta de arraigo, por lo que no sería descabellado pensar que la adquisición del trabajo, mermaría el peligro de fuga, por tanto el menor accedería con su adquisición a la medida, ahora sí, con un carácter cautelar.

Ahora bien, la normativa se limitó a indicar, escuetamente, que la medida consiste en “adquirir un trabajo”, por lo tanto, no se indicó que tipo de trabajo podría adquirir el menor, si debe ser remunerado o no, si puede ser social, si es compatible con el comunal (art. 121.a.3), etc. Ante tal situación, sería admisible que el menor realizara un trabajo social o comunal^{be}, o simplemente remunerado, siempre que se ajuste a la finalidad de la medida.

Por otra parte, salvo que haya acuerdos con empresas u otras entidades públicas, privadas o comunales^{bf}, difícilmente, el menor tendrá oferta de trabajo al alcance inmediato, por lo que de no sugerirse al menor el trabajo, deberá otorgársele un tiempo prudente para que pueda adquirirlo. De ahí la importancia que se flexibilice el tipo de trabajo que pueda adquirir el menor (social, comunal, remunerado), pues en muchas ocasio-

Asimismo, sería importante no pasar por alto la necesidad de la comparecencia de un representante del centro educativo donde se pretende matricular el menor, a efectos de valorar la procedencia de su admisión^{ba}.

nes la posibilidad más accesible la podría encontrar en su propia comunidad (v. gr. asociación comunal, colegio, escuela) que a su vez le podrá beneficiar por la cercanía con su domicilio. El juez deberá tomar en cuenta también cuando el menor ya tenga trabajo, siendo muy importante su valoración para que el menor pueda continuar desarrollándolo, y este no se vea interrumpido; claro, siempre y cuando se ajuste a la legalidad.

En ese sentido, es necesario que el trabajo se adecúe a las características personales, sociales y familiares del menor, que deberán ser conocidas por el Juez^{bg}; de tal forma, el trabajo no podría obstaculizar la educación del menor (art. 78 CNA), su desenvolvimiento social, o sus relaciones familiares que no deben verse interrumpidas.

Asimismo, el trabajo escogido tendrá que ajustarse a la legislación laboral nacional^{bh} e internacional, que deberán ser tomadas en cuenta por el Juez, evitando someter al menor a un trabajo que no se ajuste a la legalidad^{bi}. Estamos en presencia de trabajo ejecutado por menores, en ese sentido, la edad permitida por el CNA para laborar es de quince años, con lo cual esta medida no podría aplicarse a menores de esa edad, pues contravendría dicha normativa; tampoco podrá autorizarse cuando el trabajo importe un riesgo o peligro para el menor (art. 78). Asimismo, deberán respetarse las jornadas laborales especialmente dispuestas para los menores (art. 95 CNA).

Asimismo, será conveniente que el menor pueda exteriorizar su opinión en aquellos casos en que el trabajo pueda ser sugerido por los especialistas, previo a que el Juez le dé su aprobación; así, se podrá medir la afinidad entre el trabajo y el menor^{bj}, y, además, su consentimiento evitará que se considere un trabajo forzado.

El control de este tipo de orden será de suma importancia para evitar cualquier tipo de abuso o explotación en su ejecución^{bk}; el control de la medida quedaría incluido dentro de los reportes sobre el seguimiento de la actividad laboral realizada por el menor, confeccionados en nuestro caso por el trabajador social al que se le haya asignado la vigilancia de la medida. También la misma institución donde realice la actividad el menor, podrá indicar al Juez el cese injustificado del menor de la actividad laboral, a quien se le deberá indicar sobre esta colaboración.

2.6. Abstenerse de ingerir bebidas alcohólicas, sustancias alucinógenas, enervantes, estupefacientes tóxicos que produzcan adicción o hábito

Esta medida la encontramos regulada en el artículo 121.b.6. LJPJ. Su finalidad, propia de las medidas de seguridad^{bl}, pretende deshabituarse al menor de cualquier tipo de adicción a sustancias que puedan predisponerlo a la comisión de un delito. Desde ese punto de vista, esta medida se basará en la peligrosidad del menor, por tanto resulta difícil asignarle una finalidad cautelar.

Estas medidas se han denominado como «*contract treatment*» (Estado Unidos) y «*Civil-commitment-Program*» (Suecia); y consisten en la obligación por parte del delincuente, de recibir el tratamiento, de reconocer el injusto y manifestar el deseo de corregirse; a cambio, la sociedad está dispuesta a prescindir de un castigo más severo^{bm}.

En ese sentido, este tipo de medidas se dirigen contra aquellos menores quienes han cometido un delito, que se asocia a la utilización de sustancias prohibidas. De tal forma, debería existir algún sustento probatorio o estudio previo sobre las drogas que consume el menor.

Es claro que una medida de ese tipo, ayudará a mantener la salud de cualquier persona, con mucha mayor razón al menor de edad cuyas facultades psíquicas y físicas se encuentran en pleno desarrollo. Sin embargo, consideramos que la aplicación de esta medida sin una infraestructura adecuada, sin una verdadera orientación del menor, así como sin un seguimiento o control de las actividades del menor por los profesionales adecuados, sería un fracaso. En ese sentido, tal y como se plantea actualmente, la utilización de esta medida, consideramos que no pasaría de la promesa que haga el propio menor de abstenerse de utilizar las sustancias que se le prohíben^{bn}.

La única manera de conocer los resultados de la medida, sería monitorear al menor a través de exámenes que determinen la ausencia de las sustancias prohibidas en su organismo. Aunque al parecer en nuestra normativa, la simple promesa del menor de abstenerse de utilizar estas sustancias sería suficiente

para darle la oportunidad, y no imponer una medida cautelar más gravosa; sin embargo, como dijimos anteriormente, deberá tenerse mucho cuidado a la hora de formular la imposición de una medida de éste tipo, pues el Juez podría caer en la tentación de querer regular la vida social de las menores, sin que hayan concurrido los prepuestos de las medidas cautelares. Si ya de entrada su aplicación es cuestionable, dada su naturaleza no cautelar, la adopción de ésta sin la concurrencia de los presupuestos de las medidas cautelares sería a nuestro juicio inconstitucional.

2.7. Ordenar el internamiento del menor de edad o el tratamiento ambulatorio en un centro de salud, público o privado, para desintoxicarlo o eliminar su adicción a las drogas mencionadas

Esta orden se encuentra regulada en el artículo 121.b.7. LJPJ^{bo}. Estamos frente a una medida de seguridad^{bp} cuyo interés es el tratamiento del menor. Por lo tanto, evidentemente, la finalidad de esta medida es contraria a la finalidad establecida para las medidas cautelares personales.

A través de esta medida se pretende la desintoxicación, o la deshabituación del menor de las drogas (bebidas alcohólicas, sustancias alucinógenas, enervantes, estupefacientes tóxicos que produzcan adicción o hábito), indicadas por el art. 121.b.6. LJPJ.

Es importante indicar que, será necesario la entrevista previa del menor con los especialistas (equipo técnico), ya que estos determinarán de acuerdo a las características del menor la droga utilizada, su nivel de adicción, el entorno social y familiar donde se desenvuelve, si es necesario el internamiento del menor, si el tratamiento puede ser recibido de forma ambulatoria^{bq}, o bien, si no existe la posibilidad de tratamiento por carecer de expectativas de éxito^{br}.

De ser procedente el internamiento, éste se ha aconsejado realizarlo en la forma de una comunidad terapéutica, donde se ejercerá un control total del menor, a través de un grupo estructurado jerárquicamente, con la prohibición que el menor tenga contacto con otras personas fuera del grupo; asimismo, se podría ordenar la expulsión del grupo en caso de contravenir reglas básicas «no drogas, no-violencia». El proceso sigue una serie de pasos empezando por el contacto con el terapeuta, siguiendo por la desintoxicación o desacostumbramiento, para terminar en la fase de cuidados y rehabilitación, que lleva a que el menor sea controlado permanentemente durante largo tiempo, un año, al menos^{bs}.

La utilización del internamiento se ha utilizado para cualquier tipo de delito, cuando la conciencia del menor se considere seriamente alterada de la realidad, siempre que éste no haya respondido a otras formas de intervención menos intensas y restrictivas, y cuando no sea necesario el internamiento en régimen cerrado^{bt}.

Dentro de las desventajas que plantea este tipo de medida es el alejamiento del menor de la familia y su comunidad; además, que podría fomentarse al menor una dependencia de la vida institucional. Obviamente, la incuestionable ventaja es que a través del personal especializado y el tratamiento recibi-

do, el menor podrá deshabituarse de la utilización de drogas, así como, desarrollar su sentimiento de responsabilidad con relación a los delitos cometidos^{bu}.

Ahora bien, la finalidad de deshabituarse al menor se puede perseguir a través del tratamiento ambulatorio. A diferencia del anterior, esta medida se podrá utilizar en aquellos casos en que la conducta del menor no sea incontrolable y su conciencia sobre la realidad no este gravemente alterada; asimismo, la situación del hogar deberá ser relativamente buena, y su familia deberá apoyar los esfuerzos terapéuticos. Tendrá la ventaja que el tratamiento lo podrá recibir sin desligarse de su familia y comunidad, por lo que el menor podrá continuar con sus actividades^{bv}, lógicamente, apartándose de aquéllas que no se ajusten a su tratamiento^{bw}.

Es curioso que la normativa no indique si para aplicar este tipo de medida el delito que cometió el menor debe estar relacionado con la utilización de las drogas, por lo que pareciera que la medida se podría aplicar por el sólo hecho del consumo de las sustancias prohibidas por parte del menor, aunque éstas no hayan generado la actividad delictiva^{bx}. Eso sí, no podrá escapar al análisis del Juez Penal Juvenil, si se está en presencia de una eximente^{by} (art. 42 CP), o sea, que la utilización de las sustancias prohibidas haya impedido al menor la comprensión del carácter ilícito del hecho^{bz}.

Aunque la normativa no lo indique, para la aplicación de cualquier tratamiento, sea bajo la modalidad de internamiento o ambulatorio, se requerirá del consentimiento del menor de edad^{ca}; de lo contrario, es muy probable que el tratamiento fracase. Asimismo, deberá indicarse que este consentimiento no se verá anulado en aquellos casos en que el menor rechace el tratamiento, producto del seguimiento normal del mismo, en donde se podrá presentar alternativamente una serie de rechazos, propio del proceso de deshabituación^{cb}; sin embargo, estos deberán ser analizados por los terapeutas, a efectos de determinar si no representa un fracaso del tratamiento, de ser así, debe comunicarse al Juez, para que determine junto a los especialistas la medida conveniente.

La realidad ha demostrado las dificultades para utilizar este tipo de medidas en nuestro país, así como en otras latitudes^{cc}, fundamentalmente, por lo costosas que son, y por la falta de presupuesto para poder hacerlas efectivas. No en vano, se ha reclamado la falta de cumplimiento de la LJPJ, propiamente de su transitorio II, sobre la creación de las instituciones públicas de desintoxicación, que ha la fecha no han sido creadas. En ese sentido, se han incumplido las Reglas de Riad, ya que en ellas se insta a los Gobiernos a destinar los fondos suficientes para proporcionar las instalaciones y el personal que presten aquellos servicios adecuados para la prevención y el tratamiento del uso indebido de drogas y alcohol (art. 45).

Finalmente, debemos indicar que es cuestionable que este tipo de medidas se utilice con una finalidad cautelar, puesto que, como indicamos anteriormente, su finalidad es contraria a la de aquéllas, y difícilmente, el Juez podrá justificar la utilización de éstas para evitar el riesgo de fuga u obstaculización. No así con respecto al peligro de reiteración

delictiva, que si alcanzaría la finalidad pretendida por la medida; sin embargo, como hemos indicado a lo largo del presente estudio, su utilización es harto cuestionable, dada su finalidad preventiva especial.

CONCLUSIONES

Primera. Es necesario Los Jueces y Fiscales deberán pensar que las órdenes de orientación y supervisión, son parte del abanico amplio de medidas cautelares personales que contempla la LJPJ; siendo que, dentro de ese catálogo, la prisión preventiva ocuparía el último lugar.

Segunda. Las órdenes de orientación y supervisión como medidas cautelares alternativas son de aplicación excepcional, sólo cuando concurren los presupuestos procesales para su aplicación (sospecha suficiente en relación con el peligro de fuga o el de obstaculización). Estos presupuestos deberán quedar debidamente fundamentados en la resolución del Juez Penal Juvenil que acuerde la medida.

Tercera. Para la ejecución de las medidas cautelares alternativas deberá procurarse la participación de la comunidad, organizaciones no gubernamentales, e instituciones del Estado, sólo en esa medida podrá garantizarse la efectividad en su aplicación y control.

Cuarta. Nuestro Estado ha incumplido las Reglas de RIAD, así como el Transitorio II de la Ley de Justicia Penal Juvenil, pues a la fecha, a once años de vigencia de la LJPJ, no se han destinado los fondos suficientes para proporcionar las instalaciones y el personal que presten aquellos servicios adecuados para la prevención y el tratamiento de la drogadicción en los menores.

NOTAS

a^o Doctor en Derecho penal y procesal por la Universidad de Sevilla, España.

b Vid. DE LA CUESTA ARZAMENDI, José L., *Alternativas a las penas cortas privativas de libertad en el proyecto de 1992*, en Política Criminal y Reforma Penal, Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal, Editoriales de Derecho Reunidas S. A., Madrid, 1993, p. 322.

c En ese sentido, vid. SERRANO PASCUAL, Mariano, *Las formas sustitutivas de la prisión en el derecho penal español*, Editorial Trivum, Madrid, 1999, p. 31.

d Vid. DE SOLA DUEÑAS, Ángel, GARCÍA ARÁN, Mercedes, y HORNAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Alternativas a la prisión*, Instituto de Criminología de Barcelona, PPU Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1986, p. 8. Asimismo, vid. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón, Teoría del Galantismo Penal*, Editorial Trotta, Valladolid, 1995, p. 419; DE LA CUESTA ARZAMENDI, José L., *Alternativas...*, op. cit., p. 319.

e Así, SERRANO PASCUAL, Mariano, *Las formas...*, op. cit., p. 32. En ese mismo sentido, vid. DE SOLA DUEÑAS, Ángel, y otros, *Alternativas...*, op. cit., pp. 8 y 9. Igualmente, refiriéndose a la crisis de la pena de prisión, vid. SAINZ CANTERO, José A., *La sustitución de la pena de privación de libertad*, en Estu-

- dios Penales, Nº II, Universidad de Santiago de Compostela, 1978, pp. 221 y 222; y DE LA CUESTA ARZAMENDI, José L., *Alternativas...*, op. cit., p. 320. MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal, Parte General*, 6ª edición, Editorial Reppetor, Barcelona, 2002, p. 675.
- f Por su parte, la Escuela Clásica no presentó interés sobre la constatación del fracaso de la pena privativa de libertad, pues en ésta la importancia se dirigió al delito y no al delincuente, sirviendo sus postulados a los intereses de una justicia retributiva y no a una de prevención. En ese sentido, vid. SERRANO PASCUAL, Mariano, l.u.c.
- g Sobre todo el enfoque o la crítica en ese momento se centró sobre las penas cortas de prisión, a la que se había sumado el propio FRANZ VON LISZT. Así, JESCHEK, Hans-Heinrich, y WEIGEND Thomas, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Editorial Comares, Granada, 2002, p. 803.
- h Vid. SERRANO PACUAL, Mariano, *Las formas sustitutivas...*, op. cit., p. 33, quien además indica: "En estas primeras aproximaciones al tema de los sustitutivos de la prisión se toma como referencia y punto de partida el fracaso de la cárcel, ya sea basándose en criterios de prevención general (la cárcel no intimida), ya sea basándose en criterios de prevención especial (la cárcel no corrige). El debate sobre las formas sustitutivas de la prisión surge pues en el seno de la crítica a esta institución".
- i Vid. FERRAJOLI, Luigi, l.u.c.
- j En ese sentido, NASCETTI indica: "(...) las coordenadas de un proceso de racionalización del sistema penal, que no obvie las deficiencias a las que el Estado actual se enfrenta, pasan por: la «desinstitucionalización» del control social, en el que la respuesta institucional segregativa reduzca progresivamente su papel preponderante, y la «socialización» y «territorialización» de dicho control, potenciando las posibilidades de la sociedad, y de sus diversas formas de articulación institucional, de incidir de una forma alternativa en la resolución de los conflictos sociales que se hallan en la base de un elevado porcentaje de hechos delictivos". Citado por DE SOLA DUEÑAS, Ángel, y otros, *Alternativas...*, op. cit., p. 9.
- k Vid. SERRANO PASCUAL, Mariano, *Las formas sustitutivas...*, op. cit., p. 34, quien agrega: "Con el término anglosajón *diversión* se hace referencia al movimiento que pretende la exclusión del sistema de control procesal penal tradicional de determinados delincuentes jóvenes o los autores de delitos de poca entidad (...) Sobre los términos de descriminalización y despenalización (...) Frecuentemente suelen utilizarse en forma intercambiable". En ese mismo sentido, vid. JESCHEK, Hans-Heinrich, *Alternativas a la pena privativa de libertad en la moderna política criminal*, en Estudios Penales y Criminológicos, Nº VIII, Universidad de Santiago de Compostela, 1985, p. 14; DE LA CUESTA ARZAMENDI, José L., *Alternativas...*, op. cit., pp. 320 y 322.
- l Vid. DE SOLA DUEÑAS, Ángel, y otros, *Alternativas...*, op. cit., p. 10.
- m En ese sentido, vid. BARONA VILAR, Silvia, *Prisión provisional y medidas alternativas*, Editorial Bosch, Barcelona, 1988, pp. 174 y 175. Asimismo, DE LA CUESTA ARZAMENDI, José L., *Alternativas...*, op. cit., p. 321.
- n Al respecto, indica LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *Prisión provisional y régimen penitenciario*, en Prisión provisional, detención preventiva y derechos fundamentales, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1997: "(...) muchos países han utilizado otras medidas no privativas de libertad, de menor nocividad para el sujeto que las padece, en las esferas personal, profesional y familiar. Se tratan de medidas alternativas, que ofrecen suficientes garantías al procedimiento penal y no limitan las posibilidades de defensa".
- o Esa resolución recomienda: "(...) que la detención podrá ser sustituida, con ventaja en ciertos casos, por el recurso a otras medidas como: a) el control domiciliario; b) orden de no alejarse de un lugar determinado sin la autorización previa del Juez; orden de comparecer periódicamente ante ciertas autoridades; e) suministrar una garantía; f) el internamiento de jóvenes delincuentes en una institución especializada". Citada por PASTOR MOTTA, Luis, *Las medidas alternativas a la prisión provisional*, en Régimen Jurídico de la prisión provisional, Editorial Sepín, Madrid, 2004, pp. 308 y 309.
- p En esa recomendación se indicó: "(...) cuando la autoridad judicial examina si la detención provisional puede ser evitada, tendrá en cuenta la posibilidad de recurrir a medidas alternativas, tales como las siguientes: a) promesa hecha por la persona de acudir a las convocatorias de la autoridad judicial y de no obstaculizar el curso de la justicia; b) obligación de residencia en determinada dirección (por ejemplo, en el domicilio, en un alojamiento, en una institución especializada para menores delincuentes, etc.) en las condiciones fijadas por la autoridad judicial; c) prohibición de dejar o de alcanzar sin autorización un lugar o una zona determinada; d) obligación de presentarse regularmente a ciertas autoridades; e) devolución del pasaporte, o de otros documentos de identidad; f) dación de una caución o de otras garantías por la persona, tomando en consideración sus recursos; g) entrega de una garantía por un tercero; h) control y asistencia por un órgano designado por la autoridad judicial". Citada por PASTOR MOTTA, Luis, *Las medidas alternativas...*, op. cit., p. 309.
- q Por su parte, la Ley Orgánica de la Responsabilidad Penal del Menor 5/2000 de España (LORPM) en su art.28.1 establece como medidas alternativas a la prisión preventiva: la libertad vigilada, o la convivencia con otra persona, familia o grupo educativo. Medidas que se recogen junto a aquellas otras que el Juez podrá imponer al menor como sanción (art. 7 LORPM). Se ha indicado en el RLORPM (art. 22) que estas medidas deberán respetar el principio de presunción de inocencia. Asimismo, el artículo 29 de ese Reglamento indica que se deberá diferenciar en caso de internamiento de los menores la intervención sobre estos de acuerdo a su posición procesal, de no condenados, respecto a los condenados, para salvaguardar el principio de presunción de inocencia. Por su parte, en Alemania la JGG (§ 72), se ha instaurado el carácter subsidiario de la prisión preventiva, en el sentido que ésta sólo procederá si los objetivos no pueden ser alcanzados por una «orden provisional sobre la educación» (§ 71 párr. 1); entre éstas: una confirmación oral del menor al juez respecto de determinados deberes de reportarse, de encuentro regular con una persona

- de confianza, por ejemplo, con un representante de la oficina del menor y del ayudante del tribunal de menores, o bien, «ordenar el internamiento provisional en un hogar adecuado de educación» (§ 71 párr. 2). Así, ALBRECHT, Peter-Alexis, *El derecho...*, op. cit., pp. 325 y 326.
- r Este tipo de órdenes se encuentran reguladas con gran similitud en la Jugendgerichtsgesetz alemana (§10, párr. 1, frase 1 JGG) –aunque como se indicó no operan como sustitutivos de la prisión preventiva– esta norma las define como instrucciones definidas como los mandados y prohibiciones «que regulan la conducción de vida del menor y a través de ello fomentan y aseguran su educación». Entre éstas el § 10 párr. 1, frase 3, se encuentran: “1) Instrucciones a seguir, que se refieren a los lugares de estancia, 2) de vivir en una familia o en un hogar, 3) de coger un trabajo o instrucción, 4) de aportar rendimientos de trabajo, 5) de omitir las relaciones con personas determinadas o la visitas a bares o establecimientos de diversión, o 6) en el caso de infracción de preceptos del tráfico, participar en una instrucción de reglas de tráfico”. Así, ALBRECHT, Peter-Alexis, *El derecho...*, op. cit., p. 221.
- s Al respecto, vid. ARMIBO SANCHO, Gilbert, *Enfoque...*, op. cit., p. 110.
- t La Sala Constitucional ha mantenido criterios contradictorios en cuanto a la finalidad de las medidas cautelares: por un lado establece la imposibilidad de que cumplan fines propios de la pena (ver votos 1439-92, 1019-95, 4695-93); sin embargo, considera que se pueden aplicar para evitar la reiteración delictiva (ver votos 1438-92, 900-92, 1490-91, 2471-E-93, 10132-2001, de 9 de octubre). En ese mismo sentido, puede observarse la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español, que por un lado no permite la finalidad de la pena en las medidas cautelares (STC 40/1987); y, sin embargo, el mismo Tribunal da cabida a la aplicación de la causal del peligro de reiteración delictiva (STC 128/1995).
- u En ese sentido, comentando las medidas cautelares personales establecidas por el artículo 28.1 de la LORPM, nos indica AGUILERA MORALES, Marien, *Las medidas cautelares...*, op. cit., p. 17, que: “La desfavorable situación personal y familiar del menor no es algo a lo que se deba poner remedio mediante una medida cautelar, sino a través de una medida de protección. Lo contrario contribuye a desnaturalizar los fines propios a la medida cautelar, utilizándola para solucionar un problema que excede su objetivo”.
- v En ese sentido, vid. GARRIDO GENOVÉS, Vicente, *El tratamiento penitenciario y la prisión preventiva*, en Prisión provisional, detención preventiva y derechos fundamentales, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1997, p. 135.
- w En ese sentido, vid. LEAL MEDINA, Julio, *La prohibición de residir y de acudir a determinados lugares: medida de seguridad, pena principal, pena accesoria, medida cautelar o posible obligación en el caso de ejecución de las penas privativas de libertad*, en Revista Jurídica Española, La Ley, Tomo 7-2001, p. 1303, quien indica: “En realidad estamos ante un encubrimiento que bajo la apariencia de legal de medida cautelar se oculta una auténtica medida de seguridad ya que no se trata de que el acusado no se sustraiga a la acción de la justicia sino en algo más concreto: evitar los futuros delitos”.
- x Cfr. MAPELLI CAFFARENA, Borja, *Las medidas de seguridad no privativas de libertad*, en Estudio sobre el Código Penal de 1995, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, p. 422.
- y En cuanto a este punto en España, sobre la protección que debe recibir la víctima en casos de violencia doméstica, al menor se le podrá aplicar una orden de alejamiento, según la LO 14/1999, de 9 de junio, que modificó los artículos 13 y 109 LECrim, y creando un artículo 544 bis (mantenido por la reforma LO 15/2003, de 25 de noviembre), permitiendo a través de ésta el distanciamiento físico entre el agresor y la víctima, medida que puede ser acordada en las primeras diligencias contra el menor, pudiendo ser útil en ese sentido, la medida cautelar de convivencia con otra persona, familia o grupo educativo, para alejar al menor infractor de la víctima. Así, DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, *La instrucción...*, op. cit., pp. 310 y 311.
- z Citado por LEAL MEDINA, Julio, *La prohibición de residir...*, op. cit., p. 1305.
- aa En cuanto a la residencia en un lugar determinado indica HOUED VEGA, Mario, *La suspensión de proceso a prueba*, en Reflexiones sobre el nuevo código procesal penal, Imprenta y litografía Mundo Gráfico S. A., San José, Costa Rica, 1996, p. 155: “La importancia de residir en un lugar determinado resulta obvia si se tienen en mente el hecho de que el cumplimiento de la(s) condición(es) que determine el tribunal debe estar sujeto al respectivo control por parte de una autoridad correspondiente”.
- ab Así, HAVA GARCÍA, Esther, y RÍOS CORBACHO, José Manuel, *Las medidas aplicables a menores en la Ley 5/2000*, en Menores, Responsabilidad penal y atención psicosocial, Coordinación RUIZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón y NAVARRO GUZMÁN, José, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 168.
- ac Al respecto, vid. CAPPelaere, Geert y GRANDJEAN, Anne, *Niños privados de libertad, derechos y realidades*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, UNICEF, Madrid, 2001, p. 441.
- ad Esta medida ha sido poco utilizada en España, en ese sentido, HAVA GARCÍA, Esther, y RÍOS CORBACHO, José Manuel, *Las medidas...*, indican: “(...) la medida de convivencia se ha utilizado poco en nuestro país (tras la entrada en vigor de la LO 5/2000, tan solo se ha aplicado en 7 ocasiones) y ello probablemente a una cierta dejación de la propia Administración Pública, que no se ha ocupado con la debida diligencia y seriedad de buscar personas o familias idóneas para el cumplimiento de esta medida”. Por su parte esta medida se encuentra contenida en la Jugendgerichtsgesetz alemana (§10, I, 2 JGG): “1) de vivir en una familia o en un hogar”. Citada por ALBRECHT, Peter-Alexis, *El derecho...*, op. cit., p. 221.
- ae En ese sentido, vid. GÓMEZ RIVERO, M.^a Carmen, *Algunos aspectos de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor*, en Actualidad Penal, Nº 10, 5 al 11 de marzo de 2001, p. 178.
- af Cuestionándose el carácter cautelar de éste tipo de medida, BARONA VILAR, Silvia, *Prisión provisional...*, op. cit., p. 236, indica: “(...) en la practica podría llegar a plantearse si la restricción de la libertad de movimiento, con la imposibilidad de abandonar un determinado lugar (...) con un único fin cautelar,

- dios Penales, Nº II, Universidad de Santiago de Compostela, 1978, pp. 221 y 222; y DE LA CUESTA ARZAMENDI, José L, *Alternativas...*, op. cit., p. 320. MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal, Parte General*, 6ª edición, Editorial Reppetor, Barcelona, 2002, p. 675.
- f Por su parte, la Escuela Clásica no presentó interés sobre la constatación del fracaso de la pena privativa de libertad, pues en ésta la importancia se dirigió al delito y no al delincuente, sirviendo sus postulados a los intereses de una justicia retributiva y no a una de prevención. En ese sentido, vid. SERRANO PASCUAL, Mariano, l.u.c.
- g Sobre todo el enfoque o la crítica en ese momento se centró sobre las penas cortas de prisión, a la que se había sumado el propio FRANZ VON LISZT. Así, JESCHEK, Hans-Heinrich, y WEIGEND Thomas, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Editorial Comares, Granada, 2002, p. 803.
- h Vid. SERRANO PASCUAL, Mariano, *Las formas sustitutivas...*, op. cit., p. 33, quien además indica: "En estas primeras aproximaciones al tema de los sustitutivos de la prisión se tema como referencia y punto de partida el fracaso de la cárcel, ya sea basándose en criterios de prevención general (la cárcel no intimidada), ya sea basándose en criterios de prevención especial (la cárcel no corrige). El debate sobre las formas sustitutivas de la prisión surge pues en el seno de la crítica a esta institución".
- i Vid. FERRAJOLI, Luigi, l.u.c.
- j En ese sentido, NASCETTI indica: "(...) las coordenadas de un proceso de racionalización del sistema penal, que no obvie las deficiencias a las que el Estado actual se enfrenta, pasan por: la «desinstitucionalización» del control social, en el que la respuesta institucional segregativa reduzca progresivamente su papel preponderante, y la «socialización» y «territorialización» de dicho control, potenciando las posibilidades de la sociedad, y de sus diversas formas de articulación institucional, de incidir de una forma alternativa en la resolución de los conflictos sociales que se hallan en la base de un elevado porcentaje de hechos delictivos". Citado por DE SOLA DUEÑAS, Ángel, y otros, *Alternativas...*, op. cit., p. 9.
- k Vid. SERRANO PASCUAL, Mariano, *Las formas sustitutivas...*, op. cit., p. 34, quien agrega: "Con el término anglosajón *diversión* se hace referencia al movimiento que pretende la exclusión del sistema de control procesal penal tradicional de determinados delincuentes jóvenes o los autores de delitos de poca entidad (...) Sobre los términos de descriminalización y despenalización (...) Frecuentemente suelen utilizarse en forma intercambiable". En ese mismo sentido, vid. JESCHEK, Hans-Heinrich, *Alternativas a la pena privativa de libertad en la moderna política criminal*, en Estudios Penales y Criminológicos, Nº VIII, Universidad de Santiago de Compostela, 1985, p. 14; DE LA CUESTA ARZAMENDI, José L, *Alternativas...*, op. cit., pp. 320 y 322.
- l Vid. DE SOLA DUEÑAS, Ángel, y otros, *Alternativas...*, op. cit., p. 10.
- m En ese sentido, vid. BARONA VILAR, Silvia, *Prisión provisional y medidas alternativas*, Editorial Bosch, Barcelona, 1988, pp. 174 y 175. Asimismo, DE LA CUESTA ARZAMENDI, José L, *Alternativas...*, op. cit., p. 321.
- n Al respecto, indica LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *Prisión provisional y régimen penitenciario*, en Prisión provisional, detención preventiva y derechos fundamentales, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1997: "(...) muchos países han utilizado otras medidas no privativas de libertad, de menor nocividad para el sujeto que las padece, en las esferas personal, profesional y familiar. Se tratan de medidas alternativas, que ofrecen suficientes garantías al procedimiento penal y no limitan las posibilidades de defensa".
- o Esa resolución recomienda: "(...) que la detención podrá ser sustituida, con ventaja en ciertos casos, por el recurso a otras medidas como: a) el control domiciliario; b) orden de no alejarse de un lugar determinado sin la autorización previa del Juez; orden de comparecer periódicamente ante ciertas autoridades; e) suministrar una garantía; f) el internamiento de jóvenes delincuentes en una institución especializada". Citada por PASTOR MOTTA, Luis, *Las medidas alternativas a la prisión provisional*, en Régimen Jurídico de la prisión provisional, Editorial Sepín, Madrid, 2004, pp. 308 y 309.
- p En esa recomendación se indicó: "(...) cuando la autoridad judicial examina si la detención provisional puede ser evitada, tendrá en cuenta la posibilidad de recurrir a medidas alternativas, tales como las siguientes: a) promesa hecha por la persona de acudir a las convocatorias de la autoridad judicial y de no obstaculizar el curso de la justicia; b) obligación de residencia en determinada dirección (por ejemplo, en el domicilio, en un alojamiento, en una institución especializada para menores delincuentes, etc.) en las condiciones fijadas por la autoridad judicial; c) prohibición de dejar o de alcanzar sin autorización un lugar o una zona determinada; d) obligación de presentarse regularmente a ciertas autoridades; e) devolución del pasaporte, o de otros documentos de identidad; f) dación de una caución o de otras garantías por la persona, tomando en consideración sus recursos; g) entrega de una garantía por un tercero; h) control y asistencia por un órgano designado por la autoridad judicial". Citada por PASTOR MOTTA, Luis, *Las medidas alternativas...*, op. cit., p. 309.
- q Por su parte, la Ley Orgánica de la Responsabilidad Penal del Menor 5/2000 de España (LORPM) en su art.28.1 establece como medidas alternativas a la prisión preventiva: la libertad vigilada, o la convivencia con otra persona, familia o grupo educativo. Medidas que se recogen junto a aquellas otras que el Juez podrá imponer al menor como sanción (art. 7 LORPM). Se ha indicado en el RLORPM (art. 22) que estas medidas deberán respetar el principio de presunción de inocencia. Asimismo, el artículo 29 de ese Reglamento indica que se deberá diferenciar en caso de internamiento de los menores la intervención sobre estos de acuerdo a su posición procesal, de no condenados, respecto a los condenados, para salvaguardar el principio de presunción de inocencia. Por su parte, en Alemania la JGG (§ 72), se ha instaurado el carácter subsidiario de la prisión preventiva, en el sentido que ésta sólo procederá si los objetivos no pueden ser alcanzados por una «orden provisional sobre la educación» (§ 71 párr. 1); entre éstas: una confirmación oral del menor al juez respecto de determinados deberes de reportarse, de encuentro regular con una persona

- con el único fundamento de servir a los fines del proceso, si ello supondría en la práctica una medida de seguridad de la colectividad”.
- ag En cuanto a la colaboración de la familia de acogida, la familia de origen, y el menor, vid. GÓMEZ RIVERO, M.^a Carmen, I.U.C.; HAVA GARCÍA, Esther, y RÍOS CORBACHO, José Manuel, *Las medidas...*, op. cit., p. 169; ABEL SOUTO, Miguel, *Las medidas del nuevo Derecho penal juvenil (Consideraciones en torno al artículo 7 de la Ley Penal del Menor)*, en Actualidad Penal, Nº 6, 4 al 10 de febrero de 2002, pp. 136 y 137.
- ah En ese sentido, vid. GÓMEZ RIVERO, M.^a Carmen, *Algunos...*, op. cit., p. 178; ABEL SOUTO, Miguel, *Las medidas...*, op. cit., p. 137.
- ai Dicha medida es contenida por la Jugendgerichtsgesetz alemana (§10, I, 5 JGG): “de omitir las relaciones con personas determinadas (...)”. Citada por ALBRECHT, Peter-Alexis, *El derecho...*, op. cit., p. 232.
- aj En ese sentido, vid. LEAL MEDINA, Julio, *La prohibición...*, op. cit., pp. 1306 y 1307, quien niega su carácter cautelar, por entender que se trata de una medida de seguridad.
- ak La Sala Constitucional ha admitido el “peligro para las víctimas o testigos”, como un motivo de obstrucción de la investigación, por tanto causal de decretar una medida cautelar en contra del imputado. En estos casos se ha corroborado el peligro, por vivir la víctima con el imputado (votos 1858-V-1993, de 8 de junio); asimismo, porque las amenazas del menor imputado hacia la víctima, que convive en la misma localidad, y el delito cometido por el menor –homicidio– hace corroborar esa amenaza (176-2001, de 9 de enero). En ese mismo sentido, se puede apreciar el voto 02-1997, de 8 de enero, del Tribunal Superior Penal Juvenil.
- al Esta regla se encuentra expresamente contenida en la Jugendgerichtsgesetz alemana (§10, I, 8 JGG). En la legislación española, la LORPM no contempla expresamente esta posibilidad; sin embargo, se ha interpretado que el Juez de Menores, se la ha otorgado una atribución amplia (art.7.1.h.7.) para poder ordenarla. Cfr. ABEL SOUTO, Miguel, *Las medidas...*, op. cit., pp. 133.
- am En el pasado la prohibición de acudir o residir en determinados lugares ya había sido establecida, aunque con diferente nominación, “exacción de promesa de abstenerse de acudir a cierto lugar”, en el siglo XVIII por BEHTHAM dentro de un catálogo de sanciones para evitar la reincidencia en el delito. Anterior a éste, ya unas Pragmáticas dictadas por Felipe II (1568), contenían estas prohibiciones contra los gitanos. Por su parte, el profesor STOOS en el anteproyecto de Código Penal Suizo de 1893, recoge junto a las penas un catálogo de medidas de seguridad, entre las que se encuentra la de «prohibición de acceso a establecimiento de bebidas alcohólicas cuando la comisión del delito se relaciona con el uso inmoderado de aquéllas». Cfr. LEAL MEDINA, Julio, *La prohibición...*, op. cit., p. 1304.
- an La LORPM contempla la posibilidad de imponer esta medida con un carácter cautelar (art. 28.1), al formar parte de las prohibiciones que se podrían imponer al menor como parte de la libertad vigilada (art. 7.1.h.3), indicando: “prohibición de acudir a determinados lugares, establecimiento o espectáculos”. Por su parte como una instrucción la encontramos dispuesta en la Jugendgerichtsgesetz alemana (§10, I, 5 JGG): “5) de omitir (...) la visita a bares o establecimientos de diversión”. Citada por ALBRECHT, Peter-Alexis, *El derecho...*, op. cit., p. 232.
- ao Se ha considerado que la medida tiene su lógica en aquellos casos en los que: “(...) con la sola presencia cause molestias a otras personas; ante tales circunstancias tiene pleno sentido la prohibición.” Así, HOUED VEGA, Mario, *La suspensión de proceso a prueba*, en Reflexiones sobre el nuevo código procesal penal, Imprenta y litografía Mundo Gráfico S. A., San José, Costa Rica, 1996, p. 155.
- ap En ese sentido, vid. ABEL SOUTO, Miguel, *Las medidas...*, op. cit., pp. 131.
- aq Cfr. TIFFER SOTOMAYOR, Carlos, *La sanción penal...*, op. cit., p. 192.
- ar Esta medida podría quedar comprendida como una medida cautelar según la LORPM (art. 28.1), dentro de la libertad vigilada (art. 7.h. 1^a y 2^a), que establece: “1^a. Obligación de asistir con regularidad al centro docente correspondiente, si el interesado está en el período de enseñanza básica obligatoria, y acreditar ante el Juez dicha asistencia regular o justificar en su caso las ausencias, cuantas veces fuere requerido para ello. 2^a. Obligación de someterse a programas de tipo formativo, cultural, educativo, profesional, laboral, de educación sexual, de educación vial u otros similares”. Asimismo, podría pensarse que éstas no distan mucho de la medida de *asistencia a un centro de día* (art.7.1.f. LORPM) que se puede considerar como una modalidad de la libertad vigilada, pues en ella el menor se mantiene en su medio social y familiar, y se establece la obligación del menor de acudir a un centro para la realización de actividades de apoyo, educativas, formativas, laborales o de ocio. En ese sentido, vid. GÓMEZ RIVERO, Carmen, *Algunos...*, op. cit., p. 180. Asimismo, dentro de éstas podría considerarse también la *realización de tareas socio-educativas* (art. 7.1.k), que implican un control y seguimiento del menor. En esa línea, vid. ABEL SOUTO, Miguel, *Las medidas...*, op. cit., p. 122; MAPELLI CAFFARENA, Borja, *Comentarios...*, op. cit., p. 90.
- as Asimismo, sobre el derecho a la educación del menor la CNA, ha indicado que este es un derecho fundamental de los menores, sobre este ver el capítulo V, de esa ley, artículos 56 a 72.
- at En ese mismo sentido, vid. HAVA GARCÍA, Esther, y RÍOS CORBACHO, José Manuel, *Las medidas...*, op. cit., p. 170; TEJEDOR ORDAX, Antonia, *La intervención...*, op. cit., p. 250; GORTÁZAR ARMAS, Elena, CURBELO HERNÁNDEZ, Emiliano Antonio, y DE BLAS MESÓN, Isabel, *La intervención social...*, op. cit., p. 314.
- au Vid. HOUED VEGA, Mario, *La suspensión...*, op. cit., p. 156.
- av Ver el artículo 61 Código de la Niñez y la Adolescencia.
- aw Como ventaja de éste tipo de cursos de educación se ha señalado que en ocasiones se ha experimentado: el fortalecimiento de la propia conciencia, autonomía, iniciativa, mejor capacidad para el manejo de conflictos por parte del menor. Así, ALBRECHT, Peter-Alexis, *El derecho...*, op. cit., p. 232.
- ax Dentro de estas el menor podría acudir a programas preexistentes

- en la comunidad, o especialmente diseñados para aquél, y participar en ellos, también se incluirían talleres ocupacionales, aulas de educación compensatoria, cursos de preparación laboral, actividades de animación sociocultural o talleres de aprendizaje para la competencia social. En ese sentido, vid. ABEL SOUTO, Miguel, *Las medidas...*, op. cit., p. 143; HAVA GARCÍA, Esther, y RÍOS CORBACHO, José Manuel, *Las medidas...*, op. cit., p. 171.
- ay Sobre la procedencia de este tipo de medidas, TEJEDOR ORDAX, Antonia, *La intervención...*, op. cit., p. 251, nos indica: “Los requisitos tales tareas serían: que se adapten a sus capacidades y al momento evolutivo en el que se encuentran –refiriéndose a los menores–; que no obstaculicen otros actos educativos, sociales o culturales que vengan desempeñando (...)”.
- az En ese mismo sentido, vid. ALBRECHT, Peter-Alexis, *El derecho...*, op. cit., pp. 228 y 230; ABEL SOUTO, Miguel, *Las medidas...*, op. cit., p. 131; TEJEDOR ORDAX, Antonia, *La intervención...*, quien sobre los requisitos de para la aplicación de esta medida indica: “Que el menor no oponga una fuerte resistencia a su realización”.
- ba En estos casos, cuando se trate de la enseñanza general básica o diversificada, pública, no se le podrá negar el acceso al menor, ya que ésta es gratuita y obligatoria (artículo 59 CNA).
- bb En ese mismo sentido, vid. VENTURA FACI, Ramiro y otro, *Ley Orgánica...*, op. cit., p. 63; TIFFER SOTOMAYOR, Carlos, *La sanción penal...*, op. cit., p. 192; ABEL SOUTO, Miguel, *Las medidas...*, op. cit., p. 122.
- bc De manera similar se contempla dicha medida la Jugendgerichtsgesetz alemana (§10, I, 3 JGG), al indicar: “de coger un trabajo o instrucción”. Citada por ALBRECHT, Peter-Alexis, *El derecho...*, op. cit., p. 221.
- bd Citado por TIFFER SOTOMAYOR, Carlos, *La sanción penal...*, op. cit., p. 193.
- be Este tipo de trabajos se encuentra contenidos en la Jugendgerichtsgesetz alemana (§10, I, 4 JGG): “4) de aportar rendimientos de trabajo”, considerados como tales los trabajos auxiliares, sociales, manuales (no remunerados). Dentro de la orientación educativa de esta instrucción de trabajo “(...) se ha puesto de relieve el fortalecimiento de la confianza de sí mismo y la conciencia de responsabilidad, el fomento de las actitudes sociales (por ejemplo, la mayor comprensión para los impedidos), la apertura de posibilidades de «aprendizaje social», la «mayor capacidad de comprensión respecto de la importancia de modos de comportamiento social sin consideraciones», así como la capacidad de conciencia de comportamientos errados. Todo ello debe «apoyar y fomentar proceso de maduración en el menor»”. Así, ALBRECHT, Peter-Alexis, *El derecho...*, op. cit., p. 225.
- bf Al respecto, vid. MAPELLI CAFFARENA, Borja, *Comentarios...*, op. cit., p. 88, quien indica: “La prestación puede ser facilitada por la Administración o por instituciones públicas o privadas”.
- bg Al respecto, indica VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos, *Delincuencia...*, op. cit., p. 152: “La precoz inmersión en el mundo laboral puede constituirse una grave fuente de frustraciones (...) trabajos no cualificados, bajo nivel, escasamente remunerados (...)”.
- bh En ese sentido ver el capítulo VII del CNA, artículos 78 a 103, que cuenta con una regulación específica referente al trabajo desempeñado por menores de edad.
- bi En ese mismo sentido, vid. ALBRECHT, Peter-Alexis, *El derecho...*, op. cit., p. 225.
- bj En ese sentido, MAPELLI CAFFARENA, Borja, *Comentarios...*, op. cit., p. 89, indica: “Su éxito no estará garantizado –refiriéndose a la medida– si no hay una adecuación y afinidad entre el interesado y la prestación, para lo cual es conveniente articular entrevistas de cara a esta selección a cargo del personal especializado. De esta manera se evitan posteriores renunciaciones o abandonos de la ocupación con inevitables repercusiones sancionatorias”.
- bk Cfr. MAPELLI CAFFARENA, Borja, l.u.c.
- bl En ese sentido, LEAL MEDINA, Julio, *La prohibición...*, op. cit., p. 1304.
- bm Cfr. TIFFER SOTOMAYOR, Carlos, *La sanción penal...*, op. cit., pp. 193 y 194.
- bn En ese mismo sentido, vid. HOUED VEGA, Mario, *La suspensión...*, op. cit., p. 156.
- bo Esta medida está contenida en por la LORPM (art. 7.1.d): “Internamiento terapéutico. En los centros de esta naturaleza se realizará una atención educativa especializada dirigido a personas que padezcan (...) un estado de dependencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas (...) Cuando el interesado rechace un tratamiento de deshabituación, el Juez habrá de aplicarle otra medida adecuada a sus circunstancias”. De acuerdo con el artículo 28.1 LORPM podría ser utilizada como una medida cautelar alternativa. Esta norma esta complementada por el RLORPM (arts. 16 y 27), que establece la forma del tratamiento, los especialistas, pautas socio sanitarias, y la forma que debe desarrollarse el internamiento. Asimismo, en la LORPM dispone el tratamiento ambulatorio (art. 7.1.e.): “Las personas sometidas a esta medida habrán de asistir al centro designado con la periodicidad requerida por los facultativos que las atiendan y seguir las pautas fijadas para el adecuado tratamiento de la (...) adicción al consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas (...) Cuando el interesado rechace el tratamiento de deshabituación el Juez deberá aplicarle otra medida adecuada a sus circunstancias”. Sin embargo, está última medida no esta dispuesta para aplicarse como medida cautelar alternativa. Por su parte la Jugendgerichtsgesetz alemana (§10, párr. II, frase 1, alternativa 2 JGG), contiene este tipo de instrucción de “cura de deshabituación”, por la posible dependencia de drogas, alcohol o tabletas, por parte del menor. Esta podría incluir tanto el tratamiento ambulatorio, como el internamiento. Citada por ALBRECHT, Peter-Alexis, *El derecho...*, op. cit., p. 252.
- bp En ese sentido, vid. JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal, Parte General...*, op. cit., p. 873. Para ALBRECHT, Peter-Alexis, *El derecho...*, op. cit., p. 250: “Una aplicación idónea de esta instrucción debería resultar, sobre todo, en los casos de inimputabilidad o imputabilidad disminuida (§§ 20, 21 C. P.), para evitar una instalación en la ejecución de medidas (de seguridad)”. Asimismo, GÓMEZ RIVERO, Carmen, *Algunos aspectos...*, op. cit., 181.

- bq Al respecto, vid. ABEL SOUTO, Miguel, *Las medidas...*, op. cit., p. 128; asimismo, ALBRECHT, Peter-Alexis, *El derecho...*, op. cit., p. 254; GORTÁZAR ARMAS, Elena, CURBELO HERNÁNDEZ, Emiliano Antonio, y DE BLAS MESÓN, Isabel, *La intervención social...*, op. cit., p. 312. En ese sentido, TIFFER SOTOMAYOR, Carlos, *La sanción penal...*, op. cit., p.194, indica que dentro de los elementos a tomar en cuenta para aplicar el tratamiento están: “1) un diagnóstico previo que permita establecer el tipo y grado de dependencia de las drogas, 2) la relación entre esta dependencia y la comisión de delitos, 3) anteriores programas de desintoxicación a que haya estado sometido el joven, 4) la conveniencia de mantener los vínculos familiares y 5) las condiciones económicas.”
- br Sobre la imposibilidad de ordenar el tratamiento de desintoxicación por carecer de éxito, vid. JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal, Parte General...*, op. cit., p. 874.
- bs En ese sentido, vid. ALBRECHT, Peter-Alexis, *El derecho...*, op. cit., p. 253.
- bt Véase, TEJEDOR ORDAX, Antonia, *La intervención...*, op. cit., p. 257; asimismo, ABEL SOUTO, Miguel, *Las medidas...*, op. cit., p. 117.
- bu Cfr. TEJEDOR ORDAX, Antonia, *Las medidas...*, op. cit., pp. 258 y 259.
- bv Cfr. GÓMEZ RIVERO, Carmen, *Algunos aspecto...*, op. cit., 180; asimismo, ABEL SOUTO, Miguel, *Las medidas...*, op. cit., p. 128.
- bw Cfr. TEJEDOR ORDAX, Antonia, *La intervención...*, op. cit., p. 257.
- bx En contra de que se pueda ordenar la medida de internamiento del imputado para la desintoxicación, si el delito cometido por éste no tiene relación con ese consumo, se manifiesta JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal, Parte Genera...*, op. cit., p. 874, indicando: “El hecho motivador debe, como mínimo, descansar sintomáticamente sobre la dependencia al consumo de droga (...) no es suficiente con un encuentro casual entre el delito y la dependencia de las sustancias estupefacientes (por ejemplo, cuando en el proceso penal dirigido contra un estafador se comprueba su adicción a las mismas), pues no puede ser misión de las medidas de seguridad de naturaleza penal forzar a someterse a tratamientos terapéuticos que no son precisamente necesarios como reacción a la peligrosidad criminal evidenciada”.
- En ese mismo sentido, vid. MAPELLI CAFFARENA, Borja, *Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, Junta de Andalucía, Instituto Andaluz de la Administración Pública (IAAP), Sevilla, 2002, p. 84, sin embargo, éste considera que de ahí depende el consentimiento que debe dar el menor para la aplicación de la medida.
- by En ese sentido, de comprobarse la inimputabilidad del menor deberá ordenarse su inmediata libertad, debiendo sobreseerle, puesto que la LJPJ no previó ninguna consecuencia jurídica ante dicha actuación del menor, no siendo procedente la aplicación de las medidas de seguridad contenidas en el Código Penal. Al respecto puede consultarse el voto nº 579-2002 de primero de agosto, del Tribunal de Casación Penal. Por su parte, la LORPM (artículo 29) sí establece las medidas que se pueden imponer en caso de exención de la responsabilidad del menor.
- bz En ese mismo sentido, vid. MAPELLI CAFFARENA, Borja, *Comentarios a la Ley Orgánica...*, op. cit., p. 82; ALBRECHT, Peter-Alexis, *El derecho...*, op. cit., p. 250; asimismo, ABEL SOUTO, Miguel, *Las medidas...*, op. cit., p. 117; MARTÍN SÁNCHEZ, Ascensión, *Las medidas...*, op. cit., p. 442.
- ca En cuanto al consentimiento que deberá brindar el menor en este tipo de tratamientos, tanto ambulatorio como bajo internamiento, vid. GÓMEZ RIVERO, Carmen, *Algunos aspecto...*, op. cit., 180; MARTÍN SÁNCHEZ, Ascensión, *Las medidas...*, op. cit., p. 441; ABEL SOUTO, Miguel, *Las medidas...*, op. cit., p. 128; ALBRECHT, Peter-Alexis, *El derecho...*, op. cit., p. 252; MAPELLI CAFFARENA, Borja, *Comentarios...*, op. cit., p. 83.
- cb En ese sentido, vid. MAPELLI CAFFARENA, Borja, l.u.c.
- cc Los problemas de aplicación por falta de expertos, de instalaciones adecuadas, como por sus costos, se presentan también en Alemania, vid. ALBRECHT, Peter-Alexis, *El derecho...*, op. cit., p. 250; asimismo, vid. JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal, Parte Genera...*, op. cit., p. 874. Sobre los problemas que han enfrentado en España, en cuanto a su aplicación, vid. ABEL SOUTO, Miguel, *Las medidas...*, op. cit., p. 128, quien agrega la dificultad de contar con centros especializados en la atención exclusiva de menores.

LA RESPONSABILIDAD POR PRODUCTO: ALGUNOS APUNTES PARA LA DISCUSIÓN JURÍDICO-PENAL EN COSTA RICA

Dra. Doris María Arias Madrigal¹

1. INTRODUCCIÓN

Si el comercio ha sido el motor de grandes intercambios y descubrimientos, nunca como ahora, la globalización nos proporciona una intensificación de las relaciones económicas y comerciales. Entre ellas, destaca una nueva división internacional del trabajo basada en la globalización de la producción, llevada a cabo por las empresas transnacionales, que se caracterizan por la obtención de recursos alrededor del mundo y por sistemas de producción flexibles organizados a través de grandes bloques comerciales. Además, se produce una distribución masiva de productos elaborados por fabricantes anónimos organizados en grandes redes de almacenes, perdiéndose en el anonimato la cadena causal del proceso de producción, distribución y comercialización que realizan las empresas.

En este amplio espectro de relaciones en que están involucrados las empresas y los consumidores, el Derecho penal y la Criminología han revelado que la empresa puede ser un centro susceptible de generar o de favorecer la práctica de hechos criminales con repercusión disvaliosa en el entramado económico-social.²

Disertar en este marco sobre el tema de la responsabilidad por producto cobra relevancia y vigencia, frente al sistema económico actual, fruto del permanente grado de profesionalización y colectivización de las actividades de la empresa.³

Lamentablemente, los seres humanos tendemos a olvidar y pareciera que las experiencias sólo quedan si las vivimos

en lo personal, casos con trascendencia social y jurídica internacional como los ejemplos alemanes conocidos como los casos Contergan,⁴ Erdal,⁵ y el caso español del aceite del colza,⁶ con un millar de muertos y más de veinticinco mil víctimas, o bien, nuestros propios ejemplos, como el de los afectados por el insecticida nemagón, han quedado en el olvido social.

Recientes informaciones señalan que el veinte por ciento de nuestros vegetales frescos tienen residuos de plaguicidas.⁷ También se da cuenta de una conocida marca de galletas que retiró de su mercado nacional productos que contenían “grasas trans”, pero autorizó la venta en América Latina con la promesa de retirarlos paulatinamente del mercado. Sin embargo, estos productos actualmente son consumidos por niños.

Otro caso relevante es la reciente eliminación del permiso sanitario para utilizar un ingrediente del pan que se demostró que producía cáncer, pero por años, el ingrediente del que se sospechaba producía tales consecuencias fue la materia

⁴En este proceso se plantea la responsabilidad penal de los directivos de una empresa farmacéutica alemana por la comercialización de un medicamento que fue administrado a mujeres embarazadas cuyos niños nacieron con malformaciones congénitas.

⁵En este caso se discutió la responsabilidad penal de los miembros de una empresa de producción y de dos empresas filiales de distribución de un spray para calzado y las lesiones que sufrieron algunos de los consumidores del producto después de su utilización, entre ellas: dificultades respiratorias, tos, fiebre, edemas pulmonares.

⁶Vd., Sentencia Tribunal Supremo español STS 23-4-1992, (A 6783), ponente Excmo. Dr. BACIGALUPO ZAPATER. En este caso se produjo y distribuyó un aceite de colza desnaturalizado con anilina, el aceite era importado con la exigencia de que no fuera destinado a la alimentación humana, sino a actividades industriales, sin embargo fue desviado y comercializado en mercados populares y por vendedores ambulantes produciendo en los consumidores un síndrome tóxico y una epidemia denominada “neumonía atípica”.

⁷Vd., Diario La prensa libre, 15 de febrero de 2007, San José, p. 8

²Cfr., DE FARIA COSTA, en: SILVA SANCHEZ (Coord.), *Fundamentos de un sistema europeo*, 1995, p. 429.

³Cfr., SUAREZ GONZÁLEZ, *Cuadernos de Derecho Judicial*, VII, 1994, 43

¹Doctora en Derecho Penal (Universidad de Alcalá de Henares, Madrid, España), Especialista en Derecho Penal (SEP-UCR) Jueza en el Tribunal Penal II Circuito Judicial de San José.

prima para su confección.⁸ Más recientes aún la retirada del mercado de pastas dentales, de juguetes, pinturas labiales con plomo, etc.

Todos estos supuestos constituyen sólo una pequeña muestra de las constelaciones de casos que proliferan en nuestro medio, sin olvidar que, en múltiples ocasiones, como país del tercer mundo hemos recibido productos desechados o defectuosos que se comercializan a precios más bajos y que son adquiridos precisamente, por los grupos sociales más desposeídos.

Estas particularidades deben mover a la ciencia penal costarricense a reflexionar sobre las implicaciones de esta criminalidad, con consideraciones de *lege lata et ferenda*, cuando las acciones delictivas realizadas por una empresa pública o privada, formal o informal (empresa, Administración pública) con un programa de actuación es decir unidas por un plan común, tienden a potenciar el número de víctimas y a diluir el control sobre la responsabilidad por la conducta delictiva.

La responsabilidad por el producto genera una amplia discusión en la que fácilmente se aprecian dos aristas: de una parte, los amplios espacios de impunidad o el déficit de sanción penal, en los que es perceptible el tratamiento asimétrico para estas delincuencias, por una selección desventajosa de la clientela penal. Por otra parte, el abandono de principios jurídico-constitucionales irrenunciables, tales como el de responsabilidad individual, intervención mínima y *ultima ratio*.

Enfrentarse a la tarea del establecimiento de la responsabilidad penal es uno de los desafíos para la legislación, la jurisprudencia y la ciencia penal.

2. DELIMITACIÓN DEL TEMA

Cuando tratamos de la responsabilidad por el producto nos referimos a la responsabilidad de los productores o distribuidores de productos de consumo, defectuosos o peligrosos respecto de las posibles lesiones y la puesta en peligro de bienes jurídicos esenciales de los consumidores,⁹ es decir, la vida, la integridad física y también aunque sólo parcialmente el patrimonio.

⁸ Vd., Decreto ejecutivo n.º 33607-S publicado en La Gaceta n.º 47 de miércoles 7 de marzo del 2007. En este caso debe destacarse que la derogatoria del permiso de utilización de la sustancia química, no corresponde al estudio por las autoridades de salud sobre los efectos nocivos del producto, sino que responde al efecto jurídico de una acción de inconstitucionalidad declarada con lugar por la Sala Constitucional, voto n.º 2006-017747. La resolución concluyó que el permiso del Decreto Ejecutivo N.º 26703-S violenta los derechos fundamentales a la vida, la integridad física y a la información adecuada y veraz de los consumidores y al principio precautorio en materia de salud. También debe mencionarse que la retirada del producto es *sui-generis* y puede implicar responsabilidades penales y civiles por daños en la salud, pues en el transitorio se otorgó un período de gracia de seis meses para la retirada del país de las existencias de harina y alimentos que contengan bromato de potasio. Desde el punto de vista ético es cuestionable la que la Administración Pública permita la exportación a terceros países de un producto que se sabe es perjudicial para la salud. Así, se indicó en el Decreto ejecutivo: "Transitorio único. Se otorga un plazo de seis meses a los productores nacionales, para que las existencias de harina u otros alimentos que contengan bromato de potasio, sean exportados a otros países. Transcurrido ese plazo, cualquier existencia en el país de harina u otros alimentos que contengan bromato de potasio, serán objeto de decomiso por parte de las autoridades de salud, para su posterior destrucción".

⁹ Cfr., RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa, en: Estudios Jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz, Valencia, 1997, p. 694 y ss.

La responsabilidad por el producto plantea cuestiones muy distintas, pero que permiten visualizar que los intereses económicos de una u otra forma permean todas las relaciones sociales. A partir del reconocimiento de la libertad de comercio, deben observarse las particularidades de la realización del hecho punible por una empresa o de un grupo de personas organizado por medio de la división del trabajo, pues la estructura organizativa de ésta divide, por lo general, los órganos de decisión (responsabilidad) de los órganos de ejecución (acción), de forma tal que la responsabilidad penal tiende a diluirse. Por ejemplo, en el "caso de la colza" al igual que en otros casos de actividades industriales y comerciales, las estructuras orgánicas desde las que los sujetos contribuyeron al resultado eran diversas: distintas empresas, unidas todas ellas por un plan común. Por otra parte, tenemos que el reconocimiento de los derechos de las víctimas, es relativamente nuevo, siendo la protección penal de los intereses económicos de los consumidores, un aspecto central en la protección de los bienes jurídicos.

3. RAZONES PARA EL TRATAMIENTO UNITARIO DE ESTA CRIMINALIDAD

La interrogante fundamental que se plantea es ¿porqué la responsabilidad penal por producto merece un trato especial por parte de la ciencia penal, si en todo caso, se trata de lesiones o puestas en peligro, dolosas o imprudentes de bienes jurídicos suficientemente tutelados?

La respuesta a este cuestionamiento debe buscarse en primer término, en la empresa como organización compleja y centro generador de nuevos riesgos resultando difícil con las categorías de imputación tradicionales sentar responsabilidades.

A diferencia de lo que sucedía años atrás, donde la comisión de delitos era en su mayoría unipersonal es posible observar una estructuración en grupos u organizaciones sociales con sujetos colectivos, cada vez más elaborados y al amparo de su estructura orgánica —ya sea una empresa privada, pública, formal o informal o un órgano de una instituciones o corporaciones públicas—, donde se logra con relativa facilidad la impunidad. Lo que se ve generalmente favorecido por la existencia de complejos intereses de tipo económico, o de tráfico de influencias que se mueven en el seno de estos grupos.

En muchas ocasiones, no se trata de la actuación de una sola empresa, sino de varias, unidas por un acuerdo común, es decir, con un plan de actuación conjunto dirigido a un objetivo. En las actividades industriales y comerciales, se puede contribuir al resultado ilícito desde diversas empresas, cada una aportando una contribución al resultado disvalioso.

Asimismo, la tecnología y la ciencia trabajan mano a mano con la empresa, proporcionándole herramientas necesarias para el desarrollo de nuevos productos, algunos de ellos, por ejemplo, con modificaciones genéticas no suficientemente estudiadas, o con efectos sobre la salud o la integridad física desconocidos, favoreciendo por ello, la creación de nuevos riesgos.

Podemos agrupar en tres, las principales razones por las que se justifica un tratamiento unitario de la responsabilidad por el producto de parte de la ciencia penal: a) La difícil determinación de quién es el autor del hecho, es decir, quién es la persona responsable de la infracción, en qué fallo y cuál es su deber penal; b) las dificultades para la constatación de la relación causal y, c) como tercera razón, se observan las dificultades para la imputación subjetiva y para la determinación de la culpabilidad.

Todo lo anterior, en el marco de la estructura de la empresa, que se caracteriza por su complejidad y que se organiza para el proceso de producción, de distribución y de comercialización bajo los siguientes principios básicos: El *principio de división técnica y especializada del trabajo*, por el que cada individuo que interviene en el proceso, asume la competencia funcional para concretar un determinado momento dentro del mismo. El *principio de complementariedad*, según el cual, la aportación de cada miembro se complementa dentro de un plan común, con la de los restantes participantes. Por último, el *principio de jerarquía*, que significa que las aportaciones de todos los sujetos obedecen a una común dirección, la que se acepta, rechaza o modifica, e incluso se ubican en uno u otro momento dentro del proceso.¹⁰

En estos principios, a su vez, se pueden diferenciar dos niveles de responsabilidad: uno *horizontal*, que nace sobre el contenido de los dos primeros principios y en el cual se le asigna responsabilidad a cada sujeto participante en el proceso productivo. Se trata de la contribución causal o de la acción que cada individuo realizó u omitió dentro del plan común. Otro de tipo *vertical*, que evoca el principio de jerarquía, aquí lo determinante es individualizar quién dirige y a quién corresponde la configuración de todo el proceso, esfera donde se enmarca la toma de decisiones de los órganos cuyo propósito es gobernar, gestionar y dirigir las empresas o sociedades.¹¹

4. CRITERIOS DOGMÁTICOS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL POR EL PRODUCTO

En la responsabilidad penal por producto, contrario al desenvolvimiento usual de creación legislativa o doctrinal son los precedentes jurisprudenciales alemán y español, los que han adaptado las estructuras tradicionales de imputación, frente a la solución de reconocidos casos, que constituyen casos rectores o "leading case", por sentar las directrices básicas. Así los precedentes alemanes Contergan, Erdal, y el caso español del aceite de colza. Recientemente hay muchos casos más, relacionados con la elaboración, comercio y aplicación de medicamentos, alimentos nocivos, productos adelgazantes y productos transgénicos, para citar algunos supuestos.

Los hitos de la jurisprudencia desarrollan una serie de criterios, cual doctrina jurídica, que involucran las categorías jurídicas de la causalidad, la imprudencia, la omisión, la comi-

sión por omisión, la co-autoría y la imputación subjetiva, llegando a afirmarse que la responsabilidad penal por el producto crea una dogmática propia.¹²

Entre los criterios más sobresalientes tenemos los siguientes:

- a) La subjetivización de la prueba de la causalidad, según la cual, no es necesaria la prueba científica ni objetiva para la demostración de la causalidad, sino el convencimiento subjetivo del juez, frente a las discrepancias de la prueba científica. No cabe la aplicación del *in dubio pro reo* cuando la ley causal no está suficientemente probada, o el curso causal no sea verificable científicamente, basta el pleno convencimiento del juzgador de los hechos sometidos a prueba (caso Contergan).
- b) El proceso causal concreto es irrelevante para el Derecho penal, la responsabilidad penal existe cuando existe una conexión entre el uso del producto y el resultado lesivo, basta una relación estadística (caso Erdal).
- c) Todo aquel productor o distribuidor que introduce en el mercado productos cuya utilización correcta lleve implícito un peligro de daños para la salud, tiene la obligación de evitar el daño y se convierte en garante por el actuar *ex ante* peligroso (caso Erdal).
- d) La previsibilidad del riesgo no necesita referirse necesariamente a las leyes empíricas -fenoménicas- ni a todos los elementos del proceso causal, sino que basta con que sea una previsibilidad del riesgo (de causación de un resultado disvalioso). Si el autor conoce que la actividad de comercialización del producto resulta peligrosa para la salud y la vida humanas se atribuye responsabilidad; incluso la misma falta de conocimiento efectivo de leyes empíricas y del concreto curso causal posible de los hechos, son elementos adicionales que incrementan la previsibilidad del riesgo -para cualquier persona dicha ignorancia incrementaría la conciencia acerca de lo peligroso de la conducta- (caso de la colza).
- e) Se establece el deber de retirar del mercado los productos peligrosos para la salud, el incumplimiento acarrea responsabilidad penal por las lesiones causadas en comisión por omisión (caso Erdal).
- f) En el caso que la decisión de retirada del producto sea una decisión que depende de una sociedad o un grupo colegiado de directivos, cada directivo está obligado a hacer todo lo posible y a exigir para que se tome la decisión. Si deciden omitir la retirada del producto, responden como co-autores por la omisión (caso Erdal).
- g) Cada directivo que omite con su voto a que se tome la decisión de retirada del producto, contribuye causalmente a la producción del resultado y por ello es responsable de que no se tome la decisión de retirada del producto (caso Erdal).
- h) Si la lesión de un único deber de actuar da lugar a la producción de múltiples resultados lesivos, se considera que

¹⁰ Cfr., PAREDES/RODRÍGUEZ, *El caso de la colza*, 1995, p. 142.

¹¹ Vd., SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Tomo VII, 1994, p. 43.

¹² Cfr., SCHUMANN, en: MIR PUIG/LUZÓN PEÑA (Coord.), *Responsabilidad penal de la empresas*, Barcelona, Bosch, 1996, p. 213.

existe una única omisión, es decir, que se aplicarán las reglas del concurso ideal (caso Erdal).

- i) La existencia *ex ante* de un nivel relativamente elevado de riesgo para bienes jurídicos de gran importancia obliga al sujeto a adoptar medidas de cuidado «extraordinarias»; esto es, medidas (de control del riesgo) no necesariamente establecidas expresamente en las disposiciones administrativas. De no hacerse tal cosa, sucederá que el riesgo creado será, no permitido y de producirse el resultado lesivo, se podrá fundamentar una responsabilidad por delito imprudente.
- j) Los criterios de determinación del deber de cuidado, es decir, el modelo de conducta que sirve como parámetro de la contribución causal del sujeto al resultado disvalioso son las «expectativas del consumidor»: según esto, «el productor debe tomar en cuenta como medida de cuidado exigido los riesgos que el consumidor estaría dispuesto a asumir en una ponderación razonable» (caso de la colza).
- k) En cuanto al tipo subjetivo, se afirma que el conocimiento del peligro concreto de una acción que supera el nivel de riesgo permitido, permite afirmar el dolo respecto del resultado lesivo. Para el reconocimiento del dolo no es necesario el conocimiento técnico de la causalidad, ni un conocimiento exacto de su desarrollo, basta con el conocimiento de haber puesto a la víctima en una situación de peligro que ya no está en posición de dominar con seguridad.

5. VALORACIÓN CRÍTICA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL POR EL PRODUCTO

Los criterios jurisprudenciales que acabo de exponer en forma sintética, han sido objeto de una profusa crítica y revisión por parte de la doctrina penal. Tras ellos se asoma el discurso de ampliación de la responsabilidad penal frente a los nuevos riesgos, además de la flexibilización o rebaja de garantías jurídico constituciones, muchas veces precedida del reclamo popular de justicia. No es extraño entonces, el recurso a la justificación preventivo-general positiva, por el que la pena evita las consecuencias negativas de la violación de la ley para la estabilidad del sistema y para la confianza en la vigencia del Derecho.

Los aspectos que mayor discusión han generado parten de la atribución de responsabilidad a las personas jurídicas, es decir que, de la tradicional responsabilidad individual, se está pasando a la imputación jurídico penal de las personas jurídicas. Pero, trastocando incluso los postulados tradicionales del Derecho civil, permitiéndose ahora que, acciones de la persona jurídica, puedan imputarse como propias de sus órganos.¹³

La inexistencia de la prueba de la ley causal, ha servido para que se viertan ríos de tinta, afirmando PUPPE en forma moderada, que se ha dado un paso audaz,¹⁴ aunque hay quie-

nes no dudan en calificar la inexistencia de ley causal como un sin sentido dogmático.¹⁵ En ese sentido, PAREDES y RODRÍGUEZ,¹⁶ señalan que la ley causal, no puede dejarse a la mera observación empírica de la relación entre la acción y el resultado, sino que debe recurrirse a procedimientos de inferencia, es decir, la utilización de datos perceptibles -indicios-, a partir de los cuales y gracias a la existencia de una ley de inferencia (ley explicativa de fenómenos) es posible obtener el dato que se busca, es decir, el resultado. Debiendo justificar la resolución judicial, que ha existido esa relación de causalidad entre la acción y el resultado con aplicación de una concreta ley de inferencia o fenoménica.

También se cuestiona el traslado como criterio de imputación, de las categorías de competencia y reparto de deberes propios del Derecho de sociedades, de tal suerte que la responsabilidad penal, se impone no a quien realiza directamente el daño, sino a la dirección de la empresa, a quien toma la decisión. De igual forma, la doctrina censura la atribución de responsabilidad en supuestos, en los que personas que ocupan puestos de dirección que no votaron en la junta de la sociedad y han resultado condenados porque “hicieron suya” la decisión,¹⁷ entonces, se indica, estaríamos frente a una responsabilidad objetiva y no subjetiva que es como tradicionalmente se ha estructurado la responsabilidad penal.

Se ha criticado que la posición de garante es cada vez más amplia a todo aquel que incrementa el riesgo, imponiéndole el deber penal de evitar el daño, lo que redundaría en un aumento exagerado, y a veces hasta incontrolable por el autor de la responsabilidad penal.¹⁸ Pero no siendo suficiente con la ampliación del criterio del responsable objetivo, se llega más lejos aún, en cuanto al dolo y la culpa cuyo grado de conocimiento exigible es cada vez mayor. La conciencia de la antijuricidad olvida o rebaja a un segundo plano el aspecto de la norma de valoración, que junto con la norma de determinación, conforman la norma penal. De forma tal, que se imputan como propias del autor, la producción de consecuencias imprevisibles, o bien, se atribuye al autor, la producción de consecuencias previsibles, pero no determinadas por él.

Finalmente, la discusión doctrinal sobre la responsabilidad por producto se reconduce a dos posturas básicas que son las mismas, por las que en la actualidad discurre el Derecho penal. Para un grupo de autores, las particularidades derivadas de la producción o distribución de productos adulterados plantean la necesidad de intervención inmediata del Derecho penal, ante este peligro moderno. Se ha desarrollado un sistema jurídico que adelanta las barreras de protección, que no espera por la producción del resultado, sino que reprime y castiga las acciones peligrosas que *extra* limitan el riesgo permitido o socialmente tolerado.

¹³ Cfr., SHUMANN, en: MIR PUIG/LUZÓN PEÑA (Coord.), *Responsabilidad penal de la empresa*, Barcelona, Bosch, 1996, p. 204.

¹⁴ Cfr., PAREDES/RODRÍGUEZ, *El caso de la colza*, 1995, p. 142.

¹⁵ Cfr., SHUMANN, en: MIR PUIG/LUZÓN PEÑA (Coord.), *Responsabilidad penal de la empresa*, Barcelona, Bosch, 1996, p. 202.

¹⁶ RODRÍGUEZ MONTANÉS, Teresa, en: *Estudios Jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, Valencia, 1997, p. 696.

¹³ Vd., por todos, GRACIA MARTÍN, en: MIR PUIG/LUZÓN PEÑA (Coord.), *Responsabilidad penal de las empresas*, 1996, p. 63 y ss.

¹⁴ Sobre ello, vd., PUPPE, en: MIR PUIG/LUZÓN PEÑA (Coord.), *Responsabilidad penal de las empresas*, 1996, p. 219.

Otro grupo de autores, de la «Escuela de Frankfurt», sostiene una posición diametralmente opuesta a la anterior, consideran que el Derecho penal no puede ser funcionalista, en términos de responder a la defensa de la sociedad frente a los riesgos derivados del desarrollo social, económico y tecnológico. El Derecho Penal debe limitarse a la protección de los bienes jurídicos clásicos, es decir, aquéllos que se basan en la protección de los derechos básicos del individuo, la vida, la libertad y la propiedad. Se propugna una concepción del bien jurídico «individualista» o «personal», en tanto, los bienes jurídicos *supra* individuales o de carácter difuso, merecerían ser objeto de protección en el tanto respondan al servicio individual. Se propone un apego irrestricto a todas las reglas de imputación y a los principios político-criminales de garantía.

6. LA DISCUSIÓN EN COSTA RICA SOBRE LA RESPONSABILIDAD POR EL PRODUCTO

La responsabilidad penal por el producto en el Derecho penal es un tema escasamente discutido en nuestro ordenamiento jurídico, aunque, desde otras ramas del ordenamiento, como el Derecho civil y el Derecho administrativo se tratan los derechos de los consumidores. Lo anterior ha potenciado el reconocimiento de derechos a los afectados, que se han visto lesionados con prácticas comerciales desleales que introducen al mercado productos defectuosos, amparados a la publicidad engañosa. Empero, una discusión jurídico-penal como la acontecida por la ciencia penal alemana y española es incipiente.¹⁹

La Ley N.º 7472 del 20 de diciembre de 1994, Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, estableció un régimen administrativo en donde los consumidores puede plantear sus reclamos. También la referida normativa contempla un tipo especial de estafa, en el artículo 60, párrafo 2, por el que se intenta dar una respuesta a las conductas fraudulentas desarrolladas en el campo comercial, es decir, la venta de bienes y servicios. Sin embargo, esta legislación, se acerca sólo en forma tangencial a la problemática central de la responsabilidad penal por el producto defectuoso o peligroso que encierra la lesión de bienes jurídicos necesitados de protección.

En nuestro medio, tampoco se han llevado a los tribunales penales casos en los que específicamente se intente aplicar responsabilidad penal por el producto. El tratamiento de los casos oscila desde el tratamiento civil y administrativo, en donde la reparación pecuniaria ha sido la solución más utilizada, hasta el tratamiento penal como delitos contra la salud pública, artículos 261 y ss., del Código Penal. Un ejemplo de esta solución de estos casos es el caso de los trabajadores bananeros afectados por el insecticida nemagón, la controversia fue solucionada por la vía civil y bajo la legislación de otro ordenamiento jurídico.

Por otra parte, una propuesta como la desarrollada por la jurisprudencia alemana y española, como tendremos oportu-

dad de ver más adelante, tropieza de frente con algunos principios jurídico constitucionales de larga tradición en nuestro medio.

6.1. La legislación vigente

La legislación vigente ha centrado la regulación penal relacionada con productos defectuosos o peligrosos, en las lesiones concretas a la vida, la integridad física y la salud, sin otorgar un tratamiento separado o diferente para el caso que se produzcan dichos efectos lesivos como resultado de un producto defectuoso o peligroso. También nuestra legislación regula la conducta fraudulenta del sujeto activo que defraude en la entrega de la sustancia, calidad o cantidad de las cosas.

En mi opinión, existen lagunas de punibilidad que deberían llenarse de contenido a la luz de las experiencias de otros sistemas jurídicos, pues las formas de comisión de los delitos y los bienes jurídicos a proteger son cambiantes, y ahí, donde exista la necesidad de protección de un bien jurídico, el Derecho penal esta llamado a actuar buscando la convivencia pacífica.

En ese sentido, cabe reflexionar en los supuestos en que el producto no es una sustancia alimenticia o medicinal, sin embargo, se utiliza todos los días, por ejemplo, los componentes químicos de la pintura de las paredes de una vivienda, o bien, el material de una tubería que transporta agua, componentes de color de una pieza textil, etcétera. El Código penal costarricense no contempla dentro de los supuestos de hecho de los artículos 261, 262 y 263 algunas respuestas para los daños en la salud e integridad física en supuestos como los antes descritos. La norma que más se acercaría al problema de la responsabilidad por producto es la previsión del artículo 263 del Código Penal, que sanciona al sujeto activo que venda, ofrezca para la venta o distribuya sustancias o cosas peligrosas para la salud a sabiendas de su carácter nocivo, conducta que se sanciona tanto si es dolosa, como si la acción es imprudente (artículo 265). Sin embargo, su ámbito de aplicación esta acotado a la venta, entrega o distribución, no incluyendo la fabricación anónima y la comercialización posterior por una empresa o de un grupo de personas organizado por medio de la división del trabajo.

6.2. El proyecto de Código Penal

El proyecto de Ley n.º 11.871, de Reforma al Código Penal introduce en forma novedosa la responsabilidad por producto con dos propuestas concretas: una relativa a los daños y perjuicios, en la cual en forma expresa se introducen algunos de los criterios de la responsabilidad por producto. Así el artículo 113, señala una responsabilidad solidaria del pago de los daños y perjuicios, para las personas físicas o jurídicas que fabriquen, importen o comercialicen productos o artículos, nuevos o usados, cuyos errores, vicios o defectos en el diseño, ensamblaje o construcción, contribuyan a la realización de la conducta punible.

La otra forma de tutela de la responsabilidad penal por el producto es implícita en la regulación de los delitos contra la salud, en la que se crean seis tipos penales, tales como, la

¹⁹ Vd., ROJAS, Manuel, *Revista de Ciencias penales*, n.º 15, 1998, pp.83-90 y dos artículos relacionados con el tema en, AAVV: *Ensayos de Derecho penal accesorio*, Editorial Jurídica Continental, 2002, pp. 199 y 219.

circulación de alimentos y medicamentos peligrosos, la importación de alimentos y sustancias no autorizados, la administración peligrosa de sustancias, la importación o comercio de medicamentos experimentales, y se repite el fraude en la entrega en las cosas.

Pese a la discusión legislativa, la comunidad jurídica ha mostrado poco interés en examinar los alcances de las propuestas contenidas en el proyecto y lo que es peor aún, si los bienes jurídicos se encuentran suficientemente tutelados con esos tipos penales. A la vez que se ha rehuido a la reflexión mayor, que se refiere a la posibilidad de flexibilización de las normas de imputación, vista la amplitud de los mercados internacionales y la complejidad de la organización empresarial.

7. ACERCA DE LA LIMITADA INCIDENCIA DE LA RESPONSABILIDAD POR EL PRODUCTO EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL

Como indiqué líneas atrás, la responsabilidad penal por producto no ha impactado hasta ahora nuestra jurisprudencia, aunque como vimos, a nivel legislativo ya existe una propuesta concreta de regulación. Analizando la jurisprudencia dominante constitucional y legal, difícilmente la creación jurisprudencial que se ha observado en otras latitudes pueda trasladarse a nuestro país, sin alteraciones. Fundamentalmente debido a los criterios fuertemente arraigados en nuestra jurisprudencia que se asienta sobre las bases de la república democrática y que se proyecta en una serie de principios jurídico-penales, elevados al rango constitucional.

La introducción de estas ideas, necesariamente deberá superar primero la etapa legislativa por el arraigo nuestro a la existencia de *lex certa*, luego, al escrutinio de esos principios garantísticos de una profusa tradición democrática y de los cuales tan sólo mencionaré algunos ejemplos tomados de la jurisprudencia y en los que algunos planteamientos doctrinales de la responsabilidad por producto no se han aplicado. En todo caso, las referencias del Derecho comparado siempre sirven como paradigma ante las nuevas exigencias de tutela y las nuevas formas de comisión de los delitos.

7.1. La jurisprudencia constitucional

La Sala Constitucional, limita la imputación objetiva de la conducta anudándola siempre a la posibilidad de imputación subjetiva, así se manifestó en el precedente contenido en el voto Sala Constitucional, voto n.º 88-92, de 17 de enero, en el que se indicó: *“la responsabilidad penal -como un todo- esté directamente relacionada con la conducta del sujeto activo; se es responsable por lo que se hizo (por la acción) y no por lo que se es. Sancionar al hombre por lo que es y no por lo que hizo, quiebra el principio fundamental de garantía que debe tener el derecho penal en una democracia. El desconocerle el derecho a cada ser humano de elegir como ser -ateniéndose a las consecuencias legales, por supuesto-, y a otros que no pueden elegir, el ser como son, es ignorar la realidad social y humana y principios básicos de libertad”*.

También el máximo órgano de la justicia constitucional ha anclado la responsabilidad penal a la existencia de una ley previa que describa la conducta activa u omisiva, para la imputación del resultado dañoso, véase en ese sentido, el voto Sala Constitucional, voto n.º 1739-92, de 1 de julio.

7.2. La jurisprudencia penal

La Sala Tercera ha desarrollado también una doctrina jurisprudencial abundante, que también limita algunas de las posturas que se han señalado como propias de la responsabilidad por el producto, entre ellas, reseñamos las siguientes:

La exigencia del autor de conocer la relación causal para la atribución de responsabilidad penal, en los delitos de resultado, cuestionando ¿qué sucede en aquellos casos en donde el resultado típico se produce fuera del modo usual en que ocurren las cosas y de lo que conforme a las reglas de experiencia el sujeto activo podía prever, o en donde el resultado sobreviene por una circunstancia con relación a la cual el sujeto activo no tenía dominio alguno? En ese sentido el voto Sala Tercera, voto n.º. 2006-00580, de 19 de junio de 2006, sobre el nexos causal en los delitos de resultado, señaló: *“al sujeto que ha causado un hecho no se le pueden imputar jurídicamente aquellos resultados que en virtud de la extrañeza del proceso causal, conforme a las reglas de la experiencia no podía prever, como tampoco los resultados que -previstos o no-, no tenía la posibilidad de dirigir, de controlar hacia la producción de una mutación más o menos determinada del mundo físico”*. Exigiéndose para la atribución de responsabilidad penal, el conocimiento de la relación causal y la dirección de la misma.

En los supuestos de toma de decisiones de órganos colegiados,²⁰ no se ha admitido la responsabilidad de personas con voz, pero sin voto, que pudieran determinar de alguna forma el hecho, señalando tajantemente que *“este acusado no tenía voto y por ello no pudo votar en la sesión que aprobó el convenio”*.²¹ Es decir, que hasta ahora no se ha cuestionado los supuestos de los miembros de órganos colegiados que dirigen la toma de una decisión, pero finalmente no votan, aunque su contribución causal al resultado pueda reclamarse a título de participación.

En la discusión sobre la imputación objetiva el caso rector es el voto Sala Tercera voto n.º. 2004-1291 de 12 de noviembre, en el que la jurisprudencia se decanta por rechazar la teoría del incremento del riesgo considerando que, punir cualquier consecuencia que sobrevenga por la realización del riesgo creado ex-ante por la conducta del autor es contraria al Derecho penal democrático. Así, y en ese sentido, se indicó *“Esto conlleva entonces a un aumento exagerado del ámbito punitivo del Estado, ya que no sólo se consideran prohibidas normativamente las conductas que afecten o lesionen el bien jurídico, sino también aquéllas que las pongan en peligro, obligando a admitir una consecuencia contraria a un derecho penal democrático, como lo es que el autor debería responder de cualquier con-*

²⁰ Otro caso relevante sobre la toma de decisiones de los órganos colegiados, vd., Sala Tercera, voto n.º 2003-686, de 12 de agosto.

²¹ Vd., Sala Tercera, voto n.º 2005-00409, de 13 de mayo.

secuencia que sobrevenga por la realización del riesgo creado ex-ante por su conducta”.

En este mismo voto la Sala Tercera señala que la tipicidad culposa no se conforma simplemente con la realización de un “riesgo no permitido”, para dar por sentada la tipicidad culposa. Aún es necesario averiguar la finalidad concreta del autor ante el hecho concreto, el tipo culposo tiene componentes subjetivos, que deben analizarse a la hora de interpretar judicialmente la realización de un resultado, para saber de qué acción se trataba y conforme a ello, determinar el cuidado debido que había de tenerse presente en esa clase de acciones, con lo que se puede “cerrar” el tipo y verificar si se ha producido el hecho culposo.

Finalmente, la Sala Tercera, señala que en el marco de un Derecho penal de acto, no podría reprocharse meramente el hecho de haber causado un resultado, se debe reprochar un actuar humano que se materializa en forma contraria al cuidado, atribuirlo de manera causal a su comportamiento y para ello, debe analizarse de manera correspondiente dicha causalidad; no obstante, debe observarse que la finalidad en los delitos culposos no va dirigida a producir el resultado del hecho, sino precisamente, otro resultado que no es relevante para la norma. También la Sala hace extensiva la necesidad de un fundamento subjetivo en la imprudencia, indicando que no basta la específica violación al deber de cuidado, sino que también es necesaria la capacidad del sujeto para abarcar la producción del resultado.

Una distinta posición mantuvo el Tribunal de Casación, ponente el Juez Chinchilla Sandí, en el voto Tribunal de Casación Penal voto n.º 2005-0531 de nueve de junio dos mil cinco, en el que se admite la imputación objetiva como un eficaz instrumento jurídico-penal para dar respuesta a situaciones concretas, logrando una adecuada y correcta decisión en el ámbito de nuestro Derecho penal.²²

8. CONCLUSIONES

Los derechos de las y los consumidoras/es, encuentran tutela en el artículo 46 de la Constitución Política de cuya fuente dimana un programa de consumo respetuoso y sostenible, y que destaca entre los derechos de los consumidores, el derecho a la protección de la salud, al ambiente, a recibir información adecuada y veraz. Precisamente a partir de este programa constitucional y una vez que se evalúa desde la política criminal (necesidad de pena y merecimiento de pena), la puesta en el mercado por un productor o distribuidor de un producto peligroso o dañino para la vida o la integridad física de los consumidores, debe implicar una responsabilidad por la actuación dolosa o culposa ante las eventuales muertes, lesiones, puestas en peligro, a las que ha conducido tal actuación. En ese sentido, la responsabilidad penal por producto, emerge como un bien necesitado de tutela pues, el consumo es esencial para el desarrollo de la persona.

La observación de sanciones penales frente a los productos defectuosos o peligrosos considera la necesidad de dar respuesta a los problemas de la llamada “sociedad del riesgo”, en tanto, éstos vulneren bienes jurídicos esenciales, es decir, que tienen la entidad suficiente como para necesitar la protección subsidiaria del *ius puniendi*.

La puesta en el mercado de productos peligrosos para la integridad física y la vida, han rebasado las lesiones de sujetos individuales y se dirigen hacia el grupo de los consumidores, que han visto un desarrollo del comercio y una libertad de tránsito de mercancías sin precedentes, y en los cuales la empresa puede ser un centro de actuación delictiva transnacional para productos que ponen en peligro o dañan la vida, la integridad física y el patrimonio.

En consecuencia, frente a las nuevas exigencias de tutela y las nuevas formas de comisión de los delitos, corresponde a todos los actores (legisladores, juristas, jueces, abogados y asociaciones de consumidores) realizar un esfuerzo en la determinación de las conductas penalmente relevantes de los productores y distribuidores de artículos de consumo, que traspasan la frontera de los negocios lícitos y lesionan bienes jurídicos esenciales.

9. BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV: Ensayos de Derecho penal accesorio, Editorial Jurídica Continental, 2002, pp. 199, 219.
- DE FARIA COSTA: “La responsabilidad jurídico penal de la empresa y de sus órganos (o una reflexión sobre la alteridad en las personas colectivas a la luz del Derecho Penal)”, en: SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Coordinador): Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal, J M Bosch, Barcelona, 1995, pp. 425-433.
- GRACIA MARTÍN: “Responsabilidad penal de las empresas”, en: MIR PUIG/LUZÓN PEÑA (Coord.) Responsabilidad penal de las empresas, Barcelona, Bosch, 1996, pp.36-74.
- HASSEMER/MUÑOZ CONDE: La Responsabilidad por el producto en el Derecho penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- INGEBORG PUPPE: “Problemas de Imputación del resultado en el ámbito de la responsabilidad penal por el producto” en: MIR PUIG/ LUZON PEÑA (Coord.) Responsabilidad penal de las empresas, 1996, 215
- “Causalidad” ADPCP 1992, pp.681- 694.
- JAKOBS, Günter: “Responsabilidad penal en supuestos de adopción colectiva de acuerdos” en: MIR PUIG/LUZÓN PEÑA (Coord.), Responsabilidad penal de la empresas, Barcelona, Bosch, 1996, pp.75-97.
- PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel: Límites de la responsabilidad penal individual en supuestos de comercialización de productos defectuosos: algunas observaciones acerca del «caso de la colza», Revista del Poder Judicial, n° 33, 1994, versión digital.
- PAREDES CASTAÑÓN/ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS: El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.
- ROJAS, Manuel: “La criminalidad empresarial” Revista de Ciencias penales, n.º 15, 1998, pp. 83-90.

²² Posición que había sido anteriormente adoptada en los precedentes Tribunal de Casación Penal, voto n.º 122-F-99 de 9 de abril, y Tribunal de Casación Penal, voto n.º 2004-317 de 1º de abril.

- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa: "Algunas consideraciones acerca del desarrollo actual de la teoría del delito, a propósito del problema de la responsabilidad penal por el producto", en: Estudios Jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz, Valencia, 1997, pp. 693- 711.
- La responsabilidad penal del administrador desleal y los nuevos delitos societarios, Mc Graw Hill, 1997.
- SCHUMANN, Heribert; "Responsabilidad individual en la gestión de empresas. Observaciones sobre la 'Sentencia Erdal' del Tribunal Supremo Federal Alemán" en: MIR PUIG/LUZÓN PEÑA (Coord.), Responsabilidad penal de la empresas, Barcelona, Bosch, 1996, pp.75-97.
- SCHÜNEMANN, Bernd: "Cuestiones básicas de la dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa", Anuario de Derecho penal y ciencias penales, 1988, 530-558.
- SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos: "Participación en las decisiones del Consejo de Administración de una sociedad y responsabilidad penal", en: Cuadernos de Derecho Judicial, Tomo VII (La responsabilidad penal de las sociedades. Actuación en nombre de otro. Responsabilidad de los Consejos de Administración. Responsabilidad de los subordinados, 1994, pp.41-59.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: "Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en derecho español", en: Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal, (Libro Homenaje a Claus Roxin). J M Bosch, Barcelona, 1995, pp. 357-379.



DR. EUSEBIO FIGUEROA OREAMUNO. PRIMER PRESIDENTE DEL COLEGIO DE ABOGADOS

Lic. TOMÁS FEDERICO ARIAS CASTRO.

Licenciado en Derecho – Historiador.
Profesor de Historia del Derecho
de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica
Egresado de Maestría Centroamericana en Ciencias Políticas (UCR).
Especialista en Historia Eclesiástica y Costarricense.

INTRODUCCIÓN.

A raíz de la reciente celebración, entorno a los 125 años de fundación del Colegio de Abogados de Costa Rica, acaecida el 6 de agosto de 1881, merece reflexionarse acerca de la vida y obra de su primer presidente, el Dr. Eusebio Figueroa Oreamuno. Fue su egregia labor y sempiterno interés, los que, junto con el apoyo de otros colegas de su tiempo, permitieron que actualmente los miembros de la carrera de Derecho, contemos con el más antiguo de los colegios profesionales del país.

Aunado a ello y sin lugar a dudas, la impronta marcada, tanto por el Dr. Figueroa Oreamuno en particular, como por el gremio de los abogados en general, en los más variados campos de la historia, la política y la sociedad nacionales, ha permitido la construcción y la consolidación en nuestro país, del modelo democrático que hoy disfrutamos todos los costarricenses, y por el que somos reconocidos de modo reiterado y honroso, allende a nuestras fronteras.

En virtud de lo anterior, sea pues el presente artículo, un homenaje a uno de los juristas costarricenses más destacados en nuestra historia patria, cuyas acciones, hechos y vicisitudes, marcaron el derrotero jurídico y democrático, sobre el que hoy transita nuestra querida Costa Rica.

Albores personales y profesionales.

Don Eusebio Figueroa Oreamuno vino al mundo en el mes de octubre de 1827¹, en el marco de una Costa Rica que vivía los primeros vaivenes de su vida independiente y propiamente en la otrora capital de la Provincia, la ciudad de Cartago, siendo bautizado, el día 5 de noviembre de ese mismo año², como hijo de don Antonio Figueroa Álvarez y Ramona Estefanía Oreamuno Jiménez.

Destacándose entre sus ascendientes, a varios gobernadores coloniales de nuestra tierra³, así como a su abuelo materno, don Joaquín de Oreamuno y Muñoz de la Trinidad⁴, principal líder y gestor de la primera reyerta civil sucedida en nuestro territorio, conocida como la “Guerra de Ochomogo” o “de las Lagunas”, verificada entre el 29 de marzo y el 5 de abril de 1823. Por el parentesco paterno, su padre, provenía de la localidad hispana de La Laguna, en las Islas Canarias,⁵ asentado en nuestra patria, por asuntos de naturaleza mercantil.

En 1840, el joven Figueroa Oreamuno, sufrió el trágico fallecimiento de su progenitor, por lo que su familia, decidió enviarlo a Nicaragua para que pudiese finalizar sus estudios, bajo el cuidado y apoyo pecuniario del presbítero Agustín Vigil Selva.⁶ Ingresó a la Universidad Oriental de Nicaragua, en Granada, en la que cursó la carrera de Jurisprudencia, obteniendo a los 24 años, la borla doctoral en derecho civil en 1851.⁷

De regreso en Costa Rica, el novel abogado, decidió iniciar ante las autoridades superiores de la Universidad de Santo Tomás, todas las gestiones administrativas para poder desempeñarse en el ejercicio de su profesión, logrando incorporarse como jurista, ante la Corte Suprema de Justicia, el 11 de mayo de 1853⁸, bajo el No. 15.⁹ Siendo que al poco tiempo y como consecuencia del prestigio que había adquirido en sus años de estudiante, el gobierno de Nicaragua, le ofreció el desempeño

³ Francisco Javier Oriamuno V. (gobernador en 1747, 1760 a 1762); José Antonio de Oriamuno V. (gobernador entre 1756 a 1757 y entre 1762 a 1764) José Antonio de Oriamuno G. (gobernador entre 1788 y 1789). OBREGÓN LORIA, Rafael, “Los Gobernadores de la Colonia”, 1979, pp. 129 – 148.

⁴ *Ibid.*, p. 156.

⁵ GRUB LUDWIG, Udo, “Diccionario Cronológico y Genealógico del Poder Ejecutivo de C.R. (1821 – 1998)”, Obra inédita, tomo segundo, pp. 99 – 100.

⁶ OBREGÓN LORIA, Rafael. “C.R. y la guerra contra los Filibusteros”, 1991, p. 336.

⁷ MOLINA SIVERIO, Julio, “Eusebio Figueroa Oreamuno, Un Artífice de la Democracia Costarricense”, 2003, p. 9

⁸ Sección Administrativa, No. 121, p. 1-2, Archivo Nacional de Costa Rica.

⁹ DE LA CRUZ L., Vladimir, “El Colegio de Abogados de Costa Rica (Orígenes y particularidades históricas de su desarrollo)”, 1995, obra inédita, sin numerar.

¹ Esta referencia a dicho mes de natalicio se hizo por parte del Dr. José M. Castro Madrid, en un discurso pronunciado en 1883. Periódico “La Gaceta Oficial”, No. 179, 14 de agosto de 1883, p. 793. Siendo que la costumbre de las autoridades eclesásticas de la época, era la de referenciar los datos de la fecha de bautismo de los niños, no los acápites correspondientes al día original del nacimiento.

² Libros Sacramentales, Bautismos de Cartago, Libro # 25 (1826-1830), Folio 12, Asiento 374, Archivo Histórico Arquidiocesano.

de un cargo oficial, el cual aceptó de inmediato. Nombrándose entonces asesor jurídico-comercial del Consulado y posteriormente¹⁰ Fiscal General del Ejército, Redactor del periódico la Gaceta Oficial, Diputado en la Cámara de Representantes, Secretario de la embajada de dicho país en ciudad de Guatemala, así como Secretario honorario en París, Francia y finalmente Ministro Plenipotenciario de Nicaragua ante los cuatro gobiernos de Centroamérica.

En 1862, regresa nuevamente a Costa Rica, siendo nombrado en 1863, por el presidente José María Montealegre Fernández, como Ministro Plenipotenciario de nuestra nación ante la república de El Salvador.¹¹ Contrajo matrimonio en Cartago, el 24 de septiembre de 1863, con la señorita cartaginesa María Cristina Ramona Espinach Bonilla¹², con la que procrea siete hijos. Dicha unión conyugal, fue oficiada por el obispo de la Diócesis de Costa Rica, Mons. Joaquín Anselmo Llorente y Lafuente.

Iniciada la primera administración presidencial del Dr. Jesús Jiménez Zamora el 8 de mayo de 1863, don Eusebio Figueroa, fue nombrado el 27 de julio, como director y redactor del periódico bisemanal la Gaceta Oficial, puesto que desempeñó conjuntamente con el de director de la Imprenta Nacional.¹³ Al año siguiente, el 25 de marzo de 1864, se le designó miembro de la Dirección de Estudios y catedrático de Educación Política en la Universidad de Santo Tomás.¹⁴

Comenzando dos meses después, su brillante carrera en la administración de justicia, cuando el 2 de mayo de 1864, se le nombró Fiscal de la Corte Suprema de Justicia,¹⁵ y Rector la Universidad de Santo Tomás, el 1 de mayo de 1866¹⁶, en la cual entre 1867 y 1868, impartió lecciones como catedrático en Derecho Público.

Para el mes de Mayo de 1868, fue electo como Magistrado de la Corte Suprema de Justicia.¹⁷ Cargo que desempeñó hasta el 2 de noviembre de ese año, cuando como consecuencia del golpe de estado en contra del mandatario José María Castro Madríz, por parte de los generales Lorenzo Salazar y Máximo Blanco, que conllevó al advenimiento al poder, por segunda ocasión del Dr. Jiménez Zamora, fue llamado por este, para el ejercicio de su primer cargo político en nuestro país. Fue nombrado el 4 de noviembre de 1868 Secretario de Estado en los despachos de Gobernación, Fomento, Justicia, Guerra y Marina.¹⁸

Puesto desde el cual y comprendiendo que la influencia y acciones de los citados generales, no podían seguir pendiendo sobre el gobierno, decidió poner finiquito a dicha sombra castrense. Por lo que el 5 de febrero de 1869, Don Eusebio ordenó al general Salazar, que firmase una carta de renuncia, la cual el citado militar rubricó, repitiendo dicho acto en el mes de abril del mismo año, cuando solicitó una acción similar al general Blanco, quién también procedió a firmar su respectiva renuncia.¹⁹

Por otra parte y a raíz de la instalación de la Asamblea Constituyente, del 1 de enero de 1869, don Eusebio resultó electo Diputado por la provincia de Cartago,²⁰ integrando a partir del 4 de enero, la Comisión Especial que redactó dicho estatuto constitucional²¹ y siendo electo posteriormente Vicepresidente de la Asamblea Legislativa.²²

Después de las elecciones de 1869, que confirmaron constitucionalmente al Dr. Jiménez como mandatario, el Dr. Figueroa fue nombrado como Primer Designado de dicha administración, el 4 de mayo de 1869.²³ Dándose el hecho de que pocos días después y ante los indicios de un supuesto golpe de estado en contra de su gobierno, don Jesús renunció a su cargo, asumiendo entonces como Presidente de la República, el Dr. Figueroa Oreamuno, durante los días 21 y 22 de mayo.²⁴ Pero dicha renuncia no fue aceptada por la comisión legislativa a la que se le encargó su estudio, por lo que don Jesús volvió a ocupar el solio presidencial.

El 9 de julio de 1869, Don Eusebio se separó de su cargo ministerial, al asumir una misión diplomática de carácter financiero en Inglaterra, con el fin de conseguir un empréstito²⁵, regresando a Costa Rica hasta finales de enero de 1870, pero no volvió a desempeñar su cargo ministerial en el gobierno de Jiménez Z.²⁶

Durante este periplo a Europa, el Dr. Figueroa tuvo la oportunidad de reunir en España, una serie de documentos relativos a la ubicación de los llamados "Lavaderos o Minas de Oro de Tisingal"²⁷, los cuales según algunas tradiciones, contenían vastos yacimientos de oro y de los cuales había tenido noticia, gracias a los datos proporcionados por su hermano don José María Figueroa.²⁸

Con dichos datos, inició una expedición en abril de 1870, con el fin de localizar este legendario sitio, la cual no

¹⁰ OBREGÓN LORIA, Rafael, *Dr. Don Eusebio Figueroa Oreamuno*, Revista de los Archivos Nacionales, San José, 1941, No. 9 y 10, p. 508.

¹¹ MELÉNDEZ CHAVERRI, Carlos, "Dr. José María Montealegre", 1968, p. 137.

¹² Libros Sacramentales, Matrimonios de Cartago, Libro # 14 (1862 - 1863), Folio 324, Asiento 32. Archivo Histórico Arquidiocesano.

¹³ BLEN, Adolfo, "Historia del periodismo en Costa Rica", 1983, p. 138 y 146.

¹⁴ OBREGÓN LORIA, Rafael, "El Dr. Figueroa y nuestra antigua Universidad", Revista de los Archivos Nacionales, 1942, No. 11 y 12, p. 579.

¹⁵ Fondo Congreso, Exp. No. 6226, p. 2. Archivo Nacional de Costa Rica.

¹⁶ OBREGÓN LORIA, Rafael, "Los Rectores de la universidad de Santo Tomás de Costa Rica", 1955, p. 97.

¹⁷ MALAVASSI V, Guillermo y GUTIERREZ, Pedro R., "Diccionario Biográfico de Costa Rica", 1992, p. 93.

¹⁸ GRUB LUDWIG, Udo, "Diccionario Cronológico y Genealógico del Poder Ejecutivo de C.R. (1821 - 1998)", Obra inédita, tomo segundo, p. 99.

¹⁹ MELÉNDEZ CHAVERRI, Carlos, "Documentos fundamentales del Siglo XIX", 1978, p. 294.

²⁰ STONE, Samuel, "La Dinastía de los Conquistadores", 1975, p. 533.

²¹ PERALTA QUIROS, Hernán, "Las Constituciones de Costa Rica", 1962, p. 459 y JIMÉNEZ, Mario Alberto "Desarrollo Constitucional de Costa Rica", 1973, p. 134.

²² OBREGÓN LORIA, Rafael, "Doctor Eusebio Figueroa Oreamuno", Revista Eureka, 1949, No. 7, p. 12.

²³ Fondo Congreso, Exp. No. 8307, p.1. Archivo Nacional de Costa Rica.

²⁴ BONILLA, Harold, "Los Presidentes" (Tomo Primero), 1979, 123.

²⁵ SAENZ CARBONELL, Jorge F., "Historia diplomática de C.R. (1821 - 1910)", 1995, p. 325.

²⁶ GONZALEZ VIQUEZ, Cleto, "El sufragio en C.R. ante la historia y la legislación", 1978, p. 190.

²⁷ Nombre surgido de la deformación lingüística del término "Tegucigalpa". SAENZ CARBONELL, Jorge F., "Las Minas de Tisingal", 2001, artículo histórico en Internet, www.tiquicia.com y FERNÁNDEZ GUARDIA, Ricardo, "Reseña Histórica de Talamanca", 2006, pp. 111 - 117.

²⁸ FERNÁNDEZ BONILLA, León, "Documentos para la Historia de C.R.", Tomo II, 1882, pp. 35-36.

rindió fruto positivo alguno. En 1875 volvió a realizar un segundo viaje exploratorio, el cual conllevó al mismo resultado de su antecesor.

Pero si en lo personal, esta segunda expedición no produjo al Dr. Figueroa, los efectos que esperaba, si implicó para nuestro país, un hecho de enormes consecuencias territoriales.²⁹ Pues como parte de su búsqueda, se embarcó en Puntarenas, hacia la “Isla del Coco”, en la cual, después de una minuciosa búsqueda, por espacio de quince días, no localizó tesoro alguno, pero antes de retirarse de la misma, ordenó que se erigiese una vara de considerable altura y que en el extremo superior se colocase el pabellón nacional, declarando seguidamente el dominio de dicha isla a nombre del gobierno de Costa Rica, con lo que dicho acto del Dr. Figueroa, propició que la Isla del Coco, quedará adscrita a nuestro país.

OSTRACISMO POLÍTICO Y RESURGIMIENTO JURÍDICO.

En horas de la mañana del sábado 27 de abril de 1870, un grupo de ciudadanos, comandados por el coronel Tomás Guardia Gutiérrez, tomó por asalto el Cuartel de la Artillería, derrocando al presidente Jiménez Zamora, asumiendo el mando provisional, el Dr. Bruno Carranza Ramírez.³⁰ Ello propició que el 17 de agosto, se dispusiere por parte de un grupo de diputados del nuevo poder legislativo, el inicio de un proceso judicial en contra de las autoridades del recientemente fenecido gobierno, incluyéndose en ello, al Dr. Figueroa Oreamuno, aún cuando se señaló que, desde inicios de 1870, ya no desempeñaba cargo alguno en la citada administración de don Jesús Jiménez.

Dicha petición fue rechazada por el General Guardia Gutiérrez, quién habiendo asumido el poder ejecutivo unos días antes, presentó una petición de indulto para los procesados,³¹ la cual fue desatendida por la mayoría de los diputados. Esto provocó que don Tomás, concediese dicho amnistía en virtud de sus potestades presidenciales, a favor del citado ex mandatario Jiménez, su hermano don Agapito y don Eusebio Figueroa, en virtud del decreto No. XLV.³²

Estos hechos provocaron que don Eusebio se retirase por un sexenio de los vaivenes de la política y se dedicare al ejercicio particular de su profesión. Regresando a la palestra nacional en 1876, ante una petitoria legislativa que se le cursó, para que fuese parte de una Comisión Especial jurídico-política, que debía de pronunciarse entorno a un conflicto fronterizo con Nicaragua.³³

Su destacada disertación en dicho órgano, unido a su acrisolado prestigio como jurisconsulto, produjo que el 3 de mayo de 1876, fuese nombrado en el cargo de Magistrado Pro-

pietario de la Corte Suprema de Justicia.³⁴ Ejerciendo paralelamente a ello, el puesto de Presidente de la Sala Segunda de dicho poder.³⁵ Cargos que empezó a desempeñar dos meses después, en julio de 1876.

Menos de un mes después, el 3 de agosto de 1876, el Dr. Figueroa, fue nombrado Presidente de la Corte Suprema de Justicia, por decreto No. LVII.³⁶ Reeligiéndosele en dicho cargo el 11 de octubre de 1877.³⁷ Ejerciendo en esa misma época el rango de decano del cuerpo de abogados de Costa Rica, fundado en 1857. Puestos que desempeñó, hasta el mes de octubre de 1878. Siendo que para enero de 1879, fue electo como miembro propietario del Tribunal de Jurado Común.³⁸ Labor que complementó, retomando su carrera liberal de abogado.

LA FUNDACIÓN DEL COLEGIO DE ABOGADOS.

Es en esta época, propiamente a finales del decenio de 1870 e inicios de la década de 1880, que don Eusebio Figueroa, junto a un grupo de colegas juristas, va a emprender una serie de acciones, para materializar el ansiado anhelo de contar con un ente que agrupare y tutelase a los profesionales en Derecho.

Pues aunque existía un ente que al interno del Poder Judicial, confeccionaba un listado de los juristas existentes en el país, lo cierto es que dicho órgano, no regulaba ni velaba, por la practica profesional de los integrantes del gremio jurídico. Como lo demuestra el hecho de que las disposiciones normativas que dieron origen a este cuerpo gremial, establecidas en el Decreto No. LIV de 1857, que promulgaban un nuevo Reglamento de la Corte Suprema de Justicia, indicaban en su artículo 39, que debía de conformarse un ente que agrupare a los profesionales en Derecho existentes en el país “...mientras hay Colegio de Abogados constituido especialmente...”³⁹ Decretando asimismo que como decano de dicho cuerpo de juristas; se designaría al presidente de la mencionada Corte Suprema de Justicia, cargo que en ese año, correspondió por vez primera, al Dr. Vicente Herrera Zeledón.⁴⁰ Y entre 1876 y 1877 al Dr. Figueroa como ya se señaló.

Por otra part, en 1875, el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, Lic. Vicente Sáenz Llorente solicitó a dos destacados juriconsultos extranjeros, la redacción de un proyecto para la conformación formal de un Colegio de Abogados, recayendo tal distinción en el jurista cubano José María Céspedes Orellano y en el abogado guatemalteco Rafael Machado Jáuregui.⁴¹ Este trabajo fue divulgado en la

³⁴ Fondo Congreso, Exp. No. 8542, p. 2, Archivo Nacional de Costa Rica.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ SOLERA RODRÍGUEZ, Guillermo, “Ex presidentes de la Corte Suprema de Justicia (1825 – 1955)”, 1966, p. 40 y “Colección de Leyes y Decretos” (1876), 1877, pp. 77 – 78.

³⁷ Fondo Congreso, Exp. No. 8502, p. 2, Archivo Nacional de Costa Rica.

³⁸ Periódico “La Gaceta Oficial”, No. 260, del 3 de enero de 1879, p. 3.

³⁹ “Colección de Leyes y Decretos” (1856 – 1857), 1871, p. 191.

⁴⁰ OBREGÓN LORIA, Rafael, “Los Rectores de la Universidad de Santo Tomás de C.R.”, 1955, p. 114.

⁴¹ DE LA CRUZ L., Vladimir, “El Colegio de Abogados de Costa Rica (Orígenes y particularidades históricas de su desarrollo)”, 1995, obra inédita, sin numerar.

²⁹ Revista “Centroamérica de ayer y de hoy”, 1967, No. 12, p. 30. En MOLINA SIVERIO, Julio, “Eusebio Figueroa Oreamuno: Un artífice de la democracia costarricense”, 2003, pp. 56 – 57.

³⁰ Su mandato de gobierno abarcó del 27 de abril al 9 de agosto de 1870. FERNÁNDEZ RIVERA, Luis F., “Pinacoteca del Poder Legislativo Costarricense”, 1997, p. 114.

³¹ MELÉNDEZ CHAVERRI, Carlos, “Documentos fundamentales del siglo XIX”, 1978, p. 296 – 298.

³² “Colección de Leyes y Decretos” (1870), 1873, pp. 125 – 126.

³³ SAENZ CARBONELL, Jorge F., “Los meses de Don Aniceto”, 2002, p. 34.

sección científica del periódico *El Costarricense*, bajo el título de “*Proyecto de estatutos para el Colegio de Abogados de Costa Rica*”, publicado en febrero de 1876.⁴² Este nuevo intento de colegiatura, tampoco se materializó, pues tenía la oposición del presidente Guardia Gutiérrez, ya que una gran parte de los redactores, impulsores y eventuales agremiados de esta propuesta, militaban en los círculos políticos e intelectuales, que estaban en contra de su mandato.

Finalmente un viaje a España del general Guardia, por motivos de salud, entre el 10 de junio de 1881 y el 23 de enero de 1882, provocó que la presidencia interina de la república, fuese asumida por el segundo designado, don Salvador Lara Zamora.⁴³ Coyuntura que fue considerada propicia, por el Dr. Figueroa Oreamuno y un grupo de destacados juristas, para volver a colocar sobre la palestra nacional, el tema de la agremiación. Por lo que retomando algunos articulados de la propuesta de 1876 e incorporando una serie de nuevos apartados normativos, se redactó un nuevo proyecto de colegiatura. El cual fue elaborado en la mayoría de sus acápites por parte de don Eusebio.⁴⁴

El citado proyecto fue rubricado por el referido mandatario interino Lara Zamora y por el Secretario de Estado en el despacho de Gracia y Justicia, Lic. Manuel Argüello Mora. Mediante la emisión del Decreto No. XXIV del 6 de agosto de 1881.⁴⁵ Bajo el título de “*Reglamento del Colegio de Abogados de la República de Costa Rica*”. Verificándose el 12 de agosto la elección de los miembros de su primera junta directiva.⁴⁶

Producto y en reconocimiento a su encomiable labor y egregio trabajo, en la forja del citado Colegio de Abogados, se eligió como su primer presidente, al Dr. Figueroa Oreamuno.⁴⁷ En los otros puestos directivos se designó al Lic. Ángel Anselmo Castro M. como Secretario, al Lic. Andrés Venegas García como Pro Secretario, al Lic. Benito Serrano Jiménez como Tesorero, al Lic. Ascensión Esquivel Ibarra como Fiscal y en el cargo de Vocales, al Dr. Antonio Zambrana V., el Dr. Salvador Jiménez Blanco, el Lic. Vicente Sáenz Ll., el Lic. José Joaquín Rodríguez Z. y el Lic. Alejandro Alvarado García.⁴⁸ Dándose el hecho de que en 1882 y en una muestra más de su excelsa personalidad, el Dr. Figueroa aceptó ser designado nuevamente en el órgano directivo del Colegio de Abogados, en el ejercicio de una de los cargos de vocal.⁴⁹

DECESO EN EL CAMPO DE HONOR.

Para el 2 de abril de 1883 y bajo la presidencia de la república, del general Prospero Fernández Oreamuno, don Eusebio Figueroa fue designado Secretario de Estado en los despachos de Relaciones Exteriores, Instrucción Pública, Culto y Beneficencia,⁵⁰ destacándose de sobremanera por el ímpetu, efectividad y honorabilidad, que desplegó en las distintas carteras bajo su mando.

En ese sentido, entre otras acciones, devolvió a la Universidad de Santo Tomás, todas las prerrogativas y autonomía, que esta había perdido desde 1874, al crearse al interior de dicho claustro universitario, el colegio de segunda enseñanza, llamado Instituto Nacional, por decreto No. XXXII, del 3 de julio de ese año,⁵¹ al cual se le habían asignado todas las instalaciones y rentas del ente tomasino.

Ante ello la primera medida tomada por Don Eusebio fue la de asumir nuevamente el cargo de Rector de dicha universidad a partir del 14 de mayo de 1883,⁵² para posteriormente el 28 de mayo, redactar el acuerdo No. CLI, que establecía, que dicha universidad debía de recobrar su autonomía plena y potestades cercenadas, debiendo para ello, derogarse la ley No. XXXII del 4 de julio de 1874,⁵³ recobrando también su edificación y la parte alícuota del presupuesto nacional, que le correspondía.

Asimismo y con el fin de permitir el saneamiento de las finanzas nacionales, las cuales se encontraban en franco deterioro, reestructuró ostensiblemente las planillas y funciones del personal que laboraba en las carteras a su cargo, limitando por una parte gran cantidad de gastos que consideraba superfluos o innecesarios, mientras que por otro lado, redujo significativamente el número de integrantes de la administración pública, redactando por otra parte un nuevo “*Reglamento del Panteón o Cementerio General del Hospital San Juan de Dios y Lazareto*”⁵⁴, debido a una serie de inconvenientes que habían surgido con la administración de dicho camposanto.

Lamentablemente el Dr. Figueroa Oreamuno, fallecería en el más triste célebre duelo de honor de nuestra historia, cuando recibió un balazo en el corazón, como producto del enfrentamiento que tuvo con el abogado e historiador, León Fernández Bonilla, en horas de la mañana del sábado 11 de agosto de 1883, en un predio ubicado al norte de La Sabana.⁵⁵

Producto de la circulación de una hoja suelta titulada “*La Alquimia Moderna*”, en la cual se vertían una serie de diatribas, epítetos injuriosos y alusiones difamatorias, en contra de Don Eusebio, rubricándose dicho escrito de forma anónima por alguien que se hizo llamar “*Un Azota Ogros*”⁵⁶, y cuya autoría fue endilgada por parte del Dr. Figueroa, al citado Lic.

⁴² Elaborado originalmente el 22 de octubre de 1875, constando de 38 artículos y dos disposiciones transitorias. Periódico “*El Costarricense*”, No. 5, 11 de Febrero de 1876, pp. 2 - 3.

⁴³ BONILLA, Harold, “*Los Presidentes*” (Tomo Primero), 1979, 141.

⁴⁴ MOLINA SIVERIO, Julio, “*Eusebio Figueroa Oreamuno, Un Artífice de la Democracia Costarricense*”, 2003, pp. 68 - 71.

⁴⁵ “*Colección de Leyes y Decretos*” (1881), pp. 175 - 181 y Periódico “*La Gaceta Oficial*”, No. 1037, 7 de agosto de 1881, p. 1 - 2.

⁴⁶ Periódico “*La Gaceta Oficial*”, No. 1044, 17 de agosto de 1881, p. 1.

⁴⁷ ARIAS CASTRO, Tomás Federico “*Ius, Universitas, Collegium*”, Revista *El Foro*, Colegio de Abogados de Costa Rica, 2006, No. 7, p. 9.

⁴⁸ FUMERO VARGAS, Patricia, “*Colegio de Abogados de Costa Rica: 120 años de historia (1881 - 2001)*”, 2001, p. 107.

⁴⁹ Fondo Congreso, Exp. No. 8918, p. 5, Archivo Nacional de Costa Rica.

⁵⁰ SAENZ CARBONELL, Jorge F., “*Los Cancilleres de Costa Rica*”, 1986, p. 117.

⁵¹ “*Colección de Leyes y Decretos*” (1874), 1875, pp. 90 - 93.

⁵² CASTEGNARO, Marta, “*Doctor Eusebio Figueroa*”, Periódico *La Nación*, 16 de septiembre de 1983, p. 3B.

⁵³ OBREGON LORIA, Rafael, “*El Dr. Figueroa y nuestra antigua Universidad*”, Revista de los Archivos Nacionales, 1942, No. 11 y 12, p. 580.

⁵⁴ Periódico “*La Gaceta Oficial*”, No. 146, 5 de julio de 1883, p. 630 y No. 147, 6 de julio de 1883, pp. 634 - 635.

⁵⁵ OBREGON LORIA, Rafael, “*Hechos Militares y Políticos*”, 1981, pp. 204 - 208.

⁵⁶ VILLEGAS HOFFMAISTER, Guillermo y SOTO MONTOYA, Enrique, “*León Fernández Bonilla*” (11 de abril: Cuadernos de cultura No. 9), 1987, p. 36.

Fernández Bonilla, por lo que le conminó a que se retractare de la misma o se batieren a duelo, siendo que a pesar de que don León Fernández no aceptó ser el autor del citado libelo⁵⁷, consideró como un agravio, el que se le imputare tal hecho, aceptando el reto a duelo que don Eusebio le proponía.

El cadáver del Dr. Figueroa fue trasladado a Cartago, para sepultarse en el cementerio de dicha provincia, lo cual se verificó en la tarde del domingo 12 de agosto, cuando se le inhumó con los honores de un funeral de estado, por orden expresa del presidente Prospero Fernández⁵⁸, quién personalmente presidió el acto fúnebre junto a los demás miembros del gabinete presidencial, los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, los diputados de la Comisión Permanente, los integrantes de la Junta Directiva del Colegio de Abogados, los miembros de la Dirección de estudios de la Universidad de Santo Tomás, los representantes diplomáticos de la Legación Mexicana, y varios oficiales y sub-oficiales del ejército nacional.⁵⁹ Seguidos por un grupo aproximado de seis mil personas de las más diversas condiciones y estamentos. Finalizados los actos, su cuerpo fue depositado en uno de los nichos pertenecientes al Mausoleo de la familia de su esposa⁶⁰.

IMPRONTA EN LA ETERNIDAD.

Triste y extrañamente, la figura excelsa del Dr. Figueroa Oreamuno se fue diluyendo en los ingratos mares del olvido y la desidia, pues a pesar de haber desempeñado una pléyade impresionante de cargos, labores y designios, su obra y memoria fueron prácticamente ignoradas, de las páginas de nuestra historia decimonónica nacional. Lo cual pareciera una afrenta inaudita, para un ciudadano que no sólo ostentó el honor de ejercer casi todos los cargos públicos de su época, sino que hizo de la probidad, la honradez y la eficiencia, las máximas que caracterizaron al ejercicio de dichas funciones.⁶¹

Muy restringidamente en los años de 1901, 1903 y 1907, se emitieron una serie de sellos postales con su efigie.⁶² Asimismo se realizaron una mínima cantidad de pequeños artículos históricos y referencias periodísticas, sobre algunos pasajes de su vida, en algunos periódicos y revistas nacionales.⁶³ Siendo que pasado más de un siglo desde su muerte, la Junta de Protección Social de Cartago, colocó una placa alusiva en su honor, en el Mausoleo en el que reposan sus restos en el año 2005.⁶⁴

⁵⁷ *Opúsculos Biográficos de León Fernández B. y Eusebio Figueroa O.*, Departamento de servicios bibliotecarios, documentación e información de la Asamblea Legislativa, Documento No. 35.557, p. 6.

⁵⁸ Periódico "La Gaceta Oficial", No. 178, 12 de agosto de 1883, p. 787.

⁵⁹ Periódico "La Gaceta Oficial", No. 179, 14 de agosto de 1883, pp. 792 – 793.

⁶⁰ Dicho mausoleo fue erigido en 1844, por el suegro del Dr. Figueroa, don Buenaventura Espinach, constando de una amplia estructura conformada por grandes bloques de piedra cortada. Inventario de Fosas del Cementerio General de Cartago. Sección El Carmen. *Mausoleo Propiedad Familia Espinach*, folio No.5, asiento No. 47, Oficina de Cementerios. Junta de Protección Social de Cartago.

⁶¹ ARIAS CASTRO, Tomás Federico, "Dr. Eusebio Figueroa Oreamuno", Periódico La Nación, 7 de agosto de 2007, p. 32 A.

⁶² SAENZ MATA, Carlos, "Era de oro de la Filatelia Costarricense (1863 – 1903)", 1984, pp. 225 – 226.

⁶³ La mayoría de ellos, realizados por el ilustre historiador costarricense Rafael Obregón Loria.

⁶⁴ Periódico "Cartago al día", Noviembre 2005, p. 5.

Finalmente con el objetivo de efectuar un merecidísimo reconocimiento a la memoria del Dr. Figueroa, a proposición del suscrito autor y contando, tanto con el aval de los integrantes de la Junta Administradora, como el de los miembros de la Junta Directiva del Colegio de Abogados, se dispuso nombrar por primera vez en la historia, al conjunto de celebraciones anuales de nuestro ente gremial, con el nombre de "Semana del Abogado 2007: Dr. Eusebio Figueroa Oreamuno"⁶⁵, en la cual se realizaron varias actividades académicas que tuvieron como eje temático, la vida y obra del primer presidente del Colegio de Abogados.⁶⁶

Aunándose a lo anterior, la presentación de una propuesta del suscrito autor, para que se confeccionase una placa conmemorativa, por parte del Colegio de Abogados, para colocarse en el mencionado mausoleo del Dr. Figueroa Oreamuno, la cual fue aprobada tanto por la referida Junta Administradora como por la citada Junta Directiva de nuestro gremio.⁶⁷ Dicha placa se develó, en una ceremonia oficial, realizada el día 6 de agosto del presente año, cuando se celebró el aniversario de fundación de nuestro Colegio.

Con todo ello se hace efectivo el adagio de que la historia tiene la virtud de hacer justicia cuando ha recorrido el imperturbable paso del tiempo. Por lo que la figura señera del Dr. Figueroa ha empezado a ser revalorizada en toda su magnitud, colocándose en el sitio histórico que le corresponde, como uno de los más esclarecidos juristas, uno de los más destacados políticos y uno de los más preclaros ciudadanos, que han nacido en Costa Rica y respecto del cual, tiene el Colegio de Abogados, el honor de haberle designado como su primer presidente.

BIBLIOGRAFIA.

•I) Libros.

- 1) BLEN, Adolfo, *Historia del periodismo en Costa Rica*, San José, Editorial Costa Rica, 1983.
- 2) BONILLA, Harold, *Los Presidentes*, San José, Editorial Costa Rica y Editorial Universidad Estatal a Distancia, Tomo Primero, 1979.
- 3) FERNÁNDEZ BONILLA, León, *Documentos para la Historia de Costa Rica*, San José, Imprenta Nacional, Tomo II, 1882.
- 4) FERNÁNDEZ GUARDIA, Ricardo, *Reseña Histórica de Talamanca*, San José, Editorial Universidad Estatal a Distancia, 2006.
- 5) FERNÁNDEZ RIVERA, Luis F., *Pinacoteca del Poder Legislativo Costarricense*, San José, Asamblea Legislativa de Costa Rica, 1997.
- 6) FUMERO VARGAS, Patricia, *Colegio de Abogados de Costa Rica: 120 años de historia (1881 – 2001)*, San José, Instituto Costarricense de Ciencias Jurídicas del Colegio de Abogados de Costa Rica, 2001.

⁶⁵ Acuerdo No. 3.5 de la Junta Administradora del Colegio de Abogados de Costa Rica, aprobado en sesión No. 06-07 del 22 de febrero de 2007 y Acuerdo No. 2007-09-042 de la Junta Directiva del Colegio de Abogados de Costa Rica, aprobado en sesión No.09-07 del 7 de marzo de 2007.

⁶⁶ ARIAS CASTRO, Tomás Federico, "Justicia Histórica", Periódico La Prensa Libre, 7 de junio de 2007, p.18

⁶⁷ Acuerdo No. 7.1 de la Junta Administradora del Colegio de Abogados de Costa Rica, aprobado en sesión No. 23-07 del 5 de julio de 2007 y Acuerdo No. 2007-26-026 de la Junta Directiva del Colegio de Abogados de Costa Rica, aprobado en sesión No.26-07 del 13 de julio de 2007.

- 7) GONZALEZ VIQUEZ, Cleto, *El sufragio en Costa Rica, ante la historia y la legislación*, San José, Editorial Costa Rica, 1978.
- 8) JIMÉNEZ, Mario Alberto, *Desarrollo Constitucional de Costa Rica*, San José, Editorial Costa Rica, 1973.
- 9) MALAVASSI VARGAS, Guillermo y GUTIERREZ, Pedro R., *Diccionario Biográfico de Costa Rica*, San José, UACA, 1992.
- 10) MELÉNDEZ CHAVERRI, Carlos, *Dr. José María Montealegre*, San José, Academia de Geografía e Historia de Costa Rica, 1968.
- _____. 11) *Documentos fundamentales del siglo XIX*, San José, Editorial Costa Rica, 1978.
- 12) MOLINA SIVERIO, Julio, *Eusebio Figueroa Oreamuno, Un Artífice de la Democracia Costarricense*, Cartago, 2003.
- 13) OBREGÓN LORIA, Rafael, *Los Rectores de la Universidad de Santo Tomás de Costa Rica*, San José, Editorial Universitaria, 1955.
- _____. 14) *De nuestra historia patria: Los Gobernadores de la Colonia*, San José, Editorial de la Universidad de Costa Rica, 1979.
- _____. 15) *Hechos militares y políticos*, Alajuela, Museo Histórico Cultural Juan Santamaría 1981.
- _____. 16) *Costa Rica y la guerra contra los Filibusteros*, Alajuela, Museo Histórico Cultural Juan Santamaría, 1991.
- 17) PERALTA QUIROS, Hernán, *Las Constituciones de Costa Rica*, Madrid, Ediciones Cultura Hispánica, 1962.
- 18) SAENZ CARBONELL, Jorge F., *Historia diplomática de Costa Rica (1821 – 1910)*, San José, Editorial Juricentro, 1995.
- _____. 19) *Los meses de Don Aniceto*, San José, Editorial Universidad Estatal a Distancia, 2002.
- 20) SAENZ CARBONELL, Jorge F., WOODBRIDGE GONZALEZ, Ronald y SAENZ BIOLLEY, Melvin, *Los Cancilleres de Costa Rica*, San José, Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, 1986.
- 21) SAENZ MATA, Carlos, *Era de oro de la Filatelia Costarricense (1863 – 1903)*, San José, Editorial Costa Rica, 1984.
- 22) SOLERA RODRÍGUEZ, Guillermo, *Ex presidentes de la Corte Suprema de Justicia (1825 – 1955)*, San José, 1966.
- 23) STONE, Samuel, *La Dinastía de los Conquistadores*, San José, Editorial Universitaria Centroamericana, 1975.
- 24) VILLEGAS HOFFMAISTER, Guillermo y SOTO MONTOYA, Enrique, *León Fernández Bonilla*, Alajuela, Museo Histórico Cultural Juan Santamaría, 1987.

•II) Artículos y Ensayos de Revistas.

- 1) ARIAS CASTRO, Tomás Federico, *Ius, Universitas, Collegium*, Revista El Foro, Colegio de Abogados de Costa Rica, San José, No. 7, 2006.
- 2) OBREGÓN LORIA, Rafael, *Dr. Don Eusebio Figueroa Oreamuno*, Revista de los Archivos Nacionales, San José, No. 9 y 10, 1941.
- _____. 3) *El Dr. Figueroa y nuestra antigua Universidad*, Revista de los Archivos Nacionales, San José, No. 11 y 12, 1942.
- _____. 4) *Doctor Eusebio Figueroa Oreamuno*, Revista Eureka, San José, No. 7, 1949.

•III) Documentos del Archivo Histórico Arquidiocesano.

- 1) Serie: **FONDOS ANTIGUOS**.
- 1.1) Libro Sacramental No. 25, Bautismos de Cartago:
- 1.2) Libros Sacramental No. 14, Matrimonios de Cartago:

•IV) Documentos del Archivo Nacional.

- 1) Sección: **ADMINISTRACIÓN**.
- 1.1) Documento No. 121.
- 2) Sección: **CONGRESO**.
- 1.2) Documentos: No. 6.226; 8307; 8.542; 8.502; 8.918.

•V) Periódicos.

- 1) *La Gaceta Oficial*, 1879, 1881, 1883, .
- 2) *El Costarricense*, 11 de febrero de 1876.
- 3) *Cartago al Día*, Noviembre de 2005.

•VI) Artículos de Prensa.

- 1) ARIAS CASTRO, Tomás Federico, *Dr. Eusebio Figueroa Oreamuno*, Periódico La Nación, 7 de agosto de 2007, p. 32 A.
- 2) ARIAS CASTRO, Tomás Federico, *Justicia Histórica*, Periódico La Prensa Libre, de 2007, p.18.
- 3) CASTEGNARO, Marta, *Doctor Eusebio Figueroa*, Periódico La Nación, 16 de septiembre de 1983, p. 3B.

•VII) Leyes y Pastorales.

- 1) *Colección de Leyes, Decretos y Ordenes expedidas por los Supremos Poderes Legislativo y Ejecutivo de Costa Rica en los años de 1856 y 1857*. San José, Imprenta de la Paz, tomo XIV, 1871.
- 2) *Colección de Leyes, Decretos y Órdenes expedidas por los Supremos Poderes Legislativo y Ejecutivo de Costa Rica en el año de 1870*. San José, Imprenta de la Paz, tomo XIX, 1873.
- 3) *Colección de Leyes, Decretos y Órdenes expedidas por los Supremos Poderes Legislativo y Ejecutivo de Costa Rica en el año de 1874*. San José, Imprenta de la Paz, tomo XXII, 1875.
- 4) *Colección de Leyes, Decretos y Órdenes expedidas por los Supremos Poderes Legislativo y Ejecutivo de Costa Rica en el año de 1876*. San José, Imprenta de la Paz, tomo XXIV, 1877.
- 5) *Colección de las Leyes y Disposiciones Legislativas y Administrativas emitidas en el año 1881*. San José, Imprenta Nacional.

•VIII) Obras inéditas.

- 1) DE LA CRUZ L., Vladimir, *El Colegio de Abogados de Costa Rica (Orígenes y particularidades históricas de su desarrollo)*, obra inédita, sin numerar, 1995.
- 2) GRUB LUDWIG, Udo, *Diccionario Cronológico y Genealógico del Poder Ejecutivo de Costa Rica (1821 – 1998)*, inédito, tomo segundo.

•IX) Referencias en Internet.

- 1) SAENZ CARBONELL, Jorge F., *Las Minas de Tisingal*, artículo histórico, 2001, <http://www.tiquicia.com>

•X) Otros.

- 1) Inventario de Fosas del Cementerio General de Cartago. Sección El Carmen. *Mausoleo Propiedad Familia Espinach*. Oficina de Cementerios. Junta de Protección Social de Cartago.
- 2) *Opúsculos Biográficos de León Fernández B. y Eusebio Figueroa O.*, Departamento de servicios bibliotecarios, documentación e información de la Asamblea Legislativa, Documento No. 35.557.
- 3) Libro de acuerdos de la Junta Administradora del Colegio de Abogados de Costa Rica, 2007. Libro de Acuerdos de la Junta Directiva del Colegio de Abogados de Costa Rica, 2007.



CONTRATACIÓN PÚBLICA Y CRÉDITO DOCUMENTARIO: ¿PAGO POR ADELANTADO?

Lic. Christian E. Campos Monge¹.

INTRODUCCIÓN

Las administraciones públicas tienen entre sus procesos dirigidos a satisfacer las necesidades públicas, el de las compras de bienes o servicios. Cuando se piensa en la contratación administrativa, que parte generalmente de la aplicación de la Ley de contratación administrativa y su reglamento, no se debe valorar, necesariamente, en la aparición de un sujeto comprador diverso de la relación típica con dos partes de estricto derecho privado. Es decir, el Estado, en sus relaciones de compra, sale al mercado y, de frente a los vendedores, sobretodo de frente a los extranjeros, es un sujeto más, sin que esto signifique el descuido de otorgarle ciertas prerrogativas de imperio.

No es legal ni técnicamente procedente que el Estado en el proceso dicho pretenda abstraerse de una realidad imperante (oferta-demanda) dado que ello significaría poder desconocer

la globalización y las reglas, usos o costumbres, que imponen los sujetos o los mismos países del primer mundo. El país, en su rol de compras, es uno más en el concierto de las naciones y en el mercado global. En ese sentido, cuando el Estado compra es consecuente que deba pagar, siendo que para ello no solo recurre a fórmula antiquísima de lo “usual de Gobierno” sino a la lógica presencia y exigencia de las cartas de crédito, o mejor llamado, del crédito documentario, en donde, además de comprador y vendedor, aparecen por lo general dos bancos (uno nacional y otro extranjero), todos con el objeto de hacer un pago pronto, confiable y seguro contra la presentación de ciertos documentos siendo el más importante el conocimiento de embarque (BL).

Sin embargo, al ingresar a la escena mundial, resulta que el país asume con demasiadas reservas, inválidas e injustifica-

¹ Abogado y notario por la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Investigador y candidato a Doctor del Sistema de Estudios de Postgrado de la UNED. Magíster en Derecho Constitucional; egresado del Magíster en Dirección y Gestión Pública Local patrocinado por la Universidad Carlos III de Madrid, España; Programa de la Unión Iberoamericana de Municipalistas. Técnico en Comercio Internacional. Docente de Postgrado, e instructor certificado en “Didáctica, Métodos y Planificación” por parte del ICAP y Fundación Alemana para el Desarrollo Internacional. Además ha publicado más de un centenar de artículos en diferentes diarios de circulación nacional, ensayista en diferentes revistas científicas. Dicta regularmente cursos sobre corrupción, probidad, contratación administrativa y otros afines. E-mail: chrisjm33@gmail.com

das, el uso del crédito documentario. Esto porque en palabras muy simples, se maneja la concepción antiquísima de que el pago de un bien solamente se dará cuando se ve “físicamente” la mercadería (no así, contra la entrega de documentos ante un banco, solo por citar un ejemplo). Tal aspecto, que raya con la lógica de usar medios de pago novísimos y conforme a las reglas del mercado globalizado, coloca el desarrollo de los negocios contra una suerte que, en lugar de ser eficiente y eficaz, crea retroceso y la apatía de los comerciantes.

Bajo tal marco, procede analizarse en el presente estudio si el crédito documentario es, como lo ha afirmado en su momento la Contraloría General de la República, un pago por adelantado, con la consecuente exigencia de rendir el oferente adjudicatario una garantía colateral de hasta el 100% de lo que se le pueda pagar “por adelantado”. O, por otro lado, demostrar que las administraciones públicas pueden —y hasta deben— flexibilizar sus pagos, en beneficio de las reglas técnicas del mercado mundial, sin que ello califique como descuido de la legalidad constitucional o el interés público, haciendo uso de la carta de crédito, siempre bajo ciertos aspectos exigibles, del todo razonables.

La investigación pretende en un primer momento, estudiar el concepto, tipos y características de las cartas de crédito, esto para ubicar al lector dentro del tema de fondo; en un segundo momento, se traerán a examen al menos uno de los oficios más importantes (y que integra el resto de pronunciamientos) emitido por el órgano contralor en el tema de interés y, finalmente, en una tercera parte, se confrontará la tesis de la institución dicha con lo que dicta la doctrina y la técnica en aras de demostrar que en la especie no hay pagos por adelantados y que, si fuese así, ello sólo sería posible en un tipo de crédito documentario denominado crédito documentario con cláusula roja.

1. Crédito documentario. Concepto y tipos.

“Documentary credit” es realmente un término, si se quiere, de uso moderno. Éste refiere a una creación de la práctica bancaria del último siglo, pero especialmente, de arraigo a partir de los años posteriores a la Guerra Mundial de 1914-1917, que, como bien conocemos, perturbó gravemente en los mercados internacionales. En tal espacio de tiempo los vendedores estaban compelidos a buscar la intervención de la banca en los pagos con el objeto de allegar mayor seguridad en las operaciones.

En cuanto al uso de palabras, la práctica doctrinaria, jurisprudencial y legal, trata indistintamente crédito documentario como carta de crédito por lo que, aunque aceptamos como más acertado técnicamente el primero, para efectos del estudio que nos ocupa, ambos serán sinónimos².

El crédito documentario podría recibirse como el conjunto de negocios jurídicos por los cuales un banco se obliga

a pagar el importe de una compraventa a distancia, por cuenta del comprador, sólo cuando el vendedor le proporcione determinados documentos —siendo el más importante el conocimiento de embarque—, y el comprador se obliga a devolver ese importe más la comisión respectiva a cambio de la entrega de la documentación referida.

En el artículo 2 de las “Reglas y Usos Uniformes sobre Créditos Documentarios”, se define como: “*Todo convenio, cualquiera sea su denominación o designación, por medio del cual un banco (banco emisor) obrando por solicitud y de conformidad con las instrucciones de un cliente (el ordenante del crédito): a) debe hacer un pago a un tercero (el beneficiario) o a su orden, o a pagar, o aceptar letras de cambio giradas por el beneficiario o b) autoriza a otro banco para que efectúe el pago o para que pague, acepte o negocie tales letras de cambio, contra la entrega de los documentos exigidos, siempre y cuando se cumplan los términos y condiciones del crédito*”.

Así, la carta de crédito funciona como una operación para asegurarle a las partes de una compraventa a distancia (ubicados en la misma plaza o no: carta de crédito internacional o doméstica), el cumplimiento de sus respectivas obligaciones. Es seguro el pago porque de por medio está la participación de un banco ubicado en el lugar del vendedor que, de sumo interés, está poniendo su nombre o prestigio en juego. Básicamente los bancos prestan sus servicios, pero sobretodo celebran negocios de crédito haciendo uso de su firma para la seguridad de las relaciones. En ese sentido, el crédito documentario no es un único negocio jurídico con pluralidad de partes sino diversos negocios vinculados entre sí con una sola finalidad: **asegurar a un vendedor el cobro de su pago sobre el precio de la mercancía, mediante la aceptación por un banco de la obligación de pagar el precio.** Una definición un tanto más resumida, pero que contiene todos los elementos propios de la operación de interés, es la de Rivera Varela: “*Tradicionalmente se ha llamado carta de crédito al compromiso escrito y previo de un banco, para efectuar un pago al exportador, según instrucciones del comprador*”³.

Finalmente, siempre en punto a la definición del crédito documentario, James-Ortiz manifiesta: “... es un instrumento emitido por un banco comercial a solicitud de un cliente (denominado tomador u Ordenante del crédito), mediante el cual el cual banco comercial (denominado Banco Emisor de la carta de crédito) se obliga frente a un tercero (denominado Beneficiario de la carta de crédito) a pagarle una determinada suma de dinero, sujeto a la condición de que éste, a su vez, le presente al Banco Emisor los documentos que afirmen que se han cumplido determinados hechos o condiciones...”⁴.

Asimismo, tenemos que la doctrina francesa, como nos ilustra James-Ortiz, define el crédito documentario desde la relación de funciones que éste cumple; así, se está ante un instrumento de pago de las obligaciones derivadas de una operación

² Se debe utilizar la expresión “crédito documentario” porque la utilización del crédito por el beneficiario se hace contra la entrega de ciertos documentos relativos a la compraventa que se trata de ejecutar (por ejemplo: la letra, la factura, la póliza de seguro, la carta de porte, entre otros). Vid en similar sentido: Nuria Rodríguez Olivera y otro en <http://www.derechocomercial.edu.uy/Bol11CreditoDocum.htm> (citado el 21 de marzo, 2005).

³ RIVERA VARELA (José). *Contratación y medios de pago internacionales*. 2da Edición, San José, Investigaciones Jurídicas, S.A., 2004, p. 248.

⁴ JAMES-ORTIZ (Rodner S.). *El crédito documentario*. 2da Edición. Venezuela, Editorial Arte, C.A., 1999, p. 47.

comercial dado que el efecto inmediato es que el exportador se cobra el precio de la cosa vendida; pasa el riesgo de la venta internacional al banco emisor de la carta de crédito (antes de la apertura de la carta de crédito el exportador corre el riesgo de que importador no pague el precio después de recibida la mercancía) y, por otro lado, sirve como un medio de financiamiento internacional⁵. Bajo el esquema funcional, entonces, se puede afirmar que el crédito documentario cumple tres tareas:

1. *Instrumento de pago*: ya que el comprador paga el precio de las mercancías objeto del contrato a través del crédito emitido por un banco, que abonará al vendedor el importe de la compra.

2. *Instrumento de garantía*: ya que el documento existe para la empresa exportadora, puesto que el importe de la operación será abonado por una entidad financiera⁶.

3. *Instrumento de crédito*: porque el comprador no reembolsará al banco hasta el momento en que éste le presente los documentos recibidos del vendedor.

Ahora, mundialmente el crédito documentario funciona sobre la base de formularios impresos o digitales (posibles de completar desde la misma página WEB de un banco en la Internet); es regla la coincidencia de formularios entre los bancos por la uniformidad internacional que existe a partir de la presencia y regulación de la Cámara de Comercio Internacional (CCI). En este sentido, importa saber que las últimas disposiciones sobre la técnica en sí de los créditos documentario se dieron en el VII Congreso de la CCI celebrado en Viena en 1923 ("Reglas y Usos Uniformes Relativos a los Créditos Documentados"), siendo que la normativa dicha es modificada, según el acuerdo de los miembros de la CCI, a lo largo del tiempo.

El crédito documentario es, materialmente, el documento que emite el "banco emisor", siempre y cuando se verifique la voluntad unilateral del banco emisor y del confirmante. No hay carta de crédito si antes dos o más partes no han convenido en una venta, cuyas condiciones se recogen en las condiciones del crédito documentario que se dará. Por ello, la compraventa es la "causa" o "motivo" para dar apertura a un crédito documentario. El documento que se confecciona detalla las obligaciones que asumen las partes; se declara, por parte del banco emisor, que por cuenta de su cliente, pero en nombre propio y directamente, hay compromiso de pago (o a la aceptación de una letra de cambio), contra la entrega por parte del vendedor de los documentos que enumera el mismo documento de crédito. La práctica es que el crédito documentario sea irrevocable siendo lo más seguro, que además de irrevocable, sea confirmado y a la vista. En resumen, los elementos definitorios de un crédito documentario son:

Convenio: el negocio nace a partir de un convenio entre el ordenante del crédito y el banco emisor de la carta de crédito

(convenio de apertura de la carta de crédito). El convenio no es en sí la carta de crédito, pero si la fuente de la obligación del banco emisor de emitir la carta de la cual, a su vez, nacen las obligaciones de éste con respecto al beneficiario.

Primordialmente pago de sumas de dinero: se trata de un instrumento de pago de sumas de dinero privilegiadamente.

Pago a la vista: el pago de la operación puede ser a la vista, sea en el momento en que se gira sobre el crédito documentario, o un pago diferido a través, por ejemplo, de la aceptación de letras de cambio con vencimientos diferidos.

Entrega de documentos: el crédito sólo se paga contra la entrega de los documentos exigidos en la propia letra del documento confeccionado; el más importante en beneficio del importador es el BL o conocimiento de embarque ya que este es título de propiedad, entre otros.

Relaciones diferentes: la emisión del crédito documentario difiere de la relación que existe entre el ordenante y el beneficiario.

Bancos: en la relación que se genera, siempre estará la presencia de bancos, al menos uno del importador y otro del exportador que como regla, poseen corresponsalía.

Adviértase que el crédito documentario opera a lo interno de un mismo país (carta de crédito local o doméstica), o internacionalmente (sea, sujetos presentes en diferentes plazas), la comúnmente llamada carta de crédito comercial internacional.

Partes para que se configure un crédito documentario.

De las definiciones arriba dichas, conviene tener claridad en punto a las partes que hacen que se configure un crédito documentario. En ese sentido, se presenta el siguiente cuadro con la función de cada uno de los sujetos que intervienen en la operación comercial⁷:

Beneficiario: Persona a cuyo favor se emite el crédito y que puede exigir el pago al Banco Emisor o al pagador una vez ha cumplido las condiciones estipuladas en el crédito. Es el exportador.

Ordenante: Persona o entidad que solicita la apertura del crédito a su Banco comprometiéndose a efectuar el pago. Es el importador.

Banco emisor: Banco elegido por el importador. Confecciona y realiza la apertura del crédito. Paga el crédito si se cumplen las condiciones exigidas en el mismo. Es el Banco del Importador.

Banco pagador: Generalmente es un Banco en el país del exportador, que recibe el mandato del Banco Emisor para pagar o comprometerse al pago contra presentación de la documentación exigida. Para el exportador es conveniente que exista un Banco Pagador en su país.

Banco avisador: Es el Banco Corresponsal del Banco Emisor en el país del exportador. Sólo adquiere el compromiso de avisar al beneficiario de la apertura del crédito.

⁵ A. Boundinot, citado por JAMES-ORTIS (Rodner S.), op. cit., p. 49.

⁶ El juez Donaldson L.J., junto con Ackner L.J., han dicho del crédito documentario: "Irrevocable letter of credit and bank guarantees given in circumstances such that they are equivalent to an irrevocable letter of credit have been said to be the life blood of commerce. Thrombosis will occur if, unless fraud is involved, the courts intervene and thereby disturb the mercantile practice or treating rights thereunder as being equivalent to cash in hand".

⁷ Cuadro tomado de: http://www.scinet-corp.com/asociados/index.htm?demo_cd.htm~index2 (citado el 21 de marzo, 2005).



Banco aceptador: Similar al Banco Pagador, pero en este caso, acepta un efecto al vencimiento en lugar de pagar o comprometerse al pago.

Banco negociador: Se da cuando el exportador que recibe el crédito documentario puede descontarlo en otro banco o en el propio banco avisador; por medio de esta operación el banco le adelanta el importe del crédito documentario como una mera operación de descuento.

Razones para el uso del crédito documentario.

Las características del mercado nacional (p. ej. Trasladar mercancías de sitios extremos dentro de un mismo país sumamente extenso: Brasil, Rusia, Venezuela, Canadá, etc.) o internacional (p. ej. Trasladar mercancías de Costa Rica a India, de México a Rusia), hacen que las compraventas sean aún más complicadas de una transacción donde las partes negocian “cara a cara” dando un bien y recibiendo el precio de una sola vez:

¿Qué se tiene en cuenta?

-El volumen de bienes que se estaría trasladando. -La naturaleza de los bienes (¿son perecederos, es madera, es hierro, son plantas, animales, etc.?). -El tiempo estimado de viaje; esto depende del medio que se utilice: avión, barco, tren. -Los posibles percances en el viaje: fuego, huelga, terremoto, etc. -Las formalidades aduaneras que varían de país en país. -Regulaciones de comercio exterior y los controles de cambio. -La

diferencia de legislaciones entre países y el conocimiento de tratados o convenios internacional sobre el particular (Es común que exista un desconocimiento mutuo entre el importador y el exportador). -Existencia de idiomas distintos, lo mismo que diversas divisas, costumbres, etc. -El importador necesita saber que la mercancía le será entregada conforme al pago realizado, mientras que el exportador quiere asegurarse que va a recibir el pago de la mercancía enviada. -El exportador deberá presentar al banco los documentos que evidencien el envío o despacho de la mercancía requerida. -Contra la presentación de los documentos conformes a las condiciones establecidas en la carta de crédito, se logra el pago. -El comprador o importador puede retirar la mercancía con los documentos suministrados.

Por otro lado, en común se tiene que las ventajas para el exportador son: -no tener el riesgo de crédito del importador, -el riesgo de crédito es contra el banco confirmador / emisor, -si el pago es a la vista no tiene que proveer financiamiento, y -se trata de un modo sencillo de exportar sin necesidad de comunicaciones complejas; sólo se presentan documentos y cobra.

En punto a las desventajas, están: -si el pago es diferido, tendrá costos de financiamiento, -si la moneda es diferente a la del ordenante, se corre el riesgo de la fluctuación de cambio, y -se obliga a tener precios competitivos. De lado del importador, hay ventajas como: -diferir el pago, por lo menos hasta que se embarque el producto y, - si el pago es diferido, tener crédito sin costo. En relación con las desventajas estarían: -re-

cibir documentos que se especifican, pero sin haber garantía de que la mercancía física corresponde a lo que en la letra de los documentos se pactó y, -uso de capacidad de endeudamiento con el banco emisor.

Elementos de normal comprobación.

1. Que las condiciones del crédito documentario deben concordar con el contrato de compraventa. 2. Que el tipo de crédito sea el acordado. Rechazar créditos revocables. 3. Que los datos (nombre y dirección) estén correctos. 4. Que no haya condiciones inaceptables o que no estén bajo control. 5. Que los documentos puedan obtenerse tal y como indican las condiciones de la carta de crédito. 6. Que la descripción de los productos y los precios unitarios coincidan con el contrato. 7. Que sea correcto el importe. 8. Que los gastos bancarios corran por cuenta de la parte estipulada en el contrato. 9. Que las fechas de embarque y vencimiento de presentación de documentos permitan un margen de tiempo suficiente para procesar el pedido, embarcarlo, obtener los documentos y presentarlos al Banco. 10. Que sean correctos los puertos de embarque y desembarque o los lugares de entrega y recepción de la mercancía. 11. Que la mercancía pueda enviarse de la forma señalada. 12. Que los Incoterms sean correctos. 13. Saber sobre el tipo de embarque y los posibles transbordos que son permitidos. Que si no se especifica nada se entiende que están permitidos. 14. Que si la mercancía viaja en cubierta, el crédito permita la carga 'On Deck'. 15. Que el seguro coincida con el contrato. 16. Saber si es pagadero a plazo o a la vista. 17. Que sea utilizable en el país del exportador. 18. Que el Agente de Aduanas tenga una copia de las condiciones.

Tipos de crédito documentario.

Desde la óptica del tipo de libramiento, el crédito documentario se puede clasificar en revocable, irrevocable y confirmado. De seguido se verán estos tres tipos, más otros de suma importancia.

A. Crédito documentario revocable: Este tipo se nos presenta cuando el banco emisor puede revocar (echar para atrás) el pago prometido. El aspecto medular de esta variable se da por la carencia de una relación obligatoria entre el banco con el vendedor. El banco, siguiendo instrucciones del comprador, emite la carta de crédito, que remite al vendedor, pero señalándose claramente que es revocable. Sea, en la especie no hay vínculo jurídico alguno, por lo que se puede revocar sin aviso previo. Empero, conforme a la práctica usual, esta figura es escasamente utilizada porque las partes buscan una relación, mediante el instrumento en estudio, que sea segura, siendo que este tipo carece de ese casual y vital requerimiento.

B. Crédito documentario irrevocable: Este es todo lo contrario al anterior y el que más se utiliza mundialmente. El instrumento ofrece mayores garantías ya que el banco queda irrevocablemente obligado frente al beneficiario desde que se comunica la apertura del crédito. La obligación es directa o principal y autónoma, en el tanto funciona totalmente desligada de las relaciones existentes entre el banco y el cliente ordenador (comprador) y entre éste y el vendedor-beneficiario. El contenido de la obligación es de pagar o aceptar una letra,

según se haya convenido.

El objetivo de esta figura es garantizar la ejecución del contrato siendo que esto se logra mediante el convenio de promesa del comprador, en el sentido de que el pago se realizará por conducto de un banco, que asume directamente la obligación en forma irrevocable y que hace efectivo el pago cuando el vendedor le entregue los documentos que representan a la mercancía.

El crédito documentario irrevocable posee tres elementos característicos: sirve de ejecución del contrato de venta, de garantía de su cumplimiento y de financiación económica de la operación; todo esto favorece la confianza y seguridad en las operaciones.

Ahora, el crédito documentario irrevocable adopta dos modalidades en cuanto al compromiso frente al beneficiario, estipulándose que el banco ha de pagar o ha de aceptar una letra de cambio.

a. Por pago: el banquero, al recibir los documentos del vendedor, procede al pago. El banquero paga por cuenta de su cliente.

b. Por aceptación: el banco acepta la letra que le gira el vendedor contra la entrega de los documentos. El beneficiario recibe la letra aceptada por el banco que será de fácil descuento. En la letra se habrá establecido plazo para el pago.

C. Crédito irrevocable confirmado: Ahora, para otorgar todavía mayor garantía del beneficiario-vendedor, el crédito irrevocable puede ser confirmado por un segundo banco (usualmente del domicilio del vendedor); este aspecto significa un compromiso en firme por parte del banco que confirmó, a partir de la fecha en que se dio su conformidad, de pagar en caso de que el banco compelido, no obre de conformidad. Si se quiere esta opción, con el agregado de que se pague a la vista, es la fórmula ideal en el comercio internacional.

D. Crédito documentario transferible: Sucede cuando el beneficiario puede ceder los derechos a otra empresa, siempre y cuando ésta segundo, asuma la responsabilidad con respecto a la presentación de los documentos y recepción posterior del pago.

E. Crédito documentario divisible: En esta modalidad resulta que el embarque se hace compartido entre dos o más empresas, pudiendo ser aceptados documentos presentados por varios sujetos a la vez, y cuyos embarques están amparados a una misma carta de crédito.

F. Crédito documentario con cláusula roja: El comprador acepta realizar anticipos al vendedor antes de que suceda el embarque; esto podría darse cuando el vendedor requiere dinero por adelantado para realizar la compra al ser éste un agente del comprador. Los avances de pago pueden generar intereses, siendo el comprador el que asume el riesgo (un ejemplo: cuando se compra ropa confeccionada y el vendedor requiere ciertos adelantados para ir comprando el material). Es en este supuesto donde sí opera lo que erradamente la Contraloría General venía aplicando como regla en las cartas de crédito, sea, el pago anticipado. En la especie, es sólo en esta modalidad de carta de crédito que se da lo dicho, por lo que técnicamente la jurisprudencia administrativa debía corregirse. Sobre esto volveremos más adelante.

G. Crédito documentario rotatorio: Esta figura cabe cuando se efectúan una serie de embarques durante un tiempo y la calidad total es mayor que la que el banco o comprador está dispuesto a tener vigente en cualquier momento; por ello, se emite una carta de crédito por un monto inferior, con una cláusula, en el sentido de que una vez dado el embarque y cancelado el crédito será habilitado y prorrogado para reestablecer el monto.

H. Crédito documentario back to back: Se tiene dos cartas de crédito con los mismos términos y condiciones, excepto el precio de la mercancía y el vencimiento. Esto suele suceder cuando hay un agente entre comprador y vendedor que usufructúa el crédito del comprador como si fuese suyo. El intermediario contrata la compra contra una carta de crédito, pero como el crédito del agente no siempre es del todo suficiente, solicita por ende la emisión de una carta de crédito a su favor con los mismos términos, menos en punto al monto de la letra.

I. Crédito documentario con cláusula verde: Opera de modo muy similar a la carta de crédito con cláusula roja, pero con la salvedad de que el pago por adelantado se hace bajo la presentación de recibos de almacén de depósito que demuestren el almacenamiento, precisamente, de partes de la mercadería.

J. Crédito documentario Stand by: Aunque se tiene serias dudas sobre que este instrumento sea realmente un crédito documentario (RIVERA VARELA, José, lo piensa así, por ejemplo⁸), en el caso de esta figura se tiene que: *“Mediante este instituto un banco emisor se obliga frente a un tercero beneficiario a pagarle a su requerimiento, a la vista o a plazo, una cierta cantidad de dinero contra el simple reclamo o la sola recepción conforme de algunos documentos especificados en su texto, en tanto y en cuanto su presentación se efectúe dentro del término de utilización del crédito, establecido en el momento de su emisión...”*⁹.

2. Crédito documentario y CGR: pago por adelantado.

Corresponde ahora traer a examen, al menos dos de los diferentes pronunciamientos emitidos por la Contraloría General de la República sobre carta de crédito y, en especial, valga observar el cómo se asimilaba el crédito documentario como pago por adelantado lo que era errado. El primero reseña:

“Efectivamente, la Ley de Contratación Administrativa, Ley No. 7494 del 2 de mayo de 1995, reformada por Ley No. 7612 del 6 de agosto de 1996 (en adelante LCA) no contempla regulación alguna atinente a la modalidad de pago; por el contrario, el artículo 45 del Reglamento a dicha Ley, se refiere a los “términos de pago” como uno de los aspectos

que deben considerarse en el cartel del concurso y que por tanto además de ser definido con antelación se libra, en gran medida, al criterio de la Administración.

A nuestro juicio, la obligación de incluir los términos de pago en el pliego de condiciones, supone también la correlativa facultad de establecer aquéllos conforme los principios que rigen la materia de contratación administrativa, vista la ausencia de norma especial, como por ejemplo, el principio de eficiencia, según el cual debe seleccionarse la oferta que más convenga al interés general y el principio de sana administración de los recursos públicos.

De hecho, durante el trámite de discusión y aprobación de la actual Ley de Contratación Administrativa, el Dr. Rodolfo Saborío, redactor del texto base, destacaba la conveniencia de una ley ajustable; en este sentido, indicaba que: “No debe olvidarse que esta es una actividad administrativa básica que debe ser desplegada dentro de márgenes de flexibilidad y adaptabilidad a los cambios... [..]” (ver expediente legislativo No. 11840, tomo II, folio 433).

...

Una de las principales obligaciones que asume la Administración al momento de pactar una contratación es la de cumplir con todos los compromisos adquiridos válidamente y a prestar su colaboración al contratista para que ejecute en forma idónea el objeto pactado (artículo 15 LCA). Dentro de estas obligaciones destaca el pago del precio por el bien o servicio recibido, el cual visto desde la perspectiva del contratista, se constituye en un derecho para aquél, aún cuando expresamente no se califique de esta forma.

Dentro de este orden de cosas, se dice que el precio puede adquirir distintas modalidades sin perder su carácter. Por ejemplo, “En algunos contratos, en efecto, como en el de construcción de obra pública, consiste en una suma fija a pagarse, que puede sufrir o no variaciones, según lo que se ha convenido; en otros, como el de función o empleo públicos, se presenta como una suma a pagarse en períodos determinados, generalmente mensuales, designándose como ‘sueldo’ o ‘emolumentos’ o ‘haber mensual’; entre otros, finalmente, puede consistir en subvenciones que percibe el co-contratante particular, como sucede en la concesión de servicios públicos, o en ‘intereses’ a pagarse en el de empréstito público” (ver ESCOLA Héctor. Tratado Integral de los contratos administrativos. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1977, págs. 444 y 445). Y, en cuanto al modo o tiempo de entrega, este mismo autor agrega que el precio debe ser pagado respetando el tiempo, forma, lugar y condiciones pactadas en el respectivo contrato, en ausencia de las cuales se aplicarán los principios generales del derecho administrativo. (ESCOLA. Idem, pág. 446).

Por otra parte, si bien se dice que en el ámbito administrativo opera como principio general el que “todo pago debe efectuarse después de realizado el servicio o entregada la cosa”, en virtud de que se trata de recursos públicos con los cuales deben satisfacerse intereses también públicos, se admiten ciertas excepciones, pues de lo contrario -señala el autor- el Estado difícilmente hallaría con quién contratar, dado que la mayoría de las veces el contratista-

⁸ Este autor acertadamente, nos parece, indica: *“...Nuestra tesis es que es un documento de garantía, emitido por un intermediario financiero u otra entidad, a fin de respaldar el cumplimiento de una obligación, compromiso o contrato en general, frente a un eventual incumplimiento”.* RIVERA VARELA (José). *Contratación y Medios de pago internacional*, 2da edición, San José, EUNED, 2004, p. 285.

⁹ RIVA (Jorge Luis). *Crédito documentario y otros mecanismos de pago en las operaciones de comercio exterior*, DEPALMA, 1997, Buenos Aires, p. 50.

ta sólo dispone de un capital limitado (ver MARIENHOFF Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1974, Tomo III, págs. 461 y 462). Dentro de estas salvedades, que ayudan a conciliar el principio antes mencionado con las necesidades prácticas que surgen de los contratos, Marienhoff menciona los pagos parciales por entregas diferidas en el tiempo (En este mismo sentido ver lo dicho por Escola. *Idem*. pág. 447.), pagos por entregas anticipadas del contratista y pagos parciales sujetos a un reajuste final, éstos últimos en contratos de obra (MARIENHOFF. *Idem*. pág.463). Escola, por su parte, citando autores franceses se refiere a pagos parciales anticipados en el caso de sumas canceladas para acopios (ESCOLA. *Idem*. pág. 447).

En otros países, se refieren a la posibilidad de que la Administración efectúe pagos -parcial o totalmente- por adelantado como una práctica establecida, en el entendido que “[...] Lo dicho no supone que se abonará todo antes de la finalización del contrato, sino que se irá financiando a medida que el co-contratante vaya cumpliendo con las prestaciones debidas” (ver DROMI José Roberto. *Manual de derecho administrativo*. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1987, página 307). Es decir, en este caso, no se trataría tanto de un pago por adelantado, sino más bien de un pago contra avance de obra, tesis que en el pasado esta Oficina ha admitido...

Con lo visto, tenemos que el principio o práctica administrativa de cancelar el precio del contrato por período vencido, no es propia de nuestro medio y responde ante todo a normas de “sana administración”, al tratarse de recursos públicos, cuya administración debe llevarse a cabo con el mayor celo posible. Sencillamente, la posición del acreedor se debilita e incluso puede verse amenazada, en aquellos casos en que el pago se abone por adelantado y no se cuente con garantías que respalden la ejecución del objeto.

Sin embargo, la Administración en sus múltiples quehaceres y dentro de ellos en su labor contractual, no puede sustraerse a las transformaciones y avances que se suscitan en la sociedad internacional y que de una u otra forma inciden sobre aspectos tales como los términos y modalidades de pago, si pretende seguir contando con proveedores que le aseguren calidad y eficiencia en los bienes y servicios que aquella requiera. La interdependencia de la Administración y sus posibles contratistas no puede ser negada, pero en todo caso debe buscarse un punto de equilibrio entre las potestades exorbitantes de la Administración, la protección de sus intereses, la satisfacción de sus necesidades y las condiciones de mercado imperantes.

Lo anterior nos lleva a pensar que la práctica de pagar todo bien o servicio una vez recibidos, debe necesariamente flexibilizarse y admitir excepciones... Asimismo, se ha aceptado el pago a través de una carta de crédito, que en el fondo comparte elementos del pago anticipado (ver oficio No. 7493/96)...”. (ver oficio 2112 (DGCA-184-98), del 4 de marzo de 1998).

Por otro lado, y con una resolución que tuvo en cuenta los criterios -todos- anteriormente conocidos de la materia del

órgano contralor, resulta que en la RC-626-2002, de las 15:55 horas del 26 de setiembre del 2002, se reconsideró la incorrecta apreciación de solo permitir el uso de cartas de crédito cuando las partes estuviesen en diferente plaza (lo que era errado), pero que persiste en la idea equivocada de que los créditos documentarios son pagos por adelantado, cuestión que cambia hasta febrero del 2006 (oficio 1731-2006); en el caso citado la Contraloría General señaló:

“2) Reconsideración en punto a la imposibilidad de utilizar la carta de crédito por un oferente local: a) Sobre el marco normativo: El ordenamiento jurídico existente no regula las formas de pago posibles en la contratación administrativa. Lo anterior puede ampararse en que, conforme al artículo 45.1 del Reglamento General de Contratación Administrativa, el marco positivo se limita a señalar: “El cartel de la licitación deberá contener al menos lo siguiente:...45.1.13. Términos de pago...” (lo subrayado es nuestro), frase que se redacta de modo amplio “términos” sin entrar a determinar a cuáles se refiere o cuáles son válidos en el derecho de la contratación administrativa costarricense. Siendo así, conforme al numeral 3 de la Ley de Contratación Administrativa hemos de recurrir, ante el vacío legal, a lo que otros cuerpos de normas o fuentes del derecho disponen sobre la materia. En esto resulta necesario advertir que la Administración Pública, inmersa innegablemente en la realidad del mercado -pues ella requiere comprar bienes y/o servicios para cumplir con sus cometidos- debe adecuar sus relaciones contractuales a esa realidad, en la medida en que el principio de legalidad se lo permita. Entre una de las posibles respuestas, tenemos que el Código de Comercio regula que las cartas de crédito deben extenderse en favor de persona o personas determinadas y no serán negociables (artículo 841); no confieren al tenedor derecho alguno contra la persona o institución a quienes van dirigidas (artículo 842); el tomador no tendrá derecho alguno contra el dador, sino cuando haya dejado en su poder el importe de la carta de crédito, o sea su acreedor por ese importe, en cuyos casos el dador estará obligado a restituir el importe de la carta si ésta no fuere pagada, y a pagar los daños y perjuicios (artículo 843); además están las normas 844 y 845. Ese marco normativo no responde la pregunta de si: ¿le es posible a un oferente en plaza que importa sus bienes solicitar como medio de pago la carta de crédito? No obstante, al tratarse de un tópico del derecho mercantil, es necesario acudir a una de sus fuentes típicas como resultan ser el uso y la costumbre. Sobre el particular, las “Reglas y usos Uniformes Relativos a los Créditos Documentarios n°400” que emitió en su oportunidad la Cámara de Comercio Internacional disponían que:

...

Ese mismo organismo internacional redactó posteriormente el folleto n°500, que expresa “A efectos de los presentes artículos, las expresiones “Crédito/s Documentario/s” (...) se refieren a todo acuerdo, cualquiera que sea su denominación o descripción, por el que un banco (“Banco Emisor”), obrando en su propio nombre: / I. se obliga a hacer un pago a un tercero (“Beneficiario”) o a su orden, o a aceptar y pagar letras de cambio (instrumento/s de giro) librados por el Beneficiario, o / II. autoriza a otro banco para que efectúe el pago, o para

que acepte y pague tales instrumentos de giro, o / III. autoriza a otro banco para que negocie, contra la entrega del/de los documento/s exigido/s, siempre y cuando se cumplan los términos y las condiciones del Crédito". Pero, en este otro caso, tampoco estas normas internacionales nos ayudan en afirmar de modo positivo la resolución del punto en cuestión. Conforme a las notas aportadas por la adjudicataria, emitidas por entidades como el Banco Crédito Agrícola de Cartago (ver folio B232 en expediente de apelación) se hace referencia a la carta de crédito local (o doméstica según cita al pie de página que hace en su defensa técnica la adjudicada, ver folio B29 en expediente de apelación). Así las cosas, no puede este órgano contralor obviar, precisamente por ese carácter que revisten los instrumentos de pago, que la carta de crédito sí es un medio de pago, preferiblemente de uso en las transacciones internacionales pero que admite dentro de una de sus modalidades la de uso local: "carta de crédito doméstica". Para reforzar nuestra conclusión remitimos a las notas del Banco Nacional, Banco Crédito Agrícola de Cartago, Banco BCT, S.A., entre otras, visibles a folios B48-51 y B54 del expediente de apelación —todos documentos que no ha desacreditado la firma apelante—. A partir de la prueba que presenta la adjudicada, se conoce una práctica reiterada de las entidades bancarias de abrir cartas de crédito locales por mandato de administraciones públicas para que, una vez verificados ciertos requisitos (documentos), se le pague a un beneficiario/vendedor (en los casos que sirven de prueba, a la misma empresa que es adjudicada para este negocio). b) Sobre la carta de crédito en sentido amplio y la figura de la carta de crédito local o doméstica: El despacho debe confirmar que el medio de pago carta de crédito, que más correctamente debe ser llamado como "crédito documentario" por cuanto la carta es el medio por el que se materializa o inserta la operación de crédito realizada, sí opera en el fondo como una especie de pago por adelantado porque lo ordinario resulta ser que, una vez recibido el bien y/o servicio, se pague. Así, la carta de crédito permite que el contratista obtenga, total o parcialmente, el pago por el bien cotizado sin que la Administración lo haya recibido físicamente. Ahora, para que proceda la forma de pago indicada, la doctrina como la propia jurisprudencia disponen sobre la verificación del cumplimiento de algunos prerequisites (presentación de los documentos de embarque, facturas, seguros, entre otros). Cuando se permite la opción de pedir este medio de pago, este órgano contralor ha condicionado que no solo debe existir la garantía de cumplimiento sino que, adicionalmente, debe pedirse una garantía colateral por el 100% de lo girado, en aras de proteger aún más a la Administración (sea ésta real o personal)... Ahora bien, tenemos que doctrinalmente a la carta de crédito se le define como el documento nacido de la celebración del contrato de crédito documentario que refleja los términos y condiciones derivadas de él mismo (ver Rodríguez Azuero (Sergio), *Contratos Bancarios*, cuarta edición, Bogotá, FELABAN, 1990, p. 407). Sobre la carta de crédito local o doméstica, hemos de amparar el dicho de la adjudicada de su existencia y definir tal instrumento como el medio financiero que busca facilitar

la conclusión y liquidación de transacciones comerciales en general. Su norte es hacer flexible el pago en el mercado de la oferta y la demanda pero, a diferencia de la noción básica de la carta de crédito original (partes que están en diferente plaza), trata de sujetos que se encuentran en una misma plaza. En efecto, la carta de crédito local deriva de operaciones comerciales previamente acordadas entre compradores y vendedores; una vez que las partes han definido las características técnicas de la operación, firman un contrato de compraventa o una orden de compra en donde claramente se estipula que la forma de pago se realizará mediante una carta de crédito doméstica, pagadera contra documentos de embarque entre otros posibles. Con los datos previos acordados con el contratista, el comprador nacional, en este caso, la administración se dirige a un banco local (que sería el banco emisor) y le da instrucciones para que emita una carta de crédito local o doméstica a favor de la firma vendedora (beneficiario). Una vez emitido el documento crediticio, el banco emisor la entrega al vendedor (exportador). Luego, en cuanto el vendedor recibe la carta y afirma cumplir con todos los términos y condiciones estipulados, procede a despachar la mercancía. De seguido, el vendedor entrega al banco emisor los documentos probatorios del envío de la mercancía (documento de embarque, entre otros) que son solicitados en el texto de la carta y, finalmente, cuando el banco emisor certifica que los documentos cumplen estricta y literalmente con los términos establecidos de previo, procede así: efectúa pago al vendedor nacional y entrega al comprador los documentos correspondientes que cubren la mercancía objeto de la operación (ver folios B48-B56 que, en su contenido, no ha sido desvirtuada por la apelante)..

Muchos fabricantes exigen la apertura de tales créditos a su favor, sobre todo para cubrir (sic) órdenes especiales o la fabricación de productos que no serían de fácil colocación en el mercado en el caso en que el comprador original no se hiciera cargo de los mismos.

Por las características arriba indicadas, el "crédito doméstico" necesita la intervención de un banco emisor, pero rara vez de un banco corresponsal, aunque puede haber casos en los cuales sea avisado o confirmado por intermedio de un banco establecido en otro estado o localidad de un mismo país". (ver MARCUSE, Robert Jacques. *Operaciones Internacionales en América Latina*, FELABAN, Bogotá, V Volumen, 1979, p. 83)

Además, puede tenerse el escrito técnico presentado por la adjudicataria cuando afirma, entre transcripciones, que: "El crédito doméstico es un crédito documentario clásico que cubre operaciones efectuadas en el ámbito nacional, en vez de referirse a operaciones internacionales.." (ver folio B29 en expediente de apelación); añade, sobre esta carta que "...es un documento emitido por un banco (banco emisor o abridor) a solicitud y por cuenta y por orden de uno de sus clientes (ordenante o tomador) a favor de un tercero (beneficiario), a quien se compromete a abonar y/o aceptar una obligación de pagar para honrarla a su vencimiento, determinado importe expresado en la moneda nacional... siempre y cuando el beneficiario cumpla estrictamente con todos los requisitos y condiciones que la CCD estipule, dentro de un plazo de determina-

do (validez)...” (ver folio B29 ya citado). La carta de crédito local o doméstica, que resulta ser de uso común, posee escaso tratamiento a nivel de doctrina como de jurisprudencia. En ese sentido, se afirma:

“El crédito documentario, es bueno precisar, no está en modo alguno limitado a las “compraventas internacionales”, a pesar de que a ellas deba su origen y desarrollo.

De hecho, en la actualidad ni siquiera se limita a servir de instrumento o medio de pago para operaciones de compraventa; la gama de negocios o contratos en los que puede utilizarse se ha ampliado de manera considerable. En opinión de Joseph A. Colleran, “the use of the letter of credit instrument can expand as far as the imagination of bankers will allow”.

Por ello, por ser prácticamente ilimitado el tipo de operaciones en las que pueden emplearse los créditos documentarios, no es factible sostener que su objeto sean únicamente las operaciones de compraventa internacionales, tipificadas en las convenciones sobre la materia”. (ver Espinosa P., Carlos Antonio. Guía del crédito documentario, Biblioteca Diké, 2da edición, 1994).

Finalmente, valga anotar la aceptación de la figura que hace la Superintendencia General de Entidades Financieras en términos similares a los ya señalados (ver folios E11-E13 en expediente de apelación), documento que refuerza, además, la tesis de que la carta de crédito, en su origen, fue una creación del derecho nacional. 3) Resolución del caso concreto:.. Obsérvese que en todo momento se trata de sujetos que se encuentran en plaza diferentes (países diversos). Ese ha sido el tratamiento natural –y reiterado por este órgano contralor– del instrumento. Ahora, está la salvedad de una figura dentro de aquel instrumento que refiere a la carta de crédito doméstica o local que líneas atrás definimos y que refiere a sujetos que están en una misma plaza. Como se vio, la aplicación de la carta de crédito local o doméstica involucra a dos partes que están en un mismo país o plaza (comprador y vendedor) más la entidad bancaria que abre el crédito y, en algunos casos, es viable pensar en una segunda entidad bancaria, ubicada en otro estado o provincia pero, siempre, dentro de un mismo país. Expuesto lo anterior, ingresamos a fallar el caso en estudio. Observa este despacho que la adjudicada es una empresa local que ha solicitado dentro de la misma plaza de quien compra, el medio de pago denominado carta de crédito (tal y como se ha defendido y lo considera válido esta sede), sin que el cartel hubiera efectuado ninguna reserva particular al respecto. Nótese que se trata de una empresa local que importa los bienes (ver hecho probado 5) y ello, conforme ya se analizó, es viable. De esta manera, ante el marco fáctico, doctrinario y jurisprudencial expuesto, este órgano contralor declara sin lugar el recurso incoado en su único extremo pues un oferente en plaza puede solicitar como medio de pago la carta de crédito (llámese crédito documentario local o doméstico)...

En resumen, la posición de la Contraloría General se ha perfilado en un primer momento en aceptar “a medias” la carta de crédito como una especie de excepción a la regla de pagar con lo “Usual de Gobierno”; aunque fuese así,

se inicia su aceptación porque las administraciones públicas no podían desconocer el avance del mercado en punto a las nuevas formas de garantizar el pago al vendedor. Luego la jurisprudencia limitó la aceptación de las cartas de crédito para solo las que fuesen de carácter internacional, dejando de lado lo que más bien fue el origen de este instrumento, sea la posibilidad de solicitar o regular para el negocio la carta de crédito local o doméstica. Sin embargo, esto en 2002 cambió. Empero, la opinión de la Contraloría General fue conteste en mantener el criterio de que la carta de crédito operaba en el fondo como un pago por adelantado cuando ello no es correcto y, por otro lado, que las administraciones públicas requieren autorización de ciertas autoridades (SUGEF, Banco Central y MIDEPLAN) para poder aperturar cartas de crédito. Sobre esto volveremos más adelante, tal error de fondo en la Contraloría se modifica felizmente cuando en febrero del 2006 rectifica en su oficio 1731-2006.

En otro orden de cosas, y como ya se ha manifestado, resulta importante mencionar que la Contraloría General ha expuesto su parecer en punto a la carta de crédito y el requerimiento de que ciertos sujetos de ley, autoricen el posible “endeudamiento”; en ese sentido, se ha dicho:

“[...] el crédito documentario (carta de crédito) es un crédito de firma que otorga un banco a favor del solicitante y, en tanto tal, un crédito. Implica una obligación para la entidad pública que lo solicite, la cual se verá obligada no sólo al pago de comisiones y al otorgamiento de una contra garantía (y el pago de los intereses sobre la misma, en caso de que los hubiera), sino también a cancelar, a favor del banco emisor o confirmante, lo pagado al beneficiario por cuenta y orden suya, en los términos y condiciones en que se haya pactado (lo cual, por ejemplo, puede incluir intereses, según como se haya financiado). [...] La figura de la carta de crédito (crédito documentario) se incluye dentro del concepto de crédito del artículo 7 de la Ley N°6947 (y de la Ley N°7010), siendo competencia del Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica, la Autoridad Presupuestaria y el Banco Central de Costa Rica, evaluar el endeudamiento que estas operaciones impliquen y su conformidad con las directrices y normativa que regula el crédito al sector público.”¹⁰

Así, en la especie la institución fiscalizadora no veda el uso de cartas de crédito siendo que su observación está en que, de previo, deba existir autorización para poder hacer aperturas de este tipo de instrumentos cuando es el banco el que en un primer momento pone su capital a pagar y la administración pasa a ser deudora. Así indica el órgano contralor:

“[...] esta Contraloría General se encuentra vedada para, en el momento del análisis presupuestario, entrar a considerar si un crédito documentario determinado afecta o no el endeudamiento del sector público no financiero y, por tanto, valorar si requiere o no las indicadas autorizaciones; sino, más bien, debe

¹⁰ Contraloría General. División de Fiscalización Operativa y Evaluativa, Área Servicios Agropecuarios y de Medio Ambiente, oficio N° 12185 (FOE-AM-463) del 9 de octubre de 2002.

verificar si existe la autorización y el dictamen favorable por parte MIDEPLAN, la Autoridad Presupuestaria y el BCCR, que son los entes responsables para determinar si una contratación de un crédito realizado por una institución pública con entidades financieras se encuentra ajustada a los lineamientos, directrices y límites al crédito del sector público no financiero”¹¹.

3. Análisis de tesis. Oficio 1731-2006.

Recordemos que se está ante una figura primordialmente del derecho comercial internacional privado por lo que pensar en normas públicas patrias del todo carece de sentido por las sencillas razones de que en la práctica se imponen los usos y costumbres internacionales, que trata de recoger y poner en papel la CCI y, por otro lado, porque de por sí, el país carece de normas claras y amplias sobre la figura en estudio. Y a la larga, mejor que esto sea así por lo atropellado y lento que es el proceso legislativo en nuestra realidad. Sea, la ley da respuestas muy atrasadas ante la realidad imperante.

No está de más volver a enfatizar que los créditos documentarios parten de un mercado de lógica mundial o, incluso local, en donde la rapidez en el pago, pese a la distancias, y siempre con confianza y seguridad en los medios utilizados, es pieza importante para, en pocas palabras, cerrar un trato de compraventa. Ante tal realidad, las administraciones públicas no pueden (no deben) abstraerse de participar en lo que es la tónica del panorama comercial. En palabras muy sencillas: las administraciones públicas, al momento de comprar, son un sujeto más de la relación comercial, sin que esto signifique un descuido de las prerrogativas de imperio que existen en su favor.

La práctica comercial, desde siglos atrás, ha posibilitado que comprador y vendedor posean mayor facilidad en punto al pago, esto haciendo uso de terceros sujetos en la relación: los bancos. Así, el comprador asegura el pago a través de un Banco ubicado en el lugar del vendedor siendo que éste puede llegar a la oficina bancaria a realizar el cobro, previa presentación de los documentos que hubiese convenido con su contraparte (el más importante el conocimiento de embarque); si estos están de conformidad con las condiciones de la carta, se procede con el pago parcial o total, eso depende de lo que se reguló. En el modo de transar, resulta que normalmente aparecen dos bancos: uno ubicado en el lugar o plaza del comprador y otro en la del vendedor, siendo que entre ambos es la regla que exista una corresponsalía. Asimismo, pueden darse bancos notificadores, confirmadores, avisadores, designados, entre otros. Ello depende de la dinámica propia del negocio.

En ese sentido, con una carta de crédito irrevocable, confirmada y a la vista (que es la recomendable), las partes pueden estar seguras de que habrá una realidad tal de pactar objeto, entregarlo, y recibir el precio, como si estuviesen cara a cara; sea, se configura perfectamente una relación de compraventa: pactar cosa y precio, entregar esa cosa y pagar el precio, como hemos dicho.

Por otro lado, en la especie lo que se impone es romper con un antiquísimo paradigma, si se quiere, de creer que un

negocio es perfecto para las administraciones públicas solo si, de previo, se tiene en bodegas o almacenes el objeto negociado y que solo contra el recibo de conformidad de éste, se gira la orden de pago.

Tal aberrante pensamiento echa al traste lo que es típico, más bien, cuando se utiliza el crédito documentario y es que, como él mismo lo indica, el pago parcial o total se da, cuando un banco, que pone en juego nada más y nada menos que su nombre, sea su reputación, revisa los documentos dichos en el contrato de carta de crédito y solo si estos están bien presentados, se procede con el pago. El ejercicio de revisar los documentos no puede asumirse como un control débil de cumplimiento por parte del vendedor; este se entiende obligado a embarcar el bien, el mismo que fue pactado, y solo de satisfacer esto sabe que podrá recibir el pago total o parcial. Eso sí, se advierte que los documentos por presentar, el modo de allegarlos al banco, entre otros, son aspectos que escapan de la responsabilidad bancaria; ergo, en la práctica es el cliente del banco que apertura el crédito documentario el que dice qué, cuáles y cómo, deben ser los documentos por revisar, así, el banco emisor se restringe a revisar a partir de las reglas que le impone el cliente en la carta abierta.

Acá suceden dos cosas que, para efectos prácticos es indistinto. En primer término, las administraciones públicas pueden tener una cuenta de debito en los bancos de su mejor parecer y contra ésta es que el banco procede a rebajar los montos dichos en la carta de crédito (pero esto se descarta porque desnaturaliza la figura de la carta de crédito, amén de ser muy difícil que las administraciones tengan una liquidez suficiente) o, en un segundo caso, y que es lo típico, los bancos tiene una línea de crédito para usarse sólo para el pago de las cartas a las que se compromete la administración pública.

La jurisprudencia administrativa sólo venía determinando —sin hacer un verdadero análisis del tema en estudio— que la carta de crédito operaba como un pago por adelantado, sin que se hiciera un análisis detallado de las diferentes cartas de crédito, sus aspectos técnicos, las partes que se comprometen en el negocio, las ventajas y desventajas entre otros, siendo que, en resumidas cuentas, y conforme a la técnica, el posible pago por adelantado solo se daría en los créditos documentarios con cláusula roja que, como se vio, es el instrumento por medio del cual las partes convienen para que el vendedor pueda allegar recursos en aras de poder ir adquiriendo partes, o el todo, de lo que ocupa para cumplir con la elaboración del producto objeto de la venta.

En ese sentido, y a mayor abundamiento, la Contraloría General, sin detallar el tipo de carta o crédito documentario que está de por medio, indicaba: “*El despacho debe confirmar que el medio de pago carta de crédito, que más correctamente debe ser llamado como “crédito documentario” por cuanto la carta es el medio por el que se materializa o inserta la operación de crédito realizada, sí opera en el fondo como una especie de pago por adelantado porque lo ordinario resulta ser que, una vez recibido el bien y/o servicio, se pague...*” (Vid, RC-626-2002 ya citada). Ergo, con esto se confirmaba lo dicho, y se anunciaba, más bien, una especie de temor infundado de parte del órgano que nos

¹¹ Oficio 12185-2002, ya citado.

ocupa en la aceptación pura y simple, desde lo técnico, del crédito documentario. Pensar que hay pago por adelantado, sin hacer esas distinciones, causa un trato injusto desde la técnica misma del instrumento en estudio.

Por otro lado, el temor que parecía existir en la jurisprudencia de la CGR carecía de sustento, como se ha insistido, porque en la especie se pretende que los funcionarios públicos puedan tener a la vista la mercadería para dar su visto bueno y proceder con el pago, bajo la equívoca idea de que sólo así, hay garantía de haber recibido lo que se pactó y por ende se cumple. Lo anterior carecía de sustento por cuestiones legales y prácticas. Con respecto a lo segundo porque, aunque se observe y pruebe la mercadería, lo cierto del caso es que siempre queda la posibilidad de que un bien determinado no cumpla días después a haber sido recibido de conformidad. Esto por fallas muy posibles de fabricación, entre otros.

Pero ante tal eventualidad, el sistema está pensado para que operen las denominadas garantías técnicas o, de no haber un cabal cumplimiento, la ejecución de la garantía de cumplimiento y hasta la posible sanción administrativa de apercibimiento o inhabilitación. Así, la Ley de Contratación Administrativa dispone sobre la resolución de un contrato por incumplimiento del contratista; la norma 14 de esa Ley permite la ejecución de la garantía de cumplimiento cuando un adjudicatario ha incumplido; y el artículo 99 y siguientes dispone las sanciones a los empresarios, siendo que entre las posibles medidas está el apercibimiento o la misma inhabilitación de poder participar en otros negocios del Estado hacia futuro por incumplir. Sea, en la especie el ordenamiento aplicable tiene muy bien pensado de no cumplir con el objeto contratado el empresario. Esto sin haber mencionado el uso de multas o cláusulas penales que operan, sobretodo, por la tardanza en la entrega del bien.

Entonces, en punto a lo legal no es correcto detener el pago, hasta que se vea la mercadería, ya que un sentido muy sencillo, la administración debe saber que, con el documento de embarque, que siempre es regla de presentar por parte del vendedor ante el banco que le pagará, ya la administración pública se puede entender dueña de la mercancía y una vez que reciba en sus bodegas el bien o los bienes, de no cumplir estos con lo pactado puede, desde no autorizar el giro de la totalidad del pago aún debido, aplicar multas o cláusulas penales, ejecutar la garantía de cumplimiento o, incluso, sancionar. Ergo, el marco normativo tiene pensados, volvemos a insistir, los remedios por lo que del todo carecía de sustento el temor antes dicho de la Contraloría General.

Asimismo, faltaba a la lógica y técnica el que, de usarse la carta de crédito, se impusiera en los carteles rendir “una garantía colateral”. Esto por cuestiones legales en parte ya dichas, y por otro lado, por lo impracticable de obligar a que el oferente afianzara hasta en un 100% el pago que se le haría mediante carta de crédito. En la especie el oferente adjudicatario se entiende obligado a “congelar” una parte importante de su capital (o asegurar el pago), lo que en podría configurarse en definitiva en el descuido de la libre concurrencia en términos de igualdad, pero, sobretodo, de

la eficiencia y eficacia como principios rectores de la contratación administrativa. Afianzar hasta en un 100% cuando se usa la carta de crédito rompe el esquema técnico de este instrumento de giro comercial.

Así, aunque se acepte que el cartel de licitación puede imponer reglas o limitaciones, estas solo lo serán en la medida que exista sustento legal o técnico; de lo contrario habría arbitrariedad y negación de la seguridad jurídica, la igualdad y la misma libre concurrencia. En esta línea, se sabe que las restricciones que se puedan imponer, en cuanto limiten de alguna manera la concurrencia, siempre deben tener una sólida justificación técnica y/o jurídica (ver, entre otras, la RC-001-2002 de la misma Contraloría General). Por otro lado, no está de más recordar, junto con el voto constitucional 14421-2004, del 17 de diciembre del 2004, que la contratación administrativa se asimila como el mecanismo de las administraciones públicas para adquirir de forma voluntaria y concertada una serie de bienes, obras y servicios. Esto para la prestación de los servicios públicos y el ejercicio de las competencias. Que las administraciones públicas son organizaciones colectivas de carácter y vocación servicial que deben atender de modo eficiente y eficaz las necesidades y requerimientos de la comunidad, con el fin de alcanzar el bienestar general, y que los mecanismos de control y fiscalización diseñados para garantizar la transparencia o publicidad, libre concurrencia e igualdad y la gestión racional de los recursos o dineros públicos, deben tener por norte fundamental procurar que los procedimientos se ciñan a la ley de modo que resulte regular o sustancialmente conforme con el ordenamiento jurídico, para evitar cualquier acto de corrupción o de desviación en el manejo de los fondos públicos. Así, exigir lo impráctico, como lo advertimos y enfatizamos, sea garantías colaterales, cuando se tiene de por medio el uso del crédito documentario, rompe con el mandato de la eficiencia y eficacia, que, en términos del voto antes enunciado, descuida tener claridad de que los procedimientos administrativos de contratación son la sombra (forma) que debe seguir, irremisiblemente, al cuerpo (sustancia) que son los fines y propósitos del contrato administrativo de satisfacer el interés general y, desde luego, procurar por el uso racional, debido y correcto de los fondos públicos.

Ahora, y en otro orden de cosas, cuando hablamos de que la administración se entienda dueña del bien con solo tener ya el conocimiento de embarque o el documento de embarque (que lo puede tener en cuestión de segundos ya que se puede fácilmente enviar en forma digital haciendo uso de la Internet), es porque en la realidad legal la compradora tiene un título de propiedad, que a su vez es prueba fidedigna de que el vendedor ha cumplido con las especificaciones técnicas, legales y contractuales, embarcando ya la mercadería.

El BL, como se conoce de igual manera, es un título representativo de la mercadería, sirve de prueba del contrato de transporte que nace entre el embarcador, la compañía transportista y el destinatario, sirve de instrumento para transferir los derechos sobre la mercadería, etc. Todo lo anterior representa el documento de embarque aspectos que, para efectos del presente estudio, no

es necesario profundizar. Advuértase que el crédito documentario, entonces, se ampara a una línea de crédito. Esta línea o cuenta la abre un banco en beneficio de la administración pública, cualquiera que sea. El banco se ve obligado a pagar al vendedor o girar al banco ubicado en plaza del vendedor o a prometer el pago a ese banco para que este lo haga de previo a recibir el dinero del primero, la suma o las sumas dichas contra la presentación de uno o varios documentos.

Si es importante mencionar que para efectos de las contrataciones del Estado, y por estarse ante la realidad de tener escasos recursos, no conviene disponer todo el pago haciendo uso de la carta de crédito. Nos parece que debe ser sólo un porcentaje razonable del pago total. Además, debe pensarse en varios pagos y no en uno solo en beneficio del vendedor, esto puede disponerse en virtud de la potestad de imperio a favor del interés público. En punto a las comisiones y demás aspectos propios de la apertura de créditos documentarios, en el cartel del concurso se puede regular que estos se agreguen a las cargas que asume el contratista, siempre y cuando ello no desnaturalice de sobremanera la figura en uso y, por otro lado, que no raye con la proporcionalidad en las relaciones interpartes. Por ejemplo, haciendo uso de Incoterms apropiados, se puede obligar a que el seguro y el transporte sean hasta el lugar que señala la administración y que estos corren, por ende, por cuenta del vendedor.

En un ejemplo muy fácil de observar que contradice la imposición de emitir una garantía colateral, si la mercancía viene en barco, y se aseguró por parte del vendedor, de haber algún percance, opera de inmediato, y en beneficio de la parte compradora el seguro pactado por el vendedor; así es como la técnica lo sugiere, por lo que no hay cabida la exigencia de la garantía colateral de un 100% que disponen algunos carteles analizados en la jurisprudencia administrativa. De persistir con esa garantía colateral, por otro lado, se podría caer en un problema de ilegalidad ya que en punto a los precios por pagar, de previo por adjudicar, las administraciones públicas deben asegurar que estos sean razonables y que parta de lo que el mercado manda. De exigir el 100% de garantía colateral, eso se proyecta directa o indirectamente en el costo final, siendo que la administración podría estar pagando más de lo que realmente debe ser procedente.

No debe olvidarse que toda Administración Pública al adjudicar y pagar, debe hacerlo sólo a precios razonables por lo que, de persistir con la equívoca idea de que se deben exigir garantías colaterales cuando se usa la carta de crédito (que incorpora según el uso del Incoterm un seguro), ello en el fondo podría traducirse en un costo que se cargaría a las mismas administraciones públicas que, por ende, estarían compelidas a pagar un precio alejado del real con la consecuente desaplicación del lineamiento vinculante del mismo órgano contralor. Esto sin dejar de insistir que hay una desnaturalización de la figura o instrumento de comercio internacional que nos ha venido ocupando.

Por otro lado, superado el asunto de si las cartas de crédito son o no pagos por adelantado, resulta importante traer a examen el otro criterio de la institución que nos ocupa; sea, que las administraciones públicas, cuando requieren la aper-

tura de cartas de crédito, deben contar con la autorización de rigor. Esto en la especie no causa problema porque en el fondo no se discute si hay o no pago por adelantado sino que, en específico, se traslada el punto en discusión al asunto presupuestario¹². En ese sentido, y en parte siendo contradictoria otrora la jurisprudencia administrativa ya que dejó entrever que si se podían hacer pagos adelantados; señaló el órgano contralor:

“[...] en caso de que el CNP requiera operar continuamente con créditos documentarios, en los cuales medie la entrega previa y efectiva de las sumas correspondientes por parte de esa entidad, en calidad de solicitante de la carta de crédito, se recomienda entonces realizar instancias ante el Banco Central de Costa Rica, el Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica y la Autoridad Presupuestaria, para que esas entidades, en ejercicio de sus competencias, estudien el punto y, en caso de que lo estimen pertinente, emitan algún tipo de autorización general para aquellos créditos documentarios que, según su criterio, no afecten los límites al crédito del sector público no financiero, ni se opongan a los lineamientos y directrices emitidos en esta materia, y así lo comuniquen. Permitiendo de esta forma que el BCCR, el MIDEPLAN y la Autoridad Presupuestaria ejerzan el control que sobre las operaciones de crédito público les exige la Ley, y a la vez se garantice la agilidad adecuada a las Instituciones Públicas que operan con créditos documentarios en tales circunstancias.”¹³

De esta manera, conforme a lo subrayado, la División de Fiscalización Operativa y Evaluativa manejó una posición diferente a la que poseía en su momento la División de Asesoría y Gestión Jurídica, pese a ser ambas áreas de la misma institución; el punto era si se podía o no dar pagos por adelantados o adelantos previos¹⁴. En resumidas cuentas, las administraciones públicas pueden tener líneas de crédito con los bancos con el objeto de poder hacer aperturas de cartas de crédito (el asunto del cobro que hace el banco hacia la administración, es tema aparte; aunque bien podría pensarse que algunas erogaciones propias del uso de la carta de crédito se carguen al vendedor sin pretender desnaturalizar o alterar la operación normal de la figura); con la autorización antes dicha, nada obstaría para que se opte por esta figura en las contrataciones administrativas, ingresando con ello a una dinámica común de la globalización. Imponer, por otro lado, garantías colaterales rompe con principios constitucionales propios de la materia que nos ocupa, amén de que el crédito documenta-

¹² Si se toma artículo 7 de la Ley N° 6947 que indica: “Artículo 7º.- Ninguna institución pública del sector descentralizado del Estado, ni empresa en la que el Estado o sus Instituciones posea más del cincuenta por ciento de las acciones, podrá contratar créditos, externos o internos, si no cuenta con la autorización previa del proyecto elaborado por el Ministerio de Planificación Nacional, así como con el dictamen favorable del Banco Central de Costa Rica y la Autorización de la Autoridad Presupuestaria. El dictamen que rinda el Banco, en relación con el crédito que se pretende contratar, resultará vinculante para la respectiva Institución o empresa.”, pareciera que, en efecto, se requiere de la autorización dicha al ser la carta de crédito precisamente un crédito que gira un banco, para saldar una deuda de la administración pública siendo que después el banco se dirige contra el comprador, para cobrar lo girado.

¹³ Oficio 12185-2002, ya citado.

¹⁴ La posición dicha por la División de Fiscalización Operativa y Evaluativa se reitera en oficio FOE-AM-463, del 9 de octubre del 2002 y resolución FOE-AM-2, de las 13:00 del 8 de enero del 2003.

rio, según el uso de Incoterms, bien puede asegurar la mercadería en beneficio del interés público.

Finalmente, la posición aquí sostenida cambió para bien cuando la División de Contratación Administrativo de la Contraloría General emitió en enero del 2006 el criterio que marcó un antes y después; en este criterio (1731-2006) se rectificó la errada posición y se aclaró que el crédito documentario no es sinónimo de pagos por adelantados; ese criterio, en nuestro parecer, vale la pena consultarlo. Lo curioso es que el nuevo Reglamento a la Ley de contratación administrativa, mantuvo la idea de una "garantía colateral" que, aunque no se diga expresamente, se sigue sosteniendo como un instrumento en beneficio de las administraciones; por ende, no todos los resabios y temores fueron superados; aún queda tarea por cumplir entonces.

CONCLUSIONES

Ha quedado ampliamente explicado lo que es el crédito documentario, sus características y los diferentes tipos que existen. Pero más que esta labor técnico doctrinaria, es comprensible que sólo en la figura del crédito documentario con cláusula roja es donde opera una especie de pago por adelantado, pero siempre en beneficio del vendedor para que éste pueda finalmente cumplir con el objeto del negocio. Por otro lado, del estudio de la jurisprudencia administrativa se evidenciaron cuatro aspectos de sumo cuidado: primero, que no se hacían distinciones del tipo de crédito documentario que se estudiaba y, aún así, de modo genérico se afirmaba que en el fondo esta figura operaba como un pago por adelantado; segundo, que se partía de una antiquísima cuestión de la compraventa y era que, hasta ver físicamente el objeto que se adquiría, se daba la orden de pago lo cual dejaba de lado la contundencia de que, en los créditos documentarios, el BL o conocimiento de embarque, ya es título de propiedad en beneficio de la administración pública compradora; tercero: la jurisprudencia no explicaba cómo opera realmente las cartas de crédito; y cuarto, se imponía rendir garantías colaterales cuando, según el marco jurídico, ya existían remedios para exigir el cumplimiento del contratista o, en su defecto, sancionarle de no entregarse lo que fue pactado; esto sin dejar de mencionar que, según el tipo de Incoterm que se utilice, bien podía asegurarse el objeto cuyo dueño era la administración una vez que viene en barco o avión, por ejemplo. Este resabio o temor de garantías colaterales persiste con el nuevo Reglamento de la materia, y pese a lo claro del oficio 1731-2006. Así, restan aún cosas por revisar y cambiar en beneficio de las compras del sector público.

BIBLIOGRAFÍA

Libros, textos o sitios de internet consultados o citados

- ACEDO MENDOZA (Carlos) y ACEDO MACHADO (Alfredo). Instituciones financieras, 7ma. Edición., Mc Graw Hill, 1998.

- EITEMA (David K.) y otros. Las finanzas en las empresas multinacionales. 8va Edición, México, Prentice Hall, 2000.
- ESPINOSA P (Carlos Antonio). Guía del crédito documentario, Biblioteca Diké, 2da edición, 1994.
- FUNDEPOS. Material del curso de Maestría Administración bancaria, 2002.
- FUNDEPOS. Material del curso de Maestría Liquidez y legalidad de los medios de pago, 2002.
- GITMAN (Lawrence J.). Principios de administración financiera, 8va. Ed., edición abreviada, Prentice Hall - Addison Wsley Longman, México, 2000.
- HERRERA FONSECA (Rodrigo). Manual sobre títulos de crédito. San José, Investigaciones Jurídicas, S.A., 2000.
- JAMES-ORTIS (Rodner S.). El crédito documentario. 2da Edición. Venezuela, Editorial Arte, C.A., 1999.
- RIVA (Jorge Luis). Crédito documentario y otros mecanismos de pago en las operaciones de comercio exterior, Editorial De Palma, Buenos Aires, 1997.
- RIVERA VARELA (José). Banca internacional, 4ta edición, San José, EUNED, 1997.
- RIVERA VARELA (José). Contratación y medios de pago internacionales. 2da Edición, San José, Investigaciones Jurídicas, S.A., 2004.
- RIVERA VARELA (José). Cartas de crédito: fluido vital del comercio exterior. Antología de lecturas para el curso: *Liquidez y legalidad de los medios de pago internacionales*, SP-2929; Universidad de Costa Rica - FUNDEPOS, febrero 2002.
- RIVERA VARELA (José). La compraventa internacional y los medios de pago, Programa Creando Exportadores, PROCOMER, 2001.
- RIVERA VARELA (José A.). La técnica de las cartas de créditos internacionales, Editorial Costa Rica, San José.

Internet

- http://www.scinet-corp.com/asociados/index.htm?demo_cd.htm~index2 (citado el 21 de marzo, 2005).
- <http://www.derechocomercial.edu.uy/Bol11CreditoDocum.htm> (citado el 21 de marzo, 2005).
- Jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República
Oficios: 14291-1989; 7433/96; 13760-1996; 7493-1996, 2112-1998 y 1731-2006.
- Informe FOE-AAM-11 del 30 de mayo del 2002 de la CGR; Oficio 12185 (FOE-AM-463) del 9 de octubre de 2002 y Oficio FOE-AM-463, del 9 de octubre del 2002.
- Resoluciones: RSL-83-96; RSL-234-97; RSL-254-97; RSL-469-98; RC-349-2000; RC-466-2000 y RC-626-2002 y resolución FOE-AM-2, de las 13:00 del 8 de enero del 2003.
- Otros
Ley de Contratación Administrativa. Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. Reglamento para el otorgamiento de crédito a grupos de interés económico de la SUGEF. Publicado en La Gaceta Nº 147 del 5 de agosto de 1996.



ORGANISMOS INTERNACIONALES EN CONVENIO CON EL COLEGIO DE ABOGADOS DE COSTA RICA

COLEGIO DE ABOGADOS PENAL INTERNACIONAL CAPI

El colegio de Abogados Penal Internacional (CAPI) fue fundado el 17 de junio de 2002 en la Conferencia de Montreal con la participación de más de 200 abogados de diferentes partes del mundo. El nombre «Colegio de Abogados» fue elegido por ser un organismo que tradicionalmente asegura la independencia y competencia de los abogados.

El CAPI ante la Corte Penal Internacional (CPI) agrupa ahora más de 180 miembros, entre colegios, asociaciones de abogados, abogados de la defensa y de las víctimas y organizaciones interesadas en la justicia penal internacional de todos los continentes y sistemas jurídicos del mundo. Su misión es garantizar la independencia y eficacia de los abogados en colaboración con las organizaciones locales, nacionales e internacionales.

Cualquier sistema saludable de justicia penal internacional descansa en tres pilares: jueces, fiscales y los abogados. El CAPI es el medio para que la profesión de la abogacía sea escuchada por la CPI.

ACTUAL REPRESENTANTE DE COSTA RICA EN EL CAPI

El Consejo del CAPI se reunió el día viernes 7 de diciembre del 2007, en la sede del Colegio de Abogados de Nueva York. En representación del Colegio de Abogados de Costa Rica asistió el Dr. Álvaro Burgos Mata, quien fue electo por la Junta Directiva.

El Dr. Burgos Mata en la Reunión del Consejo del CAPI figuró como uno de los tres representantes de América obteniendo así el Colegio de Abogados de Costa Rica un asiento permanente por los próximos 4 años ante el Consejo del CAPI.

Rol del CAPI

El CAPI tiene como objetivo facilitar el trabajo de los abogados que ejerzan ante el Tribunal y reflejar la diversidad de sistemas legales y áreas geográficas del mundo para:

- Promover y defender el rol de la abogacía y la independencia de los abogados de la defensa y de las víctimas ante la Corte;
- Promover el principio de libertad de elección de abogado. En este sentido, participa en el desarrollo del sistema de ayuda legal de la Corte y de la lista de abogados nombrados por la Corte, y quiere tomar parte en su administración;

- Facilitar una comunicación eficaz entre los órganos de la Corte y los abogados;
- Promover la adquisición de conocimiento y destrezas de los abogados que ejerzan ante la Corte. A este efecto, el CAPI quiere organizar períodos de sesiones de capacitación;
- Participar en la regulación de la práctica de la abogacía ante la Corte. Participa en el establecimiento de las reglas de deontología y quiere tomar parte en la resolución de controversias relativas a la conducta profesional de los abogados y su remuneración.
- Garantizar la igualdad de armas.

También promueve y fomenta:

- La ética para los abogados y los procedimientos disciplinarios.
- La formación profesional.
- El desarrollo y la administración del sistema de justicia gratuita de la Corte.
- La administración de la lista de profesionales de la justicia aptos para ser nombrados por la Corte; el desarrollo y proceso de modificación de los textos de los Elementos de los Delitos, del Reglamento de Procedimiento y Prueba y de otros instrumentos pertinentes de la Corte.
- El apoyo general para los abogados que ejerzan ante la Corte.
- La resolución de disputas relativas a la conducta profesional de los abogados y su remuneración.
- Otras cuestiones relativas a la independencia y la eficacia de los abogados que ejerzan ante la Corte, o a los principios de la BPI.

UNIÓN IBEROAMERICANA DE COLEGIOS Y AGRUPACIONES DE ABOGADOS UIBA

La Unión Iberoamericana de Colegios y Agrupaciones de Abogados, UIBA, tuvo sus orígenes en el mes de noviembre de 1976 durante un congreso en Madrid, España. En aquella ocasión Costa Rica estuvo representada por el Lic. Edgar Cervantes Villalta y a partir del año 1990 el Lic. Didier Carranza nos ha representado ante la UIBA en la mayoría de los Congresos.

La Sede de la UIBA se encuentra en España. Sin embargo los Congresos tienen lugar en diferentes países. El último, Congreso XVII, se llevo a cabo en abril del año 2006 en Panamá.

Actualmente se organiza el XVIII Congreso Internacional de la UIBA a celebrarse en Costa Rica en abril del año 2008.

Rol de la UIBA

Son fines de la UIBA promover, fomentar y asegurar en la actuación profesional del abogado los principios de dignidad, de independencia y de libertad como valores esenciales en la realización de la justicia.

- Fomentar la preparación técnica del abogado, estimular su continua superación y defender los intereses que le son consustanciales en el ejercicio de la profesión.
- Fomentar la cooperación entre las corporaciones profesionales miembros de la unión.
- Promover en los países de la unión, la homologación y convalidación de los títulos exigidos para el ejercicio profesional.
- Promover y fomentar el desarrollo de la ciencia del derecho.
- Contribuir desde el derecho al desarrollo de los principios y fines de las naciones unidas y a la consecución de un orden jurídico entre todos los países basadas en la justicia y la paz.

FEDERACIÓN INTERAMERICANA DE ABOGADOS FIA

La Federación Interamericana de Abogados (FIA), fue fundada el 16 de mayo de 1940, por un grupo de abogados representando 44 organizaciones profesionales en 17 naciones del Hemisferio Occidental. La Sede de la FIA se encuentra en Estados Unidos específicamente en Washington D.C.

La FIA representa un foro profesional independiente dedicado al intercambio de informaciones y opiniones profesionales en el interés del Estado de Derecho de las instituciones democráticas en el Hemisferio Occidental.

Aproximadamente cada doce meses, la FIA celebra una Conferencia internacional en uno de los países de las Américas y durante dichas conferencias se llevan a cabo seminarios especiales en temas jurídicos.

Paralelamente a esas conferencias, la FIA aprovecha la oportunidad para reunir sus Comités y Secciones Académicas en las cuales constituyen un foro para la presentación de tesis sobresalientes que abarcan temas pertinentes a cada Comité y Sección. Esta federación tiene un espacio para la discusión e intercambio de ideas e intereses de los abogados y sus respectivos gobiernos y organismos internacionales.

Además, la FIA ofrece seminarios en el ámbito regional, cuenta con una activa Sección de Abogados Jóvenes, y participa por medio de observadores especiales en reuniones y conferencias internacionales.

Durante la realización de estos seminarios, la FIA organiza eventos sociales con el propósito de presentar y conocer la cultura y comida del país anfitrión

EL REFERÉNDUM COMO MANIFESTACIÓN DEL DERECHO HUMANO A LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA¹

Lic. Jerry Campos Monge

En Costa Rica, con la figura del Referéndum que surgió en el año 2002, por medio de la Ley N° 8281, la cual reforma a los artículos 105, 123, 124 y 129 de la Constitución Política, y se adicionan los numerales 102 y 195 del texto constitucional; en donde, culminó un largo proceso por medio del cual se le dotó al pueblo costarricense de más instrumentos de participación política, siendo estos la iniciativa popular para la formación de las leyes y el referéndum; se dignifica a la persona humana costarricense a la luz de la teoría de los derechos humanos, no solo por un mero asunto de coherencia constitucional y de principios democráticos, dado que el derecho a la participación política como derecho político está consagrado en el artículo 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en los artículos 20, 32 y 38 de la Declaración Americana de Derechos Humanos, en el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Políticos, y en el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos, entre otros tratados. Sino en tanto como derecho humano incorporado en la Constitución costarricense, por vía de su artículo 90, siguientes y concordantes, constituye un límite a la soberanía y arbitrio estatal, donde los derechos humanos son el principio y el fin de toda política en un estado democrático de derecho.



INTRODUCCIÓN

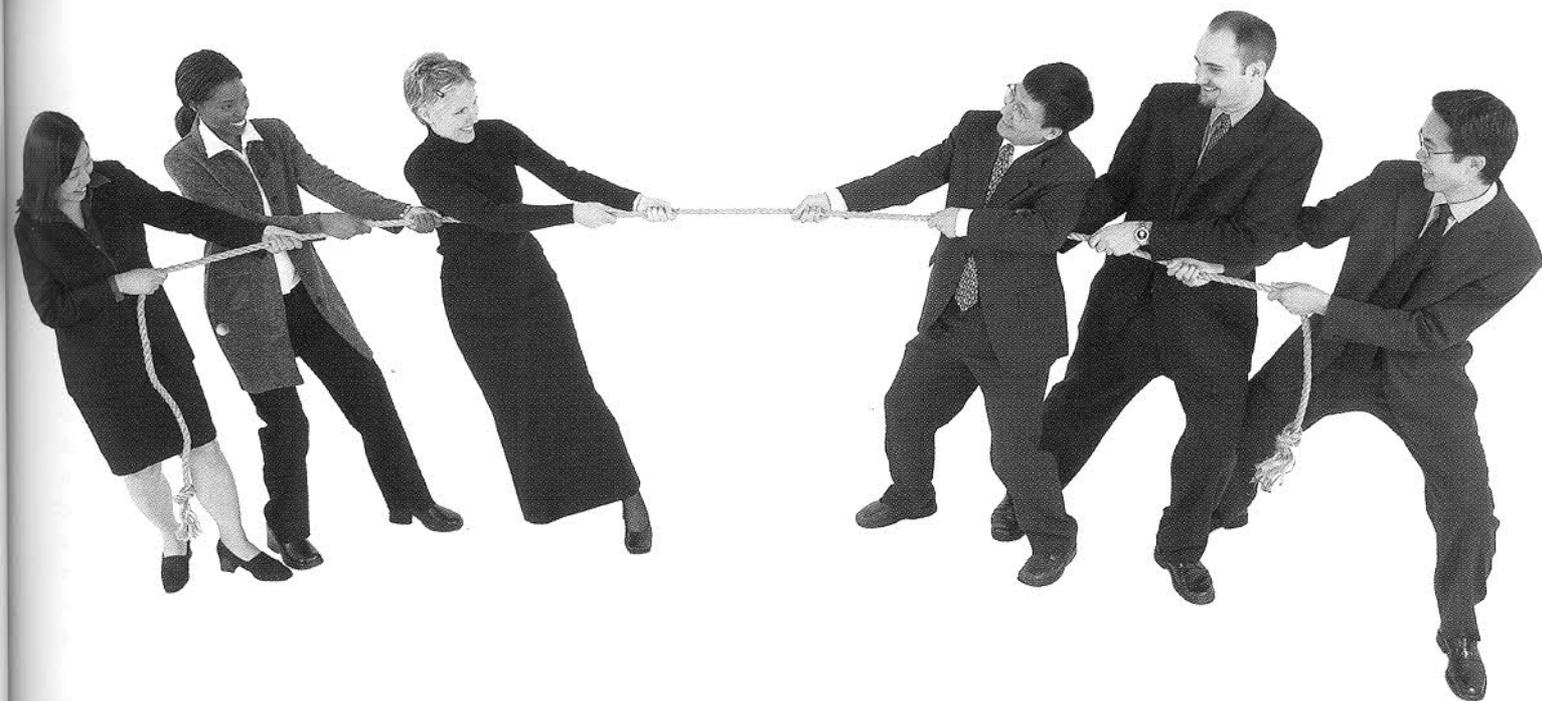
En el catálogo de las condiciones que se consideran inherentes a la dignidad de las personas, y que por tanto se reconocen como derechos humanos, encontramos los derechos políticos, y entre estos, el derecho a la participación política.

Los distintos instrumentos de protección de derechos humanos contienen artículos al respecto. La Declaración universal de derechos humanos (ONU), la Declaración americana sobre derechos y deberes del hombre (OEA), el Pacto de derechos civiles y políticos (ONU), y la Convención Americana de derechos humanos (OEA) hacen referencia a los derechos de

las personas a: participar, directa o indirectamente, en la dirección de los asuntos públicos; votar para elegir representantes; ser elegido representante, postularse a cargos de elección popular; y tener acceso a las funciones públicas en condiciones de igualdad.

Se observa la vinculación estrecha que se establece entre los derechos humanos y el sistema democrático, al definirse como inherentes a la dignidad de las personas condiciones que son de la esencia de éste. Al mismo tiempo, la participación política puede ejercerse como medio de protección de los otros derechos humanos (civiles, económicos, sociales, culturales,

¹ El autor del presente artículo es costarricense. Hizo estudios de Derecho en la Universidad de Costa Rica y de postgrado en Derechos Humanos en la Universidad Estatal a Distancia en Costa Rica, actualmente es Doctorando en Derecho en dicha casa de estudios superiores y Jefe de Despacho del Diputado Alexander Mora Mora en Costa Rica, asesor en la Presidencia de la Comisión de Derechos Humanos, Justicia y Políticas Carcelarias del Parlamento Latinoamericano y Asesor Legislativo en materia de derechos humanos en el Congreso costarricense. Además es docente en varias Universidades públicas como privadas, dentro de sus planes de estudio en Derecho y postgrados en Derecho, principalmente afines a los Derechos Humanos. Miembro fundador y Vicepresidente del Instituto Costarricense de Derechos Humanos en el 2007. Cuenta con varios años de experiencia en diversas facetas profesionales dentro del campo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos / E-mail: jerrycamposdh@gmail.com



medioambientales, y de los pueblos indígenas). Se considera que la democracia es el sistema más apropiado para el respeto y protección de los derechos humanos.

Los derechos políticos no se limitan a lo que tradicionalmente se vincula a la “política”, entendida como lucha por el poder, y por tanto no se limitan a los asuntos electorales, sino que abarcan las distintas formas de distribución de poder que permiten incidir en la dirección de lo público en general. Las formas de incidir en los asuntos públicos, pueden ser indirectas, es decir, a través de representantes electos, o directas, a través del referéndum.

Aún cuando todo derecho político tiene como sustrato la idea de participación, cuando se habla del derecho a la participación se hace referencia a las formas de incidencia directa en los asuntos públicos.

La participación a través de representantes y la participación directa son mecanismos que conviven en el mismo sistema y se complementan, especialmente desde hace algunas décadas en que se viene advirtiendo sobre la existencia de crisis de las formas de representación.

Tradicionalmente el mecanismo de participación por excelencia, casi exclusivo y que se consideraba suficiente era el de la elección de representantes, por lo que la mayor o menor participación era medida en términos de la universalidad del voto; la lucha por la participación era la lucha por conseguir el derecho al voto (son aún recientes los ejemplos vinculados al voto femenino), este es un tema que se extiende también a lo relativo al derecho a postularse como candidato (o candidata) a los cargos de elección popular, respecto al cual razones culturales hacen que su ejercicio se dificulte aún (frente a estos hechos existen las medidas de “discriminación positiva”, que persiguen corregir las desigualdades basadas en discriminaciones históricas).

Podría pensarse que la situación ideal para los gobernados sería la de limitar su participación en lo público a la elección de representantes, y poder confiar en que estos tendrán la capacidad y la voluntad de ejercer sus cargos conforme al inte-

rés general o al interés de quienes les han otorgado el voto, según sea el caso. Pues las personas tienen suficientes ocupaciones, dificultades y carencias en el ámbito privado, como para tener además que se ocupen de lo público, de lo cual deberían ocuparse los funcionarios, quienes además perciben los beneficios económicos de esa labor que se espera desempeñen.

Sin embargo, toda forma de ejercicio de poder tiende a degenerarse, y esta situación repercute cada vez más negativamente en la sociedad en su conjunto, por lo que surge la necesidad de la contraloría social a través de las formas de participación directa, que complementan las formas de representación, y que persiguen la profundización del sistema democrático.

Además de un principio del sistema democrático, la participación política es un derecho humano, reconocido en el artículo 90, siguientes y concordantes de la Constitución. Este derecho tiene diversas manifestaciones: el ejercicio del sufragio, la participación en asociaciones políticas, la postulación para ser elegido para cargos públicos, el referendo popular y la participación en asambleas de ciudadanos, entre otros.

El Estado debe facilitar las condiciones más favorables para la participación política de todos y todas. Esto se logra, entre otras formas, absteniéndose de imponer sanciones o exigencias que impidan que las personas participen -o que lo hagan de una determinada manera-, y sancionando a aquellos particulares que así lo hagan.

EL REFERÉNDUM COMO MANIFESTACIÓN DIRECTA DE LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA

Los avances en la democracia mundial, muestran el camino hacia un estadio en donde la ciudadanía comparte con los gobernantes, una participación más activa en la toma de decisiones de especial relevancia para el destino de la sociedad; siendo esta impulsada por las aportaciones del referéndum. En este sentido, es importante señalar que su origen al igual que

el plebiscito estuvo en las prácticas de la república romana, en la que los ciudadanos comunes, votaban una ley a petición del tribuno de la plebe (VER:IIDH/CAPEL,2000:1058).

(Del latín referéndum, de referre: referir) el referéndum es una institución política mediante la cual el pueblo, el cuerpo electoral opina sobre, aprueba o rechaza una decisión de sus representantes elegidos para asambleas constituyentes o legislativas.

Es una manifestación de la democracia constitucional en la cual mediante la ampliación del sufragio y el libre acceso a los cargos públicos, la totalidad del pueblo organizado en cuerpo electoral participa en el proceso de poder, lo que hace indirectamente al elegir a sus representantes y directamente por medio del referéndum y el plebiscito.

En este sentido, tal y como lo señala el Diccionario Electoral (2000) esta figura es una:

“Institución política mediante la cual el pueblo, el cuerpo electoral opina, aprueba o rechaza una decisión de sus representantes elegidos para asamblea constituyentes o legislativas.

Es una manifestación de la democracia constitucional en la cual mediante la ampliación del sufragio y el libre acceso a los cargos públicos, la totalidad del pueblo organizado en cuerpo electoral participa en el proceso de poder, lo que hace indirectamente al elegir a sus representantes y directamente por medio del referéndum y el plebiscito.

Se discute la naturaleza jurídica de esta participación popular en la formación de la ley y se considera como un acto de ratificación, desaprobación o de decisión, inclinándose la doctrina por considerarlo como un acto decisorio autónomo, que al sumarse al de los representantes da origen a la disposición legal, la cual solo adquiere validez cuando ha sido sometida a la votación popular y aprobada por ella. Los representantes forman la ley, pero ad referéndum, es decir, a reserva de lo que el cuerpo electoral resuelva, constituyéndose el voto popular en condición suspensiva a que se somete la validez y eficacia de la ley” (IIDH/CAPEL:1057-1058).

De ahí que el referéndum como instituto político, sea esencial para el proceso de participación popular en la formación de la ley, en este sentido, el pueblo aprueba o rechaza la consulta que se le plantea y emite su criterio, el cual como lo dice la doctrina en su acto decisorio transmite a sus representantes para que ad referéndum traduzcan su mandato en una ley.

Se discute la naturaleza jurídica de esta participación popular en la formación de la ley y se considera como un acto de ratificación, desaprobación o de decisión, inclinándose la doctrina por la consideración de estimarlo como un acto decisorio autónomo, que al sumarse al de los representantes da origen a la disposición legal, la cual solo adquiere validez cuando

ha sido sometida a la votación popular y aprobada por ella. Los representantes forman la ley, pero ad referéndum, es decir, a reserva de lo que el cuerpo electoral resuelva, constituyéndose el voto popular en condición suspensiva a que se somete la validez y eficacia de la ley.

Un referéndum, referendo o plebiscito (plural: referenda, referendos o plebiscitos) es una votación sobre una cuestión legislativa o constitucional. Es una votación oficial para asuntos especiales, donde la opinión del electorado es solicitada.

Los referendos pueden ser obligatorios (vinculantes) o no obligatorios (consultivos). Un referéndum consultivo deja la interpretación del voto a la legislatura (como el referéndum sobre la Constitución Europea en España). Su obligatoriedad se basa en el coste político que supondría no obedecerlo y no en una obligación legal. Un referéndum obligatorio es posible sólo en algunos países y sobre algunos temas, y un cierto tamaño del electorado participante muchas veces es también un requisito previo.

Un plebiscito es dirigido a todos los ciudadanos, sin tener en cuenta sus derechos. Un plebiscito, en su sentido más estricto, es la petición de la aprobación de un decreto gubernamental o la aprobación de las políticas generales del gobierno, típicamente en estados sin democracia, parlamentarismo o un órgano representativo.

Algunos países con órganos representativos (parlamentos), el uso del referéndum vinculante también lo utilizan para casos de extrema importancia para el país. Algunos ejemplos son:

-En Irlanda, cuando la Constitución del Estado irlandés Libre fue sustituida por la Constitución de Irlanda por el plebiscito el 1 de julio de 1937.

-En 1993, el referéndum en Perú para aprobar la nueva constitución creada por el Congreso Constituyente Democrático.

-El referéndum de 1988 en Chile donde se votó por la continuidad en la presidencia de Augusto Pinochet.

-En 2003, cuando Andrés Manuel López Obrador convocó a los habitantes del Distrito Federal (México) a votar sobre la continuidad de su gobierno 3 años más y ganó el referéndum con más del 75% de los votos.

-En 2004, el difundido referéndum revocatorio convocado en Venezuela para que los votantes evaluarán el desempeño del Presidente Hugo Chávez, donde resultó ganador.

-Los diversos referéndum de ratificación del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa en varios países de la Unión Europea.

-En 2006, el importante Referéndum de ampliación del Canal de Panamá, el cual fue aprobado.

-Y en lo que nos interesa el 7 de octubre del 2007, el referéndum en Costa Rica para aprobar o no el TLC con EEUU.

También en doctrina existe una clasificación del referéndum según el objeto:

-Referéndum constitucional: Si el objeto es una constitución.

-Referéndum legal: Si el objeto es cualquier otra ley.

O la clasificación del referéndum según el fundamento:

-Referéndum preceptivo: Si el fundamento de su celebración es la exigencia propia del ordenamiento.

-Referéndum facultativo: Si el fundamento es la convocatoria de un órgano concreto. En caso de ser además consultivo la figura se aproximaría al concepto de plebiscito.

Y finalmente la clasificación del referéndum según los efectos jurídicos:

-Referéndum decisorio: Cuando el resultado se hace efectivo y vinculante.

-Referéndum consultivo: Cuando el resultado implica únicamente la manifestación de la voluntad general o popular de forma no vinculante. En caso de ser además facultativo la figura se aproximaría al concepto de plebiscito.

-Referéndum constitutivo o de ratificación: Cuando el efecto es aprobar una disposición.

-Referéndum abrogativo: Si el efecto jurídico resultante es la derogación de un precepto determinado.

El plebiscito también se puede encuadrar como un tipo de referéndum facultativo y consultivo al ser un modelo cercano, pero el pronunciamiento popular no constituye una expresión de la voluntad general o popular sino un instrumento de legitimación del un poder personal de corte autocrático por lo que se considera una categoría independiente.

EL REFERÉNDUM EN COSTA RICA

Si bien es cierto, el referéndum es parte de una tendencia mundial; este instrumento es un tema nuevo para Costa Rica; muestra de ello es la cronología de los hechos más relevantes en torno a la puesta en ejecución de la figura del referéndum en Costa Rica, no siendo sino hasta el año 2002 que en Costa Rica, la figura del Referéndum surgió, por medio de la Ley N° 8281, la cual reforma a los artículos 105, 123, 124 y 129 de la Constitución Política, y se adicionan los numerales 102 y 195 del texto constitucional; en donde, culminó un largo proceso por medio del cual se le dotó al pueblo costarricense de más instrumentos de participación política, siendo estos la iniciativa popular para la formación de las leyes y el referéndum. Para el caso del referéndum, en el artículo 105 constitucional, se dispone que:

Artículo 105 (...)“el pueblo lo podrá ejercer, para aprobar o derogar leyes y reformas parciales de la Constitución, cuando lo convoque al menos un cinco por ciento (5%) de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral; la Asamblea Legislativa, mediante la aprobación de las

dos terceras partes del total de sus miembros, o el Poder Ejecutivo junto con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de la Asamblea Legislativa. Por otro lado, se determina, que no procederá este instrumentos si los proyectos son relativos a materia presupuestaria, tributaria, fiscal, monetaria, crediticia, de pensiones, seguridad, aprobación de empréstitos y contratos o actos de naturaleza administrativa.”

El artículo 102 del mismo instrumento señala que:

Artículo 102 (...) “los resultados serán vinculantes para el Estado si participa, al menos, el treinta por ciento (30%) de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral, para la legislación ordinaria, y el cuarenta por ciento (40%) como mínimo, para las reformas parciales de la Constitución y los asuntos que requieran aprobación legislativa por mayoría calificada.”

En síntesis en Costa Rica, la figura del Referéndum surgió en el año 2002, por medio de la Ley N° 8281, la cual reforma a los artículos 105, 123, 124 y 129 de la Constitución Política, y se adicionan los numerales 102 y 195 del texto constitucional; en donde, culminó un largo proceso por medio del cual se le dotó al pueblo costarricense de más instrumentos de participación política, siendo estos la iniciativa popular para la formación de las leyes y el referéndum.

Por medio de la Ley N° 8281, la Asamblea Legislativa en su función de Poder Constituyente Derivado, practicó una importante reforma constitucional, al introducir en el texto de la Ley fundamental las figuras del “Referéndum” y de la “Iniciativa Popular” en la formación de las leyes.

Es un importante avance en el desarrollo de la democracia participativa que, al pueblo se le devuelva la potestad de reformar la Constitución por medio del referéndum. El nuevo texto dispone que el pueblo pueda modificar la Constitución cuando lo convoque al menos un cinco por ciento (5%) de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral. Sin embargo, pasó inadvertido que para llevar a la práctica esa nueva potestad, se hacía necesario modificar el texto del artículo 195 constitucional que establece el procedimiento para reformar la Carta fundamental.

Cuando la Asamblea Legislativa aprueba la reforma constitucional por medio de la Ley N° 8281, estimó que el “Referéndum” y la “Iniciativa Popular” para la formación de las leyes, son dos de las instituciones más expresivas del ejercicio de la democracia directa dentro de un estado de derecho. Frente a la inactividad de la Asamblea Legislativa para hacer variaciones parciales al texto constitucional, que la realidad política señala como necesarias, el referéndum planteado por el pueblo aparece como correctivo de primer orden. Sin embargo, no podemos dejar de advertir que el referéndum convocado por el pueblo para reformar la Constitución puede también caer en el vicio que produce su práctica demagógica.

EL DERECHO HUMANO A LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA Y EL REFERENDUM

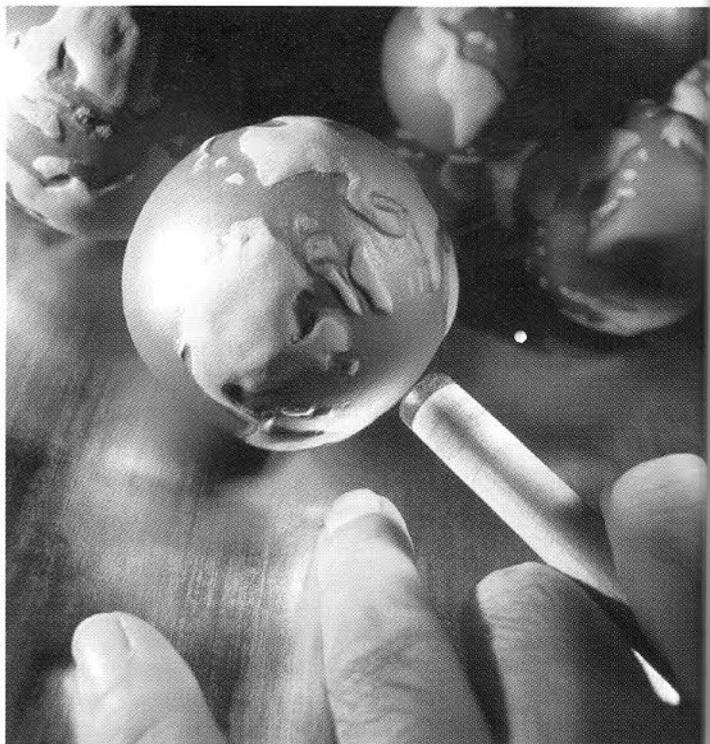
Los derechos humanos (término frecuentemente abreviado como DD.HH.) son aquellas libertades, facultades o valores básicos que, de acuerdo con diversas filosofías o fundamentaciones, corresponden a toda persona por el mismo hecho de su naturaleza y condición humana, para la garantía de una vida digna. Estas prerrogativas se poseen independientemente de cual sea el Derecho positivo vigente y de factores particulares como el estatus, etnia o nacionalidad. Desde un punto de vista más relacional, los derechos humanos se han definido como las condiciones que permiten crear una relación integrada entre la persona y la sociedad, que permita a los individuos ser personas, identificándose consigo mismos y con los otros.¹

Los derechos humanos, habitualmente, se definen como inherentes a la persona, irrevocables e inalienables, lo que implica que no pueden transmitirse, enajenarse o renunciar a ellos: nadie, por ejemplo, puede venderse como esclavo. Por definición, este concepto es universal e igualitario, e incompatible con los sistemas basados en la superioridad de una casta, raza, pueblo, grupo o clase social determinado.² No obstante, toda decisión sobre qué derechos son humanos implica asumir una posición respecto qué es Derecho e implícita o explícitamente sobre qué es lo humano. Muchas violaciones o limitaciones de derechos humanos se derivan de concepciones restrictivas y excluyentes de Humanidad.³

Los derechos humanos, normalmente, se dividen en dos categorías: derechos positivos y derechos negativos. Los derechos negativos pueden ser expresados como un derecho positivo, pero no viceversa. Por ejemplo, el derecho de un recién nacido a tener padres que lo cuiden, asumiendo que es un derecho humano, sólo puede ser expresado positivamente. Otra clasificación ampliamente extendida es la que ordena los derechos humanos en tres o más generaciones.

Legalmente, los derechos humanos se definen en el Derecho interno de numerosos Estados y en tratados internacionales. Para muchos, además, la doctrina de los derechos humanos se extiende más allá del Derecho y conforma una base ética y moral que debe fundamentar la regulación del orden geopolítico contemporáneo. Pero la validez, contenido e incluso la existencia de los derechos humanos son objeto de un permanente debate en el ámbito de la filosofía y las ciencias políticas. Según qué tipo de concepción se tenga sobre el Derecho, como iusnaturalista, iusracionalista, iuspositivista, vinculada al realismo jurídico o al dualismo jurídico, entre otros, la categoría conceptual de derechos humanos puede considerarse divina, observable en la naturaleza, asequible a través de la razón, determinada por los contextos en las muchas maneras que es posible entender la Historia, una síntesis de ideas de éstas u otras posiciones ideológicas y filosóficas o un mero concepto inexistente y sin validez.

Ante ello, la creación de la figura del referéndum, como una de las más recientes reformas a nuestro sistema político-electoral, formaba parte de los asuntos pendientes de la transición democrática costarricense. Sin embargo, existe aun un amplio consenso en Costa Rica respecto a que el actual sistema político-electoral, afecta a la legitimidad y gobernabilidad



de la democracia, de allí que se encuentre actualmente en la corriente legislativa un proyecto de ley que pretende reformar en forma integral nuestra legislación electoral vigente; sin embargo, no se ha planteado con igual claridad que lo que está en juego es el derecho humano a la participación política, de concurrir a formar la voluntad general. De allí que el objeto del referéndum en cuestión fue garantizar ese derecho. Es la vulneración de ese y otros derechos lo que está a la base del déficit de ciudadanía, y de la erosión de la legitimidad del poder político, con sus secuelas para la gobernabilidad.

La calidad de dicho instituto político-electoral y sus mecanismos no se mide tanto por la capacidad de los mecanismos electorales de incluir en el sistema político a grupos políticos definidos como “extraparlamentarios”. El instituto del referéndum dentro del actual sistema político-electoral debe fundarse, legitimarse y medirse en tanto garantía de un derecho humano universal, del cual son titulares todos los ciudadanos del país.

¿Por qué es crucial el planteamiento del referéndum dentro de nuestro sistema político-electoral como un asunto de garantías de derechos humanos?

En primer lugar, por un asunto de coherencia constitucional y de principios democráticos. Como ya indico el derecho a la participación política como derecho político está consagrado en el artículo 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en los artículos 20, 32 y 38 de la Declaración Americana de Derechos Humanos, en el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Políticos, y en el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos, entre otros tratados. En tanto derecho humano está incorporado en la Constitución costarricense, por vía de su artículo 90, siguientes y concordantes, y constituye un límite a la soberanía y arbitrio estatal. Los derechos humanos son el principio y el fin de toda

política en un estado democrático de derecho.

En segundo lugar, por un asunto básico de una política de ciudadanía, entendida como titularidad de derechos, y su ejercicio en un pie de igualdad. Cuando se afirma que este es un gobierno ciudadano, tal declaración no debe ser mera retórica.

En tercer y último lugar, en lo que aquí interesa, porque solo en el marco de los derechos humanos pueden abordarse y discutirse los desafíos y legitimarse los mecanismos de un sistema de representación pertinente para sociedades plurales y desiguales. Solo si se plantea el referéndum dentro del sistema político-electoral en términos de titularidad y garantías de derechos humanos, es posible fundamentar y legitimar la plena dignificación de la persona humana, contrariando la negación a la toma de decisiones de interés público que manifiesta una clara discriminación.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguilar de Luque, Luis: Democracia Directa y Estado Constitucional. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1977.
- Asamblea Legislativa de Costa Rica, Sistema de Información Legislativa (SIL).
- Clavero, Bartolomé (1994), *Derecho indígena y cultura constitucional en América, México: siglo veintiuno editores.*
- Grupo Nación, Periódico el Financiero Nº 613 del 23-29 abril, 2007.
- Instituto Interamericano de Derechos Humanos; Diccionario Electoral, San José 2000.
- Loewenstein, Karl: Teoría de la Constitución, traducción de Alfredo Gallego Anabitarte, Ariel, Barcelona, 1957.
- Pérez Luño, Antonio Enrique (2005), *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución, Madrid: Tecnos.*
- Pérez Pérez, Alberto: Referéndum y democracia directa. Asociación Americana de Juristas, Montevideo, 1987.
- Ricoeur, Paul (coord.) (1985), *Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos, Barcelona: Serbal/UNESCO.*
- Sánchez Rubio, David (2007), *Repensar derechos humanos. De la anestesia a la sinestesia, Sevilla: Editorial MAD.*
- Tribunal Supremo de Elecciones, Página Electrónica del Tribunal Supremo de Elecciones en www.tse.go.cr.
- Uribe Varcas, Diego: El referéndum: ensayo sobre la democracia semidirecta. Themis, Bogotá, 1967.

NECESIDAD DE UN NUEVO MODELO DE S.R.L.

Dr. Gastón Certad Maroto
Catedrático de la U.C.R. y de la U.A.C.A.

Para enfrentar los nuevos retos que planteará al país la inminente sanción legislativa del Tratado de Libre Comercio para Centroamérica, necesitamos una orgánica y profunda reforma innovadora del derecho comercial, con especial énfasis en el derecho societario, tal de revertir completamente la normativa tradicional de nuestro Código de Comercio.

Los esfuerzos deben concentrarse, sobre todo, en la confección de un nuevo rito procesal aplicado a las sociedades en el que las partes desarrollen, ellas solas y antes de presentarse ante el órgano juzgador, toda una serie de actividades de instrucción que reduzcan sensiblemente la duración de los procesos.

El objetivo principal de este ensayo lo encontraremos en la creación de una nueva disciplina en tema de s.r.l. mediante la sugerencia de innovaciones a este modelo de sociedad mercantil, actualmente caído en desgracia debido a la dantesca proliferación de sociedades anónimas, ante el rol, cada vez más trascendental, que la pequeña y mediana empresa están jugando en esta fase de tormentosa transición y acomodo de nuestro sistema económico.

Flexibilidad este es el término que el legislador debe asumir al proponer la reforma como nota dominante del nuevo modelo de s.r.l. Acto seguido proponemos un cúmulo de ideas que, en nuestra opinión, deben plasmarse en ese cambio legislativo.

1.- CONSTITUCIÓN UNIPERSONAL:

El nuevo modelo de s.r.l. se deberá constituir sólo por suscripción simultánea mediante un contrato en escritura pública estipulado por uno o más socios, personas físicas o personas jurídicas, lo que significará, necesariamente, la desaparición en nuestro medio de la empresa individual de responsabilidad limitada, instituto que, introducido por el Código de Comercio de 1964, no ha proliferado por razones que no son del caso señalar ni ahondar, dada la naturaleza de estas líneas. En todo caso, el Notario que autorizó la escritura constitutiva deberá presentarla al Registro Público para su inscripción dentro de la semana siguiente al respectivo otorgamiento.

2.- DURACIÓN INDEFINIDA.

En cuanto a la duración de la sociedad debe autorizarse la constitución por plazo indefinido, legitimando a los socios a ejercer el derecho de receso o retiro en cualquier momento con un preaviso mínimo de seis meses.

3.- OBJETO SOCIAL PRECISO.

La cláusula del objeto debe precisar la actividad que constituye el objeto de la sociedad, lo que algunos llaman "el giro social", con la finalidad de poner coto a la praxis de incluir en los pactos sociales aquellas expresiones genéricas, que hacen del todo indeterminados e indeterminables los ámbitos de acción de la compañía: a tal fin debería ser obligatorio precisar los específicos sectores comerciales en los cuales la sociedad en formación pretende, aunque sea tan solo potencialmente, desarrollar su actividad.

4.- CAPITAL SOCIAL MÍNIMO.

Se debe fijar como monto de capital social mínimo la suma de diez mil dólares, moneda de los Estados Unidos de América, pudiendo expresarse en cualquier moneda de curso legal en cualquier país.

5.- APORTES.

Pueden conferirse como aportes (i) el trabajo personal y los conocimientos, siempre que el riesgo de un eventual incumplimiento sea garantizado por una póliza de seguro o una garantía bancaria que cubra el valor total asignado al aporte; (ii) cualquier tipo de *know how*; (iii) derechos reales de goce o de garantía; (iv) así como obligaciones negativas o futuras (como la de empeñarse a no hacerle competencia a la sociedad); (v) financiaciones de los socios a la sociedad efectuados en cualquier forma, siempre que estén subordinados a la subsistencia de un excesivo desequilibrio del endeudamiento respecto al patrimonio neto, o de una situación financiera en la caja de la sociedad de tal entidad que aconseje el otorgamiento de un aporte.

6.- EMISIÓN DE BONOS O PAPEL COMERCIAL

El pacto social puede prever que la asamblea o los administradores dispongan la emisión de bonos o papel comercial por parte de la sociedad, con las limitaciones y modalidades y con las mayorías allí prescritas, las condiciones del préstamo y la forma de reembolso, estando obligados los administradores a inscribir la emisión y sus modalidades ante el Registro Público. Sin embargo estos títulos obligacionarios sólo podrán ser suscritos por inversionistas profesionales sujetos a vigilancia (por disposición de leyes especiales bancarias y de seguros); en caso de circulación sucesiva, el suscriptor responde de la solvencia

de la sociedad frente a aquellos adquirentes que no sean inversionistas profesionales, o socios de la misma sociedad.

7.- CUOTAS SOCIALES Y SU CIRCULACIÓN.

Las cuotas de participación se les asignarán a los socios en medida proporcional a su aporte y los derechos sociales les competirán en medida también proporcional a la cuota de participación poseída. Sin embargo, esos derechos podrán ser atribuidos y ejercidos en medida no proporcional respecto a la entidad de la cuota de participación en el capital social de cada socio¹.

En cuanto a la circulación de las cuotas, ellas serán libremente transmisibles por acto *intervivos* o *mortis causa*, salvo disposición contraria del pacto social. Ahora bien; en caso de que se pacte la absoluta intransmisibilidad de la cuota y en aquellos casos en que se subordine su transmisión al agrado de órganos sociales, de socios o de terceros, sin prever condiciones ni límites, o se establezcan condiciones que en el caso concreto impidan su transmisión *mortis causa*, el socio afectado o sus herederos podrán ejercer el derecho de receso o retiro de la sociedad de acuerdo al artículo 32 bis del Código de Comercio. La sociedad no podrá adquirir por ningún medio sus propias cuotas.

Para hacer más efectiva la tutela de la seguridad en el mercado de las cesiones de participaciones en el capital social de la s.r.l., deberá reconocerse la naturaleza "declarativa" del régimen publicitario propio del Registro Público, así como la prioridad a quien primero efectúe la publicidad, independientemente de la prioridad en la fecha de estipulación del contrato traslativo².

8.- READECUACIÓN Y REDIMENSIONAMIENTO DEL DERECHO DE RECESO O RETIRO DEL SOCIO.

Las tradicionales causales de receso o retiro de la sociedad deben ser ampliadas o modificadas para los socios ausentes y disidentes, por las siguientes: (i) cambio del objeto social o ejecución de operaciones que conlleven modificaciones del mismo; (ii) transformación de la sociedad; (iii) fusión con otra u otras sociedades; (iv) escisión en dos o más sociedades; (v) revocación del estado de liquidación; (vi) eliminación de alguna causa de receso prevista en el pacto constitutivo; (vii) ejecución de operaciones que modifiquen de manera relevante el contenido de derechos específicos de los socios en tema de administración de la sociedad y de distribución de utilidades; (viii) duración indefinida de la sociedad; (ix) exclusión arbitraria del derecho de suscripción preferente en aumentos de capital. Además, en el pacto social podrán establecerse otras autónomas y diversas causas de receso o retiro, así como cambiarse las modalidades

¹ A fin de aclarar esta idea tomemos como ejemplo el caso de una s.r.l. en la que participen sólo dos socios, Cayo y Ticio, cada uno titular de una cuota de participación del 50%, en virtud del aporte efectuado por cada uno en su tiempo de cincuenta mil dólares, y en la que se conviene que sólo Ticio puede nombrar a los administradores o que a Cayo le toque el 70% de las utilidades arrojadas por cada ejercicio y a Ticio sólo el 30%.

² Tendríamos entonces que si la cuota es enajenada con sucesivos contratos a varias personas, aquella que efectúe de buena fe la inscripción en el Registro Público sería preferida a las demás, aunque su título fuere de fecha posterior.

previstas legalmente para el ejercicio de semejante derecho, siempre contemplando el reembolso de la cuota que corresponda al socio que se retire.

En cuanto a este último, la cuota de participación deberá valorarse en proporción al patrimonio social estimado al momento de la declaración de receso. El reembolso de la cuota se hará mediante adquisición por parte de los demás socios, proporcionalmente a su participación en el capital de la sociedad, o mediante la adquisición por un tercero, elegido por los demás socios, o mediante la utilización de las reservas disponibles o, *in fine*, mediante la correlativa disminución del capital social. De lo contrario, la sociedad se disolverá y entrará en liquidación.

9.- ASAMBLEAS DE CUOTISTAS.

Los socios decidirán sobre las materias reservadas a su competencia por el pacto social, y sobre los argumentos que les sometan uno o varios administradores, o socios que representen un tercio del capital social. Son competencia exclusiva de la asamblea, (i) el conocimiento y la aprobación del balance, (ii) la distribución de utilidades y pérdidas, (iii)

ESOS DERECHOS PODRÁN SER ATRIBUIDOS Y EJERCIDOS EN MEDIDA NO PROPORCIONAL RESPECTO A LA ENTIDAD DE LA CUOTA DE PARTICIPACIÓN EN EL CAPITAL SOCIAL DE CADA SOCIO

el nombramiento de los administradores y, eventualmente, el del fiscal o fiscales y el del auditor externo, (iv) las modificaciones al pacto social y (v) toda decisión dirigida a cumplir operaciones que conlleven una sustancial modificación del objeto social o una relevante variación de los derechos de los socios.

Siempre que el pacto social así lo disponga, en sustitución de la asamblea podrán hacerse a los socios consultas escritas; los socios podrán externar además sus opiniones por escrito sobre un tema sometido a la competencia de la asamblea. En estos casos, los acuerdos deberán ser tomados con el voto favorable del 50% de las cuotas sociales. Sin embargo, las decisiones de la asamblea deberán ser tomadas con respeto de la colegiatura en los siguientes casos: (i) siempre que falte, en el pacto constitutivo, la explícita previsión de la posibilidad de adoptar decisiones mediante consulta escrita o sobre la base de consentimiento expresado por escrito; (ii) siempre que se trate de deliberar acerca de modificaciones al pacto social, a la ejecución de operaciones que conlleven una sustancial variación del objeto social o una modificación relevante de los derechos de los socios; e (iii) cuando lo soliciten uno o varios administradores, o los socios que representen al menos un tercio del capital social.

El pacto social deberá determinar la forma de convocatoria de las asambleas, que deberán cumplir con el requisito de asegurar la tempestiva información sobre los temas a tratar. Las deliberaciones se asumirán por la mayoría absoluta de las cuotas presentes y en los casos de decisiones que incidan sobre el pacto social, el objeto social o los derechos de los socios se necesita el voto favorable de al menos la mitad del capital social.

Será totalitaria la asamblea, pudiendo prescindirse de la convocatoria, cuando esté presente la totalidad del capital social, los administradores y los fiscales o hayan sido estos funcionarios informados y ninguno se haya opuesto a la discusión del asunto o asuntos a tratar.

Serán anulables (nulidad relativa) aquellos acuerdos de asamblea que hayan sido: (i) adoptados con trasgresión de la ley o del pacto constitutivo de la sociedad; (ii) tomados con el voto determinante de socios que tengan un conflicto de intereses con la sociedad, siempre que haya podido causársele a ésta un daño; (iii) tomados con el voto de personas no legitimadas, en los casos en que su participación haya sido determinante para la regular constitución de la asamblea; (iv) tomados con votos que sean inválidos o con la computación errada de los votos emitidos, a menos que los mismos no incidan sobre la mayoría necesaria; (v) transcritos con redacción incompleta o inexacta, cuando, por causa de ese inconveniente, no sea posible determinar el contenido, los efectos o la validez de la deliberación.

Serán nulos (nulidad absoluta) aquellos acuerdos de asamblea que tengan objeto ilícito o imposible o que hayan sido tomados con absoluta ausencia de información.

En la anulabilidad los acuerdos pueden ser impugnados por los socios disidentes, por los administradores y por los fiscales dentro de los tres meses siguientes a la presentación para su inscripción al Registro Público y, si no fueren inscribibles, a la transcripción de los mismos en el libro de actas de asamblea. En la nulidad, los acuerdos podrán impugnarse por cualquier que tenga interés en ello dentro de los tres años siguientes a la inscripción en el Registro o de su transcripción al libro de actas. Sin embargo, los acuerdos que modifiquen el objeto social con la previsión de actividades ilícitas o imposibles podrán ser impugnados sin límite de tiempo.

10.- ADMINISTRACIÓN.

El pacto social, en cuanto a la administración de la sociedad respecta, debe dejar a la libre determinación de los socios la estructura del órgano gestor de acuerdo a las siguientes hipótesis: un administrador único, o un órgano administrativo pluripersonal no colegiado –varios administradores– que pueda ejercer sus funciones según las reglas de la actuación separada o conjunta, o bien separada para ciertas operaciones y conjunta para otras³; o un órgano administrativo pluripersonal colegiado, análogo al consejo de administración de las

³ La actuación conjunta tiene por objeto las operaciones sociales más importantes, por valor o naturaleza –las denominadas de “extraordinaria administración”–, mientras que la separada se utiliza para las operaciones de ordinaria administración.

sociedades anónimas. En este último supuesto, el pacto social podrá contemplar que las decisiones del órgano se adopten mediante consulta escrita a sus integrantes, la cual será luego puesta en conocimiento de los demás colegas, quienes podrán oponerse o abstenerse. También el pacto puede prever que el órgano gestor colegiado tome una decisión con fundamento en consentimientos escritos de algunos de sus integrantes, sin que estos participen en la respectiva votación.

En cuanto a la disciplina de la distribución de competencias entre socios y administradores debe estarse a lo que estipule el pacto social, generándose así la definitiva superación de la rígida demarcación que, en la letra del actual Código de Comercio, separa la actividad de gestión, típicamente propia del órgano administrativo, de la actividad consultiva-decisoria, generalmente endilgada a la asamblea de socios.

La acción de responsabilidad contra los administradores debe ser excluida de la decisión de la asamblea, pudiendo ser ejercida por un solo socio, quien tiene además el derecho de pedirle al Juez que revoque el nombramiento de los administradores demandados.

En la hipótesis en que la sociedad cese de resistirse a la acción incoada, o llegue a transarla, ello no influye en la posición del socio actor, a quien le compete en todo caso el derecho al resarcimiento de los daños sufridos por dolo o culpa de los administradores.

Las facultades, que la sociedad puede ejercer, de renunciar a resistirse en juicio y la de transigir, pueden ser excluidas por el pacto social, y para ello debe consentir una mayoría de socios que representen al menos dos tercios del capital social; el ejercicio de esas facultades puede ser bloqueado por la oposición de tantos socios que representen al menos un décimo del capital social.

La aprobación del balance no implica la automática liberación, por parte de administradores y fiscales, de sus responsabilidades de gestión, y en relación al saldo de las costas procesales, que la sociedad debe reembolsarle a los socios actores, salvo el derecho de regreso frente a los administradores.

Los socios que hayan intencionalmente decidido o autorizado la ejecución de actos dañosos para la sociedad, los socios o terceros son responsables solidariamente de los mismos.

11.- VIGILANCIA.-

El pacto constitutivo podrá considerar la creación de un órgano de control interno unipersonal, pluripersonal no colegiado o bien pluripersonal colegiado y, también, la existencia de un auditor externo, determinando sus competencias y poderes. En esta supuesto, el fiscal o los fiscales y el auditor deberán ser nombrados en ese mismo momento y, en todo caso, el nombramiento de esos funcionarios será competencia exclusiva de la asamblea. Esos nombramientos serán obligatorios si el capital de la sociedad superare los ciento cincuenta mil dólares.

Se le debe reconocer al socio, aun en presencia del órgano contralor, el derecho de controlar el desarrollo de los negocios sociales, interpelando directamente a los administradores, y sobre los documentos relativos a la administración, mediante

la consulta de los libros sociales, pudiendo auxiliarse para tal fin por profesionales de su confianza.

12.- OPERACIONES SOBRE EL CAPITAL SOCIAL.

a) Aumento. Todas las decisiones relativas a operaciones sobre el capital social son competencia de la asamblea de socios; a ellos corresponderá también el derecho de suscribir un eventual aumento en proporción a las cuotas poseídas.

La asamblea deberá señalar el término dentro del cual pueden los socios ejercer el derecho de suscripción preferente o derecho de opción, término que no podrá ser inferior a treinta días contados a partir del momento de la comunicación a los socios de que el aumento de capital puede ser suscrito.

Dentro de los treinta días sucesivos a la suscripción, los administradores deberán depositar, para su inscripción en el Registro Público, un documento que demuestre que el aumento de capital ha sido ejecutado.

Los socios suscriptores deben pagarle a la sociedad al menos el 25% de la parte de capital por ellos suscrita y, si ha sido previsto en el pacto social, la totalidad del sobreprecio; si se tratare de una sociedad unipersonal, el único socio deberá pagar la totalidad del capital suscrito.

También debe preverse una nueva modalidad de ejecución del aumento del capital social consistente en la oferta de nuevas cuotas sociales a terceros, salvaguardando el derecho de receso reconocido a favor de los socios disidentes de semejante decisión.

No podrá aumentarse el capital social hasta tanto los aportes relativos a otro aumento, acordado precedentemente, no hayan sido totalmente pagados.

El pacto constitutivo podrá delegar los aumentos de capital a los administradores de la sociedad, fijándoles límites y las modalidades de ejercicio. La decisión de efectuar un

aumento tomada por los administradores deberá ser protocolizada por un Notario Público lo más rápido posible.

b) Disminución. La disminución voluntaria del capital social sólo procederá en caso de absorción de pérdidas y puede efectuarse mediante reembolso a los socios de las cuotas ya pagadas o mediante condonación del pago de la parte insoluta de las mismas.

Con la finalidad de tutelar a los acreedores sociales, debe ejecutarse el acuerdo de disminución del capital social sólo tres meses después de su inscripción en el Registro Público, bajo la condición de que ninguno de esos acreedores se haya opuesto; si el tribunal considerare improcedente la oposición, y cuando la sociedad haya rendido garantía satisfactoria, la reducción podrá efectuarse.

Si resultare que el capital social se ha disminuido en más de un tercio por causa de pérdidas durante el ejercicio, los administradores deberán convocar de inmediato a la asamblea para que tome las medidas que considere pertinentes; en dicha reunión, los administradores deberán presentar una relación escrita sobre la situación patrimonial de la sociedad, con las observaciones de los fiscales y del auditor, si los hubiere, relación que deberán depositar en las oficinas de la sociedad por lo menos ocho días antes de la celebración de la asamblea.

Si en el subsiguiente ejercicio permanece la disminución superior a un tercio, los administradores convocarán *ipso facto* a la asamblea para que apruebe el balance y la disminución del capital social en proporción a las pérdidas comprobadas.

Si, por motivo de las pérdidas superiores a un tercio, el capital se redujere por debajo del monto mínimo establecido por la ley, los administradores convocarán de inmediato a la asamblea para que acuerde la reducción del capital social y el contextual aumento del mismo a una cifra no inferior a ese monto mínimo, pudiendo también acordar o la transformación o la disolución de la sociedad.



NUEVOS ESPACIOS PARA LA POTESTAD REGLAMENTARIA MUNICIPAL

Licda. Yessenia Delgado Aguilar

INTRODUCCIÓN:

En las aulas de las Facultades de Derecho, en Congresos jurídicos, Simposios, Seminarios y en el asiento del parque donde se reúnan dos o más abogados en el nombre de la Ciencia Jurídica, se suele repetir como una oración que el Derecho avanza detrás de la realidad. Y es verdad, a lo mejor lo será siempre, lo que debemos procurar es que la distancia que los separa sea la menor. Lo digo porque si hay un espacio propicio para que la realidad y el Derecho se acerquen, es en la Democracia Municipal.

Un reglamento municipal puede entenderse de varias maneras: como un conjunto de normas que intenta regular un aspecto específico de la vida del cantón, o como el ejercicio de una potestad pública; pero prefiero verla como un acercamiento de la Municipalidad a su comunidad. En ese sentido, claro que es un acto jurídico, pero también social y político, y tendrá repercusiones en la economía, la vida familiar, en las calles y en los comportamientos de la ciudadanía. Ese es el aspecto que me interesa más. Definiciones, conceptos, modelos doctrinarios, normativos e históricos ya están dados desde hace mucho. Allí no se puede innovar. Ni, casi, decir nada diferente. Desde que los romanos, para ordenar su extenso Imperio, crearon una figura de gobierno local y le otorgaron funciones propias, o desde que Hernán Cortés, en Veracruz, fundó el primer gobierno municipal (dicen las malas lenguas que no por talante democrático, sino para separarse del control político que todavía lo limitaba desde Cuba), se ha escrito mucho sobre el tema.

Pero sobre cómo esa Potestad Reglamentaria se convierte en Democracia Directa en nuestras comunidades, se sabe menos. Es en ese espacio donde quiero arrojar luz.

Así que este artículo se detendrá lo necesario en definiciones, naturaleza jurídica y hasta pasaremos por el tema en distintos países; pero donde pondrá su énfasis es en mostrar cómo y dónde la Municipalidad convierte su Potestad Reglamentaria en acción, en movimiento, en cotidiano quehacer. Porque si un reglamento autoriza a una comunidad a cruzar un puente... y no hay puente, está desarraigada la norma de la realidad.

Pero donde hay puente y río, y gente que lo cruza para llegar a escuelas, mercados, universidades, trabajos y hospitales, entonces el reglamento se vuelve útil, se vuelve compañero de los transeúntes.

Ese papel es el que creo debe jugar el reglamento municipal. Venir a llenar un vacío, a ayudar, a decir qué es seguro, qué es conveniente, qué es sano y qué perjudicial.

Sólo así la potestad reglamentaria municipal saldrá de Códigos, tratados y academias, para acompañar con su seguridad a los trabajadores de una fábrica. Y a la comunidad en su desempeño diario. Pero noto que me estoy adelantando a las Conclusiones, no importa, no todo debe ser esquemático en la Democracia Directa.

La actualidad del tema cae por su peso: llegan a lo local problemas y realidades novedosas propias de lo nacional y los reglamentos deben encabezar un esfuerzo por afrontar estos desafíos.

La primera parte del artículo será la más breve y la única doctrinaria: concepto, naturaleza jurídica, naturaleza jurídica y un paseo por las formas normativas que han usado distintos países para enmarcar la Potestad Reglamentaria.

Una segunda parte destinada a revisar algunos ejemplos de cómo nuestras Municipalidades han usado (o desusado) esta Facultad Legislativa Local; y la tercera abarcará las vanguardias jurisprudenciales que han ocupado nuevos territorios, tanto hacia lo ancho (doctrinalmente) como hacia delante (socialmente)

El reducido espacio de un artículo es insuficiente para más, pero si esta lectura motiva a algunos lectores a ahondar en uno de los temas tratados, me sentiré bien pagada. Lo que queda en el tintero saldrá en entregas futuras, pues estoy convencida de que del ámbito local saldrá la ola democratizadora que elevará los niveles de compresión política de nuestra Ciudadanía.

UN POCO DE HISTORIA:

No tenemos espacio para una evolución histórica de la Autonomía Municipal, instrumentalizada a través de la Potestad Reglamentaria, por lo que debemos discriminar del inmenso acervo bibliográfico disponible, usando el criterio de lo que nos parece más interesante: nos limitaremos a ahondar en dos hitos históricos apenas mencionados en la Introducción: el Imperio Romano y Hernán Cortés.

La ciudad era esencial en la vida romana. El modelo urbano romano proponía un foro o plaza central en la que se cruzaban las vías principales. También estableció un régimen municipal en las colonias y luego en las sociedades indígenas. Los municipios romanos constaban de una curia o consejo y de magistrados, en los que destacaban los duoviri y los ediles, que eran elegidos, que actuaban colegiadamente y desempeñaban el cargo durante un año. Como suponían altos costes para que-

nes lo desempeñaran lo ostentaban los sectores sociales dominantes, además tenían remuneración. Esta unidad de gobierno local fue necesaria ante la expansión del Imperio prácticamente a todo el mundo conocido entonces. Es, obviamente, más “sencillo”, un sistema de autogobiernos locales, que un macro gobierno de millones de habitantes y miles y miles de metros cuadrados, con el Mediterráneo como “lago interno”.

Por parte americana, Hernán Cortés fue el pionero de la soberanía de los ayuntamientos al crear el primero en la Villa Rica de la Santa Veracruz, México. Algunos aventurados verían en este gesto una demostración de su espíritu democrático, pero otros más avezados en la personalidad del descubridor lo interpretan como una hábil jugada para liberarse de su dependencia del gobernador de Cuba. En mi opinión esta segunda explicación es la correcta. Sin embargo, sin detenernos en sus propósitos, la verdad es que sembró en este Continente la semilla de lo municipal, régimen que hoy nos gobierna localmente con la versión más cercana a los antiguos atenienses de Democracia. Y allí hay un mérito y una gratitud debida.

Ambas formas de gobierno local eran autónomas en sus asuntos internos, eran pequeñas unidades que se autorregulaban desde la proximidad de sus habitantes y sus propios problemas, por eso el modelo resultó exitoso, pues los reglamentos no venían del otro lado del mar o desde Roma, sino que se promulgaban en cabildos que conocían el problema, y atisbaban la solución.

Ese dividir el todo del Poder en fragmentos, y que esos trozos fueran ciudades primero y cantones y municipios después, nos brinda hoy autonomía local y potestad legislativa comunal. Sin embargo la evolución de esta figura, y lo digo con más esperanza que convicción, no ha terminado, todavía debe profundizarse y extenderse hacia los nuevos problemas que afronta la Sociedad.

CONCEPTO DE REGLAMENTO:

Admito que mi definición de reglamento alude más al impacto en la comunidad que a modelos jurídicos. Son conjuntos normativos generales, no existen reglamentos unpersonales, dictados por el Concejo Municipal, en cumplimiento de la representación dada en las urnas, para regular una determinada actividad. Esta opinión es compartida por Dimitry Berberoff, Magistrado Especialista de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de Cataluña: “La potestad en concreto sólo cobra sentido cuando la misma se ejerce y utiliza para la obtención de una determinada finalidad: es decir, no basta la mera atribución, un reconocimiento genérico de la potestad por el ordenamiento jurídico a una determinada Administración pública, toda vez que la legitimidad y la validez de los actos derivados del ejercicio de dicha potestad dependerán precisamente de la finalidad que se persiga con la atribución de la potestad a la Administración en cuestión.”

Potestad Reglamentaria Municipal:

Un reglamento municipal puede desarrollar una ley estatal, aquí hay potestad, claro. Pero la encuentro más nítida cuando el reglamento y la ley se reparten competencias, materias, ta-

reas, controles y funciones. O sea, cuando la Potestad Municipal se pone creativa y el reglamento es una vanguardia, no una retaguardia que sigue los pasos de la ley que marcha adelante.

Naturaleza Jurídica:

Estamos ante una facultad pública derivada de la más Alta Norma, que a su vez es efecto o consecuencia de un concepto mayor y supletorio en la Institución Municipal: su autonomía. Si las Municipalidades pueden, entre otros actos de soberanía local, emitir reglamentos, es porque gozan de autonomía dentro de su territorio.

Normativa Costarricense:

El origen de esta facultad normativa viene de la Constitución Política: “las Corporaciones Municipales son autónomas”, a lo que el Código Municipal de 1998 responde con su Artículo 4 que “La municipalidad posee la autonomía política, administrativa y financiera que le confiere la Constitución Política. Dentro de sus atribuciones se incluyen:

- a) Dictar los reglamentos autónomos de organización y de servicio, así como cualquier otra disposición que autorice el ordenamiento jurídico.”
- b) Le corresponde entonces a las municipalidades la administración de los servicios e intereses locales con el fin de promover el desarrollo integral de los cantones, en armonía con el desarrollo nacional. Dentro de estos cometidos, las municipalidades deben promover el progreso de la cultura, las ciencias y las artes, impulsar la educación, la salud de sus habitantes y formular políticas de planeamiento urbano y rural.

Los ayuntamientos tienen la capacidad de emitir normas que gozarán de eficacia únicamente en sus cantones. Estos reglamentos no necesitan para su vigencia de autorizaciones legislativas nacionales. El origen de esta potestad es Constitucional, no depende de la firma de un tratado internacional o de una ley.

La facultad reglamentaria que se otorga al Poder Ejecutivo en virtud de lo dispuesto en los incisos 3) y 18) del artículo 140 de la Constitución Política.

Señala nuestra Constitución Política en su artículo 169;

Autonomía Normativa: en virtud de la cual las municipalidades tienen la potestad de dictar su propio ordenamiento en las materias de su competencia, potestad que en nuestro país se refiere únicamente a la potestad reglamentaria que regula internamente la organización de la corporación y los servicios que presta (reglamentos autónomos de organización y de servicio).

NORMATIVA INTERNACIONAL:

Mirar hacia donde las libertades y potestades de la Ciudadanía son menores no tiene sentido, pero observar sistemas que han avanzado más allá de donde estamos, puede ser útil. Por

ejemplo, el CODIGO MUNICIPAL PARA EL ESTADO DE COAHUILA DE ZARAGOZA es generoso con la soberanía de la Municipalidad, porque respeta que su origen es popular:

Artículo 3º. El municipio es un ente autónomo que, de acuerdo con el orden constitucional de la República, reúne las siguientes características: a) personalidad jurídica propia; b) patrimonio propio; c) no tiene vínculos de subordinación jerárquica con el gobierno del Estado; d) administra libremente su hacienda; e) tiene facultades reglamentarias, ejecutivas y jurisdiccionales administrativas; y f) su órgano de gobierno es electo directa y popularmente.

EN COLOMBIA el DECRETO 1333 DE 1986 (Diario Oficial No. 37.466, del 14 de mayo de 1986, estipula en su ARTICULO 2 que la “*legislación municipal tiene por objeto dotar a los Municipios de un estatuto administrativo y fiscal que les permita, dentro de un régimen de autonomía, cumplir las funciones y prestar los servicios a su cargo, promover el desarrollo de sus territorios y el mejoramiento socio-cultural de sus habitantes, asegurar la participación efectiva de la comunidad en el manejo de los asuntos públicos de carácter local y propiciar la integración regional*”; me gusta la expresión “legislación municipal” porque la palabra “reglamento” tiene un sesgo de inferioridad respecto de la ley. Más adelante se hablará de ello. Y seguramente el reglamento es una norma de carácter inferior a la ley, pero los veo no como jerarquías sino como compañeros del mismo viaje de mejorar el nivel de vida de la Ciudadanía.

Las Constituciones de los siguientes países están consideradas en el estudio comparativo con Costa Rica entre ellos tenemos a España, El Salvador, Guatemala, Ecuador, México, Paraguay.

En España, el Artículo 20 refleja una visión moderna del ayuntamiento:

1. La organización municipal responde a las siguientes reglas:
2. Las leyes de las comunidades autónomas sobre el régimen local podrán establecer una organización municipal complementaria a la prevista en el número anterior.
3. Los propios municipios, en los reglamentos orgánicos, podrán establecer y regular otros órganos complementarios, de conformidad con lo previsto en este artículo y en las leyes de las comunidades autónomas a las que se refiere el número anterior.

Esta materia en MÉXICO es regulada de forma muy clara, evitando ambigüedades que retarden la eficacia de los reglamentos municipales:

Artículo 115.- Los Estados adoptaran, para su régimen interior, la forma de gobierno republicano, representativo, popular, teniendo como base de su división territorial y de su organización política y administrativa, el municipio libre conforme a las bases siguientes:

I. Cada municipio será administrado por un ayuntamiento de elección popular directa y no habrá ninguna autoridad intermedia entre este y el gobierno del Estado.

II. Los municipios estarán investidos de personalidad jurídica y manejarán su patrimonio conforme a la ley. Los ayuntamientos poseerán facultades para expedir de acuerdo con las bases normativas que deberán establecer las legislaturas de los Estados, los bandos de policía y buen gobierno y los reglamentos, circulares y disposiciones administrativas de observancia general dentro de sus respectivas jurisdicciones”.

Y es que esta redacción demuestra que la Autonomía Municipal y esta Potestad Reglamentaria son cuestiones álgidamente políticas, en el sentido más sano de la palabra. O sea, no partidistas, sino políticas dentro del diseño democrático que la Sociedad ha elegido para convivir. Fortalecer la Potestad es fortalecer a la Municipalidad frente al Centralismo. Y ello es una postura política. La Municipalidad no es un espacio aséptico, sino el más genuino heredero de la Democracia Directa y Participativa.

¿Y NOSOTROS, QUÉ HEMOS HECHO CON NUESTRA POTESTAD REGLAMENTARIA MUNICIPAL?

Potestad es la facultad para hacer algo, deriva de la palabra “poder” y el poder se usa para causar incidencia y cambios en la realidad. También se puede usar para dejarla como está pero no sería el caso de las Municipalidades, pues hay mucho por mejorar en los cantones. Si los cantones fueran lugares sin problemas y con la vida de la ciudadanía resuelta casi no harían falta reglamentos; pero desafortunadamente nuestras Comunidades tienen mucho camino por recorrer para alcanzar niveles de calidad de vida aceptables. Y los reglamentos son un instrumento poderoso para trabajar en esa dirección... o para no hacer nada.

Se pueden comprender los reglamentos derivados de la Potestad Municipal de muchas formas, prefiero entenderlos como herramientas de trabajo. Porque si no mejoran la vida de la ciudadanía, o dejan su situación igual, (me salto la opción de que la deterioren, por impensable, aunque con algunos de nuestros políticos... nunca se sabe) no tienen justificación.

Ahora veamos, como Sociedad Municipal, en qué se ha traducido esa potestad legislativa local. Los ejemplos serán tomados de las materias que las Municipalidades han decidido intervenir con reglamentos.

Por ejemplo, la Municipalidad de San José, junto a temas adustos y de abolengo, como la Contratación Administrativa, la Patente de Actividades Lucrativas, los Consejos de Distrito y partidas específicas, la Policía Municipal, el Plan Director Urbano; y uno que tiene un nombre tan largo digno quizá de materia más trascendente: Reglamento del procedimiento para el mejoramiento de fachadas y el cobro de construcción de obras y servicios realizados por la Municipalidad como consecuencia de la omisión a los deberes de los propietarios o poseedores de inmuebles, localizados en el Cantón Central de San José; quizá la reiteración territorial sobraba, pues su Municipalidad no puede reglamentar otros Cantones, lo tiene prohibido. Junto a temas tan serios, decía, le ha metido el diente a otros temas más exóticos y casi “faranduleros”, a

saber: el Certamen Tica Linda (que es un concurso de belleza), las Bandas, las Carrozas, y los Festejos Populares de la ciudad. Una pensaría que la Potestad Reglamentaria Municipal, como creación pensada por una instancia pensante, debería priorizar las zonas de la Sociedad Local más urgentes, más sensibles y delicadas, y “resolver” (verbo usado maravillosamente por los cubanos para referirse a casi todo).

¿Merecen un concurso de belleza cantonal un desfile de carrozas, y unas fiestas que incluyen corridas de toreros informales y carnavales, el rango reglamentario municipal? ¿Merecen la atención de la autoridad legislativa local? Yo diría que sí, pero no antes de atender y solucionar problemáticas sociales como salud, (in) seguridad ciudadana, circulación vial, protección al ambiente, entre otras materias vitales.

La Potestad Reglamentaria se puede usar frívolamente, como casi todo. Pero es mejor no hacerlo, digo, por respeto a los votantes, que son al fin y al cabo quienes ponen a quienes toman estas decisiones en sus cargos.

Sin embargo, no todos los temas distintos o inusuales son frívolos, viene a mi memoria la reciente iniciativa de la Municipalidad de Venecia de emitir una normativa para prohibir el tradicional lanzamiento del arroz en las bodas en el Palacio Cavalli y la venta del grano en toda la ciudad, con un fin quizá poco romántico pero indudablemente higiénico: reducir la invasión de las palomas.

El Alcalde de la ciudad de los canales al momento de escribir este artículo, Massimo Cacciari, preparó un reglamento con estas prohibiciones ante los graves daños que está causando la superpoblación de palomas en el patrimonio artístico de la ciudad.

Un estudio encargado por la superintendencia de arqueología de Venecia reveló que los problemas higiénico-sanitarios y la restauración del patrimonio por los daños causados por las palomas cuestan anualmente a cada ciudadano unos 275 euros, o sea, doscientos mil colones al tipo de cambio al momento de escribir estas letras. Demasiado dinero, diría yo. Además, Cacciari anunció que se prohibirá la venta del grano para palomas en toda la ciudad, incluida la localidad de Mestre, a las afueras de Venecia. “Hemos intentado llegar a un acuerdo con los 18 vendedores de grano y sólo siete han aceptado la oferta de trasladarse a otra zona de la ciudad y vender otro tipo de mercancías. Ahora el resto o acepta la oferta o será obligado de todas maneras a abandonar la ciudad”, señaló el alcalde al diario. He aquí un ejercicio claro y directo de la potestad reglamentaria municipal: tenemos un problema en la ciudad, pues a solventarlo con una herramienta de trabajo, que prohíba o permita un comportamiento. Espero que alguien en el Ayuntamiento veneciano explique a las palomas que no se trata de algo personal.

AVANCES JURISPRUDENCIALES EN EL MUNDO REGLAMENTARIO LOCAL

Otro gran espacio donde la Potestad Reglamentaria local ha debido abrirse paso es en la Jurisprudencia, pues su rango de

Fuente de Derecho la convierte en prueba idónea de legitimación. Veremos a continuación las más audaces sentencias, que contribuyen a definir la figura, más allá de cánones teóricos:

Según la Sección Tercera del Tribunal Contencioso Administrativo, en Consulta Judicial Facultativa de Constitucionalidad, (a las nueve horas diez minutos del treinta de enero de mil novecientos noventa y ocho, No. 7365-98), la *Sala Constitucional define la Potestad Reglamentaria como:*

“... la atribución constitucional otorgada a la Administración, que constituye el poder de contribuir a la formación del ordenamiento jurídico, mediante la creación de normas escritas (artículo 140 incisos 3 y 18 de la Constitución Política)”

Contextualizo “Administración” en el marco de este artículo, incluyente con las Municipalidades, y trato de sacarle punta al lápiz diciendo que sólo se puede crear nuevas normas en el vacío legal, donde no existan otras iniciativas legislativas vigentes y eficaces.

Ahora bien, la Sala abunda que *“la particularidad del reglamento es precisamente el ser una norma secundaria y complementaria, a la vez, de la ley cuya esencia es su carácter soberano (sólo limitada por la propia Constitución), en la creación del derecho. Como bien lo resalta la más calificada doctrina del Derecho Administrativo, la sumisión del reglamento a la ley es absoluta, en varios sentidos: no se produce más que en los ámbitos que la ley le deja, no puede intentar dejar sin efecto preceptos legales o contradecirlos, no puede suplir a la ley produciendo un determinado efecto no querido por el legislador o regular un cierto contenido no contemplado en la norma que se reglamenta.”*

Nadie discute que el reglamento es secundario con respecto de la ley, así como ésta lo es medida con la Constitución y los Tratados Internacionales. Pero como confieso simpatía por la Potestad Reglamentaria Municipal, me arriesgaré en decir que el reglamento municipal es “primario” allí donde está solo, donde es la única presencia normativa pública. Si no tiene con quien compararse, no podemos decir que sea secundario. Lo será genéricamente, siempre, respecto de la ley, pero si en una comunidad surge un problema de salud con unas fábricas de productos tóxicos desconocidos hasta ahora, y la ley no lo regula, y viene el reglamento y cubre, controla y evita daños a la comunidad, ese humilde cuerpo normativo local será el “primario” en la realidad, que es donde cuentan los méritos. Por lo que no creo que siempre la “particularidad” del reglamento, como decir su característica inevitable, sea su calidad de secundario. Tiene que ver, más bien, con la materia regulada. Si la ley regula genéricamente y el reglamento desarrolla conceptos legales generales, ese carácter secundario se cumple. Pero si el reglamento “es el primero en llegar” a esa playa (materia) al menos mientras no lo acompañe otra norma, sería el primario (material, o temáticamente).

Según la Sala, *“la potestad reglamentaria de las leyes, tiene límites desde el punto de vista material, y en consecuencia, no puede regular lo que la Constitución ha reservado a la ley, ni puede prohibir lo que la ley permite o permitir lo*

que prohíbe, complicar los modos de adquisición de derechos regulados por la ley, suprimir el todo o parte del contenido de un derecho creado por ley, imponer deberes que la ley no impone, aumentar el número de obligaciones o deberes legales o complicar los modos de nacimiento de los derechos agregando requisitos que la ley no contiene.”

En mi opinión el reglamento municipal tiene una dignidad distinta de la ley. Tiene un orgullo que aquélla no puede ostentar: nace mucho más cerca de la Democracia Directa. El Reglamento Municipal es más ateniense, en términos de proximidad a la soberanía popular. El lugar donde se genera la Ley es la Asamblea Legislativa, templo de la Democracia Representativa, donde, por lo menos en Costa Rica, cincuenta y siete parlamentarios representan a más de cuatro millones de habitantes. Mientras que el cabildo municipal, con los regidores todavía conservando su condición de vecinos, es mucho más Agora que palacio. Esa dignidad de estar más cercano a la fuente de la soberanía en Democracia, que es el pueblo, hace que el reglamento tenga una mirada más clara, más directa.

(En el mismo sentido: voto n. 243-93 de las 15:45 hrs.19-01-1993)

El Tribunal Contencioso Administrativo, en su Sección Tercera, (a las catorce horas con treinta y cinco minutos del veintisiete de octubre del dos mil cinco, No. 424-2005), estableció que *“existe un principio denominado de la inderogabilidad singular del reglamento, postulado del cual deriva, a su vez, del principio de legalidad (artículos 11 y 28 de la Constitución Política), el cual le impone límites internos a la potestad reglamentaria. El principio significa que toda decisión debe conformarse con las reglas generales previamente establecidas. No se niega la potestad de que el órgano administrativo (Concejo Municipal) pueda reformar y o bien derogar sus propios reglamentos, pero nunca de manera intempestiva (sino mediante un procedimiento legalmente dispuesto para ello), y está inhibido para emitir decisiones individuales que los contradigan ya que el acuerdo debe conformarse con el reglamento, cuando ambos han sido dictados por la misma autoridad administrativa, tal y como ocurre en el presente caso”.*

Lo cual, a mi entender, se ajusta serenamente a la reflexión anterior: el que un reglamento no pueda pervertirse contra una decisión singular lo convierte en una fortaleza democrática. Permitir lo contrario sería corrupción. Y el que sus modificaciones (reformas y derogaciones) no puedan ser intempestivas lo viste con traje de héroe legal: el reglamento es un cuerpo normativo pausado y reflexivo, que no abusa de su poder local. Digamos que tiene la gentileza de avisar cuando hará cambios. Y eso en Democracia es muy valioso, al permitir la defensa de derechos y prever el cumplimiento de deberes.

(Este fallo reitera los límites de la sentencia n.º 1999-05445, ya citada)

La Sala Constitucional, (a las catorce horas con treinta minutos del catorce de julio de mil novecientos noventa y nueve, Res: 1999-05445), aclaró que la *“competencia de las municipalidades es el territorio, y puesto que el artículo 169 de la Carta Fundamental circunscribe la “administración de los intereses y servicios locales” al cantón correspondiente,*

con ello se define que se trata de una descentralización territorial”, con lo cual le otorga un reino democrático al reglamento municipal: no puede traspasar las fronteras de su cantón, pero respetándolas, es norma de soberanía local nacida de las entrañas del pariente más cercano de la Democracia Directa, sea, la Municipal.

Esta delimitación no es nueva en la Sala, pues en su sentencia 4091-94, (quince horas doce minutos del nueve de agosto de mil novecientos noventa y cuatro) había dejado pro sentado que *“es dable afirmar, junto con la doctrina costarricense más calificada, que lo territorial del ente (municipio) es, en realidad, lo territorial de sus potestades para dictar actos de imperio y de sus facultades para prestar servicios públicos y consiste en que tanto el sujeto que lo hace, como la atribución de competencia para hacerlo y la legalidad de esa conducta, vienen determinados por el propio territorio.”*

Que sea el criterio territorial el que legitime las iniciativas legislativas locales, me parece casi sagrado: porque ese territorio no es una abstracción filosófica, ni una abstracción política, es una realidad llena de gente, inquietudes, problemas, escolares cruzando la calle para llegar a su centro de estudios, hombres y mujeres caminando hacia sus trabajos. Ese territorio está poblado de derechos y deberes, y esa dignidad (de nuevo uso esta palabra), es inapelable.

Sigue diciendo la Sala que *“nuestra doctrina, por su parte, ha dicho que la Constitución Política (artículo 170) y el Código Municipal (artículo 7 del Código Municipal anterior, y 4 del vigente) no se han limitado a atribuir a las municipalidades de capacidad para gestionar y promover intereses y servicios locales, sino que han dispuesto expresamente que esa gestión municipal es y debe ser autónoma, que se define como libertad frente a los demás entes del Estado para la adopción de sus decisiones fundamentales. Esta autonomía viene dada en directa relación con el carácter electoral y representativo de su Gobierno (Concejo y Alcalde)”.*

Tratar de “explicar” este párrafo sería no sólo inútil sino pretencioso. Es claro y directo. Y es sensato. Muchos ven en la Municipalidad un polo de poder que hay que apaciguar con Centralismo. Y este fallo es valiente y sobre todo va a tono con los tiempos que intentan devolver al pueblo cuotas de Democracia que la abstracción representativa ha limado.

(Este fallo, en otros razonamientos, reproduce lo dicho sobre la autonomía municipal en la Resolución 2001-00620, ya citada)

No sólo en el campo judicial la Potestad Reglamentaria ha hecho su “luchita”, también en el administrativo ha librado un empuje por legitimarse allí donde las normas dan el “ser o no ser”:

Instituto de Fomento y Asesoría Municipal: Instituto de Fomento y Asesoría Municipal (IFAM):

La Junta Directiva, en sesión extraordinaria N.º 3612 del 15 de noviembre de 2006, acogió el criterio externado por la Asesoría Legal, que señala:

“Como se observa, propone el proyecto que sean los Concejos Municipales los que dispongan de los recursos que les otorga la Ley de licores N.º 10 del 07 de octubre de 1936,

lo que revela absoluta concordancia con el principio de autonomía otorgada a los gobiernos locales por medio de la Constitución Política y los artículos 1, 2, 3 y 4 del Código Municipal, entendida la autonomía desde los ámbitos políticos, normativos en las materias de su competencia y administrativamente. Pese a lo señalado, dicha potestad no es, desde luego ilimitada, sino que también se encuentra sometida a determinadas restricciones, encontrándose entre otras las de orden público.

Y es que en Derecho Democrático no hay términos absolutos, la Autonomía Municipal no puede ser ilimitada, porque choca contra la noción del respeto al derecho ajeno, fundamental en convivencia democrática. Comprender que la Autonomía Municipal en general y la Potestad Reglamentaria Municipal, en particular, tienen límites, no es restringirla, es dimensionarla en su justa proporción dentro del juego democrático. Y eso la enaltece.

CONCLUSIONES:

Leo este artículo para escribir las Conclusiones y me parece que todo él es una reflexión, una meditación a manera de Conclusión. Entonces prefiero aprovechar este apartado para dejar sobre la mesa de los amables lectores unas preguntas:

¿Ha sido bien empleada la Potestad Reglamentaria Municipal en nuestro país?

Como herramienta dentro del Juego Democrático, ¿ha podido dar más en beneficio de la Comunidad local?

Los límites que le han puesto, ¿son pocos o más bien, excesivos?

¿Deberían las Municipalidades consultar popularmente a sus munícipes dentro del proceso de emitir reglamentos? Estas consultas, ¿deberían ser vinculantes o no?

Estas preguntas no las formulo por descuido o evasión de no responderlas, sino para permitir al lector protagonizar el final de este artículo. Que quien lo lea pueda darle a la película el final que prefiera.

Después de todo, todavía no tenemos reglamentos que regulen nuestra mente.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

- Santamaría Pastor, J.A.: Principios de Derecho Administrativo, vol. I, tercera edición, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 2001.
- Entrena Cuesta, R.: Curso de Derecho Administrativo, Tomo I y II, 5ª edición, Tecnos, Madrid, 1998.
- García de Enterría, E., y Fernández, T.R.: Curso de Derecho Administrativo, vol. I y II, 9ª y 6ª edición, Cívitas, Madrid, 1999.
- Martín Mateo, R.: Manual de Derecho Administrativo, 9ª edición, Trivium, Madrid, 1998.
- Parada Vázquez, J.R.: Derecho Administrativo, vol. I y II, 11ª y 13ª edición, Marcial Pons, Madrid, 1999.
- Parejo Alfonso, L., Jiménez-Blanco, A., y Ortega Alvarez, L.: Manual de Derecho Administrativo, vol. I, 5ª edición, Barcelona, Ariel, 1998.
- Villar Palasí, J.L., y Villar J.L.: Principios de Derecho Administrativo, Tomo I, 3ª edición, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho (UCM), Madrid, 1992.
- Base de Datos Políticos de las Américas. (1998) Gobierno municipal. Análisis comparativo de constituciones de los regímenes presidenciales. [Internet]. Georgetown University y Organización de Estados Americanos. En: <http://pdba.georgetown.edu/Comp/Municipal/gobierno.html>. 25 de septiembre 192007.
- Boletín Nº 86 – Setiembre del 2000 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.
- Periódico Mensual GOBERNA, una publicación de Goberna & Derecho.
- Compendio de los modelos de reglamentos Municipales. IFAM.
- **Base de Datos Políticos de las Américas.** (1998) Gobierno municipal. Análisis comparativo de constituciones de los regímenes presidenciales. [Internet]. Georgetown University y Organización de Estados Americanos. En: <http://pdba.georgetown.edu/Comp/Municipal/gobierno.html>. 30 de septiembre 192007.



ELABORACION DEL PERFIL DEL ABOGADO Y LA ABOGADA LITIGANTE Y EL DESARROLLO DE PROPUESTAS PARA MEJORAR EL SISTEMA ETICO Y LA PRÁCTICA LEGAL¹

Lic. Gonzalo Elizondo Breedy²
LL.M. Margarita Jenkins Coronas

INTRODUCCIÓN

Actualmente, el Poder Judicial de Costa Rica lleva a cabo su plan de modernización de las estructuras organizativas, los procedimientos y los sistemas de gestión con los cuales debe hacer frente a su misión constitucional de proporcionar a toda la ciudadanía una justicia pronta, cumplida y sin denegación de la misma, en coordinación con otras instituciones del Estado.

Por lo anterior, se negoció un préstamo con el Banco Interamericano de Desarrollo para contar con recursos extraordinarios que permitieran hacer frente a los gastos requeridos por el proceso de cambio. Es así como mediante Ley No. 7496 se

aprobó el contrato de préstamo entre el Gobierno de la República de Costa Rica y el Banco Interamericano de Desarrollo, No. 859/OC-CR. Para financiar el Programa Modernización de la Administración de Justicia, bajo la justificación de que el Derecho y la Justicia se enmarcan dentro de los procesos de reforma y modernización del Estado.

Posteriormente, y gracias a los éxitos alcanzados, así como al apoyo de los otros poderes del Estado, se logró negociar un segundo préstamo, identificado con el número 1377/OC-CR y aprobado mediante ley No. 8273. Este préstamo se encuentra en ejecución desde mediados del año 2003.³

³En <http://www.poder-judicial.go.cr/bid/somos.htm>

¹ Licitación Pública No. 74-05 del Programa Modernización de la Administración de Justicia del Poder Judicial de Costa Rica. Préstamo Número 1377/OC-CR del Banco Interamericano de Desarrollo.

² El Licenciado Gonzalo Elizondo Breedy fue adjudicado para realizar la consultoría de la Licitación 74-05. Como parte del equipo consultor estuvieron las siguientes personas: Margarita Jenkins, Juan Chong, Johnny Madrigal, Irene Aguilar y Ana Leonor Ramírez.

Como parte de esta segunda etapa el Programa pretende continuar con los esfuerzos de modernización del sector justicia iniciados con anterioridad. Comprende la ejecución de 5 proyectos; uno de ellos denominado: Eficiencia Judicial en la Resolución de Conflictos, cuyo objetivo es reducir la mora judicial, mediante la ejecución de 5 componentes, a saber:

1. Gestión de despachos,
2. Reforma procesal
3. Desjudicialización
4. *Formación y práctica del ejercicio de la profesión legal*
5. Sistemas de información jurídica y judicial.

Se decidió incorporar áreas y actores que no fueron incluidos en la primera etapa del programa; pero que a la luz de los cambios sociales y jurídicos del país se hacía necesario hacerlos partícipes de este proceso de modernización; ya de por sí complejo. Por su parte, la Licitación No. 74-05 denominada: "Elaboración de un perfil del abogado y la abogada litigante y desarrollo de propuestas para mejorar el sistema ético y la práctica legal", se enmarcó dentro del apartado d) Formación y práctica del ejercicio de la profesión legal. Este componente incluye la participación del Colegio de Abogados y pretendía dar asistencia técnica para:

- la elaboración de propuestas de mejoramiento de la práctica legal, y
- la generación de consensos para la aprobación de esas propuestas.

Para cumplir con los objetivos planteados en este componente, el Programa Modernización de la Administración de Justicia se propuso contratar expertos en diversos campos del conocimiento para la elaboración de un perfil del abogado y la abogada litigante en Costa Rica, mediante el cual se pudiesen identificar y describir sus competencias más generales.⁴

Se pretende incidir en la formación de los futuros y futuras profesionales del Derecho, es decir, concienciar a las personas a cargo de facultades y escuelas de Derecho que imparten la carrera en el país, de que la calidad de la enseñanza es básica para el buen desempeño profesional. A su vez, se podrá orientar el trabajo que realizan las instituciones encargadas de brindar capacitación y actualización jurídica en el país, para lo que ocupa una posición central el Colegio de Abogados.

Por ello, el proyecto analizó la realidad en la cual se desenvuelven los abogados y abogadas litigantes en el país, incorporando el análisis de normativa nacional e internacional, jurisprudencia relevante, doctrina y la información estadística producto de las encuestas realizadas, así como de otras fuentes que se consideraron pertinentes. Se enfatizó en las actividades realizadas con los profesionales en Derecho y sobre los vacíos que fueron detectados durante el desarrollo de entrevistas llevadas a cabo a lo largo de estos meses de investigación y especialmente de las jornadas de trabajo con grupos de litigantes en diferentes regiones del país, así como el intercambio de ideas con varios Decanos y Decanas de derecho. De estas reuniones

se desprendieron ideas y recomendaciones para orientar la elaboración del perfil para el litigante costarricense.

Dentro de los objetivos específicos de la investigación estaban los siguientes:

- Definir un perfil y un listado de referencia de competencias preliminar, así como una estrategia a seguir para alcanzar dicho perfil y desarrollar dichas competencias.
- Revisar el sistema vigente de ética y de control sobre la calidad del servicio que brindan los abogados y abogadas litigantes y elaborar propuestas para mejorarlo.
- Elaborar un programa para la capacitación y el desarrollo de las competencias generales de los abogados y abogadas litigantes, con el objetivo de ser desarrollado por el Colegio de Abogados.

EL PROCESO DE CONSTRUCCIÓN DEL PERFIL

La metodología de construcción del perfil profesional por competencias partió de la identificación de las principales herramientas para la recolección de información relevante, tales como encuestas, entrevistas, talleres, investigación bibliográfica, y los marcos de referencia utilizados para la elaboración del perfil del profesional en Derecho en otras partes del mundo.

Indudablemente la primera pregunta que debíamos plantear consistía en determinar qué funciones realizan estos profesionales en sus diversos ámbitos de desempeño, como asesores y representantes legales, considerando también las áreas o especialidades del Derecho que se ejercen en el ámbito nacional. Por ello la consulta a las y los actores del proceso deviene esencial, aspecto que caracterizó todas las etapas del proyecto de investigación.

El diseño del perfil profesional por competencias debía tomar en cuenta también los perfiles actuales de las universidades que imparten la carrera de Derecho, la incidencia del Colegio de Abogados de Costa Rica en el control de la calidad del ejercicio profesional y de otras instancias relacionadas con la formación profesional.

Uno de los aspectos en los que este estudio representó una innovación respecto de cualquier otra investigación precedente en Costa Rica, fue el uso de métodos cuantitativos para justificar la escogencia de los insumos que sustentan el perfil propuesto. De este modo se generó una base de conocimiento sobre necesidades y posibles vías para su satisfacción, que corresponde a la opinión mayoritaria del público, de los profesionales en Derecho que laboran en el Poder Judicial y de los mismos abogados y abogadas litigantes. Para ello, se aplicaron tres encuestas mediante entrevista telefónica⁵:

La primera abarcó una muestra de 401 abogados y abogadas litigantes de todas las edades y de todo el país, inscritos en el registro del Colegio de Abogados.

La segunda utilizó una muestra de 201 operadores y operadoras de justicia, funcionarios de ambos sexos del Poder Judicial que ocupan plazas de juez, fiscal, defensor y profesional en Derecho, y que al momento de la encuesta laboraban ac-

⁴ Programa Modernización de la Administración de Justicia. Proyecto Poder Judicial – Banco Interamericano de Desarrollo. Licitación Pública Nacional No. 74-05.

⁵ Se decidió utilizar la vía telefónica debido a que el tiempo y el costo de realizarla son menores a los que implicaría hacerla "cara a cara" (face to face).

tivamente en todo el país (excluyó funcionarios incapacitados, de vacaciones o con permisos especiales).

La tercera tomó en cuenta a 604 personas de 24 años o más, de ambos sexos, que al momento de la encuesta eran residentes de viviendas con teléfono y en el territorio nacional. La muestra incluyó tanto usuarios como no usuarios de los servicios de abogados y abogadas litigantes.

Esta composición de las muestras tuvo como finalidad no solo conocer las percepciones u opiniones sobre los profesionales en estudio, sino también la de otros grupos que los observan actuar y/o requieren sus servicios. El tamaño y la selección de las muestras permitieron un rango de error de 4% a 5%, con un nivel de confianza del 90% al 95% según la población analizada.

Por su parte el cuestionario confeccionado tuvo como base la opinión de personas expertas en el tema, el contexto generado por algunas leyes de reciente promulgación, así como los objetivos planteados por el Programa Modernización de la Administración de Justicia.

Un segundo conjunto de insumos estuvo constituido por los resultados de las jornadas de trabajo y entrevistas realizadas con actores clave, de manera especial con los y las profesionales en Derecho, así como con las personas a cargo de su formación. La recolección de esta información tuvo como finalidad adicional “lograr consensos y compromisos institucionales y personales de actores clave alrededor de la construcción del mencionado perfil y del desarrollo de las competencias del abogado y de la abogada litigantes”.

En este sentido, se plantearon como tareas básicas de las jornadas y entrevistas la recopilación y procesamiento de insumos para la construcción del perfil profesional del abogado y la abogada litigantes, así como aprovechar los encuentros para impulsar la adopción de ciertos consensos entre la comunidad académica costarricense e ir creando grupos de opinión que, en su momento, puedan contribuir a generar un cambio en beneficio de los fines que persigue el Programa.

Se trabajó con varios grupos de personas clave: decanos y decanas de facultades de Derecho, abogados y abogadas, y otros actores relevantes (empresarios y empresarias, Director Ejecutivo de CONESUP).

El tercer conjunto de insumos consistió en los resultados de los talleres o jornadas de trabajo con personas que tienen relación con la formación profesional en Derecho. Se llevaron a cabo tres talleres en el marco de un seminario nacional efectuado el 31 de mayo de 2006:

- Taller sobre la formación de los abogados y las abogadas litigantes.
- Taller sobre ética profesional.
- Taller sobre el perfil de abogados y abogadas litigantes.

Asimismo, en ocasión del 125 Aniversario del Colegio de Abogados, el 18 de agosto de 2006 se realizó el Encuentro de Facultades de Derecho y Entidades Académicas, organizado con la cooperación de este proyecto. Desde el punto de vista metodológico, se pudieron aprovechar los aportes de los documentos técnicos preparados para ese encuentro, en especial los siguientes:

- *La certificación de la calidad del Colegio de Abogados*⁶
- *La educación continua: su importancia dentro del ejercicio profesional*⁷
- *Agenda de temas para construir el perfil del profesional en Derecho a partir del Informe Estado de la Educación Costarricense y la Estrategia Siglo XXI*⁸
- *Responsabilidad universitaria en la revisión de los programas de cara al ejercicio profesional*⁹
- *La aplicación de los ejes transversales en la formación del ejercicio profesional: notariado y Ética*¹⁰

Un cuarto conjunto de insumos fue provisto por la investigación bibliográfica sobre aspectos conceptuales, metodológicos, normativos y otros, para la construcción del perfil profesional en Derecho. Ese ejercicio permitió observar que los marcos teóricos van incorporando elementos que los mantienen actualizados, que las lecciones de la experiencia influyen en los cambios conceptuales y metodológicos y que el desarrollo normativo plantea regulaciones para ajustar los procesos de ejecución y mejoramiento de la administración de justicia.

Como resultado de la investigación, entre otros asuntos, se profundizó en temas referidos al contexto socioeconómico, cultural y jurídico en que se da el cambio del perfil profesional tradicional al perfil por competencias, las características del modelo para su construcción, las estrategias de utilización del nuevo perfil y el empresarialismo de los profesionales en Derecho. La revisión bibliográfica se orientó por el objetivo que se refiere a la elaboración del documento *Análisis del ejercicio de la profesión del abogado y abogada litigante en Costa Rica*, que forma parte de los productos de esta consultoría.

Finalmente, el quinto conjunto fueron los insumos derivados del análisis de algunos marcos de referencia que tienen un impacto positivo en la caracterización del perfil, como la construcción de las sociedades del conocimiento, los efectos de la globalización, el respeto a los derechos humanos, el derecho ambiental y biotecnológico, el desarrollo digital y las propuestas formuladas en el proyecto Alfa Tunning, que busca “afinar” las estructuras educativas de América Latina a través de un debate tendiente a intercambiar información y mejorar la colaboración entre las instituciones de educación superior para el desarrollo de la calidad, la efectividad y la transparencia.

Se trató de identificar, dentro de las propuestas planteadas por los marcos de referencia, los elementos que contribuyen a la construcción del perfil profesional en Derecho, como el mencionado surgimiento de las sociedades del conocimiento, que promueven la difusión de las ideas de universalidad, libertad e igualdad:

⁶ Ponencia de Rosaura Matarrita Baccá, Directora del Departamento Académico y de Incorporaciones del Colegio de Abogados.

⁷ Ponencia de Rafael González Ballar, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

⁸ Ponencia de Christian Campos Monge, abogado de la Contraloría General de la República.

⁹ Ponencia de Mario Granados Chacón, Decano de la Escuela de Derecho de la Universidad De La Salle.

¹⁰ Ponencia de Ricardo Guerrero Portilla, Rector de la Universidad Escuela Libre de Derecho.

“Actualmente, la difusión de las nuevas tecnologías y la aparición de la red pública Internet parecen abrir nuevas perspectivas a la ampliación del espacio público del conocimiento. A este respecto, podemos preguntarnos si poseemos ya los medios que permitan un acceso igual y universal al conocimiento, así como un auténtico aprovechamiento compartido de éste. Esta debe ser la piedra de toque de sociedades del conocimiento auténticas, que sean fuentes de un desarrollo humano y sostenible”¹¹.

En todos los casos se trataron de determinar los conocimientos, habilidades y destrezas, actitudes, aptitudes y valores que deben tener los y las profesionales en Derecho, para asumir su rol en el marco de una visión presente y futura de la sociedad costarricense.

A partir de la información recabada el equipo consultor realizó una tarea de análisis cuyo principal producto fue la elaboración de una primera propuesta de perfil por competencias, que fue sometido a validación y consulta, lo que implicó la realización de un segundo encuentro nacional de facultades y escuelas de Derecho, en las instalaciones de la Universidad Latina, el 27 de marzo de 2007.

Asimismo, se organizaron talleres y grupos focales con estudiantes, docentes, operadores y operadoras de justicia, y funcionarios y funcionarias de otras instituciones públicas. El total de personas consultadas fue de 97, y cada una de ellas calificó las competencias sugeridas en el documento preliminar.

Las jornadas también brindaron aportes que permitieron elaborar una clasificación sobre el tipo de competencias que el abogado y la abogada litigantes deben desarrollar para poder atender satisfactoriamente las demandas que la sociedad contemporánea exige, lo que impone abrir círculos de diálogo y coordinación. Por ello, se considera un logro de la consultoría el haber logrado revitalizar Acofedo, que es la Asociación Costarricense de Facultades y Escuelas de Derecho, y de crear un eje de coordinación con la Dirección Académica del Colegio de Abogados de Costa Rica.

Con el propósito de estimular esta línea de trabajo, se promovió la adopción de una declaración de compromisos, por parte de las universidades, y un acuerdo del Colegio de Abogados para acompañar este proceso en las etapas siguientes, según sea definido por estas instituciones.

La declaración de compromisos fue suscrita el 23 de noviembre de 2006, en el marco del primer Diálogo Nacional, en la Universidad De La Salle. Por su parte, el acuerdo del Colegio de Abogados fue adoptado el 28 de febrero de 2007.

El perfil por competencias propuesto

El desarrollo social y económico, el fortalecimiento y respeto de los derechos humanos, así como el perfeccionamiento de la democracia, deben ser los objetivos que marquen el ejercicio profesional de los abogados y abogadas en Costa Rica. Estos actores sociales, como conocedores de las leyes, están llamados a velar por su cumplimiento y respeto. Las universidades

deben procurar la formación de profesionales que tengan la calificación y la capacidad necesarias para ajustarse a las nuevas demandas sociales. Es indispensable fomentar la capacitación continua a partir del inicio de la carrera, para que desde sus años de estudiante el futuro profesional adquiera conciencia de que es importante mantenerse actualizado, sobre todo en un campo tan cambiante como el Derecho.

Desde esta perspectiva hay que tener presente que, en cualquier estado democrático, el valor del ejercicio profesional de los abogados y abogadas trasciende la mera esfera judicial. La abogacía contribuye a la prevención de los conflictos, la estabilización de las formas de cooperación y, en general, en una dimensión de la seguridad jurídica que incide en la fluidez de las relaciones civiles y comerciales, en la generación de certeza en el campo de los negocios y en la promoción y respeto de los derechos de todos los ciudadanos, en especial los más necesitados, en lo que sirve también a la justicia, al ejercicio de la crítica y al cambio social¹².

La reeducación debe involucrar a todos los actores del proceso, entre ellos el abogado y la abogada litigantes. El futuro profesional deberá ser formado con esta visión y quienes ya ejercen la abogacía requerirán cursos de capacitación en este campo para ponerse al día. La tarea de las facultades de Derecho y en parte del mismo Colegio de Abogados es clara: ofrecer la debida formación y capacitación de los litigantes para enfrentar estos cambios.

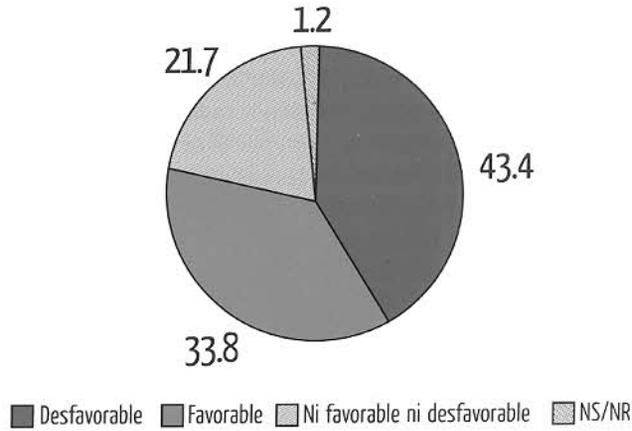
El abogado y la abogada litigantes no deben ser profesionales atrapados en la falacia de considerar los intereses “privados” como los únicos existentes. Por el contrario, su agencia tiene impacto público inmediato en dos dimensiones complementarias y esenciales para la cultura democrática: el acceso y la tutela efectiva de la justicia. El primero se concibe como la necesidad de que nadie se vea privado o privada de la protección de la ley. La segunda, en cambio, alude a la necesidad de que la “solución” generada por el sistema de justicia sea la mejor posible.

El abogado y la abogada litigantes, en tanto tales, se insertan en el sistema de justicia mediante el asesoramiento y representación de las personas que requieren sus servicios. Se utiliza la palabra “persona” por su carácter eminentemente inclusivo. Se destacan las dos funciones generales de la abogacía, de acuerdo con los datos de la investigación realizada: la asesoría (que incluye la consulta) y la representación. Pero, nuevamente, se asume el ejercicio de estas tareas desde una perspectiva teleológica, obviamente democrática: la del acceso y la tutela efectiva de la justicia. Cabe recordar que aquí se está concibiendo el Derecho en un carácter substancial, esto es, que se trata de una herramienta que no debe ser utilizada en cualquier dirección (perspectiva instrumentalista), sino para regu-

¹² Cabe mencionar que uno de los principales problemas que atentan contra estos propósitos es el hecho de que, en América Latina, la enseñanza del Derecho sigue siendo predominantemente magistral, lo que impide utilizar metodologías más activas en el proceso de enseñanza-aprendizaje jurídico. Cfr. Binder, A. y Vargas Viancos, J. E. 2005 en la Revista *Sistemas Judiciales: una perspectiva integral sobre la administración de justicia*, año 5, nº 9. Centro de Estudios de Justicia de las Américas (Ceja) e Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (Inecip), p. 3.

¹¹ UNESCO. 2005. *Hacia las sociedades del conocimiento*. París, Ediciones UNESCO.

OPINIÓN DEL TRABAJO QUE HACEN ABOGADOS Y ABOGADAS DE NUESTRO PAÍS (distribución porcentual)



Fuente: Encuesta a Usuarios y no usuarios de abogados y abogadas litigantes. Grupo consultor de Gonzalo Elizondo Breeedy. Programa de Modernización de la Administración de Justicia, Poder Judicial Banco Interamericano de Desarrollo. Julio del 2006.

lar y resolver conflictos de intereses, así como para aportar a la construcción de un desarrollo social basado en justicia.

Cumpliendo con su función social, el litigante asesora y defiende a sus clientes y su misión le impone deberes y obligaciones. En ese proceso sin duda enfrentará nuevos desafíos, pero también tendrá ante sí un reto que existe hoy y ha existido siempre: hacer justicia frente a las ilegítimas desigualdades que se presentan en los hechos, a fin de lograr la paz social¹³. La lucha por el respeto de la dignidad humana; esa debe ser su más alta convicción.

El profesional en Derecho debe ser titular de honestidad en la relación con sus clientes y colegas, y no perder de vista que la búsqueda de una sociedad más justa es la guía de sus actuaciones en todo momento. Su actividad no se limita al litigio, puesto que en la lucha por una sociedad más justa y equitativa, y por un marco de plena legalidad, convergen y alternan múltiples esfuerzos y áreas de acción. Al mismo tiempo, se trata de profesionales que se nutren de sus pares, a partir del sentido de fraternidad que generan los ideales compartidos. Esta conexión con la vida en comunidad se traduce en una sólida vinculación social.

Es evidente que, para proponer un perfil del abogado y la abogada litigantes, hace falta contrastar el discurso normativo y la visión/misión que de aquel se logra extraer, con los datos que ofrece la experiencia concreta y cotidiana, donde mucho de lo dicho resulta ilusorio. En ese sentido puede presentarse el problema de un desfase entre la calidad de los servicios que brindan estos profesionales y la protección del derecho a la tutela de la justicia. En la encuesta nacional realizada para

esta investigación, muchas personas se manifestaron disconformes con la utilidad del servicio social que prestan abogados y abogadas.

En relación con el uso de prácticas dilatorias, principal queja del público relacionada con la lentitud de la justicia, un interesante estudio del Programa Modernización de la Administración de Justicia aporta datos reveladores. Por ejemplo, al consultarle a los jueces si los abogados litigantes emplean prácticas dilatorias, el 68.9% contestó “bastante”, y el 26.7% “mucho”. En otras palabras, más del 95% de los jueces consultados opinó que los litigantes, en mayor o menor medida, utilizan prácticas dilatorias en los procesos judiciales¹⁴. Adicionalmente, los entrevistados consideraron que el poco conocimiento que algunos profesionales tienen de la jurisprudencia, los procesos y procedimientos -debido sobre todo a la mala formación que reciben en ciertas universidades- propicia prácticas dilatorias que se dan por ignorancia, no por mala fe. Afirman que por muchos motivos no todos los profesionales están en capacidad de llevar con propiedad un proceso judicial, pues para ello se requiere una buena formación académica, amplia experiencia, capacidad investigativa y mucha pericia¹⁵.

Este es el serio problema que tenemos al frente. El perfil profesional debería ayudarnos a colocar la mira en el objetivo, para coordinar e impulsar todos los esfuerzos que se hacen necesarios para cambiar esta situación.

Teniendo esto en mente, tras analizar los resultados obtenidos de cada una de las actividades realizadas con el fin de validar el perfil preliminar del abogado y la abogada litigantes, el grupo consultor decidió agrupar las competencias básicas en las siguientes categorías:

- Competencias políticas.
- Competencias en actitudes.
- Competencias cognitivas.
- Competencias en habilidades y destrezas.

El orden en que se presentan las categorías establecidas no es casual, responde a la importancia asignada a cada una de ellas. Así, se considera que las competencias políticas son esenciales para promover y consolidar un verdadero estado de Derecho. A su vez, las actitudes que muestre el abogado o la abogada son determinantes a la hora de valorar su papel dentro de la colectividad. Como dice un refrán utilizado por los norteamericanos: “*innovation is more important than knowledge*” (la innovación es más importante que el conocimiento). En este trabajo ambos aspectos son vistos como relevantes, pero se concibe la “creatividad” como un elemento indispensable en todo profesional que debe desenvolverse en un mundo globalizado, dinámico y cambiante, que además espera de él o de ella soluciones novedosas que rompan paradigmas y estereotipos. Asimismo, el contar con ciertas habilidades y destrezas le permitirá desempeñarse de manera eficiente y eficaz, haciendo uso de la tecnología para lograr una real optimización de todos los recursos a su alcance.

¹³ Bastidas, P. I. El papel del abogado en el futuro, en <http://www.salvador.edu.ar/an2000.htm>

¹⁴ Programa Modernización de la Administración de Justicia. 2004. Evaluación del impacto del retraso judicial en Costa Rica.

¹⁵ *Ibid.*, pp. 43-44.

Competencias políticas

- Solidaridad y justicia.
- Tolerancia y no discriminación.
- Enfoque de género.
- Ética profesional.
- Pensamiento estratégico.

Todo profesional en Derecho debe aspirar a obtener una justicia real y efectiva, basada en los principios de la equidad. Además, es importante que tenga una visión solidaria en el ejercicio de su profesión y que promueva el acceso a los servicios jurídicos para las personas que no pueden pagarlos. Este último aspecto es central desde una perspectiva de responsabilidad social profesional, habida cuenta de que en años recientes ha sido objeto de un amplio debate entre los distintos sectores y poblaciones que ejercen el Derecho, y que en el país ya existen iniciativas –valiosas pero insuficientes– que buscan establecer mecanismos para brindar asesoría profesional a las personas de escasos recursos.

Es importante también que el profesional en Derecho aprenda a reconocer y aceptar el disenso al relacionarse con otras personas por asuntos profesionales. No es extraño tener que afrontar situaciones conflictivas, en las que cada una de las partes involucradas tiene su propia visión y manera de abordar los problemas. El abogado y la abogada deben mantener una postura tolerante y respetuosa de la diversidad, en la que no haya cabida para la discriminación por motivos de edad, religión, origen étnico, condición de género, orientación sexual, situación económica, ideología, discapacidad o nacionalidad, entre otros.

El enfoque de género debe estar siempre presente en el trabajo cotidiano. Esto es cierto para cualquier profesional liberal, pero cobra especial relevancia en el caso de los abogados y abogadas, dado que existe abundante legislación nacional e internacional que exige el respeto a los derechos de las mujeres y la equidad de trato con respecto a los hombres. El profesional en Derecho no solo debe promover el acatamiento de esa normativa, sino además adecuar su proceder en concordancia con los principios que le dan sustento.

Otra competencia esencial es la capacidad de resolver conflictos y plantear estrategias. Todo ello con estricto apego a la ética profesional. En todo momento la abogada y el abogado deben comportarse de una manera leal con sus clientes y colegas, así como con los operadores de justicia y otras personas vinculadas con la administración de justicia. A este respecto es imperativo guardar y respetar el secreto profesional.

También forma parte de las competencias políticas el pensamiento estratégico, entendido como la capacidad del profesional para reconocer y considerar en su trabajo las tendencias de largo plazo, las repercusiones del proceso de globalización, y el modo en que pueden articularse con las metas personales y colectivas. El abogado o abogada debe visualizar y determinar los factores clave que propiciarán el logro de sus objetivos y, con base en ello, fijar las prioridades de su trabajo. Además, debe poder evaluar los riesgos y beneficios de compartir información y construir alianzas estratégicas para mejorar su desempeño. Este último punto cobra importancia si se consideran las tendencias actuales

en el campo de los negocios, que de manera creciente apuntan hacia la creación de grandes conglomerados de empresas a escala mundial. Costa Rica se encuentra inmersa en un contexto geopolítico en el que se promueve la apertura de mercados y el establecimiento de alianzas y fusiones comerciales y profesionales, por lo que es imprescindible tener la capacidad de adaptarse a los nuevos entornos laborales que genera esta realidad.

Competencias en actitudes

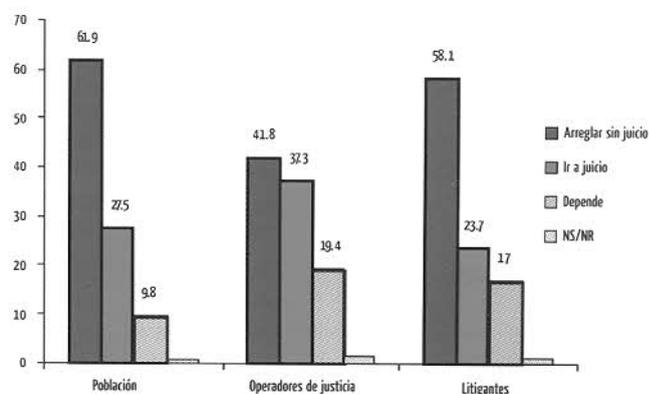
- Creatividad.
- Desarrollo personal.
- Trabajo en equipo.
- Sentido empresarial.
- Facilitación de soluciones.
- Relaciones interpersonales.
- Enfoque hacia resultados.

Para dar un valor agregado al ejercicio de su profesión, el abogado o abogada debe asumir una postura crítica en el análisis de los problemas y situaciones jurídicas. De lo contrario, el Derecho deja de ser para el profesional una “ciencia viva” y se convierte en un instrumento poco útil para el despliegue de la creatividad y la innovación en el abordaje de la problemática social. Es fundamental estimular la generación de ideas jurídicamente innovadoras y aprovechar las oportunidades que se presenten para impulsar nuevos mecanismos de solución de conflictos.

Un aspecto que pocas veces se menciona es la necesidad de promover entre todas las personas la adopción de hábitos y prácticas que fortalezcan su salud física y emocional. En el caso de los abogados y abogadas, la saturación del mercado laboral, el estrés que ocasiona trabajar en procesos con plazos de vencimiento, la necesidad de mantener una cartera de clientes satisfechos, entre otras circunstancias, a menudo los alejan de actividades que les permitirían mejorar su salud y bienestar personal.

PERCEPCIONES SOBRE LITIGIOS O ARREGLOS EXTRAJUDICIALES

Preferencia por juicio o arreglar el problema sin ir a juicio



Fuente: Encuesta Nacional 2006. Grupo consultor Gonzalo Elizondo. Poder Judicial – BID.

Además, un profesional necesita mantenerse actualizado y abierto hacia el aprendizaje, la capacitación y el desarrollo profesional permanentes. El campo del Derecho es tan cambiante que, si una abogada o abogado no está actualizado en relación con las reformas de las leyes o la evolución de la doctrina jurídica, podría decirse que cada día sabe menos de Derecho y que en ciertos casos concretos su intervención no será oportuna, ni acertada.

Para poder adecuarse e incorporarse plenamente al mercado laboral, este profesional debe demostrar una excelente capacidad para trabajar en equipo y ejercer liderazgo con colegas y grupos interdisciplinarios, según las necesidades de cada situación particular. Por ejemplo, la organización de bufetes por áreas de especialidad requiere la intervención de varios profesionales en un mismo caso; cada uno de ellos y ellas debe analizar los hechos desde la óptica de su especialidad y plantear estrategias y soluciones dependiendo del impacto que estas puedan tener en cada caso.

También se requiere capacidad para dialogar con los clientes, así como para gestionar la oferta y administración del servicio de calidad que se brinda. Para ello es imprescindible que el profesional en Derecho tenga conocimientos básicos para que el desempeño administrativo de su oficina sea eficiente. Si los abogados y las abogadas son capaces de en-

tender que compiten en un mercado abierto, y que una de sus tareas es pensar cómo se darán a conocer y promocionarán sus servicios, se darán cuenta de que existe otro trabajo que está fuera del despacho, en cualquier medio y en la suma de sinergias con otros colegas u otros gremios profesionales. Es decir, en la medida en que el abogado va adquiriendo mentalidad empresarial, se crea la necesidad de una estrategia que obligatoriamente debe incluir un plan de *marketing* y comunicación. Sin objetivos de *marketing*, no hay comunicación eficaz. Como afirma Ángel Font, editor del libro *Advocats de Catalunya*: “La sociedad debe conocer quiénes son los abogados y qué le pueden aportar. Es necesario perder el miedo a salir del anonimato, y que (...) [los abogados] expliquen a los ciudadanos qué servicios les ofrecen. Los tiempos han cambiado y sin darse a conocer, sin *marketing*, no se entiende el futuro de ningún colectivo”¹⁶.

Otra competencia que hoy se considera necesaria para un eficiente ejercicio de la profesión es la capacidad de promover y llevar adelante procesos que contengan la utilización de mecanismos alternativos de resolución de conflictos. Los datos de la encuesta nacional fueron demostrativos de la preferencia del público por este tipo de situaciones en una gran

¹⁶ Fragmento reproducido con autorización expresa de su autor, citado por Domínguez, E., op cit.

PROGRAMA MODERNIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA PODER JUDICIAL – BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO PERFIL POR COMPETENCIAS PROPUESTO

1. Competencias políticas

Competencia	Descripción El abogado o la abogada:
Solidaridad y justicia.	Aspira a la obtención de justicia con equidad en todas las situaciones en que interviene. Demuestra interés por promover el acceso a los servicios profesionales para las personas que no pueden pagarlos.
Tolerancia y no discriminación	Reconoce y acepta el disenso en las relaciones sociales. Aplica el principio de no discriminación por razones de edad, religión, origen étnico, condición de género, orientación sexual, situación económica, ideología, discapacidad, nacionalidad, etc.
Enfoque de género	Utiliza adecuadamente, en su trabajo profesional, conceptos y estrategias relacionados con la promoción de la equidad de género.
Ética profesional	Resuelve los conflictos de intereses que se le plantean, aplicando los principios de la ética profesional. Actúa de manera leal, responsable y honesta en la defensa de los intereses de las personas, empresas u organizaciones a las que representa. Respeto el principio del secreto profesional.
Pensamiento estratégico	Reconoce y considera en su trabajo las tendencias y repercusiones de la globalización, así como su impacto en el campo del Derecho. Prevé posibles situaciones o escenarios y los relaciona con la realidad de su gestión, identificando su posible impacto. Determina los factores clave que propician el logro de los objetivos y las prioridades de su trabajo. Evalúa los riesgos y beneficios de compartir información y construir alianzas estratégicas para mejorar su desempeño profesional.

2. Competencias en actitudes

Competencia	Descripción El abogado o la abogada:
Creatividad	Asume una postura crítica ante el análisis de los problemas y situaciones jurídicas. Promueve ideas jurídicamente innovadoras y aprovecha las oportunidades que se le presentan para impulsar nuevos paradigmas y soluciones.
Desarrollo personal	Adopta y practica hábitos que fortalecen su salud física y su madurez emocional. Muestra apertura hacia el aprendizaje, la capacitación y el desarrollo profesional permanentes.
Trabajo en equipo	Demuestra capacidad para trabajar en conjunto y ejercer liderazgo con colegas y grupos interdisciplinarios, según las necesidades que demande cada caso concreto.
Sentido empresarial	Demuestra capacidad para dialogar con sus clientes, así como para gestionar la oferta y administración del servicio de calidad que debe ofrecer. Desarrolla los procesos necesarios para que su oficina tenga un desempeño administrativo eficiente.
Facilitación de soluciones	Posee la habilidad de definir estrategias para el manejo adecuado de diferencias de criterio, buscando la cooperación, el intercambio de información y la solución de los problemas de las partes involucradas. Identifica y promueve medidas alternativas para la resolución de conflictos.
Relaciones interpersonales	Mantiene buenas relaciones con todas las personas con las que establece contacto por motivos profesionales.
Enfoque hacia resultados	Propone, define y alcanza metas relacionadas con su trabajo. Implementa sus ideas y es perseverante frente a las dificultades, que procura transformar en oportunidades.

3. Competencias cognitivas

Competencia	Descripción El abogado o la abogada:
Conceptos básicos de teoría del Derecho	Conoce, valora y aplica las normas y principios de los derechos humanos y su relación con el estado de Derecho. Aplica las teorías y conceptos jurídicos adquiridos en los principales ámbitos del Derecho en los que asume responsabilidades profesionales. Aplica el razonamiento lógico y las teorías sobre la argumentación en la elaboración de sus intervenciones en el campo jurídico. Conoce y comprende la perspectiva de género aplicada en las distintas áreas del Derecho.
Derecho sustantivo	Identifica, analiza, interpreta y aplica las normas del sistema jurídico nacional e internacional en situaciones o casos concretos. Distingue los fundamentos de al menos las principales áreas del Derecho, como son: Derecho Internacional Público y Privado, Derecho Constitucional, Derecho Administrativo, Derecho Penal, Derecho Civil y Comercial, Derecho Social (de Familia, Laboral, Agrario, etc.), Derecho Ambiental. Reconoce las nuevas dimensiones del Derecho en los ámbitos de comercio internacional, propiedad intelectual (marcas), informática, Derecho Penal Internacional, nuevas formas de contratación (leasing, royalties, fideicomisos modernos, etc.), protección del medio ambiente, impuestos, seguridad ciudadana, responsabilidad social empresarial, entre otros.
Derecho procesal	Identifica, analiza y aplica adecuadamente los principios y normas que rigen el desarrollo de los procesos en los tribunales de justicia. Conoce y aplica los principios del debido proceso en todas las áreas del Derecho.
Derecho alternativo	Conoce y aplica conceptos y principios básicos sobre la utilización de medios alternativos para la resolución de conflictos. Identifica, valora y aplica los principios básicos de la justicia restaurativa. Identifica, analiza y aplica las normas y principios del Derecho de los pueblos indígenas.
Jurisprudencia	Investiga, identifica, analiza y emplea la jurisprudencia básica existente, en cada una de las ramas del Derecho a las que debe acceder en su ejercicio profesional.
Disciplinas complementarias	Conoce e incorpora en su trabajo los recursos que ofrecen otras disciplinas para las soluciones jurídicas, tales como Sociología Jurídica, Psicología aplicada al Derecho Penal y de Familia, Administración de Empresas y Derecho Comercial, Administración Pública y Derecho Administrativo, Salud Ocupacional y Derecho Laboral, Economía y Derecho Constitucional y Administrativo, etc.

4. Competencias en habilidades y destrezas

Competencia	Descripción El abogado o la abogada:
Comunicación oral	Cuenta con una excelente expresión oral, que utiliza durante las audiencias y distintas intervenciones en las que actúa como asesor o representante de sus clientes. Posee habilidades de escucha que le permiten obtener información relevante para la toma de decisiones.
Comunicación escrita	Conoce y aplica las normas básicas de la gramática, la ortografía y la sintaxis. Redacta de manera correcta, clara y concisa distintos escritos y documentos jurídicos.
Gestión y administración de la información	Conoce y aplica técnicas de investigación para recabar, sistematizar, almacenar y mantener disponible información relevante para su trabajo.
Idiomas	Conoce y aplica con suficiencia otros idiomas que facilitan el ejercicio, el enriquecimiento y el desarrollo teórico-práctico de su ejercicio profesional.
Tecnología	Conoce y utiliza apropiadamente las tecnologías de la comunicación y la información (TIC).

cantidad de hipótesis, como se muestra en el siguiente gráfico, donde los tres grupos consultados en la encuesta del proyecto, hicieron constar una fuerte opinión favorable hacia los arreglos extrajudiciales:

Competencias cognitivas

- Conceptos básicos de teoría del Derecho.
- Derecho sustantivo.
- Derecho procesal.
- Derecho alternativo.
- Jurisprudencia.
- Disciplinas complementarias.

El ejercicio de la abogacía requiere conocer y aplicar las normas y principios de los derechos humanos y su relación con el estado de Derecho, cuya defensa y promoción deben ser parte de la misión de todos los profesionales en este campo. No es posible entender el correcto desempeño de abogados y abogadas sin un pleno respeto por la vigencia de los derechos de todos los seres humanos, ya de por sí contemplados en numerosos instrumentos normativos nacionales e internacionales.

El profesional tiene que conocer también las principales teorías y conceptos jurídicos de los distintos ámbitos del Derecho en los que asume responsabilidades. Debe aplicar el razonamiento lógico y las teorías sobre la argumentación en la elaboración de sus intervenciones, así como incorporar el enfoque de género aplicado a las diferentes áreas del Derecho.

Tomando en cuenta el entorno actual, el o la abogada debe identificar y aplicar la normativa jurídica nacional e internacional en situaciones o casos concretos. Asimismo, es preciso que sepa distinguir los fundamentos de las principales áreas del Derecho, como son: Derecho Internacional Público y Privado, Derecho Constitucional, Derecho Administrativo, Derecho Penal, Derecho Civil y Comercial, Derecho Social (de Familia, Laboral, Agrario, etc.) y Derecho Ambiental, entre otros.

Existen otras áreas que se han ido especializando y consolidando como campos de trabajo específicos, tales como comercio internacional, propiedad intelectual, informática,

Derecho Penal Internacional, nuevas formas de contratación (*leasing*, *royalties*, fideicomisos modernos, etc.), protección del medio ambiente, impuestos, seguridad ciudadana, responsabilidad social empresarial, entre otras. Estas áreas deberán ser tratadas conforme lo establece la normativa específica y el abogado o abogada deberá poder identificar los principios rectores de cada una de ellas.

Igualmente importante es el conocimiento de las normas procesales, puesto que en cada una de las etapas de los procesos se deben tomar en cuenta los pasos a seguir y las estrategias apropiadas para lograr los objetivos planteados en un inicio. Dicho de otro modo, se deben respetar los principios del debido proceso en todas las áreas del Derecho.

Además, es necesario tener nociones básicas sobre la utilización de medios alternativos para la resolución de conflictos y, en ciertos casos calificados, ser capaz de aplicar los principios de la justicia restaurativa y de las normas del Derecho de los pueblos indígenas.

Un profesional responsable debe emplear, siempre que esté a su alcance, la jurisprudencia básica existente en cada una de las ramas del Derecho a las que debe recurrir en su ejercicio profesional. Complementariamente, deberá incorporar en su trabajo los recursos que ofrecen otras disciplinas para las soluciones jurídicas, tales como: Sociología Jurídica, Psicología aplicada al Derecho Penal y de Familia, Administración de Empresas y Derecho Comercial, Administración Pública y Derecho Administrativo, Salud Ocupacional y Derecho Laboral, Economía y Derecho Constitucional y Administrativo, etc.

Competencias en habilidades y destrezas

- Comunicación oral.
- Comunicación escrita.
- Gestión y administración de información.
- Dominio de otros idiomas.
- Uso de la tecnología.

Para todo profesional es esencial que las personas con quienes se relaciona diariamente puedan comprender a cabali-

dad cada una de las ideas y estrategias planteadas con miras a la consecución de sus objetivos. Para ello debe contar con una excelente expresión oral y poseer el conocimiento suficiente sobre las normas básicas de la ortografía y la sintaxis.

Las técnicas de investigación también forman parte de su trabajo y debe procurar tener a su alcance toda aquella información que pueda ser considerada como relevante en un caso concreto.

El dominio de otros idiomas -y en especial del inglés en la época actual²- en ciertas ocasiones puede convertirse en una condición *sine qua non* para que los servicios de un abogado o abogada sean contratados por un cliente. Este es el caso de empresas extranjeras o multinacionales, que requieren de sus colaboradores el dominio oral y escrito de dos o más idiomas para poder hacer frente a una asesoría o representación judicial.

Finalmente, el uso de las tecnologías de la información y la comunicación (conocidas como TIC's) es hoy parte del trabajo diario de cualquier profesional. El abogado y la abogada deben aprovechar al máximo estos recursos tecnológicos para reducir el tiempo de respuesta a sus clientes y facilitar el

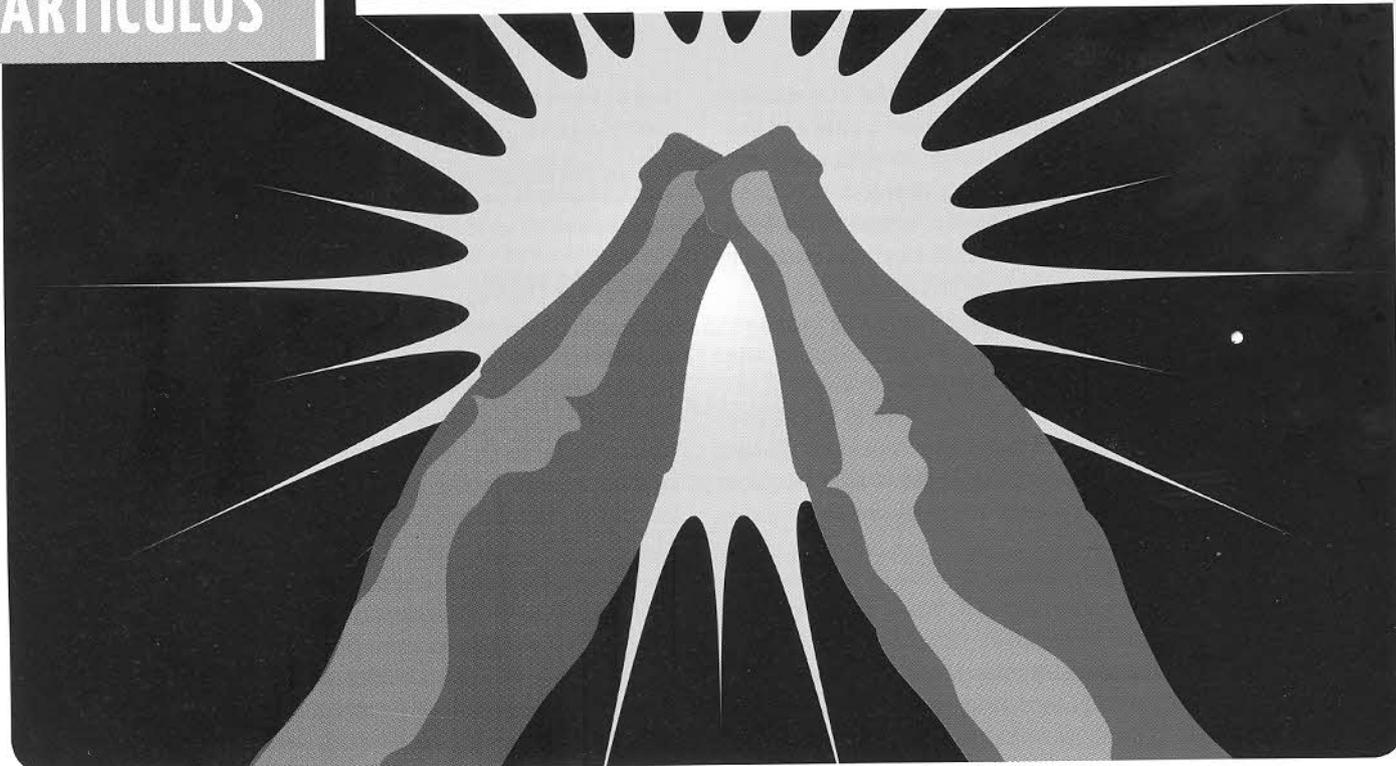
buen desarrollo de los procesos que asumen como especialistas en algunas de las áreas del Derecho.

A continuación se muestra el cuadro completo del perfil por competencias propuesto:

PRÓXIMOS PASOS

A lo largo del proceso de investigación y producto de los consensos obtenidos, se propusieron algunas líneas estratégicas para el desarrollo del perfil profesional por competencias. Las recomendaciones fueron enviadas al Colegio de Abogados, en donde su Junta Directiva ha pensado incorporar las que sean oportunas, con el objetivo de promover el mejoramiento de la calidad de la formación de los futuros profesionales en Derecho.

A su vez, las Facultades de Derecho que participaron en las actividades programadas por la consultoría, tendrán la oportunidad de ir incorporando las recomendaciones planteadas y adecuar así sus metodologías y contenidos curriculares hacia un perfil profesional basado en competencias.



LA POLÍTICA DE COMPETENCIA EN COSTA RICA

Lic. Mauricio Masís Murillo

El presente trabajo tiene como objetivo plantear algunas consideraciones generales sobre lo que ha sido la introducción de políticas de competencia en Costa Rica, a partir de la promulgación de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, Ley 7472. Asimismo, comentar los conceptos incluidos en la ley de marras sobre las conductas que son consideradas prohibidas por nuestro ordenamiento y los métodos de análisis de estas conductas. A manera de ilustración, se señalan algunos casos resueltos por la Comisión para Promover la Competencia, órgano administrativo encargado de tutelar la libre competencia, en relación con las conductas que han sido más analizadas en esa instancia.

I. ASPECTOS INTRODUCTORIOS.

Desde los años noventa empezaron a darse cambios en la forma de intervenir del Estado en la economía, de manera que se pasó de un esquema de intervención directa, en el cual predominaba la fijación de precios, a un esquema donde se le da mayores posibilidades de incidencia a las fuerzas de la oferta y la demanda. Bajo esta perspectiva, el Estado adopta una posición más de garante que de interventor.

En ese contexto, surge en el año de 1995 la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, Ley 7472, como el marco normativo que establece los principios en materia de protección a la libre competencia, crea un órgano técnico especializado en la materia como órgano encargado de la aplicación de esas normas de competencia y establece las conductas consideradas prohibidas dentro del

mercado, por constituir tendencias monopolizadoras, es decir, excluyentes de la competencia.

La normativa antes citada, viene a responder en gran medida, a la necesidad de prevención y represión de conductas indebidas que pueden generarse en un mercado. Lo anterior es fundamental, en un contexto como el actual, en el cual la apertura comercial y el aumento de la inversión, favorecen una mayor actividad empresarial, con un mayor número de participantes en el mercado. De esta forma, deben existir instrumentos legales, como la Ley 7472 que permitan que esas nuevas fuerzas puedan desarrollarse en un ambiente libre de obstáculos y conductas anticompetitivas, para poder dar un rendimiento eficiente y en igualdad de oportunidades.

No obstante, el tema de competencia no es sólo un tema de normas represivas, la política de competencia comprende

un marco más amplio que se relaciona con la participación de ciertos principios en los procesos de apertura comercial, en procesos de desregulación y simplificación, en políticas arancelarias, entre otras, como un instrumento facilitador de la actividad empresarial, mayores incentivos y una mayor estimulación de la inversión. Sin embargo, para comprender los beneficios de la competencia se debe empezar por comprender la esencia y principios de la normativa en la materia, que es precisamente, lo que recoge la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor.

En ese sentido, resulta crucial, los foros en los cuales puedan tratarse estos temas, mejor aún desde un punto de vista académico, que permita conocer los alcances de la regulación, entendida ésta como el marco normativo que sirve de herramienta para orientar el comportamiento privado, para evitar que los agentes económicos incurran en conductas tendientes a obtener ganancias, que estén derivadas de prácticas restrictivas y de abuso de una posición predominante en el mercado. Asimismo, es importante identificar, analizar, informar, difundir y proponer correcciones respecto de las circunstancias que afecten el entorno de competencia.

Es fundamental tener presente que la política de competencia es parte integral del sistema de regulación económica, y que se requiere un desarrollo normativo consistente en un mismo objetivo y bajo la perspectiva de que la normativa que resguarda la libre competencia, contribuye a promover un desarrollo armonioso y equilibrado de las actividades económicas, lo cual repercute en mayores oportunidades empresariales, generación de empleo, y una mejor calidad de vida de la sociedad. Lo anterior, ya que la sana rivalidad entre las empresas implica esfuerzos para una mayor y más eficiente producción y por ende, se le proporciona a los consumidores mayores alternativas de consumo, mejor calidad de bienes y servicios, y una mayor variedad de precios.

En síntesis, para comprender los beneficios de la competencia es indispensable comprender en qué consisten las normas en la materia. Lo anterior, porque en ocasiones, el tema del derecho de la competencia, se confunde con el ámbito de acción de otras áreas con las cuales no tiene relación. En ese sentido, es común asociar el tema de "competencia" a las conductas previstas como "actos de competencia desleal" los cuales tienen su razón de ser en situaciones de distinta índole y que están asociadas a temas de imitación de marcas, de nombres comerciales, aseveraciones falsas para desacreditar a otros, etc. o también, suele confundirse el tema de "competencia" con el tema de la protección al consumidor, área con la cual tampoco tiene vinculación, ya que ésta se refiere a la protección de los derechos de los consumidores referidos a información, cumplimiento de garantía, cumplimiento de obligaciones contractuales y no a prácticas de agentes económicos con el objetivo de restringir la competencia mediante prácticas monopolísticas entre competidores o entre otros agentes económicos.

Por tal razón, de seguido me referiré brevemente al concepto de prácticas monopolísticas que desarrolla la Ley 7472.

II. LAS PRÁCTICAS MONOPOLÍSTICAS ABSOLUTAS.

A. Concepto según la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, Ley 7472.

De conformidad con el artículo 11 de la Ley 7472, son prácticas monopolísticas absolutas:

"Los actos, los contratos, los convenios, los arreglos o las combinaciones entre agentes económicos competidores entre sí, con cualquiera de los siguientes propósitos:

a. Fijar, elevar, concertar o manipular el precio de compra o venta al que son ofrecidos o demandados los bienes o servicios en los mercados o intercambiar información con el mismo objeto o efecto.

b. Establecer la obligación de producir, procesar, distribuir o comercializar solo una cantidad restringida o limitada de bienes o la prestación de un número, un volumen o una frecuencia restringidos o limitados de servicios.

c. Dividir, distribuir, asignar o imponer porciones o segmentos de un mercado de bienes o servicios, actual o futuro mediante la clientela, los proveedores y los tiempos o los espacios determinados o determinables.

d. Establecer, concertar o coordinar las ofertas o la abstención en las licitaciones, los concursos, los remates o las subastas públicas.

Para la aplicación de este artículo, la Comisión para promover la competencia, de oficio o a instancia de parte, ejercerá el control y la revisión del mercado de los productos cuyos suplidores sean pocos.

Los actos a los que se refiere este artículo serán nulos de pleno derecho y se sancionará, conforme a esta Ley, a los agentes económicos que incurran en ellos."

El artículo anterior se refiere a un acuerdo o concertación de voluntades, una colusión entre competidores, es decir, entre aquellos que participan en la misma actividad comercial, dicho en otras palabras, en el mismo mercado de producto o de servicio respecto al cual se está realizando la presunta práctica prohibida.

El perjuicio de estos acuerdos está en que si los que están dentro de una misma actividad se ponen de acuerdo para actuar en un mismo sentido, se eliminan las opciones, es decir, actúan como uno solo. Además, al ponerse de acuerdo lo harán maximizando sus intereses en perjuicio de otros agentes o de los consumidores. Por ejemplo, si el acuerdo es en precio, ese precio siempre será más alto que el precio que podría generarse si compiten entre ellos, ya que en una efectiva competencia, para atraer clientes el precio tenderá a bajar.

B. CASOS ANALIZADOS ANTE LA COMISIÓN PARA PROMOVER LA COMPETENCIA SOBRE PRÁCTICAS MONOPOLÍSTICAS ABSOLUTAS

1. Fijar, elevar, concertar o manipular el precio o intercambiar información con el mismo objeto o efecto

a. Caso de empresas de transporte terrestre de contenedores

En este caso, algunos agentes económicos del sector de transportes publicaron un campo pagado en la prensa escrita, con el fin de comunicar la fijación de las tarifas para los servicios de transporte terrestre de contenedores para el comercio exterior, en aras de elevar el precio de venta del servicio de transporte terrestre en dólares en un 13.5% y en colones en un 16.5%.

La decisión final de la Comisión para Promover la Competencia fue imponer a los agentes económicos involucrados las sanciones respectivas, por violación al artículo 11 inciso a) de la Ley No. 7472, que establece las prácticas monopolísticas absolutas. De conformidad con los criterios de valoración establecidos en el artículo 29 de la Ley No. 7472, se dispuso dentro del rango de 0 a 680 salarios establecidos en el artículo 28 inciso e), una sanción, a los 13 agentes económicos implicados en este procedimiento, multas que van desde los 16 hasta los 140 salarios mínimos.

Por la forma en que el acuerdo fue dado a conocer al público, fue un caso de fácil comprobación. No obstante, este tipo de acuerdos entre competidores se efectúan sin dejar mayores evidencias, de ahí las dificultades probatorias que se presentan en la mayoría de los casos.

b. Mercado de compra de cueros

Otro caso de fijación de precios es el que operó entre varias empresas curtidoras para fijar el precio máximo para la compra de cuero tipo C. Ante los indicios de ese hecho, la Comisión para Promover la Competencia procedió a abrir un procedimiento ordinario administrativo, contra las empresas y sus



representantes, por la realización de posibles prácticas contrarias al artículo 11, inciso a) de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor. De esta forma, mediante resolución contenida en la Sesión Ordinaria N° 43-00, del 21 de noviembre del 2000, se sancionó a todas las partes denunciadas en este procedimiento, tanto a las personas jurídicas, como a las personas físicas con multas que van desde €3.833.060,00 (55 veces el salario mínimo) hasta €139.384,00 (2 veces el salario mínimo). Lo anterior por cuanto la Comisión para Promover la Competencia consideró que la fijación del precio máximo para la compra de cuero tipo C, en \$ 6 (seis dólares), violaba el artículo 11 de la Ley 7472.

Finalmente, de conformidad con el artículo 28 inciso h), las personas físicas que participaron directamente en las prácticas monopolísticas, en representación de personas jurídicas o entidades de hecho o por cuenta y orden de ellas, fueron sancionadas con multas que van desde 2 hasta 8 salarios mínimos.

c. Mercado de la fruta de palma

En los casos de fijación de precios son muchos los factores que se deben considerar ya que no siempre se va a encontrar un acuerdo expreso. Un caso interesante fue el analizado dentro del mercado de la fruta de palma ya que se consideró toda una concatenación de hechos conducentes al acuerdo. De esta forma, el párrafo siguiente evidencia importantes elementos de juicio:

“...la drástica caída en los precios internacionales del aceite provocó que el ya establecido modelo de precios para la fruta de palma generara problemas. Son hechos probados en este procedimiento que, a raíz de la caída en los precios internacionales, se efectuaron varias reuniones entre funcionarios de Palmatica S.A., empresa del grupo Numar y de Coopeagropal R.L. en las cuales se discutió, entre otros, el tema de los precios de compra de la fruta, producto que no comercializan entre ellas y que no se incluye dentro de los contratos de compra-venta ya mencionados entre ambas compañías. Es decir, respecto a este producto son simplemente competidores.

En ese sentido, consta que al menos desde el año 2000 existe un esquema de constantes conversaciones entre el grupo Numar y Coopeagropal, tendiente a la fijación de un precio de la fruta de Palma. Asimismo hay constancia de que efectivamente por periodos de tiempo hubo precios coincidentes o muy similares...”¹

d. El caso de corredores de bienes raíces.

Tal y como está redactado el inciso a del artículo 11 de la Ley 7472 igualmente considerado ilegal es intercambiar información con el mismo objeto o efecto de fijar, concertar o manipular el precio. Al respecto, el tema fue tratado con sumo cuidado en la resolución del caso de corredores de bienes raíces. En ese sentido, se dispuso:

¹ Actas de la Comisión para Promover la Competencia. Artículo 5° Sesión 33-02 del 05 de noviembre de 2002. Mercado Palma Aceitera.

“...el concepto de intercambio de información presente en la Ley no se debe limitar únicamente al proceso recíproco de transferencia de datos. Por el contrario, se debe entender en forma amplia a la obtención de información dirigida a fijar, elevar, concertar, o manipular el precio de compra o venta al que son ofrecidos o demandados los bienes o servicios en el mercado. Es decir, que en el caso de la práctica monopolística absoluta de intercambio de información se puede llegar a configurar con la mera recepción de la información, información que por su naturaleza va encaminada o tiene como fin violentar los principios que rigen el derecho de competencia. La anterior interpretación se logra al amparo y análisis del fin perseguido por la ley...”²

En este caso, a lo interno de una asamblea de corredores de bienes raíces, agentes competidores entre sí, se discutió los porcentajes a cobrar por los servicios. Lo anterior fue sancionado por haberse considerado una práctica ilegal.

2. RESTRICCIÓN DE LA OFERTA

a. Caso de los porcicultores

En relación con la restricción de la oferta un caso representativo de este tipo de conductas fue la determinación de un grupo de porcicultores de congelar carne de cerdo con el propósito de ofrecerla al mercado con posterioridad. Lo anterior, se estimó como una forma de manipular la oferta con el propósito de obtener un mejor precio. Es así como la Comisión para Promover la Competencia dispuso:

“...Es así como, en el procedimiento administrativo se logró determinar que la Cámara y demás agentes investigados, competidores entre sí, se pusieron de acuerdo con el fin de estabilizar el mercado y lograr que los precios no disminuyeran. Lo anterior, dado que los hechos se dieron en el momento en que el mercado tenía una sobreoferta de cerdos, que provocaría que los precios bajarán...”³

III. LAS PRÁCTICAS MONOPOLÍSTICAS ABSOLUTAS.

A. Concepto según la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, Ley 7472.

Las prácticas monopolísticas relativas las define el artículo 12 como:

a) “La fijación, la imposición o el establecimiento de la distribución exclusiva de bienes o servicios, por razón del sujeto,

la situación geográfica o por periodos de tiempo determinados, incluyendo la división, la distribución o la asignación de clientes o proveedores, entre agentes económicos que no sean competidores entre sí.

b) La imposición de precio o las demás condiciones que debe observar un distribuidor o proveedor, al vender o distribuir bienes o prestar servicios.

c) La venta o la transacción condicionada a comprar, adquirir, vender o proporcionar otro bien o servicio adicional, normalmente distinto o distinguible, o sobre la reciprocidad.

d) La venta o la transacción sujeta a la condición de no usar, adquirir, vender ni proporcionar los bienes o servicios disponibles y normalmente ofrecidos a terceros.

e) La concertación entre varios agentes económicos o la invitación a ellos para ejercer presión contra algún cliente o proveedor, con el propósito de disuadirlo de una conducta determinada, aplicar represalias u obligarlo a actuar en un sentido específico.

f) La producción o la comercialización de bienes y servicios a precios inferiores a su valor normal.

g) En general, todo acto deliberado que induzca a la salida de competidores del mercado o evite su entrada.

Estas conductas se llaman relativas y se conocen también como verticales, porque son prácticas que se realizan entre empresas que operan a diferentes niveles de una misma cadena de producción-distribución y no siempre son ilegales, como sí lo son las prácticas monopolísticas absolutas.

La ilegalidad de las prácticas monopolísticas relativas depende de la comprobación de varios factores que la misma Ley 7472. Entre éstos, el presunto infractor debe tener poder en el mercado donde se está realizando la práctica, es decir, en “el mercado relevante” y que respecto a esos actos, contratos, convenios, arreglos o combinaciones, su objeto o efecto sea o pueda ser el desplazamiento indebido de otros agentes del mercado, el impedimento sustancial de su acceso o el establecimiento de ventajas exclusivas en favor de una o varias personas. Lo anterior obliga a analizar cada caso en forma individual y tomando en cuenta todas las circunstancias que rodean al mismo.

B. Casos analizados ante la Comisión para Promover la Competencia sobre prácticas monopolísticas relativas

1. LA FIJACIÓN, LA IMPOSICIÓN O EL ESTABLECIMIENTO DE LA DISTRIBUCIÓN EXCLUSIVA DE BIENES O SERVICIOS

Caso contra Gillette de Costa Rica S.A.

En este caso se analizaron fundamentalmente dos posibles prácticas, la distribución exclusiva y la imposición de precios. Como se

² Actas de la Comisión para Promover la Competencia. Artículo 5° Sesión 46-00 del 12 de diciembre de 2000. Cámara Costarricense de Corredores de Bienes Raíces.

³ Actas de la Comisión para Promover la Competencia. Artículo 5° Sesión 36-02 del 26 de noviembre de 2002. Actos de restricción de la oferta de carne de cerdo

señaló líneas atrás, las prácticas relativas no son ilegales “per se” de ahí que se requiere un análisis de distintos factores: Mercado relevante, poder sustancial, conducta tipificada y alguno de los efectos negativos previstos en la ley. En el caso en cuestión no se demostró la realización de conducta prohibida.

Respecto a las exclusividades, en la resolución en cuestión se determinó:

“Que los distribuidores de la empresa Gillette de Costa Rica S.A. no gozaban de la protección territorial, o de sujeto, ni brindaron exclusividad a sus distribuidores, por el contrario, tal y como se ha definido en los párrafos anteriores, atendían gran diversidad de zonas geográficas y/o clientes.

Sobre este tema, es importante considerar que se generaron mejoras en la distribución y ventajas hacia los consumidores, por el servicio y cobertura de los distribuidores en el mercado, dado que se podían traslapar zonas geográficas, atendían clientes en común y podían incrementar su cartera de clientes.

Los subdistribuidores se especializaron en la distribución de los productos, según el segmento de mercado o zonas geográficas que tenían mejor capacidad de atender, sin que fueran segmentos de mercado o zonas exclusivas, sino según su capacidad de cobertura, rutas de distribución y costos, entre otros aspectos.

De la prueba documental y testimonial recolectada durante el procedimiento ordinario, no se demostró la existencia de la práctica monopolística relativa, tipificada en el inciso a) del artículo 12 de la Ley No.7472.”

Sobre la imposición de precios, igualmente fue descartada esta práctica al señalar:

“Asimismo, del análisis de las facturas de la empresa VIPSA desde enero del 2000 a setiembre del 2001, se comprobó que dicha empresa no seguía las listas de precios emitidas por Gillette de Costa Rica S.A.

Ahora bien, se constató también que existen diferencias de precios en los distintos establecimientos comerciales para los productos que importa y comercializa Gillette de Costa Rica S.A., y que los distintos distribuidores aplicaban diferentes escalas de precios de acuerdo con el cliente y el volumen de compra.

Es así como se comprobó que el denominado Club Gillette era un plan de ventas e incentivos trimestral que abarcaba ofertas y descuentos, y promociones al consumidor, con metas de compras e incentivos a las ventas.

Se demostró que el Club Gillette no tipifica como una conducta que condicione o establezca una imposición

de cuotas y precios a los clientes. Por lo tanto, al no darse el supuesto que establece la norma, en este caso la fijación y/o imposición de distribuciones exclusivas y la imposición de precios y demás condiciones, no es procedente continuar con el análisis del mercado relevante y poder sustancial.”

2.LA IMPOSICIÓN DE PRECIO O LAS DEMÁS CONDICIONES QUE DEBE OBSERVAR UN DISTRIBUIDOR O PROVEEDOR, AL VENDER O DISTRIBUIR BIENES O PRESTAR SERVICIOS

a. Caso Pepsi versus Coca Cola

En este caso se investigaron dos tipos de imposición de condiciones: volúmenes mínimos de compra y la exclusividad en el equipo de refrigeración que la Embotelladora Panamco Tica S.A. otorga a los comercios en calidad de préstamo.

En relación con la imposición de volúmenes mínimos se comprobó que Embotelladora Panamco Tica S.A. tiene contratos escritos con diversos tipos de negocios principalmente escuelas y colegios, en los cuales ofrece una serie de beneficios tales como dinero en efectivo, contribución para bingos, uniformes deportivos, etc., y a su vez solicita un volumen mínimo de ventas con el fin de recuperar la inversión que realizan. En principio, estos actos no necesariamente contravienen la Ley N° 7472, por cuanto es un comportamiento razonable comercialmente. Sin embargo, el otorgar beneficios e imponer volúmenes mínimos con el objeto o efecto de desplazar a los competidores sí resultaría ilegal. Por ejemplo, si una empresa impone un volumen igual al total de la venta de bebidas en el local, está imponiendo de una manera indirecta una exclusividad, ya que el detallista por cumplir el volumen mínimo para obtener los beneficios no va a adquirir producto de los competidores.

No obstante, en esta caso, dado que en los contratos en los cuales se otorgaban beneficios y se exigía una cantidad mínima también se incluía una cláusula de exclusividad o preferencia en la venta de los productos de la embotelladora, no fue posible determinar que el imponer volúmenes mínimos tuviera el objeto o efecto de impedir la entrada de otros competidores en el establecimiento comercial, por cuanto existía otra cláusula que lo requería de manera explícita. Por ello, la Comisión para Promover la Competencia no estimó sancionar por esta práctica.

En relación con la exclusividad en el equipo de refrigeración la Comisión para Promover la Competencia consideró que aunque resulta comprensible que una empresa limite el uso del equipo para productos que no sean de su compañía, se determinó que para una empresa con poder sustancial en el mercado, con productos líderes en éste, la imposición de esta condición en establecimientos pequeños, donde no es posible instalar otro refrigerador, se constituye en una exclusividad en el establecimiento.

Considerando que esta práctica lleva al desplazamiento de otros agentes económicos e impide el acceso de nuevos participantes, la Comisión para Promover la Competencia sancionó a la Embotelladora Panamco Tica S. A.

ordenándole que se abstenga de imponer, incluir o pactar en cualquier forma cláusulas de exclusividad con sus clientes respecto al uso del equipo frío, en aquellos locales donde no exista espacio para colocar otro equipo de refrigeración para productos considerados en la resolución como parte del mercado relevante.

b. Caso contra la Corporación de Supermercados Unidos S.A.

En este caso, la Comisión para Promover la Competencia acordó, según consta en el artículo séptimo de la sesión ordinaria N° 37-2005, tener por comprobadas prácticas anticompetitivas y por ello sancionar a la Corporación de Supermercados Unidos.

En el procedimiento se determinaron situaciones como las siguientes:

- La imposición de la condición a los proveedores de aportar información de terceros principalmente en lo que respecta a la solicitud de estudios de precios que hace esta empresa en los acuerdos de suministro de productos e información que requiere sobre los descuentos otorgados a otros agentes.
- El requerimiento a los proveedores de estudios que demuestren o reflejen los cambios de precios en otros competidores como requisito para efectuar cambios en los precios de venta de sus productos.
- La imposición a los proveedores de aumentar el descuento otorgado a la cadena CSU cuando detectan precios inferiores por parte de otros competidores.

De esta manera, se consideró responsable a la empresa Corporación de Supermercados Unidos S.A. de la imposición de diversas condiciones, así como de boicot.

Por lo antes dicho, se sancionó a la empresa Corporación de Supermercados Unidos, S.A. por la violación al artículo 12 incisos b) y e) de la Ley 7472 al pago de una multa de 410 veces el salario mínimo mensual por cada una de las prácticas anteriores, lo que equivale a un total de 1640 veces el monto del salario mínimo, valor que corresponde a ₡205.911.840,0 (doscientos cinco millones novecientos once mil ochocientos cuarenta colones).

Asimismo se le ordenó a la empresa abstenerse en el futuro de promover, incentivar o ejecutar en modo alguno, dentro del mercado nacional, prácticas como:

- a. Imponer la condición a los proveedores de aportar información sobre cualquier condición de comercialización de éstos con terceros.
- b. Imponer la condición a los proveedores de demostrar que el cambio de precios que solicitan ya se ejecutó en el mercado antes de aceptarla en CSU.
- c. Imponer la condición a los proveedores de aumentar los descuentos a CSU ni disminuirlos a terceros por el solo hecho de que otros competidores ofrecen el producto a precios más bajos.
- d. Invitar o de cualquier forma promover que los proveedores administren el mercado, esto es, a que tomen medidas contra aquellos clientes que ofrecen productos a precio inferior al de Palí.
- e. Utilizar de cualquier forma o por cualquier medio a sus proveedores para tener injerencia en la relación de éstos con sus clientes.
- f. Efectuar imposiciones en contra de sus proveedores y en perjuicio real o potencial de estos y/o sus clientes.
- g. Realizar cualquier acto violatorio del artículo 12 de la Ley No. 7472 u otra disposición contemplada en dicha ley.

IV. CONCLUSIÓN

Las normas antimonopolio son un instrumento a favor del fortalecimiento y desarrollo del mercado, constituyen un pilar importante de la economía de nuestro país y se manifiestan en general, como una necesidad en economías en crecimiento. En el contexto mismo de la globalización, se toma como una garantía. Incluso en el área centroamericana, los distintos países han reflexionado sobre la importancia de adecuar el marco normativo a principios de transparencia, de igualdad de oportunidades y de libre competencia que se traduzcan en la práctica en mercados estables y generadores de oportunidades, libres del temor de prácticas comerciales anticompetitivas por parte de eventuales competidores y del mismo Estado. Es así como países como El Salvador, Honduras y Nicaragua, cuentan recientemente con normativa de competencia y se han dado a la tarea de crear y fortalecer instituciones comprometidas con la protección y el fomento del libre mercado mediante la sanción de prácticas restrictivas de la competencia y la educación sobre los beneficios de la competencia.

FUENTES:

- Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, Ley 7472.
- Actas de la Comisión para Promover la Competencia.
- MMasís.

EL RECURSO DE CASACION Y PROPUESTA DE REFORMA EN EL PROYECTO DEL CODIGO PROCESAL CIVIL

MASTER ABEL JIMENEZ ÚBANDO
JUEZ PRIMERO CIVIL DE MAYOR CUANTIA DE SAN JOSE

I. HISTORIA DE LA CASACION CIVIL

1.1 ANTECEDENTES DE LA CASACION CIVIL EN FRANCIA

Los líderes de la revolución francesa creyeron que la idea del recurso de casación era de ellos, pero esto no es cierto. En Francia existieron antes instituciones que son lejanos antecedentes.¹

La idea de un órgano supremo pero subordinado al monarca destinado a custodiar y hacer observar la ley, se había insinuado en Francia durante el antiguo régimen. Y se podría sostener que, de alguna manera, dicho órgano era ya una realidad dentro del ordenamiento jurídico francés por medio del Consejo de Partes instituido en 1578 por Enrique III, como una sección especializada del llamado Conseil du Roy, continuó todavía funcionando después de 1789. El Consejo de Partes se encargaba de conocer las “demandes en cassation” que las partes presentaban por infracción de una norma regia contenida en la sentencia. A pesar de su nombre similar esta “demande en cassation” poco tenía que ver con la casación actual, puesto que su misión no era la defensa de la norma jurídica a través de la elaboración de una jurisprudencia uniforme, sino que sencillamente se trataba de anular discrecionalmente una sentencia disconforme con el mandato real. No se protegía, pues el ordenamiento jurídico, sino a su fuente principal, el propio rey legislador y juez supremo, no era un recurso de derecho, sino una denuncia de carácter político para que imperara la voluntad del Rey.²

La lucha entre los parlamentarios franceses y el Rey quien a través del Consejo de las Partes, disminuía los poderes de aquellos. Nació el común deseo de construir un órgano superior que velase por el cumplimiento de la ley y preservar la vigencia de las ordenanzas reales por medio de integrantes nombrados y removidos con absoluta discreción del Rey.³

1.2 NACIMIENTO DEL TRIBUNAL DE CASACION CIVIL FRANCES

Durante la Revolución Francesa, la Asamblea Nacional por medio de las leyes del 27 de noviembre y el 1 de diciembre

de 1790 se crea el Tribunal de Casación, no era un órgano jurisdiccional, por lo cual, no podía pertenecer al Poder Judicial, sino con base en el principio de separación de poderes, era el órgano supremo de realizar el control político sobre los integrantes del Poder Judicial, vigilaba a los jueces a fin de impedir las desviaciones en que pudieran incurrir al aplicar la ley, existía por parte de los parlamentarios revolucionarios una enorme desconfianza hacia el Poder Judicial, principalmente a sus Jueces, los integrantes de este Tribunal de Casación eran nombrados por la Asamblea Nacional Francesa⁴.

El Tribunal de Casación francés tuvo una única función casar sin motivar, las sentencias que contuvieran una contravención expresa al texto de la ley, con una prohibición expresa de motivar sus decisiones. Una vez casada la sentencia el Tribunal anulaba y debía reenviar el asunto a los órganos jurisdiccionales para que dictaran la nueva sentencia, que podía volver a ser llevada al Tribunal de Casación que podía ser casada otra vez y reenviada al órgano jurisdiccional, en la tercera ocasión la demanda de casación ya no era conocida por el Tribunal de Casación sino por el Poder Legislativo que emitía un decreto declaratorio dando o quitando la razón al Tribunal de Casación. El 18 de mayo de 1804 el Senado Imperial Francés elimina el Tribunal de Casación que pasa a denominarse Corte de Casación, reconociendo ya el carácter netamente jurisdiccional que había ido ganando en la práctica a través de los años anteriores, mediante la ampliación progresiva de la misión casación al, pasando de una mera anulación de la sentencia contraria a la ley, al comienzo de la elaboración de una jurisprudencia, comienza a influir en el criterio jurídico de los tribunales inferiores en virtud de una función uniformadora y frente al riesgo de anulación que corrían las resoluciones contrarias a la doctrina fijada por la Corte de Casación.⁵

1.3 LA CASACION EN ESPAÑA

La casación francesa fue tomada como modelo en la legislación española en 1812 en la Constitución de Cádiz que introdujo un llamado recurso de nulidad que tenía como único y exclusivo objeto algunos defectos de forma distanciándose del recurso de casación como lo conocemos hoy en día. En 1855

¹ Hernando Devis Echandía. *Estudios de Derecho Procesal Civil. Tomo I. Editorial ABC, Bogotá, 1979. Pág. 9*

² Piero Calamandrei. *La Casación Civil. EBA, Buenos Aires, 1945. Págs. 332, 333 y 364.*

³ Hernando Devis Echandía. *Ob. Cit. Pág. 12*

⁴ Piero Calamandrei. *Ob. cit. Págs. 446 y 447.*

⁵ Jorge Nieva Fenoll. *El Recurso de Casación Civil. Editorial Ariel, Barcelona, 2003. Págs. 26, 27 y 28.*

se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Civil donde recibió por primera vez la denominación de recurso de casación teniendo por objeto uniformar la jurisprudencia, admitiendo el recurso cuando la sentencia sea contra la ley o contra jurisprudencia, se funda en motivos debidamente tasados “in iudicando e in procedendo”, según regulaban los artículos 1012 y 1013. Notas destacables de este recurso son: de un lado, el hecho de que los vicios “in procedendo” los conociera una sala diferente de la que se ocupaba de los motivos in iudicando, resolviéndose en primer lugar los vicios in procedendo por la Sala Segunda; ⁶ desestimados estos, se pasaba el asunto a la Sala Primera para resolver los motivos in iudicando. Del otro, la ausencia de reenvío para los vicios in iudicando y el mantenimiento del mismo para los motivos in procedendo. Esta supresión del reenvío es original en Europa en la legislación española. El 1 de abril de 1881 entra en vigor la reforma integral a la Ley de Enjuiciamiento Civil se reordenan los motivos de casación in iudicando y los motivos in procedendo, el legislador realizó la distinción entre la casación por infracción a la ley y la casación por quebranto de formas esenciales de juicio, las casaciones por infracción a la ley y por quebranto de forma y con conocimiento de tres salas del Tribunal Supremo, la tercera solo para admisión y la decisión por la primera para conocer casación por infracción a la ley y la segunda por casación por quebrantamiento de forma, y permitió por primera vez la censura del error de hecho en la apreciación de la prueba.⁶

1.4. LA CASACION EN COSTA RICA

En su Código de Procedimientos Civiles de 1887, Costa Rica copio el recurso de casación de la Ley de Enjuiciamiento Civil de España de 1881, permitiendo que la Sala Civil en los casos que anulara la sentencia impugnada por vicios sustanciales casar la sentencia y resolver el pleito en el fondo, conforme disponía el artículo 920 del Código de Procedimientos Civiles derogado, pero manteniendo el reenvío por violación a las leyes que establecen el procedimiento, según regulaba el numeral 919 del Código cita derogado.

Sobre el citado derogado Walter Antillón nos señala: “El Código de Procedimientos Civiles tenía como objetivo inmediato la economía procesal, pero lo hace costa de incurrir en una violación desde el punto de vista de los principios procesales; porque, mientras prohíbe que la Sala reciba pruebas, la obliga a fallar sobre el mérito de los autos cuando casa la sentencia por violación a la ley sustancial, o por errores en la apreciación de la prueba, se violenta el principio de inmediatez, puesto que se resuelve con base en prueba no recibida en presencia de los señores Magistrados.”⁷

El Código Procesal Civil, vigente desde el 3 de mayo de 1990, se limitó a reproducir la normativa del texto derogado, conservando dos regímenes separados según el error reclamado sea in iudicando o in procedendo, conserva también el mecanismo del reenvío para el caso de los errores in procedendo,

conserva igualmente la exigencia que el recurrente cite la ley presuntamente infringida, y exprese con claridad y precisión en que consiste la infracción y mantiene la distinción entre el error de hecho y el error de derecho cometido por el juez en la apreciación de la prueba. La única “novedad” es la casación directa que dispone el 592 conforme veremos más adelante.

II NATURALEZA JURIDICA, CARACTERISTICAS Y FINES DE LA CASACION CIVIL

2.1 NATURALEZA JURIDICA

El recurso de casación proviene del latín “cassare” que significa quebrar, es un recurso de carácter extraordinario, porque se reputa que los intereses de las partes están suficientemente garantizados en las instancias inferiores por las leyes procesales. No se acuerda mientras no hayan sido agotados los recursos ordinarios y que las disposiciones que lo reglamentan son de interpretación restrictiva. No constituye una tercera instancia, pues, no puede ofrecerse nuevas pruebas ni alegarse hechos nuevos, no es un recurso para ver cuestiones de hecho y de justicia sino exclusivamente las causales establecidas por la Ley⁸.

Resulta en mi opinión interesante la posición sostenida por Jorge Nieva: “A mi juicio, actualmente, la investigación sobre la naturaleza jurídica del recurso de casación debería basarse, primordialmente, en el análisis de la cognición que realiza el órgano casacional. Si esta cognición fuera diferente a la que realiza un tribunal de apelación, el recurso tendría naturaleza extraordinaria, en el sentido de que ningún otro órgano jurisdiccional realizaría una cognición de esas características. Si acabara siendo la misma, dicha naturaleza sería ordinaria.”⁹

2.2. CARACTERISTICAS

Tres son las características esenciales del recurso de casación:

Es un recurso jurisdiccional: los magistrados de las salas de casación, para pronunciarse sobre el recurso utilizan criterios estrictamente jurídicos sin criterios de oportunidad.

Es un recurso extraordinario: porque no cabe sino contra determinadas resoluciones y por motivos estrictamente enlistados. Contiene un comprensible rigor formal, con requisitos de admisibilidad, pero no lo convierte en un recurso formalista.

No constituye una tercera instancia, ni una segunda apelación porque, de un lado, la sala no se pronuncia en realidad sobre las pretensiones de las partes, sino sobre un error padecido por los Tribunales de instancia que en el recurso se denuncia; y por otro, por la imposibilidad de introducir hechos nuevos en esa etapa procesal.¹⁰

2.3 FINES DE LA CASACION CIVIL

La razón principal del recurso de casación es la tutela de la protección del ordenamiento jurídico, la protección de los

⁶ Hugo Alsina. *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Tomo IV. Ediar S.A., Buenos Aires, 1961. Pág. 318*

⁷ Jorge Nieva Fenoll. *Ob. Cit. Pág. 85.*

¹⁰ Gerardo Parajoles Vindas. *Curso de Derecho Procesal Civil. Volumen II. Editorial IJSA, San José, 1998. Pág. 251.*

⁵ Jorge Nieva Fenoll. *Ob. Cit. Págs. 28-32.*

⁷ Walter Antillón Montealegre. *Ensayos de Derecho Procesal. Tomo II. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., San José, 2004. Pág. 275.*

principios de igualdad y seguridad, es decir, la correcta aplicación del Derecho en los fallos judiciales, por otra parte se ha reconocido como finalidad del recurso de casación civil en la búsqueda de la uniformidad de la jurisprudencia y la recta interpretación de la doctrina jurisprudencial, lo que conduce, a la unidad e igualdad del derecho mismo¹¹.

Por lo anterior podemos indicar que el recurso de casación tiene dos finalidades principales:

LA PROTECCIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO.

La uniformidad de la jurisprudencia.

La posición sostenida por la doctrina y nuestra sala de casación es criticada por el Doctor Walter Antillón quien opina que considerar que las Salas de Casación tiene como finalidad la correcta interpretación de ley es afirmar que hay una solución jurídicamente correcta, siendo lo anterior un resabio del Derecho Natural y de los planteamientos metafísicos que este se funda, no se debe esperar que las salas de casación tengan el único sentido de la ley. Asimismo señala que la otra finalidad que es la uniformidad de la jurisprudencia consagra el funesto argumento de la autoridad, plaga del pensamiento jurídico, y viola de manera flagrante la independencia del Juez¹², que debemos recordar que la Independencia de las y los jueces no es un derecho gremial sino un derecho humano, que consiste en que las y los administradores de justicia solo están sometidos a la Constitución y a la Ley y que no pueden ser presionados indebidamente al resolver las controversias de las y los habitantes, disponer que se debe seguir un determinado precedente porque así lo dispuso la Sala de Casación no puede ser justificado por la uniformidad de la jurisprudencia, ya que de esta forma paralizamos nuevas ideas y violentamos el Derecho Humano de la Independencia de la Judicatura. El Juez o la Jueza no está obligado a seguir los fallos de las salas de casación porque de ahí no siempre debe provenir la correcta interpretación de la Ley ni debe tener como finalidad la uniformidad de la jurisprudencia, porque concuerdo con el Doctor Antillón en que No hay otra alternativa: O tenemos jueces independientes o tenemos jurisprudencia vinculante.

III ASPECTOS NORMATIVOS DEL RECURSO DE CASACION EN COSTA RICA

3.1. PROCEDENCIA DEL RECURSO DE CASACION

Artículo 591 del Código Procesal Civil:

Procedencia.

El recurso de casación procederá contra las siguientes resoluciones:

1) Contra las sentencias y autos con carácter de sentencia enumeradas en los incisos 3) y 4) del artículo 153, dictados por los tribunales superiores civiles en procesos ordinarios o abreviados, conforme con la cuantía que para este recurso es-

tablezca la Corte Plena, o cuya cuantía sea inestimable.

2) Contra las resoluciones a que se refiere el inciso anterior, que produzcan cosa juzgada material, dictadas en los demás procesos de cuantía superior a la fijada por la Corte Plena.

3) Contra las sentencias definitivas o autos con carácter de sentencia, dictados por los tribunales superiores civiles en asuntos sometidos a su conocimiento en única instancia, siempre que su cuantía sea inestimable o exceda de la fijada por la Corte Plena.

4) En los demás casos que establezca expresamente la ley.

Para cursos no rige la regla de la cuantía.

En el primer inciso encontramos los siguientes elementos para la procedencia del recurso de casación, que deben presentarse cada uno de ellos para la recurribilidad de esa resolución:

Sólo contra sentencias o autos con carácter de sentencia.

Sólo en procesos ordinarios o abreviados.

Cuantía al menos de setecientos cincuenta mil colones o cuantía inestimable.

En el inciso 2) se desprende otra posibilidad para la procedencia para el recurso de casación:

Sentencia o autos con carácter de sentencia.

Procesos sumarios, especiales y de ejecución.

Estimación de 750.001 en adelante.

Produzca cosa juzgada material.

Por su parte el inciso 3 nos señala la otra posibilidad para el recurso de casación:

Sentencias o autos con carácter de sentencia.

Dictadas por el Tribunal de Apelaciones en asuntos sometidos en única instancia.

Estimación al menos de 750.001 en adelante.

En asuntos de conocimiento del tribunal de apelaciones en única instancia el ejemplo por excelencia es al conocer de los procesos de responsabilidad civil contra los jueces, párrafo segundo del artículo 93 *ibidem*.¹³

Asimismo el inciso 4) señala en los demás casos que la ley señala expresamente, dentro de este supuesto tenemos¹⁴:

Incidente privilegiado de cobro de honorarios, artículo 236 *ibidem*, debe contener el monto de los honorarios que reclama, y estimar la pretensión económica concreta.

Cuando se acoja la excepción falta de competencia, artículo 303 *ibidem*, por razón del territorio o de la materia sólo cuando es declarada con lugar por el tribunal de apelaciones, y que se incluye como un vicio in procedendo en el inciso 4) del artículo 594 *ibidem*.

Laudos arbitrales sólo para pedir la nulidad del mismo, se tramita como recurso de casación conforme dispone el párrafo segundo del artículo 526 *ibidem*.

Procesos de ejecución de sentencia solo en procesos ordinarios y abreviados, o en otros que produzcan cosa juzgada

¹¹ Sobre este tema ver voto 101, del 30 de setiembre de 1996 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

¹² Walter Antillón. Ob. Cit. Págs. 272 y 273.

¹³ Gerardo Parajales Vindas. Ob. Cit. Pag. 255.

¹⁴ Gerardo Parajales Vindas. Ob. cit. Págs. 255, 256 y 257.

material (ver voto 14 Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, 15:30 hrs. Del 26-2-1997).¹⁵

En divorcio o separación por mutuo consentimiento únicamente en relación con el vínculo matrimonial, que es lo que adquiere cosa juzgada material, artículo 822 del Código Procesal Civil.

La resolución sobre la partición en un proceso sucesorio, siempre y cuando hubiese objeciones, pues sólo en este supuesto lo resuelto adquiere autoridad y eficacia de cosa juzgada material, numeral 908 párrafo tercero *ibidem*.

Procesos concursales, la homologación o rechazo del convenio, la declaratoria de quiebra o insolvencia o cuando lo deniegue.

Resolución sobre legalización de créditos produce cosa juzgada material, artículo 752 Código Procesal Civil.

3.1.1. CASACION DIRECTA

Artículo 592.- Casación directa: "Procederá el recurso de casación contra la sentencia de primera instancia dictada en proceso ordinario o abreviado, cuya cuantía sea inestimable o exceda de la fijada por la Corte Plena, cuando las partes manifiesten expresamente que renuncian al recurso de apelación, dentro del plazo para ejercitar este último, para, en su lugar, interponer aquél. En esta hipótesis, el recurso de casación sólo podrá fundarse en razones de fondo.

El plazo para interponer el recurso de casación se contará a partir del día siguiente al de la notificación de la resolución en la que se tenga por renunciada la apelación".

Como regla podemos observar que lo resuelto por los Juzgados Civiles de Mayor Cuantía carece recurso de casación salvo en sentencias de procesos ordinarios o abreviados, cuya estimación sea superior a los setecientos cincuenta mil colones o inestimable, las partes manifiesten dentro del plazo para presentar el recurso de apelación que renuncia a este medio de impugnación para presentar el recurso de casación y sólo puede ser por razones de fondo.

3.2. MOTIVOS DEL RECURSO DE CASACION

Los motivos del recurso de casación de las resoluciones recurribles pueden ser por infracción procesal, cuando el a-quo afecta la interpretación de las normas procesales. Son técnicamente errores in procedendo o vicios de actividad sistemáticos de una actuación procesal adjetiva inicua, contraria al cometido de garantía que el ejercicio de la función jurisdiccional debe cumplir, son vicios de actividad que deben ser indicados de modo preciso y taxativo. Asimismo puede interponerse por error in iudicando que conlleva la incorrecta interpretación de la norma jurídica de naturaleza civil e infracción a las normas sobre la apreciación de la prueba, no se puede apreciar

nuevamente la prueba para extraer de esa apreciación nuevos hechos.¹⁶

Se debe advertir que el término error in procedendo y error in iudicando la palabra error no se usa en el sentido técnico de vicio de la voluntad, sino, por el contrario, en el vicio del acto, y, por tanto, para la existencia del motivo es indiferente la condición psicológica del juez; como regla, especialmente cuando se trata de error in iudicando, la pugna entre la sentencia y la norma jurídica depende de un falso juicio acerca de esta, pero este origen del vicio no es necesario e incluso si el juez supo que violaba la ley, y quiso violarla, el recurso de casación estaría igualmente fundado.¹⁷

Nuestro ordenamiento contempla los motivos citados por la doctrina, en el Artículo 593.- Interposición.

El recurso de casación podrá interponerse:

1) Por violación de leyes que establecen el procedimiento.

2) Por violación de ley en la parte dispositiva de la sentencia, en cuanto al fondo del asunto.

Artículo 594.- Casación por razones procesales.

Procederá el recurso por razones procesales:

1) Por falta de emplazamiento o notificación defectuosa de éste, no solo a las partes sino a los intervinientes principales.

El vicio se produce desde la primera instancia

2) Por denegación de pruebas admisibles o falta de citación para alguna diligencia probatoria durante la tramitación, cuyas faltas hayan podido producir indefensión.

3) Si el fallo fuere incongruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, u omitiere hacer declaraciones sobre alguna de tales pretensiones, hechas a su tiempo en el pleito, o si otorgare más de lo pedido, o contuviere disposiciones contradictorias.

No obstante, no será motivo de nulidad la omisión de pronunciamiento en cuanto a costas; o sobre incidentes que no influyan de modo directo en la resolución de fondo del negocio; o cuando no se hubiere pedido adición del fallo para llenar la omisión, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 158.

4) Si el proceso no fuere de competencia de los tribunales civiles, ya sea por razón de territorio nacional o por razón de materia.

5) Si la sentencia se hubiere dictado por menor número de los jueces superiores que el señalado por la ley.

6) Cuando la sentencia haga más gravosa la situación del único apelante.

7) Cuando se omiten o no se den completos los plazos para formular alegatos de conclusiones o de expresión de agravios, salvo renuncia de la parte.

Artículo 595.- Casación por razones de fondo.

Procederá en cuanto al fondo:

1) Cuando el fallo contenga violación de leyes.

¹⁵ *Harto se ha dicho que en ejecución de sentencia, la casación actúa, no como guardián de legalidad, sino de la cosa juzgada. Su competencia no la determina la violación de leyes de procesales o de fondo sino en el quebranto santidad de la cosa juzgada. Procede únicamente, cuando las resoluciones impugnadas resuelven puntos sustanciales no controvertidos en el pleito ni decididos en la sentencia que se ejecuta, así como cuando se ha proveído contra de lo ejecutoriado. Ver votos 31-94, de las 14:45 hrs. del 20-5-1994 y voto 10-95, 14:45 hrs. del 13-1-1995 ambos de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.*

¹⁶ Antonio María Lorca Navarrete. *Tratado de Derecho Procesal Civil. Parte General.* Editorial Dykinson, Madrid, 2000. Págs. 1072-1082.

¹⁷ Francesco Carnelutti. *Sistema de Derecho Procesal Civil. Tomo III.* Editorial UETHA, Buenos Aires. Pág. 753.

2) Cuando el fallo sea contrario a la cosa juzgada, siempre que se haya alegado oportunamente esta excepción en el proceso.

3) Cuando en la apreciación de las pruebas haya habido error de derecho, con infracción de las leyes relativas al valor de los elementos probatorios apreciados erróneamente, o cuando en la apreciación de las pruebas haya habido error de hecho, si éste resulta de pruebas constantes en el proceso y es evidente la equivocación del juez. En caso de error de hecho, no será necesario indicar el precepto legal infringido, concierne al valor del elemento probatorio mal apreciado. Pero al reclamarse cualquiera de esos dos errores, el de derecho y el de hecho, será indispensable indicar también las leyes que, en cuanto al fondo, resultan infringidas como consecuencia de los errores de apreciación reclamados.

IV RECURSO DE CASACION EN EL PROYECTO REFORMA INTEGRAL AL CODIGO PROCESAL CIVIL

El proyecto de reforma integral al código procesal civil introduce la oralidad como el cambio de paradigma para el proceso civil que ha provocado la mora en esta sede, en materia del recurso de casación cambia la vista a la audiencia oral con respaldo documental de voz y sonido, asimismo introduce la casación por interés de la ley y de la jurisprudencia y mantiene el instituto del reenvío en razón de la casación por razones procesales, conforme veremos a continuación.

4.1. PROYECTO REFORMA CODIGO PROCESAL CIVIL, RECURSO DE CASACION

Artículo 69. Recurso de Casación

69.1. Resoluciones contra las que procede. El recurso de casación podrá interponerse contra las sentencias dictadas en procesos ordinarios, cualquier otro pronunciamiento que tenga efecto de cosa juzgada material y en los casos que la ley señale expresamente.

69.2. Causales. El recurso de casación podrá fundarse en razones procesales y de fondo.

Procederá por motivos de orden procesal cuando se funde en:

Infracción o errónea aplicación de aquellas normas procesales que sean esenciales para la garantía del debido proceso, siempre que la actividad defectuosa no se haya subsanado conforme a la ley.

Vulneración del principio de inmediación por ausencia de jueces en la audiencia de prueba, conclusiones o deliberación.

Haberse dictado la sentencia por un número menor de los jueces exigidos por ley.

Falta, insuficiencia o contradicción grave en la fundamentación.

Haberse fundado en medios probatorios ilegítimos o introducidos ilegalmente al proceso.

Incongruencia con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes.

No será motivo para recurrir la falta de pronunciamiento

sobre costas, incidentes sin influencia directa en el fondo del asunto, o cuando no se hubiere pedido adición del fallo para llenar la omisión. Solamente podrá alegar una causal de casación por razones procesales la parte a quien hubiere perjudicado la inobservancia de la ley procesal. Además, es indispensable haber gestionado la rectificación del vicio y haber agotado todos los recursos procedentes contra lo resuelto.

Procederá el recurso de casación por razones de fondo, cuando se funde en:

Violación de las normas sustantivas aplicables al caso concreto. Esta causal comprende la infracción a las normas legales sobre apreciación de la prueba.

Quebranto de la cosa juzgada, siempre que se haya alegado oportunamente esa excepción.

69.3. Forma y plazo. El recurso se interpondrá en forma escrita, ante el tribunal que dictó la resolución recurrida, en el plazo de quince días.

69.4. Requisitos del escrito.

El escrito de recurso deberá indicar:

La naturaleza del proceso, las partes y la hora y fecha de la resolución impugnada.

La mención de las normas de derecho infringidas o erróneamente aplicadas.

La expresión de los motivos concretos constitutivos del fundamento de la casación, expuestos en forma ordenada clara y concisa.

69.5. Rechazo de plano. El recurso de casación será rechazado de plano cuando:

No fuere posible identificar el proceso con los datos suministrados por la parte.

Sea presentado en forma extemporánea.

La resolución impugnada no admite este tipo de recurso.

No se expresa con claridad y precisión las infracciones acusadas.

Se omita fundamentarlo jurídicamente.

Tratándose de una nulidad procesal no es de las previstas como causal, o no fue reclamada ante el tribunal correspondiente.

Se refiera a cuestiones no alegadas oportunamente, ni debatidas en el proceso.

6.2. PROCEDIMIENTO RECURSO DE CASACION

69.7. 1) Emplazamiento. Presentado el recurso, el juzgado remitirá el expediente al tribunal de casación y le conferirá un plazo de cinco días a la parte contraria, para que acuda ante el Superior a hacer valer sus derechos.

2) Admisión y señalamiento para la audiencia. Recibido el expediente por el tribunal de casación, éste resolverá sobre la admisión del recurso. Si lo admitiere, señalará hora y fecha para audiencia oral, si alguna de las partes la hubiere pedido o si el tribunal lo considera pertinente.

3) Prueba en casación. En casación no se podrá proponer, ni admitir prueba, salvo que se trate de documentos determinantes para la decisión, cuando consten en el proceso

o hayan sido presentados con el recurso, o con el escrito de contestación al recurso, siempre que se trate de documentos que no hubiere sido posible aportar con anterioridad por causas ajenas a la parte.

4) Audiencia oral. La audiencia oral será presidida por el integrante relator. Cuando el señalamiento para audiencia se haga a petición de parte, la ausencia injustificada de quien la pidió implicará el desistimiento del recurso. La audiencia se iniciará con la identificación del proceso, mención de las partes intervinientes y la indicación de la forma en que se va a desarrollar la audiencia. El presidente dará la palabra, en primer lugar, a la parte recurrente, indicándole el tiempo durante el cual hará su exposición, requiriéndole a que lo haga en forma ordenada en cuanto a cada uno de los vicios acusados. No se permitirá la lectura de escritos, ni documentos, salvo que se tratare de citas de pruebas o de textos legales o doctrinarios, que podrán ser leídos únicamente en lo conducente. Terminada la exposición del recurrente, dará la palabra a la parte o partes contrarias por el mismo tiempo. Cuando se considere necesario, a criterio del tribunal, se permitirán réplicas y contrarréplicas. En todo caso, los integrantes podrán solicitar aclaraciones o explicaciones a las partes.

6.3. SENTENCIA

El artículo 69.8. Dispone: Concluida la audiencia, el tribunal se retirará y deliberará cuantas veces sea necesario para resolver el recurso. La sentencia deberá dictarse en el plazo de quince días. Se examinará primero la impugnación relativa a vicios procesales y en caso de no ser procedentes, se analizarán los motivos de fondo.

Si la sentencia es casada por vicios de carácter procesal, se ordenará el reenvío al tribunal, quien repondrá los vicios y lo fallará de nuevo, repitiendo la práctica de prueba, si fuera necesario. Cuando se pueda subsanar el vicio, sin infringir el principio de inmediación, tratándose de incongruencia o falta de motivación el tribunal de casación dictará sentencia sobre el fondo, sin necesidad de reenvío.

Si la sentencia es casada en cuanto al fondo, dictará una nueva en su lugar. Para ello tomará en cuenta las defensas de la parte contraria a la recurrente, omitidas o preteridas en la sentencia impugnada, si por haber resultado victoriosa esa parte no hubiere podido interponer el recurso de casación.

6.4. Casación en interés de la ley.

70.1. Procedencia. Es procedente la casación en interés de la ley, en relación con sentencias dictadas en recursos extraordinarios, cuando las Salas de Casación de la Corte Suprema de Justicia, sostengan criterios discrepantes sobre cuestiones procesales o de fondo sustancialmente iguales. Tiene como finalidad procurar la uniformidad de la jurisprudencia.

70.2. Legitimación. Podrán gestionar en interés de la ley la Procuraduría General de la República y la Defensoría de los Habitantes; así como las personas jurídicas de derecho público, que, por las actividades que desarrollen y las funciones que tengan atribuidas en relación con los criterios cuestionados, acrediten interés legítimo en la unidad jurisprudencial.

70.3. Competencia y procedimiento. Será competente para conocer la Corte Plena. Se registrará en todo cuanto le resulte compatible por lo dispuesto para el recurso de casación. Los integrantes de la Sala que hayan participado en los pronunciamientos discrepantes, no tendrán impedimento, ni podrán ser recusados por ello. El plazo para interponerlo es de un año, a partir de la firmeza de la sentencia más reciente. El escrito se presentará directamente ante Corte Plena y a éste se acompañará copia certificada o testimonio de las resoluciones donde quede de manifiesto la discrepancia alegada. El Presidente designará al relator y convocará a audiencia oral y pública.

70.4. Sentencia. Las sentencias que se dicten, respetarán las situaciones jurídicas particulares derivadas de las resoluciones analizadas y, cuando fuere estimatoria, fijará la doctrina jurisprudencial.

6.5. Casación en interés de la jurisprudencia.

71.1. Procedencia, competencia y efectos. Es procedente la casación en interés de la jurisprudencia, en relación con las sentencias no impugnables por medio del recurso de casación, cuando sobre temas jurídicos concretos se hubieren dictado fallos contradictorios por los Tribunales de Justicia y exista interés público en definir la discrepancia. Será competente para conocerlo la respectiva Sala de Casación, según su competencia. Su formulación no tendrá efectos suspensivos sobre los procesos pendientes.

71.2. Legitimación, selección de temas propuestos y procedimiento.

Tendrán legitimación quienes puedan interponer la casación en interés de la ley, así como grupos de tres o más jueces vinculados directamente con los temas propuestos.

La Sala respectiva seleccionará, según su criterio, los casos que consideren de interés para su análisis y seguirá, en cuanto sea compatible, el procedimiento previsto para la casación en interés de la ley. Lo resuelto contribuirá a informar el ordenamiento jurídico. El pronunciamiento de la Sala no afectará las sentencias dictadas con anterioridad.

CONCLUSIONES

Al finalizar esta investigación podemos primero afirmar que el recurso de casación es un recurso de carácter extraordinario, porque se reputa que los intereses de las partes están suficientemente garantizados en las instancias inferiores por las leyes procesales. No se acuerda mientras no hayan sido agotados los recursos ordinarios y que las disposiciones que lo reglamentan son de interpretación restrictiva. No constituye una tercera instancia, pues, no puede ofrecerse nuevas pruebas ni alegarse hechos nuevos, no es un recuso para ver cuestiones de hecho y de justicia sino exclusivamente las causales establecidas por la ley.

Asimismo nuestra jurisprudencia nos ha ayudado a concluir que en consecuencia, no es su fin primario, remediar fallos injustos, pues se da para resguardar la legalidad, mantener la uniformidad de la jurisprudencia, así como la estabilidad y el rigor de los procedimientos en la tramitación de un proceso. De tal

manera, se otorga este recurso por razones de forma o de fondo. En cuanto al recurso por el fondo, como el aquí interpuesto, se otorga éste por violaciones de la ley sustantiva. La vulneración legal puede ser directa o indirecta. Es directa, cuando no existe error de índole probatorio. Los hechos están correctamente seleccionados y enunciados en el fallo, pero el Tribunal se equivoca en su calificación jurídica o interpreta mal la ley sustantiva. Es indirecta cuando se produce a través de yerros cometidos al apreciar las pruebas, los cuales pueden ser de hecho o de derecho. Se da el error de hecho cuando el Juzgador incurre en desaciertos materiales al apreciar la prueba, cual sería, verbigracia, endosar a los declarantes afirmaciones no emitidas por ellos o atribuir a un documento un contenido inexistente. El error de derecho estriba en otorgar a las pruebas un valor legalmente indebido, o en negarles el propio. Cuando se alega error de derecho, es necesario indicar las normas infringidas concernientes al valor de los elementos probatorios apreciados erróneamente, y en las dos clases de errores, de hecho o de derecho, es indispensable señalar también las leyes infringidas en cuanto al fondo, como consecuencia de los errores de apreciación reclamados; asimismo, ha de señalarse con igual rigor, cuáles fueron las pruebas mal apreciadas y en qué consisten los yerros cometidos (artículos 595 inciso 3° y 596 del Código Procesal Civil). Como se ve, según se deriva de las consideraciones antecedentes, el recurso de casación en nuestro medio, si bien no es formalista, sí está sujeto en su formulación a lineamientos de orden técnico especiales. Esto, en obsequio a la naturaleza misma del recurso.

El proyecto de reforma integral al Código Procesal Civil introduce innovaciones de interés al recurso de casación,

estas propuestas deben ser ampliamente debatidas, como son la casación por razón de la jurisprudencia y de la ley, que en mi opinión no violenta la independencia de la judicatura al no ser en ninguno de los casos vinculante, sino que contribuirá a informar el ordenamiento jurídico.

BIBLIOGRAFIA

- Alsina, Hugo. Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Tomo IV. Ediar S.A., Buenos Aires, 1961.
- Antillon Montealegre, Walter. Ensayos de Derecho Procesal. Tomo II. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., San José, 2004.
- Calamandrei, Piero. La Casación Civil. EBA, Buenos Aires, 1945.
- Carnelutti, Francesco. Sistema de Derecho Procesal Civil. Tomo III. Editorial UETHA, Buenos Aires.
- Devis Echandia, Hernando. Estudios de Derecho Procesal Civil. Tomo I. Editorial ABC, Bogota, 1979.
- Lorca Navarrete, Antonio María. Tratado de Derecho Procesal Civil. Parte General. Editorial Dykinson, Madrid, 2000.
- Nieva Fenoll, Jorge. El Recurso de Casación Civil. Editorial Ariel, Barcelona, 2003.
- Parajeles Vindas, Gerardo. Curso de Derecho Procesal Civil. Volumen II. Editorial IJSA, San José, 1998.
- Código Procesal Civil de Costa Rica.
- Proyecto Reforma Integral Código Procesal Civil, versión septiembre 2006.



DOCUMENTOS Y EVENTUALES CONTRADICCIONES DE ÉSTOS EN EL CONTRATO DE FLETAMENTO

Lic. Jorge Murillo González

Este ensayo pretende establecer puntos básicos en relación con el contrato de fletamento, a saber, la discusión en torno a su definición y de los documentos que se requieren para poder desarrollarlo. El punto central consiste en establecer una serie de soluciones cuando surjan conflictos entre la póliza de fletamento y el conocimiento de embarque, lo anterior con la idea de propiciar condiciones de negociación mucho más claras, para evitar, conflictos innecesarios entre las partes intervinientes. Parece importante el conocimiento de este tipo de temas, los cuales no solo encuentran una escasa regulación en nuestro ordenamiento jurídico, sino que también son pocos los doctrinarios costarricenses que profundicen en la materia.

I. INTRODUCCIÓN

El contrato de fletamento es el más importante de los contratos del derecho marítimo, según la posición de muchos autores, porque todos los demás han ido naciendo en relación con él. Así por ejemplo la venta marítima presupone el transporte de las mercancías vendidas. El seguro marítimo nace para garantizar los riesgos durante el transporte, entre otros.

Sin embargo, a pesar de lo relevante para el comercio internacional, el contrato de fletamento no dispone de una disciplina internacional uniforme, pues muchos autores lo han

considerado innecesario: se presupone que los empresarios contratantes se encuentran en una posición negociadora equivalente, y por ello no hay una parte contratante más indefensa cuyos intereses deban ser tutelados imperativamente.

El Ordenamiento Jurídico Costarricense muestra un desconocimiento extremo en materia de transporte y fletamento marítimo de mercadería, además de que la regulación que rige esta materia data del año 1853, por lo que la gran mayoría de los artículos se encuentran obsoletos y prácticamente en desuso.

Lo anterior es ratificado por Yasmín Bastos González, pues para la autora: “en caso de la normativa en vigencia, este asunto es de gran relevancia, pues las leyes y decretos relativos al tema se han venido dictando sin ningún tipo de coordinación, lo que ha originado que disposiciones anticuadas se mantengan hoy día formalmente en vigor, independientemente de reglas más modernas, aunque disímiles. Ello es síntoma, entre otras cosas, de una falta de interés en lo naval, que ha sido característica nuestra en todo momento y que redundará en un desconocimiento global del ordenamiento a todo nivel, con las consecuencias que de ello derivan; como la falta de aplicación de esas normas y la fosilización de sus conceptos por paralización de su evolución conforme al desarrollo práctico de lo regulado.”¹

De lo anterior se deduce la importancia de documentos escritos que prevean todas las condiciones en que se va a realizar el fletamento, ello con la intención, entre otras, de llevar a cabo una negociación equitativa entre las partes. Para Ignacio Sancho Gargallo, “por esta razón y en virtud del principio de autonomía de la voluntad, las partes contractuales del fletamento suelen recurrir a pactos documentados en pólizas-tipo: así para el fletamento por viaje, para el fletamento por tiempo (cuyo régimen, ante la ausencia de normativa específica, se ha de construir sobre la base de dichas pólizas), y para otras submodalidades de fletamento.”²

II. CONTRATO DE FLETAMENTO

A la palabra fletamento se le han atribuido distintos significados. Así para Daniel Danjon, este término viene del francés *affretement* que significa arriendo ubicándolo como el flete que designa el precio del arrendamiento de los navíos. (...) El fletante pone a disposición del fletador un determinado buque para que éste lo utilice en el transporte de mercancías, poniendo el fletante un navío a disposición de terceros fletadores.³

Por su parte, para Fernando Sánchez Calero, el fletamento puede definirse como “el contrato por el que una persona (fletante) se obliga a poner un buque armado y equipado a disposición de otra (fletador), que se compromete a pagar una determinada cantidad (flete), bien en proporción a un tiempo determinado o bien por la realización de uno o más viajes”⁴

De la lectura de las dos definiciones anteriores, se concluye fácilmente que no nos encontramos ante un solo contrato, ya que éstas nos inducen a pensar en la existencia de varias clases de fletamento.

Por ello se concluye, que al hablar de fletamento, no se habla de una única modalidad, pues en la realidad existen di-

ferentes tipos de contratos de fletamento, según el uso que se le quiera brindar al buque. Así por ejemplo, se habla de fletamento por viaje (*voyage charter*), fletamento por tiempo (*time charter*) y de fletamento a casco desnudo (*bareboat charter*).

En el fletamento por viaje el buque quedará a disposición del fletador en la totalidad, ya sea para realizar uno o más viajes. Por su parte el fletador queda obligado a la realización del viaje o los viajes que disponga, también quedará a su cargo custodiar y proteger la mercancía transportada, además debe de entregar la mercancía en el puerto que se determinó en el contrato y pagar el precio del flete, salvo cuando se estipule contractualmente que el fletador pagará además los gastos de la carga y de los puertos.

En el fletamento por tiempo el propietario o armador conservará la tenencia del buque, y lo pone a disposición del fletador, armado, dotado y equipado para navegar por un determinado tiempo, en la realización de los viajes que éste le indique en el transporte de mercancías o personas, dentro del término y las condiciones previstas en el contrato o en las que los usos establezcan.

Finalmente, tenemos el contrato de fletamento a casco desnudo, llamado comúnmente contrato de arrendamiento o de locación, porque el propietario del buque, sin armarlo ni equiparlo lo entrega al fletador para que lo use a su conveniencia por el tiempo contratado, obligándose el locatario o fletador por ese uso o goce un precio determinado.

Algo importante de señalar es que “los contratos de fletamento suelen utilizarse en el transporte marítimo de cargas homogéneas realizado por *buques tramp* (literalmente: vagabundos), que no tienen asignada una línea regular de transporte, sino que se ofrecen para verificar el transporte de mercancías a cualquier puerto, según las condiciones que determina en cada momento el mercado de fletes. En cambio y por lo general, se recurre a líneas regulares para el transporte de cargamentos heterogéneos, a través de transporte marítimo en el régimen de conocimiento de embarque.”⁵

III. DOCUMENTOS EN EL CONTRATO DE FLETAMENTO

A pesar de que es una cuestión discutida doctrinalmente, ha de afirmarse que el contrato de fletamento es consensual. Un contrato sólo se reputa formal cuando el ordenamiento condiciona la validez y eficacia del mismo a la observancia de una determinada forma en la manifestación de voluntad de los contratantes, y éste no es el caso del fletamento ya que la norma no sanciona con la nulidad el contrato de fletamento que no se documente en póliza.

Lo anterior es confirmado por Ignacio Arroyo Martínez para quien, “el fletamento no es un contrato formal, se perfecciona por el consentimiento. La emisión de la póliza no es un requisito esencial y sirve para probar la existencia y condiciones del contrato. (...) De acuerdo con el principio contractual que, en el doble sentido anteriormente indicado de tráfico libre y régimen dispositivo caracteriza el contrato de fletamento, las

¹ Bastos González, Yasmín: *EL USO DEL CONTRATO DE FLETAMENTO EN LA LEGISLACIÓN COMERCIAL MARÍTIMA COSTARRICENSE*, Tesis para optar por el grado de licenciatura en derecho, Universidad Panamericana, San José, Costa Rica, 1996, pp. 56-57

² Sánchez Gargallo, Ignacio: *EL CONTRATO DE TRANSPORTE*, volumen I, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, España, 2002, p. 94

³ Danjon, Daniel: *TRATADO DE DERECHO MARÍTIMO*, Editorial Reus, Tomo II, Madrid, España, 1932, p. 26.

⁴ Sánchez Calero, Fernando: *INSTITUCIONES DE DERECHO MERCANTIL*, décimo octava edición, Tomo II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, España, 1995, p. 547

⁵ Sánchez Gargallo, Ignacio: *Op. Cit.*, p. 88

partes pueden incluir en la póliza todos los pactos y condiciones que tengan por conveniente.”⁶

Para Francisco Farina, “aunque la póliza es el documento fehaciente respecto a las estipulaciones convenidas, la prueba del contrato y de sus condiciones puede articularse también mediante los medios de prueba admitidos en Derecho con carácter general para las obligaciones y contratos”. La póliza contiene las condiciones contractuales, mientras que el conocimiento tiene otra función que viene a ser una especie de complemento de la póliza.⁷

Así pues, según lo dicho anteriormente, entran en juego en el contrato de fletamento, dos documentos básicos, a saber la póliza de fletamento y el conocimiento de embarque, los cuales analizaremos con un poco más de detenimiento seguidamente.

A) Póliza de Fletamento

Tal y como se dijo, el contrato de fletamento es consensual, sin embargo para efectos probatorios de la existencia del mismo, puede existir un documento llamado póliza (“*charter-party*” en inglés, que procede de la antigua denominación italiana “carta partita”). Esta póliza ha de estar firmada por los contratantes y contiene junto a la descripción de los elementos esenciales del contrato, las condiciones o cláusulas que las partes libremente estipulen.

Para algunos autores, debe incluirse dentro del contrato de fletamento, además de las condiciones generales estipuladas libremente por las partes, una identificación clara y precisa del buque que se utilizará y éste debe tener la característica de navegabilidad, es decir, que es apto para cumplir con el fin propuesto.

La póliza, ha sido definida como el documento donde consta un contrato de fletamento; se realiza frecuentemente en documentos impresos con cláusulas particulares: “Para los fletamientos normales por viaje rigen... determinadas póliza tipo, que establecen las condiciones... se fijan en ellas – por ejemplo – las cláusulas generales referentes al embarque, los gastos de embarque (que suelen ser a cargo del armador), los días de plancha y el turno conforme a los usos del puerto estipulándose además las demoras (sobrestadías), el “*despatch money*” o premio a la velocidad de las operaciones de cargas y descarga, el pago del flete, con el anticipo del tercio al embarque y los dos tercios a la entrega, etcétera. Estas estipulaciones de las pólizas-tipo son conocidas por los cargadores por sus denominaciones particulares y por esto con la referencia o mención del título de cada póliza sin necesidad de más trámites, se entienden aceptadas las condiciones del contrato. Estas pólizas-tipo varían según la clase de tráfico comercial.”⁸

Para Atilio Malvagni, “en la práctica marítima internacional, como ya se ha dicho, el contrato se hace por escrito, sobre la base de formularios preparados por organizaciones de armadores,

sistema que tiene la gran ventaja de que sus cláusulas, aparte de ser el producto de la experiencia de muchos años, han sido motivo de interpretación de los tribunales de los países marítimos más importantes, los que así han fijado su significado y alcance.”⁹

Según el autor Fernando Sánchez Calero, en la práctica se adoptan determinados tipos o modelos de pólizas. Estos formularios, basados muchos de ellos en el Derecho marítimo inglés, resultan en ocasiones de comprensión difícil. Además dan lugar en la práctica, a ciertos problemas por la utilización en el caso del fletamento por viaje, de modelos nacidos para el fletamento por tiempo. La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo ha estudiado detenidamente las distintas cláusulas usuales en las pólizas de fletamento, habiendo llegado a la conclusión de que no son satisfactorias y, por ello, se ha propuesto la redacción de nuevas cláusulas.

Existen además de estas pólizas-tipo que hemos mencionado, muchas pólizas privadas, llamadas pólizas de casa. Algunos fletadores muy importantes tienen sus propios modelos, y ocurre lo mismo con algunas grandes compañías navieras que únicamente utilizan sus propios formularios. Tanto los contratos tipo como las pólizas privadas se complementan con multitud de cláusulas adicionales, o anexas, algunas de las cuales tiene también un texto normalizado y muchas se redactan especialmente para la naviera que la necesite.

B) Conocimiento de embarque

Es quizá el documento más importante dentro del contrato de fletamento, pues al existir un contrato de fletamento sin la existencia de la póliza de fletamento, el conocimiento de embarque es el documento que prueba fehacientemente la existencia del contrato.

El vocablo tiene su origen en la expresión reconocimiento. No otra cosa significó en su aceptación prístina, según la definición de Emerigón: “un reconocimiento que hacía el capitán de las mercaderías cargadas en el navío”.¹⁰

Ricardo Espejo de Hinojosa lo define como, “el recibo que da el capitán a cada uno de los fletadores, de haberse hecho cargo de las mercancías para su transporte. A diferencia, pues, de la póliza, que, como acabamos de indicar, puede substituirse por el conocimiento de embarque, éste no puede substituirse por aquélla, en razón a que el conocimiento acreditará siempre la entrega real y efectiva de las mercancías, mientras que la póliza, por su carácter consensual, sólo acreditará el compromiso de hacer dicha entrega, y en su defecto, servirá para pedir la rescisión del contrato y obtener la debida indemnización.”¹¹

Este documento ha sido definido según el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercaderías, como “un documento que hace prueba del contrato de transporte náutico y acredita que el porteador ha tomado a su

⁶ Arroyo Martínez, Ignacio: *CURSO DE DERECHO MERCANTIL: DERECHO DE LA NAVEGACIÓN*, volumen II, Editorial Civitas, Madrid, España, 2001, p. 1304.

⁷ Farina, Francisco, citado por Pérez, Víctor: *VOCABULARIO DE DERECHO MARÍTIMO*, versión preliminar para ser usada en el curso de Contratación Comercial Internacional. Postgrado de Derecho Comercial, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica, 2006, p. 414.

⁸ Pérez, Víctor: *Op. Cit.*, pp. 413-414.

⁹ Malvagni, Atilio: *DERECHO MARÍTIMO: CONTRATOS DE TRANSPORTE POR AGUA*, Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1956, p. 75

¹⁰ Garo, Francisco: *DERECHO COMERCIAL. COMPRAS Y VENTAS MARÍTIMAS*, Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1956, p. 608.

¹¹ Espejo de Hinojosa, Ricardo: *CURSO DE DERECHO MERCANTIL*, duodécima edición, Librería Hispano – Americana, Barcelona, España, 1947, p. 432

cargo o ha cargado las mercaderías, y en virtud del cual, éste se compromete a entregarlas contra prestación de documento”.¹²

Por su parte, el Código de Comercio de Costa Rica de 1853, establece que el conocimiento de embarque debe contener: 1. El nombre, domicilio y firma del transportador; 2. El nombre y domicilio del cargador; 3. El nombre y domicilio de la persona a cuyo nombre se expida el conocimiento o la indicación de ser al portador; 4. El número de orden de conocimiento; 5. La especificación de los bienes que deberán transportarse, con la indicación de su naturaleza, calidad y demás circunstancias que sirvan para su identificación; 6. La indicación de los fletes y gastos del transporte, de las tarifas aplicables y la de haber sido pagados los fletes o por cobrarse; 7. La mención de los puertos de salida y de destino; 8. El nombre y la matrícula del buque en que se transporten, si se tratase de transporte por nave designada; 9. Las bases para determinar la indemnización que el transportador debe pagar en caso de pérdida o avería.

Ahora bien, muchos autores coinciden en indicar que este documento comenzó siendo un simple y mero recibo de la

EL CONOCIMIENTO DE EMBARQUE AL PORTADOR CONCEDE DERECHO DE RETIRAR LAS MERCANCÍAS DE LA ADUANA A LA PERSONA QUE LO PRESENTE

carga a bordo. Sin embargo, poco a poco, le fueron incorporando ciertas atribuciones hasta llegar a considerarse hoy día un verdadero título valor con las características de literalidad, autonomía, causalidad, circulación, etc.

Actualmente el conocimiento no se limita a conocer cuál es la carga que ingresa al buque y en qué condiciones se encuentra, sino que contiene todas las normas aplicables al contrato libremente aceptadas o consentidas por cargador y naviero.

Tal y como lo señala Luis Beltrán Montiel, “el conocimiento de embarque es el documento a través del cual, sin perjuicio de sus restantes funciones, se instrumentaliza el contrato de transporte de mercaderías por agua. Es el equivalente de la carta de porte en el transporte aéreo o terrestre, pero su evolución histórica, típica por cierto, y las diversas funciones que le son propias, lo distinguen de manera sustancial de esos otros instrumentos. En efecto, el conocimiento comenzó siendo un simple y mero recibo de la carga a bordo. Posteriormente, se fueron incorporando a él las condiciones de transporte y paralelamente al auge que a partir del siglo pasado se vino advirtiendo en una de las fases clásicas de la actividad económica, la de la circulación de bienes, hicieron

su aparición en este documento, cada vez con mayor profusión, gran cantidad de cláusulas por cuya acción se minimizaba, de manera harto arbitraria, la esfera de responsabilidad que compete al porteador.”¹³

Hoy día este documento puede llegar a cumplir tres funciones fundamentales, a saber: el recibo de la mercadería a bordo, el título representativo de la mercadería a bordo y el documento que instrumenta el contrato de transporte.

Lo anterior ha sido confirmado por Atilio Malvagni, para quien “el conocimiento es uno de los documentos más importantes en el comercio marítimo. Sus funciones son de tres clases: a) constituye una prueba del contrato de fletamento; b) también lo es que el buque ha recibido la carga; c) es instrumento de crédito. (...) Debemos, sin embargo, advertir que las funciones referidas no pueden ser netamente separadas, pues sus diversos elementos aparecen entremezclados, lo que obliga a analizarlos, aun a riesgo de repetirse, al estudiar cada una de ellas.”¹⁴

Por otra parte, tal y como lo dispone el Reglamento al Código Aduanero Uniforme Centroamericano (RECAUCA), el conocimiento de embarque podrá ser al portador, nominativo o a la orden. El conocimiento de embarque al portador concede derecho de retirar las mercancías de la aduana a la persona que lo presente. No figura consignatario alguno, ni se emite a la orden del cargado y los derechos se transfieren con la mera entrega del documento.

En el conocimiento nominativo se hace constar el nombre del consignatario de la carga, que es consecuentemente, la persona facultada para exigir al transportador la entrega de la mercadería en el puerto de destino. Este consignatario designado expresamente en el conocimiento puede transmitir a terceros sus derechos y acciones como tal, pero debe ajustarse a las normas de cada país sobre la cesión de derechos.¹⁵

Por otra parte, el conocimiento de embarque a la orden, lo retirará la persona cuyo nombre figure en el conocimiento precedido de dicha expresión, o aquella de cuyo favor sea endosado. Si la consignación es simplemente a la orden, sin que esta expresión vaya seguida de ningún nombre, se entenderá que es al remitente o embarcador, y si en este caso el conocimiento estuviere endosado en blanco, se entenderá que la consignación es al portador. Este tipo es el más usado en la práctica, consta que el documento se emite a la orden del cargador o del consignatario, y todos los derechos inherentes se transfieren mediante el correspondiente endoso. Únicamente este tipo de conocimiento requiere endoso.¹⁶

Luis Beltrán Montiel, clasifica por su parte, a los conocimientos de embarque, como: a) Conocimiento embarcado; b) Conocimiento recibido para embarque; c) conocimiento directo y d) órdenes de entrega.¹⁷

¹³ Montiel, Luis Beltrán: *CURSO DE DERECHO DE LA NAVEGACIÓN*, 5ª reimpresión, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1987, p. 299.

¹⁴ Malvagni, Atilio: *Op. Cit.*, p. 127.

¹⁵ González Lebrero, Rodolfo, citado por Bastos González, Yazmín: *Op. Cit.*, p. 107.

¹⁶ Bastos González, Yazmín: *Op. Cit.*, pp. 56-57.

¹⁷ Ver al respecto Beltrán Montiel, Luis: *Op. Cit.*, pp- 301-302.

¹² Convención Internacional para la Unificación de ciertas reglas en materia de conocimiento, artículo III, párrafo I.

Define el conocimiento embarcado como aquel que se entrega una vez que las mercaderías están a bordo del buque. El conocimiento recibido para embarque, se emite, según el autor, cuando el cargador entrega las mercaderías en los depósitos del transportador, y no a bordo del buque encargado de conducirlos. Entre tanto el conocimiento directo, es el que se emite para cubrir el transporte de mercaderías sujetas a trayectos realizados por distintos medios de transporte.

C) Otros posibles documentos involucrados en el contrato

Para Guillermo Jiménez Sánchez, existen en el contrato de fletamento, además de los hasta ahora vistos, las llamadas órdenes de entrega, que el autor define como: "títulos fraccionarios del conocimiento que dan derecho a obtener una parte de las mercancías, precisamente aquella a la que se refieren. Son útiles en el caso de que el cargamento se venda a distintos compradores antes de llegar a destino. En este supuesto no se puede entregar el conocimiento a ninguno de ellos, pero sí estas órdenes de entrega. La aceptación de la orden de entrega por su destinatario opera una novación del conocimiento sustituyéndolo por ésta en la parte del cargamento a que se refiere. Además, respecto de esta porción de carga actúan válidamente como títulos de tradición."¹⁸

Para Francisco J. Garo estas órdenes de entrega (*delivery orders*) son las que con más frecuencia reemplazan a los conocimientos. Según éste, "se comprende, entonces, que también sirvan a la finalidad de individualizar la mercadería vendida – sobre todo en la CIF – lo que será posible y útil en el supuesto citado de un cargamento global destinado a distintos compradores, o, también, de un conocimiento en que conste que los efectos a transportarse se reparten sobre otros navíos que el designado o a designarse."¹⁹

La jurisprudencia francesa señala la existencia de los "*bons de livraison*" o bonos de entrega, y los define como un título emitido por el vendedor solo, no contiene ninguna obligación del porteador. Es una orden dada por su emisor al consignatario de la carga, de entregar una parte de ella al portador, o una autorización dirigida al capitán, de entregar una parte de la carga al portador. Ellos confieren, a lo más, un simple derecho de crédito contra el cargador o agente de depósito de la mercadería, o el de presentarse al detentador de la cosa comprada para recibirla, o rehusarla si no se conformase a las condiciones del contrato.

Este mismo Francisco J. Garro, habla además de la existencia de certificados de calidad y de pólizas de seguro. En relación al primero de estos documentos, señala: "en procura de evitar cuestiones sobre la calidad de las mercaderías recibidas, que antes se suscitaban con frecuencia debido a que no se las tenía a la vista al adquirirlas, y con el propósito de llevar la seguridad de que dicha calidad es la pactada, los vendedores remiten en la actualidad documentos expedidos por autoridades del lugar de embarque

y denominados certificados de calidad. Cuando la obtención y presentación es pactada por las partes, constituye un elemento esencial para la ejecución del contrato. Respecto al contenido y eficacia de dichos certificados, que como la misma palabra lo expresa consignan la calidad de las mercaderías a remitirse, deberá estarse a lo que convengan las partes. Ellas decidirán – en su caso – qué autoridad del país o lugar de embarque será la encargada de otorgarlo."²⁰

Refiriéndose a la póliza de seguro, el autor manifiesta: "La póliza del seguro es otro documento que debe ser remitido por el vendedor al comprador, cuando, como ocurre en las CIF, así se ha pactado. Este cumplimiento resulta esencial. En consecuencia, su no remisión al comprador, o la omisión de algunos de los requisitos que necesariamente debe llevar, lo autorizan a pedir la rescisión del contrato, o cuando menos, a rehusar el pago de la mercadería hasta tanto no se verifique la ejecución regular y completa de dicha obligación. (...) La póliza de seguro puede, sin embargo, ser sustituida por un certificado entregado por el asegurador con todos los requisitos capaces de poner en condiciones al comprador o sus causahabientes para ejercitar las acciones pertinentes, de tal modo que el contrato no pueda ser puesto en duda."²¹

IV. EVENTUALES CONTRADICCIONES DENTRO DE LOS DOCUMENTOS

En la práctica marítima pueden suscitarse ciertos conflictos de diversa índole, así por ejemplo Atilio Malvagni analiza un aspecto importante, cual es la transferencia del buque, que puede presentarse una vez firmada la póliza de fletamento, y antes de que empiece a cumplirse el contrato por parte del fletador, o sea antes de haber empezado la carga. Según el autor, aún no firmada la póliza de fletamento, si el buque se ha empezado a cargar y se vende durante esa operación, el adquirente tendría la obligación de respetar ese contrato, del cual evidentemente no podría alegar desconocimiento, con mucho mayor razón cuando ya se habrían otorgado conocimientos, que a falta de la póliza, funcionan en lugar de ella como contrato de fletamento.

Otro tipo de problema que puede presentarse en esta materia, y que ha sido ampliamente discutido en la doctrina europea, es en relación con el hecho de que si el conocimiento de embarque debía considerarse en relación de dependencia o no con respecto a la póliza de fletamento. Sobre el particular, existen posiciones a favor y en contra, sin que exista al fin y al cabo una posición única al respecto.

Para Guillermo Jiménez Sánchez, "en caso de discordancia entre la póliza de fletamento y el conocimiento parece prima este último, por ser de fecha normalmente posterior. En caso de discordancia entre ejemplares del conocimiento hacen fe contra el capitán o el naviero los que posean cargador o consignatario firmado por aquéllos; y contra el cargador, los que posean capitán y naviero firmados por aquél."²²

¹⁸ Jiménez Sánchez, Guillermo: *DERECHO MERCANTIL: DERECHO DE LA NAVEGACIÓN*, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, España, 1995, pp. 792-793.

¹⁹ Garo, Francisco J: *Op. Cit.*, p. 662

²⁰ Garo, Francisco J: *Op. Cit.*, p. 650.

²¹ *Idem*, pp. 652-653.

²² Jiménez Sánchez, Guillermo: *Op. Cit.*, p. 793

No compartimos a priori, la opinión de este autor, pues en muchas ocasiones la solución no es tan simple, pues se tiene que analizar con detenimiento, cual es exactamente el motivo de discordia, y determinar si es posible solucionar el conflicto tomando como base el conocimiento de embarque, porque puede suceder, que éste último documento no haya estipulado nada al respecto de lo que se discute.

Ostoja señala, “de establecerse diferencias: si circula o no el conocimiento: hay que distinguir según que las cuestiones que se ventilen sean entre armador y fletador o entre el armador y el portador del conocimiento. En principio, este último no ha tomado parte alguna en la conclusión del contrato; sólo tiene derechos en virtud de su título. Si una cláusula de la póliza no se encuentra reproducida en el conocimiento, parece que no puede ser opuesta al portador de este, aunque el conocimiento haga referencia a dicha cláusula, siempre que no exija su aplicación o su compromiso...”²³

Por su parte, para Atilio Malvagni, pueden existir también discordancias entre la póliza de fletamento y el conocimiento de embarque. Para él, “cuando se han otorgado ambos documentos, en los casos explicados en los anteriores parágrafos, puede ocurrir que existan discordancias entre las cláusulas de uno y otro. Esta situación se ha producido en múltiples casos, dando lugar a una jurisprudencia abundante y contradictoria de los tribunales de los principales países marítimos, en cuyos códigos de comercio no existe una disposición análoga a la de nuestro art. 1029, Cód. Com., que dice: “Aunque haya mediado póliza de fletamento, no responde el portador del conocimiento por ninguna condición u obligación especial contenida en la póliza, a no ser que el conocimiento tuviere la cláusula: según póliza de fletamento.”²⁴

Para tratar de explicar con claridad este asunto, es importante distinguir dos casos diferentes, tal y como lo ha hecho la misma jurisprudencia al igual que la doctrina: por un lado que el conflicto surja entre tenedor del conocimiento y armador, o entre fletador y fletante, cuando el primero es al mismo tiempo tenedor del conocimiento.

En el primero de los casos, cuando el tenedor del conocimiento no es el fletador de la póliza, sino un tercero destinatario de la mercadería o endosatario del documento, no puede el armador fletante oponerle las cláusulas de la póliza de fletamento, en la cual no ha intervenido, en otras palabras, no es parte y por o tanto le es desconocido el contenido del mismo. En este caso concreto funciona el principio de la autonomía de la póliza como documento representativo de la mercadería.

Para Luis Beltrán Montiel, aun cuando en el conocimiento obrase la cláusula “según póliza”, serían nulas todas las estipulaciones que implicaran ampliar la esfera de irresponsabilidad en favor del transportador, o reducir los montos de la limitación, o alterar el régimen que con carácter de orden público, establece el sistema legal. Se ha discutido, sin embargo, si la expresión mencionada, puede poner en vigor todas las estipulaciones de la póliza de fletamento, aun y cuando esta frase no entra en ningún tipo de detalle.

²³ Ostoja, mencionado por Pérez, Víctor: *op. Cit.*, p. 382.

²⁴ Malvagni, Atilio: *Op. Cit.*, p. 131-132

En la práctica comercial, se suele escribir a mano en el conocimiento la leyenda: “flete y otras condiciones según la póliza de fletamento (“*freight and all other conditions as per charter*”). Estas otras condiciones de la póliza no especificadas, que en la práctica suelen originar conflictos, son las relativas a la duración de las estadías, modo de contarlas e indemnizaciones previstas, cláusulas compromisorias, cláusulas de exoneración, etc., que, o pueden ser distintas de las previstas en los conocimientos, o pueden completar vacíos que ellos han dejado.”²⁵

La jurisprudencia extranjera se encuentra completamente dividida al respecto, pues mientras una considera ligado al tenedor del conocimiento por todas las cláusulas de la póliza de fletamento (tribunales franceses e italianos), otra solamente lo considera obligado por las condiciones de la póliza relativas al pago del flete, sobrestadías y modo de descargar, y para todo lo demás cree necesario una referencia expresa a la cláusula respectiva (tribunales belgas, alemanes, ingleses y también italianos).

Consideramos que no es posible una solución concreta en todos los casos, pues se debe analizar todas las situaciones de hecho que puedan influir para poder llegar a una solución lo más justa posible. En primera instancia, solamente se aplicaría la cláusula de la póliza cuando el punto no estuviera previsto ya en el conocimiento. Esto es lo que ocurre en la práctica con la forma de pago del flete, plazo de estadías y sobreestadías, *Despatch Money* y modo de descarga que se establecen en la póliza de fletamento, pero no en el conocimiento, circunstancias que constituye el fundamento de la jurisprudencia.²⁶

Somos del criterio de que si existe un conocimiento de embarque que lleva la leyenda “según póliza de fletamento”, lógicamente debe prevalecer íntegramente todo el contenido de la póliza sobre las cláusulas del conocimiento. En este caso el conocimiento no cumple el papel del contrato de fletamento, solamente la función de recibo de la carga.

La situación se presenta en forma muy distinta cuando la persona que aparece como fletador en la póliza de fletamento es la destinataria de la mercadería y tenedora del conocimiento. En este caso, ésta, no puede alegar desconocimiento de las cláusulas de la póliza que modifican, amplían o derogan otras del conocimiento. Pero como el conocimiento es otorgado con posterioridad a la póliza hay autores que consideran que las estipulaciones de ésta deben ceder ante las de aquélla.

Acá, al igual que lo que pasa en el primer caso, habrá que investigar cuál ha sido la intención de las partes. Cuando el conocimiento no lleva la leyenda mencionada, no debe dejarse de tener en cuenta, sin embargo, que el principal papel que desempeña el conocimiento, cuando media una póliza de fletamento, es el de un recibo de la carga. Sobre esa base habrá que interpretar la intención de las partes para saber si ellas han

²⁵ Malvagni, Atilio: *Op. Cit.*, p. 133

²⁶ La jurisprudencia extranjera ha establecido con relación al tema los siguientes fragmentos: “La cuestión de saber si las estipulaciones del conocimiento prevalecen sobre las de la póliza de fletamento es resuelta afirmativamente cuando el conocimiento es presentado por tercero tenedor, que ha sido extraño a la redacción de la póliza; aún no existiendo contradicción positiva entre ambos documentos, las cláusulas de la póliza no tienen efecto contra el tenedor del conocimiento” (Rouen, 22 ag. 1885)

querido modificar el contenido de la póliza con alguna cláusula del conocimiento que aquella no contiene, lo que podría resultar, por ejemplo de la circunstancia de que esta cláusula modificatoria apareciera manuscrita en el conocimiento. En cambio, si la póliza contiene la cláusula que estipula que el capitán firmará los conocimientos, sin perjuicio de lo convenido en ella, ninguna estipulación de un conocimiento podrá prevalecer.

Creemos que el arbitraje, cumpliría en este tipo de controversias, un papel fundamental, de allí que muchos autores consideren realmente importante a la hora de resolver los conflictos que se derivan de la ejecución de los contratos de fletamento, la incorporación de cláusulas de sometimiento a arbitraje y determinación de la ley aplicable.

Sin embargo, la jurisprudencia ha señalado que la cláusula de sumisión a arbitraje pactada en la póliza de fletamento sólo obliga a quienes son parte en este contrato (el fletante y el fletador). No vincula, en cambio, al destinatario de la mercancía (ni a su aseguradora), por más que el conocimiento de embarque contenga una cláusula de incorporación de las cláusulas de la póliza de fletamento.

V. CONCLUSIONES

A pesar de la importancia que tiene el derecho marítimo en el desarrollo económico de un país, máxime tomando en cuenta el mundo globalizado en el que nos encontramos, Costa Rica parece ser ajena a esa realidad, pues tratándose específicamente del contrato de fletamento, la regulación que se le da ha sido escasa y prácticamente no responde a las necesidades de hoy día.

Analizamos brevemente los documentos que se requieren para poder llevar a cabo dicho contrato, para llegar a la conclusión de que básicamente se requieren dos documentos, la póliza de fletamento y el conocimiento de embarque.

Vimos que el primero de ellos, es decir, la póliza de fletamento, no cumple una condición necesaria para poder llevar a cabo el fletamento, de allí que se hable de un contrato consensual, y que las partes no requieran de un formalismo legal para que nazca el contrato.

Se determinó que a falta de la póliza de fletamento el contrato se prueba, con el conocimiento de embarque, dándose por lo tanto a éste, la condición sine qua non para desarrollarlo.

Tal y como se analizó, pueden existir una serie de conflictos a la hora de desarrollar el contrato, se hizo especial atención a los problemas que pueden surgir entre la póliza de fletamento y el conocimiento de embarque, en el sentido de que no concuerde lo que dice la póliza con lo estipulado en el conocimiento, sin embargo se determinó que para tratar de resolver estas posibles contradicciones se tiene que analizar cada caso concreto, además de determinar entre quienes surge el conflicto, si es entre fletador y armador, o por el contrario si se trata del fletador con el portador del conocimiento, pues la solución del conflicto es diferente en ambos casos.

Por otra parte, considero que deberían de existir formas de evitar este tipo de conflictos entre ambos documentos, de manera que las condiciones de la negociación sean los más claras posibles, para evitar, tal y como se da en la realidad, conflictos innecesarios entre las partes intervinientes. Considero que una forma de lograrlo es que el conocimiento de embarque se realice tomando en consideración todas las disposiciones que las partes acordaron en la póliza de fletamento, y que se estipule también en ésta última cuales deben ser los deberes y obligaciones entre el armador y el portador del conocimiento.

Existe en nuestro país no solamente una escasa regulación del contrato, sino que también son pocos los doctrinarios costarricenses que profundicen en la materia y realicen una investigación seria y responsable.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- Arroyo Martínez, Ignacio: CURSO DE DERECHO MERCANTIL: DERECHO DE LA NAVEGACIÓN, volumen II, Editorial Civitas, Madrid, España, 2000.
- Bastos González, Yazmín: EL USO DEL CONTRATO DE FLETAMENTO EN LA LEGISLACIÓN COMERCIAL MARÍTIMA COSTARRICENSE, Tesis para optar por el grado de licenciatura en derecho, Universidad Panamericana, San José, Costa Rica, 1996.
- Danjon, Daniel: TRATADO DE DERECHO MARÍTIMO, Editorial Reus, Tomo II, Madrid, España, 1932.
- Espejo de Hinojosa, Ricardo: CURSO DE DERECHO MERCANTIL, duodécima edición, Librería Hispano – Americana, Barcelona, España, 1947.
- Garo, Francisco J: DERECHO COMERCIAL. COMPRAVENTAS MARÍTIMAS, Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1956.
- Jiménez Sánchez, Guillermo: DERECHO MERCANTIL: DERECHO DE LA NAVEGACIÓN, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, España, 1995.
- Malvagni, Atilio: DERECHO MARÍTIMO: CONTRATOS DE TRANSPORTE POR AGUA, Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1956.
- Montiel, Luis Beltrán: CURSO DE DERECHO DE LA NAVEGACIÓN, 5ª reimpresión, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1987.
- Pérez, Víctor: VOCABULARIO DE DERECHO MARÍTIMO, versión preliminar para ser usada en el curso de Contratación Comercial Internacional. Postgrado de Derecho Comercial, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica, 2006.
- Sánchez Calero, Fernando: INSTITUCIONES DE DERECHO MERCANTIL, décimo octava edición, Tomo II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, España, 1995.
- Sánchez Gargallo, Ignacio: EL CONTRATO DE TRANSPORTE, volumen I, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, España, 2002.v



REAJUSTES DE PRECIOS EN CONTRATOS ADMINISTRATIVOS PACTADOS EN DÓLARES

Lic. Mario Quesada Aguirre *

Dentro del ámbito de los contratos administrativos, los temas de intangibilidad patrimonial, equilibrio económico financiero y reajuste de precios son de importancia y se han desarrollado meritoriamente en nuestro medio, pero particularmente en contrataciones pactadas en moneda nacional (colones). Siendo necesario se defina su procedencia y forma de concreción en aquellas contrataciones pactadas en monedas extranjeras. Una visión práctica de tal aspecto particular es la que se procura brindar por este artículo.

I.-INTRODUCCIÓN:

En los últimos años el tema del Equilibrio Financiero en el ámbito de los Contratos Administrativos ha adquirido una especial relevancia. Dicho tema ha sido ya discutido en nuestro medio, pero tal discusión se ha desarrollado primordialmente en cuanto al ámbito de los Contratos Administrativos pactados en moneda nacional. Tal ha sido el evolucionar del tema, se-

gún nuestra legislación y conforme a la jurisprudencia emitida por la Contraloría General de la República (CGR), por la Procuraduría General de la República (PGR) y por nuestra Sala Constitucional.

Hoy por hoy nos enfrentamos al Proceso de Globalización Mundial y a la firma de diversos Tratados de Libre Comercio, lo que nos lleva a abrir y expandir nuestras fronteras

* Abogado y Notario, UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

y a vernos enfrentados a la concurrencia de eventuales Proveedores Internacionales y al desarrollo de Procedimientos de Contratación en los que obtengamos cotizaciones en monedas extranjeras, particularmente en dólares; aunque nos es claro que también nos encontremos con propuestas en monedas más fuertes que el colón, tales como el euro, la libra, el yen y similares. Además, el Mundo se achica y las relaciones comerciales a nivel internacional o multinacional son cada vez más habituales; amén de que nuestra economía se globaliza y el uso del dólar, como moneda de comercio, se hace más frecuente. Y unido a tal realidad, se tiene que en el mercado mundial muchos de los insumos de importancia para los procesos de manufactura y ejecución de bienes, servicios y obras, presentan una oscilación constante y significativa, la cual afecta las relaciones contractuales administrativas preexistentes (tal es el caso del acero, el petróleo y sus derivados, el cemento, etc...).

Tal realidad nos lleva a la necesidad de enfocar el tema del Equilibrio Económico Contractual y de los consecuentes Reajustes de Precios en lo relativo a las Contrataciones que el Estado costarricense pacte en monedas extranjeras.

Nuestro interés es presentar desde un enfoque práctico y actual el tema de particular interés y esbozo. Realmente esperamos que este artículo sirva de guía básica para todos aquellos interesados en el tema y para todos los que en lo futuro se enfrenten al requerimiento de un Reajuste o Revisión de Precios de un Contrato pactado en dólares o en alguna otra moneda internacional.

II.-CONSIDERACIONES GENERALES:

1.-Particularidades del Contrato Administrativo:

Los contratos administrativos se revisten de ciertas peculiaridades y principios propios. Considerándose que uno de sus primordiales principios rectores es el de *Rebus sic Stantibus*, el cual "afirma que el contrato, en su ejecución, debe subordinarse a las modificaciones que la realidad negocial le imponen y que por tanto, las partes contratantes deben estar anuentes a efectuar las renegociaciones inherentes al desarrollo de la vida contractual, para entre otra cosas, mantener una cierta igualdad o paridad con el espíritu, circunstancias y elementos propios de la gestación del contrato"¹.

En el ámbito del contrato administrativo se determina que el principio antes tratado, en lo que al alea financiera se refiere, importa que debe existir una posibilidad de variación o ajuste la cual permita el mantenimiento de la ecuación financiera el mismo. Así, el Estado debe mantener el equilibrio de la relación o ecuación financiera, procurando que su contratista y/o colaborador no se vea afectado y su relación no se torne en desigualitaria o inequitativa.²

Dos son las situaciones generadoras de una posible variación de las condiciones de la relación contractual y, per se, del rompimiento del equilibrio de la ecuación financiera de un contrato administrativo: el denominado *Hecho del Príncipe* y la *Teoría de la Imprevisión*. El *Hecho del Príncipe* o del Estado importa la afectación de la relación contractual por actos, determinaciones o medidas de corte general, tomadas por el mismo Estado con-

tratante. Es éste el responsable exclusivo de tales circunstancias y por las modificaciones o alteraciones producto de ellas. Por su parte la *Teoría de la Imprevisión* nos señala un contrato administrativo en ejecución puede verse afectado por circunstancias extraordinarias o anormales e imprevisas –pero temporales o transitorias-, las cuales alteran la ecuación económico-financiera de éste, desequilibrándola en perjuicio del contratista. Dentro de tales circunstancias se encuentran la fuerza mayor, el caso fortuito, la imprevisión, la imprevisibilidad y, muy particularmente, las propias de una inestabilidad monetaria.

En el supuesto de la *Teoría de la Imprevisión* se ha dispuesto la denominada *Teoría de la Revisión de Precios*. La *Teoría de la Revisión de Precios* lo que busca es prever posibles alteraciones en el equilibrio económico-financiero de los contratos administrativos, mediante mecanismos que vengan a solventar tales alteraciones.

En los contratos administrativos se han insertado tanto *Cláusulas de Revisión de Precios* o *Automáticas* como *Cláusulas de Variación de Precios*. Las primeras detallan debidamente la procedencia de los reajustes o revisiones, definiendo los medios, procedimientos, fórmulas y elementos a considerarse. Las segundas expresan el derecho a la revisión o reajuste de los precios, pero no puntualizan los medios y mecanismos a emplearse.

Un tema aparejado que no pude omitirse es el relativo al riesgo/ventura en materia de contratación administrativa. Algunos sugieren que en rigor de que los precios cotizados deben ser firmes y definitivos, cualquier costo mayor o menor de los previstos, que cueste a un contratista realizar o cumplir con el contrato, queda exclusivamente a su cargo, sin que pueda afectar la economía contractual. Nuestra Sala Constitucional, en su Voto No. 6432-98, ha aclarado y definido el tema, al indicar:

...“V.- DISTRIBUCIÓN DEL RIESGO CONTRACTUAL.-“ (...) “En otras palabras, que al celebrarse el contrato por llegarse a un acuerdo recíproco de voluntades, se le debe garantizar al contratista la obtención del beneficio proyectado en su propuesta; cuando este beneficio se altera por causas que son imputables a la Administración, o por causas no imputables a ella, pero sobrevinientes e imprevisibles, el cocontratante tendrá el derecho y la Administración el deber de restablecer el beneficio (utilidad) o en último caso, de atenuar los efectos perjudiciales para el vínculo y esto es lo que se conoce como el derecho al mantenimiento del equilibrio financiero del contrato.”.....”Recapitulando: a) sólo el riesgo contractual que razonablemente fue tomado en cuenta por las partes al formalizar el vínculo, conforma el ámbito del álea empresarial y en consecuencia, de la propia responsabilidad del cocontratante; b) debe distinguirse entre las alteraciones contractuales imputables a las partes de las que no lo son, de manera que la parte imputable tendrá siempre la obligación de asumir y absorber los desequilibrios sobrevinientes, responsabilidad que será siempre integral y plena, como lo afirma la



más calificada doctrina; y **c) las alteraciones imprevistas o no imputables a ninguna de las partes, pero que desequilibran las contraprestaciones, alterando la ecuación financiera, exigen siempre la restitución del nivel financiero del contrato.**"

Ya expuestos los anteriores tópicos generales, todos de importancia en cuanto al tema de desarrollo, es primordial hacer un repaso sobre el desarrollo normativo que el tema de los reajustes y/o la revisión de precios ha tenido en nuestro medio.

2.-Normativa Vigente en Materia de Reajustes de Precios:

Son varias las normas que han sido emitidas en nuestro medio en cuanto al tema de los reajustes de precios. Tales normas se han enfocado a proteger a las empresas nacionales y refieren primordialmente a contratos de ejecución de obras públicas. No obstante ello, por extensión jurisprudencial (particularmente de la CGR, en interpretación y aplicación del numeral 49 del anterior Reglamento de la Contratación Administrativa, Decreto Ejecutivo No. 7576-H) y por igualad, sus disposiciones se han generalizado a los otros tipos de contratos administrativos (servicios, suministros, etc.).³ Las principales normas hoy vigentes que se han emitido en la materia son las siguientes:

Circular de la CGR de fecha 3 de Noviembre de 1982, publicada en La Gaceta No. 232 del 2 de Diciembre de 1982 (Sobre Fórmula de Reajustes Recomendada

para Contratos de Suministros Continuos, Servicios y Arrendamientos No Referidos a Edificios o Locales); Ley de la Contratación Administrativa, No. 7494, del 2 de Mayo de 1995, publicada al Alcance No. 20 a La Gaceta No. 110 del 8 de Junio de 1995; Reglamento a la Ley de la Contratación Administrativa, No.33411-H, del 27 de Septiembre de 2006; Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos, No. 7762, del 14 de Abril de 1998, publicada al Alcance No. 17 a La Gaceta No. 98 del 22 de Mayo de 1998 y sus Reformas; Reglamento General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos, No. 27098-MOPT, del 12 de Junio de 1998, publicado al Alcance No. 27 a La Gaceta No. 115 del 16 de Junio de 1998 y sus Reformas; Reglamento para el Reajuste de Precios en los Contratos de Obra Pública de Construcción y Mantenimiento, Decreto Ejecutivo No. 33114-MEIC, del 16 de Marzo del 2006, publicado en La Gaceta No. 94 del 17 de Mayo del 2006; Reforma al Reglamento para el Reajuste de Precios en los Contratos de Obra Pública de Construcción y Mantenimiento, Decreto Ejecutivo No. 33218-MEIC, del 14 de Julio del 2006, publicado en La Gaceta No. 139 del 19 de Julio del 2006.

3.-Resoluciones de la Sala Constitucional de Importancia:

En el CONSIDERANDO I de su Voto No. 6432-98, la Sala Constitucional nos hace un debido resumen de sus diversos fallos en cuanto al tema de los reajustes de precios; siendo

lo procedente remitir a dicho fallo, el cual es de suma importancia como elemento de consulta y aprendizaje —a todos los efectos— del tema de interés.

III.-REAJUSTES DE PRECIOS EN CONTRATOS PACTADOS EN MONEDAS EXTRANJERAS:

1.-Consideraciones Generales:

Nuestra fuente primordial de referencia son los criterios que sobre la materia ha emitido la Contraloría General de la República, pues tal es el órgano que más profusamente se ha referido al tema, en concordancia con las disposiciones de la jurisprudencia constitucional. Con vista en tales fuentes, cabe primero hacer una aclaración meritoria en cuanto a la regla de principio que en torno al tema de interés muchos han considerado —en interpretación muy personal y hasta parcial, de lo expresado por el Órgano Contralor— indicando que en materia de reajustes en contrataciones pactadas en monedas extranjeras (particularmente en dólares) no operan los reajustes de precios. Aseveración o creencia por demás equivocada, toda vez que en las contrataciones pactadas en monedas extranjeras sí existe un medio de indexación o reajuste, incluso automático, cual es el que produce el diferencial cambiario.

En ilustración y aclaración de lo anterior, obsérvese lo expresado por la CGR, en cuanto al tema, mediante oficio No.012459 (DAJ-2260) del 8 de Octubre de 1996 de su anterior Dirección General de Asuntos Jurídicos, en el que se indicó que “en tesis de principio, la CGR ha determinado que en contrataciones administrativas pactadas en dólares, no cabe autorizar reajustes de precios mediante los métodos previstos por el ordenamiento, pues ello equivaldría a otorgar dentro de la misma contratación dos mecanismos —devaluación del colón con respecto al dólar y aplicación del mecanismo del reajuste de precios en particular—, para lograr un mismo objetivo. No obstante lo anterior, luego del análisis económico respectivo, se ha llegado a la conclusión de que en casos particulares y excepcionales, aún cuando el contrato se pacte en dólares, eventualmente procedería la aceptación de reajuste de precios cuando se presenten situaciones que afecten el precio cotizado y en donde, el mecanismo de devaluación del colón respecto al dólar no haya permitido mantener el equilibrio de la ecuación financiera del contrato”.

En lo más reciente, la tesis se ha sostenido al indicar la CGR lo siguiente:

...”En cuanto a las **contrataciones que fueren pactadas en dólares**, pagaderos en colones, el diferencial cambiario operará como mecanismo automático de revisión del precio por lo que, en principio, no se permitirá la incorporación de mecanismos adicionales de ajuste, puesto que ello permitiría reconocerle al contratista aumentos en el precio por partida doble⁴.

Efectivamente, al establecerse un precio en dólares, pagadero en colones al tipo de cambio de venta del colón con respecto al dólar, vigente al momento del pago, ello

produce en forma automática que el precio de la contratación (al convertirse a colones) se modifique en cada pago, de acuerdo con la variación que muestre el tipo de cambio en el transcurso del año.” (Oficio No. DII-AA-2388 [13043] del 20 de Septiembre del 2005)

Ahora bien, de los precedentes referidos se colige que existe un mecanismo automático de revisión de los precios en los contratos administrativos pagados en monedas extranjeras, cual es el tipo de cambio. Pero también se determina la posibilidad de que dicho mecanismo pueda resultar insuficiente para el mantenimiento del equilibrio económico contractual. Hipótesis de excepción y en la que debe darse o establecerse un medio adicional de reequilibrio. Siendo esta tesis compartida por nosotros y tutelada por la misma Contraloría General de la República, la cual ha externado su criterio expreso sobre el particular, según se puede ver de su Oficio No. DCA-2064 [09794] del 13 de Junio del 2006.

Tal criterio es concordante con los datos anteriormente por el Órgano Contralor. Criterios que coinciden con la procedencia —excepcional— de los reajustes de precios (adicionales) en las contrataciones pactadas en monedas extranjeras, cuando el medio normal de reajuste resulte insuficiente para mantener el equilibrio de la ecuación financiera del contrato particular. Del contenido general del Voto No. 6432-98 de la Sala Constitucional y en especial de la frase que manifiesta en su Considerando XVI, en cuanto a que los reajustes proceden en todo tipo de contrato administrativo, vemos que no se hace distinción alguna, ni se determina condición tal que imposibilite un reajuste de precios en ningún tipo de contrato administrativo, sea este pactado en colones o en dólares (Ver nuevamente el Voto No. 6432-98 de la Sala Constitucional y el Oficio No. DII-AA-2388 [13043] del 20 de Setiembre del 2005, de la CGR).

De lo expresado en los criterios de la CGR se han derivado ciertas determinaciones limitativas que vale comentar y con las cuales no estamos de acuerdo. *Primero que todo se ha determinado que deben existir Cláusulas de Variación o Revisión de Precios a efecto de poder reconocer los reajustes. Luego, se ha considerado que solamente ante variaciones en los precios o costos de “insumos” provenientes del extranjero es que operaría la aplicación de medios adicionales de reajuste o revisión de precios, Y, finalmente, se sugiere que no resulta procedente —desde un inicio— la incorporación en los contratos administrativos de algún mecanismo de variación de precios que pueda aplicarse en caso de darse la necesidad de un reajuste o reequilibrio extraordinario de un precio pactado en moneda extranjera.*

Como respuesta al primer aspecto de cuestión, vale simplemente traer a colación lo clara y acertadamente expuesto por nuestra Sala Constitucional en su Voto No. 6432-98, de anterior referencia, el cual en su Considerando III expresa:

”Como tesis de principio se afirma que deben reconocerse los reajustes de precios aún si no existiera un convenio previo entre las partes o una norma jurídica expresa que así lo disponga, puesto que se trata, en lo

medular, de la aplicación de un principio constitucional en forma directa, derecho de cuya existencia no depende de una norma expresa que lo establezca, sino de la naturaleza misma de la relación contractual en el campo administrativo. Es decir esta institución se aplica de pleno derecho y en forma directa, a reserva, eso sí, de que exista acuerdo entre las partes en cuanto al monto y que éste resulte razonable a los fines que se persigue, es decir, que se reconozcan, como se ha dicho, los aumentos en los costos que conforman e integran los precios del contrato, según las prácticas usuales en la ejecución de los contratos administrativos.”

En sentido conteste el oficio No. 012459 (DAJ-2260) de la Contraloría General de la República, indica:

“Por lo general, tales mecanismos son definidos en cada procedimiento de contratación, lo que puede darse en el cartel, en la oferta, en el documento contractual que se suscriba o incluso en modificaciones de tal documento. Sin embargo, la ausencia de un método en el caso particular, no puede ser obstáculo para que se reconozca el derecho al reajuste cuando ello proceda. Es por esto que se ha señalado: “Así las cosas, sí se presente un reclamo de revisión o de reajuste de precios y no existe el mecanismo el mecanismo de cálculo previamente definido o bien, sí existe pero no es idóneo, entonces, lo procedente será definirlo para que de esa manera se haga efectivo el derecho al reajuste” (Oficio No. 01509-96 ya citado)”... (Ver además el oficio No. 002158 del 21 de Febrero de 1996 de la Dirección General de Estudios Económicos de la CGR)

Queda claro entonces que aún cuando no se haya definido la posibilidad de un reajuste del precio y/o el método idóneo para la determinación exacta y correcta del reajuste de precios, lo procedente es que las partes lo definan para poder implementar el reconocimiento del eventual reajuste, en resguardo del derecho que tiene el contratista de recibir el precio justo.

En cuanto al segundo punto indicado, es de nuestro criterio el que los reajustes procederían de darse una variación en todos y cualquiera de los elementos componentes de los costos que componen el precio pactado. No solamente en el caso excepcional y particular de los insumos provenientes o ligados con factores extranjeros. Cualquier modificación o alteración a la ecuación económica contractual debe ser reparada. Así las cosas, independientemente del componente o insumo de que se trate o de su origen, procede el reajuste, sí el equilibrio es roto. En algún momento el Órgano Contralor se refirió al tema e indicó en sus Oficios No. 493-DEE-96 del 16 de diciembre de 1996, pp. 26-27; No. 1694 (49-DEE-97) del 14 de febrero de 1997, pp. 37, 38 y 39; y, principalmente, en su Oficio No. 004458 [DAJ-0720], del 16 de Abril de 1997.

En cuanto al último aspecto de aclaración, recuérdese que en un inicio la Teoría de la Imprevisión y la Doctrina de

los Revisión de Precios buscan prever situaciones de desequilibrio económico-financiero, procurando no se afecte a los contratistas. La imposibilidad de comentada de que no sea posible la incorporación –preventiva- de un mecanismo adicional y excepcional de reajustes o revisión de precio en contratos pactados en moneda extranjera, nos parece del todo contraria a los lógico, racional, conveniente y oportuno, toda vez que con su existencia –bien revisada al momento de un refrendo contractual- se estarían dado condiciones debidas para contar con un elemento importante en caso de darse un desequilibrio desmedido y excepcional de un contrato pactado en moneda extranjera.⁵ En el refrendo dado a los Contratos de Concesión de Obra Pública con Servicios Públicos para los Proyectos de las Carreteras de San José – Caldera y San José – San Ramón, se dio un avance en el tema, pues ambos contienen “mecanismos adicionales o particulares” de reajuste o revisión de precios. Y en lo reciente el nuevo Reglamento para el Reajuste de Precios en los Contratos de Obra Pública de Construcción y Mantenimiento, Decreto Ejecutivo No. 33114-MEIC⁶, en sus Artículo 21 a 24 regula lo respectivo, de forma un poco más amplia.

2.-Análisis Aplicable en Casos de Reajustes de Precios -Excepcionales- en Contratos Pactados en Monedas Extranjeras:

Tanto la fórmula de reajuste sugerida por la Contraloría General de la República para la revisión de precios en casos como el que nos ocupa (la cual es para variaciones de insumos extranjeros); como la referida por el Nuevo Reglamento para el Reajuste de Precios en los Contratos de Obra Pública de Construcción y Mantenimiento, parecen tender a la revisión particular de los insumos o factores específicos en torno a los cuales se genere la variación. No obstante ello, en lo reciente, mediante su oficio No. 06330 [DI-AA-1145] de fecha 2 de Junio del 2005, la CGR expresa requiere de un estudio integral de todos los costos y gastos que conforman el contrato, a fin de demostrar, en primera instancia, que las variaciones en el diferencial cambiario resultaron insuficientes para cubrir los desequilibrios, y en segunda, cuál ha de ser finalmente el quantum a reconocer por no haber sido debidamente compensadas por el diferencial cambiario. Viéndose la anterior posición reconsiderada y, en algo atenuada, según lo expresado en el oficio No. 00957 (DI-AA-169) del 20 de Enero del 2006, de la misma CGR:

...”III.1. ACERCA DE LA INTEGRALIDAD DEL ANÁLISIS DE LA REVISIÓN DE PRECIOS:

...

“De los párrafos citados del Voto No. 6432-98 es posible advertir que, en atención al principio jurídico de la Intangibilidad Patrimonial, el reajuste de precios tiene la finalidad de restablecer el nivel económico originalmente pactado de la contratación, de forma que la utilidad proyectada por el contratista, e indicada en su oferta, se mantenga incólume. En otras palabras, que el reajuste debe calcularse sobre las variaciones ocurridas

en *los costos, tanto directos como indirectos, que integran el valor de la oferta*, esto es, sobre la totalidad de los precios del contrato.

Así las cosas, fue bajo este marco normativo que esta Contraloría General emitió en el oficio No. 6330-2005, el criterio acerca de la integridad del estudio en materia de reajuste de precios.

Ahora bien, también esta Contraloría General considera que, a la luz de los principios de igualdad, razonabilidad y proporcionalidad y con el propósito de *obtener un mecanismo equitativo y ponderado que mantenga el equilibrio de la ecuación financiera del contrato*, el análisis integral de un reclamo administrativo, no debe ser llevado a extremos imprácticos que dificulten al contratista presentar su reclamación o también, a la propia Administración poder comprobar el quantum reclamado.

Por tal razón, consideramos que debe entenderse la integridad aludida, dentro de la tesitura de que, si bien es cierto todos y cada uno de los costos y gastos de una contratación podrían ser sujetos de revisión, es posible establecer -atendiendo la magnitud, tipo, complejidad y otros aspectos de la obra- qué insumos o elementos del proyecto poseen un peso importante dentro de la estructura de precios y costos de la oferta, de modo que puedan ser usados como base para mantener el equilibrio económico de la contratación.

Dentro del contexto de dicha tesitura, deberá tenerse presente que en todo momento será de exclusiva responsabilidad de esa Administración velar porque el principio de "bilateralidad" sea cumplido, entendido éste, de que al CONAVI también le asiste no solo el derecho **sino además la obligación de revisar permanentemente** que si existe algún elemento importante -no incorporado en la reclamación por el contratista-, pero que producto de la aplicación del diferencial cambiario pudiera estar generando un desequilibrio a favor de la Administración, proceda a indicarle al contratista de tal situación con la finalidad de reestablecer el equilibrio económico financiero de la contratación, de forma tal que se realicen los ajustes que correspondan a la reclamación respectiva."...

El aspecto comentado es de suma importancia a los efectos prácticos de quienes se vean inmersos en la temática desarrollada. Particularmente al atenderse casos de revisión de precios en contrataciones como las comentadas.

V.-CONCLUSION:

Realmente el tema presenta una riqueza significativa a efecto de su desarrollo. Con las anteriores líneas lo que hemos pro-

curado es dejar plasmadas las principales cuestiones que en torno al mismo se han generado y que deberán perfilarse y responderse con el transcurrir del corto plazo.

Como dijimos al inicio y durante el desarrollo del tema, el enfoque que queremos dar es el enfoque de lo real y práctico, de lo que hemos vivido como asesor y colaborador en el ámbito del Ministerio de Obras Públicas y Transportes y como un amante de la materia de la contratación administrativa.

Con un enfoque práctico se busca colaborar en la gestión de aquellos que se vean inmersos en la atención de cuestiones relativas a los reajustes o revisiones de precios en contrataciones administrativas. Y esperamos que el contenido de este artículo les sirva de debida guía.

Nuestras conclusiones temáticas ya se han dado en el transcurso del texto.

Realmente agradecemos a Dios el permitirnos elaborar este documento. Rogando cumpla un debido cometido en todos y cualesquiera de sus lectores.

V.-NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

¹ ROMERO PÉREZ, Jorge Enrique: EL CONTRATO ADMINISTRATIVO. SUS DIRECTRICES BÁSICAS, Revista de Ciencias Jurídicas No. 58, 1987, pág. No. 161.

² IBIDEM, Pág. No. 162.

³ Sobre el particular la Contraloría General de la República nos expresa en su oficio No. 11102 [226-DEE-99] del 30 de Septiembre de 1999, lo siguiente: "...si bien es cierto, los términos de la resolución de la Sala Constitucional se dictan en el contexto de la modalidad de contratación de obra pública, sus lineamientos esenciales son aplicables a toda la materia de reajustes de precios en la contratación administrativa, pues se trata de conclusiones que tienen sustento constitucional y **por consiguiente aplicables a todo tipo de contratación**" (el destacado no es del original).

⁴ Sobre el particular cabe destacar que en el ámbito del Ministerio de Obras Públicas y Transportes se han emitido tres documentos de suma importancia en cuanto al tema. Se trata de: La Directriz No. 2001 del 27 de Junio del 2000, publicada en La Gaceta No. 144 del 27 de Julio del 2000, sobre Reajustes de Precios; la Directriz No. 1630 sobre Dolarización de Contratos y Posibilidad de Reclamos por Sobre Costos en Contratos Pactados en Dólares, del 24 de Mayo del 2000, publicada en La Gaceta No. 122 del 26 de Junio del 2000; y las "Herramientas de Verificación para el Reconocimiento de las variaciones No Cubiertas por el Diferencial Cambiario en Contratos Pactados en Dólares y pagados en Colones", del Consejo Nacional de Vialidad, publicadas en La Gaceta No. 60 del 24 de Marzo del 2006.

⁵ Para información sobre caso excepcional en el que podría implementarse un mecanismo de revisión del precio adicional al que propicia el tipo de cambio, remítase al punto 1.3.2 de nuestro oficio No. 15458 del 06 de diciembre del 2004.

⁶ En cuanto al particular el Considerando V, del Voto No. 6432-98 de

la Sala Constitucional, nos indica: "... porque el principio de rigidez presupuestaria aplicado a la contratación administrativa, exige una respuesta positiva e inmediata del Estado, a los efectos de reconocer al contratista pagos mayores que excedan los límites del crédito original, lo que conduce a una acertada y lógica planificación del gasto, para prevenir esos efectos; segundo, porque si se agota la partida presupuestaria, se le exigirá al Estado reconocer los intereses moratorios y el reintegro íntegro de las sumas adeudadas, es decir, el valor del dinero en el mercado financiero; y tercero, porque de todas maneras, el equilibrio de la ecuación financiera del contrato, como tema y desarrollo de un principio constitucional, no permite ni el extremo perjuicio injustificado a cargo del contratista, ni el enriquecimiento ilícito para ninguna de las partes..."

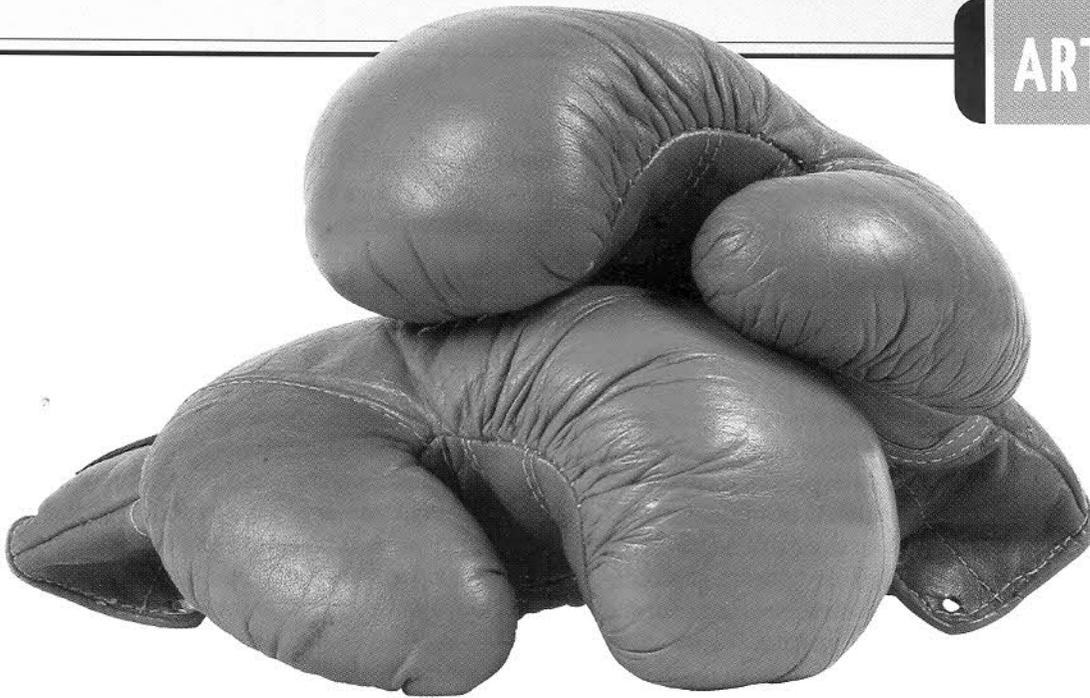
⁷ Sobre este Reglamento ver consideraciones de la CGR en oficio No. 13859 (DI-AA-2590) del 31 de Octubre del 2005.

VI.-BIBLIOGRAFIA:

- ROMERO PÉREZ, Jorge Enrique: EL CONTRATO ADMINISTRATIVO. SUS DIRECTRICES BÁSICAS, Revista de Ciencias Jurídicas No. 58, 1987, págs. 157 a 172.
- CERVANTES GAMBOA, Rosa Iris: LA REVISIÓN DE PRECIOS EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA, Revista de Ciencias Jurídicas No. 58, 1987, págs. 85 a 106.
- Folleto sobre "*Seminario de Reajuste de Precios en Contratos de Obra Pública*", Centro de Capacitación, Contraloría General de la República (2001).
- Folleto sobre "*Seminario sobre Revisión de Precios en Contratos Continuados de Servicio, de Suministro y de Arrendamiento*", Centro de Capacitación, Contraloría General de la República.
- Folleto sobre "*Seminario casos reajuste de Precios en los Contratos de Obras Públicas*", Centro de Capacitación, Contraloría General de la República (1994).
- Voto de la Sala Constitucional No. 6432-98, de las 10:30 horas del 4 de Septiembre de 1998 (Expediente No. 96-007390-007-CO-E).
- Voto de la Sala Constitucional No. 0998-98, de las 11:30 horas del 16 de Febrero de 1998 (Expediente No. 5237-E-95).
- Normas Jurídicas citadas en los Apartes II.1 y II.2 de este Documento.
- Directriz No. 2001 del 27 de Junio del 2000, publicada en La Gaceta No. 144 del 27 de Julio del 2000, sobre Reajustes de Precios.
- Directriz No. 1630 sobre Dolarización de Contratos y Posibilidad de Reclamos por Sobre Costos en Contratos Pactados en Dólares, del 24 de Mayo del 2000, publicada en La Gaceta No. 122 del 26 de Junio del 2000.
- Herramientas de Verificación para el Reconocimiento de las variaciones No Cubiertas por el Diferencial Cambiario en Contratos Pactados en Dólares y Pagados en Colones", del Consejo Nacional de Vialidad, publicadas en La Gaceta No. 60 del 24 de Marzo del 2006.

-Oficios Contraloría General de la República:

- No. 6950 del 05 de Mayo de 1995,
- No. 002158 del 21 de Febrero de 1996,
- No.012459 (DAJ-2260) del 8 de Octubre de 1996,
- No. 493-DEE-96 del 16 de Diciembre de 1996,
- No. 1694 (49-DEE-97) del 14 de Febrero de 1997,
- No. 004458 [DAJ-0720], del 16 de Abril de 1997,
- No. 11102 [226-DEE-99] del 30 de Setiembre de 1999,
- No. 15458 del 06 de Diciembre del 2004,
- No. 06330 [DI-AA-1145] de fecha 2 de Junio del 2005,
- No. DI-AA-2388 [13043] del 20 de Septiembre del 2005,
- No. 13859 (DI-AA-2590) del 31 de Octubre del 2005,
- No. 00957 (DI-AA-169) del 20 de Enero del 2006,
- No. DCA-2064 [09794] del 13 de Junio del 2006.



LAS LESIONES DEPORTIVAS: CONTROVERSIAS JURÍDICO-PENALES

Dr. José Manuel Ríos Corbacho
Profesor Área de Derecho penal
Centro Universitario de Estudios Superiores de Algeciras y del Instituto Andaluz Ínter universitario de Criminología
Universidad de Cádiz

I. Introducción. II. La concurrencia de disciplinas en el deporte: Derecho penal y administrativo. II.1. La disciplina deportiva. II.2. El Principio Non bis in idem. II.3. La repercusión del Principio non bis in idem en la disciplina deportiva. III. Delimitación doctrinal de las lesiones deportivas: tesis aplicables. IV. Aspectos jurisprudenciales. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

El objeto del presente trabajo es profundizar en la posibilidad de aplicar el derecho penal en el ámbito deportivo, ante la monopolística aplicación del Derecho administrativo en dicho marco. Los relativamente recientes incidentes que han acaecido en el mundo del deporte profesional como el producido en el campo de Son Moix en Palma de Mallorca en un partido de fútbol entre el Real Mallorca y el Sevilla FC donde se lesionó el jugador bermellón Arango ante la entrada del sevillista Javi Navarro, junto con incidentes de antaño como el pisotón del Cholo Simeone a Julen Guerrero en San Mamés o más allá de nuestras fronteras, en el ámbito del boxeo, cuando Mike Tyson seccionó de un mordisco el lóbulo de una oreja de su contrincante Evander Hollyfield, han reabierto la polémica sobre la posible aplicación del Derecho penal en el mundo del deporte, ya que parece injusto que dichas actuaciones fuera de un terreno de juego se traten, si cumplen los requisitos vigentes de la tipología penal, en el marco punitivo criminal, mientras que si se producen dentro de dicho terreno de juego se aplica el derecho disciplinario deportivo, por cuanto en los casos citados no

se pasó de aplicarse la suspensión y multa como consecuencias jurídicas a los precitados deportistas; ello se justifica en que los órganos jurisdiccionales son especialmente remisos a entrar en este terreno, como si efectivamente, en este ámbito, existiera uno de esos llamados espacios libres de Derecho¹.

A partir de aquí debe ponerse de relieve que existen varias interrogantes que debemos contestar frente a este problema como pudiera ser la de si el deportista merece una sanción penal cuando la acción se ha producido acorde al reglamento aunque posteriormente se produzca la sanción deportiva o de otro lado si la infracción se produce cuando el jugador entra por detrás aunque sea jugando el balón. Todo ello determina que nos encontramos ante un problema que no es fácil resolver y así lo demuestra el interés que ha suscitado en la doctrina desde la antigüedad pero que hoy día aún no se ha solucionado quizá por la falta de un precepto legal expreso en nuestro ordenamiento que resuelva dicho entuerto; sin embargo, pare-

¹ PAREDES CASTAÑÓN, J.M., "Consentimiento y riesgo en las actividades deportivas: algunas cuestiones jurídico-penales", *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 1990, pág. 635.

ce que la tesis mayoritaria está de acuerdo en la inclusión del Derecho penal en el ámbito de las lesiones deportivas, si bien, se ha dicho que determinadas actividades deportivas desaparecerían prácticamente si se persiguiera penalmente cualquier infracción reglamentaria².

Por tanto, en este trabajo se intentará poner de manifiesto la verdadera necesidad de que el Derecho penal participe de manera activa en este tipo de supuestos y para ello se debe deslindar las parcelas del Derecho penal y del administrativo, subrayar el importante significado del consentimiento en las lesiones y, por supuesto, observar la perspectiva jurisprudencial que han tomado los tribunales menores, donde mayormente se enjuicia la cuestión, junto con clásicas sentencias de los tribunales mayores que pueden aportar cierto orden al problema; en suma, se pretende delimitar los supuestos para los que es necesario la aplicación del Derecho penal al objeto de la represión de ciertas conductas de violencia deportiva y a cuales les es suficiente la aplicación de las normas que regulan la competición o, en su defecto, la ley del deporte.

Para llegar a analizar correctamente el problema se debe partir de dos premisas: de un lado, que en materia deportiva está permitido llegar mucho más lejos de lo que se permite en otras actividades; de otro, la existencia de una deliberada y negligente abstención de los órganos jurisdiccionales a la hora de conocer los hechos cuando se producen en el mundo del deporte³. Partiendo de dichos indicios se puede afrontar la problemática objeto de examen intentando llegar a solucionar, desde una correcta aplicación y limitación de los mecanismos de control social objeto de este estudio, la sanción aplicable ante conductas antideportivas de carácter grave cuando se producen en dicho marco de actuación.

II. LA CONCURRENCIA DE DISCIPLINAS: PENAL Y ADMINISTRATIVA. ESPECIAL REFERENCIA AL PRINCIPIO NON BIS IN IDEM.

II.1. La disciplina deportiva. Aspectos generales

Como ya se ha puesto de manifiesto la regulación jurídica del deporte se está convirtiendo en un problema de gran trascendencia social. Ciertamente es que la problemática viene determinada desde la propia definición de lo que es el deporte que para el sociólogo Magnane se entendía como "una actividad de placer en la que lo dominante es el esfuerzo físico, que participa a la vez del juego y del trabajo, practicado de manera competitiva, comportando reglamentos e instituciones específicas y susceptibles de transformarse en actividad profesional"⁴. Este autor

en la década de los sesenta ya planteaba en su definición de deporte la regulación a través de reglamentos de corte administrativo con lo cual iniciamos un largo periplo de la relación entre estos y la intervención del Derecho penal en el deporte. Por su parte, Mir Puig incide en esta cuestión advirtiendo que el deporte implica a una gran parte de la población y a aspectos de su vida que no pueden ya menospreciarse en un mundo que advierte la importancia creciente del tiempo libre y reconoce la cultura física como una parte indiscutible de la cultura; asimismo, la relativa novedad del deporte organizado y de su carácter masivo ha hecho que falte una respuesta clara a la cuestión de los límites que han de separar la sola aplicación de los reglamentos deportivos y la intervención del derecho penal⁵.

Partiendo de esa base en la que los reglamentos deben regular el ámbito deportivo se debe definir a la disciplina deportiva, al ser el ámbito de controversia en la aplicación del derecho administrativo y la posible aplicación del derecho penal cuando se den las circunstancias requeridas. Esta definición no se ha logrado fácilmente ya que tanto en la Ley del deporte como en otras normas entre las que destaca el Real Decreto 1591/1992 de 23 de diciembre de disciplina deportiva se encontraban huérfanos de una definición sobre disciplina deportiva que pusiera las bases para intentar una solución al problema de la interrelación de los ámbitos antedichos. Sin embargo, la doctrina científica de la mano de Carretero Lestón ha definido la disciplina deportiva como "aquel sistema de normas que permite imponer sanciones a sujetos subordinados al ordenamiento jurídico deportivo por la comisión de infracciones previamente tipificadas"⁶. En el mismo sentido, nos encontramos con la Ley 11/1997, de 22 de agosto, general del Deporte de Galicia (art. 68) donde aparece una definición normativa de la potestad disciplinaria, señalando que la misma es "la facultad de investigar y, en su caso, imponer sanciones a los sujetos que intervengan en la organización deportiva con ocasión de infracciones de las reglas de juego o competición y de las normas generales deportivas". Ahora bien, de la postura doctrinal esgrimida debe advertirse que el epicentro de la cuestión viene determinado por las relaciones de sujeción especial que se producen en el ordenamiento deportivo puesto que existe la subordinación de las personas físicas y jurídicas a otras que están investidas de autoridad o facultad de mandar; no obstante, esta aseveración no ha sido aceptada pacíficamente por cuanto otro sector doctrinal ha determinado que la administración no puede utilizar este concepto de forma arbitraria sino sólo en casos basados en la Constitución, como pudieran ser los funcionarios, fuerzas armadas o cuerpos de seguridad⁷. Frente a este planteamiento cabe objetar, como ha expuesto Cuchi Denia, que la actividad deportiva encuentra su respaldo constitucional en el art. 43 de la Carta Magna en la que se establece que los poderes públicos fomentarán el deporte y la

² ESER, A., "Lesiones deportivas y Derecho penal. En especial, la responsabilidad del futbolista desde una perspectiva alemana", *La Ley*, 1990, II, págs. 1130 y ss.

³ PAREDES CASTAÑÓN, J.M., "Consentimiento y riesgo en las actividades deportivas: algunas cuestiones jurídico-penales", *cit.*, pág. 636.

⁴ MAGNANE, G., *Sociologie du sport*, Paris, 1966, pág. 81. CAZORLA PRIETO, L.M., *Deporte y Estado*, Barcelona, 1979, pág. 83. Crítica este autor, entre otras cuestiones, la rotundidad con la que Magnane señala en su definición la regulación por reglamentos e instituciones deportivas específicas, entendiendo que el deporte puede existir de manera puramente individual y alejada de toda disciplina exterior.

⁵ MIR PUIG, S., "Lesiones deportivas y Derecho penal", *Revista del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya*, nº 36 (1987), pág. 35.

⁶ CARRETERO LESTÓN, J.L., "La disciplina deportiva: concepto, contenido y límites", *Revista Española de Derecho Deportivo*, nº 3 (1994), págs. 12 y ss.

⁷ GARCÍA MACHO, R., "Sanciones administrativas y relaciones de sujeción especial", *REDA*, nº 72 (1991), págs. 518 y 525.

educación física, así como el art. 148.1.19 del mismo texto legal en el que se derivan tanto la promoción del deporte como la adecuación y utilización del ocio como competencias de las Comunidades Autónomas; por tanto, esto lleva al replanteamiento de que las organizaciones deportivas tengan la consideración de Administración Pública y en este sentido acudir al art. 74 de la Ley del Deporte en el que entre otros órganos existe una referencia a las Federaciones deportivas⁸ al objeto de que dichas entidades poseen potestad disciplinaria⁹. En este sentido, ya Majada Planelles ponía de manifiesto las diferencias existentes entre el Derecho penal disciplinario, que contenía sanciones de tipo federativo, además de poseer un rigor perfectamente graduable con el ánimo de corregir con acierto las extralimitaciones de los deportistas en algunas competiciones y el Derecho penal que tan sólo acudirá en estadios de absoluta gravedad¹⁰.

Partiendo de la base citada de que las organizaciones deportivas tienen la consideración de Administración, no deja de ser problemática la divergencia existente basada en el art. 33.1.f de la Ley del Deporte cuando advierte que la potestad disciplinaria pueden, entre otros entes, desarrollarla las federaciones, si bien choca con el aspectos de que la naturaleza jurídica de dichas entidades es privada. Para resolver dicha contradicción debe acudir a la doctrina científica administrativa que ha dado diferentes propuestas: la primera posición sugiere que pese a las manifestaciones legales y jurisprudenciales es indiscutible el carácter público de las federaciones al ser creadas por una resolución del Consejo Superior de Deportes, ya que éste es un órgano autónomo adscrito al Ministerio de Cultura; éstas pueden sancionar a las personas que integran su estructura orgánica y sus decisiones se recurren ante el Comité español de disciplina deportiva. De lo expuesto, parece indicarse que las federaciones poseerán una naturaleza corporativa y pública¹¹; por su parte, la doctrina mayoritaria propone la idea de la naturaleza privada de las federaciones ya que se trata de una asociación privada integrada por asociaciones, como son los clubes, absolutamente privadas, aunque se advierte que el desarrollo de las funciones públicas que tienen encomendadas hace que el régimen de aplicación sea de Derecho Público¹². Sin embargo, quizá la postura, a nuestro juicio, sobre esta cuestión, más coherente sea la de Cuchi Denia que sugiere una naturaleza semipública de las federaciones ya que

si bien está conformadas por otras asociaciones privadas, no puede olvidarse que se van a crear dichos entes por una resolución del Consejo Superior de Deportes; ello junto a la cesión de competencias disciplinarias de la Administración a las federaciones las convierten en entidades con especial sujeción con respecto a los deportistas, en virtud de la licencia federativa, para la aplicación correcta de la disciplina deportiva¹³.

II.2. El principio *non bis in idem*

Llegados a este punto deben deslindarse definitivamente dos cuestiones: de un lado, el ilícito penal frente al ilícito administrativo; de otro, el principio *non bis in idem*. Con respecto a la primera cuestión es necesario citar a Muñoz Conde y García Arán que opinan que al Derecho penal le corresponde la tarea más ingrata como es la de castigar con las sanciones más graves que existen por los ataques a los bienes jurídicos más importantes; por tanto, cuando un ataque no sea tan grave, se deberá aplicar otra disciplina jurídica, pasando a ser el ordenamiento punitivo *ultima ratio*, siendo subsidiario del resto de normas del ordenamiento jurídico, siempre que el conflicto pueda ser solucionado con soluciones menos radicales que las sanciones penales puesto que en ningún caso la sanción impuesta por otro mecanismo de control social diferente al Derecho penal debe ser de mayor gravedad que éste¹⁴.

Así pues, a la hora de deslindar el ilícito administrativo del ilícito penal, debe advertirse que el derecho penal se aplicará a las cuestiones muy graves mientras que la aplicación del ámbito administrativo lo será en virtud del prestigio y del buen funcionamiento de la administración que tendrá como referencia la especial sujeción de los deportistas, a través de las federaciones, con la Administración.

De otro lado, cabe abordar el problema del principio *non bis in idem*. A los efectos de bucear de manera correcta en tal cuestión es prioritario definir dicho principio; este se conceptúa como la prohibición que de un mismo hecho resulte sancionado más de una vez¹⁵. En este sentido debe añadirse que si bien la Constitución española no recoge este principio el Tribunal Constitucional si se ha pronunciado en diversas resoluciones, incluso planteando una definición del mismo al objeto de buscar un fundamento del mismo. Así, la STC 2/1981 de 30 de enero dice que el principio *non bis in idem* supone, en una de sus más conocidas manifestaciones, que no recaiga duplicidad de sanciones, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración que justifique el ejercicio del *Ius Puniendi* por parte de los Tribunales y a su vez la potestad sancionadora de la Administración. Esta sentencia declara en su fundamento jurídico cuarto que el principio examinado va íntimamente ligado a los principios de legalidad y de tipicidad de las infracciones que aparecen recogidos principalmente en el art. 25 de la Carta Magna¹⁶. Al objeto de definir el

⁸ Las federaciones son entidades privadas con personalidad jurídica propia cuyo ámbito de actuación se extiende al conjunto del territorio del Estado, en el desarrollo de las competencias que le son propias integradas por federaciones de ámbito autonómico, clubes deportivos, deportistas, técnicos, jueces y árbitros. En este sentido el art. 30 de la Ley del deporte.

⁹ CUCHI DENIA, J.M., "La incidencia del Derecho penal en la disciplina deportiva: la aplicación del principio *non bis in idem*", *Revista Española de Derecho Deportivo*, nº 8 (1997), pág. 156.

¹⁰ MAJADA PLANELLES, A., *El problema penal de la muerte y las lesiones deportivas*, Barcelona, 1946, págs. 123 y 124.

¹¹ PARADA VÁZQUEZ, J.R., *Derecho Administrativo, tomo II (Organización y empleo público)*, Madrid, 1997, págs. 343 y ss.

¹² CAMPS POVILL, A., *Las federaciones deportivas. Régimen jurídico*, Madrid, 1996, págs. 118 y 422. La jurisprudencia también indica que la naturaleza de las federaciones es privada; en este sentido, SSTS de la sala 3ª, de 17 de abril de 1996 (Ar. 3564) y de 5 de diciembre de 1996 (Ar. 9256).

¹³ CUCHI DENIA, J.M., "La incidencia del Derecho penal en la disciplina deportiva: la aplicación del principio *non bis in idem*" cit., pág. 158.

¹⁴ MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte General*, 5ªed., Valencia, 2002, pág. 74.

¹⁵ *Ibid.*, pág. 106.

¹⁶ CUCHI DENIA, J.M., "La incidencia del Derecho penal en la disciplina deportiva: la

auténtico fundamento del principio *non bis in idem* la doctrina ha expuesto diferentes posturas: la primera, de la mano de García de Enterría, trata de una interpretación literal de los términos con los que se expresa el art. 25.1 de la Constitución Española. Utiliza como argumentación este autor la conjunción disyuntiva “o” utilizada en el precepto, según la cual una determinada actuación puede ser tipificada como delito, falta o infracción administrativa, pero no como todas las posibilidades expuestas a la vez¹⁷.

Otra de las tesis que deben destacarse es la acuñada por Arroyo Zapatero que acude al art. 9.3 del texto Constitucional para explicar la idea de seguridad jurídica en relación con la idea de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos en el desarrollo de la potestad sancionadora¹⁸; por lo que parece que el *non bis in idem* encuentre su más directo fundamento en la exigencia de racionalidad e interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos establecida en el art. 9.3 de la Constitución Española¹⁹. Sobre esta segunda tesis van a aparecer los mimbres para construir el tercero de los planteamientos de la mano de Cuerda Riezu que confirma dicha idea desde otra denominación, considerando el principio de proporcionalidad como la base o fundamento del principio *non bis in idem*, en tanto que “lo que impide que en una situación recaigan dos o más efectos jurídicos es la proporcionalidad, que a su vez descansa en el criterio de la igualdad y que es reconducible en último extremo a la idea de justicia²⁰. La siguiente tesis la firma García Albero al entender que aunque el principio *non bis in idem* se deriva del art. 25 de la Constitución Española puesto que de lo contrario se admitiría una diferenciación cualitativa entre ambos ilícitos²¹; igualmente, debe subrayarse la opinión de García Arán al entender que el principio *non bis in idem* se encuentra en el de legalidad²² que, en definitiva, pretende establecer que tipo de norma se ajusta con mayor exactitud al supuesto enjuiciado que excluye, a su vez, aquellos que sólo

recogen algunos aspectos²³.

Expuesta esta pléyade de tesis por parte de la doctrina científica cabe apuntar los efectos del principio que estamos examinando, de modo que en primer lugar debe advertirse que dicho principio afirma que no debe haber duplicidad de sanciones cuando exista una identidad de sujeto, de hecho y de fundamento²⁴. En segundo plano, como advierte Cuchi Denia, existe una vertiente procesal cuyo fundamento se encuentra en la STC 77/1983 de 3 de octubre, donde se señala que aunque el ordenamiento permite una duplicidad de procedimientos y en cada uno de ellos se produzca un enjuiciamiento y una calificación de unos mismos hechos, tal enjuiciamiento y calificación puede hacerse independientemente, siempre y cuando resulte la aplicación de normativas diferentes, pero no debe ser igual en la apreciación de los hechos ya que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado. De esto se desprende que la actuación sancionadora de la Administración puede actuar mientras no intervengan los órganos jurisdiccionales penales, puesto que si actúa la Administración con posterioridad deberá respetar lo probado en el ámbito jurisdiccional penal²⁵.

Así pues, de todo ello cabe indicar que el problema real es que paulatinamente la Administración ha ido ampliando el ámbito en el que ejerce lo que se denomina función disciplinaria, debido a lo denominado *ut supra* relación de sujeción especial de la Administración entre las que merecen una referencia especial los deportistas federados; de modo que la Administración, en este sentido, puede iniciar un expediente sancionador, pero si comprueba que existen indicios de delito, deberá dar noticia a la jurisdicción penal que es quien verdaderamente posee primacía frente a la administrativa, siempre y cuando existan identidad de sujeto de hecho y de fundamento; por tanto, existe una prevalencia de la sentencia penal en virtud de las SSTs de 20 de octubre de 1983 (Ar. 5907) y de 18 de junio de 1984 (Ar. 3673). De este modo, el Juez penal decidirá si el hecho constituye delito; en caso afirmativo, la causa finaliza con la imposición de la pena al culpable mediante sentencia; en caso negativo, se dictará sentencia absolutoria a favor del autor del hecho pero ello permite a la Administración proseguir con el expediente sancionador como preceptúa el art. 137.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, ratificado por la STS de 31 de enero de 1987 (Ar. 1796)²⁶. En suma, la prioridad del proceso penal se pone de manifiesto por el Tribunal Supremo

aplicación del principio *non bis in idem*”, cit., pág. 161. En el mismo sentido la STC 159/1985, de 27 de noviembre en la que se señala que el principio *non bis in idem* sólo podría invocarse en el caso de duplicidad de sanciones frente al intento de sancionar, desde la misma perspectiva de defensa social, unos hechos ya sancionados o como medio para obtener la anulación de la sanción posterior”. También, en la misma dirección, debe observarse la STC 204/1996, de 16 de diciembre.

¹⁷ Cfr. GARCÍA ALBERO, R., *Non bis in idem: material y concurso de leyes penales*, Barcelona, 1995, págs. 73 y ss. DE LEÓN VILLALBA, F.J., *Acumulación de sanciones penales y administrativas*, Barcelona, 1998, pág. 409. Este autor señala que García de Enterría pretende negar la posibilidad de que una conducta pueda ser objeto de regulación en un tipo penal y en un tipo de infracción administrativa de forma paralela.

¹⁸ ARROYO ZAPATERO, L., “Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal”, R.E.D.C., nº 8 (1983), pág. 19.

¹⁹ DE LEÓN VILLALBA, F.J., *Acumulación de sanciones penales y administrativas*, pág. 424.

²⁰ *Ibid.*, pág. 425. Cfr. GARCÍA ALBERO, R., “La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo: texto y contexto de las teorías sobre la distinción de ilícitos”, en QUINTERO OLIVARES, G., y MORALES PRATS, F., (coords.), *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Pamplona, 2001, págs. 351 y 352.

²¹ Cfr. GARCÍA ALBERO, R., *Non bis in idem: material y concurso de leyes penales*, cit., pág. 90.

²² MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, cit., pág. 106.

²³ CUCHI DENIA, J.M., “La incidencia del Derecho penal en la disciplina deportiva: la aplicación del principio *non bis in idem*”, cit., pág. 162.

²⁴ En Derecho penal este aspecto admite diversos contenidos como por ejemplo que un hecho no pueda ser penalizado dos veces, que no se pueda aplicar una agravante ya tomada en consideración para el castigo del delito básico y que, por regla general, no se puedan castigar determinados ilícitos con sanciones de distinta naturaleza salvo que nos encontremos en el marco, por ejemplo, de la potestad sancionadora de la Administración en virtud de su función disciplinaria que separa las sanciones penales de las administrativas permitiendo la aplicación de ambas.

²⁵ CUCHI DENIA, J.M., “La incidencia del Derecho penal en la disciplina deportiva: la aplicación del principio *non bis in idem*”, cit., págs. 162 y 163.

²⁶ No obstante, los hechos probados por la jurisdicción penal tendrán vinculación para el posterior enjuiciamiento administrativo. En el caso de que la jurisdicción penal no haya probado los hechos, pero no niegue su existencia, la STS de 28 de septiembre de 1984 (Ar. 4523) advierte que la Administración puede indagar por sus propios medios.

a través de las SSTS de 20 de enero de 1987 (Ar. 256) y la de 24 de enero de 1987 (Ar. 432) ya que parece ser cierto que la potestad disciplinaria puede ser distinta e independiente de la responsabilidad penal, puesto que la necesaria subordinación de la potestad disciplinaria a la jurisdicción penal cuando existe un proceso penal abierto por el hecho impide la prosecución o la apertura y decisión del expediente disciplinario mientras permanezca abierto el juicio penal²⁷. Si bien se ha expuesto este planteamiento, desde el punto de vista general, desde el particular del deporte se aprecia que este principio *non bis in idem* se encuentra en el art. 75. b) de la Ley del Deporte en el que se señala que la existencia de la doble sanción por los mismos hechos, teniendo su parangón en el art. 8.b). 3 del RDDD que remite al art. 27.2 de la misma norma en la que se reconoce la posibilidad de que se pueda imponer otra sanción de distinta naturaleza, siempre que estén previstas para la categoría de infracción de que se trate y que, en su conjunto, resulten congruentes con la gravedad de la misma; en el mismo plano de igualdad, se debe citar otro aspecto que abordaremos con mayor profusión *infra* según el cual el art. 83 de la Ley del Deporte prevé la comunicación al ámbito penal cuando las infracciones pudieran tener carácter de delito o falta²⁸.

II.3. La repercusión del principio *non bis in idem* en la disciplina deportiva.

Desde el punto de vista del orden administrativo, siguiendo a Cuchi Denia, la relación que se establece entre los deportistas²⁹ y la federación que rige el correspondiente deporte, debe incluirse dentro de la figura de la especial relación de sujeción con la Administración, ya que el sujeto acepta, de manera voluntaria, tanto las reglas como las normas de cuidado que, con carácter convencional, se admiten en la práctica de dicha actividad. Por tanto, y con el asentimiento de la jurisprudencia constitucional, se conviene que en estos supuestos no es posible la aplicación del Principio *non bis in idem*, es más, algún autor ha justificado dicha aseveración al explicar que la acumulación de una pena y una sanción administrativa viene determinada porque en la agresión, la sanción penal protege la integridad física del sujeto pasivo, mientras que el ámbito administrativo protege el buen orden deportivo³⁰.

²⁷ CUCHI DENIA, J.M., "La incidencia del Derecho penal en la disciplina deportiva: la aplicación del principio *non bis in idem*", cit., pág. 163.

²⁸ En este sentido la SAP de Pontevedra de 30 de junio de 2004 (JUR 2004/2952) en la que se aprecia en su fundamento jurídico segundo que la Administración deportiva no observó la disposición legal que le imponía la dación de cuenta al Ministerio Fiscal y el respeto a la prioridad del procedimiento penal en lo referente a una lesión producida en un campo de fútbol que la federación gallega (Delegación de Vigo) sancionó con cuatro partidos no advirtiendo que en virtud de la ley del deporte debería haber recurrido en una primera aproximación al Ministerio Fiscal al observar indicios de delito penal.

²⁹ Entendidos éstos como aquellos individuos que participan de forma reglada en una actividad deportiva, tras la adquisición de una licencia o autorización o licencia para aplicar sus conocimientos, tanto prácticos (jugadores, atletas, etc.,) como teórico-prácticos (entrenadores, técnicos).

³⁰ GARCÍA VALDÉS, C., "El Derecho penal y disciplinario en la Ley del Deporte", Cuadernos de Política Criminal, núm. 39 (1989), págs. 707 a 709. CUCHI DENIA, J.M., "La incidencia del Derecho penal en la disciplina deportiva: la aplicación del principio *non bis in idem*", cit., págs. 166 y 167. MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., Derecho penal. Parte general, cit., pág. 107.

Sin embargo, tal argumentación no ha sido pacíficamente aceptada por cuanto además existe, junto a la cuantitativa, una diferenciación cualitativa entre ilícito penal y administrativo, ya que de lo contrario sólo se aplicaría el procedimiento disciplinario cuando el resultado fuera insignificante; además de observar ciertos obstáculos como pudieran ser la consideración de la naturaleza privada de las federaciones, puesto que parece difícil que una potestad que afecta a la Administración devenga también de titularidad privada, por lo que se incide en el carácter semipúblico de estos entes. En el mismo sentido, debe plantearse la dificultad examinada ya que se ha incluido dentro del mismo cesto el buen funcionamiento de la administración con el perjuicio a otros bienes fundamentales como son la dignidad del individuo o su integridad, por lo que debe apuntarse hacia una concreción de la disciplina que debe regularse al no ser lo mismo agredir a un contrario (posible delito o falta de lesiones) que celebrar un gol subido a la valla que delimita el terreno de juego (posible provocación de desórdenes entre los aficionados).

Otro aspecto complejo es el de la duplicidad de órdenes cuando un hecho, teóricamente ilícito, es enjuiciado tanto por la disciplina penal como por la administrativa-deportiva. Lo normal, como se viene advirtiendo a lo largo de estas páginas, es que si se denuncia ante el juez y éste la admite se paraliza el expediente administrativo, pero en la realidad no parece que esto sea así por cuanto la administración deportiva es más rápida que el proceso penal y puede que se sancione deportivamente ya que el fundamento parece ser que las federaciones han establecido unas normas de autorregulación, de sustrato subjetivo y de carácter ético, situación por la cual son muy remisos a la entrada de otros órdenes jurídicos, pudiéndose aplicar el hecho de que la presunción de inocencia es compatible con una medida cautelar, aceptando la función de ésta última como sanción administrativa³¹.

En una primera aproximación existen otras figuras como directivos de entidades deportivas e incluso los consejeros de las sociedades anónimas deportivas que en virtud de la Ley del Deporte (arts. 19 a 29) si bien organizan esas entidades no poseen una relación especial de sujeción especial con la Administración puesto que para realizar sus funciones no es necesario que posean ninguna autorización ni licencia administrativa. Sin embargo, si son sancionados desde el punto de vista administrativo (art. 76.e Ley del Deporte) cuando hagan declaraciones públicas que inciten a los espectadores a la violencia; en esta situación lo lógico sería aplicar el Principio *non bis in idem* puesto que se le puede aplicar a ese directivo una sanción penal basada en el uso de la provocación o la apología de la violencia, entendiéndose ésta como un ataque al honor que puede ser protegido por la jurisdicción penal, por lo que basándonos en la no especial relación de sujeción entre los directivos y la Administración debe aplicarse en toda su extensión el principio examinado.

³¹ CUCHI DENIA, J.M., "La incidencia del Derecho penal en la disciplina deportiva: la aplicación del principio *non bis in idem*", cit., pág. 169. Hace referencia a la STC 108/1984, de 26 de noviembre en el fundamento jurídico 2º b).

En la misma línea de actuación se presentan los aficionados de los clubes ya que en este ámbito tampoco habría relación especial de sujeción con la administración y por tanto debe acudir tanto al art. 63 de la Ley del Deporte a través del cual se puede imponer una sanción a quienes pudieran realizar daños y desórdenes que pudieran producirse en los lugares donde se desarrolla la competición, siendo en el art. 69 del mismo cuerpo legal donde se establecen las correspondientes consecuencias jurídicas entre las que aparece la prohibición de acceso a un recinto deportivo que, no en vano, es una sanción coherente para imponer a un seguidor de una entidad. Así, puede también aplicarse a este hecho el art. 557 CP donde se le puede imponer pena de prisión a aquellos que actuando en grupo perturben la paz pública, causando lesiones o produciendo daños; por tanto, debe acudir a la aplicación del principio *non bis in idem* teniendo prevalencia el ámbito penal.

Por último, otro problema es el de las personas jurídicas que plantea un choque frontal entre el Derecho administrativo y el penal por cuanto en el segundo se admite el principio *Societas delinquere non potest* por el que no tienen responsabilidad las personas jurídicas, mientras que en el primero tanto clubes como federaciones o sociedades anónimas deportivas sí pueden tener responsabilidad objetiva. Lo normal es que en este ámbito se aplique asimismo el principio *non bis in idem* ya que es improbable que una persona jurídica sea castigada por la acción de una persona física, sobre todo si ésta hubiera sido sancionada o penada ya que iría la doble sanción contra el *non bis in idem* por el mismo fundamento y el mismo hecho³².

III. DELIMITACIÓN DOCTRINAL DE LAS LESIONES DEPORTIVAS: TESIS APPLICABLES.

De lo ya expuesto, se desprende cierta independencia del ámbito deportivo ya que la actividad deportiva se ha dotado de sus propios instrumentos jurídicos, de sus propias instituciones y autoridades y se ha convertido en una "isla" que se encuentra alejada a cierta distancia del resto de mecanismos de control social, entre otras, del Derecho penal³³; es más, existe un pensamiento generalizado según el cual basta con los mecanismos disciplinarios propios del deporte para solucionar todos los casos que se produzcan dentro de la competición³⁴, incluso a los juristas que suscriben la no intervención del Derecho en el ámbito deportivo, les resulta dificultoso aceptar que exista un ámbito de la realidad social al que se le excluya la aplicación de las normas jurídicas de signo tan incontestablemente imperativo como las normas penales³⁵. Tanto es así que T.R. Fernández en la década de los 70 aseveró que "*es escanda-*

loso ver como el propio Derecho penal se detiene ante los muros de un estadio"³⁶. Ello nos permite observar una cierta diferenciación entre la legislación deportiva provista de ciertas prebendas con respecto a las normas jurídico-penales, razón por la cual se intentan buscar razones que permitan un deslinde entre una situación especial de la parcela deportiva frente a una intervención del Derecho penal amparándose, como no puede ser de otra manera en la realidad social, basándose en una tradicional impunidad ante la situación de que se produzcan dentro de un terreno de juego acciones que de no producirse en tal escenario conllevarían la actuación inminente del Derecho penal, pero que al espectador le pasa desapercibida puesto que asume que dichas acciones pertenecen a la esfera del deporte y, por ende, deben ser tratadas dentro de su ámbito jurídico de actuación.

Para justificar esta realidad la doctrina ha puesto de relieve al efecto de poder considerar impunes las conductas lesivas que se advierten en el deporte ciertas teorías penales que pueden que pueden sintetizarse, sin perjuicio de que las analicemos con posterioridad, en dos grandes grupos: aquellas en las que existe el consentimiento individual y efectivo del sujeto lesionado (en el riesgo o en la lesión) y las de autorización procedente de quien dicta el Derecho (la sociedad, la Constitución, la Ley)³⁷. Pues bien, estas dos corrientes agrupan diversas teorías que pasamos a examinar:

a) La teoría del riesgo asumido o riesgo permitido.

Según ésta el fundamento de la impunidad se halla en el consentimiento prestado, explícita o presuntamente, por los deportistas, que no será, normalmente un consentimiento en ser lesionado, en la lesión concreta sufrida, sino en el riesgo en que la lesión se produzca, en la puesta en peligro de un bien jurídico, la integridad corporal, disponible con tal de que se observen mínimamente las reglas de juego o *lex artis*. No obstante, la doctrina también ha utilizado, para justificar sus propuestas, el consentimiento desde una doble perspectiva: de un lado, se ha entendido que el consentimiento actúa como causa de justificación y de otro como causa de exclusión de la tipicidad, aunque también se dan opiniones que consideran que el consentimiento no sólo constituye una causa de justificación sino que también excluye la tipicidad. Así, Jescheck alude al consentimiento como causa de justificación pero también como causa de exclusión de la tipicidad, poniendo el énfasis en el riesgo permitido. Según este autor, el consentimiento da lugar a un derecho en el que la práctica del deporte crea el riesgo o la lesión que las actividades deportivas implican, de modo que el deportista acepta el riesgo del accidente o de la lesión corporal; sin embargo, excluye el valor del consentimiento las violaciones dolosas o gravemente imprudentes de las reglas de

³² *Ibid.*, pág. 170.

³³ RODRÍGUEZ MOURULLO, A., y CLEMENTE, I., "Dos aspectos de Derecho penal en el deporte: el dopaje y las lesiones", *Actualidad Jurídica Uribe & Menéndez*, nº 9 (2004), pág. 61.

³⁴ FONTÁN TIRADO, R., "Notas a la problemática sobre lesiones deportivas en el Derecho penal inglés y español", *Revista de Derecho penal y Criminología*, nº 5 (1995), pág. 268.

³⁵ PAREDES CASTAÑÓN, J.M., "La responsabilidad penal del deportista: el ejemplo del boxeador", *Revista española de Derecho deportivo*, núm. 5 (1995), pág. 81. ESSER, A., "Lesiones deportivas y Derecho penal", *cit.*, págs. 1130 y 1131.

³⁶ Frase perteneciente al prólogo que T.R. Fernández realizó al libro *El ordenamiento jurídico del deporte* de M.C. González Grimaldo, Madrid, 1974, pág. 15. Citado en RODRÍGUEZ MOURULLO, A., y CLEMENTE, I., "Dos aspectos de Derecho penal en el deporte: el dopaje y las lesiones", *cit.*, pág. 61.

³⁷ PAREDES CASTAÑÓN, J.M., "La responsabilidad penal del deportista: el ejemplo del boxeador", *cit.*, pág. 62.

juego que produzcan lesiones³⁸. En el mismo sentido, cabe aludir a Montero Martínez quien entiende que la clave para justificar la impunidad de las lesiones deportivas se halla, sin más, en el consentimiento del lesionado basándose en la afirmación de la relevancia del consentimiento en las lesiones entendiendo que el consentimiento opera como causa de exclusión de la tipicidad por lo que predica la impunidad de las lesiones causadas en la práctica deportiva³⁹. Existen, asimismo, ciertas críticas al objeto³ de considerar al consentimiento como cláusula de exclusión de la responsabilidad penal como por ejemplo el planteamiento de Paredes Castañón ya que señala que la idea de consentimiento resulta absolutamente insuficiente para albergar la amplitud de actividades, riesgos y lesiones posibles y frecuentes en el terreno deportivo; así, decir que la lesión o puesta en peligro de bienes jurídico-penalmente protegidos en este campo sólo deja de ser antijurídica cuando exista consentimiento del titular del bien jurídico disponible en dicha lesión o puesta en peligro teniendo una implicación evidente: el consentimiento ha de probarse en el caso concreto⁴⁰; en aquellos casos en los que se pueda demostrar que no existía tal consentimiento, la conducta será en principio antijurídica, aunque el problema no sólo será probarlo ya que cabe también el consentimiento tácito en virtud de actos concluyentes, además de problemas de error⁴¹.

Según Rodríguez-Mourullo y Clemente la teoría del riesgo permitido es la solución que goza de mayor número de seguidores entre los que intentan justificar ciertos ámbitos de impunidad para las lesiones deportivas, si bien hay que destacar que la aplicación de este principio excede el ámbito de la actividad deportiva y se proyecta sobre todos los tipos de injusto previstos en el Código Penal⁴².

b) La teoría del caso fortuito; esta tesis aparece como fundamento de la impunidad ya que se presenta como ausencia absoluta de intención dañosa, eso sí, siempre que concurren tres requisitos: que se trate de un deporte lícito, o sea, que se encuentre autorizado por el poder

público; que se observen las reglas del juego; y que el ejercicio deportivo no se haya tomado como medio para encubrir una voluntad criminal. La tesis del caso fortuito fue defendida por Cuello Calón y por Puig Peña⁴³ además de inspirar determinadas resoluciones judiciales como la ya famosa del Tribunal francés de Douai de 3 de diciembre de 1912 referente al boxeo, la intitulada sentencia del caso Carpentier⁴⁴ que condena al famoso boxeador por incumplimiento de contrato, así, en dicho documento se falló un asunto civil, pero se hicieron algunas consideraciones propias del Derecho penal como es la aseveración de que en dichas lesiones falta la tipicidad, además de afirmar que en los golpes entre los boxeadores no existe odio, ni impulso de cólera sino que el único fin es demostrar la destreza en el ataque y en la defensa.

c) La teoría consuetudinaria. Según esta tesis, la costumbre es la que motiva que todos se contenten con las sanciones disciplinarias, de tal forma que la costumbre extiende la causa de justificación más allá de donde llega el consentimiento, desvirtuándola y convirtiéndola en excusa absolutoria⁴⁵. También se ha puesto sobre la mesa la existencia de un factor consuetudinario según el cual, la conciencia colectiva admite que los daños normalmente producidos en el deporte derivan de una causa que no sólo constituye exención de la responsabilidad penal, sino un obstáculo que impide su nacimiento. Así, la costumbre induce a creer que basta con las sanciones deportivas, impuestas por los Comités de Competición o Disciplinarios, sin necesidad de la intervención de los tribunales; de la misma manera, el propio deportista carece de interés en acudir a los tribunales por lo que no tiene reparo en aceptar la sanción deportiva por una gravísima lesión a la causada aunque esté convencido de la intencionalidad de quien le lesionó⁴⁶.

d) La tesis de la adecuación social. El concepto de la adecuación social fue acuñado por Welzel y lo que pretende era desplazar del Derecho penal aquellos comportamientos que pueden considerarse socialmente adecuados por moverse en el marco del orden social normal de un determinado momento histórico. Ciñendo esta tesis

³⁸ JESCHECK, H.H., *Tratado de Derecho penal*, vol. I, Barcelona, 1981, págs. 515. Crítica al planteamiento del autor alemán en SEGURA GARCÍA, M.J., *El consentimiento del titular del bien jurídico*, Valencia, 2000, págs. 73 y ss. En el mismo sentido de considerar al consentimiento cláusula de exclusión de la responsabilidad penal se encuentran Petrocelli, Bajo Fernández Queral, Jiménez, Berdugo Gómez de la Torre, vid por todos, GARCÍA VALDÉS, C., "Responsabilidad por lesiones deportivas", cit., págs. 974 y ss.

³⁹ MONTERO MARTÍNEZ, M., "El consentimiento en las lesiones deportivas", *El consentimiento. El error, Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1993, págs. 79 y 80. El autor señala que ha de tratarse de un consentimiento válido, que normalmente será tácito y presunto y que además se precisa que no se hayan infringido claramente las reglas de cada deporte, reglas que sean fijadas internacionalmente o, al menos, por el Estado; en suma, advierte que en estos casos el consentimiento constituye una causa de exclusión del tipo penal.

⁴⁰ MIR PUIG, S., "Lesiones deportivas y Derecho penal", cit., pág. 40. Este autor señala que el consentimiento no resuelve la problemática de las lesiones en el ámbito deportivo porque tal figura tiene un sentido individualista que exigiría considerar en cada caso si concurre el consentimiento o no de la concreta víctima lo que no es compatible con el sentido social colectivo del ámbito deportivo.

⁴¹ PAREDES CASTAÑÓN, J.M., "Consentimiento y riesgo en las actividades deportivas", cit., pág. 647.

⁴² RODRÍGUEZ-MOURULLO, A., y CLEMENTE, I., "Dos aspectos de Derecho penal en el deporte: el dopaje y las lesiones deportivas", cit., pág. 63.

⁴³ Vid. Por todos, MONTERO MARTÍNEZ, M., "El consentimiento en las lesiones deportivas", cit., pág. 78. MAJADA PLANELLES, A., *El problema penal de la muerte y las lesiones deportivas*, cit., págs. 106 y 107.

⁴⁴ En esta sentencia se muestra la "repugnancia" de los juzgadores a englobar en una misma calificación hechos cuya naturaleza creen diferente; el error lo explican por la influencia de una tradición jurisprudencial que trata de justificar la impunidad de las lesiones causadas en el ejercicio del derecho de corrección, sosteniendo que en el Código penal francés se exige para las lesiones una intención dolosa y, en segundo lugar, por la influencia en la jurisprudencia francesa de determinado sector doctrinal; así pues, la doctrina galo, en crítica a la sentencia de Douai, describe los elementos legal, moral y material concurrentes en las lesiones deportivas y que configuran el tipo penal, pero niega la existencia del elemento antijurídico. Cfr. MAJADA PLANELLES, A., *El problema penal de la muerte y las lesiones deportivas*, cit., págs. 39 y 40.

⁴⁵ MONTERO MARTÍNEZ, M., "El consentimiento en las lesiones deportivas", cit., pág. 78.

⁴⁶ En este sentido la SAP de Castellón de 22 de febrero de 2000 (JUR 2001/34756).

al ámbito deportivo se permite la consideración de penalmente atípicas aquellas acciones lesivas socialmente adecuadas⁴⁷. Mir Puig en su trabajo acude a Zipf y a Dölling para explicar tales razonamientos. El primero, entiende que serían socialmente adecuadas tanto las que se producen respetando las normas deportivas como las que proceden de faltas deportivas que sean levemente imprudentes⁴⁸. Sin embargo Dölling aumenta el ámbito de actuación de la adecuación social ya que por un lado, al hablar de los deportes de confrontación que no tienen el carácter de intencionalmente lesivos, son lesiones socialmente adecuadas tanto las acciones lesivas sin infracción reglamentaria, como las debidas a faltas deportivas, que sean imprudentes o dolosas, siempre que no siendo graves, obedezcan a la obtención de ventaja en el juego y no al macabro objetivo de causarle un daño a la víctima. Así quedan fuera del campo de actuación de la adecuación social ejemplos como el del jugador que le propina un puñetazo a la víctima que sin que haya juego de por medio, sin embargo el ejemplo que cita Mir Puig del defensa que intenta interceptar a un delantero para que no consiga su objetivo de perforar la meta contraria estaría en la esfera de la adecuación social pues se encontrarían dentro del conjunto de las faltas deportivas sean imprudentes o dolosas⁴⁹.

- e) Teoría del fin reconocido por el Estado y las normas de cultura. Los seguidores de esta tesis señalan que al Estado y a la sociedad les resulta de interés prevalente el mejoramiento de la salud y el vigor de la raza humana aunque se precisa que la justificación no alcanza a los casos en los que el daño para la integridad corporal proceda de una práctica irregular del deporte (Mayer y Jiménez de Asúa)⁵⁰. En la misma dirección Majada Planelles argumenta que en las lesiones inherentes a los deportes violentos hay que acudir a la exclusión de la antijuridicidad por la conformidad de la acción con las normas de cultura reconocidas por el Estado⁵¹.
- f) La tesis de la causa de justificación del ejercicio legítimo de un derecho u oficio (art. 20.7 CP). Los autores llegan

a esta conclusión en primer lugar porque encuentran obstáculos para entenderlo como causa de exclusión de la tipicidad y, en segundo término, porque presenta la ventaja de no tener que buscar una causa de justificación "*extra legem*" al estar ya regulada en el Código; además, salva los problemas de distinción entre el deporte profesional y aficionado⁵²; igualmente, los partidarios de esta tesis se cuidan de matizar y precisar que si el sujeto activo no observa el cuidado objetivamente debido en la práctica del deporte, el ejercicio del derecho o profesión no serán legítimos⁵³. En esta línea de pensamiento, Paredes Castañón admite que en todos los casos de ejercicio legítimo para que exista exclusión de la responsabilidad penal sería necesaria la observancia de las normas de cuidado, generales y especiales por lo que la conducta, a efectos penales, dejaría de ser negligente⁵⁴.

Frente a estas tesis impunitas, históricamente, existieron otras que afirman la necesidad de que se establezca un riguroso tratamiento jurídico en el que siempre se castigue a título de dolo o culpa: la primera tesis es la de Gefero-Wondrich, según la cual cuando sea dolosa la lesión causada en el juego, determinada por la concreta voluntad del agente para lograr la victoria, cuando el efecto sea proporcionado a la voluntad lesiva, e va, por lo que de lo que se trata es de saber lo que la sociedad admite cómo permitido dentro del ámbito del deporte y en qué supuestos se supera el límite del riesgo permitido. En este sentido Rodríguez-Mourullo y Clemente entienden que será deseable utilizar criterios delimitadores lo más concretos posibles para dibujar los perfiles del riesgo permitido y huir de conceptos en exceso abstractos, de difícil compatibilidad con la *lex certa*, tales como el consenso social, la idea común de justicia etc. En este punto Jakobs admite dos posibles soluciones: de un lado, la ley, o sea, las normas positivas y de otro lado, la *lex artis*. En virtud del primer aspecto, éste viene determinado por los Reglamentos que prohíben los comportamientos violentos; como advierten Rodríguez-Mourullo y Clemente, aquel deportista que sin *ánimus laedendi* causara lesión a otro, a través de una acción prohibida por el reglamento podría ser castigado por el Derecho penal como responsable de lesiones imprudentes. Es cierto que en este aspecto los tribunales no siempre utilizan la vía penal para castigar pero sí podrían hacerlo si se diesen el resto de los presupuestos de la punibilidad en la conducta que se examina⁵⁵. Para ilustrar este

⁴⁷ ESER A., "Lesiones deportivas y Derecho penal: en especial la responsabilidad del futbolista desde una perspectiva alemana", cit., pág. 1134.

⁴⁸ Por ejemplo, una raspadura en la piel o un chichón. Siempre que se trate de supuestos de lesiones leves podrán ser excluidas de la tipicidad por tratarse de una consecuencia de un comportamiento social adecuado, al estar inmediatamente ligadas al juego con contacto físico. ESER, A., "Lesiones deportivas y Derecho penal: en especial, la responsabilidad del futbolista desde una perspectiva alemana", cit., pág. 1137.

⁴⁹ Vid. Por todos, MIR PUIG, S., "Lesiones deportivas y Derecho penal", cit., pág. 37 y ss. El autor cita a Dölling (ZStW 1984, pág. 55) advirtiendo que éste no estima aplicable la idea de la adecuación social a los deportes directamente agresivos como el boxeo, puesto que aquí es preceptivo el consentimiento de la víctima a diferencia de...

⁵⁰ Con algunos matices, se suman a esta idea List y Queralt Jiménez. Por su parte, Cobo del Rosal y Vives Antón señalan que la justificación de las lesiones deportivas proviene del reconocimiento estatal, aunque advierten que la justificación no alcanza a los casos en que el daño para la integridad corporal proceda de una práctica irregular del deporte. Vid., por todos MONTERO MARTÍNEZ, M., "El consentimiento en las lesiones deportivas", cit., pág. 78.

⁵¹ MAJADA PLANELLES, A., *El problema penal de la muerte y las lesiones deportivas*, cit., págs. 69 y ss.

⁵² Cfr. FONTÁN TIRADO, R., "Notas a la problemática sobre lesiones deportivas en el Derecho penal inglés y español", cit., pág. 273. El autor apunta en su trabajo que los autores que utilizan para legitimar la ausencia de la punibilidad en las lesiones deportivas la causa de justificación del art. 20.7 CP, señalan que las lesiones ocurridas en la práctica profesional estarían incluidas en el ejercicio legítimo de un oficio mientras que las lesiones ocurridas en la práctica no profesional estaría comprendida en el ejercicio legítimo de un derecho.

⁵³ En este sentido, la SAP de Castellón de 22 de febrero de 2000 (JUR 2001/34756)

⁵⁴ Cfr. PAREDES CASTAÑÓN, J.M., "Consentimiento y riesgo en las actividades deportivas", cit., pág. 653. CUCHI DENIA, J.M., "La incidencia del Derecho penal en la disciplina deportiva: la aplicación del principio non bis in idem". Cit., pág. 163.

⁵⁵ RODRÍGUEZ-MOURULLO, A., y CLEMENTE, I., "Dos aspectos de Derecho penal en el Deporte: el dopaje y las lesiones deportivas", cit., pág. 67.

aspecto puede argüirse el ejemplo del futbolista que lesiona a otro dándole una patada, por detrás, cuando disputa un balón con la única intención de impedir el avance y, por supuesto, con infracción del reglamento⁵⁶. Si bien es cierto que a parte de la doctrina le parece que nos encontramos ante un delito o falta imprudente, siempre que se den los requisitos del delito penal, quizá deba ampliarse el razonamiento para llegar a conclusiones más efectivas. Así, debe entenderse que es cierto que a la colectividad le repugna el hecho que un deportista dañe a otro pero aunque la entrada sea por detrás, debe atenderse a la presencia de dos factores en la acción ya que el sujeto tiene intención de cortar el ataque o intención manifiesta de gol⁵⁷, pero en ningún caso tiene intención de lesionar al atacante, por lo que creo que esta situación se debería dejar en el ámbito de la justicia deportiva; otra cuestión sería si en la misma circunstancia el sujeto que intenta erradicar el avance del delantero tiene otras posibilidades menos dañosas para realizar su cometido como por ejemplo un agarrón o empujón que minimice los daños ocasionados. Si esto fuera así el hecho de dar una patada y provocar lesiones con los requisitos propios del Derecho penal sí se podría considerar un delito imprudente por cuanto la situación ha superado las barreras del riesgo permitido, siempre y cuando se aprecie la infracción de la norma de cuidado, la previsibilidad objetiva del resultado y la efectiva producción del resultado. Por supuesto esta situación no podría darse en deportes como el boxeo ya que en éste el objeto del deporte es golpear dolosamente para obtener el objetivo que no es otro que agredir al oponente para conseguir dejarlo “fuera de combate”⁵⁸.

Sin embargo, aunque propongamos esa solución en el mundo del deporte debe ajustarse bien el hecho de que en el momento de juego cualquier conducta se castigue en virtud de la aplicación del Derecho penal y ello porque quebraría el principio de intervención mínima y *ultima ratio* del Derecho penal; asimismo, ello haría inservible el reglamento deportivo y, por ende, el Derecho administrativo aplicable al ámbito deportivo en toda su extensión, lo que daría lugar a una excesiva criminalización del deporte. Así pues, de lo que se trata es de aplicar el ámbito punitivo para los aspectos del deporte más graves.

Para afianzar tales propuestas debemos advertir que se trata de castigar la lesión dolosa, o sea el ánimo de agredir al sujeto, siempre y cuando se dé tanto el requisito de la primera asistencia facultativa como el tratamiento médico o quirúrgi-

co⁵⁹ y, por supuesto siempre que no haya balón de por medio, o lo que es lo mismo, siempre que se encuentre en una circunstancia donde no se realice el juego. Por tanto, se debe partir en el ámbito deportivo del principio de insignificancia según el cual no se considera necesaria la intervención del Derecho penal en las lesiones causadas entre deportistas que guardan relación con el juego y que no exceden de lo habitual; así pues, no deberá considerarse penalmente típico ningún hecho que no posea la gravedad suficiente para ello. Esto sucede cuando, por tener lugar en el marco de un determinado sector social, un comportamiento que cabe en la letra de un precepto penal es considerado socialmente como de gravedad insignificante, insuficiente para la relevancia jurídico-penal⁶⁰. Este principio permite fijar el punto a partir del cual el Derecho penal ha de intervenir; así, la menor gravedad de una lesión deportiva tiene lugar cuando se produce dentro de lo normal, más o menos lo usual dentro de cada deporte; el concepto que debemos utilizar, para acudir al Derecho penal, es el de la infracción de las reglas de juego, o sea, que la lesión de que se trate no guarde relación con el juego o cuando posea una gravedad desacomunada, no tanto por el resultado sino por la gravedad de la acción que lo produce⁶¹. De tal modo que se debe recurrir a la infracción de las reglas de juego y que en ningún caso se encuentre el balón en dicha circunstancia pues de lo contrario debería aplicarse el reglamento del deporte en cuestión y, como no puede ser de otro modo, el Derecho administrativo. Parece necesario acudir al Derecho penal por cuanto en situaciones como la del ejemplo expuesto al comienzo de este trabajo en el panorama futbolístico no es entendible como una agresión (asunto Julen Guerrero *versus* Simeone) si se produjera fuera de un estadio de fútbol sería un delito penal o al menos una falta en virtud de los requisitos objetivos propios de este ilícito penal; a *sensu contrario* es incomprensible como dicha conducta no fue considerada como ilícita desde el punto de vista punitivo al ser dolosa, infringir las reglas de juego y desentenderse el jugador Simeone del balón, a todas luces debería haber sido enjuiciada por los Tribunales ordinarios penales. Para refrendar esta tesis debemos traer a colación el caso “Colliard” que acaeció el día 9 de abril de 1983 en la ciudad de Paraná provincia de Entre ríos República Argentina, lugar en el que se celebraba un partido de rugby entre los equipos del Paraná Rowing club de dicha ciudad y el Inmaculada de santa Fe. Durante el desarrollo del juego el jugador de Paraná Luis A. Colliard aplicó desde atrás y en forma violenta un puntapié

⁵⁶ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *El delito de lesiones*, Valencia, 1997, págs. 47 y ss. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, 15ª ed., Valencia, 2004, pág. 114. AA.VV., *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, 5ª ed., Pamplona, 2005.

⁵⁷ MIR PUIG, S., “Lesiones deportivas y Derecho penal”, cit., págs. 41 y ss.

⁵⁸ *Ibid.*, pág. 45. FONTÁN TIRADO, R., “Notas a la problemática sobre lesiones deportivas en el Derecho penal inglés y español”, cit., pág. 276. Pone como ejemplo el hecho de que los participantes en un partido de rugby propinan golpes y empujones que serían absolutamente ilegales fuera del partido por lo que estará dicha circunstancia justificada en virtud del consentimiento prestado siempre y cuando las reglas del juego lo permitan; así, no habrá justificación y deberán ser castigadas penalmente las conductas que se encuentren fuera de las reglas de juego y con unas consecuencias tan aparatosas que supongan traspasar los límites de lo que efectivamente se sintió. En el mismo sentido, GARDINER, S., “Not playing the game: is a crime?”, *Solicitor journal*, 2 de Julio, 1993, pág. 628.

⁵⁹ Para algún sector doctrinal las lesiones intencionadas siempre serán antijurídicas, sin que importe que hayan sido abiertamente antirreglamentarias o que se produzcan con ocasión de actuaciones que aparentan ser reglamentarias. Pueden justificarse por un consentimiento individual y concreto dentro del límite de la costumbre reconocida, entre otros, en el Código Penal alemán. ESER, A., “Lesiones deportivas y Derecho penal: en especial, la responsabilidad del futbolista desde una perspectiva alemana”, cit., pág. 1141.

⁶⁰ Esto es lo que se ha dado en llamar dentro del mundo del fútbol “freno de seguridad” para la defensa (entendido como recurso último a la falta intencional para evitar un gol seguro). Cfr. ESER, A., “Lesiones deportivas y Derecho penal: en especial, la responsabilidad del deportista desde la perspectiva alemana”, cit., pág. 1135.

⁶¹ *Ibid.*, pág. 68.

en la cabeza, zona occipital lado izquierdo, al jugador del Inmaculada Cayetano Luis Massi que se encontraba caído en el suelo y sin estar en posesión de la pelota. El episodio ocurrió cuando los jugadores disputaban una melé, desarrollándose el juego en la zona de las 25 yardas del equipo de Santa Fe. Massi falleció días más tarde. A Colliard se le condenó como autor de un delito de homicidio simple; pero quizá lo más importante sea la argumentación expuesta por los tribunales para fundamentar tal decisión puesto que el homicidio viene determinado por la aplicación, a un contrario, caído en el suelo, durante un partido, una patada en la cabeza con el zapato puesto de punta, resultando la muerte del sujeto. Debe advertirse que dicha acción excede de lo reglamentario ya que la pelota no estaba en juego⁶². Así pues, el deporte tiene sus reglamentos y organismos que cuidan de los mismos, sancionando a quienes los violan, siendo ajenos a ese ámbito los supuestos en los que se violan normas sustantivas que rigen a todos los habitantes de la nación. Por tanto, una cosa son las acciones deportivas que se realicen durante el juego y que pudieran tener implicaciones penales y otra las acciones del jugador cuando la pelota no está en juego y su contrario fuera de la disputa del balón y caído, absolutamente indefenso. Esto no deja de ser un hecho extradeportivo sujeto a las leyes de orden penal.

En la misma dinámica aparecen ejemplos de deportes, como subraya Mir Puig, de confrontación directamente agresivo, como es el boxeo⁶³. Situaciones como la que se planteó en el caso de “Kid Sullivan”, boxeador que cegó a su adversario en pleno combate por haber aplicado a sus guantes tintura de belladona o de manera más reciente la acción de Myke Tyson a Evander Hollifield en la que el primero seccionó de un mordisco el lóbulo de la oreja del segundo. Este último caso es un ejemplo académico de la doctrina jurídico-penal ya que representa la plasmación real del art. 150 CP según el cual se castigará con pena de prisión de tres a seis años al sujeto que causare a otro la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro no principal, o la deformidad, como pudiera ser el lóbulo de la oreja, un dedo, etc., en suma, se puede entender un miembro u órgano principal, aquel que ni es vital, ni esencial para la salud o integridad, pero eso no es óbice para que en el ejemplo utilizado no se aplique el ilícito penal pues se extralimita de las reglas del juego y se aprecia una conducta tipificada penalmente que debe ser castigada fuera de la legislación deportiva.

Con todo, debe apuntarse que los parámetros serán las reglas de juego y que la acción se realice en circunstancias en las que no se esté jugando (sin balón de por medio), peleando en un combate de boxeo etc, o lo que es lo mismo, el caso de que la *lex artis* no se respete y exista una agresión claramente

al margen del aspecto deportivo de la competición y del riesgo tolerado en la misma⁶⁴, puesto que en el caso del jugador que entra en un campo a disputar un partido éste consiente el riesgo de lesión pero en ningún caso la lesión en sí misma⁶⁵.

IV.- ASPECTOS JURISPRUDENCIALES

La línea seguida por la jurisprudencia viene también determinada por la observancia de las reglas de juego, de la *lex artis*, puesto que se ha instaurado como premisa general la punibilidad de todas aquellas conductas de los deportistas que causen lesiones, concurriendo el olvido o el desprecio por las reglas de cada deporte concreto, o sea, de las lesiones dolosas con desprecio de la normativa vigente. Esta postura no es nueva sino que se planteó en la jurisprudencia en la década de los 50 por mor de una STS de 1 de junio de 1951 y que ha sido, además de paradigma de esta tesis, citada por infinidad de trabajos sobre la cuestión⁶⁶; en esta sentencia se examina a fondo la cuestión a propósito de un partido de fútbol de categoría regional celebrado en 1946, en el que un equipo ganaba a otro por cinco goles a uno y el defensa derecho del equipo que perdía “experimentaba viva excitación por el resultado” y al ver que el interior derecho del otro equipo, a la sazón triunfante, tenía el balón en un sitio relativamente cerca, corrió velozmente hacia él para quitárselo, pero como el interior derecho prosiguió la jugada, enviando el balón a otro compañero de su equipo, antes de que pudiera llegar el lateral derecho del equipo contrario, otrora procesado, propinó un puntapié al rival entre el costado derecho y la espalda, produciéndole rotura del hígado y del riñón derechos. Esta STS observó que hubo intencionalidad pero le aplicó la atenuante de preterintencionalidad⁶⁷. De esta manera se dio por probado que el procesado sólo tuvo intención de producirle un maltrato corporal de escasa importancia, para dificultarle la actuación en el partido; asimismo, el segundo considerando de la sentencia se alegó que hubo intencionalidad como tampoco existió caso fortuito ya que si bien

⁶² GARCÍA VALDÉS, C., “Responsabilidad por lesiones deportivas”, cit., pág. 977.

FONTÁN TIRADO, R., “Notas a la problemática sobre lesiones deportivas en el Derecho penal inglés y español”, cit., pág. 287. Aquí el autor interrelacionando el Derecho español con el inglés advierte que sólo cabe la justificación posible en el marco de las reglas de juego, si bien es cierto que se trata de un entorno en el que cobra sentido el interés público en el desarrollo del deporte o el propio consentimiento de las partes a las consecuencias derivadas de su ejercicio.

⁶³ A este respecto Eser ha señalado que el consentimiento en el riesgo o el consentimiento en la lesión, si bien es una diferenciación terminológica no posee relevancia jurídica, puesto que quien acepta el comportamiento causante del peligro, tiene que aceptar también todas sus consecuencias. ESER, A., “Lesiones deportivas y Derecho penal: en especial, la responsabilidad del futbolista desde la perspectiva alemana”, cit., pág. 1140.

⁶⁴ FONTÁN TIRADO, R., “Notas a la problemática sobre lesiones deportivas en el Derecho penal inglés y español”, cit., pág. 294. El autor considera que esta sentencia pertenece a lo que se ha denominado “jurisprudencia moderna”, aunque advierte que su repercusión ha sido escasa debido, en parte, a la diferencia establecida por la doctrina entre deportistas profesionales y deportistas federados no profesionales, cuando la discrepancia debería encuadrarse, a criterio de este autor, entre federados y aficionados. RODRÍGUEZ-MOURULLO, A., y CLEMENTE, I., “Dos aspectos de Derecho penal en el deporte: el dopaje y las lesiones deportivas”, cit., pág. 60. MONTERO MARTÍNEZ, M., “El consentimiento en las lesiones deportivas”, cit., pág. 72.

⁶⁵ Esta referencia está incluida en el Fundamento Jurídico tercero de la SAP de Castellón de 22 de febrero de 2001 (JUR 2001/34756).

⁶² En este sentido, GARCÍA VALDÉS, C., “Responsabilidad por lesiones deportivas”, cit., pág. 966. Sobre las reglas de juego, véase MAJADA PLANELLES, A., *El problema penal de la muerte y las lesiones deportivas*, cit., pág. 57.

⁶³ MIR PUIG, S., “Lesiones deportivas y Derecho penal”, cit., pág. 37. Este autor adopta la clasificación de los deportes que señalaron Dölling, Eser y Schröder, según la cual se dividen en: deportes que requieren confrontación física y los que no la requieren (esquí, atletismo). Los de confrontación se dividen entre los que requieren una confrontación peligrosa pero no dirigida a agredir al contrincante (fútbol, jockey y rugby) y deportes de confrontación directamente agresiva (boxeo).

el deporte del fútbol, es un acto lícito y, hasta jugada brillante el quitar a un jugador contrario el balón, siempre que ello se efectúe dentro de las reglas marcadas por su reglamento para el ejercicio de este noble deporte, no es menos cierto que ha de realizarse con la mayor diligencia debida, sin culpa ni intención de causar un mal⁶⁸. Así pues, se refleja en esta sentencia lo que va a ser el devenir de las tesis de la infracción de las reglas de juego y la no existencia del balón en el lugar de la agresión, factores fundamentales del posible delito de lesiones en el ámbito deportivo.

En la línea que estamos apuntando en este trabajo aparece la SAP de Castellón de 22 de febrero de 2001 en la que se aprecia un delito de lesiones por la existencia de un puñetazo en la cara a un jugador en un partido de fútbol sala. La sentencia apunta que es claro y evidente que, se produjera o no en el seno de una confrontación deportiva, no fue un accidente, sin intencionalidad, sino que se produjo como consecuencia de una primera zancadilla a un jugador que al levantarse propinó un puñetazo al rival que lo zancadilleó, y subraya la sentencia que esto es lo importante, cuando el balón no estaba en disputa; esto es así, por cuanto es necesario fundamentar el “*animus laedendi*”, pues al fútbol sala no se juega con los puños lanzándolos al contrario sino con los pies y si se emplean aquellos en lugar de estos no cabe suponer que es con otra intención que atentar contra la integridad física del contrincante. Muy importante para considerar delito de lesiones es la apreciación por parte de esta sentencia de la existencia de una primera asistencia facultativa, pero necesitando un tratamiento ortopédico posterior. El tratamiento médico debe considerarse como el empleo de férulas, analgésicos y antiinflamatorios como también advierte la STS de 19 de noviembre de 1997 (RJ 1997/7990)⁶⁹. No obstante, en esta sentencia cabe decir que el apelante tampoco actuó correctamente ya que lo hizo contrariamente a las reglas de juego pues realizó una zancadilla derribando al contrario cuando este le quitó el balón provocando su reacción defensiva, aunque pese a ello no puede sostenerse la tesis absolutoria de la sentencia recurrida basada en que una acción no puede desvincularse de la otra, por merecer ambas el mismo reproche jurídico-penal ya que pueden tener una repercusión independiente puesto que una de las acciones no tuvo resultado lesivo (la zancadilla) y la otra acción sí (el puñetazo). Por tanto, es una corriente generalizada que en este tipo de supuestos se utilizaría la aplicación de la atenuante de arrebató del art. 21.3^o CP por la alteración emocional o trasmutación psíquica determinante de una disminución de la capacidad de

discernir que el furor o la cólera por la zancadilla o patada recibida del otrora apelante debió producirle de forma repentina y súbita (STS de 10 de octubre de 1997, RJ 1997/7600).

Parece claro por tanto subrayar que la jurisprudencia va trazando una línea de actuación en torno a que la lesión intencional se produzca fuera de los lances del juego como advierte también la SAP de Barcelona de 23 de abril de 2002 (JUR 2002/177137) en cuyo Fundamento Jurídico Primero señala que las lesiones se produjeron durante el transcurso de un partido de fútbol pero no durante un lance del juego y ello permite sostener que la observancia o no de las reglas del juego sería el límite para la existencia o no de punibilidad. En el mismo sentido cabe destacar la SAP de Baleares de 29 de junio de 2001 (ARP 2001/724) en cuyo Fundamento Jurídico Segundo señala la rotundidad del arbitro al sostener que el balón se hallaba lejos de ser jugado por hallarse a unos 50 metros de donde se produjeron los incidentes entre dos jugadores que estaban “picados” con anterioridad. También se pronuncia de la misma manera la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 22 de marzo de 2002 (JUR 2002/141493) en la que un jugador de fútbol le dio un golpe a otro en la cara produciéndole una fractura orbitomalar que requirió una primera asistencia facultativa y tratamiento médico o quirúrgico; así, esta situación excede, con mucho, los lances del juego, perseguible solamente por los órganos de disciplina deportiva, e inciden de plano en el campo penal tanto por la intención que el agresor tiene en realizarlo, como por los resultados que producen y por ser ajenos a las exigencias del juego.

La misma tesis que la anterior plantea la Sentencia del Juzgado de lo penal de Navarra de 17 de octubre de 2002 (JUR 2002/145) donde se insiste en que ni con la excusa de que se trata de una disputa deportiva, por cuanto la lucha deportiva en un juego-espectáculo como es el fútbol, aún cuando se haga una interpretación lo más amplia y flexible posible, no puede servir de exención a acciones como actos de agresión directos y contundentes contra la salud del contrario ya que esta rebasa claramente los límites del riesgo permitido y asumible en el ejercicio ordinario de tal deporte⁷⁰.

V.- CONCLUSIONES

El problema de la aplicación del Derecho penal a las lesiones producidas en el ámbito deportivo tiene como denominador común la relación Derecho administrativo- Derecho penal, utilizando como vehículo conductor el principio *Non bis in idem*.

Este primer obstáculo, debe salvarse por la prioridad del Derecho penal en cuanto que afecta a los ataques más graves a los bienes jurídicos. Si bien es cierto que la actividad deportiva va reglamentada a través de Federaciones y éstas, en principio, tienen un carácter semipúblico, podrán poner sanciones administrativas deportivas. No obstante, para aquellos ciudadanos,

⁶⁸ MONTERO MARTÍNEZ, M., “El consentimiento en las lesiones deportivas”, cit., pág. 72.

⁶⁹ En el mismo sentido, la SAP de Barcelona de 8 de julio de 2002 (JUR 2002/260936) acoge la doctrina reiterada del TS señalando que el tratamiento médico o quirúrgico lo constituye la sutura o costura de tejidos que han quedado abiertos como consecuencia de una herida y que es preciso aproximar para que la misma cierre y quede la zona afectada, en lo posible, como se encontraba antes de la lesión; debe comprenderse en dicho concepto normativo tanto la cirugía mayor como la menor, cuya finalidad sea la reparación del cuerpo para restaurar o corregir cualquier alteración funcional u orgánica producida como consecuencia de la lesión. Determina también la sentencia que los puntos de sutura son cirugía menor y por tanto deben considerarse como parte de un posible tratamiento quirúrgico, entendiéndose que cuando se produzca dicha situación nos encontramos ante un tipo delictivo y no ante una falta.

⁷⁰ En el mismo sentido, SAP de Baleares de 30 de septiembre de 2000 (JUR 2001/7293) y Sentencia del Juzgado de lo Penal de Baleares, Palma de Mallorca de 12 de enero de 2001 (ARP 2001/63).

personas normales de la calle que, a su vez, sean deportistas, no deben tener ciertas prebendas por el hecho de serlo y aunque el ámbito deportivo tiene sus propios instrumentos jurídicos, no es menos cierto que debe citarse el art. 83 de la Ley del Deporte que apunta la posibilidad de que cualquier lesión que tenga tintes penales sea comunicada al Ministerio Fiscal con el ánimo de iniciar un procedimiento penal.

Por tanto, parece necesario aplicar el Derecho penal a situaciones que se producen en el ámbito deportivo, que fuera de éste, si cumplieran los requisitos objetivos de las lesiones, o sea primera asistencia facultativa y tratamiento médico o quirúrgico serían castigados a través de los artículos 147 y ss., del Código Penal. Así pues, el deportista consiente al entrar en el terreno de juego o en el ring o en otro espacio deportivo el riesgo a que se pueda producir una lesión pero en ningún caso la lesión en sí misma.

Efectivamente, superando las tesis impunitistas (Tª consuetudinaria, tª de la adecuación social, tª del fin reconocido por el Estado y la tesis del ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo –art. 20. 7 CP– actualmente es necesario acudir a la frontera de las *lex artis*; de tal modo, que cuando un deportista posea *animus laendi* deberá ser castigado por vía penal, por lo que debe castigarse la lesión dolosa o sea aquella cuyos parámetros sea una conducta ajena a las reglas del juego y que incluso, aludiendo a los deportes de pelota, la actuación ilícita se produzca donde no se realice el juego; en suma, donde no haya balón de por medio, ya que de lo contrario bastaría la aplicación del reglamento deportivo en cuestión y, por ende, nos encontraríamos en sede de Derecho administrativo.

De modo que cuando la conducta es dolosa y se cumplen los requisitos objetivos del delito de lesiones siempre que sea ajena a las circunstancias del juego, a éstas en el plano deportivo se le debe aplicar la legislación penal. Cuando el deportista lesione al contrario con ocasión de una carga legal, o sea por una acción permitida en el reglamento y ejecutada conforme a la *lex artis* debe resolverse a favor de la impunidad penal y, en el caso de que infrinja dicha norma sancionarse simplemente a través del orden administrativo deportivo.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV., Comentarios a la Parte especial del derecho penal, 5ª ed., Pamplona, 2005.
- ARROYO ZAPATERO, L., “Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal”, *R.E.D.C.*, nº 8 (1983).
- CAMPS POVILL, A., *Las federaciones deportivas. Régimen jurídico*, Madrid, 1996.
- CARRETERO LESTÓN, J.L., “La disciplina deportiva: concepto, contenido y límites”, *Revista española de Derecho deportivo*, nº 3 (1994).
- CAZORLA PRIETO, L.M., *Deporte y estado*, Barcelona, 1979.
- CUCHI DENIA, J.M., “La incidencia del Derecho penal en la disciplina deportiva: la aplicación del principio *non bis in idem*”, *Revista Española de Derecho Deportivo*, nº 8 (1997).
- DE LEÓN VILLALBA, F.J., *acumulación de sanciones penales y administrativas*, Barcelona, 1998.
- DEL VECHIO, G., “Il delitto sportivo”, *Il pensiero giuridico-penale*, fasc. 3, julio-septiembre (1929).
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *El delito de lesiones*, Valencia, 1997.
- ESER, A., “Lesiones deportivas y Derecho penal. En especial, la responsabilidad del futbolista desde una perspectiva alemana”, *La Ley*, 1990, II.
- FONTÁN TIRADO, R., “Notas a la problemática sobre lesiones deportivas en el Derecho penal Inglés y español”, *Revista de Derecho penal y Criminología*, nº 5 (1995).
- GARCÍA ALBERO, R., *Non bis in idem: material y concurso de leyes penales*, Barcelona, 1995.
- “La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo: texto y contexto de las teorías sobre la distinción de ilícitos”, en QUINTERO OLIVARES, G., y MORALES PRATS, F., (COORDS.), *El nuevo Derecho penal español. Estudios en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Pamplona, 2001.
- GARCÍA MACHO, R., “Sanciones administrativas y relaciones de sujeción especial”, *REDA*, nº 72 (1991).
- GARCÍA VALDÉS, C., “El Derecho penal y disciplinario en la Ley del Deporte”, *Cuadernos de política criminal*, nº 39 (1989).
- GARDINER, S., “Not playing the game: is a crime?”, *Solicitor journal*, 2 de Julio de 1993.
- GEFTER-WONDRICH, R., “Imputabilità nelle lesioni cagionate in giuochi sportivi”, *Revista penale*, Vol. CVI (1927).
- GONZÁLEZ GRIMALDO, M.C., *El ordenamiento jurídico del deporte*, Madrid, 1974.
- JESCHECK, H.H., *Tratado de Derecho penal*, vol.I, Barcelona, 1981.
- MAGNANE, G., *Sociologie du sport*, Paris, 1966.
- MAJADA PLANELLES, A., *El problema penal de la muerte y de las lesiones deportivas*, Barcelona, 1946.
- MIR PUIG, S., “Lesiones deportiva y Derecho penal”, *Revista del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya*, nº 36 (1987).
- MONTERO MARTÍNEZ, M., “El consentimiento en las lesiones deportivas”, *El consentimiento, el error, Cuadernos de Derecho judicial*, Madrid, 1993.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte Especial*, 15ª ed., Valencia, 2004.
- MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte General*, 5ª ed., Valencia, 2002.
- PARADA VÁZQUEZ, J.R., *Derecho administrativo*, tomo II (Organización y empleo público), Madrid, 1997.
- PAREDES CASTAÑÓN, J.M., “Consentimiento y riesgo en las actividades deportivas: algunas cuestiones jurídico-penales”, *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 1990.
- “La responsabilidad penal del deportista: el ejemplo del boxeador”, *Revista española de Derecho deportivo*, nº 5 (1995).
- RODRÍGUEZ MOURULLO, A., y CLEMENTE, I., “Dos aspectos de Derecho penal en el deporte: el dopaje y las lesiones”, *Actualidad jurídica Uría & Menéndez*, nº 9 (2004).
- SEGURA GARCÍA, M.J., *El consentimiento del titular del bien jurídico*, Valencia, 2000.

EL FORTALECIMIENTO DEL RÉGIMEN MUNICIPAL EN COSTA RICA

Licda. Elizabeth Venegas Fernández

Este ensayo analiza la autonomía del régimen municipal costarricense. Lo hace desde la óptica de la posibilidad real que tienen estas instituciones de asumir el poder político y económico que por ley les corresponde. Se brindan conceptos sobre eficiencia administrativa y autonomía municipal. Se refiere, también al escaso desarrollo del sistema municipal costarricense con respecto a los demás sistemas centroamericanos, y a cómo es que, recientemente está repuntando, con el apoyo de las máximas autoridades del país. Se habla de algunos de los problemas que sufre este sistema y propuestas de solución.

1.- PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

¿Están las municipalidades del país en capacidad de manejar eficientemente los recursos públicos, el poder político y la gestión de servicios en sus respectivas jurisdicciones?

La interrogante puede resultar amenazante para las instituciones municipales en momentos en que, casi de manera consensuada, se acepta el protagonismo que estas entidades tienen para satisfacer el interés público local y la necesidad de otorgarles el poder político y económico para cumplir con sus funciones. La validez del planteamiento surge cuando ese poder político y la función pública están siendo cuestionados en Costa Rica.

Estas reflexiones están orientadas al análisis de la capacidad real que tienen las corporaciones municipales para asumir sus competencias, más que cuestionarse si tienen la potestad legal para hacerlo, pues está claro que el ordenamiento jurídico costarricense les otorga esas competencias. En efecto, desde la Carta Magna hasta las leyes y normas de rango inferior que existen en esa materia específica, otorgan a las municipalidades autonomía política y administrativa. Por lo tanto, es perfectamente válido cuestionarse también, si existe la voluntad política necesaria para que el régimen municipal se desarrolle plenamente conforme a lo ordenado por las leyes nacionales.

Por un lado, pareciera insólito que a estas alturas de vida democrática e independiente, el tema de la descentralización de los gobiernos locales en Costa Rica no esté totalmente resuelto. Mientras tanto, el Estado total y paternalista ha caído en desgracia y ha devenido obsoleto.

Los Estados modernos han evolucionado. Lo mismo puede decirse del conjunto normativo que impera en una sociedad que, en su afán por ajustarse a la realidad, se torna sumamente cambiante. Hoy día, la Teoría del Estado y el Derecho se ven influenciados por múltiples factores, entre ellos la globalización y las modernas corrientes de mercado y tanto en éste como en aquella, muchos de los dogmas que eran aceptados por la generalidad, se han derrumbado y han sido sus-

tituidos por nuevas tesis. Los pueblos son más exigentes con sus gobernantes. La rendición de cuentas, la transparencia y la publicidad de los actos administrativos se requieren y deben estar presentes en toda la función pública.

Puede resultar paradójico, pero el fortalecimiento de la descentralización política y administrativa puede ser la solución a un modelo estatal que se ha tomado complejo y difícil de controlar y manejar. En el proceso evolutivo del Estado, la tendencia es hacia la delegación de funciones y competencias en entidades locales, en franco abandono de la concentración de poder.

2.- ANTECEDENTES

El fortalecimiento de las administraciones locales ha demostrado ser exitoso en muchos de los Estados modernos, donde el modelo de descentralización administrativa ha venido aplicándose cada vez con más fuerza. No sabemos de un solo país que carezca de algún tipo de división política y administrativa, aún en los regímenes que subsisten totalitarios y dictatoriales.

Recurrimos a García de Enterría y Fernández, por ser España un sistema con fuerte arraigo de gobiernos locales y regionales y de larga data, y vemos que ya estos autores desde hace décadas hablaban de la imposibilidad material de ver al Estado como un sujeto único y totalitario:

“La tradición absolutista del continente, que unificaba todas las funciones públicas subjetivamente en el monarca, ha tendido a ver en el concepto de Estado un sustituto abstracto de ese centro subjetivo único, lo cual ha sido aún reforzado por la reelaboración teórica efectuada desde la filosofía idealista alemana (por cierto, inmersa ella misma en un absolutismo de estricta observancia, que intenta sublimar en un “espíritu objetivo” transpersonal). Pero para un análisis jurídico un poco atento, el Estado no se presenta como un ente místico y totalizador, antes bien, como un simple *compositum estructural* del que interesa retener, y no difuminar, sus elementos reales y sustantivos”. (1)

Por otra parte, cabe esbozar la idea de que no existe un paralelismo estricto entre el desarrollo del sistema democrático

y el desarrollo del sistema de régimen municipal... En el caso de Costa Rica., esto ha sido más que evidente y esta debilidad de nuestro sistema ha sido observada por ojos externos.

En una publicación de la Revista del Institut de Ciències Polítiques i Socials (I.C.P.S.) adscrito a la Universitat Autònoma de Barcelona y el Centre per a la Innovació Local del Gabinet d' Etudis de la Presidencia (Diputació de Barcelona), el autor guatemalteco Rokaël Cardona Recinos, se refiere a la evolución de la descentralización, a través de los gobiernos locales, en la región centroamericana. Según este científico político, el caso de Costa Rica es muy particular, por el hecho de que en nuestro país, la democracia se consolidó para dar paso a la sociedad más avanzada de la región. El autor denomina al Estado costarricense como Estado de Bienestar centralizado, a la vez que sentencia: "Pero dentro de ese modelo de Estado no floreció la autonomía municipal; con grandes dificultades ésta sólo empieza un proceso de institucionalización real en los primeros años del siglo veintiuno." (2)

Para Cardona, compartimos con Panamá la debilidad del régimen municipal, aunque el caso extremo lo representa nuestro país, cuyo modelo de Estado democrático tiene características únicas, pues nos califica, literalmente, como el país con mayor tradición democrática en América Latina, pero el régimen municipal costarricense como el más débil de la región. (3)

Este panorama, no obstante, tiende a cambiar. La delegación del poder político en los gobiernos locales es una tarea pendiente que, por fin, está siendo asumida con responsabilidad por las autoridades de gobierno.

Asimismo, en los últimos años se han dado reformas de ley importantes que refuerzan la autonomía municipal. Una de ellas fue la reforma al artículo 172 de la Constitución Política para darle rango constitucional a la creación de los Concejos Municipales de Distrito, Ley número .8105 de 31 de mayo del 2001. Esta reforma fue causada por sendas declaraciones de inconstitucionalidad por parte de la Sala Constitucional acerca de la creación de tales Concejos, por Ley número 7812 del 27 de julio de 1998, en los Votos 5445-99 de las 14:30 horas del 14 de junio de 1999 y adicionado por las sentencia número 9811-99 de las 15:21 horas del 10 de diciembre de 1999 y 6218-99 de las 15:21 horas del 10 de agosto de 1999. En este último Voto, la Sala dijo;

"...en sentencia número 5445-99 de las 14:30 minutos del 4 de junio de 1999, se dijo, en relación con lo dispuesto sobre el tema en el Código Municipal vigente: / "...en el actual Código Municipal, en los artículos 54 a 69, se regula lo pertinente a los Concejos de Distrito, sea su conformación, organización y funciones, disposiciones que no son violatorias del ordenamiento constitucional; pero, en cambio, sí lo es el Título VIII en su totalidad, al restablecer la existencia de los Concejos Municipales de Distrito, el cual fue adicionado al nuevo Código mediante Ley número 7812, del dos de julio de mil novecientos noventa y ocho, concretamente en los artículos 173 a 181, en los que se establece su conformación, organización y funciones, por las siguientes razones: / 1.- por implicar una administración local distinta de la prevista en la Constitución Política, en efecto, la autonomía que la propia Carta

Fundamental le ha otorgado a las corporaciones municipales es sustituida por un acto de rango inferior, que en este caso es mucho más grave, al depender su creación de las propias municipalidades, es decir, de un acuerdo de su Concejo, dotándoseles a los órganos creados de plena capacidad jurídica para realizar actos y contratos de toda clase que le permita cumplir con sus obligaciones de conformidad con sus atribuciones, las que están definidas en el artículo 179 del Código Municipal: (...) / 2.- por implicar la creación de una circunscripción territorial distinta de la prevista en la Constitución Política, ya que en virtud de lo dispuesto en el artículo 169 constitucional, la administración de los servicios e interés locales en cada cantón estará a cargo de las municipalidades, con lo que se concluye que en esta materia existe una reserva de ley para la creación de cantones, o lo que es lo mismo, para modificar la división territorial existente, la cual, deberá contar con una mayoría reforzada, cuando se trate de la creación de nuevas provincias. / En virtud de lo anterior, es inconstitucional, en su totalidad, el Título VIII del Código Municipal, número 7794, de veintisiete de abril de mil novecientos noventa y ocho, concretamente los artículos 173 a 181,..."

Estas sentencias crearon una especie de vacío legal y un grave problema para las organizaciones municipales que han tenido en los Concejos Municipales de Distrito la forma de atender los intereses y las necesidades de los distritos del cantón. De ahí la gran importancia que tuvo para el régimen municipal la reforma constitucional precitada, pues vino a darle a tales Concejos rango constitucional.

La otra reforma importante se dio en materia financiera. Fue la reforma constitucional del artículo 170, que data del año 2001 (Ley número 8106 de 3 de julio del 2001). Después de la aprobación del Código Municipal, en el año 1998, esta reforma constituye el cambio normativo más relevante para el régimen municipal de Costa Rica (4), pues establece la posibilidad de trasladar competencias del Ejecutivo a las Municipalidades y la asignación de recursos presupuestarios progresivos, en el tanto de un 1,5 anual hasta alcanzar el diez por ciento del presupuesto nacional. En relación con el tema presupuestario, la norma establece que "...En el Presupuesto Ordinario de la República, se les asignará a todas las municipalidades del país una suma que no será inferior a un diez por ciento (10%) de los ingresos ordinarios calculados para el año económico correspondiente..."

Esa misma reforma se refiere al tema de las competencias municipales, estableciendo que "...La ley determinará las competencias que se trasladarán del Poder Ejecutivo a las corporaciones municipales y la distribución de los recursos indicados". No obstante lo anterior, y de que en la actualidad se habla de la urgencia de dotar de manera efectiva a las Municipalidades de los recursos económicos y las potestades que les corresponde, los gobiernos de turno, habían hecho tímidos esfuerzos por cumplir con lo que manda la ley.

El actual gobierno de la República ha reconocido en el régimen municipal la forma de lograr un manejo eficiente del erario público y una mejor satisfacción de las necesidades de

los y las ciudadanas y ha decidido impulsar fuertemente una política de apoyo a la autonomía municipal. Recientemente, el Presidente Oscar Arias manifestó ante setenta y dos alcaldes y alcaldesas del país, su compromiso de fortalecer el desarrollo político y financiero de los gobiernos locales por medio de la descentralización política y administrativa de recursos públicos. (5)

Este compromiso, sin embargo, significa una gran responsabilidad para cada ente municipal. Aunado a una buena fuente de recursos debe marchar un sistema eficiente del gasto público.

3.- EFICIENCIA ADMINISTRATIVA EN LOS GOBIERNOS LOCALES

Son varios los principios que rigen la función pública. Todos son de igual importancia para informar las actuaciones de la Administración pública como sujeto de derechos y deberes. Pero vamos a referirnos a uno que es de gran importancia para el tema que abordamos. Es el principio de la eficiencia administrativa.

El artículo 4^a de la Ley de Contratación Administrativa establece y define el principio de la eficiencia administrativa. Es, al igual que el principio de la eficacia, el primer principio determinado por esta Ley para orientar los actos administrativos relativos a la actividad de la contratación administrativa.

Tanto en la doctrina como en la normativa encontramos la definición de eficiencia administrativa como el principio según el cual la Administración Pública debe procurar el cumplimiento o la satisfacción del interés público. (6) Este interés público debe satisfacerse de frente a los intereses de los particulares y aún en oposición a ellos.

La Ley General de Administración Pública, por su parte, en el artículo 4^a, señala: “La actividad de los entes públicos deberá estar sujeta en su conjunto a los principios fundamentales del servicio público, para asegurar su continuidad, se *eficiencia*, su adaptación a todo cambio en el régimen legal o en la necesidad social que satisfacen y la igualdad en el trato de los destinatarios, usuarios o beneficiarios” (El destacado es nuestro). Como se puede observar, la idea central de la norma es lograr, de conformidad con los principios que ella misma establece, la satisfacción del interés “social”, aunque la pretensión de satisfacer sólo una parte del interés público, como es la parte social, sería de alcances muy reducidos para un principio general, por lo que podemos interpretar que se trata del interés público.

El principio de eficiencia administrativa se aplica de igual forma a todas las actuaciones de los servidores públicos y tiene garantizada esta aplicación, cuando el artículo 191 de la Constitución Política dice que “un estatuto de servicio civil regulará las relaciones entre el Estado y sus servidores para *garantizar la eficiencia de la administración*”, por lo que podemos afirmar que tiene rango constitucional.

Debemos recordar que las corporaciones municipales tienen la naturaleza jurídica de ser entidades públicas con capacidad de derecho público y privado para relacionarse con el resto de personas físicas y jurídicas de la Administración

Pública a la que pertenece. Incluye relaciones autorizadas por la ley, con sus iguales, con sujetos de derecho internacional, con Estados diversos del Estado costarricense y aún con los particulares, sean éstos personas físicas o jurídicas. De aquí que, para realizar sus actuaciones y ejecutar sus gastos, deban proceder conforme a las reglas de la Contratación Administrativa y a las normas generales de administración que rigen para el resto de la Administración Pública. Es necesario aclarar que en materia de gasto público rige como ley específica, la Ley de Contratación Administrativa, y en aquello que no quede regulado por parte de ésta, rige la Ley General de Administración Pública.

4.- LA AUTONOMÍA MUNICIPAL.

La autonomía local puede definirse como “la potestad constitucionalmente reconocida a la Municipalidad, que le permite decidir libremente sobre las materias de su competencia. La autonomía implica que la Corporación puede tomar las decisiones que considere necesario aplicar, con plena libertad frente al Estado, siempre que con ello se procure la satisfacción de los intereses locales...” (7) El interés público, sin embargo, no es el único límite a ese poder. Bajo su propio riesgo, la corporación municipal maneja los asuntos públicos locales, lo que implica responsabilidades y rendición de cuentas, pues está sujeta, al igual que el resto de instituciones de la Administración Pública, al control y fiscalización de la Contraloría General de la República. La autonomía supone “...la coordinación y también los controles de rango constitucional, como el que ejerce la Contraloría General de la República, en el campo de la hacienda pública y que en todo caso es un control de legalidad y no de oportunidad”. (8)

En la doctrina existen muchas definiciones y clasificaciones de este término, pero el argentino Ricardo Zuccherino señala que una autonomía absoluta se divide en cuatro aspectos: La autonomía institucional, que se ve reflejada en la capacidad del municipio de dictarse su propia carta orgánica; la autonomía normativa, que es la potestad que tiene cada Municipalidad de darse su propia normativa; la administrativa, que es la posibilidad de cumplir sus actividades según su organización propia y autonomía financiera o tributaria, que es la obtención de sus propios recursos. (9)

El origen de la autonomía municipal costarricense lo encontramos en el artículo 170 de la Constitución Política. Esta norma pone en evidencia que desde los tiempos de la constituyente, se visualizó la imposibilidad de ser llevadas a cabo por parte del Poder Central, las tareas de atención y satisfacción de las necesidades locales y particulares de cada comunidad. Es por ello que la norma constitucional previó no solamente el traslado de la competencia funcional, sino también de los recursos económicos y financieros que permitieran a estas entidades actuar con verdadera independencia.

Como ya se señaló arriba, este artículo 170 de la Constitución Política sufrió una de las reformas más trascendentales para el régimen municipal y quedó establecida la posibilidad de trasladar competencias del Poder Ejecutivo hacia las Municipalidades y la asignación de recursos presupuestarios de manera escalonada.

(10). Durante los últimos años, se han presentado gran cantidad de Proyectos de Ley que tienen que ver con el régimen municipal, algunos de los cuales ya son ley de la República. Asimismo, con la Ley de Creación del Instituto de Fomento y Asesoría Municipal (I.F.A.M.) se cumplió con el objetivo de crear una institución que brindara apoyo y asesoría a las entidades municipales, respetando siempre su autonomía.

Por su parte, cada corporación municipal cuenta con la organización administrativa necesaria para el cumplimiento de sus fines, establecida como tal en el Código Municipal. Esta estructura contempla en el nivel superior al Concejo Municipal, que es un cuerpo deliberativo integrado por los regidores. Luego, la figura del Alcalde y sus dos Suplentes. El Alcalde ostenta la condición de administrador general y jefe de las dependencias municipales. También, están los órganos de asistencia: Contaduría, Auditoría, la Secretaría del Concejo y la Tesorería. Por último, existen toda clase de puestos para las distintas Áreas existentes, según lo establecido en el Manual Descriptivo de Puestos Municipales, con las tareas típicas para los servicios que fueron creados.

De la anterior estructura administrativa, se deduce la capacidad orgánica de las Municipalidades para desempeñar sus funciones en pleno ejercicio de su autonomía. Mas no por ello podemos dejar de señalar algunos problemas que se presentan en la gestión municipal.

Un problema que requeriría extensas reflexiones, es la desigualdad existente entre Municipalidades que vamos a diferenciar como ricas y pobres, o bien, la que se presenta entre las del casco urbano y las alejadas o de zonas rurales. Esto hace que las condiciones de salud, educación o bienestar material, factores todos que inciden en el índice de desarrollo humano de cada cantón, sea desigual. Así, tenemos cantones que cuentan con elevados índices de desarrollo humano, como Escazú y San José y, otros, como Talamanca, cuyos índices son similares a los de poblaciones africanas y asiáticas de extrema pobreza. En tales condiciones, el desarrollo del régimen local no va a ser parejo en todo el país.

Otro problema que no podemos obviar, es la falta de capacitación que, en materia de contratación administrativa, tienen los funcionarios municipales debido a las recientes reformas que ha tenido la ley en cuanto a esta materia. Existe todo un Sistema Nacional de Capacitación Municipal, así creado por el Código Municipal, (11), que debe ser aprovechado para coordinar con los especialistas en las materias atinentes a gestión de compras y adquisición de bienes y servicios para evitar un rezago en cuanto a las reformas que han entrado en vigencia sobre esta materia. Esto es generalizado a toda la administración pública. De igual manera, abogados, administradores, vendedores y otros particulares interesados en el tema, se han visto obligados a actualizarse.

De todas maneras la necesidad está planteada y para los funcionarios municipales es especialmente importante capacitarse de cualquier forma, si, como dijimos, tomamos en cuenta que la legislación que rige esta materia ha sido reformada recientemente y los funcionarios encargados de los procesos de compras requieren ser capacitados.

5.- ESTRATEGIAS PARA MEJORAR

Desear lo mejor para nuestro régimen municipal es deseable para los que somos vecinos de una comunidad necesitada de servicios públicos eficientes. Son muchas las tareas que se deben llevar a cabo, pero es prioritario que, si la voluntad política para fortalecer este régimen existe, se realicen grandes esfuerzos para depositar en las manos de las corporaciones municipales la autonomía que les pertenece.

Es necesario trabajar para eliminar la brecha existente entre los municipios pobres y ricos, a través de una mayor generación de la riqueza local y una mejor planificación para detectar las necesidades comunitarias. El Instituto de Fomento y Asesoría Municipal debe desarrollar un Plan, a nivel nacional, para asesorar a los municipios en sus estrategias de diseño de los Planes de Desarrollo Institucional, adecuados al Plan Nacional de Desarrollo, de manejo eficiente de los recursos públicos e inversión de las fuentes de ingreso que lleguen a las arcas municipales, entre otros. Debe impulsarse un programa de capacitación en materia de contratación administrativa, dirigido de manera especial a los municipios más alejados del casco urbano y fundamentado en las recientes reformas legales que se han dado en esta materia.

La lista podría continuar. De hecho, las autoridades relacionadas con este tema, ya debaten muchas más. El debate es a nivel nacional. Esperamos que este repunte del régimen municipal no se detenga.

CITAS BIBLIOGRÁFICAS:

- (1) García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, "Curso de Derecho Administrativo" Tomo I, Editorial Civitas, S.A., Madrid, cuarta edición, reimpressa en 1987, p. 33
- (2) En <https://www.diba.es/innovacio/fixters/centroamerica.pdf> "Los gobiernos locales y la descentralización del Estado en Centroamérica", Ensayo publicado en la Colección Mon Local, Institut de Ciències Polítiques i Socials (I.C.P.S.) adscrito a la Universidad Autónoma de Barcelona y el Centre per a la Innovació Local del Gabinet d' Etudis de la Presidencia (Diputació de Barcelona), p.5
- (3) Ibid., p.8
- (4) Zamora Ramírez, María José, "Fortalecimiento de los gobiernos locales a la luz de la reforma al artículo 170 de la Constitución Política", Tesis de grado para optar al título de Licenciada en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, San José, octubre 2003, p.90
- (5) Discurso del Dr. Oscar Arias Sánchez, Acto con los Alcaldes y Alcaldesas Municipales a favor del Sí al Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana, San José, 14 de agosto del 2007.
- (6) Tovar González, Juan Guillermo; "Ingreso, Presupuesto y Gasto del Municipio Costarricense", Tesis de grado para optar al Título de Licenciado en Derecho, Universidad Federada de Costa Rica, San José, 2003, p. 302.
- (7) Díaz Chanto, Gabriela y otros, "Régimen Municipal: Perspectivas de cambio en la administración de los intereses locales", Memoria del Seminario de Graduación para optar al título

de Licenciados en Derecho, San José, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, junio, 2003, p.20

(8) Zamora Ramírez, María José, Op. Cit., p.33

(9) Zuccherino, citado por Díaz Chanto, Op. Cit., p.p. 21, 309 y 310.

(10) Vid. Supra, p. 6

(11) Capítulo VII, Código Municipal

BIBLIOGRAFÍA

Libros:

-Díaz Chanto, Gabriela y otros, "Régimen Municipal: Perspectivas de cambio en la administración de los intereses locales", Memoria del Seminario de Graduación para optar al título de Licenciados en Derecho, San José, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, junio, 2003, 631 p.p.

-García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, "Curso de Derecho Administrativo" Tomo I, Editorial Civitas, S.A., Madrid, cuarta edición, reimpresa en 1987, Tomos I y II, 627 p.p

-Tovar González, Juan Guillermo; "Ingreso, Presupuesto y Gasto del Municipio Costarricense", Tesis de grado para optar al Título de Licenciado en Derecho, Universidad Federada de Costa Rica, San José, 2003.

-Zamora Ramírez, María José, "Fortalecimiento de los gobiernos locales a la luz de la reforma al artículo 170 de la Constitución Política", Tesis de grado para optar al título de Licenciada en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, San José, octubre del 2003, 220 p.p.

Revista:

-Contraloría General de la República, "Revista de Jurisprudencia", versión digital, 2007.

Discurso:

Discurso del Dr. Oscar Arias Sánchez, Acto con los Alcaldes y Alcaldesas Municipales a favor del Sí al Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana, San José, 14 de agosto del 2007).

Sitio de Internet:

En <https://www.diba.es/innovacio/fitxers/centroamerica.pdf>: "Los gobiernos locales y la descentralización del Estado en Centroamérica", Ensayo publicado en la Colección Mon Local, Insitut de Ciències Polítiques i Socials (I.C.P.S.) adscrito a la Universidad Autònoma de Barcelona y el Centre per a la Innovació Local del Gabinet d' Etudis de la Presidencia (Diputació de Barcelona), 74 p.p.

Constitución y leyes:

-Constitución Política de la República de Costa Rica, edición de bolsillo, San José, Litografía e Imprenta LIL, S.A., 2003.

-Código Municipal, Ley N° 7794 del 27 de abril de 1998.

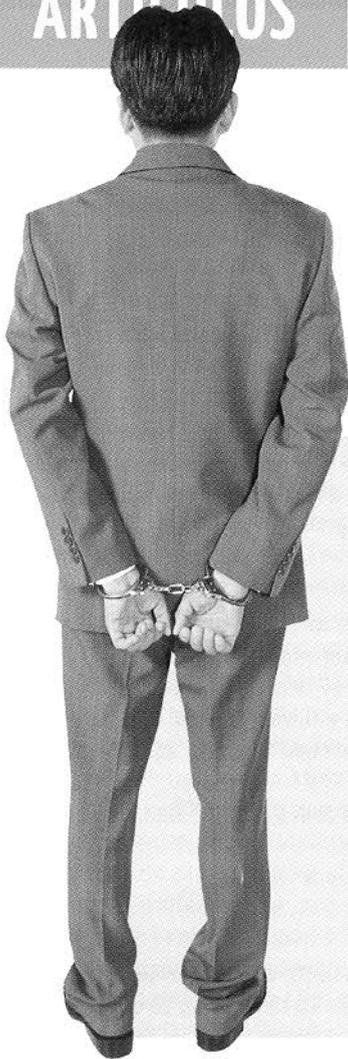
-Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento, Ley N° 7494 de 24 de abril de 1995, 19ª edición, San José, EDITEC EDITORES, 2007.

-Ley General de la Administración Pública, Ley N° 6227 de 28 de abril de 1978.

-Impuesto sobre bienes inmuebles, Ley N° 7509 de

Jurisprudencia:

-Sala Constitucional, Votos número 5445-99 de las 14:30 horas del 14 de junio de 1999, 9357-99 de las 12:15 horas del 26 de noviembre de 1999, 9811-99 de las 15:21 horas del 10 de diciembre de 1999, 6218-99 de las 15:21 horas del 10 de agosto de 1999 y 9690 de las 15:01 horas del 1º de noviembre del 2000..



PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL DEL LEVANTAMIENTO DE INCOMPATIBILIDADES *1

Lic. Esteban Villalobos Fernández

El artículo gira sobre dos ejes centrales: Virtudes y defectos de las incompatibilidades que regula la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública N° 8422; y la perspectiva constitucional que se debe tener de éstas para lograr una adecuada optimización de las mismas.

Se empieza a abordar el tema haciendo una breve descripción de lo que contempla esta Ley N° 8422, para aterrizar o relacionar esta descripción con la forma en que la ley reguló éstas incompatibilidades.

Luego se analiza la figura desde una triple perspectiva constitucional: La forma en que la Sala Constitucional ha tratado normas contra la corrupción similares; la circunstancias del Derecho de la Constitución que entran en juego al momento de analizar un instituto de esta naturaleza; y mi hipótesis de la incidencia de éstas dos anteriores, en la tramitación legislativa que se dio en la ley de rito a éstas normas que regulan las incompatibilidades.

Finalmente, se concluye que se debe empezar a trabajar desde ya en la optimización de éstas normas que tratan de prevenir las incompatibilidades, por cuanto se ha determinado que las mismas se están quedando desfasadas o se tornan inoperantes ante la compleja y veloz evolución de la corrupción de nuestro medio, pero claro está, empatando esto de una forma intrínseca, con la perspectiva constitucional supradescrita, la cuál jamás se debe perder de vista para tratar este tema de las incompatibilidades para ocupar puestos de algo rango en el Estado.

PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL DEL LEVANTAMIENTO DE INCOMPATIBILIDADES *2

Sumario: I- INTRODUCCIÓN. II- BREVE REFLEXIÓN SOBRE EL ORIGEN Y FINALIDAD DE LA LEY CONTRA LA CORRUPCIÓN Y EL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO EN LA FUNCIÓN PÚBLICA. III- OPTIMIZACIÓN DE LAS INCOMPATIBILIDADES POR MEDIO DE LA LEY CONTRA LA CORRUPCIÓN Y EL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO EN LA FUNCIÓN PÚBLICA. IV- JUSTIFICACIÓN LEGISLATIVA DE LA POSIBLE RESTRICCIÓN DESPROPORCIONADA DE LIBERTADES Y/O DERECHOS FUNDAMENTALES. V- LECTURA DE LA SALA CONSTITUCIONAL SOBRE EL ESPÍRITU DE ALGUNAS NORMAS PARA COMBATIR LA CORRUPCIÓN. VI- PONDERACIÓN, EQUILIBRIO E INTERPRETACIÓN ARMÓNICA Y LÓGICO-SISTEMÁTICA DE DERECHOS FUNDAMENTALES. VII- CONCLUSIÓN.

I- INTRODUCCIÓN:

Es indudable que para la lucha contra la corrupción es fundamental contar con leyes que le sigan el pulso a la evolución del flagelo de la corrupción, de ahí que es muy valiosa la normativa de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública N° 8422 del 29 de octubre del 2002, que entre otras cosas, trató de optimizar esta regulación de las incompatibilidades que pesan sobre ciertas personas para ocupar puestos de alto rango dentro del Estado.

No obstante lo anterior, en un Estado Social Democrático de Derecho, nunca se debe perder de vista que el “fin no justifica los medios”, debido a que si para afinar esta lucha contra la corrupción, se utilizan “herramientas normativas” que se contraponen al *Derecho de la Constitución*, estaríamos ante el peligro de ir en contra de este mismo Estado de Derecho, de ahí que lo fundamental en todo este tema, es pretender contar con normativa que no esté desfasada o ajena a la corrupción que opera en nuestro medio, pero que no por este afán, se vaya a caer en el error a ir en contra del denominado “Derecho de la Constitución”.

*2 M.Sc. Esteban Villalobos Fernández

Ahora bien, teniendo en cuenta lo anterior, siempre se debe procurar ir “afilando y afinando” las “herramientas normativas idóneas” para luchar frontalmente contra la corrupción que se esté suscitando en determinado tiempo y espacio de nuestro entorno.

II- BREVE REFLEXIÓN SOBRE EL ORIGEN Y FINALIDAD DE LA LEY CONTRA LA CORRUPCIÓN Y EL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO EN LA FUNCIÓN PÚBLICA.

Antes de enfocarme propiamente en la idea central que quisiera destacar en esta somera reflexión, considero oportuno dedicar un par de párrafos al nacimiento de esta normativa para combatir la corrupción en la función pública.

No cabe la menor duda que con la promulgación de la actual Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública N° 8422 del 29 de octubre del 2002 (y posteriormente con su reglamento), nuestro país no solo cumplió con su compromiso internacional adquirido al aprobar la Convención Interamericana contra la Corrupción (Ley N° 7670 de 17 de abril de 1997), de establecer normas de conducta para el correcto, honorable y adecuado desempeño de las funciones públicas (Artículo III de dicha Convención), sino que dio un sutil, pero significativo paso al frente en la lucha contra este detestable y aniquilador flagelo de los estados sociales y democráticos de derecho, cual es la despreciable y nefasta corrupción.

Y al margen de todas las críticas y defectos que pudieren recibir estas normas, y más concretamente, las que se han evidenciado y probablemente se evidenciarán en su aplicación práctica, no debemos menospreciar el enorme esfuerzo y significado simbólico, que representó la “rápida” promulgación de esta ley en los andares legislativos, en respuesta a los sonados casos de corrupción de años recientes, que tanto dañaron el tan ya de por sí carcomido y devaluado respeto a la institucionalidad de nuestro país. Respuesta legislativa que no obstante, por lo que trataré de esbozar brevemente en las próximas líneas, para algunos supuestos “a nivel macro”, se torna un tanto falácica para combatir o prevenir lo que se podría denominar “*corrupción invisible de cuello blanco*”; de ahí que debemos ir trabajando en sus mejoras.

Mi psiquis me sugiere este concepto de “*corrupción invisible de cuello blanco*”, siguiendo el orden de ideas de los llamados “delitos de cuello blanco” del derecho penal, nomenclatura que nace haciendo alusión al cuello blanco de las finas camisas y trajes que usan las personas que los cometen, que generalmente no son delincuentes de clase baja o media baja, sino que son altos ejecutivos o empresarios de un estrato social-económico muy alto, y ergo, pueden pagar las mejores asesorías para perpetrar desagradables actos de corrupción, pero no precisamente para ganarse anómalamente un salario adicional del sector público (relacionarlo con el artículo 17 de la Ley N° 8422), o comprarse un vehículo, sino que son actos de corrupción de un kilataje enorme, o sea, de cuantías realmente representativas en lo que se refiere a contrataciones públicas millonarias, evasión del fisco y corrupción aduanera, entre otros.

Ahora bien, ya dentro del contexto de esta Ley N° 8422, diremos que esta ley contiene en su Capítulo II un amplio régimen preventivo tendiente a preservar el ejercicio de la función pública de la corrupción, estableciéndose un conjunto de normas aplicables a los funcionarios y autoridades públicas contemplados en el articulado de dicho Capítulo, mediante la ordenación de todo un régimen de prohibiciones e incompatibilidades, destinado a evitar potenciales o reales conflictos de intereses.

Cabe señalar que según los tres fines que se pretenden alcanzar con la aplicación de la Ley N° 8422, se detecta en la norma la presencia de una serie de disposiciones enfocadas a la atención de cada uno de aquellos, y que en el caso de la prevención de actos y conductas de corrupción, implican el establecimiento de un régimen preventivo comprensivo de restricciones para el desempeño simultáneo de cargos públicos; prohibiciones para el ejercicio de profesiones liberales por parte de funcionarios que ocupen determinados cargos dentro de la Administración Pública; e incompatibilidades entre el ejercicio de sus cargos y la participación que puedan tener en empresas o entidades privadas, sea como miembros de sus órganos directivos o de representación, o bien, por la participación en sus capitales sociales.

Por lo anterior es que la Contraloría General de la República ha sido conteste en sus oficios en señalar que la ordenación de todo un régimen de prohibiciones e incompatibilidades, tiende a evitar potenciales o reales conflictos de intereses, o lo que es lo mismo, asegurar el efectivo cumplimiento de los principios de objetividad, imparcialidad, neutralidad, transparencia y primacía del interés público que presiden el accionar de quienes sirven a la Administración Pública. De ahí que, el legislador se ocupó de fijar y sancionar un régimen de prohibiciones e incompatibilidades por razones de buen servicio público que ha de ser observado estrictamente, así como fiscalizado y controlado en su efectiva aplicación.

III- OPTIMIZACIÓN DE LAS INCOMPATIBILIDADES POR MEDIO DE LA LEY CONTRA LA CORRUPCIÓN Y EL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO EN LA FUNCIÓN PÚBLICA.

Con el ánimo de buscar una concepción uniforme de este instituto, diremos que es *incompatible* que personas con determinados vínculos y características, lleguen a ocupar altos puestos con *injerencia o poder de decisión* dentro de la Administración Pública, por cuanto se les pondría en una inapropiada posición, en donde estarían ante la potencial circunstancia de verse en escenarios que los conllevarían a un inminente *conflicto de intereses* en la toma de decisiones en razón de su cargo, y ergo, ante una violación al *deber de probidad*, incurriendo en *fraude de ley* (ver artículos 3,4, 5 y concordantes de la ley de rito).

Precisamente por esto, es que en la jerga anticorrupción, se le conoce a esta regulación como las “incompatibilidades”, haciendo alusión a las incompatibilidades que tienen estas personas para ocupar altos puestos en la función pública.

La figura de la incompatibilidad que regulan los artículos 18 de la Ley N° 8422 y 37 de su reglamento, no solo se



instauró para cumplir con “prevenir, detectar y sancionar la corrupción en el ejercicio de la función pública”(artículo 1º de la ley de rito), finalidad cuya consecución espera ser alcanzada en primera instancia, mediante la regulación y sanción de una serie de conductas u omisiones constitutivas por sí mismas de actos de corrupción (o al menos en acciones que facilitan la verificación de este tipo de actos no deseados por el ordenamiento jurídico), sino que se pensó también en el establecimiento de determinadas restricciones, *prohibiciones e incompatibilidades* que vinculan a los sujetos pasivos de la norma de cita.

Considero que el espíritu del legislador al promulgar este artículo 18 no fue limitarse a intentar prevenir los posibles conflictos de interés que se podrían suscitar dentro de las contrataciones administrativas del Estado, y esto por cuanto ya existe todo un régimen de prohibiciones *ad hoc* (y su respectivo levantamiento –artículo 23 de la Ley Nº 7494 que fue reformado por esta ley Nº 8422-) en el artículo 22 bis de la Ley de Contratación Administrativa Nº 7494 y concordantes, el cual considero se trató de perfeccionar aún más, con esta Ley Nº 8422, que lo vino a complementar (artículo 65) para optimizar la lucha contra la corrupción, en el sentido de que se normó que se tendrá prohibido participar como oferentes, en forma directa o indirecta, a los funcionarios públicos con influencia o poder de decisión, en cualquier etapa del procedimiento de contratación administrativa (entre otras cosas, amplió la lista taxativa de puestos que establecía la ley contra la corrupción que derogó esta ley Nº 8422). Asimismo, la norma indicó que se entiende que existe *injerencia o poder de decisión*,

cuando el funcionario respectivo, por la clase de funciones que desempeña o por el rango o jerarquía del puesto que sirve, pueda participar en la toma de decisiones o influir en ellas de cualquier manera³.

Esta Ley 8422 no solo trató de “mejorar” la eficiencia de esta prohibición para combatir aún mejor la corrupción dentro de los concursos públicos, sino que intentó evolucionar la regulación y aplicación de la figura de la incompatibilidad que establecía la derogada Ley sobre el Enriquecimiento Ilícito de los Funcionarios Públicos (Ley 6872 del 17 de junio de 1983), para ir más allá en la lucha de esta compleja “corrupción invisible de cuello blanco”, o sea, para combatir más frontalmente por los fines que normó el artículo uno supracitado.

Y esto por una razón que considero lógica, cual es que la corrupción y sus extensos tentáculos también han venido optimizándose y evolucionando en busca de la impunidad, por lo que la normativa derogada demostró que hizo muy poco, por no decir nada, para combatirla, de ahí que si partimos de la mutabilidad que debe acompañar al ordenamiento jurídico, era una consecuencia necesaria que se debía dar cuanto antes. Y valoro que ha sido ineficiente la normativa recién derogada, debido a que se han detectado no pocos casos de corrupción en las contrataciones administrativas de la Administración Pú-

³ Sobre el tema, la señalado esta Contraloría General en cuanto a *la injerencia o poder de decisión*, que se trata de un supuesto ya existente en la anterior legislación, por lo que lo regulado por el artículo 107 de la Ley de Administración Financiera de la República y 254 del Reglamento de la Contratación Administrativa, mantienen vigencia, pese a su posterior derogatoria (para ampliar en este sentido, ver el oficio de la Contraloría General de la República Nº 09018 del 28 de julio del 2005 (DAGJ-2136-2005).

blica, para lo cual ni la derogada ley N° 6872 contra la corrupción, ni la N° 7494 de contratación administrativa supracitadas, han podido hacer mucho para evitarla y sancionarla como se debiera. Y lo anterior no es un secreto a voces, sino es algo que vemos con lamentable regularidad en los medios de comunicación colectiva, y con mayor frecuencia, en las diversas instancias o escenarios en que tienen participación la Contraloría General de la República y la Procuraduría General de la República, a través de la Procuraduría de la Ética Pública.

IV- JUSTIFICACIÓN LEGISLATIVA DE LA POSIBLE RESTRICCIÓN DESPROPORCIONADA DE LIBERTADES Y/O DERECHOS FUNDAMENTALES.

Entonces, tenemos que ante la evolución que ha evidenciado la “*corrupción invisible de cuello blanco*”, no podemos tener normas muy permisivas, blandas o cimentadas en la buena fe de los particulares y funcionarios públicos que interactúan en las compras públicas o diversas gestiones dentro de la Administración Pública, sino que la interpretación y aplicación de éstas debe ir en un sentido más protector de la Hacienda Pública, y ergo, del interés público, pero claro está, bajo una técnica legislativa y mecanismos de interpretación para emitir actos, que no restrinjan desproporcionadamente libertades, valores, principios o derechos constitucionales y/o fundamentales de las personas.

Vemos casos en donde la verdadera corrupción “de fondo” siquiera es posible combatirla con norma alguna porque esta no se ve. La misma se da en esferas tan elevadas económicamente hablando, que los corruptos tienen todos los recursos y capacidad disponibles, para contratar las mejores asesorías de los expertos en la materia, o bien, es gente sumamente preparada, por lo que con la normas que había, y a veces, con las actuales, nos vemos en situaciones casi de “burro amarrado contra tigre suelto”, al igual que como sucede en el ámbito policial con la evolución y medios del crimen organizado (la corrupción penalmente se podría considerar crimen organizado), contra los paupérrimos medios con que cuentan nuestras policías administrativas y judiciales y las normas penales *ad hoc*.

Por esto es que entonces, hubo que regular esta incompatibilidad de una forma más drástica. De ahí que no es de extrañar, que ordinariamente, la incompatibilidad aplica no sólo para el órgano del Estado (que tiene relación con la empresa de la persona que quiere ocupar el puesto) donde la persona del sector privado quisiera ocupar un puesto de jerarca o de alta dirección, sino que aunque el puesto sea para otra institución del Estado, distinta a la cual tiene relación con la empresa privada en donde el interesado tiene injerencia directa, a éste igual le alcanza dicha incompatibilidad para ocupar el puesto en esta otra institución. Es decir, se debe entender este concepto de “*instituciones o empresas públicas*” del numeral 18 de esta Ley N° 8422, bajo un criterio amplísimo (“*latu sensu*”, si cabe el término). Vemos que se pensó que se parte de un principio en donde ordinariamente a la persona le alcanza la incompatibilidad, pero supongo que luego en el iter legisla-

tivo, pensando en no restringir desproporcionadamente derechos fundamentales, se trató de generar una “válvula de escape” para “constitucionalizar” esta norma un tanto drástica (si una norma o acto de nuestro ordenamiento jurídico restringe desproporcionadamente derechos fundamentales, ésta o éste es inconstitucional), cual fue crear la figura del levantamiento de incompatibilidad (supongo que emulando el levantamiento de prohibición que regula la Ley de Contratación Administrativa), para que en casos excepcionales, si se lograra probar que no existía conflictos de interés de la persona para ocupar el puesto, pues valorando casuísticamente cada solicitud del interesado y sus pruebas, se podría levantar ésta.

Y por lo que he venido tratando de explicar, no es de extrañar este sentido un tanto “más drástico” que se le dio a la norma, debido a que es prácticamente imposible una normativa que regule la “invisibilidad de esta corrupción macro de cuello blanco” bajo análisis. Verbigracia: el alto directivo del Instituto Costarricense de Electricidad, que llama a su hermano de la junta directiva de la Refinadora Costarricense de Petróleo, para que hable con el proveedor de la refinadora, y favorezca a su empresa, que fue traspasada a nombre de un testaferro suyo (pero que en realidad es suya) para evadir precisamente las normas contra la corrupción (y este traspaso lo hizo siguiendo los consejos profesionales de un experto en la materia, al cual le pagó muy bien por la asesoría estrictamente confidencial).

O un caso en donde una persona es dueña de una empresa que le vende servicios a la Caja Costarricense de Seguro Social, y luego esta quiere estar a la cabeza de la Contraloría General de la República, la cual resolverá el recurso de apelación para ver si le adjudican a su empresa una contratación (la cual igual fue traspasada a nombre de un testaferro suyo).

O el jerarca del Instituto de Fomento y Asesoría Municipal, que tiene una empresa (igualmente traspasada a un testaferro suyo) que le vende servicios a la Municipalidad de Nicoya, y éste llama a la municipalidad para “preguntar” qué posibilidades tiene en una contratación, dicha empresa constructora que él sabe que es la idónea para el desarrollo de dicha región...

En fin, ante circunstancias tan complejas y variadas como éstas supracitadas y muchísimas otras, concluyo que al generar todas estas normas contra la corrupción, entre ellas la de la incompatibilidad, se tuvo muy presente esta realidad, por lo que se quiso crear una incompatibilidad, que ante la duda, se debía pensar que esta le alcanza a la persona, y solo en casos excepcionales, se podría valorar levantar la misma.

V- LECTURA DE LA SALA CONSTITUCIONAL SOBRE EL ESPIRITU DE ALGUNAS NORMAS PARA COMBATIR LA CORRUPCIÓN.

Y este tipo de razonamientos en pro de la lucha contra la “*corrupción invisible*”, inclusive han sido utilizados en un sentido similar por la misma Sala Constitucional para resolver asuntos de normas contra la corrupción de esta naturaleza, por cuanto este honorable Tribunal al pronunciarse sobre la figura de la

prohibición, indicó en su voto N° 3348-95, que “[...]la posición institucional de los funcionarios inhibidos **abarca todo el Estado** y no se reduce a un reparto administrativo concreto, por cuanto aceptar lo contrario implicaría no solo desconocer una realidad nacional, sino que eventualmente permitiría a tales funcionarios ejercer un “tráfico de influencias” nocivo dentro de la Administración tanto a su favor como de sus familiares cercanos.

[...]la restricción que genera dicha norma **encuentra fundamento válido en los numerales 33, 112 y 143 de la Constitución Política**, dado que protegen los principios de libre concurrencia e igualdad entre oferentes[...].[...]**valores fundamentales señalados, que deben regir en todo momento la actuación de las autoridades públicas, y que constituyen por su alto contenido ético, base esencial de la vida en sociedad.** En otras palabras, se optó por una solución que *si bien tutela el interés público, lesiona en menor medida el interés particular*, como lo hubiera sido el establecimiento de una prohibición absoluta (...). (Los resaltados no corresponden al original).

Es oportuno traer a colación aquí, que en el mismo orden de ideas, mediante sentencia #1749-01, de las 14:33 horas de 7 de marzo de 2001, la Sala Constitucional resolvió la acción de inconstitucionalidad que interpuso el Procurador General de la República contra los artículos que regulaban esta incompatibilidad en la derogada *Ley sobre Enriquecimiento Ilícito de los Servidores Públicos*, declarándola sin lugar por considerar las restricciones a la empresa privada y al acceso a los puestos públicos acordes con el Derecho de la Constitución:

“[...]En efecto, **esta incompatibilidad se considera razonable y proporcional**, por cuanto no se trata de una exigencia contraria a la condición humana ni a la dignidad personal del funcionario. Lo que se pretende es asegurar la imparcialidad de la función pública, la dedicación, el prestigio y la eficiencia del servidor en la realización de su labor, por lo que el texto analizado, lejos de considerarse arbitrario o desproporcionado, no viola los derechos fundamentales de los funcionarios en cuestión[...]

[...] En lo que toca a la alegada violación del derecho de acceso a los cargos públicos[...]Se estima **-como bien lo señaló el Órgano Contralor-** que la disposición impugnada no impide el nombramiento en funciones gubernamentales a personas que tengan cargos de dirección o representación en empresas privadas, sino que la incompatibilidad sólo produce efectos si el funcionario no se encuentra investido –previamente– en su cargo. Así, lo que la norma exige al ciudadano, una vez nombrado, es la imposibilidad de ostentar cargos de dirección o representación en empresas privadas, con la finalidad de asegurar la imparcialidad en su actuación como servidor público. Por esta razón, la Sala considera que el artículo 22 de la Ley de Enriquecimiento Ilícito de los Servidores Públicos no constituye una li-

mitación arbitraria del derecho de acceso a los cargos públicos, por cuanto la norma únicamente establece una ***incompatibilidad razonable para el aseguramiento de la imparcialidad de los funcionarios de la Administración***[...]” (Los resaltados no corresponden al original).

VI-PONDERACIÓN, EQUILIBRIO E INTERPRETACIÓN ARMONICA Y LOGICO-SISTEMATICA DE DERECHOS FUNDAMENTALES.

Entonces, considero que desde este punto de vista quedaría clara la constitucionalidad del artículo 18, pero no obstante, vemos que la “válvula” que lo hizo “teñir de constitucional” (en el iter legislativo primero la incompatibilidad tendía a ser más cerrada como en la ley contra la corrupción derogada, en donde ésta sí era absoluta, pero luego, para “suavizar” dicha incompatibilidad, se creó un artículo para su levantamiento excepcional), fue la creación del *levantamiento de incompatibilidades*, para el cual no obstante el numeral 19 (y 39 del reglamento) regula los aspectos básicos a tomar en cuenta para levantarla, ésta no da una lista taxativa, que torne dicho trámite en algo sencillo y meramente pragmático, sino todo lo contrario, porque al indicar la norma que se deberá tomar en cuenta para el levantamiento: A- El carácter de los bienes que integran el patrimonio de la empresa en la cual el funcionario es directivo, apoderado o representante, por sus fines o por el giro particular, B- La ausencia de actividad y, C- El posible conflicto de intereses, vemos que se llegará inevitablemente a un punto en donde en algunos casos entrará en juego la interpretación, valoración de las pruebas (no es prueba tasada la forma de aplicar este artículo –que tornaría más sencilla la labor–), sana crítica y raciocinio del operador jurídico (funcionario) de la Contraloría General que analizará si se levanta o no dicha incompatibilidad a la persona, o sea, en otras palabras, si se mantiene la restricción a derechos fundamentales (libertad de comercio, de empresa, al trabajo: artículos 33, 46 y 56 constitucionales entre otros) de ésta, o no. O desde otro punto de vista, si para el caso concreto, la restricción a los derechos fundamentales de esa persona es proporcionada o no, si la norma está en armonía con el Derecho de la Constitución, o no, o sea, la Contraloría General de la República estaría “modulando” dicha restricción de derechos fundamentales a través de dicha gestión que regulan los artículos 19 de la ley y 39 del reglamento, por cuanto la labor siempre tenderá a llegar a un vértice que no deja de tener sus matices *subjetivos y discrecionales* por parte de éste Órgano Contralor.

Y esta labor contralora supradescrita, no es otra cosa que lo que el famoso autor constitucionalista Martín Borowski⁴ denominaría como una *ponderación*, equilibrio e interpretación del *Derecho de la Constitución* como un todo, a través de una interpretación de normas, principios, libertades, valores, deberes y derechos, en una *forma armónica y lógico sistemática*, en función de un ordenamiento jurídico.

⁴ Sobre el particular, consultar: BOROWSKI (Martín). *Restricción de los Derechos Fundamentales*. San José, 2002. *Antología de Principios Fundamentales del Derecho Constitucional*, preparada por el ex Magistrado de la Sala Constitucional, Carlos Arguedas Ramírez, para la Maestría en Derecho Constitucional de la UNED del año 2002.

Precisamente en éste sentido, es a donde quiero llamar la atención de usted honorable lector, en cuanto a que el levantamiento de incompatibilidad (que en el trámite legislativo se determinó que es acorde con el Derecho de la Constitución) que lleva a cabo la Contraloría General de la República por expresa habilitación *ex lege*, es una delicada y compleja función, que siempre se lleva a cabo **en estricto y fiel resguardo del Derecho de la Constitución.**

Y ¿porqué del Derecho de la Constitución?; pues porque todos los valores, principios, libertades y derechos fundamentales que mencioné en el ejemplo anterior, no solo están consagrados a nivel supraconstitucional (internacionalmente en forma de tratados internacionales o convenios por ejemplo -Teoría de la Adopción vs. Teoría de la Transformación-), sino que éstos están regulados en nuestra Carta Magna, lo cual está incluido dentro de lo que se ha denominado el Derecho de la Constitución.

De ahí que es apreciable el enorme peso, y ergo, confianza, que hace descansar sobre los hombros de la Contraloría General de la República, nuestro Estado Social Democrático de Derecho (ya no es solo el Poder Legislativo).

Y en este orden de ideas, es sumamente valioso bajo el escenario de esta Ley Nº 8422, concordada, con pronunciamientos relevantes y con reflexiones de interés como la presente, que quisiéramos hacer del conocimiento de los habitantes de Costa Rica, que en la Contraloría General de la República nunca se pierde de vista al momento de analizar cada caso y sus circunstancias, el análisis supradescrito, y lo que la doctrina y la jurisprudencia constitucional han conceptualizado como los *Principios Constitucionales de Razonabilidad y Proporcionalidad*.

Así, debemos tener presente que dentro del denominado *Derecho de la Constitución*, no se puede considerar que exista un “derecho que valga más que otro”, sino que lo que se debe buscar es una adecuada *ponderación*, equilibrio e interrelación del *Derecho de la Constitución* como un todo, a través de una interpretación de normas, principios, valores, deberes, libertades y derechos, en una *forma armónica y lógico sistemática*⁵, en función de nuestro ordenamiento jurídico, ejercicio que se debe hacer siempre a la luz del “filtro” de estos *Principios Constitucionales de Razonabilidad y/o Proporcionalidad*, por medio de los cuales en todo momento se debe tener en cuenta que la interpretación que se haga para ponderar los derechos fundamentales de los que solicitan el levantamiento, siempre debe responder a tres vértices indispensables, como lo son la *necesidad* (que satisfaga un interés público), *idoneidad* (debe seleccionarse de entre varias opciones, la que *menos restrinja* el derecho protegido) y *proporcionalidad* del acto emitido (la restricción debe ser proporcionada al fin que la motiva y debe restringirse a cumplir ese fin -proporcionalidad de la regulación-. Asimismo, la restricción debe ser *excepcional* por estar motivada en un imperativo social)⁶.

⁵ Al respecto se pueden consultar los votos de la Sala Constitucional Nº 4091-94 y 968-00 entre otros.

⁶ En este sentido ver entre otras, las sentencias de nuestro Tribunal Constitucional Nº 3550-92, 3869-96, 8858-98, 1440-92, 1739-92, 0110-98, 3933-98, 05236-99 y 2858-00.

Entonces, teniendo claro el peso de este llamado Principio de Razonabilidad que debe imperar en la emisión de las *conductas administrativas* (utilizando la jerga del artículo 1º del nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo, Ley Nº 8508 del 28 de abril del 2006, que regirá a partir del 01 de enero del 2008) de la Administración Pública, pues igualmente al analizar la Contraloría General de la República las solicitudes de levantamiento de incompatibilidades, siempre lo hace teniendo muy presente su deber de aplicarlo en virtud de lo que algunos juristas constitucionales han definido como el “**Principio de Constitucionalidad**”, el cual en palabras de la Sala Constitucional, se refiere a la obligación o responsabilidad individual de los funcionarios a que se cumplan los mandatos constitucionales. En este sentido, el Tribunal Constitucional, y concretamente el difunto Rodolfo Piza Escalante refiriéndose al **carácter de orden público del Derecho de la Constitución**, en su resolución Nº 980-91, señaló que:

“... ya esta Sala ha destacado reiteradamente el carácter de orden público del derecho de la Constitución, así como, por mayoría, sus potestades de oficio para **conocerlo y aplicarlo, aún así no le haya sido alegado por las partes** (ver, entre otras, sentencia No. 479-90 de las diecisiete horas del 11 de mayo de 1990, en acción de inconstitucionalidad según expediente No. 59-89 –El resaltado es nuestro–)”.

En este sentido, el mismo Tribunal Constitucional también señaló con respecto al Derecho de la Constitución que:

“...este implica un elemento de legalidad, y del más alto rango por cierto, **vinculante por sí mismo para todas las autoridades y personas**, públicas y privadas, inclusive, con mayor razón, para los tribunales de justicia, de todo orden y de toda materia...”

[...]El Derecho de la Constitución les vincula directamente, y así deben aplicarlo en los casos sometidos a su conocimiento, **sin necesidad de leyes u otras normas o actos que lo desarrollen o hagan aplicable**, lo mismo que **deben INTERPRETAR y aplicar todo el resto del ordenamiento en estricta conformidad con sus normas y principios** [...]” (El resaltado no corresponde al original).

Y analizando ésta conceptualización, coloquialmente se puede resumir este denominado Principio de Constitucionalidad, indicando que es el que busca que no se desaplique el Derecho de la Constitución, o en otras palabras, a que no se restrinja la aplicación de éste, de ahí que valoro que si un juez, o bien, un operador jurídico (funcionarios públicos), en el ejercicio de sus funciones tiene conocimiento de los derechos, libertades, principios, regulaciones, similares y afines que profesa nuestra Carta Fundamental (ejemplo: la igualdad que regula el numeral 33 constitucional), y/o igualmente tiene conocimiento de la jurisprudencia constitucional *ad hoc* (que como sabemos tiene efectos *erga omnes*), pues si éste con conocimiento de lo anterior (sabemos que nadie puede alegar

ignorancia de la ley - artículo 129 de nuestra Carta Magna, entendiendo ésta en sentido amplio *-latu sensu-*), desaplica o restringe este Derecho de la Constitución, estaría actuando en contravención al deber que profesa este denominado "*Principio de Constitucionalidad*", o sea, estaría actuando en forma irregular o en contra de nuestro ordenamiento jurídico. De ahí que en este orden de ideas, un juez puede, para el caso que está resolviendo, desaplicar leyes u otras normas, si éstas rozan el Derecho de la Constitución.

En mi criterio, en una aplicación de este principio constitucional de forma amplia y bajo determinadas circunstancias particulares, todo funcionario público debe ajustar sus conductas (análisis jurídicos por ejemplo) a este Derecho de la Constitución de forma *ipso facto* en el ejercicio de sus funciones.

Ahora bien, no debemos olvidar que ordinariamente, según la Ley de la Jurisdicción Constitucional N° 7135 del 11 de octubre de 1989, si un juez tuviere una duda razonable de la constitucionalidad de una ley u otra norma, éste recurrirá a la respectiva consulta judicial de constitucionalidad en la forma prevista por los artículos 102 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional y 8° inciso 1°, párrafo 2° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, lo anterior, salvo que exista jurisprudencia en cuanto al asunto, en donde inclusive deberá desaplicar leyes u otras normas.

Lo anterior, en criterio de algunos especialistas en Derecho Constitucional, ha venido a crear una especie de *control difuso de constitucionalidad* (al respecto se pueden consultar los votos N° 3038-96, 3035-96, 3036-96 y 1185-95 de la Sala Constitucional entre otros) dentro de nuestro ordenamiento jurídico, que de conformidad con los artículos 10 y 48 de nuestra Carta Fundamental, establece un sistema de jurisdicción constitucional concentrado.

VII-CONCLUSIÓN:

He de indicar que luego de un análisis técnico y práctico muy minucioso y detallado, no es difícil determinar que esta incompatibilidad normada por el artículo 18 de la Ley N° 8422 no es infranqueable ni nada parecido, por cuanto como indiqué y como es común ante circunstancias de esta naturaleza, si una persona que va a ocupar un puesto de alta jerarquía dentro del Estado, es oportuna y eficientemente asesorada por un conocedor de la materia (para hacer lo que se tenga que hacer con suficiente antelación y estar a derecho), y ésta decidiera que no quiere renunciar a su ligamen con su empresa privada, y aún así ocupar el puesto en la Administración Pública, burlando la normativa anticorrupción, probablemente ésta gestione todos los trámites legales para hacer la mampara de "traspasar" su empresa a un tercero que no es más que un testaferro suyo, y así, legalmente ya no estaría a la cabeza de dicha empresa privada, pero en la realidad seguiría siendo suya, lo que generaría nefastas consecuencias si ésta persona fuere una persona corrupta, con ánimos de beneficiarse ilegalmente del puesto para su provecho personal y de sus familiares o allegados, en donde la Adminis-

tración Pública tendría que echar mano de otras "herramientas más rústicas" para combatir este tipo de corrupción.

Pero al margen de la vulnerabilidad o corto alcance que pueda presentar este instituto de la incompatibilidad que intenta retomar de mejor forma la ley bajo análisis, al menos ordinariamente, éste combate de una forma más amplia la "primera línea lógica" de supuestos que podrían generar un evidente conflicto de intereses de la persona para ocupar el cargo público de alta jerarquía, de ahí que como indiqué en los primeros párrafos de éstas humildes líneas, jamás debemos menospreciar la promulgación de esta incompatibilidad de la Ley N° 8422 bajo estudio, pero si debemos comenzar desde ya a entrar en un serio análisis concienzudo de lo que en realidad se busca atacar en pro del interés público ("*corrupción macro de cuello blanco*"), para a partir de eso, valorar las opciones que sean viables desde el punto de vista legal, y, claro está, constitucional (en resguardo del Derecho de la Constitución), que nos lleven a una verdadera prevención y lucha frontal contra ese tipo de corrupción más avanzada y compleja que evoluciona día a día.

Y esta premisa anterior, nos lleva precisamente al punto medular de esta reflexión, cuál es que, aunque se avanzó mucho con la promulgación de las normas que combaten las incompatibilidades en esta Ley N°8422, por lo anteriormente expuesto vemos que éstas se tornan vulnerables ante esta "*corrupción macro de cuello blanco*", por lo que a partir de las experiencias adquiridas con la aplicación de estas normas y con análisis como los aquí expuestos, desde ya se deben ir valorando las opciones que sean viables desde el punto de vista legal, y, claro está, constitucional (en resguardo del Derecho de la Constitución), que nos lleven a un combate más oportuno y real de la corrupción invisible de gran envergadura que tenemos operando hoy en día en Costa Rica y el mundo.

Dichosamente para la institucionalidad de Costa Rica, considero que los casos de corrupción en este tipo de puestos son la excepción, debido a que todavía existen en nuestro país una gran mayoría de altos jefes que se ponen al servicio del país para trabajar sin descanso por buscar un mejor despertar para los costarricenses del mañana, los cuales son casi inmunes a éstos infecciosos tentáculos de la corrupción.

Y en este sentido, con respecto a la institucionalidad de un país que se ve seriamente socavada en sus cimientos por la despreciable corrupción, para concluir esta reflexión, me permito hacer más las sabias palabras del famoso profesor Eduardo García de Enterría⁷ en su obra "*Democracia, Jueces y Control de la Administración*", cuando concluyó que las reglas y principios de la objetividad y de probidad que el ejercicio del poder impone, son la única forma de asegurar hoy la confianza de la sociedad en el sistema institucional, que es el valor básico de la democracia.

⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo). *Democracia, Jueces y Control de la Administración*. Madrid, España. 5ª edición, 2000. pp. 155 y 156.