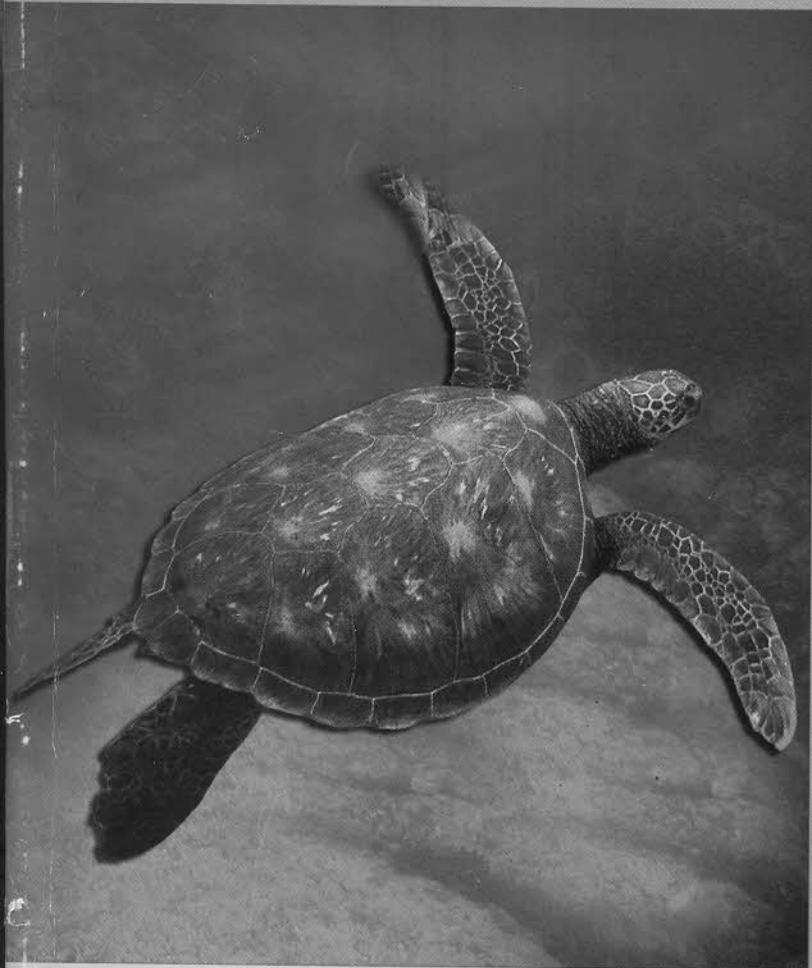
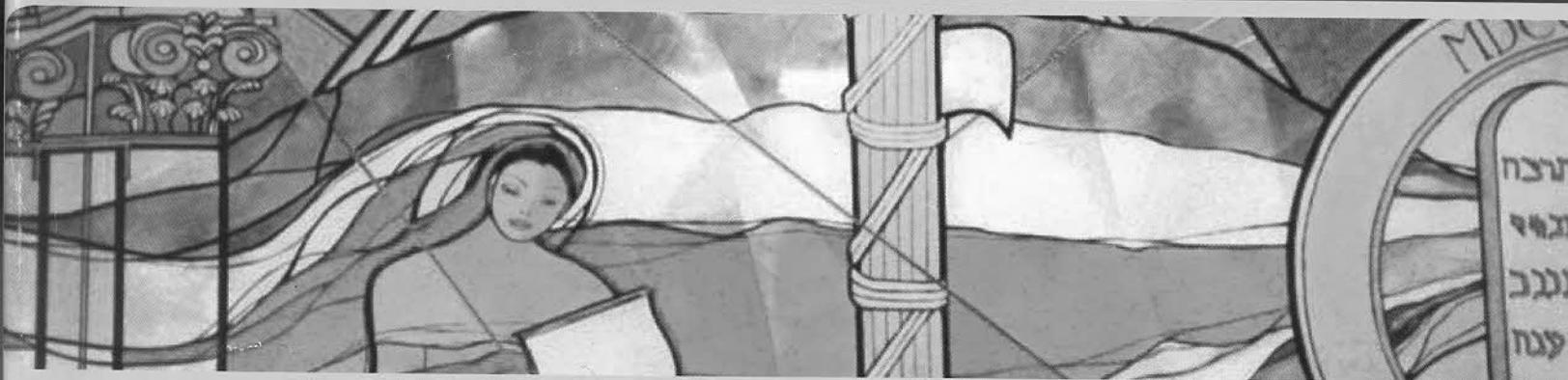


REVISTA
EL FORO



COLEGIO DE ABOGADOS DE COSTA RICA • NÚMERO 9 • ENERO 2009 • ISSN 1659-1496



REVISTA
EL FORO

Edición No. 9
Revista del Colegio de Abogados
San José, Costa Rica
Enero 2009



DIRECTORA

Licda. Marta Esquivel Rodríguez

CONSEJO EDITORIAL

MSc. María del Rocío Cerdas Quesada
Lic. Christian Enrique Campos Monge
Lic. Amado Hidalgo Quirós
Lic. Henry Arroyo Villegas

Asesoría Editorial

Departamento de Comunicación
del Colegio de Abogados

Impresión

Editorama S.A

Colegio de Abogados de Costa Rica
Teléfono 22 02 36 48
www.abogados.or.cr

De la Rotonda de las Garantías Sociales
200 metros al oeste y 100 metros al norte
Zapote, San José, Costa Rica

FOTOS PORTADA

MINAET

SUMARIO



- 4 MENSAJE EDITORIAL**
- 5 TELECOMUNICACIÓN APERTURA Y EXPECTATIVAS**
Lic. Christian E. Campos Monge
- 14 COMPETENCIA Y TELECOMUNICACIONES**
Lic. Mauricio Masís
- 22 LA DEFENSA COMERCIAL EN EL CONTEXTO DE LA APERTURA DE MERCADOS**
Licda. Isaura Guillén
- 28 CONSIDERACIONES SOBRE EL ÁMBITO DE APLICACIÓN Y LAS EXCEPCIONES DE LA LEY DE LA ZONA MARÍTIMO TERRESTRE**
Lic. Jorge Cabrera Medaglia
- 44 LA CONTAMINACIÓN LUMÍNICA**
Msc. Max Fernández
- 48 PROPIEDAD EN LAS COSAS GENÉRICAS: EL CASO DE LOS CILINDROS DE GAS**
Lic. Marco A. Vásquez V.
- 54 NOCIONES GENERALES SOBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL**
Lic. Luis Guillén Downing
- 56 ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL RECONOCIMIENTO DE LA INDEXACIÓN MONETARIA: EL CASO COSTARRICENSE**
Lic. Francisco Obando León
- 68 LA REFORMA AL RÉGIMEN DE IMPUGNACIÓN DE LA SENTENCIA EN EL PROCESO PENAL: UNA DISCUSIÓN NECESARIA**
Lic. Jorge Méndez Zamora
- 78 LOS PRINCIPIOS PROCESALES LABORALES EN LA REFORMA AL CÓDIGO DE TRABAJO**
Msc. Alfonso Chacón Mata
- 84 CONSIDERACIONES EN TORNO A LA PRISIÓN PREVENTIVA**
Dr. Borja Mapelli Caffarena
- 93 DERECHO DE EXCLUSIÓN DE PRUEBA ILÍCITA COMO INTEGRANTE DEL DEBIDO PROCESO**
Lic. Ronald Eduardo Segura Mena
- 107 EL FUNCIONARIO DE GESTIÓN PÚBLICA**
Lic. Esteban Alfaro Calderón
- 112 LOS DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD DEL TRÁFICO: UNA APROXIMACIÓN PROCESAL**
Dra. M. Ángeles Pérez Marín
- 120 ABC DE ÓRGANOS COLEGIADOS**
Licda. Ileana Reyes Rivas
Licda. Ana Catalina Arias Gómez
Lic. Javier Lázcara Valenciano

MENSAJE EDITORIAL

Durante el período 2007-2008 tuve la oportunidad de participar en el proceso de elaboración y coordinación de la Revista El Foro, un medio de comunicación especializado que constituye un vehículo de vital importancia para compartir el conocimiento jurídico de nuestros agremiados. En esta labor he contado con el apoyo incondicional de quienes me acompañaron en el Consejo Editorial durante los dos períodos y del personal de apoyo del Colegio de Abogados.

De la experiencia adquirida durante estos dos años debo rescatar varios aspectos que estimo deben fortalecerse a futuro:

1. Iniciamos el proceso de indexación de la revista El Foro. Esto significa que el Colegio de Abogados de Costa Rica contará con una revista científica y quienes publiquen en ella sus artículos tendrán una presencia mundial por intermedio de la versión electrónica de la revista y su condición de indexada en los registros globales para este tipo de publicaciones. El impacto profesional y de enriquecimiento e intercambio del conocimiento jurídico que ello significa se cosechará a muy corto plazo. El proceso ha de concluirse durante el año 2009. Es por esa razón que en el revés de la contraportada de este número se incluyen los requisitos que deberán cumplir quienes tengan interés en publicar en la revista.
2. Se analizó durante este período la posibilidad de incluir publicidad en vista de las reiteradas solicitudes que recibimos en este sentido por parte de firmas muy prestigiosas; sin embargo, la seriedad que caracteriza a El Foro y su próxima condición de revista científica nos hizo optar por mantenerla con exclusiva inclusión de material especializado.
3. Se debe instaurar una política de motivación para que los profesionales en derecho incrementen su interés en publicar artículos que van a incentivar el pensamiento jurídico, el análisis, el intercambio y, en general la calidad profesional de nuestros agremiados y agremiadas.
4. El Colegio de Abogados debe convertirse en un centro receptor de ensayos jurídicos de calidad, no solo para incorporarlos en la revista El Foro sino también para que constituyan publicaciones de peso a financiar por el Colegio de Abogados.



Licda. Marta Esquivel Rodríguez
Coordinadora del Consejo Editorial

En esta hermosa experiencia al frente del Consejo Editorial del Colegio de Abogados deseo agradecer a la Junta Directiva integrada por el Lic. Gilberto Corella Quesada, Dra. Marina Volio Brenes, Licda. Roxana Pujol Sobalvarro, MSc. M^a del Rocío Cerdas Quesada, Lic. Vianney Guzmán Alvarado, Lic. Rogelio Fernández Moreno, Licda. Patricia Vega Herrera, Lic. Alejandro Madrigal Benavides, Licda. Miriam Álvarez Ross, Lic. Carlos Boza Mora, porque de ellos siempre recibí un apoyo incondicional para llevar a cabo los objetivos propuestos en relación con la Revista El Foro que he tenido el honor de dirigir.

Licda. Marta Esquivel Rodríguez

TELECOMUNICACIONES: APERTURA Y EXPECTATIVAS

Lic. Christian E. Campos Monge

Consultor en telecomunicaciones y contratación administrativa.
Graduado del Programa de Alta Gerencia del INCAE

I. INTRODUCCIÓN

Con la aprobación del CAFTA, Costa Rica inició un proceso de transformación de fondo, en su anquilosado ordenamiento jurídico y en su mismo modelo de estado de derecho. Pero hemos de precisar que el cambio no es por la letra expresa de un acuerdo de esta naturaleza, sino por la necesidad de país de adaptarse a la realidad de un mundo globalizado y conectado, siendo que los tratados tan solo formalizan lo que se vive. No podemos afirmar, por tanto, que el país cambió por un tratado, pues cada vez que se celebre un convenio similar estaríamos aceptando una tesis similar, lo que es errado. Nos parece, más bien, que los tratados nos colocan a la altura de lo que sucede allende las fronteras, y que así debe aceptarse sin que signifique, por ello, la pérdida de sentido y fin social que se posee.

Específicamente en el caso de las telecomunicaciones, es extensa la lista de tareas y retos por atender. Unas labores ya fueron abordadas en la ley y reglamento, otras, en cambio, más que aspectos formales, requieren el devenir del tiempo en las respuestas y acciones que irán tomando, según sus funciones, MINAET, SUTEL y los mismos operadores y proveedores públicos y privados.

Pero, en lo absoluto, la faena de fondo será fácil. Aunque los procesos de apertura se han dado en un sinnúmero de países, y se sabe de sus experiencias, buenas y malas, en nuestro caso la idiosincrasia tica, así como un sin par modo de gestión pública, unido a la participación de tantos sectores, invitados o no, que a veces pareciera que persiguen mero protagonismo de cálculo político, tornan el despertar de cada día incierto hasta cierto punto.

En la firmeza y claridad del rector y regulador, primordialmente estará, sin duda, buena parte de la clave del éxito en este proceso de apertura.

Ahora, y repasando, nuestro país apostó, desde octubre 2007, por formar parte de los países con un modelo liberalizado de telecomunicaciones. El referéndum del CAFTA así lo dictó, y así lo confirmó el TSE en la resolución 2944-E de las 14:30 hrs. del 22 de octubre del 2007. La apertura posteriormente se sustanció con la promulgación de la Ley

General y el Reglamento de Telecomunicaciones y la emisión de la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones. Aún falta ordenamiento infra legal por emitir, más una serie de planes encaminados a ordenar la casa.

Recordaremos que solo el ICE y RACSA venían explotando sus respectivas concesiones legales en telecomunicaciones¹, de ahí que se hablara de hecho, mas no de derecho, de una especie de monopolio. El CAFTA, lo que terminó de confirmar, en esta línea, fue la viabilidad constitucional (art. 121 inciso 14, COPOL) de explotación del espectro, sea por ley general o por concesión especial de la Asamblea Legislativa.

Listo el CAFTA, lo que se dio posteriormente fue la emisión de dos leyes de la agenda complementaria (Leyes No. 8642 y 8660), leyes que han regulado desde la estructura formal del sector telecomunicaciones, como tópicos de acceso universal, solidaridad, calidad, tráfico, regulación, derecho a la intimidad de los usuarios, entre otros.

De seguido se presentará un aterrizaje más preciso sobre telecomunicaciones, lo regulado por las leyes, el proceso de apertura con la creación del rector, regulador y los operadores públicos y privados, intercalando algunos retos y expectativas que están en la agenda

II. TELECOMUNICACIONES: QUÉ ES, QUÉ SE VISLUMBRA; LA APERTURA Y LAS LEYES

Telecomunicaciones podría analizarse desde dos enfoques; por un lado, desde el punto de vista del uso y explotación de redes y, por el otro, desde la prestación de servicios. En

¹ En el caso de RACSA su explotación de servicios ha sido con apoyo preeminente en un modelo con participación de terceros, mientras que el ICE lo ha realizado básicamente a través de su misma infraestructura. Aún así, nos parece que en ambos casos, habrá, necesariamente una fórmula mixta; sea, servicios que se brindan autónomamente, como otros que serán dados en coordinación y alianza estratégica con cooperativas, empresa públicas y empresas privadas, nacionales como internacionales.

ambos casos, eso sí, está implícito el uso del espectro radioeléctrico que es un bien del dominio público. O dicho de otra manera, se trata de toda transmisión, emisión y/o recepción de signos, señales, escritos, datos, imágenes, sonidos o información de cualquier naturaleza por hilo, conductores, ondas radioeléctricas, medios ópticos u otros sistemas electromagnéticos (inc. 29, art. 6, LGT).

En cuanto a las redes, básicamente, y en apego a la LGT, art. 6, inciso 19), se trata de sistemas de transmisión y demás recursos que permiten la transmisión de señales entre puntos de terminación definidos mediante cables, ondas herztianas, medios ópticos y otros medios radioeléctricos, con inclusión de las redes satelitales, redes terrestres fijas y móviles, sistemas de tendido eléctrico, utilizadas en la transmisión de señales, redes utilizadas para la radiodifusión sonora y televisiva y redes de televisión por cable, con independencia del tipo de información transportada.

Estas redes, a su vez, se dividen en redes privadas y públicas, ambas igualmente reguladas por la SUTEL, pero de la que cabe precisar que solo en el caso de las segundas es donde habrá un mayor interés por ser, precisamente, las que se usarán para la concreción de servicios disponibles al público, que en el caso que nos ocupa, son aquellos que consisten en su totalidad o parcialmente, en el transporte de señales a través de redes de telecomunicaciones.

Es la cadena de servicios que se ofrecerían, la verdadera joya de los operadores y proveedores, pero para esto, igualmente, cabe afirmar que nada se logra con desarrollar servicios si previamente no existe claridad en torno a la construcción de una infraestructura propicia para conectarnos y la presencia de un ancho de banda idóneo. Amén de la apuesta por la mayor calidad en el tráfico posible, pureza de los datos, interconexión de equipos y redes, entre otros. En esto radica una expectativa real; sea, que sector empresarial y los mismos ciudadanos esperan un incremento en los tipos de servicios que se darían, una preocupación mayor en la calidad de la prestación, y la oferta con costos moderados.

Ahora, y profundizando lo que se tenía anteriormente, no se puede ocultar el desorden en la normativa sobre telecomunicaciones. El cuerpo legal dado era de normas parciales, omisas, que fueron promulgadas en períodos diferentes, lo que en la práctica dificultó la regulación. Así, por ejemplo, en punto a la administración y control del espectro radioeléctrico, la Ley de adio de junio de 1954, atribuía esta competencia al Ministerio de Gobernación, el cual la ejercía con la asesoría de la Dirección Nacional de Control de Radio. Pero, en razón de lo limitado que resultaba el ámbito de aplicación de esta Ley, tal competencia se vio también limitada en su ejercicio. Adicionalmente, en varias ocasiones tanto la PGR (en el Dictamen C-031-90 de 5 de febrero de 1990) como la Sala Constitucional (Voto 6053-2002 de 14:38 horas del 19 de junio de 2002), habían señalado que esta Ley no podía ser considerada una "ley marco" que permitiera la concesión administrativa de frecuencias del espectro radioeléctrico para la prestación de servicios de telecomunicaciones.

Con tal desorden, y un mundo cada vez más conectado y globalizado, no se dudaba en que las telecomunicaciones son una suma de herramientas que facilitan el desarrollo de las sociedades, por lo que era momento de tomar alguna decisión de fondo como país. En nuestro caso, si bien es cierto se posee una penetración relativamente alta en el concierto de las naciones latinoamericanas, ésta es aún escasa y limitada a servicios básicos, amén de existir señalamientos constantes y negativos en torno a calidad, precio y acceso.

Tal realidad definió un proceso de apertura pautado, afín a la regla mundial. Sea que no se ha optado por privatizar, pero tampoco por construir un monopolio absoluto en manos del estado o de un solo operador privado. Más bien se inclinó la balanza por la tendencia a la liberalización, con un modelo de regulación fuerte. En general, servicios otrora públicos, pasan a ser servicios en competencia (telecomunicaciones, seguros, correos, transportes, etc.), provocando con esto la presencia de distintos oferentes competidores, con tendencias a dotar de mayor calidad y con precios en constante movimiento a la baja o al menos dentro bandas de costos razonables².

El principio es que al haber competencia, los servicios se prestan con más eficiencia. El mismo Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo ha indicado que las telecomunicaciones son un instrumento de desarrollo y no solo un beneficio que disfrutaran los países desarrollados. De hecho podría decirse que en el plano de los fines, éste ha sido el que movió la suscripción del CAFTA; idea que se confirma en los varios votos de la Sala Constitucional cuando ha revisado el Tratado o las leyes que le complementan. La muestra está en una Ley de esa agenda que dotó al ICE y sus empresas de un régimen especial de gestión para que pueda competir con mejores medios legales, en la conformación de la SUTEL, FONATEL y de un Ministro Rector. La duda estará, una de varias, en si los operadores públicos, con el andamiaje de controles y de gestión pública que han tenido y mostrado, sabrán aprovechar la coyuntura.

En la línea anotada, la Ley General de Telecomunicaciones, por ejemplo, parte de una filosofía de generar mediante la participación de nuevos participantes (operadores, etc.), más empleo y mejoras tecnológicas, lo que garantizará la competencia y por tanto se aumentará la cantidad de servicios, y esto ayudará en bajar los precios y premiar la calidad.

Regresando a los servicios de telecomunicaciones, se recordará que el CAFTA acordó un proceso de apertura y liberación en tres aspectos: redes privadas, servicios inalámbricos móviles e internet; se desprende, desde luego, que existe liberalización competitiva en los servicios de valor agregado. El ICE y RACSA permanecerán con sus concesiones legales, pero visto por la SUTEL como dos operadores

² En esta línea puede consultarse Santiago González-Varas Ibáñez. *Los mercados de interés general: telecomunicaciones y postales, energéticos y de transportes*, Editorial Comares, S.L. Granada España, 2001, p. 81 y s.s.

más, junto con el resto que puedan ir apareciendo, y con las delimitaciones del nuevo ordenamiento jurídico.

La decisión, en suma, ha sido la de crear un rector de la materia, ubicado en el MINAET; con una SUTEL adscrita a la ARESEP para regular, además de fortalecer y modernizar al ICE y sus empresas y una legislación de avanzada en torno a las telecomunicaciones. Son dos las leyes por observar de ahora en adelante: por un lado la Ley General de Telecomunicaciones, N° 8642 del 4 de junio del 2008, publicada en La Gaceta No. 125 del 30 de junio del 2008, y la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones, –LFMEPST– Ley. N° 8660, publicada en el Alcance 31 de La Gaceta No. 156 del 13 de agosto del 2008.

Ley N° 8642: Ley General de Telecomunicaciones

Su objetivo está en la regulación del sector y debe verse en lectura paralela con la Ley de Modernización y Fortalecimiento de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones que se ha citado, que tiene por base, esta segunda, la de sentar las bases para la organización del sector. Se creó, de esta manera, el sector telecomunicaciones con una separación precisa de los tres roles del estado: rector, regulador y operador. Se fortalece, modernizan y desarrollan las funciones y atribuciones de las entidades públicas que actúan en el sector telecomunicaciones: Ministro Rector y MINAET, SUTEL, ICE y sus empresas; se flexibiliza el marco normativo que rige al ICE y sus empresas de manera que pueda competir de manera efectiva con otros operadores en la prestación de los servicios de telecomunicaciones en un mercado regulado; se sientan las bases que permitirán la prestación de servicios de telecomunicaciones por parte de operadores públicos y privados, ambos sujetos a regulación, y se promulgó, como se ha dicho, el marco regulatorio a partir de una clara noción de convergencia.

La Ley se divide seis títulos: título I disposiciones generales, administración del espectro radioeléctrico y títulos habilitantes; título II régimen de garantías fundamentales; título III regulación para la competencia; título IV cánones de telecomunicaciones; título V régimen sancionatorio y título VI disposiciones, modificatorias, derogatorias y finales. Como se desprenderá del texto, la Ley cuenta con dos bases sobre los que se desarrollan todos los capítulos; así, la consolidación del nivel de acceso y servicio universal vigente y la extensión a otros habitantes que por su condición social o geográfica no disfrutaban de este derecho y, por otro lado, garantizar que los beneficios de la apertura y la competencia como lo son mejores precios y más y mejor calidad de los servicios, se den.

Nuestra Ley es una de las primeras del continente americano en materia de convergencia, y una que regulará esa convergencia lo que implicará garantizar la interconexión entre diferentes tipos de redes, con la presencia de un regulador fuerte e independiente y con la inclusión del principio de neutralidad tecnológica. Los proveedores y operadores serán vistos desde un régimen de igualdad, neutralidad, transpa-

rencia y objetividad. Cabe señalar que los servicios de radio y televisión están excluidos de la Ley, por lo que seguirá rigiendo la Ley de radio, N° 1758 (Ley que además fue reformada por la Ley General de Telecomunicaciones), aunque es evidente que eso será tan solo una separación jurídica, pues tecnológicamente hablando la convergencia en ambos (televisión y radio) es cada vez mayor.

Además de los objetivos de la Ley (art. 2), se tienen los principios rectores (art. 3): universalidad, solidaridad, beneficio del usuario, transparencia, publicidad, competencia efectiva, no discriminación, neutralidad tecnológica, sostenibilidad ambiental y otros. Además de un artículo (6) que establece definiciones para una serie de términos lo que facilita la comprensión del texto legal (así, términos como acceso universal, acceso, agenda digital, convergencia, grupo económico, interconexión, operador, red de telecomunicaciones, red pública de telecomunicaciones, servicios de telecomunicaciones y otros más).

En torno a los títulos habilitantes, en materia de concesiones para el uso y la explotación de las frecuencias del espectro radioeléctrico que se requieran para la operación y explotación de redes de telecomunicaciones, se desarrolla (art. 11 y siguientes) el procedimiento administrativo. Aquí se está ante la realidad de que el espectro radioeléctrico es un recurso escaso, amén de haber de por medio un interés público en asegurar que estos servicios sean suministrados con base en criterios de calidad y equidad. Así, la regla será un proceso concursal, con la propuesta de un cartel que puede ser objetado por los potenciales interesados ante la CGR, con un estudio de ofertas y selección y adjudicación. El acto de adjudicación podría ser recurrido ante la CGR de igual forma. Posteriormente se confecciona el contrato, mismo que será refrendado por la CGR. Además (art. 19) se establece la concesión directa cuando se trate de frecuencias para la operación de redes privadas y de las que no requieren asignación exclusiva para su óptima utilización. Adicionalmente se regula la posible cesión, condicionada a las venias del caso del Poder Ejecutivo.

En todo caso se tiene por regla constitucional que las concesiones se otorgarán por un “tiempo limitado” y de acuerdo con las condiciones y estipulaciones acordadas. El plazo fijado en la ley es de un máximo de quince años, prorrogable hasta un máximo de veinticinco años, siempre y cuando el concesionario haya cumplido con las condiciones previstas en la concesión.

Por otro lado, las redes privadas y las públicas que no requieran espectro radioeléctrico están sometidas al régimen de las autorizaciones, y cabe darlas a todos los operadores o proveedores que reúnan los requisitos de ley, especialmente cabe observar la regulación del art. 38 del Reglamento a la LGT. Además, se ocupa autorización para los no hagan uso comercial de espectro radioeléctrico o presten servicios de telecomunicaciones disponibles al público mediante redes públicas que no se encuentren bajo su operación. En este caso, cabe observar los art. 23 y siguientes de la Ley.

Asimismo, se introducen los permisos para los tipos clasificados de uso no comercial del espectro, uso oficial y uso para seguridad, socorro y emergencia, según normas 9, incisos b, c y d, y 26.

Esencial es señalar que existe el régimen de garantías fundamentales, art. 31 y siguientes, donde se establece el tema de “servicio, acceso universal y solidaridad”, dispuesto de este modo: “*El presente capítulo establece los mecanismos de financiamiento, asignación, administración y control de los recursos destinados al cumplimiento de los objetivos de acceso universal, servicio universal y solidaridad. A la Sutel, le corresponde garantizar que los operadores y proveedores cumplan lo establecido en este capítulo y lo que reglamentariamente se establezca*”. Posteriormente, los objetivos de Ley son concebidos como:

- a) *Promover el acceso a servicios de telecomunicaciones de calidad, de manera oportuna, eficiente y a precios asequibles y competitivos, a los habitantes de las zonas del país donde el costo de las inversiones para la instalación y el mantenimiento de la infraestructura hace que el suministro de estos servicios no sea financieramente rentable.*
- b) *Promover el acceso a servicios de telecomunicaciones de calidad, de manera oportuna, eficiente y a precios asequibles y competitivos, a los habitantes del país que no tengan recursos suficientes para acceder a ellos.*
- c) *Dotar de servicios de telecomunicaciones de calidad, de manera oportuna, eficiente y a precios asequibles y competitivos, a las instituciones y personas con necesidades sociales especiales, tales como albergues de menores, adultos mayores, personas con discapacidad, población indígena, escuelas y colegios públicos, así como centros de salud públicos.*
- d) *Reducir la brecha digital, garantizar mayor igualdad de oportunidades, así como el disfrute de los beneficios de la sociedad de la información y el conocimiento por medio del fomento de la conectividad, el desarrollo de infraestructura y la disponibilidad de dispositivos de acceso y servicios de banda ancha.*

Luego, se regula el desarrollo de los objetivos de acceso universal, servicio universal y solidaridad (art. 33), lo que nos sirve de preámbulo a la creación de FONATEL a partir del numeral 34. Ordenado como un Fondo que será instrumento de administración de los recursos destinados a financiar el cumplimiento de los objetivos de acceso universal, servicio universal y solidaridad establecidos en la Ley, así como de las metas y prioridades definidas en el Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones. Es tan relevante este Fondo que incluso se le permite la constitución de fideicomisos para el mejor cumplimiento de sus cometidos.

Debe resaltarse que los reglamentos, los acuerdos con operadores y proveedores, lo estipulado en las concesiones y autorizaciones, y en general todas las obligaciones que por

servicios de telecomunicaciones surjan de conformidad con esta Ley, tendrán en cuenta los principios de universalidad, solidaridad y acceso universal. En este sentido, se debe enfatizar que el capítulo de acceso y servicio universal es todo un sistema integral y no solo la satisfacción de necesidades a través de los recursos de FONATEL.

Se introduce, a partir del art. 41, la regulación sobre protección de la intimidad y los derechos del usuario final. Así, se reconocen hasta 29 derechos de los cuales la SUTEL tendrá plena competencia para que, al final, sean respetados por los operadores. Se estatuye con precisión el procedimiento de reclamación ante el operador y ante la SUTEL. Algunos de los derechos son:

- 1) *Solicitar y recibir información veraz, expedita y adecuada sobre la prestación de los servicios regulados en esta Ley y el régimen de protección del usuario final.*
 - 2) *Elegir y cambiar libremente al proveedor de servicio.*
 - 3) *Autorizar previamente el cambio de proveedor de servicio.*
 - 4) *Recibir un trato equitativo, igualitario y de buena fe de los proveedores de servicios.*
 - 5) *Recibir el servicio en forma continua, equitativa, así como tener acceso a las mejoras que el proveedor implemente, para ello pagará el precio correspondiente.*
 - 6) *Acceder gratuitamente a los servicios de emergencia, cuando se trate de servicios de telefonía o similares.*
 - 7) *Recibir oportunamente la factura mensual del servicio, en la forma y por el medio en que se garantice su privacidad.*
 - 8) *Poder elegir entre facturas desglosadas o no desglosadas de los servicios consumidos.*
 - 9) *Recibir una facturación exacta, veraz y que refleje el consumo realizado para el período correspondiente, para lo cual dicha facturación deberá elaborarse a partir de una medición efectiva.*
 - 10) *Recibir una facturación exacta, clara y veraz en cuanto a cargos por mora y desconexión.*
- (...)

Sobre este tópico regresaremos más adelante pues con el uso de las tecnologías y los servicios de telecomunicaciones, se consolida la urgente protección, clara y precisa, de los derechos humanos de la persona virtual, de la intimidad.

Por otro lado, a partir del art. 59 se regula lo referido al acceso y la interconexión. El objetivo está en garantizar el acceso y la interconexión de redes públicas de telecomunicaciones, a fin de procurar la eficiencia, la competencia efectiva, la optimización del uso de los recursos escasos y un mayor beneficio para los usuarios. En este caso la SUTEL debe asegurar que el acceso e interconexión sean provistos en forma oportuna y en términos y condiciones no discriminatorias, razonables, transparentes, proporcionadas al uso pretendido y no implicarán más que lo necesario para la buena operación del servicio previsto, dice la norma citada.

Amén de que las obligaciones de acceso e interconexión y las demás condiciones que la SUTEL imponga serán razonables, transparentes, no discriminatorias, proporcionadas al uso pretendido y no implicarán más que lo necesario para la buena operación del servicio previsto. Este asunto es relevante para las redes de los operadores que ya están en el país, sea ICE, RACSA, básicamente, aunque igualmente puede pensarse en la CNFL con sus redes de instalaciones eléctricas que podrían ser utilizadas o las mismas redes algunas cooperativas o de privados. De ahí que las regulaciones y decisiones que empiecen a tomarse deben ser razonables, puesto que los nuevos operados muy seguramente pedirán acceso a éstas.

Cabe comentar que en el título IV, art. 62 y siguientes se establecen los tres cánones para la administración de las telecomunicaciones: el canon de regulación que se cobra a todos los operadores y proveedores de telecomunicaciones de conformidad con el procedimiento establecido en la Ley de la ARESEP, la tasa de rectoría para que el MINAET pueda realizar a cabalidad sus funciones de rectoría de todo el sector y, por último, el canon por uso del espectro radioeléctrico, dada la importancia y complejidad de la administración de este recurso escaso que requiere de los recursos técnicos y el personal capacitado para verificar su correcto uso.

Finalmente, a partir de las normas 65 y siguientes se estatuye el régimen de sanciones, con posibilidad de imponer medidas cautelares.

Ley N° 8660: Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones

En el art. 38 de esta Ley se regula el Sector de Telecomunicaciones, dentro del marco de sectorización del Estado, el cual estará constituido por la Administración Pública, tanto centralizada como descentralizada, autónoma y semiautónoma, así como las empresas públicas y aquellas que pertenezcan al régimen municipal y que desarrollen funciones o actividades relacionadas con las telecomunicaciones. La rectoría se ubica en el MINAET, a quien le corresponderán, según norma 39 de la Ley, las siguientes funciones:

- a) Formular y revisar las políticas del uso y desarrollo de las telecomunicaciones;
- b) Coordinar, con fundamento en las políticas del Sector, la elaboración del Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones, el cual será parte integrante del Plan Nacional de Desarrollo,
- c) Coordinar la Administración Pública, tanto centralizada como descentralizada, autónoma y semiautónoma, así como las empresas públicas y aquellas que pertenezcan al régimen municipal, que desarrollen funciones o actividades relacionadas con las telecomunicaciones. Lo anterior sin perjuicio de la potestad de dirección que corresponde al Poder Ejecutivo en virtud de lo dispuesto en el artículo 140 inciso 8) de la Constitución Política,

- d) Velar porque las políticas del sector sean ejecutadas por las entidades públicas que forman parte de éste;
- e) Representar al país ante las organizaciones y foros internacionales de telecomunicaciones y en aquellos relacionados con la Sociedad de la Información;
- f) Resolver sobre las reasignaciones de las frecuencias asignadas a los servicios de radiodifusión y televisión, previo informe técnico de la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL), entre otros.

Por su parte, en el art. 40 se regula lo referido al Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones; éste será el instrumento de planificación y orientación general del sector y como tal define las metas, objetivos y prioridades del sector. Como plan deberá tomar en consideración las políticas del sector y adoptará una perspectiva de corto, mediano y largo plazo y será elaborado por el Ministro Rector en consulta con las entidades públicas y privadas relacionadas con el sector y en coordinación con el Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica. Desde luego que este plan será muy esperado, pues, además de las leyes y reglamentos, será la base de país para terminar de consolidar la filosofía concreta para cumplir con una apertura con observancia en la solidaridad, el acceso y servicio universal

Y, como lo conocemos, se reformó la Ley de la ARESEP para crear a la SUTEL, misma que deberá regular, aplicar, vigilar y controlar el ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones, para lo cual se regirá por las disposiciones establecidas en la ley y en las demás disposiciones legales y reglamentarias que resulten aplicables. Es un órgano de la ARESEP para la administración del FONATEL y de los cánones de regulación y por uso del espectro radioeléctrico. La ley dice que la SUTEL es independiente de todo operador de redes y proveedor de servicios de telecomunicaciones y estará sujeta al Plan Nacional de las Telecomunicaciones y a las políticas sectoriales correspondientes.

Según norma 60, las funciones de la SUTEL, son:

- a) Aplicar el ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones, para lo cual actuará en concordancia con las políticas del Sector, lo establecido en el Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones, la Ley General de Telecomunicaciones, las disposiciones establecidas en esta Ley y en las demás disposiciones legales y reglamentarias que resulten aplicables;
- b) Administrar el Fondo Nacional de Telecomunicaciones y garantizar el cumplimiento de las obligaciones de acceso y servicio universal que se impongan a los operadores de redes y proveedores de servicios de telecomunicaciones;
- c) Promover la diversidad de los servicios de telecomunicaciones y la introducción de nuevas tecnologías;
- d) Garantizar y proteger los derechos de los usuarios de las telecomunicaciones; entre otros.

Como se ha explicado, en la LFMEPST, además de incorporarse las normas particulares en beneficio del ICE y sus empresas, se constituyó al rector y la SUTEL, además de precisar la separación entre ARESEP-SUTEL. De ahí que las dos leyes indicadas deban ser de consulta obligatoria por parte de todo sujeto interesado en las telecomunicaciones en Costa Rica.

III. GRUPO ICE

Enfaticemos los ejes fundamentales del fortalecimiento en apoyo del Grupo ICE. Se buscó: autonomía e independencia; procesos de contratación administrativa más lógicos, inteligentes y ágiles; flexibilización de varias leyes para eliminar trabas y amarras; fortalecimiento de la capacidad de inversión; capacidad de responder rápidamente a las innovaciones tecnológicas; rendición de cuentas y transparencia en todas sus actuaciones; potestad para operar internacionalmente; potestad para realizar alianzas estratégicas; desarrollo del recurso humano institucional; gestión financiera eficaz y tratamiento financiero-fiscal igual a otras empresas; en los mercados abiertos a la competencia, potestades no discriminatorias; capacidad para fortalecer los mecanismos de universalidad y solidaridad y responsabilidad económica (eficiencia, competitividad, etc.), social y ambiental.

El ICE podrá constituir o adquirir empresas cuando a bien lo tenga, lo mismo que sus empresas pero previo aval del Instituto. Según art. 8 LFMEPST se le permite al Grupo ICE la asociación empresarial para cumplir con todos los fines, y eso puede suceder dentro y fuera del territorio nacional, además de poder suscribir acuerdos, convenios de cooperación, alianzas estratégicas, o cualquier otra forma de asociación empresarial con otros entes públicos o privados, nacionales o extranjeros que desarrollen actividades de inversión, comerciales, de investigación y desarrollo tecnológico y otros relacionados con las actividades del Grupo, todo como parte del ámbito de sus competencias, con licencia para suscribir contratos de fideicomisos (art. 11) sin mayores limitaciones de consideración.

Contrario a lo que usualmente tenía que soportar el Grupo ICE, a partir del art. 13 se otorga un régimen especial de financiamiento y endeudamiento, esto encaminado a que pueda realizar inversiones, con mayor libertad, sin obviar que se acuerden decisiones razonables. Asimismo, en el art. 17 se observa la serie de leyes de orden público que deja de aplicarle al ICE y sus empresas: Ley para el Equilibrio Financiero del Sector Público; Ley de la Administración Financiera de la República y de Presupuestos Públicos, excepto los artículos 57 y 94; así como la Ley de Creación de la Autoridad Presupuestaria; Artículo 106 de la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica; Artículos 10, 16, 17 y 18 sobre proyectos de inversión y reorganizaciones de la Ley de Planificación Nacional y Ley de Renegociación de la Deuda con la Banca Privada Internacional.

El capítulo IV dispuso un régimen especial de contratación administrativa solo para el ICE, uno que en efecto le

da mejores herramientas y mayor lógica en los controles que debe observar. De manera que, así, la eficiencia siempre pretendida en esta materia sea más real al menos desde el texto de la Ley. Y en el caso de las empresas del ICE, se desaplicó del todo la Ley de Contratación Administrativa y su reglamento.

La duda justificada está en que con todo este ordenamiento favoreciente, el Grupo ICE en efecto lo aproveche, rompa paradigmas y continúe por la senda de ser un gran operador en servicios de telecomunicaciones, y lo mismo para con su otro deber en materia de energía. Más que las leyes, el recurso humano y la urgente evaluación del desempeño, en niveles técnicos y gerenciales, su estructura administrativa, sus procesos de compras públicas, la calidad en la atención del cliente, entre otros, son áreas por revisión que no pueden postergarse más. Ahí, el agudo bisturí debe ingresar, revisar y operar sin anestesia de ser el caso, para que se extirpen algunos posibles males que no son positivos en un mercado competitivo.

IV. BREVE MENCIÓN DE LA PERSONA VIRTUAL, DERECHOS HUMANOS Y TELECOMUNICACIONES

Con la prestación de servicios de telecomunicaciones, y el uso de redes y tecnologías para ello, el ser humano se ubica en una dimensión distinta del clásico ordenamiento y protección de derechos humanos.

En esta materia, o en punto a los principios que se reconocen por sí en todo ser humano, como una verdad que no necesita de mayor reconocimiento positivo³, cabe mencionar someramente la presencia de hasta cinco generaciones de derechos humanos: los derechos de primera generación: derechos civiles y políticos; derechos de segunda generación: derechos sociales, económicos y culturales; derechos de tercera generación: derechos colectivos de los pueblos; derechos de cuarta generación: derechos de la sociedad del conocimiento y derechos de la quinta generación: derechos de la persona o personalidad virtual.

En punto a las generaciones, algún sector de la doctrina indica que responden sobretudo a razones de orden histórico, y según la voluntad del poder político, tesis que no compartimos pues, a lo sumo, se podría aceptar no que se otorgan derechos, sino que la sociedad, estado o cada país, lo que hace es redescubrir en los seres humanos principios de los que siempre ha sido su único dueño.

No por ello dejaremos de reconocer la cada vez más difícil realidad de "redescubrir" esos derechos, en una sociedad que se torna más compleja en punto a los avances de la ciencia y la tecnología particularmente. En efecto, como se profundizará, los derechos humanos de la quinta generación,

3 Puede el lector consultar la tesis de grado: "El derecho a la vida como derecho fundamental iusnaturalista" donde el autor plantea que los derechos humanos se explican desde la dignidad de toda persona, y con un claro contenido de ley natural antes que positiva. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 2000.

por ejemplo, se nos presentan conceptos de persona virtual, que no es desde luego la clásica concepción de un “ser humano”, pero del que podría desprenderse una línea consecuente de que esa “persona virtual” es parte de un “ser humano” que merece, en cuanto a su desarrollo en el mundo de la Internet o de las tecnologías de la comunicación, un trato especial. El debate está planteado pues no es preciso determinar hasta dónde este tipo de derechos de quinta generación, por ejemplo, pueden considerarse o no derechos humanos en el tanto y en el cuanto la dignidad humana, sustrato esencial de los derechos humanos, no parece fundamentar, como definición, derechos como los anotados.

V. DERECHOS DE LA SOCIEDAD DEL CONOCIMIENTO, PERSONA VIRTUAL Y TELECOMUNICACIONES

Son los derechos de la presente y futuras generaciones, según señala Castro Bonilla, “derivados de la revolución tecnológica de finales del siglo XX y principios del siglo XXI; a los que denominaré Derechos en la Sociedad del Conocimiento, por el contexto histórico en el que se originan y la incidencia de las TIC en su conformación”⁴. Aunque cabe indicar que son derechos que ya no están en riesgo de desconocimiento, pues los efectos de la sociedad del conocimiento, de la persona virtual, ya se viven. Es decir, esas generaciones de seres humanos ya existen.

El reto de este nuevo tipo de sociedad, basada en realidades nunca antes vista de conocimiento y de las telecomunicaciones, ha forzado a replantear los derechos humanos, por la introducción de innovaciones que han obligado a las sociedades a adoptar nuevas medidas para la convivencia social. Esta era del conocimiento afecta a todos los seres humanos, por lo que no importa ya tanto el ámbito territorial. Lo anotado entonces nos pone a pensar que:

“En el plano de los derechos humanos, las nuevas Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) han introducido amenazas comunes que obligan a la ampliación de la protección de los derechos del ser humano. La interacción entre la comunicación y la telemática en esta nueva era ha posibilitado un mundo de información en tiempo real, de transmisión masiva y asimilación simultánea de esa información. Esta dinámica ha generado cambios en el plano jurídico, social y político que exigen respuestas universales y no aisladas. Efectivamente, la convergencia de tecnologías ha introducido medios de comunicación inéditos cuya implementación pone en jaque la aplicación de la legislación que antes era utilizada para el mundo analógico, en lo que respecta a la protección de derechos como la intimidad personal, la inviolabilidad de las comunicaciones y el derecho de la propiedad intelectual, entre otros”⁵.

De lo que viene entonces debe analizarse la doctrina de los derechos humanos, a partir de la nueva sociedad de la información y de las telecomunicaciones, siendo necesario provocar un derecho dinámico, pues va de la mano con los tiempos y el avance de las tecnologías. Tan cierto es lo indicado, que en la Declaración Universal de Derechos Humanos del Ciberespacio⁶, escrita por Robert Gelman el 12 de noviembre de 1997 se sostiene la existencia de nuevos derechos humanos a raíz de la existencia de una sociedad que ya no se basa en bienes privados de propiedad sino que el bien es la información, como también se nos recuerda en el estudio base de este acápite. De ahí que, citado por Castro Bonilla, García nos señala:

“A medida que mejoran las condiciones materiales de vida e incrementa el nivel educativo, las personas valoran y aspiran a satisfacer necesidades superiores. El conjunto de condiciones que se van reconociendo como necesarias para una calidad de vida se amplía continuamente, El concepto de naturaleza humana, quicio de la declaración de derechos humanos, no está rígidamente establecido, sino históricamente configurado y abierto a continua interpretación. El concepto de derechos humanos, paralelamente, se modifica con las transformaciones económicas, científico –tecnológicas y socioculturales, y las aspiraciones de las personas y de los pueblos.”⁷

No cabe más consecuencia que aceptar que el mismo alcance de la persona se ha modificado. No es que exista más o menos dignidad humana, y por ende, cambio de fondo en los principios inherentes, es solo que, como complemento, la persona humana ha ingresado a una era en la que conoce y maneja el mundo de las telecomunicaciones.

En los conceptos de las WEB 2.0 ó 3.0, las sociedad virtuales, donde todo es de todos, se comparte y se conocen personas de las que nunca en la vida, tal vez, se les verá físicamente, partiendo de esas personas se conocen totalmente por medios tecnológicos, en espacios como los conocidos My Space, Facebook, Hi5 u otros, el respeto por derechos de la persona virtual o los derechos de la era del conocimiento tiene sentido. Tan cierto es el uso indebido en la red de Internet, como lo es en el radio nacional o local; tan cierto es el uso indebido de información personal en los bancos como en la red indicada, dándose el reto de que la persona pueda conocer quién y por qué se hizo uso de información personalísima.

Las comunidades virtuales a las que asisten personas virtuales tienen, por detrás, seres humanos de carne y

6 GELMAN, Robert. La Declaración Universal de Derechos Humanos del Ciberespacio. En <http://www.arnal.es/free/info/declaracion/html> (11/07/2002)

7 GARCÍA GARCÍA, Emilio. “Derechos Humanos y calidad de vida”. En GONZALEZ R. ARNAIZ Graciano (coordinador). Derecho Humanos, la condición humana en la sociedad tecnológica. Editorial Tecnos, Madrid, 1999, pág. 137.

4 Castro Bonilla, Alejandra. Los derechos fundamentales en Internet (material del curso sobre Internet), Programa de Doctorado, UNED, 2006.

5 Op. Cit.

hueso, mas ese espacio de relaciones, a su vez jurídicas, está abandonado por el momento. Ahora dentro de este elenco de derechos se pueden citar, apoyándonos en lo ya escrito al respecto⁸: el derecho de acceso a la informática, el derecho a acceder al espacio que supone la nueva sociedad de la información en condiciones de igualdad y de no discriminación, el derecho a acceder a la línea o punto de conexión (línea, satélite, cable...), el derecho de acceder a hardware o equipo físico, el derecho de acceder a un *Software* (condiciones técnicas que permitan la conexión), el derecho al *Freeware* cuando posibilite o instrumentalice el derecho a gozar de educación, información y cultura, el derecho a formarse en las nuevas tecnologías, el derecho a la autodeterminación informativa (en la manipulación de los datos personales, la intimidad e imagen en el ciberespacio), el derecho al *habeas data*, el derecho a la limitación del uso de la informática para garantizar los derechos fundamentales y la seguridad digital (en defensa de bienes personales, morales y patrimoniales). Algunos de estos tienen su sustento en los mismos principios de acceso y servicio universal y solidaridad regulados en la LGT.

Cabe citar, además, al Dr. Chinchilla Sandí cuando, en su ensayo "Derecho Humano de la Quinta Generación: Propuesta de reforma constitucional acerca de la "Personalidad Virtual"⁹, indica lo siguiente sobre la persona virtual, como uno de los tópicos aún neófitos en la legislación patria, y que es parte de esos derechos humanos de la quinta generación:

"De especial relevancia resulta escribir acerca de los Derechos Humanos y su necesaria protección constitucional en todos los países del mundo. Pero particularmente, es de singular atención, el desarrollar un tema propio de un derecho humano que pertenece a la llamada "quinta generación", la que se dirige a considerar los impactos y desarrollos de las nuevas y modernas tecnologías de la información y comunicación que se relacionan directamente con el ser humano e influyen en su existencia.

(...)

Hoy día resulta innegable que, en todo momento y cada vez más, los individuos de nuestra sociedad porten consigo una "presencia virtual", lo hayan querido o no. Parte esencial de esta manifestación presencial virtual, se nutre de toda la información que arroja Internet sobre todos nosotros, la cual, en el mejor de los casos, puede ser positiva y halagadora, pero en el peor, discriminatoria e ingrata.

Existe un compromiso con los ciudadanos de los diferentes estados del mundo, de proteger el derecho al libre desarrollo de su personalidad y su autodeterminación informativa. Por ello, la necesidad de una correcta, adecuada y suficiente regulación legal, hasta el extremo, como se expondrá más adelante, de incorporar esta petición como reforma constitucional.

⁸ Op. Cit.

⁹ Revista El Foro, Colegio de Abogados, 2005.

En este sentido, emerge la necesidad actual de tomar la misma información como un centro de imputación de efectos jurídicos, lo que propiciaría la llegada de la personalidad virtual.

En nuestra opinión, entendemos la personalidad virtual como el desdoblamiento del ser humano en su materialidad física y su desmaterialización virtual de información -principio de ubicuidad-, donde esta personalidad virtual -conformada en forma absoluta de información- se encuentra regulada por cada persona y será considerada como centro de atribución o imputación de efectos jurídicos.

En este sentido, podemos agregar que toda persona tiene derecho a tener o no tener personalidad virtual, donde su presencia, contenido y proyección se encuentre regulada por cada una de ellas.

Como efecto inmediato de lo anterior, al tratarse del manejo de la información absoluta y completa de cada ser humano, no podrá ser utilizada con fines discriminatorios en perjuicio de su titular.

El Estado debe ser el encargado de garantizar que la información contenida en la personalidad virtual goce de la adecuada seguridad informática y jurídica, con exclusión de terceros no autorizados que pretendan obtenerla. De igual forma, el Estado podrá hacer uso del contenido de la personalidad virtual de las personas, previa autorización de éstas, siempre que se realice en beneficio y provecho de las mismas".

Evidentemente que mucho de lo indicado por el autor citado requiere de una pronta y certera legislación nacional, aunque no por tal carencia se conoce de esta "ola" de derechos humanos. En esa misma línea de reconocimiento de esta ola de nueva generación de derechos humanos, la Sala Constitucional ha señalado:

"(..) la ampliación del ámbito protector del Derecho a la intimidad surge como una respuesta al ambiente global de fluidez informativa que se vive. Ambiente que ha puesto en entredicho las fórmulas tradicionales de protección a los datos personales, para dar evolucionar [sic] en atención a la necesidad de utilizar nuevas herramientas que permitan garantizar el derecho fundamental de los ciudadanos a decidir quién, cuándo, dónde y bajo qué y cuáles circunstancias tiene contacto con sus datos. Es reconocido así el derecho fundamental de toda persona física o jurídica a conocer lo que conste sobre ella, sus bienes o derechos en cualquier registro o archivo, de toda naturaleza, incluso mecánica, electrónica o informatizada, sea pública o privada; así como la finalidad a que esa información se destine y a que sea empleada únicamente para dicho fin, el cual dependerá de la naturaleza del registro en cuestión. Da derecho también a que la información sea rectificadas, actualizadas, complementadas o suprimidas, cuando la misma sea incorrecta o inexacta, o esté siendo empleada para fin distinto del que legítimamente puede cumplir. Es la

llamada protección a la autodeterminación informativa de las personas, la cual rebasa su simple ámbito de intimidad. Se concede al ciudadano el derecho a estar informado del procesamiento de los datos y de los fines que con él se pretende alcanzar, junto con el derecho de acceso, corrección o eliminación en caso el que se le cause un perjuicio ilegítimo". (Sentencia N° 4847-1999 de las 16:27 hrs. del 22 de junio de 1999).

Ahora, a la luz de la LGT, su reglamento y la LF-MEPST, los derechos de la "persona virtual", que no es más que una extrapolación de los mismos derechos del ser humano, la SUTEL particularmente deberá dar certeza de que cuidará por el régimen de protección de la intimidad de los usuarios de las telecomunicaciones están, efectivamente, protegidos. Telecomunicaciones es internet, servicios de información, tráfico de datos personales, información de clientes de los servicios, etc.; en todo esto debe darse un celo porque el ser humano (el ser humano "virtual") halle tranquilidad, en el respeto que se le dará. Los operadores de servicios de telecomunicaciones, en esa línea, han de ser cautelosos y respetuosos de los derechos de los usuarios dispuestos en la LGT. Además, algunos de esos derechos de la sociedad del conocimiento, se concretizarían con la pronta atención real de los principios de acceso y servicio universal y solidaridad. Por tanto, la expectativa de cumplimiento está anunciada.

VI. CONCLUSIÓN

Existe un elenco de retos de fondo en SUTEL, MINAET y los operadores públicos de telecomunicaciones. El marco legal está dado, los reglamentos se han venido dictando y los planes se publicarán. Lo formal, al parecer, va bien encaminado, pero la realidad de las cosas se espera.

Las leyes y CAFTA tienen como principal objetivo hacer de las telecomunicaciones uno de los motores más importantes de la economía costarricense, de su desarrollo y del logro de estándares propios de servicios en competencia. Es

claro que se busca incentivar el dinamismo de las actividades productivas y el comercio entre todos sus sectores, desde las pequeñas y medianas empresas hasta las grandes compañías que invierten en el país, todo dentro de la ideología de la Constitución Política de garantizar siempre el estado social, en cuyo caso se dio importancia a los principios de solidaridad, acceso universal y otros.

Con una sociedad del conocimiento y de las telecomunicaciones que avanza, y conforme surgen tecnologías más robustas y servicios en convergencia, el impacto es de facto sobre la sociedad, la educación, la cultura, y otros. Las telecomunicaciones son estratégicas en la generación de oportunidades de empleo y la competitividad.

No dudamos que en el camino de la apertura y liberación de las telecomunicaciones se ha dado un paso importante, pero en cuanto al fondo y los efectos visibles, la travesía apenas inicia.

VII. ABREVIATURAS

CAFTA: Siglas en Inglés del Tratado de Libre Comercio suscrito entre Estados Unidos de Norteamérica, Centroamérica y República Dominicana

CGR: Contraloría General de la República

FONATEL: Fondo nacional de telecomunicaciones

ICE: Instituto Costarricense de Electricidad

INEC: Instituto Nacional de Estadísticas y Censos

MINAET: Ministerio de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones

MINISTRO RECTOR: Se entiende por la autoridad del Ministerio de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones, como órgano rector del Gobierno en la materia; e ésta línea se ha creado un viceministerio de Telecomunicaciones

PGR: Procuraduría General de la República

RACSA: Radiográfica Costarricense, S.A

SUTEL: Superintendencia de Telecomunicaciones

TSE: Tribunal Supremo de Elecciones

COMPETENCIA Y TELECOMUNICACIONES

Lic. Mauricio Masís

Abogado consultor, especialista en gestión dinámica de proyectos y en políticas medio ambientales.

I. INTRODUCCIÓN

Dentro de las reformas normativas que deben implementarse como parte de la agenda complementaria al Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, Estados Unidos y República Dominicana, está lo referente a la materia de telecomunicaciones. En ese sentido, recientemente, mediante la Ley 8642, se adoptó como ley de la República la Ley General de Telecomunicaciones, que tiene como objeto establecer el ámbito y los mecanismos de regulación de las telecomunicaciones, que comprende el uso y la explotación de las redes y la prestación de los servicios de telecomunicaciones.

Dentro de esta regulación general, resulta de gran importancia las disposiciones en materia de competencia debido a la incidencia de esta materia en el área de telecomunicaciones. Con esta nueva ley se abre a la competencia un sector que tradicionalmente ha estado excluido y, por ende, requiere una serie de ajustes y consideraciones desde el punto de vista de la normativa antimonopolio que permita prever situaciones con efectos nocivos y que facilite el normal desempeño de las actividades. En ese sentido, el mercado de las telecomunicaciones bajo un régimen de competencia presenta particularidades que deben ser tomadas en cuenta y que en gran medida representan un reto para las autoridades encargadas de la protección de la competencia en este mercado.

A partir de lo anterior, este trabajo pretende señalar algunos aspectos relacionados con el tema de competencia y telecomunicaciones a nivel de nuestra nueva legislación y a la luz de la experiencia extranjera en la materia. Considerando principalmente que los sectores regulados, como telecomunicaciones, enfrentan un reto especialmente difícil de competencia ya que son proclives a tener pocas compañías y un comportamiento anticompetitivo y además, en muchas ocasiones ha sucedido que la intervención del gobierno ha podido provocar más perjuicios que beneficios al crear barreras artificiales al ingreso o al distorsionar el sector.

II. COMPETENCIA EN COSTA RICA RICA Y LOS SECTORES REGULADOS

Costa Rica como un país tendiente a una economía abierta y como parte de ese proceso de globalización que han enfrentado nuestros países, desde el año 1995 adoptó instrumentos

legales para la tutela y la defensa de la competencia y los derechos del consumidor.

De esta forma, la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, N° 7472, es el conjunto de principios y normas cuyas disposiciones definen el marco jurídico que regula, previene y elimina prácticas comerciales restrictivas, monopólicas y otras conductas que inciden negativamente en la asignación de los recursos productivos, en la transparencia que debe existir en los mercados y en las relaciones entre los agentes económicos que intervienen en los distintos procesos de la actividad económica. En ese sentido, esta ley vino a establecer una serie de reglas que todo agente económico debe observar, para no incurrir en prácticas anticompetitivas.

No obstante, dicha legislación presenta un vacío importante y es dejar fuera del ámbito de aplicación de la ley a los sectores que están en manos del Estado. Es decir, excluye del régimen de competencia a los prestadores de servicios públicos en virtud de una concesión y a los monopolios del Estado, dentro de los cuales se mencionaba a las telecomunicaciones.

Ciertamente, hasta antes de la promulgación de la Ley N° 8642 del 4 de junio de 2008, la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, Ley N° 7472, excluía expresamente en el artículo 9 la materia de telecomunicaciones del ámbito de aplicación del capítulo de competencia de dicha ley.

Al abrirse las telecomunicaciones a la competencia, el artículo 9 de la Ley N° 7472 fue reformado expresamente por el artículo 73 de la Ley N° 8642, de manera que el artículo 9 ya no excluye al sector de telecomunicaciones. No obstante, ese artículo aún mantiene excepciones y si bien esta reforma es una contribución importante al impulso de los principios de competencia en un sector que ha sido monopolio del Estado, debería generalizarse la protección de la competencia en todos los ámbitos.

Sin embargo, para el caso que nos ocupa, dicho artículo ya no excluye las telecomunicaciones, tal y como se aprecia de su texto:

“Artículo 9.- Campo de aplicación

La normativa de este capítulo se aplica a todos los agentes económicos, con las salvedades y las previsiones indicadas en este capítulo.

Se exceptúan de la aplicación de la normativa de este título:

- a) Los agentes prestadores de servicios públicos en virtud de una concesión, en los términos que señalen las leyes para celebrar las actividades necesarias para prestar esos servicios, de acuerdo con las limitaciones establecidas en la concesión y en las regulaciones especiales.
- b) Los monopolios del Estado creados por ley, mientras subsistan por leyes especiales para celebrar las actividades expresamente autorizadas en ellas.”

Más aún, las disposiciones de competencia de la Ley N.º 7472 es ahora normativa supletoria en la regulación de ese sector. El título III de la Ley N.º 8642 dedicado al tema de competencia, en su artículo 52 señala que la operación de redes y la prestación de servicios de telecomunicaciones, estarán sujetas a un régimen sectorial de competencia, el cual se regirá por lo previsto en Ley N.º 8642 y supletoriamente por los criterios establecidos en el capítulo III de la Ley N.º 7472, Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor.

En ese artículo 52 se establece también el ámbito de competencias de la Superintendencia de Telecomunicaciones (en adelante SUTEL) en los siguientes términos:

“A la Sutel le corresponde:

- a) Promover los principios de competencia en el mercado nacional de telecomunicaciones.
- b) Analizar el grado de competencia efectiva en los mercados.
- c) Determinar cuándo las operaciones o los actos que se ejecuten o celebren fuera del país, por parte de los operadores o proveedores, pueden afectar la competencia efectiva en el mercado nacional.
- d) Garantizar el acceso de los operadores y proveedores al mercado de telecomunicaciones en condiciones razonables y no discriminatorias.
- e) Garantizar el acceso a las instalaciones esenciales en condiciones equitativas y no discriminatorias.
- f) Evitar los abusos y las prácticas monopolísticas por parte de operadores o proveedores en el mercado, estos últimos no podrán asignar a un solo operador sus sistemas y tecnologías con fines monopolísticos. Si se llega a determinar que un proveedor ha creado o utilizado otras personas jurídicas con estos fines monopolísticos, la Sutel deberá garantizar que dicha práctica cese inmediatamente, sin detrimento de las responsabilidades que esta conducta derive.

La Sutel tendrá la competencia exclusiva para conocer de oficio o por denuncia, así como para corregir y sancionar, cuando proceda, las prácticas monopolísticas cometidas por operadores o proveedores que tengan por

objeto o efecto limitar, disminuir o eliminar la competencia en el mercado de las telecomunicaciones.

III. RÉGIMEN SECTORIAL DE COMPETENCIA EN TELECOMUNICACIONES

Como se puede apreciar de la normativa antes señalada, la Ley 8642 establece un sistema novedoso de protección de la competencia, creando un régimen sectorial, es decir, crea un órgano de competencia y una normativa particular de competencia para telecomunicaciones, aparte de la regulación existente.

A partir de esto, la Comisión para promover la Competencia, que fue creado en el año 1995 como ente rector de la competencia en el país, cede su competencia respecto al tema de telecomunicaciones en manos de una entidad nueva, la Superintendencia de Telecomunicaciones, ente, además, regulador sectorial.

Pueden ser muchas las apreciaciones al respecto, en pro y en contra de dicho sistema. No obstante, al margen de toda consideración, la realidad es la descentralización de la protección de la competencia lo cual podría llevarnos a cuestionar si no es la Comisión para Promover la Competencia el órgano con mayor experiencia para el análisis de la materia, si el mercado de telecomunicaciones reviste características tan particulares que requieran al órgano sectorial de la materia como ente regulador también del tema de competencia, si la condición de órgano regulador de un sector no pone en segundo plano el tema de competencia y si esa condición de órgano regulador no podría ser también un factor de conflicto para las decisiones en materia de competencia. En fin, son cuestionamientos que requieren entrar a analizar distintos factores; la experiencia extranjera ha dado diversas respuestas y, en el caso de Costa Rica, sólo el tiempo dará la respuesta. Es en este caso a la SUTEL a la que corresponderá la difícil tarea de velar y aplicar principios de transparencia, no discriminación, equidad, seguridad jurídica y visión en su gestión.

Sobre este tema, los países que han introducido competencia en sectores que tradicionalmente han estado reservados al Estado han adoptado distintos sistemas en cuanto a la relación entre órganos de competencia y órganos sectoriales. Algunos han dejado el tema en manos exclusivamente de los órganos de competencia, otros en los órganos sectoriales y otros han introducido combinaciones interesantes. Asimismo, los resultados obtenidos han sido diversos, algunos positivos otros muy negativos. Por ejemplo, en el caso de España, la complejidad y confusión de competencias ha generado pronunciamientos contradictorios y duplicidad de acciones.

En general, el tema ha sido debatido y es un tema aún en discusión en muchos foros. “Por ejemplo, en el sector de telecomunicación, los países han aplicado diferentes tipos de relación entre la legislación de competencia y los enfoques sectoriales para regular el sector. En Estados Unidos las instituciones encargadas de la regulación sectorial aplican reglas sectoriales. Contrariamente, hasta el año 2001, Nueva Zelan-

da aplicó exclusivamente la Ley de Competencia. En el caso de Australia, Chile y el Reino Unido, se han combinaciones de Ley de Competencia y Regulación Sectorial. La experiencia de estos últimos sugiere que las normas sobre regulación sectorial son las más adecuadas para abordar aspectos vinculados a precios y otros asuntos de tipo operativo. Las normas de competencia, por su parte, se consideran esenciales para prevenir prácticas anticompetitivas, garantizar que se realicen revisiones de casos de fusiones y cubrir las diferencias en cuanto a los regímenes de regulación sectorial. La experiencia sugiere que se requiere una entidad especializada – sea una autoridad sectorial o una entidad de competencia con suficiente experiencia en materia de telecomunicaciones – con el fin de tratar algunos complejos aspectos relativos a las regulaciones sectoriales.”¹¹

El objetivo del presente artículo no es cuestionar el sistema adoptado en nuestro país, sino destacar algunos de los aspectos de competencia relacionados con el sector de telecomunicaciones, desde un punto de vista académico.

IV. IMPORTANCIA DE LA COMPETENCIA EN EL MERCADO DE TELECOMUNICACIONES

El sector de telecomunicaciones, como muchos otros en nuestro país, son mercados competitivos respecto a los cuales no existe justificación para mantenerlos bajo un régimen de monopolio. Las experiencias de apertura y liberalización de distintos servicios en otros países han sido un éxito sin discusión y cuando la apertura ha permitido una competencia efectiva en estos servicios el efecto ha sido descenso en los precios y una mejora en la calidad. En los casos en que ha habido conflictos fue porque más que una apertura o una efectiva liberalización en el sector, lo que se dio fue el paso de un monopolio público a un monopolio privado, como ha sido considerado por algunos el caso de México con Telmex.

No obstante, los beneficios asociados a la competencia han dado muestras a nivel mundial. Las normas antimonopolio son importantes no sólo en aras de garantizar el funcionamiento eficiente del mercado, dentro de un esquema de amplia participación de los agentes económicos, sino también son importantes como mecanismo para beneficiar y resguardar los intereses de los consumidores o usuarios, principalmente en cuanto a variedad de opciones para elegir.

Los beneficios asociados a un régimen de competencia como es el generar en las empresas la búsqueda de estrategias que le permitan contar con más usuarios, en el sector de telecomunicaciones puede tener un impacto aún más visible en la inversión en tecnología. Dentro de los objetivos del proyecto de la hoy Ley 8642, se señalaba promover la competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones como un mecanismo para aumentar la disponibilidad de servicios, mejorar su calidad, y asegurar precios asequibles.

El esquema que se ha querido adoptar con la nueva Ley General de Telecomunicaciones es permitir la participa-

ción de nuevas empresas en la prestación de los servicios de Internet, celulares y redes privadas, reservándose el Estado la regulación de las tarifas y de la calidad del servicio.

V. ASPECTOS A CONSIDERAR DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Como se mencionó líneas atrás, en el sector de telecomunicaciones deben tomarse en cuenta algunos aspectos a efectos de lograr una efectiva protección de la competencia; a continuación algunos de esos temas:

1. No fomentar barreras al acceso

En muchos casos, los fracasos a la hora de introducir competencia en un sector es la creación por parte del Estado de barreras que no permiten una verdadera competencia, que aumenta los costos y restringe con ello un verdadero aprovechamiento de los beneficios.

En este sentido, la transparencia en los procesos y una debida publicidad es fundamental. Tal y como lo prevé la Ley General de Telecomunicaciones se requiere el establecimiento de condiciones adecuadas para que los operadores, proveedores y demás interesados puedan participar en el proceso de formación de las políticas sectoriales de telecomunicaciones y la adopción de los acuerdos y las resoluciones que las desarrollen y apliquen. También poner a disposición del público en general:

- Información relativa a los procedimientos para obtener los títulos habilitantes.
- Los acuerdos de acceso e interconexión.
- Los términos y las condiciones impuestas en todos los títulos habilitantes que sean concedidos.
- Las obligaciones y demás procedimientos a los que se encuentran sometidos los operadores y proveedores.
- La información general sobre precios y tarifas.
- Las condiciones generales y las especificaciones técnicas necesarias para identificar las bandas de frecuencia que sean objeto de concurso público.
- No dar un trato menos favorable al otorgado a cualquier otro operador, proveedor o usuario, público o privado, de un servicio de telecomunicaciones similar o igual.

2. Introducir principios de competencia en el proceso concursal tendente al otorgamiento de las concesiones del espectro radioeléctrico

La Ley General de Telecomunicaciones prevé que se otorgará mediante concesión el uso y la explotación de las frecuencias del espectro radioeléctrico que se requieran para la operación y explotación de redes de telecomunicaciones.

Esa concesión habilita a su titular para la operación y explotación de la red y cuando se trate de redes públicas de telecomunicaciones; la concesión habilita a su titular para la prestación de todo tipo de servicio de telecomunicaciones disponibles al público.

Siendo esta concesión el título habilitante, resulta fundamental que las pautas para acceder a esa concesión estén claramente definidas y sin aspectos que ilegítimamente excluyan a un posible participante.

Como regla general, el Estado debe procurar que la mayor cantidad de agentes ingrese al mercado para que compitan entre ellos y, de esta forma, los usuarios y consumidores se beneficien. El que solo participe un agente económico o un número limitado de agentes económicos debe ser la excepción, y únicamente debe permitirse cuando un estudio fehaciente y fundamentado del mercado así lo determine. Siendo el espectro radioeléctrico un bien limitado y, por ende, con una cantidad limitada de agentes en ese sector, es que la competencia debe promoverse en las bases del concurso. Es decir, si bien no todos pueden llegar a ser concesionarios, sí deben estar en condiciones de competir en igualdad de oportunidades por esa concesión. Es por eso que la Administración, al elaborar los respectivos carteles, debe evitar imponer condiciones restrictivas que dificulten el libre acceso e imposibiliten la introducción de una verdadera competencia.

Respecto a la elaboración del cartel, el artículo 13 de la Ley General de Telecomunicaciones prevé:

“ARTÍCULO 13.- Cartel del concurso

El cartel del concurso deberá establecer, como mínimo, lo siguiente:

- a) *La fecha, la hora y el lugar de presentación de las ofertas, así como los requisitos que habrán de cumplir los oferentes y demás antecedentes que deberán entregarse.*
- b) *Las bandas de frecuencias objeto de concesión, sus modalidades de uso y zona de cobertura.*
- c) *Las obligaciones de acceso y servicio universal, cuando corresponda.*
- d) *Los plazos para consultas y aclaraciones al cartel.*
- e) *Los requisitos financieros, técnicos y legales que se valorarán en la calificación de las ofertas y la metodología que se empleará.*
- f) *El período de vigencia de la concesión.*
- g) *Las condiciones y el calendario de pago de la contraprestación, cuando corresponda.*
- h) *Las multas y sanciones por incumplimiento del contrato de concesión.*
- i) *El proyecto de contrato que se suscribirá con el concesionario.”*

Asimismo, en el otorgamiento de las concesiones, se debe prever que no se constituyan estructuras anticompetitivas o monopólicas, ya que una vez que éstas se han consolidado, le es más difícil al órgano regulador aplicar normas sobre la conducta de los agentes que permitan eficazmente contrarrestar los efectos anticompetitivos. Es decir, en el otorgamiento de las concesiones se debe evitar la verticalización o la concentración. Es decir, evitar que uno o unos

pocos participen en distintos o en un mismo segmento a la vez. Lo anterior, con el propósito de prevenir los abusos de posición dominante hacia los demás agentes que operan en el mercado.

De igual forma, en el otorgamiento de una concesión se deben analizar en detalle las consecuencias económicas que se pueden derivar cuando el agente económico que pueda resultar escogido se encuentre en un régimen especial que le permita contar con ciertas facilidades que distorsionen la libre competencia.

Es importante que los operadores tomen en cuenta que un factor para la revocación de un título habilitante es el incurrir reiteradamente en faltas graves de las señaladas en el artículo 67 de la Ley General de Telecomunicaciones, dentro de las cuales está: “realizar las prácticas monopolísticas establecidas en esta Ley” y “realizar una concentración sin la autorización a que se refiere esta Ley”

3. Regulación y vigilancia sobre el acceso a instalaciones esenciales

En este mercado, al igual que en otros existen estructuras, redes u otras facilidades esenciales que tienen que ser utilizadas por todos para poder llevar a cabo las actividades relacionadas con la concesión. La Ley General de Telecomunicaciones define las instalaciones esenciales como:

“instalaciones de una red o un servicio de telecomunicaciones disponible al público que son exclusiva o predominantemente suministradas por un único o por un limitado número de operadores y proveedores; y que no resulta factible, económica o técnicamente, sustituirlas con el objeto de suministrar servicios”

Respecto a esas instalaciones, debe existir una regulación del acceso no discriminatorio a las redes. En México, por ejemplo, se estableció sobre el tema de las telecomunicaciones que el acceso a las redes de transmisión deberá ser obligatoria, no discriminatorio y ofrecerse a precios apegados a costos regulados² Lo anterior es importante porque el no poder hacer uso de ellas significa ser excluido del mercado. Es decir, un agente que tenga el poder para mantener en su poder y a su favor esas facilidades esenciales, o negar el acceso a éstas a otros agentes, es inconveniente desde el punto de vista de la competencia.

El artículo 67 de la Ley General de Telecomunicaciones establece como falta grave:

- Incumplir la obligación de facilitar el acceso oportuno a las instalaciones esenciales y poner a disposición de los operadores y proveedores información técnica relevante en relación con estas instalaciones.
- Incumplir la obligación de acceso o interconexión y las demás obligaciones que de ella se deriven.

Igualmente, según el artículo 52 a la Sutel le corresponde “Garantizar el acceso a las instalaciones esenciales en condiciones equitativas y no discriminatorias”

4. Establecimiento de regulaciones razonables de interconexión

Según la Ley General de Telecomunicaciones, los operadores de redes públicas de telecomunicaciones convienen entre sí las condiciones bajo las cuales se llevará a cabo el acceso y la interconexión, en ese sentido, la Sutel deberá tener una labor activa en la revisión de esas cláusulas y de ser preciso, modificarlas o hasta eliminar aquellas que sean contrarias a los objetivos de razonabilidad y no discriminación. De hecho, es obligación de la Sutel, asegurar que el acceso e interconexión sean provistos en forma oportuna y en términos y condiciones no discriminatorias, razonables, transparentes, proporcionadas al uso pretendido y que no impliquen más que lo necesario para la buena operación del servicio previsto.

En todo caso, se debe garantizar el acceso y la interconexión de redes públicas de telecomunicaciones, de manera que se logre eficiencia, competencia efectiva, optimización del uso de los recursos escasos y un mayor beneficio para los usuarios. Dicha interconexión debe existir, aún en caso de negativa de un operador de la red pública de telecomunicaciones para llevar a cabo las negociaciones de interconexión o acceso, o de que exista desacuerdo. En tales casos, también debe intervenir la Sutel con el fin de determinar la forma, los términos y las condiciones bajo las cuales se llevará a cabo el acceso o la interconexión.

5. Control de concentraciones

Otro aspecto importante desde el punto de vista de la competencia es el control para prevenir la creación de estructuras anticompetitivas o monopólicas en el sector de telecomunicaciones. Al respecto, se debe evitar formas de prestación conjunta que se consideren nocivas a la competencia, los intereses de los usuarios o la libre concurrencia en el mercado de las telecomunicaciones.

Según el artículo 56 de la Ley General de Telecomunicaciones, muy similar al artículo 16 de la Ley 7472, se entiende por concentración lo siguiente:

“Entiéndese por concentración la fusión, la adquisición del control accionario, las alianzas o cualquier otro acto en virtud del cual se concentren las sociedades, las asociaciones, las acciones, el capital social, los fideicomisos o los activos en general, que se realicen entre operadores de redes y proveedores de servicios de telecomunicaciones que han sido independientes entre sí.”

Para el tema de concentraciones, la ley establece un control *ex ante*, de manera que para concretarse una fusión deberá contarse con la autorización previa de la Sutel. Para emitir su resolución la Sutel deberá conocer el criterio técnico de la Comisión para Promover la Competencia, no obstante, dicho criterio no es vinculante para la Sutel.

Para el análisis de la concentración la Ley General de Telecomunicaciones remite a los criterios y parámetros de la Ley 7472 en los siguientes términos:

“La Sutel no autorizará las concentraciones que resulten en una adquisición de poder sustancial o incremento de la posibilidad de ejercer poder sustancial en el mercado relevante, de conformidad con los artículos 14, 15 y 16 de la Ley N.º 7472, Promoción de la competencia y defensa efectiva del consumidor, de 20 de diciembre de 1994, que faciliten la coordinación expresa o tácita entre operadores o proveedores, o produzcan resultados adversos para los usuarios finales. No obstante, la Sutel podrá valorar si la concentración es necesaria para alcanzar economías de escala, desarrollar eficiencias o para evitar la salida, en perjuicio de los usuarios, de un operador o proveedor, y cualquier otra circunstancia prevista reglamentariamente.”

Este es un tema al que se le deberá dar especial relevancia, por las consecuencias que puede traer en el desempeño del servicio en general. Ha sido reconocido como un tema de gran preocupación por el derecho de la competencia, ya que “las fusiones y adquisiciones forman parte de la vida económica en un mundo en vías de liberalización y mundialización y es por ello que un mercado libre requiere una vigilancia más firme del Gobierno. La vertiente jurídica del control de concentraciones económicas es el área que debe adquirir un mayor protagonismo.”³

6. Vigilancia de la conducta de agentes dominantes para eliminar prácticas anticompetitivas

Siguiendo el mismo esquema de prácticas anticompetitivas que prevé la Ley 7472, la Ley General de Telecomunicaciones también tiene un apartado sobre prácticas monopolísticas absolutas, que se refiere a los acuerdos entre competidores y prácticas monopolísticas relativas que son aquellas realizadas por operadores o proveedores importantes con el objeto o efecto de desplazar indebidamente a otros operadores o proveedores del mercado, impedir sustancialmente el acceso o establecer barreras de entrada o ventajas exclusivas a favor de una o varias personas. Para la determinación de la ilegalidad de esas prácticas remite a los criterios y parámetros de la Ley 7472 en los artículos 13, 14 y 15, es decir, en lo que respecta a determinación del mercado relevante y determinación del poder sustancial del o los presuntos infractores.

En términos muy similares a lo establecido en los artículos 11 y 12 de la Ley 7472, la Ley General de Telecomunicaciones prevé en los artículos 53 y 54 lo siguiente:

“ARTÍCULO 53- Prácticas monopolísticas absolutas
Se considerarán prácticas monopolísticas absolutas los actos, los contratos, los convenios, los arreglos o las combinaciones entre operadores de redes o proveedores de telecomunicaciones competidores entre sí, actuales o potenciales, con cualquiera de los propósitos siguientes:

a) *Fijar, elevar, concertar o manipular el precio de compra o venta al que son ofrecidos o demandados*

los servicios de telecomunicaciones en los mercados o intercambiar información con el mismo objeto o efecto.

- b) Establecer la obligación de prestar un número, un volumen o una periodicidad restringida o limitada de servicios.
- c) Dividir, distribuir, asignar o imponer porciones o segmentos de un mercado de servicios de telecomunicaciones, actual o futuro, por medio de 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.

Los actos a que se refiere este artículo son prohibidos y serán nulos de pleno derecho y se sancionarán conforme a esta Ley.

ARTÍCULO 54- Prácticas monopolísticas relativas

Se considerarán prácticas monopolísticas relativas los actos, los contratos, los convenios, los arreglos o las combinaciones realizados por operadores de redes o proveedores de servicios de telecomunicaciones, por sí mismos o actuando conjuntamente con otros agentes económicos, y cuyo objeto o efecto sea o pueda ser el desplazamiento indebido de otros operadores o proveedores del mercado, el impedimento sustancial de su acceso o el establecimiento de barreras de entrada o de ventajas exclusivas a favor de una o varias personas, en los siguientes casos:

- a) El establecimiento de precios o condiciones diferentes a terceros situados en condiciones similares.
- b) La negativa a prestar servicios de telecomunicaciones normalmente ofrecidos a terceros, salvo que exista una justificación razonable. Para las situaciones que se presenten respecto de la interconexión y el acceso, se estará a lo dispuesto en esta Ley.
- c) El establecimiento de subsidios cruzados entre diferentes bienes o servicios ofrecidos por el operador o proveedor.
- d) La fijación, la imposición o el establecimiento de la compra, venta o distribución exclusiva de servicios de telecomunicaciones, por razón del sujeto, la situación geográfica o por períodos de tiempo determinados, incluso la división, la distribución o la asignación de clientes o proveedores, entre operadores o proveedores.
- e) La imposición de precio o las demás condiciones que debe observar un operador o proveedor, al vender, distribuir o prestar servicios.
- f) 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.

- g) La venta, la transacción o el otorgamiento de descuentos o beneficios sujetos a la condición de no usar, adquirir, vender ni proporcionar los bienes o servicios disponibles y normalmente ofrecidos a terceros.
- h) La concertación entre varios operadores o proveedores o la invitación a ellos para ejercer presión contra algún usuario, operador o proveedor, con el propósito de disuadirlo de una conducta determinada, aplicar represalias u obligarlo a actuar en un sentido específico.
- i) La prestación de servicios a precios o en condiciones predatorias.
- j) Todo acto deliberado que tenga como único fin procurar la salida de operadores o proveedores del mercado, o implique un obstáculo para su entrada.”

Respecto al artículo 53 prevé las mismas prácticas absolutas del artículo 11 de la ley 7472: Fijación de precios e intercambio de información, restricción de la oferta, distribución de mercados, licitaciones colusorias o como se le conoce “*Bid rigging*”, sólo que referido al mercado de telecomunicaciones.

La conducta anticompetitiva de los carteles es la más perjudicial de todas y muchos expertos en el tema, incluido el Comité de Competencia Económica de la OCDE, lo señala como tal.⁴

En relación con el artículo 54, en los mismos términos del artículo 12 de la Ley 7472 prevé distribuciones exclusivas, imposición de precios y otras condiciones, venta condicionada, boicot, precios predatorios, y además incluye: discriminación de precios y condiciones, negativa de trato y subsidios cruzados. Es respecto a este tipo de prácticas que se ha presentado mayor incidencia en el tema de telecomunicaciones, de hecho, dentro de las prácticas monopolísticas propias de este mercado que se han reiterado a nivel internacional está el abuso de posición dominante, el cual puede expresarse a través de una negativa a suministrar instalaciones esenciales, subvenciones cruzadas, fijación abusiva de precios, uso indebido de la información, clientes cautivos, ventas atadas o condicionadas, acuerdos restrictivos, entre otros.

En ese sentido, la mayor observancia deberá estar dirigida a los operadores o proveedores importantes que son aquellos que tienen la capacidad de afectar materialmente, teniendo en consideración los precios y la oferta, los términos de participación en los mercados relevantes, como resultado de controlar las instalaciones esenciales o hacer uso de su posición en el mercado.

VI. BREVE REFERENCIA A ALGUNOS CASOS DE PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS EN EL MERCADO DE TELECOMUNICACIONES EN OTROS PAÍSES

1. Telefónica de España. Exclusión de la competencia por precios excesivos

La Comisión Europea en febrero de 2006 inició un procedimiento formal contra Telefónica de España tras comprobar en una investigación que el grupo español recurre a prácticas anticompetitivas desde el año 2001 en el sector de los servicios de banda ancha, con el objeto de impedir la entrada al mercado de compañías rivales.

Según la investigación, los precios mayoristas exigidos por Telefónica a sus competidores para el acceso a su red de banda ancha no les permitía obtener un margen de beneficio suficiente para justificar la comercialización de un servicio, con lo cual Telefónica estaba excluyendo a sus rivales del mercado.

Esto quiere decir que Telefónica habría sufrido pérdidas sustanciales en caso de haber tenido que pagar las tarifas mayoristas que impone a sus competidores.

Esta práctica tiene un doble efecto: desalentar la competencia y mantener los precios en un nivel alto. Por ello, estas prácticas anticompetitivas explicarían en parte que los precios del servicio de banda ancha en España se sitúen por encima de la media europea.

Telefónica es el único operador que tiene una red de banda ancha con cobertura en todo el territorio español, lo cual le da una posición de dominancia y por ende mayores posibilidades de incurrir en prácticas anticompetitivas.

2. Telefónica Móviles y Vodafone. Tarifas excesivas y discriminación de precios

En el año 2003 se investigó a las empresas Telefónica Móviles y Vodafone por realizar prácticas anticompetitivas de estrangulamiento de márgenes y discriminación en sus ofertas comerciales a empresas. Según lo investigado desde 1999 Telefónica Móviles y Vodafone ofrecían a sus clientes empresariales un precio por las llamadas de fijo a móvil inferior al precio aplicado a sus competidores por terminación de llamada.

La gravedad de la práctica se pone de relieve ya que las comunicaciones empresariales constituyen la vía de entrada natural para nuevas operadoras, por lo que si se cierra la vía de entrada o se crean barreras de entrada artificiales, la liberalización de las telecomunicaciones se ve muy limitada. Las investigaciones en ese caso llevaron como conclusión que se les imposibilitaba a los operadores fijos competir en la oferta a las empresas de llamadas telefónicas de fijo a móvil,

ya que sólo lo podían hacer con pérdidas. También se analizó que Telefónica Móviles y Vodafone llevaron a cabo prácticas discriminatorias al comercializar llamadas de móvil a móvil en su misma red a un precio para clientes finales inferior al precio de terminación de llamada cobrado a otras compañías. Con esas prácticas las operadoras de fijo no podían ganar cuota de mercado porque les resultaba imposible ofertar precios interesantes a los clientes corporativos.

Por otra parte, se investigó que Telefónica Móviles y Vodafone no orientaban sus precios de interconexión a los costos, como están obligadas a hacerlo al ser operadores dominantes. En ese sentido se beneficiaban de márgenes excesivos; por ejemplo, sobre la contabilidad de costos de Telefónica Móviles y Vodafone que realizaron las autoridades en el año 2000 y 2001, se estimó que ambas empresas disfrutaron de márgenes cercanos al 70 por ciento.

3. Telmex en México. Obstáculos a la interconexión

En México, existen demandas ante la Comisión Federal de Competencia contra Telmex. Los asuntos aún no están concluidos y las investigaciones sobre el conflicto de la telefónica de Carlos Slim (Telmex) con otros operadores están aún en curso. No obstante, de declararse la dominancia de Telmex, se podría prever que la Comisión Federal de Telecomunicaciones (Cofetel) deba diseñar una regulación asimétrica que obligue a Telmex a dar acceso a sus redes con tarifas de interconexión accesibles.

4. Telefónica de Perú. Abuso de posición de dominio, obstáculos a la interconexión

La OSIPTEL de Perú en agosto de 2008 declaró fundada, en parte, la demanda presentada por AT&T contra Telefónica del Perú, por 6 infracciones a las normas específicas del sector telecomunicaciones y a las normas de libre competencia. En su resolución final en primera instancia se determinó que Telefónica había realizado diversas prácticas que restringieron la competencia en el mercado de telecomunicaciones (larga distancia y telefonía fija). Se concluyó que Telefónica incurrió en 6 de las 10 infracciones denunciadas: 4 por incumplimiento de obligaciones esenciales de la interconexión y de las normas del sector telecomunicaciones y 2 por actos de abuso de posición de dominio que infringen las normas de libre competencia.

Por las infracciones cometidas por Telefónica se le impuso la sanción más alta impuesta por OSIPTEL. No obstante, esa sanción se encuentra dentro de los estándares internacionales por el tipo de prácticas realizadas.

5. Vodafone, Orange y Movistar en España.

Concertación de precios

El 5 de agosto 2008 salió publicado en los medios de España que la Comisión Nacional de Competencia (CNC) había constatado indicios de prácticas anticompetitivas en la concertación de precios entre Vodafone, Orange y Movistar por aplicar idénticas subidas en el establecimiento de llamada, de 12 a 15 céntimos, al adaptar sus tarifas a la Ley de Mejora de la Protección de Consumidores.

La CNC remitió el 5 de agosto de 2008 un informe a las tres operadoras con sus conclusiones sobre el expediente abierto en relación con el presunto pacto al fijar el precio del establecimiento de llamada.

El documento, aunque no es vinculante ni tiene valor de acusación formal, expone que las operadoras incurrieron en una “práctica concertada no permitida” por la Ley de Defensa de Competencia al haber empezado a aplicar nuevas tarifas simultáneamente.

VII. CONCLUSIONES

Costa Rica, tras la apertura en el sector de las telecomunicaciones no sólo debe ajustar su normativa a los nuevos requerimientos, tal y como lo ha venido haciendo con las disposiciones recientemente adoptadas, sino que también, en la práctica, deberá desarrollar a través de las autoridades competentes una importante labor de compatibilizar los aspectos regulatorios del sector con las exigencias de promoción de la competencia. Lo anterior requiere diseñar toda una estrategia de control y monitoreo constante de la estructura del mercado y de las conductas de los agentes intervinientes, principal-

mente en lo que respecta a los operadores dominantes. Para nuestro país, que tradicionalmente ha tenido al sector de telecomunicaciones excluido del régimen de competencia y que está creando una entidad nueva regulatoria y encargada del tema de competencia, tendrá en la experiencia internacional una importante fuente orientadora para su gestión.

VIII. FUENTES

Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, Ley 7472.

Ley General de Telecomunicaciones, Ley 8642.

UNCTAD, “Grupo Intergubernamental de Expertos sobre Derecho y Política”, “La relación entre las autoridades de competencia y los reguladores sectoriales, particularmente en lo relacionado con la posición de dominio” Séptima Sesión, 31 de Octubre de 2006, Ginebra, Suiza.

Comisión Federal de Competencia, Informe Anual. México. 1999.

Amparo Soler Domingo y Tania Cristina Teixeira. “Desafíos del Control de Concentraciones de empresas: una perspectiva brasileña”. Brasil, 2004

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), “Derecho y política de la competencia: Examen inter-pares – Argentina”. Octubre, 2006

www.cfc.gob.mx/

www.cncompetencia.es

www.osiptel.gob.pe

ec.europa.eu/index_es.htm

LA DEFENSA COMERCIAL EN EL CONTEXTO DE LA APERTURA DE MERCADOS

Licda. Isaura Guillén

I. INTRODUCCIÓN

Con la firma de los Acuerdos de Marrakech en 1994 se crea la Organización Mundial del Comercio (en adelante OMC). La OMC es la única organización internacional que se ocupa de las normas que rigen el comercio entre los países. Los pilares sobre los que descansa son los Acuerdos de la OMC, que han sido negociados y firmados por la gran mayoría de los países que participan en el comercio mundial y ratificados por sus respectivos parlamentos. Esos acuerdos establecen las normas jurídicas fundamentales del comercio internacional. Son esencialmente contratos que garantizan a los países miembros importantes derechos en relación con el comercio y que, al mismo tiempo, obligan a los gobiernos a mantener sus políticas comerciales dentro de unos límites convenidos en beneficio de todos.

Aunque son negociados y firmados por los gobiernos, los acuerdos tienen por objeto ayudar a los productores de bienes y de servicios, los exportadores y los importadores a llevar adelante sus actividades.

En ese contexto, el principal propósito de la OMC es asegurar que las corrientes comerciales circulen con la máxima facilidad, previsibilidad y libertad posible. Nuestro país es parte de la OMC desde el año 1995 y, por ende, está sujeto a sus preceptos y goza de los mecanismos de defensa que a su amparo han sido constituidos y reconocidos, entre ellos lo referente a medidas correctivas contra prácticas de comercio desleal.

Por su parte, Costa Rica ha suscrito importantes tratados de libre comercio tales como el Tratado de Libre Comercio entre el Gobierno de la República de Costa Rica y el Gobierno de Canadá, Ley No. 8300 del 10 de setiembre del 2002, el Tratado de Libre Comercio entre los Gobiernos de Centroamérica y el Gobierno de la República de Chile, el Tratado de Libre Comercio entre el Gobierno de la República de Costa Rica y el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos, Ley No. 7474 del 19 de diciembre de 1994, el Tratado de Libre Comercio y de Intercambio Preferencial entre las Repúblicas de Costa Rica y Panamá, el Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y República Dominicana, Ley No. 7882 del 9 de junio de 1999, el Tratado de Libre Comercio entre el Gobierno de la República de Costa Rica y la Comunidad del Caribe, Ley No. 8455 del 19 de se-

tiembre del 2005 y el Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, República Dominicana y Estados Unidos. En todos estos instrumentos comerciales se incorporan temas de Defensa Comercial, los cuales juegan un papel importante para neutralizar las distorsiones creadas en el mercado por situaciones que involucran factores que van más allá de nuestras fronteras.

Este tipo de mecanismos son más necesarios en la medida en que el intercambio comercial se incrementa y la afluencia de bienes provenientes de mercados externos es mayor. De ahí que estén incorporados en instrumentos multilaterales y tratados de libre comercio.

A partir de lo anterior, Costa Rica se ha insertado en el proceso de liberación comercial de los últimos años, en un proceso de continuas negociaciones comerciales con varios países, en la actualidad en marcha con China y la Unión Europea en el Acuerdo de Asociación Económica. El proceso de liberación comercial conlleva una serie de oportunidades y desafíos para nuestro país, como la reducción de barreras arancelarias al comercio lo cual permitirá al sector exportador costarricense ampliar sus mercados de exportación impulsando el crecimiento de sus sectores productivos. Pero también impone una serie de retos a los sectores productivos que tendrán que competir con un mayor número de importaciones debido a la reducción de barreras arancelarias⁽¹⁾ y otras facilidades al comercio internacional.

II. LOS EFECTOS DE LA LIBERALIZACIÓN COMERCIAL

La liberación de los mercados nacionales, respondiendo a las tendencias globalizadoras y de conformación de bloques económicos ha caracterizado el comercio internacional desde hace ya varias décadas.

El concepto de liberalización de los mercados está asociado a la eliminación de barreras al comercio, a la libre circulación de bienes y servicios y, de hecho, el objetivo de las negociaciones en tratados de libre comercio es precisamente procurar condiciones de mayor libertad para el acceso de productos a otros mercados y de otros mercados al nuestro.

Si la economía de los 80 se caracterizaba por el comercio entre grandes bloques, a partir de la mitad de los 90 la tendencia es hacia la globalización; hacia un comercio sin fronteras, sin barreras arancelarias y no arancelarias. Los países po-

bres y en desarrollo y los productores de materias primas, que en muchas ocasiones coinciden, son los que más demandan apertura de fronteras ya que en muchos ámbitos en Estados Unidos y en la Unión Europea existe proteccionismo.

El multilateralismo de la OMC proporciona un marco de reglas claras y de certeza jurídica de gran valor para los países miembros y un mecanismo de solución de controversias que puede representar para los países en desarrollo una importante garantía.

Asimismo, desde el punto de vista económico, las empresas necesitan escenarios estables y previsibles que favorezcan el comercio, que favorezcan un intercambio comercial activo con verdadero sentido de aprovechamiento de las ventajas comparativas.

Existen principios básicos que deben ser respetados por los países miembros como:

No discriminación: Un país no debe discriminar entre sus interlocutores comerciales (se concede a todos, de forma igualitaria, la condición de nación más favorecida) y tampoco debe discriminar entre sus propios productos, servicios o ciudadanos y los productos, servicios o ciudadanos extranjeros (se les debe conceder el "trato nacional")

Un comercio más libre: Los obstáculos se deben reducir mediante negociaciones.

Mayor previsibilidad: Las empresas, los inversionistas y los gobiernos extranjeros, deben confiar en que no se establecerán arbitrariamente obstáculos comerciales (que incluyen los aranceles, las barreras no arancelarias y otras medidas).

Un mercado más competitivo: Desalentando las "prácticas desleales" como las subvenciones o el *dumping* a través de medidas correctivas.

Un comercio más ventajoso para los países menos adelantados: dándoles más tiempo para adaptarse, una mayor flexibilidad y privilegios especiales.

El tema del comercio internacional no se agota únicamente en un tema solamente mercantil, tiene una faceta social, en el tanto, se plantean cuestiones que están en el corazón mismo de la pobreza y vulnerabilidad de algunos países. La forma en que las poblaciones pobres participan en los mercados mundiales puede determinar la capacidad que éstos tengan de alimentar a sus familias, de enviar a sus hijos a estudiar, de ver sus derechos básicos respetados. En ese sentido, países subdesarrollados como el nuestro debe enfrentar la apertura comercial con políticas que apoyen la competitividad de nuestras pequeñas y medianas empresas, fomentar la capacidad exportadora, y propiciar que a lo interno se desarrolle un mercado sano en el cual se pueda enfrentar la competencia extranjera en un ámbito de oportunidades reales. Es en ese aspecto donde la defensa comercial contra prácticas desleales puede jugar un papel crucial para que nuestras empresas puedan competir en el mercado interno en condiciones no distorsionadas y equitativas, ya que en gran medida de ello dependerá también su capacidad y proyección hacia los mercados externos, lo cual es, en definitiva, el obje-

tivo primordial si es que se quiere sobrevivir en este mercado globalizado.

III. LAS PRÁCTICAS DESLEALES DE COMERCIO Y LOS MECANISMOS DE DEFENSA COMERCIAL

Las prácticas desleales de comercio internacional, tienen esa connotación porque no tienen su origen en factores competitivos, sino en aspectos "artificiales", como la reducción deliberada de precios con el objetivo de excluir la competencia nacional y posicionarse en el mercado importador o la ayuda de los gobiernos, con lo cual los productos importados pueden introducirse y comercializarse en condiciones más ventajosas que la producción nacional, lo cual les puede ocasionar serios daños. En general, son prácticas que pueden obedecer a políticas comerciales proteccionistas o errores de política macroeconómica que inducen a las empresas a exportar bajo condiciones indebidas que afectan el libre intercambio comercial, es decir, impide que la competencia comercial se desarrolle en igualdad de condiciones entre los productores nacionales y sus competidores internacionales, produciendo con estas prácticas daños importantes a la producción del país importador.

1. Prácticas desleales: el *dumping* y la subvención

Es importante tener presente que el tratamiento de este tipo de prácticas comerciales a nivel internacional no es prohibitivo, sino que se desarrolla una serie de disciplinas bajo las cuales tales prácticas son consideradas lesivas y ameritan la aplicación de un remedio o de una medida correctiva. Es decir, el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) no castiga el *dumping* y las subvenciones, sino que trata de evitar el daño que causan.

La OMC no trata con las empresas ni puede reglamentar sus actos. Por consiguiente, el Acuerdo *antidumping* y el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias únicamente se refieren a las medidas que puedan adoptar los gobiernos en presencia de un caso de *dumping* o de importaciones subvencionadas

a. *Dumping*

De acuerdo a los criterios de la Organización Mundial de Comercio (OMC), el *dumping* es definido como una situación de discriminación de precios a nivel internacional. En este escenario, el precio del producto al ser vendido en el país importador es menor al precio del mismo producto o un producto similar en el mercado del país exportador. Esta práctica es frecuente que la realicen las empresas con el propósito de vender los excedentes de la producción en el exterior, adueñarse de ciertos segmentos de mercados existentes en los países importadores.

En términos estrictamente económicos, el *dumping* implica que los precios que se cobran en el mercado interno del país son superiores a los precios de exportación del producto a terceros mercados.

El Acuerdo Antidumping de la OMC se refiere a éste en términos de que se considerará que un producto es objeto de *dumping*, es decir, que se introduce en el mercado de otro país a un precio inferior a su valor normal, cuando su precio de exportación al exportarse de un país a otro sea menor que el precio comparable, en el curso de operaciones comerciales normales, de un producto similar destinado al consumo en el país exportador.

De la definición anterior, se desprenden dos conceptos importantes de precisar “el valor normal” y el “precio de exportación”.

Valor normal y producto similar

Para determinar la existencia de *dumping*, es necesario establecer cuál es el “producto similar en el mercado interno del exportador”, lo anterior, en relación con el producto considerado o a la mercadería en cuestión que presuntamente puede estar siendo objeto de *dumping* y que motiva la investigación. Este “producto similar” será el producto vendido en el mercado interno del país exportador. El valor normal es por lo general el precio al que se vende el “producto similar” en el mercado interno del país exportador. Dicho en otras palabras, el precio al que el exportador vende el producto similar “destinado al consumo en el país exportador”, es decir, en su mercado interno.

En el Acuerdo se entiende que la expresión “producto similar” significa un producto que sea idéntico, es decir, igual en todos los aspectos al producto de que se trate o, cuando no exista ese producto, otro producto que, aunque no sea igual en todos los aspectos, tenga características muy parecidas a las del producto considerado.

En el Acuerdo Antidumping no se determina qué se debe examinar a fin de determinar que las características del producto vendido en el mercado interno del Miembro exportador son “muy parecidas a las del producto considerado”. No obstante, la práctica internacional sobre la materia ha determinado que se examinan factores como:

- Características del producto
- Materias primas utilizadas
- Proceso de fabricación
- Clasificación arancelaria
- Preferencias del consumidor y destino final
- Calidad

El acuerdo ofrece tres métodos para calcular el “valor normal” de un producto. El principal de ellos se basa en el precio del producto en el mercado interno del exportador. Cuando este precio no se puede utilizar, existen dos alternativas. El precio aplicado por el exportador en otro país o bien un cálculo basado en la combinación de los costos de producción del exportador, otros gastos y márgenes de beneficio normales. El acuerdo determina, asimismo, cómo realizar una comparación equitativa entre el precio de exportación y lo que sería un precio normal.

Por su parte, el precio de exportación es el precio al que el exportador vende el producto al país importador.

Estos conceptos de “valor normal” y “precio de exportación” sirven de base para determinar si existe *dumping* y cuál es su margen.

El Acuerdo Antidumping requiere que se realice una comparación equitativa entre el precio de exportación y el valor normal. Más concretamente, el Acuerdo dispone que dicha comparación se haga en el mismo nivel comercial, normalmente el nivel ex fábrica, y sobre la base de ventas efectuadas en fechas lo más próximas posible. De esa comparación resulta si existe margen de *dumping*, es decir, en qué medida el precio de exportación del producto al país importador es menor que el precio que se cobra en el mercado interno del país exportador.

Otros aspectos a considerar: daño y relación causal

En virtud del artículo VI del GATT de 1994 y del Acuerdo Antidumping, los Miembros de la OMC pueden imponer medidas *antidumping* si se determina que:

- a) se está practicando el *dumping*;
- b) la rama de producción nacional que produce el producto similar en el país importador está sufriendo un daño importante o existe una amenaza de que lo sufra;
- c) existe una relación causal entre ambos hechos.

Como hemos visto, el *dumping* se determina de la comparación entre el “valor normal” y el “precio de exportación” con los respectivos ajustes que se requieran. Pero la determinación de que existe *dumping* no es suficiente para adoptar una medida en su contra. Para ello se requiere la comprobación de un daño, una amenaza de daño importante a una rama de producción nacional; o un retraso importante en la creación de una rama de producción

En ese análisis del supuesto daño se debe partir, primeramente de determinar la repercusión de las importaciones objeto de *dumping* en el estado de la rama de producción nacional que produce el producto similar en el país importador. Para ello, se debe evaluar el estado de esa rama de producción mediante el examen de diversos factores, como la evolución de las ventas del producto similar fabricado por la rama de producción nacional. Por lo tanto, no se puede determinar la existencia de daño a menos que se determine que la rama de producción nacional produce un producto igual al “producto considerado” y a partir de ahí evaluar la incidencia del *dumping* en la rama de producción.

El Acuerdo, en general, exige que la determinación de la existencia de daño se base en “pruebas positivas” y comprenda un “examen objetivo” de lo siguiente:

- el volumen de las importaciones objeto de *dumping*;
- el efecto de éstas en los precios de productos similares en el mercado interno (“subvaloración de precios”, “contención de la subida de los precios” o “baja de los precios”); y
- la repercusión de esas importaciones sobre los productores nacionales de tales productos (una evaluación de todos los factores e índices económicos pertinentes que

influyan en el estado de esa rama de producción, incluidos: la disminución real y potencial de las ventas, los beneficios, el volumen de producción, la participación en el mercado, la productividad, el rendimiento de las inversiones o la utilización de la capacidad; los factores que afecten a los precios internos; la magnitud del margen de *dumping*; los efectos negativos reales o potenciales en el flujo de caja ("cash flow"), las existencias, el empleo, los salarios, el crecimiento, la capacidad de reunir capital o la inversión.

A partir de las comprobaciones anteriores y de que las importaciones objeto de *dumping* son la causa del daño a la rama de producción nacional es que se puede aplicar una medida correctiva.

b. Las subvenciones o subsidios

Otra práctica desleal del comercio internacional es la subvención, la cual se define como una contribución financiera, ayuda, o premio otorgado por un gobierno, un organismo público o mixto de un país extranjero, a una empresa o rama de la producción, mediante la cual le confiere una ventaja sobre otras empresas o ramas de la producción de ese país.

Para determinar la existencia de una subvención, existen requisitos que deben comprobarse como su condición de "contribución financiera", la constatación de que proviene de un gobierno, una entidad pública o por cuenta de éstos, que la subvención le otorga un determinado "beneficio" a su receptor y que la subvención es "específica". Lo anterior, por cuanto se considera que si una subvención está ampliamente disponible en una economía, se supone que no hay distorsión en la asignación de recursos y por ende no está sujeta a la disciplina del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias de la OMC.

A partir de las comprobaciones anteriores, la necesidad de un daño y un nexo de causalidad entre ese daño y las importaciones subvencionadas implican un análisis muy similar a lo visto respecto al *dumping*.

2. ¿Cómo enfrentar las prácticas desleales de comercio?

Para compensar las distorsiones en la eficiencia competitiva causadas por el *dumping*, como se ha visto se pueden aplicar medidas correctivas. Por regla general, la medida *antidumping* consiste en aplicar un derecho de importación adicional a un producto determinado de un exportador determinado de un país determinado para situar el precio de dicho producto en el "valor normal", o para incrementar su precio de exportación hasta un nivel en que deje de causar daño a la rama de producción nacional del país importador.

Igualmente, respecto a los subsidios, los cuales provocan efectos similares a las del *dumping*, se prevé como medida correctiva que éstos se vean neutralizados con un "Derecho Compensatorio". Ningún derecho compensatorio puede ser superior a la cuantía de la subvención. Además, el párrafo

2 del artículo 19 del Acuerdo sobre Subvenciones establece el principio de que es preferible, aunque no obligatorio, que los países impongan un derecho compensatorio inferior a la cuantía de la subvención si ese derecho es suficiente para contrarrestar el daño causado por las importaciones subvencionadas

En cuanto al aspecto probatorio, la prueba de los subsidios puede ser, en algunas ocasiones, más sencilla que la del *dumping*, por cuanto es común que estén contenidos en las leyes y normas que regulan su concesión, por las entidades oficiales que los otorgan. No obstante, puede existir una subvención de facto que implique un análisis mucho más complejo.

Los derechos compensatorios se utilizan mucho menos que los derechos *antidumping*. Un primer motivo es que mientras que el *antidumping* se considera una práctica de las entidades privadas, una investigación en materia de medidas compensatorias conlleva que el Miembro investigador examine prácticas -subvenciones específicas- de otro gobierno, por lo que se considera que la injerencia en la soberanía de los otros Miembros es mucho mayor en este caso que en el de las medidas *antidumping*.

Otra posible causa de que se recurre menos a las medidas compensatorias podría ser que algunos Miembros tal vez prefieran no iniciar las correspondientes investigaciones para evitar que otros Miembros, como represalia, también inicien una investigación en su contra.

Finalmente, algunos sostienen que otro aspecto que puede influir es la falta de cooperación del Miembro investigado. En ese sentido, en algunas ocasiones, puede ser más difícil de obtener esta cooperación de un Estado que de un exportador.

3. La necesidad de un debido proceso

Los Acuerdos de la OMC sobre estas materias establecen procedimientos sobre cómo han de iniciarse los casos *antidumping* y por subvenciones y cómo deben llevarse a cabo las investigaciones y sobre las condiciones para lograr que todas las partes interesadas tengan oportunidad de presentar pruebas.

De esta manera, antes de imponer tanto los derechos *antidumping* como compensatorios se deben de llevar a cabo investigaciones que demuestren la existencia del *dumping* o de la subvención, el daño o perjuicio a la rama de producción nacional y determinación de la relación causal (importaciones a precios de *dumping* y el daño a la industria nacional). La investigación la lleva a cabo una Autoridad Investigadora dotada con las facultades legales para conducir el proceso desde el inicio hasta final. La investigación puede tener una duración entre 12 a 18 meses.

Son aspectos importantes del debido proceso, el contenido de los actos administrativos, los cuales deben ser completos, claros y debidamente motivados. También efectuar las notificaciones y avisos respectivos para el adecuado manejo por parte de los interesados de toda la información relevan-

te, el pleno acceso al expediente, salvo casos de documentos confidenciales, los cuales tienen un tratamiento especial, pero que en ningún caso implica esa connotación de confidencialidad un factor de menoscabo a la legítima defensa de las partes. Asimismo, es importante las amplias posibilidades de participación de las partes en el proceso, ya sea tanto a través de comparecencias orales como en la aportación de argumentos o pruebas.

4. Causalidad: un elemento esencial para la imposición de remedios comerciales

La existencia de *dumping* o de subsidios no es suficiente para proceder a la adopción de un derecho *antidumping* o compensatorio. Se requiere que exista daño, amenaza de daño o retraso sensible al establecimiento de una rama de la producción nacional ocasionado por las importaciones que son objeto de investigación.

El tema de la relación causal es fundamental ya que en la medida en que existan otros factores que motiven el daño que la rama de producción nacional está enfrentando, el nexo de la relación causal se pierde y por ende la debida fundamentación de una eventual imposición de una medida correctiva se ve fuertemente menoscabada. En estos términos, los remedios comerciales están diseñados para neutralizar un daño específico ocasionado por una práctica desleal, no es un mecanismo proteccionista que venga a solventar las dificultades ocasionadas por una serie de factores diferentes que en un momento determinado puedan estar afectando a un sector.

IV. BENEFICIOS COMO PAÍS IMPORTADOR DE CONTAR CON INSTANCIAS CONTRA EL DUMPING Y LOS SUBSIDIOS

- Se promueve la competencia leal en el mercado interno garantizando que los productos importados a precio de *dumping* y subsidiados no menoscaben la producción nacional o la eliminen.
- Brindan seguridad a los productores nacionales mediante la existencia de un instrumento jurídico en el tratamiento de estos casos.
- La posibilidad de contar con una instancia para presentar quejas e iniciar investigaciones.
- Se promueve mejorar los niveles de productividad y la competitividad de los productores nacionales en el mercado interno y en el externo.
- Se fomenta una mayor vigilancia entre los productores hacia las prácticas de comercio desleal. Además, la industria nacional tiene más información que el gobierno sobre los daños que le han sido causados o le están siendo causados.

V. DESAFÍOS PARA UNA ADECUADA APLICACIÓN DE LOS REMEDIOS COMERCIALES EXISTENTES

- La realización de las investigaciones dentro de los plazos respectivos.
- La contratación del personal como economistas, aboga-

dos, contadores, especialistas en aduanas y en comercio exterior.

- Los costos asociados, ya que para realizar la investigación, en algunos casos, se tendrá que visitar el país exportador.
- Las represalias por parte de países más desarrollados.
- Para los países en desarrollo, la vulnerabilidad de algunos sectores, como por ejemplo el agrícola.
- La falta de cooperación por parte del gobierno exportador, o de la compañía exportadora.
- La utilización de las medidas *antidumping* y compensatorias como política comercial proteccionista por parte de los países desarrollados. Ya que con el paso del tiempo se ha venido ampliando el uso de estas medidas por parte de los países mencionados.

VI. CONCLUSIÓN

En el contexto actual de globalización y de la implementación cada vez mayor de tratados de libre comercio, incluso a nivel de grandes bloques, nuestro país se hace partícipe de esa corriente y, por ende, se constituye en una prioridad para el país el ser competitivo. Para ello, se debe fomentar la competitividad de nuestras empresas, en primera instancia a nivel del mercado interno, con el objetivo de ir expandiendo mercados hacia lo externo. Esas posibilidades de un mayor intercambio comercial aportan grandes oportunidades para acceder a diferentes y nuevos mercados, pero también el riesgo de no estar en condiciones de enfrentar la competencia extranjera, ya sea por falta de apoyo a nuestras pequeñas y medianas empresas o por los perjuicios ocasionados por prácticas de agentes económicos a lo externo o por políticas proteccionistas de gobiernos de otros Estados, entre ellos los más desarrollados.

Partiendo de lo anterior, resulta crucial no sólo el apoyo a la producción nacional, sino también la defensa efectiva contra prácticas desleales de comercio a través de la aplicación efectiva, oportuna y apropiada de medidas correctivas que el mismo sistema multilateral de comercio prevé.

Es decir, el sistema multilateral de comercio promueve la eliminación de barreras y un mercado más libre, pero esto dentro de parámetros transparentes y de certeza jurídica respecto a la existencia de mecanismos para contrarrestar las distorsiones que afectan ilegítimamente la competitividad de las empresas de un país miembro. En ese sentido, es importante que nuestros sectores productivos sean partícipes de estos mecanismos de defensa y conozcan los términos de su aplicabilidad y alcances.

Es importante también destacar que los principios implícitos para la aplicación de medidas correctivas intentan garantizar una aplicación sensata, justa y objetiva de las normas por parte de los países miembros de la OMC, tanto desarrollados como en desarrollo. Lo que niega la tendencia de cualquier gobierno a responder a la influencia de los grupos nacionales de presión a efectos de utilizar estos mecanismos de "defensa" como mecanismos "proteccionistas".

No obstante, para los países en desarrollo, generalmente su principal socio comercial es un país desarrollado y absorbe la gran mayoría de sus exportaciones, mientras que para éste, los primeros no representan una proporción significativa de su comercio exterior. Por esta razón los países en desarrollo son más vulnerables ante las acciones *antidumping* tomadas por parte de los países desarrollados. De ahí la importancia, también, de que nuestros sectores productivos exportadores conozcan a profundidad los principios que rigen el comercio internacional y en qué situaciones no deben incurrir porque en tal caso pueden verse expuestos a una medida correctiva en el exterior.

VII. FUENTES:

<http://www.wto.org/indexsp.htm>

<http://www.comex.go.cr/>

Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994

Acuerdo *antidumping*

Acuerdo sobre subvenciones y Medidas Compensatorias

CONSIDERACIONES SOBRE EL ÁMBITO DE APLICACIÓN Y LAS EXCEPCIONES DE LA LEY DE LA ZONA MARÍTIMO TERRESTRE

Lic. Jorge Cabrera Medaglia

I. CONTEXTUALIZACIÓN Y GENERALIDADES DE LA LEY DE LA ZONA MARÍTIMO TERRESTRE (6043)

La zona marítimo terrestre (en adelante ZMT) resulta de particular importancia para el desarrollo socioeconómico del país, en particular en el caso de las Municipalidades que poseen zona marítimo terrestre en su jurisdicción.

A pesar de su importancia, la aplicación del marco legal y la gestión administrativa de la zona marítimo terrestre ha ido encontrado numerosos obstáculos y dificultades, en ocasiones debido a la falta de información de fácil acceso sobre la legislación ambiental y administrativa relativa a dicha porción del territorio.¹

La zona marítimo terrestre ha sido objeto de una regulación especial desde el siglo XIX, cuando fue sometida a protección bajo el régimen de dominio público. Actualmente, como se explicará con detalle a lo largo de este artículo, el régimen jurídico de la misma se establece en la Ley de la Zona Marítimo Terrestre N° 6043 del 2 de marzo de 1977, sus reformas y el Reglamento a la Ley de la Zona Marítimo Terrestre, decreto N° 7841-P del 16 de diciembre de 1977. No es la intención de este artículo realizar una enumeración exhaustiva de la evolución histórica de la legislación sobre la zona marítimo terrestre. La sentencia No 7-93 de las 15 horas 5 minutos del 20 de enero de 1993 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, presenta un análisis histórico de dicha evolución.

II. CONCEPTOS Y PRINCIPIOS BÁSICOS DE LA LEY DE ZONA MARÍTIMO TERRESTRE

INTRODUCCIÓN

La Ley No 6043 define el actual sistema de gestión de la zona marítimo terrestre, creando primordialmente un objetivo

de planificación ordenada de estas regiones, mediante instrumentos de ordenamiento territorial tales como planes reguladores, el Plan Nacional de Desarrollo Turístico, reglamentos, directrices y acuerdos de los entes competentes.

Divide la zona marítimo terrestre en dos sectores, una zona pública de cincuenta metros destinada al uso público y no concesionable a particulares, salvo excepciones de la misma Ley y una zona restringida, que es dada en concesión y en donde sí se podría construir y utilizar, según lo que se autorice por los órganos competentes.

Concepto de zona marítimo terrestre

El marco normativo regulatorio de la ZMT es fundamentalmente la Ley 6043 y su reglamento. Dicha legislación constituye un acto de ordenamiento del territorio en el tanto determina el uso del suelo.

Acorde con el artículo primero de la LZMT, la zona marítimo terrestre es un bien demanial y está afectada por ley al uso público.

Legalmente se define como la franja de doscientos metros de ancho a todo lo largo de los litorales Atlántico y Pacífico de la República, medidos horizontalmente a partir de la línea de pleamar ordinaria; constituye parte del patrimonio nacional, pertenece al Estado y es inalienable e imprescriptible. Además están comprendidos los terrenos y rocas que sobresalgan en la marea baja y las islas, islotes y peñascos marítimos, y la tierra o formación ubicado en el mar territorial. Igualmente se considera parte de la zona marítimo terrestre los manglares de los litorales continentales e insulares y los esteros, independientemente de su extensión (art. 11) Está definida en los artículos 1 y 9 de la Ley N° 6043 de 2 de marzo de 1977), como un bien de dominio público.

Técnicamente se define como la zona de influencia directa y mutua entre el mar litoral y el borde continental, donde los factores y procesos ambientales de ambas presentan un grado de traslape efectivo, o dan origen a otros procesos

¹ Un interesante análisis de la realidad de la ZMT puede encontrarse en la edición No 505 del periódico *El Financiero* del 14 de marzo del 2005.

ambientales y bióticos específicos². Se convierte en una zona altamente vulnerable, que requiere una protección reforzada, donde los ecosistemas pueden alterarse por usos inadecuados del suelo y los recursos existentes en esa zona.

Secciones que conforman la zona marítimo terrestre

Desde el punto de vista legal, la zona marítimo terrestre se encuentra dividida en dos sectores o secciones:

La llamada **zona pública**: constituida primordialmente por la faja de cincuenta metros de ancho a partir de la pleamar ordinaria tierra adentro; destinada al uso público sin excepción, los manglares de los litorales continentales e insulares y los esteros (arts. 10 y 11). En esta zona debe garantizarse el libre tránsito y uso, sin que se pueda alegar por particulares derecho alguno sobre esa franja salvo excepciones (18, 21 y 22 de la Ley 6043), y no podrá ser objeto de ocupación bajo ningún título ni en ningún caso, salvo las excepciones de ley (art. 20 Ley 6043) y no es concesionable.

La Sala Constitucional se ha referido a la ZMT desde la perspectiva del derecho de la Constitución, en los siguientes términos.

“ IV. CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y ZONA MARÍTIMO TERRESTRE. Resulta conveniente tener en cuenta, por otra parte, que la Constitución Política no llega a ocuparse de temas relacionados con la zona marítimo terrestre y en su desarrollo como concepto, así como en lo que tiene que ver con el régimen jurídico aplicable lo que ha existido es una tradición legal muy antigua que, valga consignar, tampoco ha sido consistente. Nótese que ha habido cambios en el ancho de la zona marítimo terrestre -antiguamente milla marítima-, como en la regulación específica de algunas islas que, no obstante formar parte, en principio y por virtud de la ley, de la zona marítimo terrestre, con el tiempo se han ido dando excepciones, según una calificación que con libertad ha manejado el legislador ordinario. Sobre esto, a modo de ejemplo puede citarse la Ley N° 7108/88, que exceptuó de la normativa general a la Isla de Chira, o la Ley N° 6515/80, que también exceptuó de aquella normativa general los predios de la zona marítimo-terrestre declarada zona urbana, del distrito noveno, cantón central de Puntarenas, siempre que estuvieran legítimamente poseídos con anterioridad por particulares. También quedan exceptuadas, por disposición de la Ley N° 6043, y se les otorga un régimen privado pleno, las fincas cuya colindancia registralmente reconocida con anterioridad, lo fuera directamente el mar. **Lo que puede afirmarse, dada la extraordinaria variabilidad legislativa en la materia, es que el núcleo inamovible de la ley reguladora de la zona marítimo terrestre ha sido el relativo a la franja de cincuenta metros de ancho a partir de la pleamar ordinaria, que ha sido declarada pública y que como tal, no solamente es imposible apropiársela por ningún medio, sino que ha sido puesta**

al servicio de todas las personas, sin excepción. La demanialidad de esa franja, pues, ha tenido un reconocimiento jurídico sostenido **y podría estimarse prima facie que, por inveterada, resulta intangible para el legislador**, si bien este no es un tema que tenga relación con el principal discutido en la acción y por ello, deba ser analizado en la presente sentencia. Sin embargo, lo anterior nos sirve para entender que en lo que tiene que ver con la zona restringida, sea, los restantes 150 metros de la zona marítimo terrestre, debe reconocerse al legislador la posibilidad de dictar regulaciones que las circunstancias hagan necesarias, claro está, siempre que no se afecten derechos adquiridos u otros derechos reconocidos constitucionalmente, o que excedan el marco de la razonabilidad, esencial a cualquier norma jurídica. Fuera de allí, las disposiciones legislativas sobre la materia a que se contrae esta acción, son prácticamente intangibles para la jurisdicción constitucional.”. (**Sala Constitucional, Voto N° 5210-97 de las 16:00 hrs. del 2 de setiembre de 1997.**)

Respecto a la zona pública la Contraloría General de la República (Informe N° DFOE-AM-17/2004 del 2004) se ha pronunciado en los siguientes términos. “Así, en cumplimiento del mandato que establece el artículo 3° de la Ley N° 6043, las municipalidades de los cantones costeros del país tienen la obligación legal de velar porque el uso y aprovechamiento de la zona pública se ajuste a los preceptos legales enunciados y se garantice, de esta forma, el uso común de ese espacio por parte de todos los ciudadanos. En relación con este tema, la Sala Constitucional ha manifestado que “el núcleo inamovible de la ley reguladora de la zona marítimo terrestre ha sido el relativo a la franja de cincuenta metros de ancho a partir de la pleamar ordinaria, declarada pública, y como tal, no solamente es imposible apropiársela por ningún modo, sino que ha sido puesta al servicio de todas las personas, sin excepción”³.”

En relación con este tema y sobre el uso público al que debe estar dedicada la zona pública de la ZMT, la Procuraduría General de la República ha establecido lo siguiente:

“... queda clara una fuerte restricción legal al levantamiento de edificaciones o cualquier otro tipo de instalación que venga a impedir o limitar el fin social a que se destina la zona pública, incluso en aquellos casos de fincas debidamente inscritas en el Registro Público que la comprendan de modo parcial o total, en las que el uso particular solo se permitirá conforme a acuerdos expresos de la respectiva municipalidad, el Instituto Costarricense de Turismo y el Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo (artículo 25 de la Ley N° 6043). Es tal la importancia del sector, que existe una prioridad de ad-

² Salas Durán, Sergio cit. por Bermúdez Méndez Alfredo. Modelo para la elaboración de los planes reguladores de Zona Marítimo Terrestre.

³ Procuraduría General de la República Oficio No. O.J.-210-2003 del 27 de octubre de 2003. (Cita tomada del voto de la Sala Constitucional No. 5210-97 del 2 de setiembre de 1997).

quirir esos inmuebles (artículo 78 del Reglamento a la Ley N° 6043).

En la misma línea de tutela jurídica se encuentran aquellos predios particulares que al modificarse las distancias por causas naturales, incluyen construcciones o instalaciones dentro de la zona pública, conservando los propietarios sus derechos, pero sin poder efectuar refacciones o remodelaciones. En estos supuestos, si no es posible su traslado a la zona restringida o su alineación a ella, procederá la expropiación. Similar regla es aplicable al caso de concesionarios originales, a los que deberá pagárseles las mejoras legalmente realizadas sobre la nueva zona pública, anterior zona restringida, a fin de liberar otra vez esta franja al uso de todos.”⁴

Zona restringida: formada por la franja de ciento cincuenta metros restantes, según se define en el artículo 10 de la Ley. Esta zona puede ser objeto de uso privativo en forma válida y legal, cuando medie una concesión (o permiso de uso) que expresamente lo autorice, según con el artículo 39 de la Ley 6043, que concibe a la concesión como el medio legal para que los particulares disfruten de esa porción de la zona marítimo terrestre bajo ciertas condiciones.

Otras categorías de terrenos a los que aplica la LZMT

En la OJ-014-2004 del 30 de enero del 2004 presenta una descripción de las diferentes categorías de terrenos en los cuales se aplica el régimen legal de la ZMT:

“La Ley 6043 de 2 de marzo de 1977, que desarrolla su Reglamento, Decreto Ejecutivo N° 7841-P de 16 de diciembre del mismo año, afecta a dominio público estatal, con las usuales características de inalienabilidad e imprescriptibilidad e *insusceptible* adquisición por los particulares, una serie de bienes descritos en artículos dispersos (9, 10, 11 y 75; Ley 6043, 2° inc. f de su Reglamento); a saber:

- a) La franja de doscientos metros de ancho a lo largo de los litorales Atlántico y Pacífico de la República, cualquiera que sea su naturaleza, medidos horizontalmente a partir de la línea de pleamar ordinaria o contorno que marca la altura de 115 centímetros en el Océano Pacífico y 20 centímetros en el Atlántico, ambos sobre el nivel medio del mar, compuesta de dos secciones: zona pública, o faja de cincuenta metros de ancho, en principio de uso común; y la zona restringida, constituida por la franja de ciento cincuenta metros restantes o por los demás terrenos en el caso de las islas, destinada al otorgamiento de concesiones.
- a’) Las playas (inclusión implícita). “La zona pública incluye las playas marítimas, destinadas al uso de todos los habitantes”. (Dictámenes C-002-99 y C-026-2001. Opiniones Jurídicas O. J.-210-2003 y 253-2003, entre otras).
 - a”) “Igualmente es aplicable el concepto de zona pública a ciertas áreas regidas por leyes especiales, como el Proyecto Turístico de Papagayo y los Refugios Nacionales de Vida Silvestre”. (Dictamen C-210-2002 y Opiniones Jurídicas O. J.-216-2003 y O. J.-253-2003).
 - b) Los terrenos o áreas y rocas que quedan al descubierto durante la marea baja.
 - c) Las islas, islotes y peñascos marítimos, así como toda tierra o formación natural que sobresalen a nivel del océano, dentro del mar territorial, desde la línea de bajamar a lo largo de las costas (artículo 6° de la Constitución; dictámenes C-038-97, C-042-97 y C-212-98 y Opiniones Jurídicas O. J.-115-2000 y O. J.-061-2001, 006-2004).
De las islas, se excluyen las que tienen una regulación singular, como la Isla del Coco, Isla San Lucas, Isla del Caño, Isla Cabo Blanco dentro de la Reserva Natural Absoluta del mismo nombre e Islas Guayabo, Negritos y Pájaros. Opiniones Jurídicas O. J.-115-2000 y O. J.-006-2004.
 - d) Los manglares de los litorales continentales e insulares y esteros del territorio nacional. (Respecto al carácter de dominio público nacional de los esteros en la acepción de la Ley de Aguas, cfr. sus arts. 1°, inc. II; 3° inc. V. Opinión Jurídica O. J.-253-2003).
“En la actualidad con la categoría de humedales, los manglares son áreas protegidas, de dominio público, integran el Patrimonio Natural del Estado y están bajo administración del Ministerio del Ambiente y Energía, a través del Sistema Nacional de Áreas de Conservación regionales”. (Opiniones Jurídicas O. J.-122-2000 y O. J.-253-2003).
 - e) La franja de doscientos metros aladaña a ambos lados del sistema de canales principales que unen los puertos de Moín y Barra del Colorado.
 - f) La faja de doscientos metros contigua a las rías, a que se extienda el litoral. Ría es la parte del río próxima a su entrada en el mar, hasta donde llegan las mareas. Estero, en términos de la legislación costera, es el terreno inmediato a la orilla de la ría, por la que discurren las aguas de las mareas. Ley 6043, artículo 9°. Su Reglamento, artículo 2°, incs. e, f, y h. (Opinión Jurídica O. J.-253-2003).”

⁴ Procuraduría General de la República. Oficio No. C-170-98 del 14 de agosto de 1998.

El siguiente cuadro presenta alguna de estas categorías especiales

<p>LAS RÍAS</p>	<p>El artículo 2 inciso h del reglamento a la Ley define el litoral como la orilla o costa del mar que se extiende por las rías y esteros permanentes hasta donde éstas sean sensiblemente afectadas por las mareas y presenten características marinas definidas. Por su parte, el inciso f) define como ría la parte del río próxima a la entrada del mar y hasta donde llegan las mareas. Tenemos así que ZMT es también la franja de doscientos metros contigua a las rías, es decir a la parte de los ríos próxima al mar y que son sensiblemente afectadas por las mareas y presentan características marinas definidas.</p>
<p>LOS ISLOTES, ISLAS Y PEÑASCOS</p>	<p>También son ZMT las islas, islotes, peñascos marítimos y los terrenos y rocas que deje el mar descubiertos en la marea baja (artículo 9 párrafo segundo). En los últimos casos se aplica el concepto de zona pública a toda la formación natural, y en el caso de islas a los 50 metros contiguos a la línea de pleamar ordinaria considerándose zona restringida los demás terrenos (art 10), salvo que exista zona de manglar en cuya hipótesis se está a lo establecido para los manglares.</p>
<p>CANALES PRINCIPALES EN MOÍN Y BARRA DEL COLORADO</p>	<p>Constituiría ZMT los 200 metros contiguos y a ambos lados del sistema de canales principales unen a Moín y Barra del Colorado⁵ (art. 75 de la LZMT).</p>
<p>LOS MANGLARES</p>	<p>Igualmente el artículo 11 define como zona pública, sea cual fuere su extensión, la ocupada por todos los manglares de los litorales continentales e insulares y esteros del territorio nacional y del límite de los manglares o bosques salados, cuando se extiendan por más de 50 metros de la pleamar ordinaria. Por ende, manglares ubicados a kilómetros de las líneas de costa son parte de la ZMT y poseen una zona restringida de 150 metros (art. 4 del reglamento a la Ley).</p> <p>La Procuraduría General de la República, en su oficio N° C-102-96 del 26 de junio de 1996, indicó que con fundamento en el artículo 72 de la Ley de Aguas, no es dable a los particulares alegar derechos sobre las áreas de manglar, aún cuando de manera dolosa o errónea fueren tituladas y formen parte de fincas de dominio privado.</p> <p>Así, resulta legalmente improcedente y totalmente injustificable la existencia de construcciones, edificaciones u otras obras que afecten áreas de manglar, en primera instancia por constituir dichos manglares bienes demaniales inalienables, imprescriptibles e inembargables, pero sobre todo por el impacto ambiental que tales desarrollos tienen sobre la preservación de estas áreas. ⁶</p>

III. EXCEPCIONES A LA APLICACIÓN DE LA LMZT

La LZMT no será de aplicación en los supuestos expresamente indicados por ley. De esta forma se establece una serie de excepciones a su afectación, las cuales se describen a continuación.⁷

Ciudades litorales

Áreas de ciudades situadas en los litorales.⁸

El artículo 6 declara que las disposiciones de la Ley no se aplicarán a las áreas de ciudades situadas en litorales, ni a las propiedades inscritas con anterioridad, con sujeción a la ley, a nombre de particulares.

Sobre el concepto de ciudad, aclara la opinión jurídica número OJ-004-2005 de la Procuraduría General de la República, que se entiende por ciudad al espacio geográfico transformado por el ser humano, mediante la realización de un conjunto de construcciones, con carácter de continuidad y contigüidad, ocupado por una población relativamente grande, permanentemente y socialmente heterogénea, donde se producen funciones de residencia, transformación e intercambio, con un grado de equipamiento de servicios que asegura las condiciones de la vida humana. Y es una circunscripción territorial administrativa central, que es gobernada

por un gobierno local y en donde se desenvuelve la actividad ordinaria de su población. Entendiéndose como el eje del cantón que concentra la sede de la Municipalidad, los más destacados servicios públicos, comercios, actividades financieras, industriales, desarrollo urbano, etc. Aunque el mínimo de habitantes es importante, no es la única variable que determina la existencia de una ciudad, según se interpreta del artículo 15 de la ley de División Territorial Administrativa de la República N.4366.

En Costa Rica existe una ciudad en la cabecera de cada cantón y es un centro administrativo y unitario. Para exigir un nuevo cantón y una declaratoria de ciudad, debe contarse en el territorio con al menos el 1% de la población total del país, según el artículo 9 de la Ley 4366. Estas regulaciones se encuentran en la Ley de División Territorial Administrativa de la República, número 4366, artículo 15, 9. Según la Ley de Planificación Urbana, artículo 1 y Reglamento para el Control Nacional de Fraccionamientos, artículo I.9 se concluye que toda ciudad es área urbana. Lo cual no implica que ciudad y área urbana signifiquen lo mismo. Es así como si se declara la existencia de una ciudad en una área que abarca el litoral, la Ley de Zona Marítimo Terrestre no será aplicada, por disposición expresa del artículo 6 de la Ley de la Zona

5. La Procuraduría ha emitido importante jurisprudencia administrativa sobre los canales principales, la relación con las tierras administradas por JAPDEVA y con las Áreas Silvestres Protegidas administradas por el Ministerio de Ambiente y Energía que no serán analizadas acá. Véase, entre otras, Dictamen C-161-96 del 27 de noviembre de 1996 y en particular el Dictamen 351-2006. Este último concluye que:

"1) El dictamen C-321-2003 del 9 de octubre de 2003, conclusión segunda, re-consideró de oficio el criterio que requería la clasificación de los terrenos rurales, cubiertos de bosque o forestales, propiedad o bajo administración de los organismos de la Administración Pública para el ingreso al Patrimonio Natural del Estado.

Por ello, se adiciona el dictamen C-303-2000 de 11 de diciembre de 2000, conclusión sexta, para indicar que los terrenos de bosques y forestales que estuvieren dentro del área descrita por el artículo 1 de la Ley N° 2906 del 24 de noviembre de 1961, integran el Patrimonio Natural del Estado y son administrados por el Ministerio de Ambiente y Energía a través del Sistema Nacional de Áreas de Conservación.

- 2) La faja de tres kilómetros de ancho, paralela a ambos lados de los ríos y canales que menciona el artículo 41, inciso b) de la Ley 3091 de 15 de febrero de 1963, según reforma integral por Ley N° 5337 de 9 de agosto de 1973, se localiza dentro de los diez kilómetros desde el mar hacia el interior, paralela a la costa. Estas áreas, bajo administración de JAPDEVA, no incluyen los terrenos que integran el Patrimonio Natural del Estado, la zona marítimo terrestre contigua a los canales principales que unen Moín con Barra del Colorado, ni los terrenos traspasados al ICT por el artículo 1° de Ley N° 2906 de 24 de noviembre de 1961, y cuya administración compete entonces a los órganos e instituciones correspondientes.
- 3) Las lagunas Plaset, Urpiano y Caldera son parte del Humedal Nacional Cariari y están rodeadas por un área silvestre protegida (zona protectora) de 100 m (Decreto N° 23253 de 23 de abril de 1994).
- 4) La zona marítimo terrestre de administración municipal en el Caribe norte es la contigua a ambos lados de los canales principales que unen Moín con Barra del Colorado, siempre y cuando esos terrenos no integren el Patrimonio Natural del Estado, ni estén comprendidos por el artículo 1° de Ley 2906 de 24 de noviembre de 1961.
- 5) Los canales principales referidos por el artículo 75 de la Ley 6043 son aquellas vías acuáticas que permiten la comunicación entre Moín y Barra del Colorado, cuyas secciones de recorrido no descritas por el Decreto N° 3729 del 3 de mayo de 1974, que declaró inaugurado el sistema de navegación fluvial de 112 km de canales naturales y artificiales, independientemente de si algunos tramos son denominados por nuestra cartografía oficial como estero, una laguna o río.

Los "canales" naturales y artificiales que no están contemplados en el Decreto N° 3729 de 1974 no son canales principales.

- 6) La zona marítimo terrestre contigua a los canales principales que unen Moín con Barra del Colorado y cuyos terrenos no estén comprendidos en los supuestos de los artículos 13 de la Ley Forestal y 1° de Ley 2906 de 24 de noviembre de 1961, está compuesta por dos secciones, la zona pública de cincuenta metros de ancho, y la zona restringida, de 150 m de ancho. Las obras que se realicen en esas áreas están sujetas a las restricciones de la Ley 6043, su reglamento, y demás disposiciones jurídicas vigentes aplicables.
 - 7) En aquellos casos donde por la estrechez de la franja costera, la zona restringida de administración municipal, contigua a los canales principales que unen Moín con Barra del Colorado, traslape con los cincuenta metros de la zona pública a partir de la pleamar ordinaria del mar Caribe, han de prevalecer las prohibiciones y restricciones especiales a favor de la zona pública, en detrimento de la zona restringida.
 - 8) Quedan a salvo aquellos terrenos reducidos a propiedad privada con título legítimo inscrito con sujeción a la ley, por así disponerlo en su momento normativa especial."
6. Aunque se menciona en el artículo 4 a los manglares como categoría de manejo de como Reserva Forestal, el Decreto No 22550-MIRENEM del 14 de febrero de 1993, reformado por decreto No 23427-MIRENEM del 20 de abril de 1994, los declara humedales. De cualquier forma a partir de la Ley de Conservación de la Vida Silvestre No7317 y la Ley Orgánica del Ambiente No 7554 los manglares quedan incluidos en la definición de humedal, de forma que todo manglar es un humedal aunque no todo humedal es un manglar. En el caso de manglares adicionalmente a su consideración como bienes de dominio público, rigen lo dispuesto en la Ley Forestal arts. 1 y 18 que prohíben la corta o aprovechamiento de árboles en el Patrimonio Natural del Estado y eventualmente lo normado en los artículos 40 y ss de la Ley Orgánica sobre protección de humedales.
 7. Igualmente, en relación con el estero de Puntarenas (Chacarita a la desembocadura del Río Barranca), la Ley establece la posibilidad de vender demasías a sus ocupantes o en su defecto quienes pueda interesar y adicionalmente se estipula la posibilidad de solicitar concesiones por parte de los poseedores de predios colindantes al estero de Puntarenas (artículos 76 y 77 de la Ley sobre la Zona Marítimo Terrestre). Sobre las competencias municipales y régimen legal aplicable al estero de Puntarenas, antes de la declaratoria de Humedal del mismo, cfr. la Opinión Jurídica 122-2000.
 8. Las ciudades litorales declaradas por ley son: Puntarenas, Puerto Cortes de Osa, Jacó, Golfito, Limón y Quepos.

Marítimo Terrestre vigente, que indica que esta ley no será aplicada en las áreas de ciudades ubicadas en los litorales. (El análisis de los motivos de esta exclusión en la aplicación de la Ley 6043, es desarrollado en el Dictamen de la Procuraduría número C-002-99)

Se denomina ciudad a la población cabecera del Cantón, y el fundamento legal de este concepto se encuentra en la interpretación del artículo 3 de Código Municipal vigente, que es Ley número 7794 y 3 del Código anterior derogado, que fue Ley número 4574, que estaba vigente al promulgarse la Ley 6043. Además de la legislación que regula la división territorial administrativa del país: Ley N. 4366 y los Decretos 25667, 21860 y 29267-G del año 2001.

Respecto a las ciudades litorales, serían aquellas que cumplan con las variables anteriores y que se ubiquen en la zona costera del país. Actualmente las ciudades litorales, que declaradas por ley son: Puntarenas, Limón, Puerto Cortes de Osa, Jacó (Garabito), Golfito y Quepos. (Aguirre), (según dictamen de la Procuraduría número C-062-89 y la opinión jurídica O.J.-172-2004 y Decretos 21860 y 29267). A estas ciudades se aplicaría la excepción del artículo 6 de la Ley 6043 citado y, por lo tanto, están sujetas a las normas de ordenamiento territorial nacional y local que se decreta, y observando todas las normas aplicables al desarrollo urbano⁹.

Se debe recordar que es erróneo equiparar los conceptos de ciudad y área o espacio urbano. Si se asumen como iguales, bastaría con realizar un desarrollo urbano suficiente en un área costera para desaplicar la Ley de la Zona Marítimo Terrestre número 6043, y se produciría una privatización de la zona marítimo terrestre, lo cual contraría el espíritu de demanialidad o régimen de dominio público que guía y decreta la ley 6043 que es de orden público. El fenómeno de lo urbano es dinámico y en expansión, y se hace difícil o imposible precisar los límites de lo que es urbano y de lo que no lo es, aunado al fenómeno actual donde las zonas urbanas avanzan invadiendo áreas de tipo rural, forestal, de conservación, muchas veces de forma ilegal.

Es así, como para que sea decretada una ciudad en un litoral y se desaplique la Ley 6043, no es suficiente con contar con el mínimo de población indicado y existir un desarrollo urbano, ya que además de esos requerimientos es necesario que la ciudad sea cabecera del Cantón y que funcione como centro unitario de carácter político administrativo y se declare por Ley.

Terrenos inscritos con anterioridad a la Ley

Se trata de las propiedades inscritas registralmente a nombre de particulares.¹⁰ La Ley 6043 respeta los derechos

9 El Dictamen C-105-96 aclara que el legislador nunca pudo haber pretendido que los particulares se apropiaran de las playas en las ciudades litorales. La lógica impone -dice el dictamen- que deba respetarse por lo menos las zonas de playa y aplica en ellas un régimen similar al de la zona pública, destinándolas al libre tránsito y uso público.

10 En el caso de playas inscritas en el Registro Público, se indica que el ICT ha procedido a solicitarle a la Procuraduría General de la República la elaboración de un análisis de la inscripción de fincas determinadas, que constituyen terrenos que incluye zona marítimo terrestre y si ha sido legalmente inscrito. En cuya respuesta

de los que habían inscrito registralmente las propiedades conforme a leyes anteriores, que lo permitían. Por medio de la Ley N° 4458 de 1970, en su transitorio III, se desafectaron 150 metros de los doscientos al autorizarse a particulares que hubieren poseído por más de 30 años, en forma quieta, pública, pacífica y sin interrupción lotes o fincas en ese sector, a inscribirlos por medio del trámite de informaciones posesorias. Esta posibilidad de titulación fue eliminada mediante la Ley 4847 del 4 de octubre de 1971 que derogó el Transitorio III de la Ley 4558.

Como se indicó, el espíritu de la LZMT consiste en afectar al régimen de dominio público de la zona marítimo terrestre y ostentar las características de inalienabilidad e imprescriptibilidad.

La posición anterior encuentra antecedentes en las normas precedentes que regulaban los terrenos en la zona costera. Como se expuso al tratar los antecedentes de la Ley 6043, desde el año 1828 la llamada entonces milla marítima de ambas costas se reservó para fines de utilidad general (marina, pesquería, salinas)¹¹. Indica la Procuraduría General de la República, en la Opinión Jurídica O.J-005.2004 y otras, que por medio de La Ley N° 162 del 28 de junio de 1928, el Reglamento General de Hacienda, decreto N° 12 del 10 de diciembre de 1839, y la Sección Segunda, reglamentado por el Poder Ejecutivo mediante decreto N° 128 del año 1853, se reconoce que en las medidas que se hacían de las costas, se excluye la milla marítima, por haberlo reconocido así las leyes españolas.

Luego el Reglamento General de Hacienda de 1839 se fusionó con el Decreto N° 4 del 30 de julio de 1858, que regulaba en la Sección Segunda, la forma en que se reclamaba o denunciaban los denuncios o tierras baldías, que eran los terrenos que no estuvieran titulados y medidos a favor de particulares, según el artículo 90 de esa norma. Se establecía el procedimiento a seguir, para los que pretendían el denuncia o propiedad sobre estos terrenos. El artículo 102 prohibía la denuncia de propiedades ubicadas en un área de una milla de latitud a lo largo de la costa de ambos mares. Dicho artículo fue reformado mediante el artículo 1 del decreto N° 39 del 31 de agosto de 1868, que prohibió el denuncia en tierras baldías ubicadas en el área de dos mil varas (1.672 metros) de latitud, a lo largo de las costas de ambos mares.

El Código General del 30 de julio de 1841 disponía que el flujo y reflujo del mar y sus riveras eran de dominio público y no se podían perder por prescripción (artículos 296 y 1535 I Parte, libro II, título I, capítulo III y libro III, título XXI, capítulo IV).

Igualmente la jurisprudencia ha emitido resoluciones donde se analiza el régimen del dominio público de la zona costera, reafirmando que está fuera del comercio de los hombres su carácter público y su destino obligatorio a un interés

se ha dado el estudio solicitado con un análisis de los vicios que afectan la inscripción del terreno, al respecto ver OJ-005-2005, OJ- 007-2005

11 Desarrollado por la Opinión Jurídica número O. J.- 005-2005 del 14 de enero del 2005.

general. La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en el Voto N° 7 del 20 de enero de 1993, indica que desde 1828, con la Ley 162, se reservó la costa al dominio público y no era parte de los terrenos baldíos o tierras realengas de la Corona Española, que sí eran susceptibles de apropiación privada y que se ha sometido desde esa época a un régimen jurídico diverso.

Por su parte, La Ley Hipotecaria número 31 del 31 de octubre de 1865, estableció un procedimiento mediante el cual, aquel que careciera de título de dominio escrito podría acudir ante un Juez o Alcalde y solicitar inscribir su título, basado en la posesión que ha ejercido sobre el terreno mediante una información posesoria (artículo 349 y ss.). Dicha Ley es el antecedente de las normas del Código Civil actual, que establecen la obligación de inscribir o presentar registralmente el título para hacerlo valer sus derechos de propietario ante terceros, acorde con el artículo 455 del Código Civil vigente, el cual dispone que los títulos inscribibles en el Registro Público no perjudican a terceros, hasta la fecha de presentación en el Registro de la Propiedad. El artículo 459 inc.1 del mismo Código, establece la obligación de inscribir en el Registro Público los títulos de dominio sobre terrenos o bienes inmuebles y el 267 del mismo Código establece que es necesaria la inscripción, para que la propiedad surta todos los efectos legales.

Considerando lo anterior, la Procuraduría General de la República ha indicado que si el solicitante ostenta **un título o Cédula Real otorgada por la Colonia Española** y con base en ésta, alega derechos de titulación sobre una porción de terreno ubicada en la zona marítimo terrestre, este título no es válido y no debe permitirse la titulación sobre bienes de dominio público, por todo lo anteriormente inscrito. Lo anterior debido a que solo eran susceptibles de apropiación particular los terrenos baldíos o aquellos sujetos a transmisión entre particulares, pero al ser la zona marítimo terrestre parte del dominio público, desde las épocas indicadas, nunca pudieron haber sido objeto de denuncia, información posesoria o prescripción, al menos legalmente.

Luego de analizados los alcances legales de la legislación descrita y las diferentes opiniones jurídicas emitidas por la Procuraduría General de la República, al consultársele por parte del ICT sobre los estudios históricos y de legalidad de inscripciones registrales de fincas ubicadas en la ZMT (por ejemplo, O.J. 005-2005, O.J.-007-2005, O.J.-006-2005), se llega a la conclusión de que si un particular hiciera una solicitud de apropiación mediante concesión, titulación o cualquier otra figura basado en los derechos otorgados por un título o Cédula Real otorgado por la Colonia Española, debe ser rechazado y obligarlo a agotar la vía administrativa para que el particular dilucide su derecho en la vía judicial de lo contencioso administrativo. No existe fundamento legal para que el gobierno local otorgue derecho alguno sobre la ZMT que administra, basado en esos títulos indicados.

Como fue ilustrado, desde la época del surgimiento del Estado Independiente de Costa Rica, la zona marítimo terrestre se afectó al dominio público y se reservó estos terrenos

al cumplimiento de fines generales, por lo que no es posible hacer valer ante el Estado títulos o cédula real que pretendan privatizar el demanio costero.

Asimismo, la Ley 6043 derogó en el artículo 82 en forma expresa, la ley anterior número 4558 de abril de 1970 y sus reformas y, en forma general, todas aquellas que se le opongan con excepción de la Ley N. 4071 de enero de 1968 y la Ley 5469 de abril de 1974. Pudiendo argumentarse que estos títulos o cédulas reales no han sido contemplados como válidos, posterior a la entrada en vigencia de la LZMT, como si lo hizo con los arrendamientos vigentes con la Ley anterior a la situación de las propiedades legalmente inscritas y la posición de los pobladores y ocupantes.

Los beneficiarios de estas Cédulas Reales debieron haber procedido a hacer valer sus derechos conforme lo permitían las leyes anteriores, ya que actualmente el nuevo marco legal ha afectado en forma reforzada y expresa a régimen de dominio público las áreas ubicadas en la zona marítimo terrestre actual. No encontrándose beneficiados con el reconocimiento al derecho de propiedad de los terrenos inscritos legalmente a la fecha del 2 de marzo de 1977, fecha en que entra en vigencia la Ley 6043.

Quedarían a salvo, eso sí, quienes titularon al amparo del Transitorio III de la Ley 4458, que posibilitó, como se indicó, la apropiación privada de los 150 metros a través del trámite de información posesoria.

Los Parques Nacionales y Reservas Equivalentes

No se aplica a la ZMT incluida en los Parques Nacionales y reservas equivalentes, bosques que se rigen por su ley especial (art. 73).

El dictamen C-210-2002 de la Procuraduría General de la República analiza el punto de la siguiente manera:

“Conviene detenernos en el principio interpretativo que ofrece la Ley 6043, artículo 73, al excluir de su aplicación los parques nacionales y reservas equivalentes. Debidamente constituidos, se rigen por su respectiva legislación.

El vocablo ‘reservas equivalentes’ engloba todas las áreas silvestres protegidas, supeditadas a planes de manejo que aseguren la adecuada protección, conservación y uso racional de los recursos naturales para un desarrollo sostenible (dictamen C-174-87). La equivalencia estriba en su especial naturaleza y en la extensión de los efectos que la norma concede.

Ese criterio se reitera en los dictámenes C-015-88, C-154-95, C-191-96, C-026-2001, la Opinión Jurídica O. J.-062-2000, y lo confirman los votos de la SALA CONSTITUCIONAL números 5173-94, 1886-95, 1887-95 y 1998-01822”. Estas reservas ‘equivalentes se regulan por su normativa y margina las municipalidades de la administración y usufructo (artículo 3° de la Ley de Zona Marítimo Terrestre). La competencia de los órganos del MINAE está inmersa en los aspectos técnicos que apareja el manejo y tutela del área.

Ha querido el legislador, con buen tino, instituir regímenes excluyentes entre la zona marítimo terrestre ordinaria

de la Ley 6043 y las categorías que conforman el Patrimonio Natural del Estado, en vista de las disímiles finalidades a alcanzar con la afectación de las áreas silvestres estatales y los criterios que requiere su administración.

En la actualidad, áreas silvestres protegidas del Patrimonio Natural Estado, además de los refugios nacionales de vida silvestre, son los parques nacionales, reservas biológicas, reservas forestales, zonas protectoras, monumentos naturales y humedales, que cuentan con una legislación específica: Ley Forestal (arts. 1º, 3º inc. i, 13 ss y 58), Ley Orgánica del Ambiente (art. 32 y sigts., 39 a 45), Ley de Vida Silvestre (arts. 2º, 7 inc. h, 82 ss., 103, 132 y Transitorio III), Ley de Biodiversidad (arts. 58 ss.); Ley 7224 de 9 de abril de 1991, de aprobación del Convenio Internacional de Humedales, etc.”

En este orden de ideas con relación a los Parques Nacionales y Reservas Equivalentes por ambos conceptos debe entenderse que son todas las áreas silvestres protegidas, que tienen un régimen de administración y normativa particular y específica, supeditadas a planes de manejo que aseguran su protección, conservación y uso racional de los recursos naturales¹². Reguladas por normas especiales y a las que no se les aplica la Ley de la Zona Marítimo Terrestre y las regulaciones municipales. Recayendo en el MINAE su administración, manejo y tutela.

Las Áreas Silvestres Protegidas son definidas por Ley como aquellas zonas geográficas delimitadas que se forman de terrenos, humedales y porciones de mar, declaradas como tales por un interés de tutela y conservación del ambiente, según el artículo 58 de la ley de Biodiversidad, que refiere al artículo 32 de la Ley Orgánica del Ambiente, que menciona a las categorías de manejo de estas áreas: reservas forestales, zonas protectoras, parques nacionales, reservas biológicas, refugios nacionales de vida silvestres (públicos, privados y mixtos) Humedales, Monumentos Naturales, cuya administración por Ley recae en forma exclusiva sobre el Ministerio de Ambiente y Energía, salvo los Monumentos Naturales que requieren administración conjunta con las municipalidades acorde con el artículo 33 de la Ley Orgánica del Ambiente.¹³

Establecidas estas áreas, su administración le corresponde al MINAE, excluyéndose a las municipalidades la intervención en la gestión de estas porciones de terreno y al expresar el artículo 73 de la Ley 6043, en forma expresa, que esta ley no es aplicable en áreas nacionales y reservas equivalentes ubicadas en la zona marítimo terrestre, que tienen su propia legislación. Las municipalidades se ven impedidas de ejercer funciones de administración en la zona marítimo terrestre declarada como parque nacional o reserva equivalente. Asimismo, al declararse un área protegida y ser de pro-

¹² Definición del criterio de la Procuraduría General de la República número C-174-87

¹³ Se excluye a las Municipalidades de la administración de estas áreas o reservas equivalentes han sido tratados en dictámenes C- 015- 88, C- 154- 95, C- 191- 96, C- 026- 2001, Opinión Jurídica 062- 2000, votos de la Sala Constitucional 5173- 94, 1886- 95, 1887- 95, 1998- 01822, y expediente 03- 6587- 0007- CO y sobre la definición de reservas equivalentes véase el Criterio C-174-87

iedad estatal, pasa a formar parte del patrimonio natural del Estado que, acorde con el artículo 13 de la Ley Forestal, es administrado por el MINAE.

Las Áreas Silvestres Protegidas, declaradas como tales, y clasificadas según las categorías de manejo del artículo 32 de la Ley Orgánica del Ambiente, si se encuentran ubicadas en la zona marítimo terrestre no serán objeto de aplicación de la Ley 6043 y se les aplicará su legislación especial; además de ello serán administradas por el MINAE, perdiendo las municipalidades las competencias sobre estas áreas. Ministerio que podría extender permisos de uso solamente sobre los refugios de vida silvestre de naturaleza mixta o privada. Según interpretación de los artículos 82 incisos b y c de la Ley de Conservación de Vida Silvestre y 85 de su Reglamento¹⁴ ya que si es de propiedad estatal, no es posible realizar actividades de desarrollo o explotación de los recursos naturales y solamente puede autorizar actividades de investigación y aquellas que tiendan a la protección del área”.

LAS ÁREAS SILVESTRES PROTEGIDAS Y SU RELACIÓN CON LA ZMT RESPECTO A LA POSIBILIDAD DE CREAR ASP EN TERRENOS DE LA ZONA MARÍTIMO TERRESTRE

Un aspecto de particular interés para este artículo lo constituye el marco legal para la creación de áreas silvestres protegidas en terrenos de la zona marítimo terrestre. Sobre este punto la Sala Constitucional y la Procuraduría han realizado algunas precisiones de interés en los casos que ha continuación se indican.

IV. EL CASO DEL REFUGIO DE VIDA SILVESTRE DE OSTIONAL

Ha dicho al respecto la Sala:

“II. En primer término debe determinarse el carácter del área sobre la que la norma impugnada extiende el Refugio de Vida Silvestre Ostional, por cuanto la naturaleza y régimen jurídicos son diferentes tratándose de propiedad privada o de propiedad pública o del Estado, ello por cuanto la primera es regulada de conformidad con el artículo 45 Constitucional y la normativa del Código Civil pertinente, de manera que se protege la inviolabilidad de la misma, introduciéndose el concepto de función social, de manera que no se puede privar a nadie de la suya si no es motivado en un interés social y mediante ley aprobada por la Asamblea Legislativa con el voto de las dos terceras partes de sus miembros...”

La exigencia de establecer los límites de los parques nacionales a través de una ley es únicamente cuando va en detrimento del mismo, es decir, cuando se quiera reducir su extensión, y no cuando se quieran extender los límites de las zonas protectoras del patrimonio forestal del Estado.”

¹⁴ Sobre permisos de uso en Áreas Silvestres protegidas ver Resolución 2003-08742 del 22 de agosto del 2003 de la Sala Constitucional.

V. EL PRONUNCIAMIENTO DE LA PROCURADURÍA EN EL CASO DEL REFUGIO DE VIDA SILVESTRE DE IGUANITA Y LA TESIS DE LA MUTACIÓN DOMINIAL

Se consulta a la Procuraduría la legalidad respecto a la creación del Refugio de Vida Silvestre Iguanita en los terrenos donde se ubica el Proyecto Papagayo (excluido de la aplicación de la LZMT como se indicó pero que, de todas formas, deviene de interés para el punto que se analiza).

Al respecto la Procuraduría se pronunció en los siguientes términos (Dictamen C-210-2002).

“Con todo, prescindiendo de los defectos que el Decreto (de creación del refugio) pudiera tener, carece de cobertura para modificar la afectación legal del sector. En el dictamen C-028-94 dijimos que “el destino asignado por ley a un espacio de dominio público sólo puede cambiarse por acto legislativo, y que el uso del área destinada al Proyecto de Papagayo es turístico”.

Criterio que tiene el aval de la doctrina. A modo de ejemplo, Clavero Arévalo, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Sevilla, sostiene que si la titularidad administrativa del dominio público es atribuida por ley, cualquier cambio supone una modificación legal. De donde colige que “son válidas las transmisiones de titularidad de este dominio, siempre que se realice por disposiciones del debido rango legal”. (La inalienabilidad del dominio público, RAP N° 25, pg. 51).

Aunque la mutación demanial y la desafectación son nociones diferentes, presuponen un cambio del destino inicial del bien y, por ahí, participan de similitud interpretativa. Al decir de la Sala Constitucional cuando los bienes demaniales tienen ese carácter a causa de una afectación legal, “solamente por ley se puede privar o modificar el régimen especial que los regula” (resolución N° 2000-10466).....

Otro tanto hace la Ley de Contratación Administrativa, N° 7494 de 2 de mayo de 1995, artículo 69, al prever que los bienes inmuebles afectos a un fin público, “podrán desafectarse por el mismo procedimiento utilizado para establecer su destino actual”.

En la especie, no es dable al Poder Ejecutivo invadir las competencias del legislador, separar del destino público original fijado por éste a los terrenos que conforman el área del Proyecto de Desarrollo Turístico de Papagayo y variarlo hacia el futuro, vinculándolos a una finalidad distinta.

Para las enmiendas de rigor, ha de canalizar su iniciativa mediante el trámite de ley. Se requiere un acto legislativo que modifique el fin público a que está dedicado en la actualidad el sector donde se decretó el Refugio, para perseguir otro diferente y prioritario, atendiendo a una nueva valoración de las características físicas e idoneidad de los bienes y las necesidades públicas que ahora conviene satisfacer”

Por ende, concluye la Procuraduría, la mutación demanial solo puede producirse por un acto del mismo rango.

VI. EL CASO DEL REFUGIO DE VIDA SILVESTRE DE SAN LUCAS

En el caso presente se presenta una acción de inconstitucionalidad para que la Sala declare la inconstitucionalidad del Decreto Ejecutivo número 29277-MINAE de once de enero de dos mil uno. Los argumentos esgrimidos por el accionante (un alcalde) fueron los siguientes: “El Decreto se impugna en cuanto viola el principio de autonomía municipal. Señala que mediante Ley número 5469 de veinticinco de abril de mil novecientos setenta y cuatro, se traspasó la propiedad de la Isla de San Lucas a la Municipalidad de Puntarenas. Por Ley número 4071 del seis de diciembre de mil novecientos setenta y uno se traspasó al cantón central de Puntarenas el dominio sobre el cause o álveo del Estero de Puntarenas. A pesar de lo anterior, el artículo 4° del Decreto Ejecutivo número 29277-MINAE impugnado establece que la administración de las áreas declaradas zonas protegidas en los artículos 1° y 3°, a saber, la Isla de San Lucas y el Estero de Puntarenas, será competencia del Ministerio de Ambiente y Energía y de las instituciones establecidas por la normativa vigente. Considera que el Decreto impugnado no solo afecta los intereses municipales, sino los de la colectividad. Estima además que viola el principio de jerarquía de las normas, pues vía Decreto, se pretende desconocer los efectos del traspaso realizado a través de una Ley. Adicionalmente, el contenido del Decreto nunca fue consultado a la Municipalidad de Puntarenas, no obstante afectar en forma directa sus intereses. Concluye que las normas impugnadas son contrarias a los artículos 169 y 170 de la Constitución Política. Solicita que se declare la inconstitucionalidad del decreto impugnado ...”

Al responder la acción la Procuraduría sostuvo la tesis de que “es preciso determinar si efectivamente se han violado los artículos 169 y 170 de la Constitución Política. El artículo 169 es una garantía institucional en relación con la esfera de materias que, por su carácter local, corresponde a las municipalidades gestionar; se trata de un ámbito de materias cuya gestión el legislador no puede sustraer a las municipalidades para atribuírselas a otros entes u órganos públicos. El artículo 170 garantiza que el ejercicio de toda competencia otorgada por el legislador a las municipalidades se dé en forma autónoma. Se trata de un complemento a la garantía institucional del artículo 169 pues evita que a la hora de coordinar competencias de los distintos entes y órganos públicos, se supedite el ejercicio de las que corresponden a las municipalidades en razón del carácter local de la materia atribuida, al ejercicio de competencias de otros entes y órganos. El aspecto central a dilucidar en la acción es si la administración de un humedal y de una isla que han sido declarados como áreas protegidas es un asunto local, de conformidad con lo que establece el artículo 169 constitucional, que por disposición del artículo 170 *ibidem* corresponde en forma exclusiva y excluyente a la Municipalidad de Puntarenas. Siguiendo esta línea, indica que la competencia para declarar áreas protegidas, en atención a un interés nacional y no local, como es la tutela y protección del ambiente, le corresponde a un ente estatal nacional como lo es el Ministerio de Ambiente y Energía. La

Sala Constitucional ha dicho que es obligación del Estado la protección y tutela del ambiente. Aún cuando la noción de Estado puede incluir tanto entes centrales como descentralizados de la Administración Pública, tanto funcional como territorialmente, la protección y tutela del ambiente debe ser tenido como un interés de naturaleza preponderantemente nacional, aunque tenga una dimensión local. La competencia del Ministerio para declarar áreas silvestres protegidas, está regulada en varias leyes, a saber, la Ley Orgánica del Ambiente (artículos 32 y 42), la Ley de Conservación de Vida Silvestre (artículos 82 y 84) regula los Refugios de Vida Silvestre. Así, el marco normativo que regula el establecimiento y administración de las áreas silvestres protegidas, dentro de las que se encuentran los refugios de vida silvestre y los humedales, es de rango legal. El Poder Ejecutivo lo único que hace a través del Decreto es delimitar la porción del territorio nacional que se convierte en área protegida, bajo alguna de las categorías de manejo que la Ley establece, sin que tenga importancia a qué régimen jurídico de propiedad está sometido (propiedad pública de carácter demanial o propiedad privada) ni que ente u órgano lo administra, sea ente nacional de la administración central o descentralizada, o local, como las municipalidades. Con la declaratoria de un área silvestre protegida se tutela un interés público nacional, no local. Ello encuentra fundamento en los artículos 58, 60 y 61 de la Ley de Biodiversidad. El marco legal que regula lo relacionado con las áreas silvestres protegidas tutela un interés público de orden nacional, garantizado por la Constitución Política como derecho fundamental. Para ello, cualquier área o zona del territorio nacional puede ser declarada área silvestre protegida, con lo cual pasa a ser administrada por el Ministerio de Ambiente y Energía. En el caso de las áreas o zona sometidas a un régimen de dominio público, no se produce un cambio de titular, sino de administrador, pues en razón de su carácter demanial, pertenecen a la Nación. El artículo 13 de la Ley Forestal y sus reformas establece que el terreno declarado área silvestre pasa a formar parte del patrimonio natural del Estado, cuya administración corresponde al Ministerio de Ambiente y Energía. Es por ello que la declaratoria de área silvestre protegida hecha respecto de un bien demanial cuya administración le ha sido atribuida a un ente municipal, no transgrede el artículo 169 constitucional, pues dicha atribución no se hace en función de un interés local. Los bienes demaniales son de la Nación y los distintos entes u órganos públicos lo que hacen es administrarlos. Ello aplica asimismo para aquellos bienes demaniales cuya administración el legislador atribuye a una municipalidad determinada. Si una municipalidad administra un bien demanial, lo que hace es gestionar un interés nacional, no local, a menos que el uso o fin público a este afecto el bien demanial sea la prestación de un servicio de naturaleza local. En ese sentido, el ente encargado de su administración puede ser modificado por el legislador, sin que con ello quebrante lo dispuesto por el 169 constitucional. Lo expuesto es de aplicación a los casos de la Isla San Lucas y el estero de Puntarenas y manglares asocia-

dos, que son bienes demaniales. El artículo 78 de la Ley de la Zona Marítimo Terrestre dispone que la Isla San Lucas estará bajo la administración de la Municipalidad de Puntarenas. Sin embargo, ello no modificó la naturaleza demanial de la isla, sino que solamente determinó a cuál ente corresponde su administración. Tanto la Ley 4071 (art. 7°) como la número 5469 (art. 1°) atribuyen la administración de dos bienes demaniales a la Municipalidad de Puntarenas. Posteriormente, el decreto impugnado en sus artículos 1° y 3°, declara esos bienes como áreas silvestres protegidas, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 32 y 42 de la Ley Orgánica del Ambiente y 82 de la Ley de Conservación de la Vida Silvestre, con lo que pasan a ser administrados por el Ministerio de Ambiente y Energía. Si se interpreta que la competencia del Ministerio proviene del decreto citado, las leyes citadas o son inconstitucionales, o devienen inaplicables pues es por medio de leyes que a las instituciones autónomas o semiautónomas y a las municipalidades se les atribuye la administración o propiedad de los bienes demaniales, lo que en todo caso correspondería dilucidar a la jurisdicción ordinaria, no a la constitucional".

La Sala declara sin lugar la acción por medio del voto No 8928 del 18 de agosto del 2004, del cual extraemos los argumentos más relevantes.

Por lo anterior, no hay en el Decreto impugnado invasión de competencias municipales, pues claramente está el Poder Ejecutivo facultado para declarar áreas silvestres protegidas, sin perjuicio de los innegables deberes que para con el medio ambiente ostentan los gobiernos locales. Resta por determinar si el Decreto impugnado es inválido por pretender la derogación de normas de rango legal, como alega el actor.

Así, cuando el Poder Ejecutivo formula una declaratoria de este tipo, lo hace por expresa autorización legal y en acatamiento de sus deberes constitucionales para con el medio ambiente, por lo que no es el Decreto el que crea el régimen jurídico de las áreas protegidas, sino que únicamente es la vía que permite una célere y efectiva protección del ambiente, al dejar a los órganos técnicos competentes la valoración de las razones de orden ambiental que llevan a la determinación de una zona de esta naturaleza. Así las cosas, el decreto cuestionado no es inconstitucional por pretender reformar las normas legales citadas, ya que son normas del mismo y superior rango las que permiten al Poder Ejecutivo actuar como lo hizo en defensa de la integridad del medio ambiente.

Aun cuando para efectos registrales los bienes demaniales pueden ser inscritos a nombre del ente público encargado de su tutela, lo cierto es que estos bienes no le pertenecen a ninguna entidad pública en particular, sino a la Nación. De allí que se puede afirmar que en el presente caso, cuando las leyes 5469 y 4071 determinaron el traslado de la Isla San Lucas y el Estero de Puntarenas a la municipalidad de ese cantón, lo que hicieron fue determinar a cuál ente público le correspondería administrar dichos bienes, pues al ser bie-

nes dominiales, su titular ha sido y es la Nación. Desde esta perspectiva, debe la Sala concluir que lo actuado por el Poder Ejecutivo en el presente caso está dentro del marco de sus competencias, en tanto permite cumplir con el deber que le impone el artículo 50 de la Constitución Política, así como la copiosa regulación producida por el Derecho Internacional en relación la obligación insoslayable del Estado de proteger el medio ambiente, adoptando todas las medidas idóneas para lograr una garantía integral y efectiva. Así, aunque las municipalidades tienen innegables deberes en este campo, es evidente que la protección del ambiente trasciende el interés meramente local para constituirse un asunto de interés nacional, por lo que las acciones del Estado central como delegado de la Nación soberana para el cumplimiento de sus fines asociativos, en tanto propicien una efectiva defensa de sus bienes naturales, resulta no sólo válida, sino incluso indispensable. Un decreto como el impugnado, al determinar –basado en criterios técnicos no susceptibles de discusión en esta vía– que la Isla San Lucas y el Estero de Puntarenas son áreas de interés ambiental que requieren de un régimen jurídico especial, no podría nunca lesionar la autonomía municipal, reconocida en los artículos 169 y 170 de la Constitución Política.

Al analizar lo dispuesto en el art. 84 de la Ley de Conservación de Vida Silvestre¹⁵, concluye que :

“ En el presente caso, no consta que el Poder Ejecutivo haya obtenido el criterio favorable de la Municipalidad de Puntarenas antes de proceder a declarar la Isla San Lucas y el Estero de Puntarenas como refugio nacional de vida silvestre y humedal, respectivamente. No obstante, es claro que lograr la aquiescencia de una municipalidad u otro ente público antes de una declaratoria como la que se analiza, es un deber que se origina de una disposición legal, y no de una norma o principio constitucional”.

A manera de conclusión se puede señalar lo siguiente:

1. Se permite la creación de áreas silvestres en terrenos de ZMT, produciéndose una mutación demanial, pero la norma que así lo prevea debe ser al menos de igual rango que aquella que otorga la administración del bien al ente que la pierde.
2. El MINAE puede crear dichas áreas con fundamento en sus competencias de proteger y conservar el ambiente, las cuales son de carácter nacional.
3. En el caso concreto de Refugios de Vida Silvestre, posiblemente la categoría de manejo a ser creada en la ZMT, el incumplimiento del art. 84 de la Ley de Vida Silvestre, no se considera entraña una violación constitucional, aunque abre la puerta a acciones por la vía de los Tribunales Ordinarios.

15 Art. 84. Autorízase al Poder Ejecutivo para establecer refugios nacionales de vida silvestre dentro de las reservas forestales y en los terrenos de las instituciones autónomas o semiautónomas y municipales, previo acuerdo favorable de éstas. También podrán establecerlos en terrenos particulares, previa autorización de su propietario. En caso de oposición de éste, deberá decretarse la correspondiente expropiación.”

El caso específico del Patrimonio Natural del Estado

Asimismo, aunque constituye un concepto diferente al contemplado en el artículo 73 de la LZMT, tampoco se aplica la Ley al Patrimonio Natural del Estado tal y como se define en la Ley Forestal (arts. 13 y ss). Por ahora valga explicar algunos conceptos.

El Patrimonio Natural del Estado se encuentra conformado por los terrenos estatales que contengan bosques, las reservas forestales, las zonas protectoras, las reservas biológicas, los parques nacionales, y los refugios de vida silvestre...

Corresponde a la más alta autoridad competente del país adoptar medidas adecuadas para prevenir o eliminar, tan pronto como sea posible, la explotación u ocupación en toda el área, y para hacer respetar las características ecológicas, geomórficas y estéticas que han determinado su establecimiento.”¹⁶

Asimismo el patrimonio natural del Estado está constituido por los bosques¹⁷ y terrenos forestales de las reservas nacionales, de las áreas declaradas inalienables, de las fincas inscritas a su nombre y de las pertenecientes a municipalidades, instituciones autónomas y demás organismos de la Administración Pública, excepto inmuebles que garanticen operaciones crediticias con el Sistema Bancario Nacional e ingresen a formar parte de su patrimonio¹⁸¹⁹

Al ser la zona marítimo terrestre de carácter demanial, si en ella existe bosque, por ley pasará en forma automática a formar parte del Patrimonio Natural del Estado y su administración le corresponderá al Ministerio de Ambiente y Energía, quedando excluida de la aplicación de la Ley 6043. Cuya consecuencia práctica es que las municipalidades no pueden legalmente otorgar concesiones sobre bosques o terrenos forestales de la zona marítimo que integran el Patrimonio Natural del Estado, sin poderlo administrar tampoco.

De acuerdo a este artículo en el patrimonio natural del Estado el Estado podrá realizar o autorizar labores de investigación, capacitación y ecoturismo, una vez aprobadas por

16 Voto 2003 08742 de la Sala Constitucional.

17 La Ley Forestal define el bosque como un ecosistema que ocupa una superficie de dos o mas hectáreas, con árboles maduros de diferentes edades, especies y porte, con uno o más doceles que cubran más del 70% de esa superficie y donde existan más de sesenta árboles por hectárea de quince o mas centímetros de diámetro, medido a la altura del pecho (art. 3 inciso d de la Ley Forestal No. 7575.)

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

19 El Decreto Ejecutivo N° 32781, declara de interés público la labor de definición del Ministerio del Ambiente y Energía de las áreas de bosque y terrenos de aptitud forestal dentro de la zona marítimo terrestre. Por su parte, por medio del Decreto No. 34295-MINAE publicado en La Gaceta del 8 de febrero del 2008 “ Manual para la clasificación de tierras dedicadas a la conservación de los recursos naturales dentro de la zona marítimo terrestre en Costa Rica, Ministerio de Ambiente y Energía, del Sistema Nacional de Áreas de Conservación”, se regula la identificación dentro de los terrenos de la Zona Marítimo Terrestre que clasifiquen como bosques, Terrenos de aptitud forestal (suelos Clase VII y VIII), Humedales (manglares, esteros, rías, marismas, lagunas costeras, pantanos, bosques anegados, salitrales), para que el Sistema Nacional de Áreas de Conservación (SINAC) los certifique e incorpore como parte del Patrimonio Natural del Estado (art. 1).

el Ministro del Ambiente y Energía, quien definirá, cuando corresponda, la realización de evaluaciones del impacto ambiental. En dicho Patrimonio Natural del Estado solo se permitirán actividades que no requieran aprovechamiento forestal y que no afecten los ecosistemas, la vida silvestre, los suelos, los humedales y los sistemas acuíferos, excepto las actividades permitidas por la Ley de Conservación de Vida Silvestre y la Ley del Servicio de Parques Nacionales.

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

Como era de esperarse, el decreto fue cuestionado de inconstitucionalidad y la Procuraduría, concretamente respondió otra consulta efectuada por el MINAE sobre el mismo (C-297-2004 de octubre del 2004).

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

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

Los bosques y terrenos forestales ubicados en la zona marítimo terrestre, dentro de las áreas inalienables, de titularidad estatal, constituyen bienes integrantes del Patrimonio Natural del Estado, en virtud de la afectación inmediata, sin concurrencia de la Administración, que hace la Ley Forestal (arts.13 y 14), e invalida los actos administrativos de enajenación o aplicación a otros usos (SALA CONSTITUCIONAL, voto 3789-92).

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

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

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

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

Afirma igualmente la Procuraduría:

“Así, no habría inconveniente en que por Decreto Ejecutivo, contando con el previo acuerdo favorable del ente a que están adscritos bienes de dominio público, pueda verificarse la mutación demanial para dedicarlos a la conservación de la vida silvestre, si hubiesen sido afectados por acto administrativo singular, con sustento en una ley, lo que no conculca el principio de jerarquía normativa. El cambio de afectación no perturbaría la naturaleza de los bienes pues continúan dentro del mismo régimen de dominio público para cumplir el nuevo destino (Ley de Conservación de Vida Silvestre, art. 3°).

La declaratoria de Refugio Nacional en esos bienes demaniales operará modificaciones en su titularidad y destino (mutación demanial), administración, usos (predominantes, permitidos, compatibles, prohibidos, etc.) o aprovechamiento; traslados de competencia para la planificación del área, conservación, protección, percepción de cánones por las utilidades diferenciales o los derechos reales administrativos que se otorguen (el dominio público es un instrumento para el ejercicio de competencias administrativas), variaciones de legislación, etc.; elementos todos que configuran una transformación en el estatuto jurídico. (Sobre los derechos reales administrativos, cfr. voto de la Sala Constitucional N° 5210-97; Opiniones Jurídicas de la Procuraduría números 051-2001, 072-2001, 138-2001 y dictamen C-009-2000)”

Al respecto la Contraloría General de la República ha indicado (Informe N° DFOE-SM-3-2007 del 16 de febrero, 2007)

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

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

la municipalidad se han presentado a la fecha, 22 solicitudes de concesión en esa playa.

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

De esta manera se obliga al Concejo Municipal de Aguirre, al Director de Urbanismos del Instituto Nacional de Urbanismos y al Instituto Costarricense de Turismo a dejar sin efecto la aprobación un Plan Regulador por cuanto, según el MINAE, dicho terreno es una zona boscosa y, por consiguiente, pertenece al Patrimonio Natural del Estado según los artículos 13, 14, 15 de la Ley Forestal N° 7575 y al artículo 73 de la Ley sobre la ZMT y su Reglamento. Al Ministerio de Ambiente se le ordena proceder a demarcar la zona boscosa y su correspondiente inscripción como finca a su nombre mediante la ayuda de la Procuraduría.²¹

En síntesis la Procuraduría, concluye, entre otros aspectos de interés, lo siguiente:

1. El Patrimonio Natural del Estado, terminología utilizada por la Ley Forestal vigente en sustitución del Patrimonio Forestal del Estado de la anterior legislación, debe ser administrado por el Ministerio de Ambiente y Energía (arts. 13 y ss de la citada ley). Cabe aclarar que dicha incorporación cubre terrenos en manos de diversas instituciones, como por ejemplo, el IDA. Por ende, las municipalidades no tienen potestad de otorgar concesiones sobre estas áreas. Nótese que en realidad no se impide dar concesiones en las áreas cubiertas por el plan regulador, excepto en los casos en que estas involucren los bosques, cuya administración compete al MINAE.
2. Si bien el Patrimonio Natural del Estado puede encontrarse en otras áreas del país, el decreto solo regula el supuesto de la zona marítimo terrestre, de forma que no se da un trato igual, razonable y proporcional.
3. Eventualmente, el decreto también podría contravenir la Ley de Uso, Manejo y Conservación de Suelos al permitir el cambio de uso del suelo.

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

4. En definitiva, el decreto podría ser inconstitucional por violación al art. 50 (derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado).

Por nuestra parte, de la discusión suscitada, consideramos importante destacar varios aspectos:

1. El propio Ministerio de Ambiente carecía de claridad sobre los alcances del Patrimonio Natural del Estado a tenor de lo dispuesto en la Ley Forestal y de anteriores pronunciamientos de la Procuraduría sobre el tema.
2. La excepción del artículo 18 pretendía que en este Patrimonio se pudieran realizar ciertas labores, como el ecoturismo, pero es difícil interpretar que la mención del ecoturismo se realizará para obviar la prohibición de corta; más bien el espíritu del legislador fue permitir el ecoturismo en el tanto actividad que no requiere de la tala de árboles.
3. Adicionalmente a lo descrito en la Ley Forestal arts. 1 y 18, el MINAE ha permitido otro tipo de actividades, basado en la figura de los permisos de uso (art. 39 de Ley Forestal y 154 y ss de la Ley de Administración Pública), cuyos ejemplos pueden ser la instalación de puestos de telecomunicación en diferentes volcanes (que ostentan la categoría de Parques Nacionales) de conformidad con el decreto 26187-MINAE. Igualmente, la Ley de Biodiversidad (art. 39) permite el otorgamiento de concesiones para servicios no esenciales, potestad que ha sido nuevamente reglamentada de forma reciente (Decreto N° 32357).

El Proyecto de Desarrollo Integral de Bahía Culebra (Papagayo)

El artículo 74 de la Ley deja bajo la administración del Instituto Costarricense de Turismo las áreas afectadas por el proyecto integral de la Bahía Culebra, conocido como proyecto Papagayo, el cual se registró por su normativa propia Ley.

Queda excluida, así, de la aplicación de la LZMT, el territorio que corresponde al Proyecto de Desarrollo Integral de Bahía Culebra que se rige por la Ley para el Desarrollo y Ejecución del Proyecto Turístico Golfo de Papagayo N. 6708 y su Reglamento, Decreto Número 25439-MP-TUR del 27 de agosto de 1996 y publicado en La Gaceta N. 173 del 11 de setiembre de 1996, reformado por el Decreto Ejecutivo 31991-MP-TUR del 21 de mayo del 2004, publicado en La Gaceta 162 del 19 de agosto del 2004. Básicamente estas normas otorgan la potestad al ICT para otorgar las condiciones de las concesiones del Proyecto Turístico Golfo Papagayo y para ejercer el control y vigilancia sobre el mismo²².

22 El Dictamen C-171-93 establece administración de la porción territorial de la zona marítimo en dicho Proyecto compete al ICT con exclusión municipal. Subsiste la aplicación de la Ley 6043 en lo que sea compatible y no contradiga la regulación especial. Lo anterior sin perjuicio de las competencias de otro orden que puede ostentar la municipalidad, como por ejemplo, en materia de construcciones. Cfr., además, el Dictamen C-028-94 que establece que tratándose de potestades de autotutela y medidas de conservación y defensa de la ZMT (arts. 13 y 17 de la ley), estas son resorte del ICT.

Sin embargo, en estos casos el canon aun corresponde a las municipalidades respectivas (Libería y Carrillo).

Los terrenos administrados por JAPDEVA, con excepción de los 200 metros a los lados de los canales principales.

El artículo 75 ratifica el dominio de JAPDEVA sobre los terrenos traspasados en virtud del artículo 41, inciso b de la Ley No 5337, es decir, la franja de 10 kilómetros desde el mar hacia el interior, con excepción de los 200 metros a ambos lados del sistema de canales principales.

La Zona Portuaria de Caldera.

Tampoco se aplica la LZMT a la zona portuaria reservada al Puerto de Caldera que se registró por la Ley No 5582 (art.79 de la LZMT).

El sector de Playa Tivives.

El numeral 80 deja inaplicable las disposiciones del artículo 20 en cuanto a zona pública al sector de playa Tivives arrendado a la cooperativa Tivives R.L. por haberse planeado su urbanización sobre la base del contrato con el Estado anterior a la Ley No 6043.

La Isla de San Lucas. (art. 78 de la LZMT y declarada Refugio de Vida Silvestre²³).

La Isla del Coco (declarada Parque Nacional de forma expresa)

La isla quedó en administración directa del Estado costarricense por medio del Ministerio de Ambiente y Energía (artículo 9 de la Ley sobre la Zona Marítimo Terrestre).

La consecuencia práctica más importante de las excepciones a la aplicación de la LZMT y su Reglamento, es que las municipalidades pierden las facultades de administración, planificación y gestión sobre esas zonas de la ZMT a la que no se les aplica esta norma. Debiendo abstenerse de otorgar concesiones o cualquier tipo de autorización sobre ella, así como de ejercer facultades de planificación y ordenamiento territorial, basadas en la LZMT.

VII. FORMAS PERMITIDAS DE UTILIZACIÓN DE LA ZMT

La LZMT permite el uso de la misma bajo determinados títulos legales, los cuales se explican a continuación.

Usos Permitidos en la ZMT. El uso tradicional de los bienes de dominio público es generalmente un uso público o común. Es decir, es igual para todos y sin exclusión de nadie. Sin embargo, se ha aceptado por Ley un uso diferente en algunos bienes demaniales. Este es el caso de la ZMT, que mediante la Ley 6043, se permite un uso privativo de los particulares sobre la zona restringida, bajo ciertas condiciones y por un determinado plazo. Este uso privativo implica un uso excluyente de un particular hacia los demás, alejándolo del uso común.

La concesión. Esta es la autorización emanada del órgano competente (gobierno local) a los particulares solicitantes, para el uso y aprovechamiento válido de la zona restringida de la zona marítima terrestre. Según el artículo 39 de la Ley 6043 es el medio legítimo para autorizar el disfrute de los particulares del dominio público (adicionalmente a los permisos de uso y al caso de pobladores y ocupantes que se indican a continuación). Se otorgan solo sobre la zona restringida de la ZMT.

Requiere un acto de otorgamiento expreso del órgano competente que es la Municipalidad, y el uso que el concesionario ejerza en la zona, debe ser compatible con la naturaleza del bien y respetar su integridad, es decir esta sujeto a restricciones y regulaciones. Para que una municipalidad pueda otorgar concesiones en la ZMT, se requiere la existencia del plan regulador. Por regla expresa del artículo 39, el único órgano que puede otorgar una concesión sobre la zona restringida es la Municipalidad competente territorialmente, salvo excepciones de Ley.

El artículo 44 de la Ley 6043 establece las reglas para el otorgamiento de las concesiones, las cuales se describen en la siguiente sección con detalle. Únicamente para efectos de claridad debe indicarse que la legislación no contempla de forma sistemática u armónica estos requisitos, pero la jurisprudencia administrativa de la Procuraduría si lo ha hecho indicándose los siguientes:

- a) Haberse dado la declaratoria de aptitud turística o no turística
- b) Amojonamiento por parte del Instituto Geográfico Nacional
- c) Existencia de un plan regulador
- d) Avalúo de la Dirección General de Tributación Directa
- e) Presentación de la solicitud conforme a los requerimientos de los arts. 27 y ss del reglamento
- f) Inspección de terreno
- g) Publicación del edicto
- h) Anteproyecto consultado al ICT y al INVU para la realización de edificaciones y urbanizaciones, salvo para la construcción de viviendas individuales
- i) Pronunciamiento previo del ICT o el IDA según corresponda
- j) Certificación del SINAC de que el terreno no es bosque o de aptitud forestal.

De esta forma los concesionarios son aquellos a quienes se le ha otorgado una concesión sobre la zona restringida de la ZMT. Son personas físicas o jurídicas (sociedades mercantiles sean anónima o de responsabilidad limitada de origen costarricense, es decir constituidas conforme a la legislación nacional y debidamente inscritas en el Registro Público) o extranjeros que hayan residido en el país cinco años en forma continua como mínimo, sociedades extranjeras que sean empresas turísticas, cuyo capital social pertenezcan a costarricenses en un cincuenta por ciento. Al

²³ El decreto No. 34282 rectifica, delimita y amplía los límites del Refugio de Vida Silvestre Isla de San Lucas, de manera que una parte del mismo se segrega del Refugio, quedando bajo administración municipal a ser regulada según un Plan Maestro de Desarrollo Turístico Sostenible. Contra el decreto de rectificación fue presentada una acción de inconstitucionalidad.

menos la mitad de las acciones que conforman el capital social de toda sociedad anónima, debe pertenecer a ciudadanos costarricenses.

No pueden ser concesionarios, según el artículo 47 y art. 25 del Reglamento a LZMT, los extranjeros con menos de cinco años de residencia en el país, sociedades anónimas con acciones al portador, (actualmente prohibidas por ley), sociedades con domicilio social en el exterior, sociedades que se crean en el país pero por extranjeros y la sociedades cuyo capital social pertenecen en mas de un cincuenta por ciento a extranjeros.

Las sociedades que tienen una concesión a su favor, no pueden ceder sus cuotas o acciones a extranjeros. Si se hicieran serán inválidos

Los Permisos de Uso: es una forma de acceso al uso de la ZMT con una nota característica. Es entendido como un acto jurídico dictado unilateralmente por la Administración Pública, que permite a un particular el uso en precario del dominio publico²⁴.

El permiso de uso presenta las siguientes características:

- 1.- El permiso de uso es a título precario, es un acto de tolerancia administrativa, es decir, no crea derechos adquiridos a favor del beneficiario del permiso o permisionario.
2. - La anterior característica conlleva a que la Administración pueda revocarlo en cualquier momento, acorde con los principios el artículo 154 de la Ley General de la Administración Pública por razones de oportunidad y conveniencia y no genera cobro indemnizatorio a favor del perjudicado.
3. - Los motivos de esa revocación pueden ser: a.- necesidad del Estado de ocupar plenamente el bien; b.- razones de interés general; c.- razones de seguridad; d.- razones de higiene; e.- razones de estética; f.- construcción de obra pública.
4. - Si hay contraposición de intereses entre el fin del bien y el permiso otorgado, debe prevalecer el uso natural de la cosa pública.

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

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

Como característica fundamental es que son **precarios**. Es decir, la administración puede en forma legal revo-

car el permiso de uso, si el Estado requiere usar el bien por construcción de una obra pública al igual que por razones de seguridad, higiene, estética, todo ello en la medida que si llega a existir una contraposición de intereses entre el fin del bien y el permiso otorgado, debe prevalecer el uso natural de la cosa pública (...) En consecuencia, el régimen patrio de los bienes de dominio público,... los coloca fuera del comercio de los hombres y por ello los permisos que se otorguen serán siempre a título precario y revocables por la Administración, unilateralmente, cuando razones de necesidad o de interés general así lo señalen." (Voto 2306-91)

Sobre los pobladores y ocupantes

Estos regímenes se reconocieron, motivados sobre todo en el respeto de situaciones reales ocurridas con anterioridad a la vigencia de la LZMT. La condición de los pobladores y los ocupantes es diferente a la de los arrendatarios; que son regulados por los transitorios I y II, de la LZMT, a la de los propietarios que lograron inscribir legalmente sus terrenos antes de la LZMT (art. 6 LZMT) no se les puede considerar como ocupantes ilegítimos (aquellos que se introdujeron posteriormente a la entrada en vigencia de la LZMT sin ostentar título que los habilite, o aquellos que no cumplen la condición ocupante o poblador o que no cuentan con contrato de arrendamiento otorgado bajo la Ley N° 5602).

Los pobladores se definen en el artículo 70 como aquellas personas costarricenses por nacimiento que habitan en la zona marítimo terrestre, con más de diez años de residencia continua en ella, previo a la promulgación de la Ley N° 6043, y que no posean otras propiedades particulares. Estos podrán seguir ocupando los terrenos, con el deber de acatar las normas de planificación de la zona. Podrán ser reubicados con la debida indemnización de las mejoras. Aquellos que cumplan con estos requisitos no requieren de concesión para seguir habitando la zona una vez entrada en vigencia la Ley 6043.²⁵

La condición de poblador no es transmisible, es decir, no se puede ceder, vender o donar y, por ende, los municipios no pueden aceptar mediante actos de los Concejos Municipales tales transacciones. Los actos así realizados devienen nulos.

Los ocupantes²⁶ se encuentran: definidos en el Transitorio VII, como aquellas personas que sin ser pobladores han ocupado la zona marítimo terrestre, aun de forma no autorizada, por no contar con un contrato de arrendamiento al momento de dictarse la Ley N° 6043.

No son propietarios, ni precedentes arrendatarios, ni personas que se introdujeron en la ZMT de forma clandestina, con posterioridad a la entrada en vigencia de la LZMT (el 16 de marzo de 1977).

²⁴ Al respecto ver votos de la Sala Constitucional 2306-91, Criterio de la Procuraduría General de la República C 072-97, C-100-95, C-011-2005.

²⁵ Según criterio C-15-84 y C-157-95 de la Procuraduría General de la República.

²⁶ Ver criterio 230-95 y 157-95 de la Procuraduría General de la República.

Estas personas, mientras no se apruebe el respectivo plan regulador, tienen derecho a permanecer sobre las parcelas ocupadas, pagando en contraprestación un canon fijado a partir de un avalúo de la Dirección General de Tributación Directa (Transitorio VII de la Ley N° 6043).

Al sobrevenir un plan regulador, los ocupantes tendrán preferencia sobre cualquier otro solicitante para obtener una concesión, siempre y cuando el uso requerido esté acorde con la planificación de la zona. Según el artículo 44 que delimita una serie de criterios de prioridad de otorgamiento de concesiones destaca que en igualdad de condiciones se debe preferir al ocupante que haya mantenido una posesión quieta pública y pacífica en forma continua.

Sobre los derechos de los ocupantes, se debe aclarar que carecen de un título administrativo habilitante para el uso en forma exclusiva de una porción de la ZMT, según los artículos 1,7,9 a11 de LZMT. No obstante los Votos 2306-91, 2704-91,4199-93,219-94 y 555-96 entre otros y los pronunciamientos de la Procuraduría C-100-95, C-027-96, indican que el permiso de uso otorga también una condición precaria al autorizador.²⁷

Con lo que si cuentan los ocupantes es un derecho subjetivo de prioridad al momento de solicitar una concesión, siempre que su uso sea compatible con la planificación del sector, privilegio ligado a su condición de ocupante. Si el solicitante reúne las condiciones personales de ocupante y el uso de la parcela que se solicita en concesión es conforme a la planificación, la municipalidad tiene el deber de otorgarle la concesión a su solicitud, sobre otras solicitudes.²⁸

Las mejoras de su parcela no tienen derecho de indemnización, si no es conforme a la planificación de la zona, según el artículo 75 de RLZMT. Y la condición de ocupante es

precaria y personalísima no es transmisible, por lo que no se puede vender, ceder, traspasar, heredar o donar.²⁹

VIII. CONCLUSIONES

La zona costera de nuestro territorio nacional, siempre ha sido destinada al uso e interés público. Mismos que han variado a lo largo de los años de la historia del país, aun antes de su independencia. Como fue observado, el uso primario al que fue destinada esta franja de terreno es de carácter agrícola y ganadera y es posteriormente cuando se varía al uso e interés turístico y urbanístico.

La diferente legislación emitida para la regulación de la zona marítimo terrestre, salvo algunas tristes excepciones, siempre denominó como bien de dominio público este territorio y lo excluyó del comercio de los hombres, haciendo del Estado, a través de sus diversos órganos e instituciones, el eje sobre el cual se decide el uso y disposición de las zonas costeras.

Como puede observarse, el tema de la comprensión de la Ley de la Zona Marítimo Terrestre, número 6043 y su reglamento y la legislación conexas, requiere de un esfuerzo por interpretar de forma coherente y legal toda la normativa. Suponer que de la simple lectura de la Ley 6043 se podrán obtener los elementos para su aplicación, es desconocer que existe todo un marco legal conexo y una serie de criterios de los diferentes órganos, instituciones y entes, muchos de ellos vinculantes, que completan la comprensión del marco legal vigente. Este aspecto constituye el mayor instrumento para que aquellos que deban resolver y tomar decisiones sobre la zona marítimo terrestre, tengan un criterio que les permita encontrar solución a las diversas problemáticas que se producen alrededor de este importante territorio.

²⁷ Indicado por Criterio de la Procuraduría General de la República C-004-98.

²⁸ Aclarado por criterio C-191-2002 de la Procuraduría General de la República, cual afirma para los ocupantes y pobladores la imposibilidad de transmitir su condición de tales.

²⁹ Criterio C-157-95 de la Procuraduría General de la República.

LA CONTAMINACIÓN LUMÍNICA

Msc. Max Fernández López

Master en Derecho Constitucional, Especialista en Derecho Agrario y Ambiental.

Egresado del XI Master en Derecho Comunitario por la Universidad Castilla La Mancha, España 2007 - 2008

Allí donde el aire es más puro, y sutil, los habitantes son más inteligentes y piensan con mayor agudeza y rapidez que los que viven en una atmósfera pesada.

Francisco de P. Samaranch, interpretando a Cicerón

Desde varias décadas, la preocupación de los astrofísicos y ecologistas ha generado que algunos países hayan regulado y protegido ciertas zonas geográficas de la luminosidad excesiva y mal diseñada que produce el alumbrado público y privado.

Parte de la discusión se centra en el derecho a disfrutar de las estrellas como parte integral del derecho fundamental al paisaje, el cual ha sido reconocido por la jurisprudencia constitucional¹ en muchos países como una variante del derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado que proporciona calidad de vida a todas las personas, el cual se debe proteger. Se requiere, por lo tanto, conciencia política y una actitud pro activa de las autoridades competentes en la planificación urbana y rural que se refleje, principalmente, en un diseño y tipo de iluminación artificial acorde con el modelo de desarrollo sostenible, el cual sea eficiente y moderado para que no se vea menoscabado el paisaje nocturno.

En el ámbito personal, la contaminación lumínica se asocia a otro tipo de actividades que pueden desequilibrar el sosiego público y generar molestias como son: el ruido, los olores y las vibraciones que, si exceden los límites reglamentarios irrumpen y vulneran el domicilio de las personas, violentando su derecho a la intimidad; tratamiento que puede ser extensivo cuando un exceso de iluminación penetre en el domicilio de las personas y vulnere su derecho a la intimidad. Además esta luminosidad puede acarrear problemas en la salud por la alteración de los ritmos circadianos como insomnio, stress, trastornos hormonales y cáncer de mama, entre otros.

El gasto energético es otra de las inquietudes, donde se alega que la tendencia de algunos países es a aumentar el consumo energético en vez de disminuirlo a pesar de los compromisos adquiridos en el Protocolo de Kyoto de reducir las emisiones de CO₂ a la atmósfera en el 2010. Las propuestas redundan en que el alumbrado sea eficiente; esté sujeto a

horarios en determinadas zonas que requieran menor iluminación; se eliminen ciertos tipos de iluminación como laser o mercurio; que la proyección sea en posición horizontal no hacia el cielo, entre muchas otras recomendaciones. La idea es disminuir el consumo energético para mermar el fenómeno del cambio climático producido por el efecto invernadero debido a las emisiones de CO₂ que van a la atmósfera, lo que genera que las centrales térmicas que utilizan hidrocarburos acrecientan la contaminación de CO₂ y, por lo tanto, el calentamiento global. El problema del cambio climático es tan serio que ha habido consenso político entre los Estados miembros de la Unión Europea en incluirlo en el Tratado de Lisboa.

Por su parte, los astrofísicos ven menoscabado su derecho a estudiar las estrellas como un legado de las antiguas civilizaciones, aparte de ser una ciencia que contribuye al desarrollo de la raza humana. Alegan que las futuras generaciones tienen derecho de admirar y contemplar el paisaje nocturno sin la contaminación lumínica que producen las partículas de luz que se difunden kilómetros por la atmósfera y hacen que se pierda el cielo estrellado lo que ha incitado a varias organizaciones, con el apoyo de la UNESCO, a emitir la Declaración de Venecia en mayo del 2002, declarando “*el cielo oscuro herencia de la humanidad*”.

Vale la pena señalar que las ciencias han sido reconocidas en los artículos 27 y 28 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en los cuales se incentiva a las personas a “*participar en el progreso científico*”, y se le reconoce el derecho a la “*protección de los intereses morales y materiales*” en razón de sus invenciones lo que ha motivado a otros países a incorporar dicho derecho en sus cartas magnas. Bajo esta tesitura hay que propiciar las condiciones necesarias para incentivar la investigación científica, pero en el supuesto que un fenómeno producido por los seres humanos esté menoscabando dicho derecho y su continuidad, evidentemente hay que tomar medidas preventivas y progresivas para articular desarrollo y ciencia con la finalidad de hacer posible su coexistencia.

Los ecologistas también se han hecho sentir y apuntan trastornos reproductivos en ciertas especies que se ven afectadas.

¹ La jurisprudencia constitucional costarricense ha señalado que: “... desde el punto de vista psíquico e intelectual el estado de ánimo depende también de la naturaleza, por lo que también al convertirse el paisaje en un espacio útil de descanso y tiempo libre es obligación su preservación y conservación”. Voto 3705-93 de la Sala Constitucional.

tadas por esta luminosidad desbordada, al punto de poner en peligro su existencia, lo que afectaría la cadena reproductiva y, por lo tanto, generaría una ruptura del equilibrio ecológico con otras especies.

La tortuga marina es uno de las especies más afectadas por esta problemática; por tal razón, varias organizaciones ecológicas que han alertado sobre su posible extinción han generado que varios países, tanto del continente americano como europeo, hayan ratificado la Convención Interamericana de Protección y Conservación de las Tortugas Marinas celebrada en Venezuela el 1° de diciembre de 1996. El apartado 2° del Anexo II de dicha Convención extiende la protección al hábitat de los diferentes tipos de quelonios y establece la necesidad de regular el uso de las playas y de las dunas costeras respecto a la localización y características de edificaciones y al uso de “iluminación artificial”, entre otras medidas.

Costa Rica se ha unido a esa causa, y ha declarado ciertas playas donde desovan estas especies como zonas protegidas y de interés eco turístico², con la intención primordial de limitar las construcciones y evitar que la contaminación lumínica las desoriente cuando anidan. Aprobó la Ley N° 7906 de 23 de agosto de 1999 ratificando la Convención mencionada y le confiere a las municipalidades en asocio con el MINAE, limitar la “contaminación lumínica” en épocas de desove. Dicha ley es un esfuerzo importante pero debe ir de la mano con una planificación urbana y rural más rigurosa, que evidencie una mayor protección a esta especie; porque el desove de las tortugas es un espectáculo maravilloso de gran atractivo turístico, lo que ha contribuido a que las comunidades costeras realicen otro tipo de actividades conexas relacionadas con los quelonios, lo que representa otra fuente de ingresos, ajustándose al modelo de desarrollo rural sostenible tan en boga en estos tiempos.

Es interesante señalar que el Tribunal Constitucional costarricense ha conocido de manera indirecta aunque no ha profundizado, sobre el fenómeno de la contaminación lumínica vía recurso de amparo³ interpuesto contra la Municipalidad de Santa Cruz, por considerar los amparados, que esta entidad omitió darle audiencia al MINAE y a las Organizaciones Comunes de la zona, para que se pronunciaran durante el proceso de la aprobación del Reglamento de Zonificación Distrito Cabo Velas, Sector Costero: Del sector Norte de Playa Ventanas hasta el Sector Sur de Playa Langosta, el cual pretende regular y promover desarrollos inmobiliarios en el Parque Nacional Marino Las Baulas de Guanacaste;

donde el MINAE, mostró su preocupación por la contaminación lumínica y sónica que ha generado un desarrollo desordenado y no planificado en Playa Tamarindo, el cual afecta las tortugas.

Estados Unidos de Norte América en 1973 aprobó la Ley de Especies Amenazadas, que prohíbe matar, hacer daño o perturbar a varias especies de tortugas, por reconocer que están en peligro de extinción. El espíritu de la ley es disminuir al mínimo el impacto a su hábitat y regular la contaminación lumínica, que les causa un trastorno psicológico y las desorienta a la hora de anidar.

Este país también ha sido pionero en la regulación de la luminosidad con la finalidad de proteger el cielo. Cuenta con organizaciones como la fundación Dark Sky Association y Environmental Protection Agency (EPA), proactivas en la lucha contra la contaminación lumínica; donde por ejemplo EPA impulsa programas como Green Lights Program, cuyo objetivo es la utilización de tecnologías eficientes de iluminación para reducción del consumo energético que se refleje beneficios económicos para las empresas que los implementen y de paso mejoren la competitividad. Por lo que varios estados han incurrido en estas prácticas más amigables con el medio ambiente como Arizona, Tejas, Montana y Nuevo México entre otros.

Chile posee la “Norma de emisión para la regulación de la contaminación lumínica”, aprobada por medio del decreto supremo 686/1998. Es una ley sumamente técnica, cuya finalidad es proteger la calidad astronómica de los cielos y evitar el deterioro futuro de ciertas zonas geográficas, que son consideradas privilegiadas y albergan varios observatorios astronómicos⁴, tanto para la investigación de esta ciencia, como para el disfrute del cielo estrellado.

Paralelamente a la aprobación de la normativa, la Comisión Nacional del Medio Ambiente chilena (CONOMA), emitió un manual de aplicación y divulgación de la norma, el cual contiene una definición de contaminación lumínica de gran relevancia a nivel internacional, según la autora RODRIGUEZ FONT.

En España varias comunidades autónomas han promulgado leyes para controlar este fenómeno; entre ellas La Comunidad Autónoma de Islas Canarias, cuenta con la Ley 31/1988 del 31 de octubre, que le ha dado un tratamiento con mayor énfasis a la protección de la astrofísica, debido a que es considerado uno de los miradores más espectaculares del mundo, al igual que ciertas regiones de Chile, lo que evidencia un apoyo a las ciencias y al turismo científico que contribuye con tejido económico en la región. La ley faculta al Instituto de Astrofísica de Islas Canarias a dar un informe preceptivo a las industrias que se quieran desarrollar alguna actividad en dicha zona, lo que representa un control especializado para el cumplimiento del estándar lumínico requerido,

2 Ley de Protección, Conservación y Recuperación de las Poblaciones de las Tortugas Marinas. No 8325, publicada en la Gaceta No 230, Alcance No 86 del 28 de noviembre del 2002.

3 Recurso tramitado bajo el expediente 07-001444-007, el cual fue suspendido por la Sala Constitucional en un considerando único por estar pendiente la acción de inconstitucionalidad No 06-008369-0007 CO contra el mismo reglamento publicado en la Gaceta No 127 del 3 de julio del 2006. Por otro lado, recientemente la Universidad Estatal a Distancia ha alertado sobre el riesgo que corre la tortuga baula, por la contaminación lumínica y sónica producto de las edificaciones en el Parque Nacional Marino Las Baulas, además de la pesca masiva en altamar con palangres y redes. Periódico La Nación, 20 de setiembre del 2008.

4 Expresamente la norma menciona algunos observatorios como los de Cerro Tololo, La Silla, Las Campanas y Paranal, dejando la sensación que no ser números clausus, sino números apertus, por lo que está abierta la posibilidad de declarar otros observatorios que cuenten con la misma protección.

y evidentemente es una institución vigía de los intereses del gremio científico al que representa.

La Generalidad de Cataluña aprobó la Ley 6/2001 del 31 de mayo, donde regula específicamente el alumbrado exterior e interior para disminuir la contaminación lumínica al máximo, definiéndola como: “*la emisión de flujo luminoso de fuentes artificiales nocturnas en intensidades, direcciones o rangos espectrales innecesarios para la realización de las actividades previstas en la zona en que se han instalado las luminarias*”. Establece una división territorial por zonas, donde dependiendo de la *vulnerabilidad lumínica* que posea cada una de ellas, así va a ser el brillo permitido, clasificándolo en mínimo, reducido, regular, mediano y alto. Por ejemplo, para los ámbitos territoriales de protección especial por razón de sus características naturales o de su valor astronómico especial, sólo se puede admitir un brillo mínimo. El artículo 2 contiene reflejadas las inquietudes esgrimidas por astrofísicos, ecologistas y juristas, que indica como finalidades: “*a) Mantener al máximo posible las condiciones naturales de las horas nocturnas, en beneficio de la fauna, de la flora y de los ecosistemas en general. b) Promover la eficiencia energética de los alumbrados exteriores e interiores mediante el ahorro de energía, sin mengua de la seguridad. c) Evitar la intrusión lumínica en el entorno doméstico y en todo caso, minimizar sus molestias y sus perjuicios. d) Prevenir y corregir los efectos de la contaminación lumínica en la visión del cielo.*” Esta es una norma muy técnica, que regula detalladamente el alumbrado público y privado, y lo considera necesario para garantizar la seguridad de las personas; pero debe adaptarse a horarios, diseño, tipos y niveles máximos de iluminación, todo en armonía con el modelo de desarrollo sostenible. Cuenta con un régimen sancionatorio, el cual varía dependiendo del tipo de infracción que se cometa, cuyos montos oscilan entre 150,253 hasta 30.050,605 euros; y cuando se generen daños a la biodiversidad se establece la obligación al infractor de volver las cosas al estado que estaban originalmente; de no poder hacerlo debe cancelar los eventuales daños y perjuicios. También faculta a la autoridad competente para imponer medidas cautelares.

La Comunidad de Navarra aprobó la Ley Foral 10/2005 de 9 de noviembre del 2005 sobre ordenación del alumbrado para la protección del medio nocturno. En su exposición de motivos refleja una adecuación armoniosa entre desarrollo y medio ambiente, adoptando expresamente el modelo de desarrollo sostenible. Resalta la contribución positiva que genera el alumbrado exterior, cuya finalidad es “*contribuir a crear una vida ciudadana agradable*”, pero debe ser racional y no contribuir con la contaminación. El artículo 2 establece los fines, a saber: “*a) Promover la eficiencia energética de los alumbrados exteriores mediante el ahorro de energía, sin perjuicio de la seguridad de los usuarios. b) Mantener al máximo posible las condiciones naturales de las horas nocturnas, en beneficio de la fauna, la flora y los ecosistemas en general. c) Evitar la intrusión lumínica en el entorno doméstico y, en todo caso, minimizar sus molestias y sus perjuicios.*”

d) Prevenir y corregir los efectos de la contaminación lumínica en la visión del cielo. e) Contribuir a cumplimentar la Directiva Europea sobre gestión de residuos y restricción del uso de sustancias peligrosas en equipos eléctricos y electrónicos.” Esta es una ley de vanguardia con un sentido de armonización de los derechos constitucionales que se ven involucrados, donde deja en evidencia que el desarrollo siempre va a continuar, pero debe ser armonioso con la naturaleza. Cuenta con un régimen sancionatorio que puede acarrear multas que oscilan entre 150 y 60.000 euros dependiendo del tipo de infracción que se cometa, las cuales están clasificadas en leves, graves y muy graves. Esta norma, al igual que la de Cataluña, es muy similar en cuanto a la exenciones de aplicación, en el sentido de que aeropuertos, instalaciones ferroviarias, instalaciones militares y policiales, vehículos automotores en circulación no están obligados a cumplir con la normativa por considerarse que son infraestructuras que garantizan la seguridad ciudadana.

En México, el Estado de Jalisco aprobó el Decreto N° 13596, la Ley Estatal del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente del 25 de mayo de 1989, que es una norma con un mayor contenido de planificación urbana, donde se debe tener en cuenta la variable ambiental en las diferentes actividades que se quieran llevar a cabo. Regula en tan solo dos artículos, el *ruido, las vibraciones, la energía térmica y lumínica y los olores*. En ella establece que las actividades o construcciones no pueden rebasar los límites contenidos en normas oficiales, so pena de aplicar progresivamente, o en caso de reincidencia, los diferentes tipos de sanciones que contiene. El decreto, a pesar de no regular específicamente la contaminación lumínica, denota desde hace muchos años un interés político de protección en ese sentido.

CONCLUSIÓN

El fenómeno de la contaminación lumínica no es reciente y exclusivo de las grandes ciudades, que sin duda alguna es donde más se concentra, sino también en las zonas rurales pero en menor grado.

Del análisis de algunas experiencias normativas, se puede colegir que cada país o comunidad, según sea el caso, articula este fenómeno de acuerdo con sus valores y prioridades, dándoles mayor énfasis en unos aspectos que en otros.

Parece ser que el colectivo mundial no se va a detener en el desarrollo tecnológico y el crecimiento demográfico y urbanístico, al menos que el fenómeno del cambio climático genere catástrofes que hagan desaparecer zonas o asentamientos humanos con mayores intensidades y consecuencias como las que se han venido dando en los últimos años, que genere una conciencia y reacción mundial unísona cuyo resultado sea limitar radicalmente ciertas actividades riesgosas o contaminantes, lo que por el momento no parece haber un acuerdo mundial y, más bien, se apuesta por el desarrollo sostenible como la opción idónea.

Dentro de este marco de desarrollo, en armonía con el medio ambiente, se encuadra el fenómeno de la contamina-

ción lumínica como muchas otras actividades contaminantes permitidas, pero debe estar sujeta a cumplir ciertos parámetros o estándares con el fin de evitar que no se vulneren otros derechos como el derecho a la intimidad, el derecho al desarrollo científico, el derecho a la salud, el derecho al medio ambiente, el derecho al paisaje y el derecho a ver el firmamento como parte del paisaje, el cual como se indicó, cuenta con el aval de la UNESCO, por lo que debería imitarse algunas iniciativas y darle una protección específica como parte integral de los derechos fundamentales que pertenecen al colectivo mundial, y que estamos en la obligación de cuidar y garantizar su disfrute a las futuras generaciones.

Por lo tanto, esta fina pincelada sobre los posibles efectos negativos que puede tener una iluminación mal diseñada e ineficiente, tiene entre sus fines instar a los países que no cuentan con una legislación especial y de carácter general, a que regulen dicho fenómeno y contribuyan a paliar los efectos adversos al medio ambiente. Un ejemplo de compromiso ambiental lo demuestra el Gobierno español, que el pasado mes de julio anunció su plan de ahorro energético 2008 - 2011 el cual incluye regalar 49 millones de bombillas de bajo consumo para reducir el consumo energético total del país y, de paso, mejorar el PIB.

BIBLIOGRAFÍA

- Calvo Charro, María.** El derecho a ver las estrellas. Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente. N° 187 julio / agosto 2001.
- Esteve Pardo, José.** Derecho del medio ambiente. Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid. 2005.
- Martín R. Eric y Witherington, Blair E.** Entendiendo, Evaluando y Solucionando los Problemas de la Contaminación de Luz en Playas de Anidamiento de Tortugas Marinas. Florida Marine Reserch Institute Technical Reports y Florida Fish and Wildlife Conservation Commision. Traducción al español de la tercera edición, revisada. 2003.
- Mejuto González, Javier.** Ritmos Circadianos. Efectos y consecuencias de la contaminación lumínica. Revista de Astronomía, Astrofísica y Ciencias del Espacio. N° 45, 2003.
- Pujol Francisco.** El cambio climático. Un aliado importante contra la contaminación lumínica. Revista de Astronomía, Astrofísica y Ciencias del Espacio. N° 44, 2003.
- Rodríguez Font, Mariola.** La Ley catalana de ordenación ambiental del alumbrado para la protección del medio nocturno. Revista Autonomies. N° 28 diciembre 2002. Barcelona.

Sánchez de Miguel, Alejandro. Contaminación lumínica y su impacto ambiental. Revista de Astronomía, Astrofísica y Ciencias del Espacio. N° 45, 2003.

Secretaría CIT. Convención Interamericana para la Protección y Conservación de las Tortugas Marinas – Una Introducción. Septiembre 2004. San José, Costa Rica. <http://www.iacseaturtle.org>

Páginas de Internet

http://www.astrogea.org/celfosc/contaminacio_luminica.htm
<http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001492/149267E.pdf>

Periódicos

Periódico ABC, miércoles 30 de julio del 2008, Sección Economía. Toledo, España.
 Periódico La Nación, domingo 20 de setiembre del 2008, Sección Viva. Costa Rica.

Normativa

Convención Interamericana de Protección y Conservación de las Tortugas Marinas celebrada en Venezuela el 1° de diciembre de 1996.
 Declaración de Venecia de mayo del 2002. Light pollution and the protection of the environment. Venice: Let's save the night.
 Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948. ONU.
 Decreto N° 13596, la Ley Estatal del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente del 25 del mayo de 1989 del Estado de Jalisco, México.
 Decreto supremo del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción 686/1998 del 2 de agosto de 1999. Chile.
 Ley N° 31/1988 de 31 de octubre de 1988 sobre la Calidad Astronómica de los Observatorios del Instituto de Astrofísica de Canarias. España.
 Ley N° 7906 del 23 de agosto de 1999. Costa Rica.
 Ley No 8325, del 28 de noviembre del 2002. Costa Rica.
 Ley 6/2001 del 31 de mayo del 2001 de ordenación ambiental del alumbrado para la protección del medio nocturno de La Generalidad de Cataluña, España.
 Ley Foral 10/2005 del 9 de noviembre del 2005 sobre la ordenación del alumbrado para la protección del medio nocturno de la Comunidad de Navarra, España.
 Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático 11 diciembre 1997.

PROPIEDAD EN LAS COSAS GENÉRICAS: EL CASO DE LOS CILINDROS DE GAS

Lic. Marco A. Vásquez V.

I. PRECISIONES PREVIAS

Nuestro Código Civil establece en su artículo 257 una categoría especial de las cosas en sentido jurídico:

ARTÍCULO 257.- Las cosas muebles se dividen en fungibles y no fungibles, según que se consuman o no por el uso a que están destinadas.

Doctrinariamente se hace la aclaración de que en esta norma se mezclan dos clasificaciones diversas de las cosas, las llamadas cosas fungibles y las cosas consumibles:

«Cosas fungibles, llamadas también “cosas de género” (res in genero), “son las que por hallarse sólo por su número, peso o medida, puede ser utilizadas indiferentemente una por otra para realizar un pago” [...]».¹

«Las cosas consumibles son aquellas que no pueden ser usadas sin que se destruyan (como los alimentos, los combustibles, etc.) o se enajenen (que es un consumo para el que las usa, como en el caso del dinero) [...]».²

Tal como se lee, una cosa fungible es genérica, se trata de cosas que a los efectos de un determinado contrato pueden ser reemplazadas unas por otras; por ejemplo, da lo mismo un kilo de clavos de ciertas especificaciones técnicas sustituido por otro kilo de clavos de idénticas especificaciones (obviamente quedan a salvo especiales circunstancias de cumplimiento).

Por su parte las cosas consumibles se diferencian porque admiten un solo uso, aunque físicamente se mantengan inalteradas en el tiempo – espacio. El caso más corriente es el del dinero, un billete físicamente no se altera por pagar la cuenta en un restaurante, no obstante, resulta consumido a los efectos de su titular. De hecho el consumo puede tener cierta prolongación en el tiempo (gastar lentamente el billete).

El sentido lexicográfico del término se acerca más bien a la definición del Código Civil:

(Del lat. fungi, gastar, y -ble). 1. adj. Que se consume con el uso.³

II. APLICACIÓN A CILINDROS DE GAS

Las categorías anteriormente citadas tienen la característica de ser dicotómicas, es decir, subsumen TODAS las cosas que jurídicamente se catalogan como tales; una cosa es fungible o no fungible, consumible o no consumible, sin que sea lícito ni viable exceptuarse o no pertenecer a la clasificación.

Desde tal perspectiva, el objeto “cilindro de gas” debe poder catalogarse como cosa fungible o no fungible y también como cosa consumible o no consumible.

Para realizar lo anterior, idealmente puede estarse en una de tres posibilidades, dependiendo del interés jurídico de las partes contratantes: Que se contemple el cilindro (envase), el contenido (combustible) o ambos en conjunto (cilindro conteniendo gas).

El cilindro es un envase con ciertas características físicas reguladas y estandarizadas,⁴ que desde la óptica de su función (recipiente contenedor de gas) resulta ser una cosa genérica o fungible (da lo mismo uno que otro) y no consumible (una vez extraída una carga de gas el cilindro puede seguir cumpliendo su función mediante recarga por un tiempo relativamente largo).

El gas, por su parte, es un combustible y por lo mismo resulta ser genérico o fungible (da lo mismo un litro que otro litro) y consumible con el primer uso que se le dé.

Finalmente, la cosa “cilindro de gas”, es decir, una cosa cuyo interés y relevancia a los efectos contractuales resulta inseparable en su componentes, es un bien genérico o fun-

³ Real Academia Española. “Diccionario de la Lengua Española”.

⁴ El decreto 32921 (Gaceta de 14 de marzo de 2006) dispone la publicación de la Resolución del Consejo de Ministros de Integración Económica (centroamericana), resolución que detalla sobre diversos aspectos del tema del gas licuado: a) RTCA 13.01.25:05 Reglamento Técnico de Transporte Terrestre de Hidrocarburos Líquidos (excepto GLP); b) RTCA 13.01.26:05 Transporte Terrestre de Gas Licuado de Petróleo (GLP) a Granel. Especificaciones; c) RTCA 23.01.27:05 recipientes a presión. Cilindros Portátiles para contener GLP. Válvula de Acoplamiento roscado (Tipo POL). Especificaciones; d) RTCA 23.01.28:05 Recipientes a presión. Cilindros Portátiles para contener GLP. Válvula de Acoplamiento rápido. Especificaciones; e) RTCA 23.01.29:05 Recipientes a presión. Cilindros Portátiles para contener GLP. Especificaciones de Fabricación; y, f) RTCA 75.01.21:05 Productos de Petróleo. Gases Licuados de Petróleo: Propano Comercial, Butano Comercial y sus Mezclas. Especificaciones.

¹ Víctor PÉREZ, citando a CAPITANT. “Derecho Privado”, p. 137.

² Víctor PÉREZ, citando a SANTORO PASSARELLI. “Derecho Privado”, p. 139.

gible (una cilindro de gas da lo mismo que otro de idéntico peso y calidad) y consumible (tal como un billete que puede ser gastado poco a poco, una vez descargado un cilindro de gas por el uso durante el tiempo que requiera su consumo, solamente es sustituible por otro cilindro cargado).

	FUNGIBLE/ GENÉRICO	NO FUNGIBLE	CONSUMIBLE	NO CONSUMIBLE
CILINDRO	✓	—	—	✓
GAS	✓	—	✓	—
CILINDRO DE GAS	✓	—	✓	—

Se extrae del cuadro resumen que la cosa cilindro de gas, ya sea considerado en sus partes o como un todo inseparable, resulta ser un bien GENÉRICO o FUNGIBLE, lo que significa que es reemplazable, sustituible o subrogable; asimismo, que es una cosa consumible, salvo cuando se considera aisladamente el cilindro, pues resulta no consumible.

III. POSIBLES FIGURAS CONTRACTUALES

Sentado lo anterior puede abordarse el asunto de cuáles figuras contractuales pueden establecerse entre el consumidor/usuario y los expendios de gas, a los efectos de satisfacer la necesidad de consumo de gas.

Debe establecerse de entrada que una figura contractual, según el interés de las partes (su objetivo económico-social) y respetando las regulaciones establecidas en cada caso, es aplicable a una gama muy amplia de situaciones, es decir, no es dable decir, por ejemplo, que para el comercio del gas únicamente es aplicable tal o cual contrato, sino que son viables diversas instituciones y por lo mismo también se pueden derivar una muy variada colección de efectos jurídicos.

Así lo pone de manifiesto la siguiente cita de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia (voto 745 – 2003):

IV.- A partir del anterior marco fáctico, resulta oportuno plasmar las siguientes precisiones conceptuales. El contrato de préstamo civil corresponde a una modalidad de convenio a través del cual una de las partes entrega a la otra, sin remuneración de por medio, un bien con la facultad de utilizarlo. Entre las figuras jurídicas que encuentran sustento en un pacto de esa naturaleza, están el mutuo o préstamo de consumo (regulado en los artículos 1343 a 1347 del Código Civil); el comodato o préstamo de uso (artículos 1334 a 1342 del Código Civil); el usufructo imperfecto o uso y habitación (artículos 366 a 369 del Código Civil); el contrato de préstamo gratuito de tierras y el esquilmo. Más aún, amparadas en el principio de libertad contractual y ante el sistema de números abiertos que contiene nuestra legislación, las partes podrían definir parámetros diversos a los contemplados en dichas figuras, o bien conjugarlos para originar formas atípicas e inominadas.

A los efectos del consumo de gas en cilindros, la riqueza de la realidad marca la pauta, pues es dable pensar en una multiplicidad de figuras jurídicas típicas aplicables (reguladas por la legislación civil), sin entrar a imaginar la gama de atípicas que la voluntad de las partes puede establecer. A continuación destacamos la aplicación de algunas de las figuras típicas, únicamente a efectos de remarcar cómo una de las características de la naturaleza del objeto, concretamente su fungibilidad, tiene efectos directos en la esfera de acción del consumidor, más concretamente, en establecer a su favor amplísimas facultades de disposición.

VENTA/DONACIÓN. Se trata de dos contratos donde se da la transmisión plena del dominio sobre una cosa, es decir, quien recibe un cilindro de gas, es titular y tiene libre disposición del mismo o de sus partes idealmente consideradas.

MUTUO/COMODATO. Se trata de dos contratos de préstamo consumo y de uso, respectivamente, **ambos gratuitos**, es decir, el consumidor no cancela o paga nada por el bien.

Se definen como:

El comodato es el contrato por el cual dos personas acuerdan la entrega por una (comodante) a otra (comodatario) de una cosa para que la use gratuitamente y la devuelva después.⁵

Es contrato de mutuo el acuerdo de dos personas, mutuante y mutuario, de que éste reciba en propiedad una cosa fungible [...] para devolverle después otro tanto de la misma especie y calidad [...]»⁶

Sobre el objeto del mutuo se aclara:

La cosa –como se ya dicho [sic]– ha de ser fungible. Normalmente también es consumible; pero esto no es necesario (por ejemplo, se da, en propiedad, un ejemplar de un libro, que se estropeará y subrayará al estudiarlo, para que se restituya otro igual, cuando se consiga obtener). El mutuario adquiere su propiedad, y el mutuante un crédito a la devolución de otro tanto de lo mismo [...]»⁷

Considerando la naturaleza de la cosa cilindro de gas, así como la cita doctrinaria anterior, con serias reservas y reticencias se podría hablar de comodato únicamente en el supuesto de considerarse el cilindro aisladamente, no obstante, inclusive en tal caso, el bien no deja de ser genérico y por lo mismo subrogable por otro cilindro, con lo que el usuario o consumidor nunca estaría obligado a devolver el mismo cilindro que recibió, pudiendo disponer del que inicialmente se le entrega libremente y a su entera discreción (es decir, podríamos estar retrocediendo a la figura del mutuo).

5 ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil*, t. II, vol. Segundo, p. 328.

6 ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil*, t. II, vol. Segundo, p. 334.

7 *Idem*.

DEPÓSITO CONVENCIONAL. Según el Código Civil se trata de un contrato de características jurídicas tales que en la realidad lo hacen impracticable para el comercio de gas a los efectos de relaciones con el consumidor. Dice el artículo 1348 del Código:

ARTÍCULO 1348.- El depósito se constituye para la guarda y custodia de una cosa mueble.

*Es gratuito y el depositario **no puede usar** de la cosa depositada. El contrato en virtud del cual se entrega una cosa para su guarda y custodia, si se estipula precio o si se permite el uso de la cosa, se rige por las reglas del arrendamiento de servicios o del comodato según su caso.*

ARRENDAMIENTO DE MUEBLES. El arrendamiento muebles es aquel contrato mediante el cual una parte, arrendante o arrendador se compromete a proporcionar a otra, arrendatario, el uso y goce de una cosa mueble a cambio de un precio o contraprestación cualquiera.

Nuestro Código Civil establece el régimen aplicable al arrendamiento de muebles en forma bastante clara:

ARTÍCULO 1161.- Cuando el objeto del arrendamiento fuere un mueble de los que no se consumen por el uso, se aplicarán las reglas del capítulo I [Disposiciones generales sobre arrendamiento] en cuanto lo permitiere la naturaleza de las cosas; pero si fuere un mueble fungible, se estará a lo dicho en los artículos siguientes.

Según vimos, únicamente en el supuesto de que se considere el cilindro aisladamente es posible hablar de una cosa no consumible, no obstante, en tal supuesto se mantiene la característica de que se trata de un bien genérico o sustituible, con lo que es fácil concluir que una vez ingresado el cilindro en el patrimonio del consumidor por la vía del arrendamiento, este puede disponerlo según sus intereses y criterio, y cuando deba devolverlo no estará nunca obligado a entregar el MISMO cilindro que su arrendador le entregó.

PRIMER COROLARIO. La naturaleza de la cosa "cilindro de gas", independientemente de que se le considere en sus partes o como una unidad indivisible, en cuanto bien genérico o fungible, tiene el efecto de establecer amplias potestades de uso y disposición a favor del consumidor o usuario; de hecho una destacada doctrina asegura que ciertas operaciones jurídicas sobre cosas genéricas tienen el efecto de transmitir la propiedad sobre tales cosas, entendiéndose por tal, la consagración de facultades plenas de uso y disposición.

IV. RELACIONES ENTRE ENVASADORES

Hemos subrayado la situación en que se coloca el consumidor en el tema de las potestades de disposición que apareja la entrada en su patrimonio del producto «cilindro de gas»,

por virtud de las características de este bien genérico (dicho sea de paso de cualquier otro bien de tal naturaleza); ahora veamos si esta constatación tiene efectos sobre otras relaciones diversas a las de consumo, concretamente sobre las relaciones entre los envasadores a propósito de la circulación de cilindros ocasionada por el ejercicio de las facultades de disposición del consumidor.

El asunto es este, un consumidor adquiere un cilindro de gas cargado y con los distintivos marcarios de la envasadora X; cuando consume el combustible envasado, se apersona en el local comercial del expendedor más cercano, quien únicamente cuenta con cilindros llenos de la marca Y, por lo que entrega el bien genérico cilindro (lo intercambia con el expendedor),⁸ entrega también el pago correspondiente al combustible y recibe un cilindro lleno de la marca Y. Esta transacción generará nuevas relaciones o situaciones en el futuro: Cuando el distribuido de la marca Y se presente al comercio local e intercambie cilindros vacíos por llenos (eventualmente puede darse aquí la figura de la consignación), cuando el distribuidor haga lo propio con el envasador y finalmente, la relación que nos interesa destacar, cuando el envasador Y encuentre que ha acopiado cilindros con distintivos marcarios diferentes a los suyos.

En este último supuesto el envasador Y podría proceder de diversas maneras. Podría entrar en contacto con la empresa envasadora X e informarle que tiene cierta cantidad de cilindros con los distintivos marcarios de su empresa, por lo que su interés es intercambiarlos (art. 1100 del Código Civil). La empresa X podría indicar que efectivamente tiene otro tanto igual de cilindros y que acepta el intercambio propuesto, con lo que el asunto llegaría hasta este punto.

No obstante, en la realidad cotidiana el panorama es distinto: En primer lugar no solo dos empresas son las participantes en el mercado, por lo que sería improbable que coincidieran los respectivos acopios de cilindros; además, no necesariamente todos los cilindros retornan al ciclo de envasado, eventualmente alguna cantidad se queda en poder de los consumidores. Finalmente, tal como se ha podido comprobar en el mercado nacional, es posible que el acopio de cilindros se constituya en una práctica para influir en el comportamiento del mercado, es decir, podría suceder que ante la propuesta de intercambio de cilindros la empresa interpelada sencillamente niegue cualquier tenencia, cuando en realidad posea una cantidad considerable del parque de cilindros marcados de su competencia.

Ante lo anterior: ¿qué solución proporciona el ordenamiento jurídico? Nos parece que a la luz de los supuestos hasta aquí establecidos, en principio, la respuesta es obvia, el ingreso de cilindros al patrimonio de una envasadora con distintivos marcarios diversos a los suyos, en nada obsta para que pueda utilizar los respectivos envases, pues en este caso, al igual que en el supuesto del consumidor, la na-

⁸ Conforme al artículo 1100 del Código Civil, en realidad la operación contractual que realiza el consumidor es una compra con pago en especie.

turalidad propia de los bienes en cuestión impone y conlleva amplísimas potestades de uso, goce y disposición; tal cual lo indica ALBALADEJO, se ha transmitido la propiedad de tales bienes, con lo que en consonancia con el artículo 264 del Código Civil, el envasador detenta el «dominio o propiedad absoluta sobre una cosa».

No obstante lo indicado, en resguardo de disposiciones propias del derecho de marcas, de patentes, de protección al consumidor y de derecho administrativo, previo al uso de los cilindros, el envasador debe tomar determinadas medidas en resguardo de tales disposiciones.

En primer lugar, no puede poner a circular los cilindros con los distintivos marcarios de envasado de otra empresa distinta a la suya, pues de lo contrario estaría induciendo a confusión al consumidor, quien perdería certeza sobre cuál fue la compañía envasadora y eventualmente (no en Costa Rica por existir un proveedor único), sobre la calidad del combustible suministrado.

Procedería entonces, para resguardo del consumidor, que el nuevo envasador proceda conforme se indica:

- a) que borre o cubra las enseñanzas marcarias de la competencia y estampe/coloque las suyas, con la aclaración de que procede con las marcas del envasador, nunca con las del fabricante del cilindro.
- b) que el envasador estampe/coloque sus enseñanzas marcarias a fin de aclarar y no quepan dudas al consumidor de cuál empresa es la responsable del último llenado del envase.

Esta aseveración en nada contradice las reglas propias del derecho de marcas, pues desde el momento en que un envasador ingresa legítimamente en el comercio envases con sus distintivos marcarios de llenado, aplica el agotamiento de derechos, concretamente el artículo 27 de la *Ley de Marcas y Otros Signos Distintivos*:⁹

Artículo 27.- Agotamiento del derecho. El registro de la marca no confiere a su titular el derecho de prohibir a un tercero el uso de la marca, en productos legítimamente marcados que haya introducido en el comercio, en el país o en el extranjero, dicho titular u otra persona que tenga el consentimiento del titular, a condición de que esos productos y los envases o embalajes que estén en contacto inmediato con ellos no hayan sufrido ninguna modificación, alteración o deterioro y que no causen perjuicio al titular o derechohabiente.

En segundo lugar, tampoco podría el envasador poner a circular marcas figurativas ni dispositivos protegidos por derechos de patentes. Las primeras son aquellas marcas tridimensionales cuya forma está protegida, tal es el caso, por ejemplo, del envase de Coca Cola o de varios envases

de perfume. Las segundas, resguardan el uso de inventos debidamente patentados, ello conforme a las disposiciones del artículo 16.1.b de la Ley de Patentes de Invención, Dibujos y Modelos Industriales y Modelos de Utilidad (6867/1983).

El caso de los cilindros para envasado de gas, se aparta significativamente de los casos mencionados en el anterior párrafo, en tanto existen disposiciones que estandarizan por razones de seguridad la forma y accesorios de este producto.

Finalmente, resta destacar que no existe impedimento alguno desde la perspectiva del derecho administrativo para que el Estado regule vía reglamento las relaciones jurídicas alrededor del cilindro de gas, no solo por las razones expuestas donde queda claro que la especial naturaleza de los bienes genéricos en juego imponen reglas propias en materia de propiedad, sino por la existencia de las denominadas RELACIONES ESPECIALES DE SUJECIÓN, creadas por la concesión ("autorización") bajo la que operan las empresas envasadoras.

El tema se regula en el artículo de la Ley General de la Administración Pública:

Artículo 14.-

- 1.- *Los principios generales de derecho podrán autorizar implícitamente los actos de la Administración Pública necesarios para el mejor desarrollo de las relaciones especiales creadas entre ella y los particulares por virtud de actos o contratos administrativos de duración.*
- 2.- *Las limitaciones y las sanciones disciplinarias, en este caso, podrán alcanzar hasta la suspensión temporal de los derechos y bienes creados por la Administración dentro de la relación especial, pero no la negación ni la supresión de los mismos, ni de los otros propios del particular.*
- 3.- *El Juez tendrá contralor de legalidad sobre los actos de la Administración dentro de este tipo de relaciones.*

Al respecto los comentarios¹⁰ de don Eduardo Ortiz Ortiz sobre esta norma ante la Sub-Comisión Permanente de Gobierno y Administración son muy precisos:

Sí, obviamente por ejemplo el hecho de que se compre, se arrienden o se vendan cosas ahí no hay ninguna potestad de la administración que pueda originar una relación permanente entre el particular y la administración, o sea que aquí lo que estamos tratando de decir es sencillamente "cuando hay una relación por ejemplo, la hospitalaria, o la del patronato, o la misma de crédito, que se extiende en tiempo entre administración y administrado, entonces la administración, obviamente, va a tener una serie de potestades simplistas que le reconoce la doctrina, por ejemplo la de reglamentar esa relación

⁹ El tema de agotamiento de derechos constituye un asunto librado a la legislación interna por el artículo 6 del ADPIC (Anexo I C de la ley 7475 / 1994).

¹⁰ Acta de la Sub-Comisión de la Comisión Permanente de Gobierno y Administración, 14.15 horas de 10 de marzo de 1970 (folio 259 del expediente legislativo).

por sí misma, la de imponer sanciones disciplinarias al usuario, pero acto seguido advertimos que las sanciones podrán llegar hasta la suspensión de los derechos que garantiza el servicio, no a la supresión de los mismos, simplemente lo hacemos no tanto porque haya contratos en donde eso no ocurra, los hay, los contratos de efecto instantáneo por ejemplo, una compraventa, o por ejemplo un contrato de ayuda, digamos se le presta una subvención a una institución por una sola vez o a un particular para que haga tal cosa, o se le da una exención, pero aparte de que haya o no contratos en que ello no ocurra, nos importa exaltar el hecho de que dentro de esos contratos la administración va a gozar implícitamente de ciertas potestades que la doctrina le reconoce como son, por ejemplo, las de regular la relación mediante reglamentos de servicio y las de sancionar las faltas disciplinarias que se cometan por parte del administrado contra el servicio.

SEGUNDO COROLARIO. La naturaleza de la cosa “cilindro de gas”, independientemente de que se le considere en sus partes o como una unidad indivisible, en cuanto bien genérico o fungible, tiene el efecto de establecer amplias potestades de uso y disposición a favor del envasador, potestades que únicamente son matizadas por el derecho de patentes, marcas y protección al consumidor, sujeto a las potestades estatales nacidas de las relaciones especiales de sujeción.

V. CONCLUSIÓN

El objeto -cilindro de gas- está llamado a cumplir un destino social, mismo que consiste en satisfacer, -gracias a una variada gama de formas de contratación-, las necesidades de los distintos consumidores, domésticos e industriales con amplias facultades estos de uso y disposición como efecto de la naturaleza de bien genérico o fungible del objeto en cuestión. De igual manera, dicha naturaleza de bien fungible genera unas amplias facultades de uso y disposición a favor del envasador, limitadas por una normativa que tutela los derechos de marcas y patentes y protege, en última instancia, los derechos del consumidor.

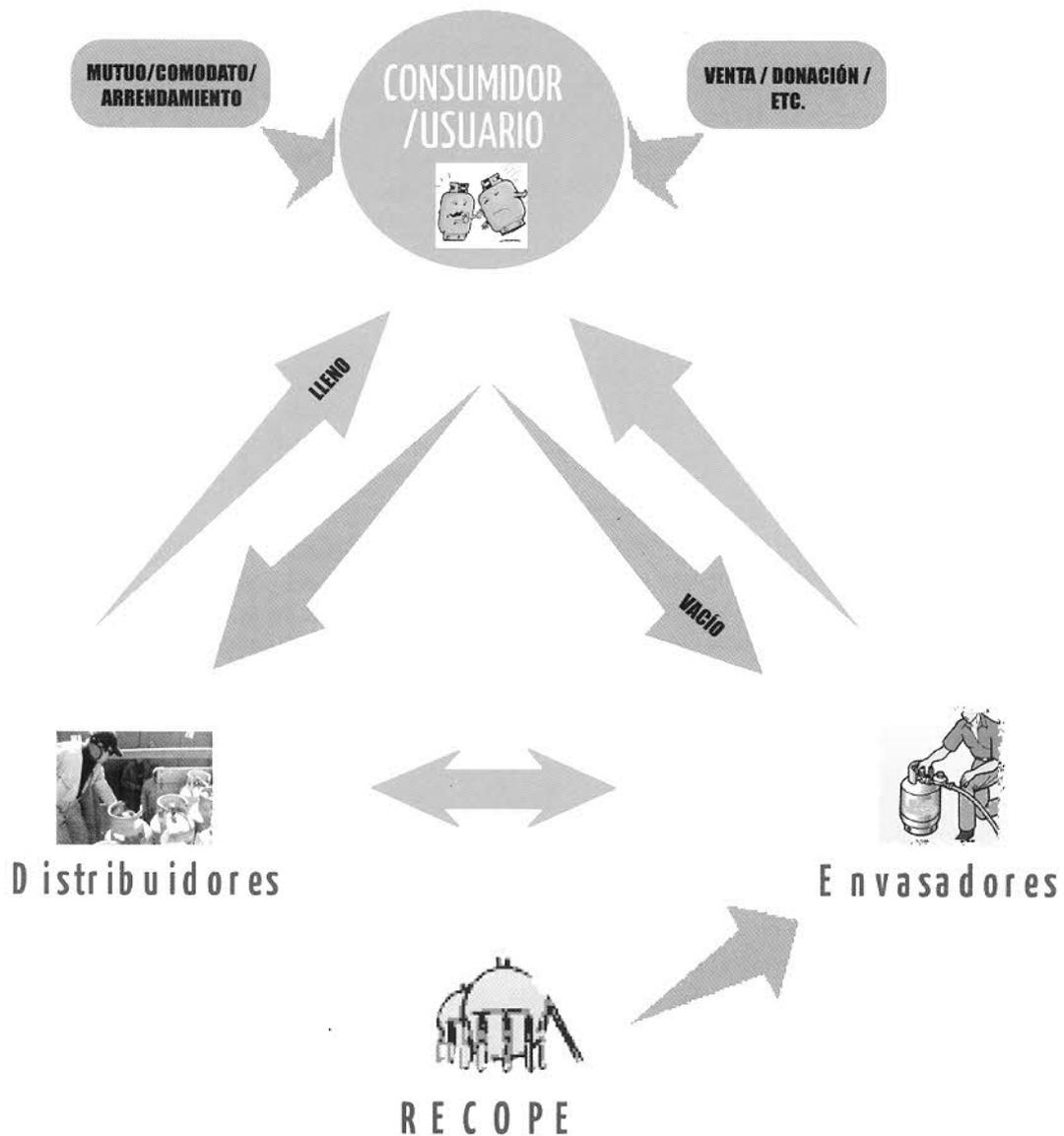
Puestos a destacar las implicaciones prácticas que en el día a día de las personas tiene el anterior análisis doctrinal, debemos decir que cuando el consumidor se presenta ante el intermediario a fin de requerir el combustible envasado, con un cilindro de la marca X, no debería de negársele el servicio, cuando el comerciante solo disponga de cilindros de la marca Y, por tratarse el cilindro de gas, considerado en sus partes o como unidad indivisible, de un bien genérico o fungible. Asimismo, esa naturaleza de bien fungible se constituye en impedimento para prácticas comerciales desleales que quisieran influir en el mercado nacional mediante el acopio y retención de los cilindros, ya que los mismos son, por su naturaleza, sustituibles por otros semejantes siempre y cuando se respeten las normas que amparan la propiedad intelectual y las que tutelan la seguridad y demás derechos del consumidor.

CICLO JURÍDICO CILINDROS DE GAS

DIAGRAMA

	FUNGIBLE / GENÉRICO	NO FUNGIBLE	CONSUMIBLE	NO CONSUMIBLE
CILINDRO	✓	–	–	✓
GAS	✓	–	✓	–
CILINDRO DE GAS	✓	–	✓	–

OBJETO DETERMINA FACULTADES DE DOMINIO Y DISPOSICIÓN



NOCIONES GENERALES SOBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Lic. Luis A. Guillén Downing

Miembro de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, París. Árbitro.
Miembro fundador de la Comisión de Energía Atómica de Costa Rica

RESPONSABILIDAD CIVIL

La responsabilidad por las acciones u omisiones del ser humano se deriva de la vida en sociedad. Para ser sujeto de derechos es necesario respetar las normas de coexistencia social. El principio de la responsabilidad se fundamenta, desde antiguo en la máxima romana "*alterum non laedere*" (no causar daño a otro). Siglos después Lacordaire diría que "*la libertad consiste en hacer todo aquello que no dañe a otro*". Cuando la sanción establecida por la trasgresión de este principio se orienta a la defensa de la colectividad (cárcel, interdicción de derechos, etc.) se dice que la responsabilidad es penal. Si la misma consiste en reparar el daño causado mediante el pago de una indemnización, se denomina responsabilidad civil. La responsabilidad civil puede originarse en dos escenarios diferentes, a saber,

- A- Por incumplimiento de un contrato (responsabilidad contractual) o bien,
- B- En un acto de imprudencia, negligencia o impericia (responsabilidad extracontractual).

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

La responsabilidad (culpa) contractual consiste entonces en el deber de resarcimiento que la ley impone a quien no cumple con una obligación surgida dentro de una relación contractual preexistente. El artículo 41 de la Constitución Política, establece el derecho de toda persona a la reparación por las injurias o daños que haya recibido en su persona, propiedad o intereses morales. El Código Civil, acorde con dicho principio, establece que "*El deudor que falte al cumplimiento de su obligación sea en la sustancia, sea en el modo, será responsable por el mismo hecho de los daños y perjuicios que ocasione a su acreedor, a no ser que la falta provenga de hecho de éste, fuerza mayor o caso fortuito*" (Artículo 702). De tal modo, el incumplimiento de una obligación (sea de dar, hacer o no hacer) derivada de un contrato, conlleva responsabilidad, cualquiera que haya sido el motivo por el cual el deudor incumplió. Solamente quedará eximido si la falta proviene de hechos del propio acreedor, de fuerza mayor o caso fortuito, circunstancias cuya prueba compete al deudor.

Este principio aparece consagrado a nivel internacional en los principios UNIDROIT, entidad con sede en Roma que se ocupa de la unificación del derecho internacional privado

y establece normativas internacionales uniformes tales como los "Principios de los Contratos Comerciales Internacionales de UNIDROIT", los cuales constituyen recopilaciones efectuadas por expertos internacionales no gubernamentales de la *Lex Mercatoria* (ley de los comerciantes). Capítulo 6, Ejecución, Sección 2. Caso Fortuito (Hardship). Artículos 6.2.1, 6.2.2 y 6.2.3.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

La responsabilidad (culpa) extracontractual (denominada *Third Party Liability* en el sistema del Common Law anglosajón), aparece consignada ya en forma muy precisa en los artículos 1382, 1383 y 1384 del Código Napoleón (Código Civil francés del 21 de marzo de 1804), en el cual se inspiraron las legislaciones derivadas del derecho civil francés (entre ellas –directa o indirectamente– casi todas las latinoamericanas). Sobre el significado de este código resulta de mérito citar las palabras del propio Napoleón: "*Mi gloria no es haber ganado cuarenta batallas cuya memoria la derrota de Waterloo destruirá. Lo que nada destruirá, lo que perdurará eternamente, es mi Código Civil.*".

RESPONSABILIDAD OBJETIVA

A mediados del siglo XIX empezó a desarrollarse en Inglaterra la teoría de que, bajo determinadas circunstancias, el causante del daño debería responder independientemente de la existencia de culpa o negligencia, especialmente como consecuencia del advenimiento de la máquina de vapor (ferrocarriles, calderas, revolución industrial), debido al riesgo inherente a tales ingenios. Posteriormente, con el advenimiento de la aviación y las convenciones de Varsovia (1929) y Roma (1933 y 1952) se desarrolló más el concepto, precisado con posterioridad en el campo de la responsabilidad espacial (daños producidos por artefactos espaciales al caer a tierra –que la gente suele confundir con OVNIS–) y nuclear (operación de instalaciones nucleares civiles), esta última consagrada en la "Convención de Viena sobre Responsabilidad Civil por Daños Nucleares" del 29 de mayo de 1963 (OIEA), la cual estableció tres principios básicos de la responsabilidad (Art. IV) : A-El responsable será el operador y la misma será objetiva, B-El estado donde se encuentre la instalación podrá limitar dicha responsabilidad a una suma

determinada por accidente, y C) Es obligación del operador mantener un seguro. Su alcance es mundial (lamentablemente en la actualidad solo 14 estados la han ratificado).

La Convención de París sobre Responsabilidad de Terceros en el Campo de la Energía Nuclear (OECD) de 1960 con carácter regional europeo, ampliada en 1963 por la Convención Complementaria de Bruselas, ambas reformadas por los protocolos de 1964 y 1982. Se basan igualmente en la responsabilidad objetiva del operador, la limitación de la responsabilidad y una garantía financiera (seguros en la mayoría excepto la de Bruselas que prevé un fondo estatal.) Con respecto a los eventuales daños causados por objetos espaciales, existe la Convención sobre Responsabilidad Internacional por Daños Causados por Objetos Espaciales de 1972 y el Inter-Agency Space Debris Coordination Committee (IADC), entidad gubernamental internacional para la coordinación de actividades relacionadas con asuntos relativos a desechos espaciales.

CONCLUSIONES

Como puede apreciarse, la responsabilidad civil objetiva encuentra fundamento en la necesidad de garantizar una indemnización de los daños y perjuicios causados por actividades de alto riesgo, se canaliza a un solo responsable, es limitada y conlleva un seguro obligatorio u otra garantía financiera. Un caso a modo de ejemplo en nuestra legislación laboral, lo constituyen los riesgos del trabajo para la indemnización de accidentes ocurridos con ocasión o por consecuencia del trabajo (Código de Trabajo, No. 2, Tít. 4. De la Protección de los Trabajadores Durante el Ejercicio del Trabajo. Cap.1. Artículo 193 y siguientes).

No obstante, existe un caso en la ley costarricense que nos parece rebasa los principios de proporcionalidad y racionalidad antes citados. Nos referimos a la disposición contenida en la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa

Efectiva del consumidor en su artículo 35, que textualmente dice:

“Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor No. 7472, Cap.5. Defensa efectiva del consumidor. Artículo 35.- Régimen de responsabilidad.

Artículo 35.- Régimen de responsabilidad.

El productor, el proveedor y el comerciante deben responder concurrente e independientemente de la existencia de culpa, si el consumidor resulta perjudicado por razón del bien o el servicio, de informaciones inadecuadas o insuficientes sobre ellos o de su utilización y riesgos.

Sólo se libera quien demuestre que ha sido ajeno al daño.

Los representantes legales de los establecimientos mercantiles o, en su caso, los encargados del negocio son responsables por los actos o los hechos propios o por los de sus dependientes o auxiliares. Los técnicos, los encargados de la elaboración y el control responden solidariamente, cuando así corresponda, por las violaciones a esta Ley en perjuicio del consumidor. “

Como se puede apreciar de su simple lectura, contrario a la teoría imperante, este artículo establece responsabilidad solidaria de varios actores incluyendo intermediarios, siendo que por ejemplo, en el caso de bienes, es costumbre internacional en el comercio canalizar la responsabilidad hacia el fabricante por razones obvias. Por otra parte, no prevé la existencia de un seguro u otra garantía financiera ni limita el monto de la indemnización, y desde el punto de vista procesal, invierte la carga de la prueba la que por ser de un hecho negativo, resulta aún mas difícil. Cabe de tal manera pensar en la posibilidad de la proliferación de demandas abusivas y desproporcionadas, como ha ocurrido en otros países y empuja desafortunadamente a suceder en el nuestro.



ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL RECONOCIMIENTO DE LA INDEXACIÓN MONETARIA: EL CASO COSTARRICENSE

Lic. Francisco Obando León

Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica. Abogado litigante especialista en Derecho Público. Asistente de Dirección de la Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo.

INTRODUCCIÓN

El término indexación, es ampliamente utilizado en el ámbito económico y jurídico, designando con su uso el proceso de actualización de las deudas de dinero, que necesariamente debe preverse en coyunturas económicas abatidas por la inflación, en las que la disminución constante y vertiginosa del poder adquisitivo de la moneda lleva a la necesidad de aumentar la cantidad de numerario con que se ha de cancelar una obligación de dar sumas de dinero, para que ésta represente el valor que tenía a la época de nacimiento de la deuda.

En ese orden, el presente estudio busca darle relieve a aspectos que hemos considerados relevantes sobre el tema de la indexación y particularmente en cuanto su aplicación en Costa Rica. Así, contemplaremos lo expuesto por la doctrina en general en cuanto a la revalorización de las deudas pecuniarias pendientes de pago mediante mecanismos o parámetros de indexación; así como el desarrollo jurisprudencial y legal nacional, particularmente a partir de lo que fue el giro en la línea resolutive de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, y la nueva regulación del Código Procesal Contencioso Administrativo.

I. ASPECTOS GENERALES Y FUNDAMENTO DE LA INDEXACIÓN

A. CONSIDERACIONES GENERALES Y NOCIÓN CONCEPTUAL

A.1 ALGUNAS GENERALIDADES

La doctrina ha analizado el fenómeno de la indexación dentro del derecho de las obligaciones, género teórico de las obligaciones en general, y más específicamente dentro del ámbito de las obligaciones de dinero. Al respecto, con cierta generalidad ha prevalecido el principio nominalista en el pago de las obligaciones de dinero, esto es, ellas se cumplen entregando al acreedor la misma suma debida, cualesquiera que sean las variaciones que haya experimentado mientras se debía el dinero, el valor intrínseco de éste, si lo tiene, o su poder adquisitivo.

No obstante lo anterior, es lo cierto que el mundo ha estado viviendo desde hace ya varias décadas, un proceso inflacionario más o menos agudo según el contexto de cada

país. Ello ha obligado a alterar este principio, y como consecuencia se ha establecido, en una u otra medida, algún sistema de reajuste de las obligaciones de dinero a fin de evitar el perjuicio del acreedor, ya que entre el período en que se contrae la obligación y aquel en que se cumple, la suma debida pierde gran parte de su poder adquisitivo.

Como paliativo a lo anterior, existe la indexación, que consiste en un mecanismo de revaluación de la deuda dineraria, en función de los índices oficiales que miden las oscilaciones de la inflación y la devaluación. El objetivo pretendido es recomponer el valor intrínseco original de la deuda dineraria desmejorado por el proceso inflacionario y el ritmo bajo el cual se devalúa el colón.¹

A.2. DEFINICIÓN DE INDEXACIÓN

Refiriéndonos al concepto de indexación, cabe indicar que la jurisprudencia nacional, particularmente la de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, lo conceptúa como *“un mecanismo que tiene por fin, traer a valor presente una obligación dineraria, ergo, se trata de un dispositivo de ajuste económico, cuyo propósito es actualizar el valor de la obligación, al momento concreto en que sea exigida.”* (Ver resolución 001019-F-2006).

Como consecuencia de lo anterior, con certeza podemos establecer que la indexación corresponde a una revaluación de la deuda en vista del deterioro causado por la inflación y la devaluación. Así, la indexación corresponde a uno de los medios correctores del valor de la moneda por efectos de su desvaloración, de manera que indexar es reajustar la cuantía originaria de una deuda, para recomponer su monto a fin de mantener constante el valor real de la deuda. Corresponde a una forma de protección del valor económico de la moneda, sustrayendo la obligación monetaria del ámbito del nominalismo, para mantener el poder adquisitivo de la moneda en que fuera pactada la obligación.

En ese orden, la doctrina dispone que la revalorización de las deudas pecuniarias pendientes de pago, puede llevarse

¹ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución 000795-F-2005, de las dieciséis horas del treinta y uno de octubre del año dos mil cinco.

a cabo mediante índices móviles de reajuste o de adecuación monetaria que en su faz técnica global se denomina "indexación", sistema que consiste en la adecuación automática de las magnitudes monetarias a las variaciones del nivel de precios, con el fin de mantener constante el valor real de éstos, para lo cual se utilizan diversos parámetros de referencia como: el aumento del costo de la vida, el nivel de aumento de precios mayoristas, etc.

Cabe acotar que el término indexación, es ampliamente utilizado en el ámbito económico y jurídico, designando con su uso el proceso de actualización de las deudas de dinero, que necesariamente debe preverse en coyunturas económicas abatidas por la inflación, en las que la disminución constante y vertiginosa del poder adquisitivo de la moneda, lleva a la necesidad de aumentar la cantidad de numerario con que se ha de cancelar una obligación de dar sumas de dinero, para que ésta represente el valor que tenía a la época de nacimiento de la deuda. Las variaciones del poder adquisitivo intrínseco de la moneda, son medidas mediante índices oficiales destinados a detectar las oscilaciones en el costo de la vida, nivel de precios y salarios, etc, que son tenidos en cuenta para la revaluación posterior de la deuda de dinero.

La indexación persigue la finalidad de recomponer el originario valor intrínseco del crédito dinerario, utilizando pautas predeterminadas aplicables a todas las obligaciones dinerarias que se especifiquen, lo que conlleva la ventaja de no menoscabar la seguridad y certeza del tráfico comercial, ya que mediante un simple cálculo matemático deudor y acreedor estarán siempre en condiciones de establecer la cantidad necesaria de moneda con que la obligación deberá ser cancelada.²

La indexación es un mecanismo de compensación inflacionaria, que no afecta el objeto de la prestación pecuniaria, en tanto sigue estableciéndose sobre la misma base o unidad de medida monetaria; tan solo varía el número o cantidad de dicha unidad al momento del efectivo pago, a fin de estimar el valor real más próximo al que fue originariamente establecido.

B. PRESUPUESTOS PARA SU PROCEDENCIA Y FUNDAMENTO DE SU APLICACIÓN

B.1 LA DESVALORIZACIÓN DE LA MONEDA

En una economía como la costarricense, con problemas graves de inflación y devaluación monetaria, es evidente que el paso del tiempo acarrea un estado de injusticia hacia los acreedores para el cobro de sus créditos pecuniarios, pues deteriora su poder adquisitivo. Conforme a lo anterior, vale acotar que la inflación puede definirse como el crecimiento continuo y generalizado de los precios de los bienes y servicios existentes en una economía, constituyéndose en un movimiento persistente al alza del nivel general de precios o disminución del poder adquisitivo del dinero.

Atendiendo a los efectos que produce la inflación, se encuentra que el acreedor se ve perjudicado en su patrimonio al recibir una cantidad de dinero que nominalmente es la prometida, pero que ya no posee el mismo valor de cambio (nominalismo). Así, desde el punto de vista jurídico, la inflación hace sentir sus efectos en la pérdida del poder adquisitivo de la moneda que el deudor debe dar y que el acreedor debe recibir, provocando un desequilibrio en la relación de valores –elemento natural en los negocios de cambio, bilaterales o sinalagmáticos-.³

En el caso costarricense, desde la década de los ochentas, caracterizada por aumentos variables en el nivel de precios y en el valor externo del colón, se abre la posibilidad de introducir mecanismos para mantener el equilibrio del valor económico durante los ciclos inflacionarios, a fin que lograra traer a valor presente la obligación. En ese orden, a pesar de que la indexación de las obligaciones no contemplaba en forma expresa regulación legal o reglamentaria en el Ordenamiento Jurídico costarricense, es mediante la jurisprudencia, en atención de pautas contractuales, pero, más importante aún, por principios generales de derecho y de los preceptos de nuestra Constitución Política, que se ha aceptado la aplicación de la figura de la indexación en las deudas dinerarias.

B.2 SOBRE LOS SISTEMAS DE APRECIACIÓN DE LA MONEDA

EL NOMINALISMO: Como fuese indicado en líneas precedentes, con cierta generalidad ha prevalecido entre los sistemas de apreciación del valor monetario el principio nominalista.

En ese orden, los antecedentes jurisprudenciales de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia (antigua línea jurisprudencial), determinaron en su momento que las obligaciones dinerarias se rigen por el principio nominalista, mediante el cual el deudor, logra satisfacer su obligación entregándole a su acreedor la cantidad de signos monetarios correlativos al valor numéricamente establecido, prescindiendo de cualquier alteración monetaria, de manera que éstas se cumplen entregando al acreedor la misma suma debida, cualesquiera que sean las variaciones que haya experimentado mientras se debía el dinero, el valor intrínseco de éste, si lo tiene, o su poder adquisitivo.

En términos doctrinales, el nominalismo presupone una inalterabilidad del valor de la moneda, ya sea intrínseco (poder adquisitivo con referencia a bienes y servicios) o extrínseco (paridad de cambio con relación a moneda extranjera). Al efecto, según este sistema, una unidad de moneda circulante es siempre igual a sí misma, sin tomarse en cuenta la alteración interna o externa que el valor de dicha moneda pueda efectivamente sufrir. Conforme a tal premisa, cuando el monto de la obligación es determinado de antemano, el valor real o poder adquisitivo de la moneda carece de im-

² GURFINKEL DE WENDY (Lilian), *Depreciación monetaria, Revaluación de deudas dinerarias*, Ediciones de Palma Buenos Aires, segunda edición, 1977, p. 145-146.

³ MANAVELLA C. (Carlos). *Indexación. Fundamentos éticos y jurídicos*. *Banca, Bolsa y Seguros*, Revista de la Asociación Bancaria Costarricense, San José, No. 6, 1991, p.19.

portancia; siendo que pagando la suma nominal se cumple la obligación contraída.⁴

Apreciando lo anterior, el nominalismo presupone considerar como único valor del dinero el nominal, en el sentido de que se ha de pagar la misma suma o cantidad debida sin considerar si esa cantidad vale más o menos al momento del pago que en el de la constitución de la obligación, de manera que no importa el poder adquisitivo de la moneda, con lo cual las eventuales fluctuaciones en el poder adquisitivo devienen en un riesgo normal de todo acreedor, de modo que una unidad monetaria es siempre igual a sí misma, lo cual excluye los cambios que, a lo externo, pueda tener el valor de la moneda en épocas distintas.

Frente a un acelerado proceso de depreciación monetaria, la doctrina y la jurisprudencia alemana consideraron que la aplicación del sistema nominalista era incompatible con los principios de la buena fe, de la equidad y de la justicia, pues conduce a un injusto enriquecimiento del deudor a expensas del acreedor, por lo que la deuda debe ser revaluada.⁵ Este enriquecimiento es injustificado -sin causa-, aspecto que deviene en incompatible con la intención de las partes de obligarse y contrario a los principios de justicia y equidad.

EL VALORISMO: En lo relativo al valorismo, este principio consiste en que la extensión de las obligaciones dinerarias no está determinado por una suma nominal de unidades monetarias, sino por el valor de éstas, adquiriendo especial relieve el poder adquisitivo de la moneda.

El valorismo considera que la extensión de la obligación monetaria no está dada por el monto nominal de unidades de moneda, sino por el valor que dicha moneda representa. El valorismo tiene en cuenta el poder adquisitivo de la moneda, de tal manera que su importancia no reside en su naturaleza sino en su función.

Según lo anterior, el valorismo parte de una premisa opuesta a la que funda el nominalismo, ya que mientras para éste último existe una intención de las partes por contratar conforme al valor nominal de la moneda, para el valorismo las partes se interesan más en la calidad que en la cantidad de dinero que han de obtener como contraprestación.

La doctrina destaca que éste sistema debe ceder ante el nominalismo en épocas de estabilidad monetaria, siendo que debe reservarse para aquellas en que el valor de la moneda sean tan considerables que la aplicación del nominalismo resulte injusta. Asimismo, el valorismo no resulta aplicable a todas las obligaciones, pues quedan fuera de su ámbito las que deben cumplirse a corto plazo, en tanto que las contraídas a mediano y largo plazo deben revalorizarse. Resulta oportuno traer a colación las consideraciones vertidas por el autor argentino Jorge Bustamante Alsina, al indicar que la implantación del valorismo a través de la indexación puede hacerse por tres vías: 1) contractual: basta para ello

que las partes pacten cláusulas de estabilización o de reajuste referidas a índices diversos, cuya aplicación introducirá la deuda en el ámbito del valorismo y la marginará de la rigidez del nominalismo; 2) Legislativa: Puede hacerse la corrección monetaria mediante la indexación de las deudas de dinero establecida por leyes emanadas del congreso de la Nación; 3) Judicial: También la intervención judicial puede en algunos casos sustraer algunas deudas de dinero al rigorismo del principio nominalista.⁶

Sin demérito del anterior criterio, bien resulta apreciable el criterio del profesor Óscar González Camacho, al precisar con mejor fundamento: “que la indexación no es producto de una apuesta en favor del valorismo puro, ni la destrucción del nominalismo jurídico o monetario (que por demás, sería imposible y provocaría el caos). Se trata tan sólo de un instrumento que surge y se mueve dentro del nominalismo imperante, y que se ajusta en el “*quantum*” para responder adecuadamente a la obligación originariamente establecida.”⁷

B.3 SISTEMAS DE APRECIACIÓN DE LA MONEDA EN CUANTO A LAS OBLIGACIONES DINERARIAS Y DE VALOR

Las implicaciones jurídicas del sistema nominalista en Costa Rica, han sido determinadas según nuestra jurisprudencia por medio de la bifurcación operante entre deudas dinerarias y deudas de valor.

Las obligaciones o deudas dinerarias, consisten en el reclamo de una suma de dinero cuyo monto conoce el actor de antemano y su objeto es la entrega de una cierta cantidad de dinero previamente establecida. En la obligación dineraria, el dinero aplica *in obligatione e in solutione*, esto es, se debe dinero (un cuántum) y se paga dinero. La mora en el pago de una obligación de esta naturaleza, genera el reconocimiento a favor del acreedor de los intereses a título de fruto civil que deja de percibir ante la falta de disponibilidad del capital.⁸

Es dineraria aquella deuda en la cual el dinero cumpla solamente una función de cambio, a fin de posibilitar el intercambio de bienes y servicios por dinero (llamadas impuras) o bien, cuando se trate de préstamos de dinero (puras). En ese sentido, a manera ejemplo, son obligaciones dinerarias el precio de una compraventa o los honorarios profesionales.

En contraposición, nos encontramos ante una deuda de valor, cuando la moneda no sea lo buscado *per se*, es decir, no se pretenda dar una cosa o realizar una labor a cambio de una suma concreta. En estos casos el dinero viene a cumplir una función sustitutiva de un bien o un servicio; en otras palabras, en lugar de darse la cosa o brindarse el servicio correspondiente al deudor, éste dará en metálico el equiva-

4 GURFINKEL DE WENDY (Lilian), *Depreciación monetaria, Revaluación de deudas dinerarias*, Ediciones de Palma Buenos Aires, segunda edición, 1977, p. 27.

5 GURFINKEL DE WENDY (Lilian), *Depreciación monetaria, Revaluación de deudas dinerarias*, Ediciones de Palma Buenos Aires, segunda edición, 1977, p. 32.

6 BUSTAMANTE ALSINA Jorge, *Responsabilidad Civil y Otros Estudios*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1984, ps. 133 y ss.

7 GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar), *El Nuevo Proceso Contencioso Administrativo*, San José, Costa Rica, Poder Judicial, 2006, p451.

8 Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución 000313-F-2002 de las quince horas treinta minutos del diecisiete de abril del año dos mil dos.

lente a la prestación original. Son muestras de esta clase de obligaciones las de restituir un bien, cuando éste se ha perdido o no existe, la de realizar una prestación personalísima si el deudor se niega, o la de indemnizar los daños y perjuicios provocados a otra persona.⁹

Como fue indicado en líneas precedentes, en las obligaciones dinerarias el dinero actúa "in obligatione" e "in solutione", mientras que en las de valor únicamente actúa "in solutione". Así, el objeto de la obligación de valor no es una suma de dinero, sino un valor abstracto correspondiente a una expectativa o pretensión patrimonial del acreedor; no obstante, esto no obstruye el que pueda ser cuantificable y liquidable en dinero efectivo, por eso se afirma que lo que se excluye en este tipo de obligaciones no es el dinero en sí mismo, sino su valor nominal.

Así como la obligación dineraria se encuentra ligada al principio nominalista, la obligación de valor es ajena a él. Por tanto, mientras esa deuda de valor abstracta no se haya liquidado, es decir, medido en términos monetarios, no habrá un monto que pueda considerarse inmutable. Si la deuda es indeterminada, recién en el momento en que se cancela se medirá en dinero el objeto de la obligación, sin perjuicio de las oscilaciones que pueda haber sufrido el signo monetario de pago entre el momento del nacimiento y el de la extinción de la obligación.

El funcionamiento de esta categoría de obligaciones no implica una derogación del principio nominalista, ya que la moneda conserva en todo momento su valor nominal, pero la cantidad que en definitiva corresponderá pagar puede variar según las oscilaciones a que se haya visto sometido el poder adquisitivo de la moneda de pago. Ello es así, porque en la obligación dineraria la moneda es el objeto directo de ella, en tanto que en la de valor es solo un medio indirecto para lograr su cumplimiento cabal.¹⁰

La distinción entre obligaciones de valor y obligaciones de dinero, presenta consecuencias de singular significación desde el ámbito jurisprudencial costarricense, en lo relativo a la posibilidad de aplicar o no la indexación judicial en nuestro medio. Así, en principio, el principal inconveniente se presentaba en las obligaciones dinerarias, ya que a lo largo de los años prevaleció el principio del nominalismo, es decir, sólo se debía la suma facial de la deuda, sin importar su desmejoramiento a causa de la inflación, y el acreedor sólo podía cobrar intereses, cuya finalidad no es reparar esa depreciación.¹¹ Sin embargo, es lo cierto que también las obligaciones de valor pueden verse afectadas, ya que al liquidarse, es decir, fijarse el monto a pagar, la obligación de valor se transforma en dineraria en sentido estricto, sufriendo

también los inconvenientes derivados por el transcurso del tiempo hasta su efectiva cancelación.

En ese orden, según se indicó ya, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia anteriormente se había inclinado por mantener el principio nominalista cuando la actualización de lo debido no se había pactado entre las partes, tal como se aprecia en las resoluciones No. 57 de las 11 horas del 24 de julio de 1989, 75 de las 16 horas del 13 de mayo de 1992, No. 49 de las 15 horas del 19 de mayo de 1995, No. 947 de las 10 horas del 22 de diciembre del 2000 y No. 518 de las 11 horas del 28 de agosto del 2003. De manera tal que la citada Sala mantuvo por mucho tiempo el criterio de admitir el reajuste del principal única y exclusivamente cuando mediara acuerdo expreso (indexación convencional) -por ejemplo con una cláusula de estabilización monetaria-, pero rechazándolo con relación a la indexación que se reclama fuera de convenio, limitando a la opción de cobrar intereses.

Es a partir del fallo No. 1016 del 26 de noviembre del 2004, que la Sala Primera varió su posición y aceptó la posibilidad de realizar ese ajuste fundamentado en índices oficiales, aduciendo como principales fundamentos la custodia del principio constitucional de reparación integral de los daños sufridos, por lo que corresponde abandonar el nominalismo para las obligaciones pecuniarias y acoger la indexación como una medida resarcitoria de las mismas.

En consecuencia, apreciando las razones de equidad, de justicia y demás fundamentos constitucionales a los que haremos referencia más adelante, se adopta la tesis de que los valores pendientes de pago se actualicen sin argüir ya como indispensable necesidad (obstáculo) el desarrollo legislativo, ni la existencia de una norma que de manera específica acepte la indexación judicial, de forma que se encuentra superado el exclusivo reconocimiento indexatorio en el caso de que las partes lo hayan pactado expresamente.

En ese orden, finalmente, a partir del citado voto 1016-2004 de la Sala Primera, cabe indicar que cuando se trate de obligaciones pecuniarias derivadas de responsabilidad civil extracontractual, se debe poner especial cuidado en la naturaleza de las deudas invocadas, a fin de determinar si pueden o no ser indexadas, de modo que si lo cobrado es un crédito de valor, aún no liquidado, no puede haber indexación, ya que el monto es por sí mismo ajustable al valor real del bien o el servicio al momento del dictado de la sentencia definitiva. Al efecto, sólo resulta procedente solicitar que se indexe el monto de la obligación de valor, cuando esta deje de serlo, es decir, se transforme en líquida (obligación dineraria), indexación que cubre el espacio temporal desde la firmeza de la sentencia donde se determine la suma correspondiente a la misma y hasta su efectivo pago. En estos supuestos, sería necesario que la indexación se hubiese pedido en las pretensiones materiales de la demanda y, además, concederse en el fallo definitivo.

Por el contrario, a partir de la responsabilidad aquiliana, cuando de la misma se origine una deuda dineraria, al ser líquida desde un inicio, podrá pedirse su indexación desde la fecha en la cual quedó fijado su monto.

9 Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución 000795-F-2005, de las dieciséis horas del treinta y uno de octubre del año dos mil cinco.

10 GURFINKEL DE WENDY (Lilian), *Depreciación monetaria, Revaluación de deudas dinerarias*, Ediciones de Palma Buenos Aires, segunda edición, 1977, p 49-50

11 Estos frutos legales no tienen como finalidad reparar el daño producido por la inflación y la devaluación, sino la de compensar la no utilización del metálico por un determinado espacio temporal.

Así las cosas, el instituto de la indexación resulta aplicable en determinados supuestos obligacionales, ya sea por vía contractual (partes pacten cláusulas de estabilización o de reajuste), legislativa (corrección monetaria mediante leyes, tal y como aconteció en su momento con las leyes 5501 y 5518 ambas de 1974) y Judicial (revaluación judicial). Todo ello con fundamento en principios de derecho y por aplicación directa de la Constitución Política, que establece la obligada y plena reparación de los daños y perjuicios irrogados a quien figura como acreedor o lesionado.

La jurisprudencia de la Sala Primera, justifica esta tesis y cambio de criterio, señalando que si los principios generales del Derecho permean e irradian la totalidad del Ordenamiento Jurídico, y si dentro de ellos destaca la íntegra reparación del daño; el equilibrio en las contraprestaciones establecidas; la prohibición al abuso del derecho y el enriquecimiento injusto, es claro que existe asidero suficiente para reconocer la actualización de lo debido a la fecha efectiva de su pago y lo contrario implica infracción al fin último de la juricidad, representado por la Justicia.¹²

II. RECONOCIMIENTO DE LA INDEXACIÓN MONETARIA Y MECANISMOS PARA SU DETERMINACIÓN

En términos generales, el reconocimiento de la indexación deriva de la simple y adecuada proyección del derecho constitucional a una justicia cumplida y sin denegación (artículo 41 constitucional), siendo que no existe justicia cumplida y efectiva sin restitución plena de lo debido.

Al efecto, conforme a la nueva línea jurisprudencial de Sala Primera, reparar implica restituir, reponer en lo posible el estado de cosas lesionado a su situación anterior dentro del contexto y valor presente. En ese orden, existe efectiva reparación solamente si se repone la suma o el bien debido que corresponde conforme a su valor actual y real establecido a su fecha de pago, lo contrario conlleva el cohonestar un pago en cantidad insuficiente, con enriquecimiento injusto y abuso del derecho de quien figura como deudor, lo cual atenta contra la justicia cumplida y sin denegación.

A. RECONOCIMIENTO DE LA INDEXACIÓN EN OBLIGACIONES DINERARIAS

Como hemos expuesto hasta aquí, el instituto de la indexación resulta aplicable ya sea por vía contractual (partes pacten cláusulas de estabilización o de reajuste), legislativa (corrección monetaria mediante leyes) y Judicial (revaluación judicial). Al efecto, seguidamente nos referiremos con mayor detalle a la indexación por vía contractual o convencional y a la indexación no convencional, en donde toman fuerza particular las razones de equidad y justicia. Para esos efectos, haremos énfasis en los criterios jurisprudenciales emitidos por los tribunales costarricenses.

Así, aludiendo a una tipología de indexación, encon-

tramos la denominada indexación convencional, en la que sus parámetros específicos son previstos por las partes al momento de formular su acuerdo o negocio. En contraposición, la indexación es extraconvencional, cuando las partes no quisieron o no previeron parámetros para la revaluación o revalorización monetaria; o bien, porque se trata de una obligación nacida en el ámbito extracontractual.

A.1- INDEXACIÓN CONVENCIONAL

Como consecuencia de la inestabilidad del poder adquisitivo de la moneda, las partes contratantes procuran mantener el equilibrio de las prestaciones, enfáticamente en las diferidas o de tracto sucesivo, utilizando fórmulas llamadas de reajuste de o de estabilización.

La cláusula de estabilización es una fórmula convencional que inserta en un contrato conmutativo, tiende a acentuar tal carácter, y proteger a las partes de un proceso inflacionario que es por ellas conocido. Ningún contrato de ejecución, más o menos dilatado en el tiempo, se ve libre de la amenaza de la inflación, fenómeno económico ajeno a los contratantes. Así, la función de las cláusulas de estabilización es, desde el punto de vista jurídico, mantener el carácter conmutativo del contrato, sustrayendo a las partes de la contingencia incierta de ganancia o pérdida que pueda motivar un proceso económico pernicioso.

Por otra parte, la cláusula de reajuste contractual, implica una derogación expresa del principio nominalista, ya que las partes liquidarán la obligación monetaria que surge de tal contrato, de conformidad con el valor intrínseco o poder adquisitivo de la moneda, o con su valor de cambio (según el patrón de reajuste adoptado), pero nunca con el valor nominal impreso en el signo monetario. El pago se efectuará siempre en moneda de curso legal, pero la cantidad variará según las fluctuaciones del valor de referencia, quedando asegurado de tal modo el valor económico de la prestación.

Con respecto al tema, la jurisprudencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en varios antecedentes jurisprudenciales se pronunció en el sentido de admitir exclusivamente el reajuste del principal cuando mediara acuerdo o pacto expreso entre las partes contratantes (indexación convencional) mediante las referidas cláusulas de estabilización monetaria, sosteniendo que *“la indexación es viable siempre que sea convencional, es decir, cuando medie acuerdo expreso, no así ante la ausencia de pacto entre las partes, porque no existe norma legal que lo autorice”* (en ese orden ver sentencias N.º 57 de las 11 horas del 24 de julio de 1989, 75 de las 16 horas del 13 de mayo de 1992, 49 de las 15 horas del 19 de mayo de 1995, 947 de las 10 horas del 22 de diciembre del 2000, 518 de las 11 horas del veintiocho de agosto del 2003).

En ese sentido, la resolución número 947-F-00 de las 10:00 horas del día 22 de diciembre del año 2000, de la citada Sala Primera categóricamente expresó:

“Como lo indica la parte recurrente, la indexación no fue pactada, en virtud de ello, los Tribunales no pueden

¹² Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución 1016-F-2004 de las 9:30 horas del 26 de noviembre del 2004.

condenar a las partes a pagar un rubro sobre el cual no existió pacto expreso. Por ello lo procedente es rechazar este reproche.”

El reconocimiento exclusivo que la jurisprudencia de la Sala Primera otorgaba a favor de la indexación pactada entre partes (manteniendo la aplicación del principio nominalista cuando la actualización de lo debido no se había pactado expresamente entre partes) se mantuvo incólume por décadas. No obstante, mediante la ya citada sentencia número 1016-F-04 de las 9 horas 30 minutos del 26 de noviembre del 2004, se estableció la procedencia de la indexación no convencional, en determinados supuestos de obligaciones donde la parte con derecho así lo haya requerido.

A.2 INDEXACIÓN NO CONVENCIONAL

Según lo hemos aludido ya líneas atrás, y bien lo sostiene la doctrina, la indexación extraconvencional y sus instrumentos operativos concretos, pueden ser determinados expresa y directamente por ley, de manera que su aplicación se reduce al cumplimiento estricto de la norma en forma directa (indexación legal). Asimismo, puede ocurrir que el Ordenamiento Jurídico no prevea mediante norma escrita y expresa la institución indexatoria; de modo que sea el Juzgador, en su correcto arbitrio, el que disponga o no su existencia y aplicación. Sería esta la indexación denominada judicial. No obstante, puede que la ley autorice el mecanismo en forma abierta, para que sea el Juez quien la aplique con criterios concretos, de acuerdo con su sano juicio, en tal hipótesis nos encontraríamos frente a la indexación que podríamos llamar mixta.¹³

En el año 1992, con la sentencia de mayoría N.º 161, de las 16:00 hrs. del 2 de diciembre, la Sala Primera adoptó una posición adversa al reconocimiento de la indexación extraconvencional, señalando:

“La Sala no ignora las razones de equidad y de justicia que abonan la tesis de que los valores pendientes de pago se actualicen, contrastándolos con un índice económico de ajuste, para el que pueden servir de referencia, entre otros, el precio del oro, una moneda fuerte, o el índice de precios oficiales mayoristas o minoristas, pero tal medida debe ser objeto de una concienzuda reglamentación legislativa, por las enormes consecuencias que tendría en el ámbito de la vida económica de la nación.”

Dicha tesis, fue reiterada en múltiples sentencias posteriores, en las que a falta de pacto expreso, no había posibilidad jurídica alguna de la indexación. No obstante, procedemos seguidamente a resaltar votos disidentes que justificadamente reconocían desde años atrás el tipo de indexación en estudio (no convencional). Así, el voto salvado del recordado magistrado Edgar Cervantes Villalta en la sentencia 161-92

de las dieciséis horas del dos de diciembre de mil novecientos noventa y dos, al disponer entre otras cosas:

“De manera que a falta de ley expresa, o de cláusula que así lo indique en un contrato, la indexación por resolución judicial encuentra apoyo en nuestro ordenamiento jurídico en los artículos 41, 45, de la Constitución Política, 4, 10, 11, 21 y 1023 del Código Civil, en cuanto se dispone que ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales, y debe hacerseles justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes; la inviolabilidad de la propiedad privada; que los contratos obligan tanto a lo que se expresa en ellos, como a las consecuencias que la equidad, el uso o la ley hacen nacer de la obligación, según la naturaleza de ésta; la adecuada interpretación y aplicación de las normas de la equidad y de la buena fe”.-

Más recientemente, la sentencia 042 del Tribunal Segundo Civil de San José, Sección Primera, de las diez horas treinta minutos del veintiséis de enero del dos mil uno, dispuso que no resulta posible evadir el hecho de que la depreciación monetaria importa un verdadero daño patrimonial, y consecuentemente, no es justo que quede sin reparar. Correlativamente, si el resarcimiento tiende a dismantelar el daño, reintegrando o colocando a la víctima en la situación anterior a su producción, ya sea de un modo específico o bien por equivalente, dinerario o no, es razonable concluir que cuando la indemnización se paga en dinero su importe debe cubrir todo el “valor” del detrimento o menoscabo, y que solamente merced a la liquidación la deuda de resarcimiento se transforma de deuda de valor en deuda de moneda. Al efecto, agregó el citado Tribunal, “un daño actual requiere ser indemnizado con un valor también actual”, de manera que se anteponen razones de equidad que deben presidir las declaraciones judiciales en el tema examinado, y no principios como el nominalismo con predicamentos de épocas ya superadas de estabilidad monetaria, siendo que ante toda indemnización, ya sea resultado del incumplimiento de la obligación o de acto ilícito, no es posible mantener la aplicación de los principios nominalistas.

Para el año 2003, encontramos el voto disidente del magistrado Óscar González Camacho en la resolución 0518-F-2003 de la Sala Primera de las once horas del veintiocho de agosto del año dos mil tres. Allí, González Camacho no comparte el criterio de la mayoría, conforme al cual, no procede la indexación extra convencional en virtud de la inexistencia de una norma legal que así lo disponga. En su opinión, la referida indexación (no convencional) cabe en cualquier supuesto en que la parte con derecho así lo requiera, por aplicación directa de nuestra Constitución Política, por lo que no se requiere de norma legal alguna para el reconocimiento de una pretensión indexatoria, cuando por principio general de Derecho y por aplicación de la Constitución Política se esta-

¹³ GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar), *El Nuevo Proceso Contencioso Administrativo*, San José, Costa Rica, Poder Judicial, 2006, p 455.

blece la obligada y plena reparación de los daños y perjuicios irrogados a quien figura como acreedor o lesionado.

Sostiene el magistrado González que si los principios generales del Derecho permean e irradian la totalidad del Ordenamiento Jurídico, y si dentro de ellos destaca la íntegra reparación del daño; el equilibrio en las contraprestaciones establecidas; la prohibición al abuso del derecho y el enriquecimiento injusto, es claro que encontramos asidero suficiente para reconocer la actualización de lo debido a la fecha efectiva de su pago.

Agrega González Camacho en el citado voto salvado, que nuestra Constitución Política en atención de los artículos 41 y 49, contempla como derecho fundamental, la tutela judicial efectiva, según lo ha pregonado la jurisprudencia de la Sala Constitucional, por lo que no cabe más que afirmar la infracción flagrante de tan elemental principio cuando no se protege o tutela de manera efectiva, eficaz y completa a quien con derecho reclama.

Ya para el cambio jurisprudencial adoptado en el 2004 por la Sala Primera, ésta toma como suyos los argumentos expuestos arriba, y justifica la variación de criterio en la admisión de la indexación no convencional, con sustento en la doctrina que se desprende del numeral 41 de la Constitución Política, que obliga a la reparación integral de los daños, sustentado esa indexación como una proyección del derecho constitucional a una justicia cumplida y sin denegación y a la tutela judicial efectiva.

En ese orden, la sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Número 1016-F-2004 de las 9:30 horas del 26 de noviembre del 2004, dispuso:

Empero, luego de una profunda y concienzuda reflexión, se llega al convencimiento de que el referido instituto (indexación no convencional), sí cabe en determinados supuestos obligacionales en que la parte con derecho así lo requiera, todo ello por aplicación directa de la Constitución Política. En efecto, no se requiere de norma legal alguna para el reconocimiento de una pretensión indexatoria, cuando por principio general de Derecho y por Constitución, se establece la obligada y plena reparación de los daños y perjuicios irrogados a quien figura como acreedor o lesionado. Si los principios generales del Derecho permean e irradian la totalidad del Ordenamiento Jurídico, y si dentro de ellos destaca la íntegra reparación del daño; el equilibrio en las contraprestaciones establecidas; la prohibición al abuso del derecho y el enriquecimiento injusto, es claro que existe asidero suficiente para reconocer la actualización de lo debido a la fecha efectiva de su pago. (...). En este sentido, es preciso retomar el ajustado análisis e interpretación de la norma fundamental cuando expresamente establece que "Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerles justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes" (artículo 41). Habrá

de observarse que se dispone la reparación debida de los daños, mandato que va más allá de la simple indemnización de aquéllos. Reparar implica restituir, reponer en lo posible el estado de cosas lesionado a su situación anterior dentro del contexto y valor presente. De esta manera, no se repara sino se repone la suma o el bien debido que corresponde conforme a su valor actual y real establecido a su fecha de pago."

De igual forma, de la sentencia mencionada se desprende que cuando se trate de obligaciones pecuniarias derivadas de responsabilidad civil extracontractual, se debe poner especial cuidado en la naturaleza de las deudas invocadas, a fin de determinar si pueden o no ser indexadas. Si lo cobrado es un crédito de valor, aún no liquidado, no puede haber indexación, porque el monto es, *per se*, ajustable al valor real del bien o el servicio al momento del dictado de la sentencia definitiva. Sólo se podría, eventualmente, solicitar que se indexe el monto de la obligación de valor, cuando esta deje de serlo, es decir, se transforme en líquida, desde la firmeza de la sentencia donde se determine la suma correspondiente a la misma y hasta su efectivo pago.

El mencionado voto 1016-F-2004, determina además que el reconocimiento de la indexación, para las obligaciones y en los términos anteriormente dichos, lo será siempre que se haya dado un requerimiento expreso de la parte en su pretensión oportuna; pues lo contrario provocaría la incongruencia del fallo estimatorio. De lo transcrito se derivan dos aspectos de suma importancia para poder determinar si procede o no la indexación: primeramente, que dicho instituto debe ser pedido expresamente y en segundo lugar, que se debe tratar de una obligación dineraria y no de valor. No obstante lo anterior, veremos en la Sección siguiente las variaciones que el nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo dispone en esta materia.

Cabe expresar además en términos generales, que conforme se expresó en la sentencia No. 1016 de cita, el índice correspondiente para realizar la revaloración debe ser el Índice de Precios al Consumidor (IPC), establecido en el artículo 15 de la Ley No. 7839, Sistema de Estadística Nacional, elaborado por el Instituto Nacional de Estadística y Censos, a partir de la medición de cómo se modifican, en promedio, los precios de los bienes y servicios representativos del gasto de consumo en los hogares, calculando la evolución de los mismos en una determinada canasta básica de bienes y servicios entre dos momentos distintos de tiempo.

B. REVALUACIÓN JUDICIAL DE LAS OBLIGACIONES DINERARIAS MECANISMO PARA SU DETERMINACIÓN

B.1. INDEXACIÓN DE LOS MONTOS CONDENADOS EN SENTENCIA MECANISMO DE RECONOCIMIENTO

Conforme se expresó en la sentencia No. 1016, el índice correspondiente para realizar la revaloración o indexación de-

be ser el Índice de Precios al Consumidor (IPC). Para esos efectos, tal índice se ajusta de manera mensual, y como se ha dicho ya, sólo procederá cuando se trate de obligaciones dinerarias, sean puras o por la liquidación definitiva de una deuda de valor. Ha de agregarse, que la solicitud de indexación no impedirá, de manera simultánea, el cobro de intereses corrientes o moratorios, circunstancia ya de algún modo aludida en líneas precedentes pero que retomaremos de seguido.

En las obligaciones dinerarias, a lo largo de los años prevaleció el principio del nominalismo, según hemos dicho ya, es decir, sólo se debía la suma facial de la deuda, sin importar su desmejoramiento a causa de la inflación, y el acreedor sólo podía cobrar intereses, cuya finalidad no es reparar esa depreciación, pues tales frutos legales no reparan el daño producido por la inflación y la devaluación, sino que tienen por fin compensar la no utilización del metálico por un determinado espacio temporal.

Así podemos enunciar algunas razones del porque se puede, de manera simultánea, proceder con la indexación y el cobro de intereses corrientes o moratorios. La primera, ya que el IPC no es un índice que contemple el pago de tales frutos civiles, por lo tanto no habría un doble pago del mismo extremo; y adicionalmente o en segundo término, en virtud, claro está, de las características propias de la indexación y de los intereses, pues aquella corresponde a una revaluación de la deuda en vista del deterioro causado por la inflación y la devaluación, una compensación por la pérdida de valor del dinero en el tiempo,¹⁴ o lo que es lo mismo, compensar la pérdida del poder adquisitivo del dinero a causa de la inflación; mientras que los últimos –los intereses– proporcionan una compensación económica ante la imposibilidad, para el acreedor, de aprovechar el dinero o sacar un beneficio de éste, si lo prestase con ánimo de lucro.

En otras palabras, el objetivo de la prestación de intereses no es cubrir el deterioro de la deuda principal por el proceso inflacionario y la devaluación crónica de la moneda o compensar la pérdida del poder adquisitivo del dinero a causa de la inflación, sino el rendimiento económico dejado de percibir. Por ende, cuando se indexa el capital debido, no habrá doble cobro si, paralelamente, se dispone el pago de intereses sobre la suma debida, aún y cuando estas últimas se calculen sobre bases o parámetros inflacionarios, o bien, financieros.

Cabe agregar que el monto sobre el cual se calcularán tales frutos civiles dependerá de la firmeza del fallo en que se disponga indexar la obligación. Por eso, antes de tal carácter firme, los intereses serán valuados sobre el monto original de la deuda y, sólo después de dicho cálculo, podrán computarse sobre la base de la cantidad ya actualizada (en ese sentido voto 000795-F-2005 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de las dieciséis horas del treinta y uno de octubre del año dos mil cinco).

Como consecuencia, parece claro que la indexación tiene como fin compensar la pérdida del poder adquisitivo del dinero, lo cual no se compensa con base en un índice de tasa de interés, puesto que éstas pueden perfectamente en determinado momento ser inferiores al nivel de inflación de un país, con lo cual no se logra el equilibrio perseguido.

Como se indicó, el índice correspondiente para realizar la revaloración o indexación debe ser el Índice de Precios al Consumidor (IPC). El índice de Precios al Consumidor (IPC), mide las variaciones de los precios de un cierto grupo de productos considerados como de consumo básico por la economía y lo que determina es la tasa de crecimiento de los mismos en el tiempo.

Para los efectos de nuestro estudio, es fundamental apreciar entonces la diferencia entre una tasa y un índice. Al efecto, la tasa es algo que se puede fijar libremente en el mercado de acuerdo a ciertas condiciones que se den en el entorno, en el caso de las tasas de Interés, estas pueden ser controladas por el Banco Central de acuerdo con metas de carácter económico que se hayan fijado para la economía. Por el contrario, un índice mide los cambios de una o varias variables y por ende sólo muestra este cambio en el tiempo.

En el caso del Índice de Precios al Consumidor, este toma una serie de productos y les calcula el precio ponderado a estos y luego los vuelve a calcular cuando ha pasado algún tiempo y el índice solamente dice cuanto es lo que han crecido o disminuido estos con respecto a la medición anterior. El resultado de un índice, o sea, si crece o decrece, se expresa mediante una tasa, en el caso del IPC el resultado es la tasa de crecimiento de los precios o inflación.

La jurisprudencia nacional, a partir del ya reiterado voto de la Sala Primera 1016 de las 9 horas 30 minutos del 26 de noviembre del 2004, parece contemplar como indicador ideal para indexar una obligación, el Índice de Precios al Consumidor, ya que es el parámetro que se utiliza para medir la inflación interna en nuestro país, es de conocimiento general por los agentes económicos (se emplea para reajustar salarios, alquileres, etc), y su uso permite que la fórmula de cálculo del índice a fin de mantener el valor sea sencilla y compense la verdadera pérdida del poder adquisitivo.

Como prueba de lo antes mencionado, ya la Sala Primera ha reiterado, creando así toda una línea jurisprudencial, lo relativo al IPC como criterio o parámetro indexatorio. Así, lo muestran, además del supracitado voto 1016-F-2004, los fallos 000519-F-2005 las dieciséis horas diez minutos del veinte de julio del dos mil cinco y 000795-F-2005 de las dieciséis horas del treinta y uno de octubre del año dos mil cinco. Para esos efectos, precisamente el voto 000519-F-2005, como materialización de la aplicación del mecanismo de reconocimiento de indexación a partir del IPC, dispuso:

“XI.- Ahora bien, contestes con la posición adoptada por este órgano colegiado respecto del tema en debate, las obligaciones dinerarias mencionadas en el aparte anterior deberán ser indexadas a favor del recurrente, acorde al índice de precios al consumidor (IPC) vigente. De con-

¹⁴ GENTILE (Ricardo J.) Los abusos en la indexación del mutuo financiero. *Banca, Bolsa y Seguros*, Revista de la Asociación de Derecho Bancario, San José, No. 9, setiembre-octubre, 1991, p. 12.

formidad con el principio de tutela judicial efectiva y por razones de celeridad procesal, es de rigor fijar el monto de tal actualización monetaria, dentro de los parámetros referidos. A tales efectos, como mecanismo establecido para ese fin, se ha utilizando el índice de precios al consumidor acumulado correspondiente a cada período (al mes de junio de cada año), para definir la inflación acumulada, aplicada a cada monto adeudado desde el mes de enero de 1988 y hasta junio de 1998, según la siguiente fórmula: $(IPC \text{ final} / IPC \text{ inicial}) * 100 - 100 = X$, en donde X es igual a: $X = \text{MONTO} * (1 + X / 100)$. (IPC: Índice de precios al consumidor) Realizados los cálculos correspondientes, se desprenden las siguientes partidas: **a)** la suma de \$1.008.575,93 fijada por el Tribunal por concepto de diferencias por el no reconocimiento de los 24 puntos de carrera profesional, implica un valor monetario presente de \$4.268.347,19 ; **b)** la condena de \$84.047,99 por los contrastes salariales en el aguinaldo, traída a valor presente asciende a \$355.695,60 . En virtud de lo indicado, deberá la CCSS cancelar a favor del recurrente las sumas actualizadas referidas.”

Apreciando así la aplicación del mecanismo de reconocimiento, seguidamente veremos que la utilización del IPC claramente ha sido norte y precepto en la normativa que contempla el nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo como criterio o parámetro para la definición de la indexación de una obligación en colones. Mientras que para las obligaciones en moneda extranjera, la normativa apunta a la tasa prime rate establecida para los bancos internacionales de primer orden. Así lo demuestra la letra del Código y las discusiones que constan en las actas legislativas pertinentes.

B.2 CONSIDERACIONES SOBRE LA INDEXACIÓN EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

El nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo, vigente a partir del mes de enero del año 2008, establece dentro de las disposiciones del Capítulo II: “Sentencia”, del Título VI: “Terminación del Proceso”, disposiciones de gran valor e importancia relativas a la materia del presente estudio. Al efecto, particularmente nos referimos a los numerales 123, 124 y 125.

El numeral 123, literalmente determina:

Artículo 123.

1. Cuando la sentencia condene al cumplimiento de una obligación dineraria, directamente, o por equivalente, deberá incluir pronunciamiento sobre la actualización de dicha suma, a fin de compensar la variación en el poder adquisitivo ocurrida durante el lapso que media entre la fecha de exigibilidad de la obligación y la de su extinción por pago efectivo. Cuando sea posible fijar en la propia sentencia al-

guna partida, el Tribunal la liquidará incluyendo su debida actualización. Si se trata de una condenatoria en abstracto o de rubros posteriores al dictado de la sentencia, el juez ejecutor conocerá y resolverá la liquidación efectiva y su debido reajuste.

2. Para la actualización del poder adquisitivo, la autoridad judicial correspondiente tomará como parámetro el índice de precios al consumidor emitido por el Instituto Nacional de Estadística y Censos, para las obligaciones en colones, y la tasa prime rate establecido para los bancos internacionales de primer orden, para las obligaciones en moneda extranjera, vigente desde la exigibilidad de la obligación hasta su efectivo pago.
3. En caso de tratarse de una obligación convencional, en la cual las partes convinieron cualquier otro mecanismo de compensación indexatoria, distinto al establecimiento en el presente artículo, la autoridad judicial competente deberá reconocer en sentencia el mecanismo pactado, actualizar y liquidar la suma correspondiente hasta su pago efectivo.”

El artículo 123 transcrito, bien opta por definir la indexación o revaloración como un instrumento que actualiza una suma de dinero, a fin de compensar la variación en el poder adquisitivo ocurrida durante el lapso que media entre la fecha de exigibilidad de la obligación y la de su extinción por pago efectivo.

Para la actualización del poder adquisitivo, el inciso segundo del citado numeral, dispone que la autoridad judicial correspondiente tomará como parámetro el índice de precios al consumidor emitido por el Instituto Nacional de Estadística y Censos, para las obligaciones en colones, tal y como lo ha desarrollado la jurisprudencia de la Sala Primera a la que ya hemos hecho referencia, y la tasa prime rate establecido para los bancos internacionales de primer orden, para las obligaciones en moneda extranjera, vigente desde la exigibilidad de la obligación hasta su efectivo pago.

Para los efectos correspondientes, siendo que ya hemos hecho algunas apreciaciones sobre el IPC como mecanismo de revalorización o indexación, que de conformidad con el Código aplica para obligaciones en colones. A este punto quizá sea conveniente hacer alguna manifestación sobre la tasa prime rate, que para los efectos de nuestra nueva normativa procesal corresponde para las obligaciones en moneda extranjera. La Tasa Prime Rate, como su nombre lo anuncia, es una tasa preferencial que le otorgan algunos bancos norteamericanos a sus principales clientes, o clientes preferentes. La tasa es una tasa de Interés activa, o sea, una tasa que se cobra por un préstamo que el banco le otorga a este cliente; la tasa esta ligada a una tasa pasiva que es la tasa de Fondos Federales de la Reserva Federal de los Estados Unidos, que a su vez es fijada por la Reserva Federal (Banco Central) de los Estados Unidos en su proceso de hacer política monetaria.

Respecto a estos temas, bien podemos rescatar lo que consta en las actas relativas a la discusión del Código. Así,

en lo que interesa, en el Acta N° 28 de 8 de junio del 2005, el Magistrado Óscar González Camacho –uno de los principales redactores y propulsores del Código y de la reforma procesal efectuada-, expone:

“Estaríamos fijando dos parámetros para efectos de la indexación. Uno.- El IPC, que se nos ha criticado por conservadores. Digo esto, porque bueno, la señora Procuradora sí está muy al tanto, porque ya estos son criterios adoptados por la Sala I, en resolución firme, el tema de la Indexación, ya no es en un precedente, sino en varios, en donde lo estamos aplicando. (...) De manera que el tema ya está jurisprudencialmente aceptado y sé que la señora Procuradora tiene muy buena noticia de esa y estudio detenido del tema. Ahí se establece, ya por jurisprudencia, el IPC, como criterio parámetro, para la definición de la indexación en colones. Ciertamente, podría criticarse que es un rubro, un extremo conservador si se quiere, pero, hemos preferido hacerlo así, por el impacto que va a tener en la economía y financiero. Podría pensarse en unidades de desarrollo, podría pensarse en otros parámetros, como se ha dicho: el interés legal, etcétera.

Pero, nos parece que es excesivo, si no excesivo, va a causar un impacto más serio en la economía, y de momento, pues preferimos un parámetro cauto, sin perjuicio de una posterior reforma legal.

Y, en cuanto a las obligaciones en dólares¹⁵, acudimos a un criterio utilizado tanto por el sistema bancario, tanto la banca privada como la estatal, y ya previsto, desde luego, por la legislación comercial, en este sentido. O sea, aquí quisiera señalar, no hemos inventado, ni estamos haciendo ningún tipo de renovación escabrosa.”

En ese misma Acta N° 28 de 8 de junio del 2005, el Dr. Manrique Jiménez Meza, también redactor y promovente del Código, agrega:

“Rápidamente, bueno, de manera complementaria con lo que aquí se ha señalado, tenemos dos tipos de parámetros objetivos: el IPC y otro el Prime Rate, sin embargo, el Prime Rate es importante tener en claro de que la lista de los bancos internacionales del primer orden los lleva el Banco Central, de manera obligada. Por lo tanto, no es una cuestión que pueda ser desconocida, para efectos prácticos de quien va a juzgar y quien va a condenar eventualmente, porque simple y sencillamente, se hace una solicitud al Banco Central y se da la información correspondiente, como un dato estrictamente objetivo y económico.”

Por su parte, continuando con las disposiciones del ordinal 123 del CPCA, el inciso tercero contempla lo rela-

tivo en caso de tratarse de una obligación convencional, es decir, aquella en la cual las partes convinieron cualquier otro mecanismo de compensación indexatoria distinto a los mencionados en el inciso segundo. En tales casos, la autoridad judicial competente deberá reconocer en sentencia el mecanismo pactado, actualizar y liquidar la suma correspondiente hasta su pago efectivo.

Con lo anterior, es claro que los instrumentos o mecanismos de actualización de las obligaciones dinerarias dispuesto en el 123.2 del Código, aplican a falta de convenio entre las partes, operando de manera oficiosa e imperativa.¹⁶

Según lo expuesto, es lo cierto que los criterios para indexar, pueden estar definidos directamente por la ley, mediante índices o criterios ajustables a la inflación. Son estos los parámetros legales. Pueden ser establecidos también por las propias partes, en cuyo caso son de los denominados convencionales a los que refiere el apartado 3 del artículo 123 del CPCA, cuando los superpone a los parámetros establecidos por la ley.

Finalmente, tenemos los parámetros judiciales, que operan cuando no existiendo regla legal al respecto, ni acuerdo entre partes, es el Juzgador el que fija un criterio de revaluación. Esto fue lo que ocurrió a partir de la sentencia de la Sala Primera 1016, donde se acudió al IPC (Índice de Precios al Consumidor) para el ejercicio indexatorio. Ahora, con la aprobación del Código, el que fuera judicial, pasa a ser de orden legal, pues el artículo 123, en su apartado segundo, dispone que como parámetro de actualización del poder adquisitivo de la moneda, se utilizará el índice de precios al consumidor.¹⁷

Por otra parte, el ordinal 124 del Código, establece:

ARTÍCULO 124.-

- 1) *Cuando la sentencia condene al cumplimiento de una obligación de valor, el Tribunal deberá convertirla y liquidarla en dinero efectivo, en forma congruente con su valor real y actual en el momento de su dictado.*
- 2) *Una vez convertida en dineraria la obligación de valor, el juez ejecutor la actualizará hasta su pago efectivo.*
- 3) *Si la condenatoria ha sido en abstracto, el juez ejecutor deberá observar lo prescrito en los párrafos precedentes.*
- 4) *Si se dicta sentencia desestimatoria y el Tribunal de Casación o la Sala Primera declara con lugar el recurso de casación, corresponderá a estos últimos órganos jurisdiccionales, cuando proceda, la conversión de la obligación de valor en dineraria y su actualización conforme a los parámetros anteriormente establecidos.*

¹⁶ GONZALEZ CAMACHO (Óscar), *El Nuevo Proceso Contencioso Administrativo*, San José, Costa Rica, Poder Judicial, 2006, p 464.

¹⁷ GONZALEZ CAMACHO (Óscar), *El Nuevo Proceso Contencioso Administrativo*, San José, Costa Rica, Poder Judicial, 2006, p 466.

¹⁵ Debe entenderse en moneda extranjera según lo señala el mismo Código.

Como bien puede observarse de la lectura del artículo, se regula la conversión de la obligación de valor en dineraria, y su posterior indexación hasta la fecha efectiva del pago. Se habilita al propio juez ejecutor para que en esa fase del proceso, se actualice la obligación. Asimismo, es claro que el Código adopta una variable distinta a la contemplada en la jurisprudencia de la Sala Primera, pues modifica expresamente el criterio de sujeción del mecanismo a la necesaria solicitud de parte, para establecer su aplicación, tanto en el proceso principal como en la ejecución de sentencia, de manera oficiosa.

El ordinal 125 del CPCA, estipula expresamente:

“ARTÍCULO 125.-

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

Como consecuencia de tal disposición legal, entendemos que la revaluación de una suma de dinero, en nada excluye el reconocimiento de los daños y perjuicios que resulten pertinentes. Así, se diferencia el traer a valor presente una obligación dineraria, de lo que es indemnizar los eventuales daños y perjuicios que pudieran haberse ocasionado con la lesión o incumplimiento. La indexación y los daños y perjuicios no son excluyentes.

La actualización de una suma debida, en nada obsta para el reclamo de los daños y perjuicios. Sin embargo, ciertamente dicho menoscabo puede ser de doble naturaleza, a saber, financiero o extrafinanciero.¹⁸ En el primer caso, los daños y perjuicios irrogados serán exclusivamente de orden dinerario (como la obligación principal), por lo que se verán traducidos en intereses que como ya se ha estudiado compensan al acreedor por su privación de los frutos civiles del capital, es decir, una compensación económica ante la imposibilidad de aprovechar el dinero o sacar un beneficio de éste, si lo prestase con ánimo de lucro.¹⁹

No obstante, puede acontecer que con independencia de los monetarios, el acreedor haya sufrido daños y perjuicios en sus bienes, derechos o intereses, distintos al mero costo financiero, son los daños y perjuicios colaterales pero directamente vinculados con el incumplimiento, que bien pueden ser de orden material o moral. Así tendríamos por ejemplo, la pérdida de un bien material (mueble, inmueble o corpóreo) a consecuencia del impago, o el sufrimiento infligido por el imposible acceso a aquella suma que le correspondía con ca-

rácter de esencial.²⁰ En otro orden, como vimos ya, la fecha a partir de la cual aplica la indexación y los intereses correspondientes según el artículo 123.1 del CPCA, es claro que debe indexarse desde la exigibilidad de la obligación hasta su efectivo pago. Asimismo, los intereses, admitiendo que son válidos conjuntamente con la indexación, corren a partir de la exigibilidad de la obligación, así lo dispone el artículo 706 del Código Civil.

Aunado a lo antes expuesto, puede agregarse que la indexación extraconvencional de las obligaciones dinerarias en mora, dispuesta en la vía judicial, cubre todo el período comprendido entre la exigibilidad de la obligación y su efectivo pago. Consecuentemente, opera en caso de retardo en el cumplimiento después de dictada sentencia firme, por lo que puede ser indexada la condena en suma de dinero en el período de la ejecución de sentencia, si no se cumple con ella en tiempo. Lo mismo ocurre si se trata de una condena en abstracto o de rubros liquidables en la ejecución de sentencia.

III. CONCLUSIÓN

En una economía como la costarricense, con problemas graves de inflación y devaluación monetaria, es evidente que el paso del tiempo acarrea un estado de injusticia hacia los acreedores para el cobro de sus créditos pecuniarios, pues deteriora su poder adquisitivo. Atendiendo a los efectos que produce la inflación, se encuentra que el acreedor se ve perjudicado en su patrimonio al recibir una cantidad de dinero que nominalmente es la prometida, pero que ya no posee el mismo valor de cambio (nominalismo), lo que deriva en la pérdida del poder adquisitivo de la moneda que el deudor debe dar y que el acreedor debe recibir, provocando un desequilibrio en la relación de valores.

Surge para tales efectos la denominada indexación, misma que la jurisprudencia nacional, particularmente la de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, la conceptúa como “*un mecanismo que tiene por fin, traer a valor presente una obligación dineraria, ergo, se trata de un dispositivo de ajuste económico, cuyo propósito es actualizar el valor de la obligación, al momento concreto en que sea exigida.*” (Ver resolución 001019-F-2006).

La indexación tiene por fin paliar los efectos de la arritmia funcional del subsistema económico, imponiendo parte de los efectos de la inflación al deudor, en vez de imponerlos en exclusiva al acreedor o a la víctima de la lesión que se exige cubrir en “metálico”, con lo que busca el equilibrio entre las contraprestaciones, de modo que el desvalor de la moneda, no recaiga tan solo en perjuicio de una parte.

18. GONZALEZ CAMACHO (Óscar), *El Nuevo Proceso Contencioso Administrativo*, San José, Costa Rica, Poder Judicial, 2006, p 468.

19. Cabe llamar la atención, y así lo hace la doctrina nacional, que si a través de la indexación se reconoce la pérdida del valor adquisitivo de la suma debida que fuera provocada por la inflación, no parece procedente el reconocimiento de intereses moratorios bajo la fórmula del interés legal (nominal), debido a que el interés legal contiene un porcentaje o componente que responde al proceso inflacionario, por lo que si se indexa y además se conceden intereses en los que va implícito un reconocimiento por la inflación, estaríamos ante un doble pago.

20. GONZALEZ CAMACHO (Óscar), *El Nuevo Proceso Contencioso Administrativo*, San José, Costa Rica, Poder Judicial, 2006, p 468.

IV. BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

- BUSTAMANTE ALSINA Jorge, Responsabilidad Civil y Otros Estudios, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1984.
- GENTILE (Ricardo J.) Los abusos en la indexación del mutuo financiero. Banca, Bolsa y Seguros. Revista de la Asociación de Derecho Bancario, San José, No. 9, setiembre-octubre, 1991, p. 12.
- GONZALEZ CAMACHO (Óscar), JIMÉNEZ MEZA (Manrique) y otros. El Nuevo Proceso Contencioso Administrativo, San José, Costa Rica, Poder Judicial, 2006.
- GURFINKEL DE WENDY (Lilian), Depreciación monetaria, Revaluación de deudas dinerarias, Ediciones de Palma Buenos Aires, segunda edición, 1977.
- JIMENEZ MEZA (Manrique). Derecho Público. Editorial Jurídica Continental. Primera edición, San José, Costa Rica, 2001, p104.
- MANAVELLA C. (Carlos). Indexación. Fundamentos éticos y jurídicos. Banca, Bolsa y Seguros. Revista de la Asociación Bancaria Costarricense, San José, No. 6, 1991.

Normativa

- CÓDIGO PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Ley Número 8508, de 28 de abril de 2006. Publicada en el Alcance No. 38 a La Gaceta No. 120 de 22 de junio de 2006.
- LEY SISTEMA DE ESTADÍSTICA NACIONAL. Ley No. 7839, de 15 de octubre de 1998. Publicada en el Alcance No. 77B a La Gaceta No. 214 de 4 de noviembre de 1998.
- LEY DE EXPROPIACIONES. Ley No. 7495, de 3 de mayo de 1995. Publicada en el Alcance No. 20 a La Gaceta No. 110 de 8 de junio de 1995.
- LEY DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA. Número 7494, de 2 de mayo de 1995. Publicada en el Alcance No. 20 a La Gaceta No.110 de 8 de junio de 1995.
- REGLAMENTO PARA EL REAJUSTE DE PRECIOS EN LOS CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA DE CONSTRUCCIÓN Y MANTENIMIENTO. Decreto Ejecutivo 33114 del 16 de marzo de 2006. Publicado en La Gaceta No. 94 de 17 de mayo de 2006.
- REGLAMENTO GENERAL DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA. Decreto Ejecutivo No.25038-H de 6 de marzo de 1996. Publicado en la Gaceta No. 62 de 28 de marzo de 1996.

Jurisprudencia

- SALA CONSITITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia No. 7261-94 de las ocho horas treinta minutos del 9 de diciembre de 1994.

- SALA CONSITITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia No. 998-98 de las once horas treinta minutos del 16 de febrero de 1998.
- SALA CONSITITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia No. 6432-98 de las diez horas treinta minutos del 4 de setiembre de 1998.
- SALA CONSITITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia No. 2001-04552 de las diez horas con cuarenta y un minutos del 25 de mayo de 2001.
- SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia No. 57 de las once horas del 24 de julio de 1989.
- SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia No. 75 de las dieciséis horas del 13 de mayo de 1992.
- SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia No. 161, de las dieciséis horas del 2 de diciembre de 1992.
- SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia No. 166 de las dieciséis horas veinte minutos del 18 de diciembre de 1992.
- SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia No. 49 de las quince horas del 19 de mayo de 1995.
- SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia No. 947 de las diez horas del 22 de diciembre del 2000.
- SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia No. 000313-F-2002 de las quince horas treinta minutos del 17 de abril de 2002.
- SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia No. 518 de las once horas del 28 de agosto del 2003.
- SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia No 1016-F-2004 de las nueve horas treinta minutos del 26 de noviembre del 2004.
- SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia No. 000519-F-2005 las dieciséis horas diez minutos del 20 de julio de 2005.
- SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia No. 000795-F-2005 de las dieciséis horas del 31 de octubre de 2005.
- SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia No. 001019-F-2006 de las dieciséis horas veinticinco minutos del 21 de diciembre de 2005.
- TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN II. Sentencia No. 006-2001 de las diez horas quince minutos del doce de enero de 2001.
- TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL DE SAN JOSÉ SECCIÓN PRIMERA. Sentencia No. 042 de las diez horas treinta minutos del veintiséis de enero de 2001.

LA REFORMA AL RÉGIMEN DE IMPUGNACIÓN DE LA SENTENCIA EN EL PROCESO PENAL: UNA DISCUSIÓN NECESARIA

Compilación de los argumentos esgrimidos en el Expediente Legislativo 17143

Lic. Jorge Méndez Zamora
Diputado

En la Gaceta número 194 del 8 de octubre 2008 se publicó el proyecto de ley presentado a la corriente legislativa bajo el expediente 17143, que pretende la creación del recurso de apelación de la sentencia y otras reformas al régimen de impugnación.

En efecto, el objetivo fundamental del proyecto es reformar el régimen de impugnación penal mediante la creación de un nuevo recurso de apelación de sentencia; además, reformando el recurso de casación y el procedimiento de revisión de audiencias.

Mediante esa enmienda temática se busca resolver una de las principales patologías en el sistema procesal penal costarricense considerando, entre otros aspectos, el pronunciamiento de la sentencia de 2 de julio de 2004 por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Herrera Ulloa contra Costa Rica) y la reacción del Estado costarricense ante esta condenatoria, primero con medidas estrictamente administrativas y jurisprudenciales y, posteriormente, mediante la Ley N.º 8503, de 28 de abril del 2006, Ley de Apertura de Casación Penal.

En el expediente legislativo, sustentado principalmente desde la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, se justifica cada una de las propuestas que buscan el mejoramiento del sistema procesal penal, de la siguiente manera:

I. REFORMA AL RÉGIMEN DE IMPUGNACIÓN PENAL (CREACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN DE SENTENCIA, REFORMAS DEL RECURSO DE CASACIÓN Y DEL PROCEDIMIENTO DE REVISIÓN EN MATERIA PENAL)

1. ANTECEDENTES¹

Desde la promulgación (1973) y vigencia (1975) del Código de Procedimientos Penales², Costa Rica optó por un sistema

procesal de rasgos acusatorios, enfatizando la oralidad, la publicidad y el contradictorio del juicio como aspectos esenciales de su diseño. Consecuencia necesaria de este cambio fue abandonar el recurso de apelación tradicional (propio de un sistema inquisitivo, escrito, semi-secreto y de contradictorio débil, donde además se aseguraba, por este medio, el reexamen pleno y de segundo grado de la sentencia pronunciada en una primera instancia) y ponía, en su lugar, en armonía con el nuevo sistema y sus principios, un recurso de casación, ordinario y pretendidamente amplio y accesible, que sirviera de control a los agravios producidos a las partes durante el proceso.

La competencia de la casación y la revisión penal en el marco de este Código fue otorgada y distribuida equitativamente entre dos distintas Salas de la Corte Suprema de Justicia, cada una integrada por tres magistrados, que se reunían en un solo tribunal, sumándoseles el Presidente de la Corte para atender los casos donde se alegara la existencia de jurisprudencia contradictoria en la interpretación de la ley, motivo de casación que estaba expresamente previsto.³

Pocos años después, una nueva reforma orgánica dejó en una Sala de la Corte toda la competencia de casación y revisión penal,⁴ con lo que por muchos años se tuvo un mecanismo procesal concentrado y único que resolvió el problema de la jurisprudencia contradictoria.

De cualquier manera, es un hecho que se perfiló un recurso de casación distinto al clásico (mero contralor de la legalidad del pronunciamiento) y desde un inicio se abrió la posibilidad, por su medio, de debatir aspectos relacionados con la apreciación correcta o incorrecta de la prueba y la consecuente determinación de los hechos, especialmente a través de los alegatos por violación a las reglas de la sana crítica y por falta de fundamentación de la sentencia. Estamos pues,

¹ Este documento tiene como fuentes bibliográficas: González Álvarez, Daniel; exposición de motivos de Ley de Apertura de la Casación Penal; La Gaceta N.º 88, de 9 de mayo de 2005; y Llobet Rodríguez, Javier; Informe a la Comisión Interamericana (versión preliminar), noviembre 2006; Arroyo Gutiérrez, J. M. Llobet Rodríguez, Javier, Informe a la Comisión Interamericana (versión definitiva), diciembre 2006.

² Asamblea Legislativa, Ley N.º 5377, de 19 de octubre de 1973; y Ley N.º 5663, de

19 de diciembre de 1974 (donde se dispone entrada en vigencia del Código de Procedimientos Penales a partir del 1.º de julio de 1975).

³ Asamblea Legislativa, Ley N.º 5711, de 27 de junio de 1975.

⁴ Asamblea Legislativa, Ley de Reorganización de la Corte Suprema de Justicia, N.º 6484, de 22 de mayo de 1980.

desde este momento, ante una ruptura con la casación tradicional.

Sin embargo, se incluyó en el diseño de este Código de Procedimientos Penales (1973) una característica que, a la postre, originó literalmente el *vía crucis* por el que hemos transitado en los últimos treinta y cinco años: no toda sentencia penal condenatoria podía ser examinada ante un tribunal superior, sino solo aquellas que impusieran penas de relativa gravedad (las superiores a seis meses de prisión). Lo anterior provocó, para el período 1980-1990, una serie de quejas contra el Estado de Costa Rica ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Estas quejas fueron finalmente archivadas⁵ cuando el Estado costarricense alegó que, de conformidad con la recientemente instaurada jurisdicción constitucional y su jurisprudencia, en Costa Rica se garantizaba el derecho al recurso, ante un superior, siempre y cuando la casación se aplicara de manera amplia, flexible y accesible, sin formalismos y asegurando una incidencia efectiva en la resolución de los casos.⁶

En efecto, la creación de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia y la respectiva promulgación de la Ley de la jurisdicción constitucional,⁷ abrió en nuestro país un nuevo capítulo en el itinerario de apertura del recurso de casación y de la acción de revisión penales. Dos fueron los aspectos más trascendentales relacionados con este hecho histórico: (a) se abrió la posibilidad, mediante el procedimiento de revisión ampliado, de reexaminar toda sentencia penal dictada por cualquier violación al debido proceso y derecho de defensa; lo anterior, en el contexto que seguía visualizando la casación como insuficiente, por formalista y cerrada;⁸ y (b) se originó una importante producción de jurisprudencia tanto en la Sala Constitucional como en la Sala Tercera (Penal), que terminó incidiendo en importantes reformas legales.

Punto importante de este proceso fue la creación del Tribunal de Casación Penal (1993),⁹ que tendría el número de secciones que fueran necesarias y se encargaría del reexamen de toda sentencia de esta materia donde estuviera en discusión la imposición de penas menores (hasta cinco años de prisión), quedándose la Sala Tercera con la competencia de los delitos con penalidades mayores (más de cinco años

de prisión). Asimismo, cada uno de estos tribunales conservó el conocimiento de las acciones de revisión contra sentencias firmes de conformidad con el mismo criterio de gravedad de las penas.¹⁰ Con esto volvió a presentarse la posibilidad de que exista jurisprudencia contradictoria, no solo entre las distintas secciones del Tribunal de Casación, sino entre éstas y la Sala Tercera. Está pendiente, como se verá, una solución a este importante problema procesal.

En el período 1990-1996, aparte de la universalización del recurso para toda sentencia penal y del mandato de desformalización apuntados, se consolidó una jurisprudencia constitucional de la Sala Penal de la Corte y del Tribunal de Casación, que había impuesto una serie de medidas que aseguraron la amplitud y flexibilidad del recurso de casación y del procedimiento de revisión, así:

- a) Se admitió la posibilidad de corregir ciertos defectos estrictamente formales para dar curso y conocer los alegatos (como, por ejemplo, la ausencia de firma de abogado);¹¹ o bien, se dejó de exigir la cita estricta de los artículos que fundamentaban el recurso y señalaban el vicio alegado, causa de innumerables inadmisibilidades en el pasado; asimismo se dejaron de rechazar recursos por la ausencia de ciertas ritualidades (como, por ejemplo, la que obligaba a distinguir si el motivo interpuesto lo era por la forma o por el fondo). Al abandonarse la utilización de estos criterios formalistas de distinción entre motivos (fondo y forma), en diversos asuntos se entró a resolver los alegatos y se permitió, que al acogerse un motivo por la forma se pronunciara directamente una sentencia absolutoria, y no la nulidad con reenvío, por estimarse innecesario.
- b) Se ampliaron las posibilidades de reclamar falta de fundamentación y violación de las reglas de la sana crítica, abriéndose el ámbito de control a través de esos motivos.
- c) Se llegó a permitir también que en los reclamos de casación penal se pudiera discutir el contenido de la prueba evacuada en el juicio oral y público, (por ejemplo, a través de la grabación fónica del juicio, admitiéndose también la posibilidad de demostrar lo realmente ocurrido por medio de prueba testimonial, cuando no se contara con estos recursos tecnológicos).
- d) Se eliminaron todas las limitaciones a recurrir, existentes en el Código de Procedimientos Penales, pese

5 Ver informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos N° 24-92, de 2 de octubre de 1992, que resolvió archivar las quejas presentadas en contra de Costa Rica por no garantizar el derecho a recurrir la sentencia del proceso.

6 Ver resoluciones N° 282-90, de 13 de marzo de 1990 (Hábeas Corques) y resolución N° 719-90 (Recurso de inconstitucionalidad; en este último se dijo expresamente: "El recurso de casación satisface los requerimientos de la Convención, en tanto no se regule, interprete o aplique con rigor formalista sino que permita con relativa sencillez, al tribunal de casación examinar la validez de la sentencia recurrida, en general, así como el respeto debido a los derechos fundamentales del imputado en especial los de defensa y al debido proceso." De igual manera, mediante resolución N° 10-90, de 12 de enero, se declaró inconstitucional el numeral 474 incisos 1) y 2) en cuanto limitaban la posibilidad de recurrir al imputado.

7 Asamblea Legislativa de Costa Rica, Ley N° 7135, publicada en La Gaceta N° 198, Alcance 34, de 19 de octubre de 1989.

8 Ver artículo 102 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional y modificación al artículo 490 del Código de Procedimientos Penales. Se instituye consulta preceptiva para que el órgano de casación consulte si un tema atañe al debido proceso y así lo pueda declarar el órgano constitucional.

9 Ley N° 7333, de 5 de mayo de 1993.

10 La Comisión Interamericana en resolución N° 26-86 (Caso N° 9328, Costa Rica), en sesión del 18 de abril de 1986 otorgó un plazo al Estado costarricense para que se adoptaran las medidas legislativas o de otro carácter que garantizaran el derecho a recurrir toda sentencia. En la sesión de mayo de 1990 la Comisión entró a deliberar sobre el incumplimiento de Costa Rica y si debía enviarse el asunto ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) optando por archivar las denuncias ante las razones argumentadas por el país.

11 Sala Constitucional, resolución N° 3321-93, de 15:33 horas, de 13 de julio de 1993. Se cuestionó que el formalismo de falta de autenticación en escrito de interposición del recurso fuera causal suficiente para decretar la inadmisibilidad, aunque el artículo 447 del Código de Procedimientos Penal así lo exigiera.

al principio de taxatividad subjetiva, no solo las atinentes al imputado, como quedó dicho, sino a todas las demás partes, comenzando por las que pesaban sobre el Ministerio Público,¹² el actor civil,¹³ el demandado civil y el querellante.¹⁴ Incluso se admitió la posibilidad de que quien no había sido parte del proceso pudiera recurrir en casación (caso del tercero depositario o propietario de buena fe que pudiera ser despojado en razón de ordenarse comiso de bienes sin dársele previa oportunidad de defensa en juicio).¹⁵

- e) En igual sentido se relativizó el principio de taxatividad objetiva, abriéndose la posibilidad de impugnar en casación resoluciones a las que tradicionalmente se les había vedado ese derecho, tal es el caso del querellante al que se le rechazaba su acción en virtud de defectos formales y luego se le denegaba la posibilidad, subsanando esos defectos, de interponer su querrela nuevamente.¹⁶ Con la promulgación (1996) y puesta en vigencia (1998) del Código Procesal Penal que nos rige¹⁷, se mantuvo, en lo esencial, las causales del recurso de casación y las del procedimiento de revisión, así como las competencias definidas anteriormente. Cambios que ya se habían dado por intervención de la jurisprudencia constitucional o interpretación de las sedes de casación, se fortalecieron y agregaron a novedades importantes, así:
- a) Se ampliaron las posibilidades de que otros sujetos no tradicionales participaran en el proceso penal, principalmente la víctima constituida o no en querellante.¹⁸
 - b) Se confirmó la poca importancia que tenía la distinción formal entre motivo del recurso por el fondo o por la forma, pudiendo este último dar lugar incluso al dictado de

una sentencia absolutoria y no simplemente a la anulación de la sentencia con reenvío.¹⁹

- c) Se estableció expresamente el deber de grabar los debates, pudiéndose fundar un reclamo en dicha grabación o en su defecto por medio de otras pruebas.²⁰ Así la jurisprudencia ha admitido que lo que el juez dice que declararon los testigos se puede combatir con la grabación magnetofónica o de video que se hiciera del debate.²¹
- d) Se previó, asimismo, la posibilidad de que el Tribunal que resuelve la casación reciba prueba para la demostración de un alegato por la forma²² y expresamente se autorizó una audiencia para la corrección de defectos formales del recurso.²³
- e) Finalmente, unido al recurso de casación penal, se mantuvo la causal de revisión por violación genérica al debido proceso o al derecho de defensa que ya había sido introducida en 1989 al Código de Procedimientos Penales de 1973.²⁴

2. LA SITUACIÓN ACTUAL

El momento actual está definido por dos acontecimientos relevantes: (a) el pronunciamiento de la sentencia de 2 de julio de 2004 por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (*Herrera Ulloa contra Costa Rica*), y (b) la reacción del Estado costarricense ante esta condenatoria, primero con medidas estrictamente administrativas y jurisprudenciales y posteriormente a través de la Ley de Apertura de la casación penal.²⁵

La citada sentencia de la Corte Interamericana entre sus principales señalamientos dijo:

- a) Que en el caso examinado, el Estado costarricense no había garantizado el **derecho a recurrir** la condenatoria penal, establecido en el artículo 8 inciso 2 h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Reconoció, no obstante, que existe un **margen de apreciación** en cada Estado para la regulación del recurso en contra de las sentencias penales y realizó una serie de consideraciones con respecto a la amplitud que debería tener dicho recurso.²⁶

12 Ver resolución N.º 1193-95, de 9:18 horas, de 3 de marzo de 1995, que declara inconstitucional el artículo 473, incisos 1, 2 y 3 del Código de Procedimientos Penales en cuanto limitaban las posibilidades de recurrir en casación del Ministerio Público.

13 Ver, entre otras, resolución N.º 5751-93, Sala Constitucional, a las 14:39 horas, de 9 de noviembre de 1993. Declaró inconstitucional los artículos 328 y 450 del Código de Procedimientos Penales en cuanto limitaban al actor civil recurrir en casación.

14 Ver resoluciones del Tribunal de Casación N.º 83-A-94, de 11:45 horas de 28 de abril de 1994 y 136-A-94, de las 11:45 horas, de 28 de junio de 1994. En ambas se desaplican directamente para casos concretos las limitaciones para recurrir del querellante.

15 Resoluciones N.º 138-F-91, de 9:30 horas de 12 de abril de 1991 y N.º 318-F-94 de 10:25 horas de 12 de agosto de 1994, ambas de la Sala Tercera. En ellas, pese al principio de taxatividad subjetiva, consignada en los numerales 447, 477 y 478 del Código de Procedimientos Penales, se hace prevalecer el derecho de acceso efectivo a la justicia.

16 Ver resolución de la Sala Constitucional N.º 1112-94, de las 9:12 horas de 25 de febrero de 1994. Previa consulta de la Sala Tercera, el Tribunal Constitucional dijo que aquella podía tener por obviado el texto del artículo 447 del Código de Procedimientos Penales que mandaba respetar esas formalidades.

17 Asamblea Legislativa, Ley N.º 7594, de 10 de abril de 1996, vigente a partir de 1 de enero de 1998.

18 Ver artículos 70 a 75 del Código Procesal Penal.

19 Artículo 450 del Código Procesal Penal.

20 Artículo 371 del Código Procesal Penal.

21 Resolución N.º 518-99, de 7-5-1999 de la Sala Tercera, resoluciones N.º 145-F-98, de 31-3-98; 176-F-98, de 16-3-98; 394-2001, de 25-5-2001; 655-2003, de 10-7-2003 del Tribunal de Casación.

22 Artículo 449 del Código Procesal Penal.

23 Artículo 15 del Código Procesal Penal.

24 Ver artículos 408 inciso g) del Código Procesal Penal de 1996, y anterior 490 del Código de Procedimientos Penales de 1973.

25 Asamblea Legislativa, Ley N.º 8503, publicada en La Gaceta N.º 108, de 6 de junio de 2006.

26 Expresamente dice la Corte Interamericana: "167. En el presente caso, los recursos de casación presentados contra la sentencia condenatoria de 12 de noviembre de 1999 no satisficieron el requisito de ser un recurso amplio de manera tal que

- b) Que el derecho a recurrir ante un juez *distinto y de superior grado* es una garantía primordial *durante el proceso* ordinario, antes de que la sentencia condenatoria *adquiera calidad de cosa juzgada*.²⁷
- c) Que no es suficiente la existencia formal del tribunal superior en grado que pueda reexaminar la sentencia, es preciso que *reúna las características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer del caso concreto*. Insiste en que el proceso penal es una unidad dividida en etapas y que una de ellas es la que cumple con la tramitación de los *recursos ordinarios*, todo lo cual debe ser interpretado y cumplido por los Estados de buena fe.²⁸
- d) Se trata de un recurso *ordinario eficaz*, accesible, sin restricciones, requisitos o complejidades que tornen ilusorio el derecho a recurrir y que produzca resultados y respuestas reales.²⁹
- e) No interesa el nombre que se le da al recurso, lo importante es que *garantice un examen integral de la decisión* recurrida.³⁰
- f) Por último, la Corte Interamericana dio al Estado costarricense un *plazo razonable* para adecuar el ordenamiento interno a la exigencia del artículo 8.2.h de la Convención Americana y advirtió que periódicamente pediría informes sobre los avances de cumplimiento.³¹

La Ley de Apertura de la casación penal.³²

Las características principales de esta Ley, en orden a los requerimientos impuestos por la Corte Interamericana, son:

- a) Desformaliza de manera definitiva el recurso de casación; tanto en cuanto a los requisitos de admisibilidad, como a los demás formalismos y rituales tradicionales de la casación. En la práctica, como efecto inmediato de esta legislación, se están rechazando por inadmisibilidad solo los recursos interpuestos extemporáneamente, o bien las impugnaciones dirigidas contra resoluciones que no tienen previsto el recurso (impugnabilidad objetiva), o bien interpuestas por quienes no tienen derecho (impugnabilidad subjetiva). Todo lo anterior sin olvidar las ampli-

tudes de criterio con que se siguen considerando cuáles resoluciones resulta por completo imposible de ser impugnadas, o bien la amplitud respecto de quienes pueden impugnar. También es una realidad que los defectos formales (como la oscuridad del texto que lo hace incomprensible), pueden ser objeto de una prevención para que el interesado corrija esos vicios y puedan entrarse a conocer los reclamos una vez corregidos y vueltos comprensibles.³³ Lo anterior ha llevado a que, en la sede de la Sala Tercera, se haya pasado de índices de inadmisibilidad del 35% (hacia el año 2000) a porcentajes del 6% (hacia el 2006).³⁴

- b) Prevé en forma expresa la posibilidad de que en casación se alegue quebranto al debido proceso o al derecho de defensa, con lo cual se da la más amplia cobertura a la posibilidad de reexaminar todo tipo de vicios o afectaciones a los derechos del sentenciado *dentro del proceso ordinario*, antes de que el fallo *adquiera calidad de cosa juzgada*.³⁵
- c) Se ordena un amplio examen y valoración de todo lo sucedido en el juicio a través de las actuaciones y registros de la audiencia con el objeto de establecer el fundamento que tienen los reclamos de las partes. Puede el Tribunal de Casación ordenar la repetición de prueba oral que no pueda apreciarse bien en los registros y queda autorizado para valorar directamente la prueba documental introducida al juicio.³⁶
- d) Con respecto a las posibilidades de recibir prueba en sede de casación, se autoriza, ahora expresamente, la constitución de prueba para demostrar cómo fue llevado a cabo un acto del juicio;³⁷ permite también la posibilidad de introducir prueba a favor del acusado, incluso sobre la determinación de los hechos, en los mismos casos en que se autoriza para la revisión;³⁸ de igual manera se admite la prueba frente a un hecho desconocido con anterioridad o hechos nuevos;³⁹ y el tribunal queda autorizado hasta para introducir prueba de oficio cuando lo estime pertinente y útil para la resolución del caso.⁴⁰
- e) La suma de todos estos aspectos asegura que en el sistema procesal penal costarricense se ha llegado a una formulación del recurso de casación que de manera cabal cumple con las exigencias de los artículos 8.2.h de la Convención Americana y el numeral 14.5. del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de

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

27 Ver apartados 157 y 158 de la sentencia de 2 de julio de 2004.

28 *Ibidem*, apartados 159 y 160.

29 *Ibidem*, apartados 161 y 164.

30 *Ibidem*, apartado 165.

31 Ver puntos 5, 12 y 13 de parte dispositiva de la sentencia.

32 Asamblea Legislativa, Ley N° 8503, Ley de apertura de casación penal, publicada en La Gaceta N° 108 de 6 de junio de 2006. Con esta Ley Costa Rica dio cumplimiento a lo ordenado por la Corte Interamericana en la sentencia de 2 de julio de 2004. Con ella se reformó los artículos 15, 369, 410, 411, 414, 447 y 449, adicionó los artículos 449 bis y 451 bis del Código Procesal Penal. Además reformó los artículos 62, 93 y adicionó el artículo 93 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

33 Ver artículo 447 en relación con el 15, ambos del Código Procesal Penal.

34 Ver Departamento de Planificación, Sección de Estadística, Lic. Gustavo Chen; Oficio N° 056-EST-2006.

35 Esto sea dicho sin desmerecer nuestro punto de vista en el sentido de que, en la práctica, y dada la apertura de la revisión que se maneja en el país, no existe realmente la cosa juzgada material. Ver introducción de inciso j) en el artículo 369 del Código Procesal Penal.

36 Ver artículo 449 bis del Código Procesal Penal.

37 Artículo 449, primer párrafo.

38 Artículo 449, segundo párrafo.

39 Artículo 449, tercer párrafo.

40 Artículo 449, cuarto párrafo.

las Naciones Unidas. Se asegura la posibilidad de controlar el juicio realizado por el a *quo* mediante un mecanismo (recurso) ordinario y eficaz, accesible y amplio que de manera integral pueda reexaminar la decisión tomada.

- f) Contempla también una desformalización del procedimiento de revisión.⁴¹
- g) Establece la posibilidad de que se presenten solicitudes de revisión cuando el recurso de casación haya sido rechazado con base en los criterios de admisibilidad que regían antes de la ley.⁴²

3. PRINCIPALES PATOLOGÍAS EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL COSTARRICENSE

La apertura del procedimiento de revisión, con sus antecedentes en la Ley de la Jurisdicción Constitucional y la reforma al antiguo Código de Procedimientos Penales y, por último, concretada en el inciso g) del numeral 408 del Código Procesal Penal vigente, ha originado una clara disfunción en nuestro sistema procesal penal. Las razones que llevaron en 1989 a esta apertura ya no existen.

Es claro que la evolución de la casación penal ha sido de tal magnitud que hoy podemos asegurar que contamos con el recurso que, de manera integral, pueda reexaminar la sentencia penal, según las exigencias constitucionales y del Derecho Internacional. Por el contrario, mantener una revisión totalmente abierta, por violación al debido proceso, ha provocado que los asuntos prácticamente nunca lleguen a término (no existe la cosa juzgada material), provocando de paso la saturación de las sedes de casación. Tómese nota de que la Ley de Apertura del 2006 ha introducido la causal genérica (por violación al debido proceso) como parte de los motivos a alegarse en casación, por lo que ha desaparecido la necesidad de mantener abierto el procedimiento de revisión (de suyo extraordinario). Recuérdese que la insistencia de la Corte Interamericana en sus fallos se dirige a asegurar la existencia de un **recurso ordinario**, accesible, ante un tribunal superior, para reexaminar de manera integral la sentencia condenatoria penal. Un replanteamiento del régimen de impugnación penal que conserve la posibilidad, en sede de casación, de protestar por la eventual violación al debido proceso y derecho de defensa, subsanaría las limitaciones históricas que tuvo la casación para garantizar el derecho al recurso, sin necesidad de tener una revisión tan abierta como lo está ahora.

La creación en 1993 del Tribunal de Casación Penal ha causado la segunda disfunción importante dentro del sistema que nos rige. Llevamos más de una década sin un mecanismo procesal que resuelva el problema de los fallos o precedentes contradictorios, tanto respecto de las distintas secciones del Tribunal de Casación entre sí, como entre estas y la Sala Tercera de la Corte, lo anterior para no mencionar los fa-

llos contradictorios que pueden generarse en el seno mismo de la Sala por las deficiencias en el control ante el excesivo trabajo, como por la variedad de integraciones que pueden producirse entre magistrados titulares y suplentes. Se ha ocasionado un verdadero problema de inseguridad y desigualdad jurídica frente a la ciudadanía que, dependiendo de cuál sea la integración de la sede de casación, así será el resultado de su asunto, en temas casi siempre de gran trascendencia, tanto de Derecho procesal como sustantivo.

La tercera asimetría relevante consiste en que, con la Ley de Apertura de la casación penal, si bien se encontró una solución provisional al excesivo trabajo de la Sala Tercera, lo cierto es que se rompió el esquema de distribución de la competencia basado en un criterio técnico, según la gravedad de las penas legalmente previstas en los diversos tipos penales. Al trasladarse al tribunal de casación la competencia de los delitos contra la libertad sexual y los de violación a la Ley de Sustancias Prohibidas, esta instancia puede conocer de asuntos con penas superiores a cinco años de prisión, con lo que se ha introducido una variable que modifica el sistema anterior, diseñado con criterios técnicos de conformidad con los montos de pena a imponer.

El último tema que merece ser apuntado consiste en que, también como consecuencia de la sentencia de la Corte Interamericana y de la respuesta estatal con la Ley de Apertura, la Sala Tercera se ha visto obligada a delegar la mayoría de los asuntos reentrados en casación, o bien ingresados por revisión, en la sala o salas suplentes, con lo que se agrava el problema de los fallos y precedentes contradictorios y, lo que es aún más grave, se está generando mayor inseguridad y trato diferenciado según se imponen criterios diversos a los pronunciados por la Sala titular. Pese a que la Ley de Apertura ha venido a solventar algunos de los problemas que estaban planteados, se requiere de una reforma más a fondo que reordene de manera integral el sistema de impugnación penal y, particularmente, el recurso de casación y el procedimiento de revisión. Devolverle la potestad de decidir los puntos más trascendentales y polémicos, en última instancia, al tribunal de mayor rango en materia penal (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia), es cuestión primordial que urge recuperar en orden a la estabilidad del sistema y la igualdad de respuesta a todos los ciudadanos.

4. ELEMENTOS PARA UNA REFORMA

Si el sistema procesal penal en Costa Rica padece graves disfunciones como la desaparición, en la práctica, de la cosa juzgada; la proliferación de fallos y precedentes contradictorios; la necesidad de mejorar los criterios técnicos para distribuir la competencia entre las distintas sedes; y la incertidumbre respecto de las decisiones de última instancia, por la necesidad que tienen los titulares de estarse inhibiendo en la estructura actual de la casación y revisión penal, es imperiosa la necesidad de una reforma profunda en esta materia, que abarque los aspectos de seguido enumerados.

Se traslada la competencia para el reexamen integral de las sentencias, en *todos los delitos*, a los actuales tribuna-

41 Artículo 411 en relación con el 408, inciso g), del Código Procesal Penal.

42 Transitorio I de la Ley de Apertura de la Casación Penal N° 8503, de 28 de abril de 2006.

les de casación, creándose el número de estos que se requiera y denominándolos **tribunales de apelación de sentencia**.

Es necesario que la garantía del derecho al recurso contra la sentencia penal, obligado por la normativa internacional, se haga realidad a través de estos tribunales y por medio de una apelación específica, diferente a la apelación que existe en ciertos supuestos para resoluciones de las fases preparatoria e intermedia y que seguirán conociendo los tribunales de juicio, tal y como han venido funcionando hasta ahora con la apelación en medidas cautelares y sobreseimientos dictados en estas etapas del proceso.

Se diseña, en consecuencia, un recurso de apelación contra la sentencia del **a quo**. Será un mecanismo de control sobre el juicio (debate) y la decisión de esa sede (sentencia). En este sentido, se trata de un **juicio sobre el juicio** y no de un nuevo juicio. Téngase presente que la realización *in totum* de un nuevo juicio deja sin resolver la necesidad de un control en alza de la resolución que así se produzca, relegando *ad infinitum* la posibilidad de crear tribunales que revisen lo resuelto. Así concebido, este mecanismo de control no es otro que el recurso que se ha ido conformando de acuerdo con la evolución de la casación ampliada en Costa Rica, de manera armónica con los principios del modelo procesal acusatorio y de carácter informal, amplio, accesible y efectivo.

Esto significa que el **Tribunal de apelación de sentencia** deberá hacer, cuando fuere necesario, bajo los criterios de pertinencia, utilidad y razonabilidad, un examen de la prueba producida en juicio; un control de logicidad conforme la sana crítica del establecimiento fáctico y jurídico del fallo; podrá recibir también directamente de nuevo a un testigo o perito cuando el alcance de sus deposiciones no fueren claras, completas o precisas en los registros; reexaminará la versión del acusado cuando sea de interés para la solución del caso; aceptará o traerá oficiosamente la prueba tendiente a demostrar una actuación supuestamente viciada del **a quo**; aceptará como nueva la prueba ofrecida en su oportunidad pero arbitrariamente rechazada, la que aparezca como novedosa con posterioridad a la sentencia y aquella que, aunque existiendo previamente, no estuvo en posibilidades de ser ofrecida o no estuvo al alcance del interesado.

Todo lo anterior contará con el auxilio de los sistemas más avanzados de documentación por medio de la grabación fónica o la de video grabación, lo cual facilitará el control de lo ocurrido en el juicio ante el **a quo**, evitándose repeticiones innecesarias.

La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia se queda con la función de uniformar los precedentes contradictorios, ejercer el control sobre violaciones al debido proceso y derecho de defensa de las partes intervinientes y conocer de todas las acciones de revisión incoadas.⁴³ Los motivos autorizados en esta sede deben tener rígidos criterios de ad-

misibilidad y procedibilidad. En este punto lo que conviene es evitar que la casación/revisión se convierta en una tercera instancia.

Se diseña también, un mecanismo procesal para calificar, de manera amplia y accesible, los presupuestos en que podrá alegarse existencia de precedente contradictorio. Si a raíz de una reinterpretación normativa en esta materia, algún sentenciado penal considera que está siendo agraviado por violación al principio de igualdad, o le afecte de cualquier otra manera el fallo sobre precedente contradictorio, queda abierta la posibilidad de reivindicar su interés por medio de un procedimiento revisorio de su sentencia. La labor de unificación de fallos contradictorios se hará por medio de las resoluciones que pronuncie la Sala titular de Casación Penal cuando dirima los casos respectivos. Estas resoluciones tendrán carácter vinculante a futuro para todos los tribunales penales del país, incluidas las salas integradas por suplentes en esta materia.

Como estamos ante un sistema garantizador del **derecho al recurso**, que de manera integral reexamina la sentencia penal ante un superior y que tiene además naturaleza ordinaria, se vuelve a la revisión "clásica", eliminándose la causal por violación genérica al debido proceso del actual inciso g) del artículo 408 del Código Procesal Penal. A cargo de la revisión estará la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Se amplían las causales de la revisión solo para incluir con toda claridad la introducción de prueba ilegítima al proceso o bien la posibilidad de revisar la sentencia cuando, al definirse una cuestión de precedente contradictorio por la sede de Casación (Sala Tercera) algún sentenciado se sienta discriminado por trato desigual o de cualquier otra manera considere estar siendo perjudicado.

La eliminación del actual inciso g) del artículo 408 del Código Procesal obliga a la reforma del numeral 102 de la Ley de Jurisdicción Constitucional, por las mismas razones que se han dado para ejercer los controles de las decisiones judiciales penales sin necesidad de tener una revisión abierta en virtud de la violación genérica al debido proceso.

5. REFORMA DEL NUMERAL 102 DE LA LEY DE JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

Por Ley N° 8503, publicada en La Gaceta N° 108, de 6 de junio de 2006 (Ley de Apertura de la Casación Penal), se reformaron una serie de normas procedimentales que vinieron a consolidar la transformación que, en los últimos años, se ha producido en el país en relación con la estructura y funciones de la casación penal.

Así, la apertura del recurso de casación ha logrado adaptarse a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, y, en tal sentido, ha permitido la eliminación de las limitaciones al derecho a recurrir la sentencia condenatoria penal. Es un hecho consolidado desde hace años la eliminación de requisitos para recurrir en razón del monto de la pena impuesta y, ahora, la amplitud abarca la posibilidad expresa de reformar los hechos probados de la sentencia y la flexibili-

⁴³ También conservaría otras tareas jurisdiccionales menos frecuentes como el juzgamiento de miembros de los Supremos Poderes, según el esquema actual, o conformaría tribunal de Corte Plena. Por supuesto tendría todas las tareas de gobierno y administración que la Constitución y la ley le confieran.

dad en la interpretación de los requisitos de admisibilidad del recurso, circunscribiéndose la inadmisibilidad a los casos de interposición extemporánea, al supuesto de impugnabilidad objetiva (qué resoluciones no tienen recurso), a la impugnabilidad subjetiva (qué personas no están legitimadas a recurrir) y al supuesto de ininteligibilidad del recurso, en cuyo caso procede la prevención para que sean aclarados alegatos y pretensiones (solo en caso de que no se cumpla con esa advertencia se declara inadmisibile el recurso). Con todo esto, se ha operado una verdadera “desformalización” del recurso de casación penal en nuestro medio, tal como la Sala Constitucional lo había venido indicando, y tal como lo señaló también la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

De esta forma los tribunales de casación han ampliado en términos efectivos la admisibilidad del recurso de casación, flexibilizando las reglas sobre su interposición y ampliando la capacidad de análisis de los reclamos que les son sometidos, con el objeto de brindar una tutela judicial efectiva.

Uno de los logros esenciales de la reforma promovida con la citada Ley de Apertura fue la adición del inciso j) al artículo 369 del Código Procesal Penal, cuyo texto dice: **“Artículo 369.- Vicios de la sentencia. Los defectos de la sentencia que justifican la casación serán: [...] j. Cuando la sentencia no haya sido dictada mediante el debido proceso o con oportunidad de defensa.”**

Esta norma incorporó legalmente al recurso de casación la posibilidad de reclamar la violación al debido proceso como causal impugnativa, cuestión que, en la práctica, los tribunales de casación ya habían venido aplicando de manera reiterada pero que ahora se garantiza normativamente.

Antes de esta reforma, la causal en mención estaba destinada únicamente al procedimiento revisorio, pero con la promulgación de la ley se viene a permitir que las partes (especialmente la persona condenada), no deban esperar a que la sentencia adquiera firmeza para invocar este supuesto en defensa de sus derechos constitucionales, sino que existiendo la violación, pueda reclamarla como parte de su derecho a la impugnación de la sentencia, que no tiene aún autoridad de cosa juzgada. Precisamente en la sentencia del caso *Herrera Ulloa versus Costa Rica*, uno de los extremos del fallo llama la atención sobre la necesidad de que esta garantía se asegure de manera ordinaria, antes de que quede firme la sentencia penal condenatoria, dentro del ordenamiento jurídico vigente.

Por lo tanto, con la inclusión de la causal de violación al debido proceso como motivo de casación, se superan una serie de inconvenientes que se plantean con dicha causal para la revisión de la sentencia.

El procedimiento de revisión es un medio impugnativo **de carácter extraordinario**, que permite a la persona condenada solicitar, en cualquier momento, la anulación o modificación de la sentencia penal condenatoria y firme, de manera que este procedimiento debe ser entendido como **una excepción al principio de la autoridad de la cosa juzgada**,

fundada en la necesidad de evitar el grave daño que produciría a las personas un error judicial que no fuera reparado o corregido por esta.

El primer inconveniente que surge con la causal de violación al debido proceso como motivo para la revisión tiene que ver precisamente con la naturaleza misma de este medio impugnativo, el cual está diseñado para remediar los daños surgidos por un error judicial del cual se tiene conocimiento luego de que la sentencia adquiere autoridad de cosa juzgada material. Esto es fácilmente apreciable al analizar los motivos para la interposición del proceso, los que se refieren a situaciones que han surgido luego de adquirir firmeza la sentencia, como por ejemplo cuando los hechos tenidos como fundamento de la condena resulten inconciliables con los establecidos por otra sentencia penal firme; cuando la sentencia se haya fundado en prueba falsa; si la sentencia condenatoria ha sido pronunciada a consecuencia de prevaricato, cohecho, violencia o cualquier otro delito o maquinación fraudulenta cuya existencia se hubiera declarado en fallo posterior firme, salvo que se trate de alguno de los casos previstos en el inciso siguiente; cuando se demuestre que la sentencia es ilegítima como consecuencia directa de una grave infracción a sus deberes cometida por un juez, aunque sea imposible proceder por una circunstancia sobreviviente; cuando después de la condena sobrevengan o se descubran nuevos hechos o nuevos elementos de prueba que solos o unidos a los ya examinados en el proceso, evidencien que el hecho no existió, que el condenado no lo cometió o que el hecho cometido encuadra en una norma más favorable, y cuando una ley posterior declare que no es punible el hecho que antes se consideraba como tal o cuando la ley que sirvió de base a la condenatoria haya sido declarada inconstitucional.

Es claro que la violación al debido proceso es una situación de la cual las partes tienen conocimiento con el dictado de la sentencia, pues es una circunstancia que surge durante la tramitación del proceso, por lo que debe ser reclamada a través del remedio procesal constituido para tales efectos, que es precisamente el recurso de casación.

En Costa Rica, la existencia de la causal de revisión por violación al debido proceso ha provocado una verdadera perversión de este instituto jurídico y ha traído consecuencias operativas inmanejables. Hoy día la cosa juzgada material es prácticamente inexistente en materia penal. Se usa y abusa de la acción de revisión por violación al debido proceso, de manera que en la mayoría de los expedientes se intentan diversas acciones, dosificadas y por los más variados motivos. Hay litigantes que promueven la constante y reiterada interposición de estas acciones, sin mayores posibilidades reales de prosperar, pero manteniendo en las personas condenadas la expectativa de que en algún momento, una circunstancia procesal extraordinaria las hará salir de la cárcel antes de lo previsto. Esto atenta no solo contra el principio de seguridad jurídica sino contra los derechos mismos de las personas condenadas que viven pendientes de una posibilidad que es totalmente improbable. De paso, el Tribunal y la Sala de Casación

se ven saturadas de expedientes y con serios problemas para atender adecuadamente la demanda de justicia con los recursos disponibles.

Un segundo aspecto tiene que ver con las razones históricas por las cuales se incluyó la causal de violación al debido proceso como motivo para la revisión y la necesidad de establecer una consulta preceptiva de constitucionalidad cuando se invocara dicho motivo.

Con la creación de la Sala Constitucional en 1989 (mediante Ley N.º 7128, de 18 de agosto de 1989) y de la emisión de la Ley de la Jurisdicción Constitucional (Ley N.º 7135, de 11 de octubre de 1989), se reformó el procedimiento de revisión en el Código de Procedimientos Penales de 1973, introduciéndose una nueva causal de revisión, esto por la indicada violación al debido proceso. La razón invocada para dicha reforma era hacer posible que la jurisprudencia que fuera a dictar la Sala Constitucional pudiera incidir en el desarrollo de los principios que sustentan el debido proceso. Una de las consideraciones era que, con la creación de la Sala, se lograría una lectura constitucional del proceso penal, que no necesariamente coincidiría con la que hasta ese entonces se había venido sosteniendo. Para lograr lo anterior se estableció en la Ley de la jurisdicción constitucional que, al dársele trámite a un procedimiento de revisión en que se reclamara violación al debido proceso o al derecho de defensa, fuese necesario realizar una consulta preceptiva ante la Sala Constitucional para que determinara si lo alegado tenía relación con dichos principios. La causal de revisión por violación al debido proceso se mantuvo en el Código Procesal Penal de 1996.

Durante los diecinueve años transcurridos a partir de la introducción del motivo de revisión indicado, la Sala Constitucional ha dictado una extensa jurisprudencia en la que ha desarrollado y precisado los alcances del debido proceso. A manera de ejemplo puede consultarse en particular la resolución N.º 1739-92 de la Sala Constitucional. Todo lo anterior ha llevado a que dicha Sala, a partir de la sentencia N.º 2001-09384, de las 14:46 horas, de 19 de setiembre de 2001, haya reconocido que dado el desarrollo jurisprudencial en esta materia, ya se han definido con claridad los alcances del debido proceso y sus derivados, por lo que en principio ya no es necesario realizar la consulta preceptiva. Dijo en dicho voto:

“[...] I.- Sobre el fondo: La jurisprudencia constitucional ha reconocido a la Constitución Política su carácter normativo supremo (principio de supremacía) del cual se derivan una serie de consecuencias entre las que están, el deber de remoción de todo obstáculo para su plena efectividad. Para eso se han creado mecanismos procesales conducentes a hacer valer y respetar los principios y valores en ella contenidos, entre ellos, el hábeas corpus y el amparo, contra actos, y la inconstitucionalidad y consulta judicial, como vías para la anulación de normas de rango inferior que contradigan la normativa constitucional y sus principios. Naturalmente que el

principio de supremacía, implica una eficacia directa, es decir, vinculante sin necesidad de intermediación de ninguna otra norma. De ahí deriva precisamente, la capacidad de toda autoridad, para poder aplicar, desarrollar y proteger los derechos fundamentales contenidos en la Constitución Política. De no ser así toda argumentación acerca de la máxima jerarquía de la Constitución, no pasaría de ser una declaración de buena voluntad, incapaz, por sí misma de traducirse efectivamente. II.- En la sentencia número 01185-95 de esta Sala, se analizó si a propósito de la supremacía de la Constitución, todo juez, como autoridad que es, puede actuar en defensa de la Constitución Política, incluyendo la potestad de anular aquellas normas o actos que rocen o choquen contra el orden constitucional, o si esa materia, está reservada únicamente a esta Sala por disposición expresa del artículo 10 de la Constitución. En esa ocasión, por mayoría de votos, se determinó que nuestro sistema constitucional es concentrado y especializado y que por lo tanto la declaratoria de inconstitucionalidad le corresponde exclusivamente a esta Sala, por disposición expresa del artículo 10 de referencia. No obstante, se hace una importante salvedad, en el sentido de que, lo anterior, no implica dejar al juez en la tesitura de aplicar normas que estime inconstitucionales porque eso sería “un pecado de lesa Constitución”, en la medida que está sujeto a la Constitución y a la Ley, en ese orden. En ese sentido, en atención a lo que dispone el artículo 8.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es de concluir que, cuando existen precedentes o jurisprudencia constitucional para resolver un caso, el juez está obligado a interpretar y aplicar -de buena fe-, las normas o actos propios del asunto, conforme con tales precedentes o jurisprudencia, incluso si para hacerlo ha de des-aplicar leyes u otras normas que resulten incompatibles con ellos -aunque no hayan sido formalmente declarados inconstitucionales-, siempre y cuando, claro está, se trate de situaciones, bajo conocimiento del Juez, idénticas o análogas (analogía legis o analogía juris) a la que resulta por el precedente o la jurisprudencia constitucional. Esto es así, además por virtud de que el artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional establece que “La jurisprudencia y los precedentes de la jurisdicción constitucional son vinculantes erga omnes”, dado que ofrecen la forma en que los actos sujetos al derecho público y la normativa en general, pueden entenderse conforme con el Derecho de la Constitución (ver sentencia número 01185-95). III.- La sentencia citada, claramente reconoce que si existen precedentes o jurisprudencia que en el caso bajo examen -en los términos expuestos- resulten aplicables por ser análogos o idénticos, el juez debe aplicarlos al caso concreto por su fuerza vinculante u obligatoria. Obviamente que si no se da ese supuesto, es decir, que no existan o no sean aplicables, la duda de constitucionalidad que le surja, puede evacuarse por medio de la consulta de constituciona-

lidad regulada en los artículos 102 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. IV.- La sentencia a que se ha hecho referencia previamente, se dictó con ocasión de una consulta judicial facultativa de constitucionalidad, pero las razones son aplicables, frente a las consultas preceptivas a que se refiere el párrafo segundo del artículo 102 citado, máxime que para esos casos, según se determinó en la sentencia 01739-92, la Sala únicamente está facultada para determinar los alcances del principio constitucional del debido proceso y su derivado, el derecho de defensa, sin calificar, ni valorar las circunstancias del caso concreto, aspecto que corresponde dilucidarlo a la autoridad consultante. En esa sentencia se hace un desarrollo completo del debido proceso y sus alcances, y los criterios en ella vertidos han sido confirmados por muchos otros fallos desde entonces. En ese sentido puede decirse, que la Sala ha cumplido a cabalidad con el contenido del artículo 102 de la citada Ley, al haber formulado en una sentencia marco, los alcances del debido proceso, definiendo el contenido, condiciones y alcances de los principios o derechos que lo integran. Por otra parte, el legislador ha sido claro en facultar a la Sala, en el artículo 7 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional para decidir sobre su propia competencia, de tal forma que al tener la competencia de las competencias, y haberla ejercido, para el tema en cuestión, a través de una sentencia marco, ya ha cumplido su función y definido los alcances del debido proceso, en armonía con lo dispuesto en el artículo 102 de la citada ley. Si bien es cierto, conforme lo reconoce la propia sentencia, lo dicho en ella no pretende agotar el tema, constituye un cuerpo básico de doctrina, de manera tal que se estima innecesario que sobre los temas ya definidos en esta, sea necesario volverse a pronunciar, especialmente, si en ellos, no se juzgan hechos o normas, sino únicamente se señalan, como se indicó, si los motivos en que se sustentan las revisiones por supuestas violaciones al debido proceso, forman o no parte de este. Se trata pues de juicios en abstracto, de temas que por las características propias de la consulta preceptiva, son repetitivos y fáciles de aplicar a una multiplicidad de casos en las mismas condiciones. V.- A la fecha existen más de diez años de desarrollo jurisprudencial en esta materia, que repiten una y otra vez, los temas ya definidos con claridad en la sentencia que desarrolla los alcances generales del debido proceso y sus derivados, de tal forma que -estima esta Sala- se han creado las condiciones necesarias para que, en aplicación del sentido y lógica de las sentencias 01185-95 y 01739-92 ya citadas, los jueces competentes, puedan aplicar esa jurisprudencia vinculante en los términos expuestos-, a los juicios que con motivo de recursos de revisión por violación al debido proceso, sean sometidos a su conocimiento. VI.- En estos casos, la Sala constitu-

cional no está delegando ninguna competencia o renunciando a ella, sino por el contrario, definiendo y ejerciendo su competencia en los términos de los artículos 7 y 102 de la citada ley, que para el caso de las consultas preceptivas, pretendió, por sus características propias, emitir juicios en abstracto, sin posibilidad de analizar en ellos hechos, o juicios de constitucionalidad de normas. En ese sentido, dado que ya existe una sentencia marco que define el contenido, alcances y principios del debido proceso, un amplio desarrollo jurisprudencial que los ha confirmado durante diez años de ejercicio de la jurisdicción constitucional, se estima que las condiciones permiten que el juez común aplique esos precedentes directamente, y sólo remita la consulta a que se refiere la ley, en los temas sobre los que no exista jurisprudencia previa, o se trate de temas distintos al debido proceso. VII.- Resulta absolutamente lógico que si en la sentencia 01185-95 se reconoce a los jueces la potestad incluso de desaplicar normas en casos concretos, en aplicación de precedentes o jurisprudencia constitucional, con mayor razón deba hacerlo frente a juicios abstractos previamente desarrollados. VIII.- Por otra parte, el principio de justicia pronta y cumplida exige que no deban atrasarse innecesariamente las causas y la práctica de la última década ha demostrado que, aún para obtener pronunciamiento sobre temas ya desarrollados amplia y repetidamente en la jurisprudencia de la materia, cientos de juicios al año, con reo preso, deben esperar meses, a que esta Sala emita sentencia sobre temas ya definidos, para luego ser remitidos nuevamente a la instancia competente. En esas condiciones resulta absolutamente inútil y hasta lesivo de los derechos de los sentenciados, recibir consultas preceptivas sobre temas ya desarrollados previamente en la jurisprudencia de esta Sala, y que resulten en los términos expuestos, directamente aplicables al caso, por los jueces en su función también, de guardianes naturales de la Constitución. IX.- En consecuencia, razones de lógica y justicia obligan a interpretar el párrafo segundo del artículo 102 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, en el sentido de que el juez competente, no está obligado a formular la consulta preceptiva a que se refiere la norma citada en su segundo párrafo, en los casos en que exista jurisprudencia idéntica o análoga vinculante, aplicable al caso sometido a su conocimiento, debiendo hacerlo únicamente frente a temas nuevos o disímiles, o en los casos en que se trate de temas ajenos al debido proceso, siempre en los términos señalados en la ley. Estimar lo contrario, como consecuencia de una interpretación mecanicista o simplista de la norma, implica -entre otros-, el desconocimiento de una justicia pronta, cumplida y sin denegación, que es precisamente la razón de ser de la administración de justicia. [...]”.

En razón de ello se considera conveniente eliminar el segundo párrafo del artículo 102 de la Ley de la jurisdicción constitucional, para suprimir la consulta judicial preceptiva en los casos del procedimiento de revisión. Se mantendría la consulta judicial cuando el juzgador tenga dudas fundadas sobre la constitucionalidad de una norma o acto que deba aplicar, o de un acto, conducta u omisión que deba juzgar en un caso sometido a su conocimiento.

Un tercer inconveniente que ha provocado la causal de violación del debido proceso como motivo para la revisión, alude a la falta de seguridad jurídica que ha surgido como consecuencia de la práctica de las personas sentenciadas, de formular reiterada y consecutivamente procesos de revisión sobre una misma causa, alegando en cada oportunidad diversas razones, todas ellas vinculadas con la violación al debido proceso, lo cual provoca que el expediente penal se mantenga activo, pese a que la sentencia se encuentra firme.

Pero, además de la inseguridad jurídica, al debilitarse el principio de cosa juzgada material, por el constante uso de procedimientos de revisión en contra de la sentencia firme, surge otro problema que tiene que ver con la fricción que se opera entre los principios de imparcialidad y objetividad con el principio de justicia pronta y cumplida.

La práctica de formular reiterada y consecutivamente procesos de revisión ha generado, en el caso de la Sala Tercera de Casación Penal, que los magistrados que han conocido las causas penales deban nuevamente intervenir en el proceso, en razón de haberse agotado la posibilidad de nombrar magistrados suplentes en el mismo proceso, por cuanto todos ellos también han conocido de la causa.

Por ello se ha debido hacer una construcción que permita superar la fricción entre tales principios y se ha sostenido que: "La garantía de imparcialidad y objetividad constituye una verdadera manifestación de la independencia del juzgador en el caso concreto, y como tal debe ser tenida en cuenta en beneficio de todas las partes, especialmente respecto aquella con la que se relaciona la inhibitoria.

Asimismo, las diversas causales de inhibitoria o recusación no deben considerarse como un obstáculo al ejercicio normal de las funciones judiciales, sino que, por el contrario, se revelan como una garantía establecida en favor de los intervinientes del proceso para que, con carácter preventivo, se propicie la imparcialidad del funcionario, y con la de él, la del órgano competente que integra.

A pesar de ello, el artículo 29 de la Ley orgánica del Poder Judicial establece una excepción a esta garantía, la cual opera precisamente en aquellas situaciones en las que todos los magistrados, titulares y suplentes, estén cobijados por la misma causal de inhibitoria, pues en tales casos -y éste es uno de ellos- la normativa no sólo obliga sino que exige a los titulares integrarse nuevamente para el conocimiento del expediente. Con esta norma se privilegia entonces la obligación constitucional que atañe al Poder Judicial de resolver, en forma pronta y cumplida, los conflictos que le son sometidos a su conocimiento, pues de no existir la posibilidad de reintegrar a los magistrados cuando esta particular situación surge, se estaría entonces ante una situación de total anomia, por la imposibilidad material de conformar la Sala para el conocimiento y resolución de determinadas causas".

Sin embargo, y pese a estas consideraciones, es evidente que estamos frente a una situación extrema donde la práctica actual en la revisión penal ha provocado una lesión al principio de imparcialidad y objetividad que sería superada al excluir esta causal de violación al debido proceso dentro de las acciones revisorias en esta materia.

Independientemente de la evolución que tenga en Costa Rica el régimen de impugnación penal es importante advertir, en síntesis, que la existencia del inciso j) del numeral 369 del Código Procesal Penal y el contenido y alcance que se ha dado al recurso de casación en general, son garantía de cumplimiento con los compromisos internacionales, independientemente de la nomenclatura que se dé a este instituto procesal.⁴⁴

En razón de tales circunstancias, y con fundamento en lo establecido por el artículo 114 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, según el cual dicha Ley solo podrá ser modificada por otra destinada expresamente a complementar o modificar su texto, se incluye la reforma al artículo 102 de la Ley de Jurisdicción Constitucional.

⁴⁴ Esta nota se incluye en razón de la propuesta para una reforma integral del régimen de impugnación penal en Costa Rica como iniciativa independiente, pero conjunta, a la que aquí se hace. En ella se crea el recurso de apelación de sentencia con el mismo contenido que actualmente tiene el recurso de casación.

LOS PRINCIPIOS PROCESALES LABORALES EN LA REFORMA AL CÓDIGO DE TRABAJO

Msc. Alfonso Chacón Mata

Abogado especializado en Derecho Laboral y Derechos Humanos.

I. INTRODUCCIÓN

En estas líneas hemos considerado la conveniencia de referirnos más detalladamente sobre los principios laborales y como son éstos visualizados en el marco procesal gestado con la iniciativa de reforma al Código de Trabajo vigente (CTV), consistente en adicionar normativa de índole procesal que venga a fortalecer el procedimiento ordinario laboral, como mecanismo jurídico que posibilita, por consiguiente, observar y aplicar dichos principios.

El Código de Trabajo Propuesto (CTP) cuyo texto se encuentra en la corriente legislativa bajo el expediente legislativo N° 5990 ("Ley de Reforma Procesal Laboral") de la Comisión Ordinaria Permanente de Asuntos Jurídicos, viene a plantear una serie de paradigmas para el derecho laboral costarricense y, en ese sentido nos interesa destacar la connotación y caracterización de los principios o basamentos procesales que se pretenden introducir. Así que sin más preámbulos pasemos a detallar los alcances y dimensionamiento de los principios procesales laborales, no sin antes realizar una breve ambientación doctrinal que nos permita adentrarnos con familiaridad al tema que nos ocupa.

II. LOS PRINCIPIOS SUSTANTIVOS Y PROCESALES DEL DERECHO LABORAL

Los diferentes cambios que se proponen en materia laboral, en el marco de una reforma procesal laboral, se presentan como un reto jurídico de primer orden. En este contexto vamos a referirnos en lo atinente a los denominados principios procesales, y cómo son visualizados en esta propuesta de cambio. Antes de entrar en este acometido, conviene dilucidar de manera introductoria si los principios de la disciplina laboral son diferentes a los demás principios generales del Derecho. Al respecto, el profesor español Tomás Sala Franco, nos dice que su principal diferencia reside en su naturaleza jurídica, "...entendida como alcance de su imperatividad, constituyendo ésta la principal peculiaridad del Derecho del Trabajo frente a otros sectores del ordenamiento jurídico"¹.

Además, inicialmente conviene distinguir entre los denominados principios sustantivos y los principios procesales². Sobre los primeros, empezamos diciendo con un autor como Plá Rodríguez, que tales principios del Derecho Laboral serían los siguientes: 1) el protector; 2) el de irrenunciabilidad; 3) el de la continuidad; 4) el de primacía de la realidad; 5) el de la razonabilidad; 6) el de buena fe³.

Ahora bien, haciendo alusión a los *principios procesales* comenzamos tomando la opinión de Pasco Cosmópolis, para quien existen básicamente tres principios del derecho procesal del trabajo: el de veracidad; el protector y el de criterio de conciencia y equidad en el fallo⁴. Siguiendo con este breve recorrido doctrinal, para un autor como Chicas Hernández son principios procesales laborales los siguientes: i) Principio Protector ii) Principio de Economía Procesal iii) Principio de Concentración iv) Principio de Impulso Procesal v) Principio de Oralidad y vi) Principio de Sencillez⁵.

En el ámbito nacional tenemos que la Magistrada Julia Varela nos enuncia cuatro principios procesales en materia de derecho del trabajo: i) Principio de Inmediación; ii) Principio

BRE, (Lourdes) "*Los Principios del Derecho del Trabajo*", Centro de Estudios Financieros, Madrid, 1999, pág. 129. Sin embargo, en la misma obra colectiva citada, otro autor habla de que entre ambos principios no se reputa ninguna incompatibilidad con la aplicación indistinta de ambos, "Antes al contrario, la consideración del Derecho del Trabajo como derecho especial, presupone la inserción del mismo en el tronco común del sistema jurídico a través de múltiples y vitales conexiones. Estos nexos de unión tan diversos y de distinta naturaleza. Entre ellos figuran los principios generales del Derecho común, que, en cuanto tales, pueden extender sus mandamientos al ámbito del Derecho del Trabajo", *Ibid.*, pág. 59.

2 Sobre este particular, para un autor como CASCANTE CASTILLO, "los principios procesales laborales tienen una finalidad inmediata y también finalidades trascendentes. La primera consiste en determinar las facultades, poderes y obligaciones de los Tribunales de Trabajo o de los Juicios Laborales; así como de las partes (patrono y trabajador generalmente) dentro del proceso laboral. Como finalidades trascendentes se puede señalar que pretenden democratizar el acceso a los Tribunales de Trabajo, especialmente de los trabajadores (...) De esa manera, igualmente, se procura mantener un sistema equitativo de justicia social; pues se facilita la mayor vigencia real del Derecho Laboral" CASCANTE CASTILLO, (Germán Eduardo) "*Manual Práctico de Legislación Laboral*", San José, Investigaciones Jurídicas S.A., primera edición, marzo 2003, pág. 165.

3 PASCO COSMÓPOLIS, (Mario) "*Los Principios del Derecho Procesal del Trabajo*" pág. 3 en *Encuentro Iberoamericano de Justicia del Trabajo*, 24-25 de junio de 1999, San José, Costa Rica.

4 *Ibid.*

5 CHICAS HERNÁNDEZ, (Raúl Antonio) "*Tratado de Derecho Laboral*", Universidad de San Marcos, Editorial Universitaria, Lima-Perú, 1992, pág. 9.

1 SALA FRANCO, (Tomás) en DE LA VILLA GIL, (Luis Enrique) y LÓPEZ CUM-

de Oficiosidad y Celeridad; iii) Principio de Gratuidad y iv) Principio de Oralidad⁶.

III. LOS DOS TIPOS DE PRINCIPIOS LABORALES DESCRITOS EN LA INICIATIVA

Entrando en materia, tenemos que la norma del artículo 422 del Código de Trabajo Propuesto (en adelante CTP), establece la distinción entre *principios procesales generales* y los *principios procesales básicos*. Entre los primeros tenemos al de i) exclusividad y obligatoriedad de la función jurisdiccional ii) independencia de los órganos jurisdiccionales⁷ iii) contradicción; iv) publicidad⁸; v) obligatoriedad de los procedimientos legales; vi) motivación de resoluciones judiciales; vii) preclusión. Los segundos principios obedecen a principios muy propios o connaturales al proceso laboral, y que se les ha denominado básicos: i) la conciliación; ii) oralidad; iii) sencillez e informalismo; iv) la oficiosidad relativa; v) celeridad; vi) concentración; vii) intermediación; viii) búsqueda de la verdad real; ix) libertad probatoria y x) gratuidad o costo mínimo.

IV. LOS PRINCIPIOS PROCESALES GENERALES DEL DERECHO PROCESAL LABORAL

Inicialmente diremos que este tipo de principios están más ligados con la garantía del “debido proceso” como ratio última. En nuestra jurisdicción, desde la promulgación del Voto N° 15-90⁹ de la Sala Constitucional en los albores del funciona-

miento de esta instancia, se ha dado una evolución vertiginosa en la jurisprudencia constitucional que tutela el *debido proceso*, describiéndose los alcances y efectos jurídicos concretos. Este debido proceso, tanto en sede judicial como administrativa, es uno de los principales principios del procedimiento y sin lugar a dudas el mejor protegido por el tribunal constitucional. Para otro sector de la doctrina el debido proceso legal “es un principio de orden procesal o procedimental que garantiza, a base de numerosos postulados concretos, que las posiciones jurídicas protegidas del administrado no podrán afectarse sin la existencia y el desarrollo de un proceso administrativo justo que le permita una adecuada oportunidad de defensa (...), y logrando que en definitiva se garantice no sólo el respeto de los derechos fundamentales del afectado sino el acierto en la decisión administrativa”¹⁰.

Se ha distinguido entre Debido Proceso y Debido Procedimiento, siendo que el primero obedece a la aplicación procesal contenciosa del principio de legalidad mientras que el segundo es la adaptación del postulado de legalidad en los trámites administrativos que no se desarrollan en el marco del proceso judicial (o administrativo, según sea el caso): “Las garantías del debido proceso, a más de cumplir con el principio de legalidad –como aparece obvio–, buscan preservar el derecho de defensa de los asociados. En los trámites en los cuales no está de por medio el derecho de defensa y los demás que encierra el concepto, no se habla ya de debido proceso sino de debido procedimiento”¹¹. Entendemos, entonces, que el debido proceso es una fase mucho más conglobadora e integral, que propugna el desarrollo y vigencia de todas las garantías propias mientras que el debido procedimiento atañe a factores netamente de rigurosidad y formalidades legales.

6 VARELA ARAYA, (Julia). “Manual de Procedimientos Laborales”, Corte Suprema de Justicia. Escuela Judicial, 1995, pág. 39. El exmagistrado Ricardo Zeledón Zeledón aduce que el proceso debe humanizarse de manera que garantice un acceso real de los ciudadanos a la justicia pronta y cumplida, por lo que debe ser desprovisto de formalidades innecesarias. El autor desglosa los citados principios de la siguiente manera: Principio de Contradictorio; Principio de Inmediatez; Principio de Oralidad; Principio de Concentración; Principio de Impulso Procesal; Principio de Ordenación; Principio de Respeto a la Iniciativa Privada de la Demanda. Véase del autor “¡Salvemnos la Justicia! (Humanización y oralidad para el siglo XXI). San José, Editorial Guayacán, 1998, pág. 18.

7 Se ha dicho que los principios rectores del poder de administrar justicia son: la potestad exclusiva del Estado en esta materia; la imparcialidad y la independencia, básica en el proceso de jurisdicción ordinaria. SÁENZ ELIZONDO, (María Antonieta) “De los Conceptos de Jurisdicción y Competencia” pág. 64, Universidad de Costa Rica-Facultad de Derecho-Colegio de Abogados Revista de Ciencias Jurídicas No. 68, San José Costa Rica, enero/abril 1991.

8 El debate se realiza ante público, no en forma interesada, de manera que pueda asistir cualquier interesado. Artículos 331 y 332 Código Procesal Civil.

9 En la sentencia N° 15-90 de las 16:45 horas de 5 de enero de 1990, los Señores Magistrados caracterizaron el asunto de la forma siguiente: “... el derecho de defensa garantizado por el artículo 39 de la Constitución Política y por consiguiente el principio del debido proceso, contenido en el artículo 41 de nuestra Carta Fundamental, o como suele llamarse en doctrina, principio de ‘bilateralidad de la audiencia’ del ‘debido proceso legal’ o ‘principio de contradicción’ (...) se ha sintetizado así: a) Notificación al interesado del carácter y fines del procedimiento; b) derecho de ser oído, y oportunidad del interesado para presentar los argumentos y producir las pruebas que entienda pertinentes; c) oportunidad para el administrado de preparar su alegación, lo que incluye necesariamente el acceso a la información y a los antecedentes administrativos, vinculados con la cuestión de que se trate; ch) derecho del administrado de hacerse representar y asesorar por abogados, técnicos y otras personas calificadas; d) notificación adecuada de la decisión que dicta la administración y de los motivos en que ella se funde y e) derecho del interesado de recurrir la decisión dictada.”... el derecho de defensa resguardado en el artículo 39 *ibidem*, no sólo rige para los procedimientos jurisdiccionales, sino también para cualquier procedimiento administrativo llevado a cabo por la administración pública; y que necesariamente debe dársele al accio-

nante si a bien lo tiene, el derecho de ser asistido por un abogado, con el fin de que ejercite su defensa...”. Tenemos que decir que a través de la resolución 1739-92 desarrolla una consulta preceptiva realizada por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia y desglosa este derecho en los siguientes principios: El principio de amplitud de la prueba; el principio de la legitimidad e intermediación de la prueba; el principio de la identidad física del juzgador; la publicidad de la prueba; la impulsión procesal de oficio y el principio de valoración razonable de la prueba. SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, San José, Voto N° 1739-92, de las once horas cuarenta y cinco minutos del primero de julio de mil novecientos noventa y dos. Ver punto G) del Considerando X de la citada sentencia. La Sala Constitucional señaló en otra sentencia sumamente característica del debido proceso, dictada cinco años después de la resolución N° 15-90, los diferentes elementos del derecho al debido proceso legal, aplicables a cualquier procedimiento sancionatorio o que pueda tener por resultado la pérdida de derechos subjetivos. En este caso, la Administración debe, en atención al derecho de defensa del administrado, realizar las siguientes acciones: a) Hacer traslado de cargos al afectado, lo cual implica comunicar en forma individualizada, concreta y oportuna los hechos que se imputan; b) Permitirle el acceso irrestricto al expediente administrativo; c) Concederle un plazo razonable para la preparación de su defensa; d) Concederle la audiencia y permitirle aportar toda prueba que considere oportuna para respaldar su defensa; e) Fundamentar las resoluciones que pongan fin al procedimiento; f) Reconocer su derecho a recurrir contra la resolución sancionatoria. SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, San José, Voto N° 5469-95 de las dieciocho horas con tres minutos del cuatro de octubre de mil novecientos noventa y cinco.

10 BOLAÑOS GONZÁLEZ, (Jimmy) “Derecho Disciplinario de la Función Pública”, San José, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., primera edición, abril 2000, págs. 22-23.

11 OSSA ARBELÁEZ, (Jaime) “Derecho Administrativo Sancionador: Hacia una teoría general y una aproximación para su autonomía”, Legis Editores S.A., Colombia, primera edición 2000, pág. 277.

Debemos de decir que los numerales 39 y 41 de nuestra Carta Magna, recogen este postulado básico y dicen literalmente lo siguiente: “Artículo 39. A nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de su culpabilidad”. El artículo 41 Constitucional establece que: “Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerse justicia pronta, cumplida y en estricta conformidad con las leyes”. Dichos artículos hacen mención al principio de contradictorio; debemos de manifestar que este principio se deriva de la necesidad de que nadie puede ser condenado si previamente no se le ha concedido el derecho a una efectiva defensa. Al respecto, en el orden de nuestra doctrina nacional, un autor como Omar White Ward manifiesta, sobre este principio, lo siguiente:

“También conocido como el principio de bilateralidad; este principio está en el artículo 39 de la Constitución y forma parte básica del sistema procesal penal basado en la oralidad. Su aplicación exige que toda prueba que se presente o se reproduzca o se produzca durante el procedimiento debe ser conocida por las partes, a las cuales se les debe dar la oportunidad de controvertirlas”¹².

Continúa el autor acotando que el principio de contradicción no es exclusivo de los sistemas orales o mixtos, ni es exclusivo del proceso penal, también es aplicable al proceso civil. Se aplica, por ejemplo, en las pruebas confesionales y en las testimoniales, ya que para éstas se señalan audiencias¹³.

Por su parte, el Dr. Diego Baudrit Carrillo dice que el alcance del contradictorio en Costa Rica se manifiesta en dos vertientes: a) los derechos y obligaciones que tienen las partes, las cuales “...se concretan a presentar sus argumentaciones y documentos de tal manera que puedan ser conocidas últimamente por la parte contraria” y b) por constituirse el juez en la autoridad del contradictorio, lo que implica que antes de que este funcionario, que imparte justicia, tome su decisión, debe haber sido instruido por el debate de las partes, por lo que dicho debate debe realizarse en absolutas condiciones de igualdad¹⁴.

A grandes rasgos, procedemos a realizar una reseña pormenorizada de los principios de la siguiente manera: en el caso de los principios generales queremos resaltar el de **contradicción o bilateralidad de la audiencia de controversia, que en nuestro país deriva del artículo 39 constitucional y su importancia es esencial para que exista proceso, pues**

permite defender los intereses y ver las pruebas en el marco de un proceso¹⁵. Igualmente el de **preclusión, entendido como que todo proceso se desarrolla en etapas que se siguen las unas a las otras en forma sucesiva, de manera que no es posible retomar una etapa ya concluida. Esta regla la tenemos en los artículos 435 o el 476 del Código de Trabajo vigente (CTV), que rechaza la prueba que no fuera ofrecida por las partes en la oportunidad que indica la ley.**

A manera de corolario, entendemos que los principios generales invocados en la reforma procesal laboral, están más orientados hacia la salvaguarda procesal y fáctica del debido proceso, debido a que estamos hablando de aspectos tales como juez natural y garantía de jurisdicción competente; la publicidad y contradicción del proceso etc. Nuestra Sala Constitucional se ha encargado de delinear los aspectos que componen el debido proceso, lo cuales se encuentren mucho más articulados con los principios supraindicados.

V. LOS PRINCIPIOS PROCESALES BÁSICOS DEL DERECHO PROCESAL LABORAL

Como aspecto preliminar, diremos que se cambia la connotación de principio procesal específico a principio procesal básico, según se consignaba en el proyecto original de la Comisión Redactora¹⁶. Estimamos más propicio el cambio, debido a que no estamos hablando de principios específicos a la materia laboral, sin más bien de orden básico, asimilables al común de las jurisdicciones que intenten conformar un proceso elemental.

Dejando atrás la anterior digresión, tenemos que en torno a este tipo de principios que nos ocupan –los básicos–, las leyes procesales del trabajo en parte han establecido directamente algunos principios especiales, y éstos se inferen de la misma estructura de ese procedimiento. Si bien el procedimiento tiene gran similitud con el proceso común, deben destacarse rasgos particulares, o sea, aquellos a los cuales se suele denominar principios estructurales del procedimiento laboral. Al denominarse como *principios procesales básicos*, el legislador se está refiriendo a la especificidad que prevalece en el marco laboral, cuyos principios rectores tienden, como lo hemos visto anteriormente¹⁷, a privilegiar al trabajador como punto de referencia más frágil dentro de las relaciones de trabajo y, por ende, las regulaciones son más laxas enfatizando en mecanismos que no limiten ejercer la justicia procesal.

Por tanto, si hablamos de principios procesales básicos dentro del procedimiento laboral, debemos hacer una distinción entre aquellos que atañen *subjétivamente* a la condición del trabajador –como p.e. la gratuidad o sencillez/informalismo del proceso); y aquellos propios o inherentes al proceso, los cuales trascienden *objetivamente* aspectos medulares –p.e. conciliación, concentración, inmediatez–, debido a que

12 WHITE WARD, (Omar). “Teoría General del Proceso: Temas Introductorios para Auxiliares Judiciales”, Poder Judicial, Escuela Judicial, San José, Costa Rica, 2000, pág. 148.

13 *Ibid.*

14 AUDRIT CARRILLO, (Diego) “El Principio del Contradictorio (o La Igualdad de las Partes en el Proceso Civil)” en *Revista Judicial de la Corte Suprema de Justicia*, N.º 12, junio 1979, pág. 49.

15 En el actual proceso laboral, este principio se encuentra asentado en los numerales 234, 317, 461, 543, 544, 566, 567 del CTV.

16 Véase *Proyecto de Reforma Procesal Laboral*, Corte Suprema de Justicia, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y Organización Internacional del Trabajo, San José, Costa Rica, 2005.

17 Véase supra punto II de este artículo.

tienen su razón de ser y observancia plena en el ámbito jurisdiccional del ordinario.

Una vez realizada esta distinción y siguiendo con el comentario a los principios procesales básicos que informan el derecho laboral, tenemos que uno de estos principios estructurales consiste en la *oralidad* que significa, estrictamente, que solo lo alegado verbalmente puede formar la base de la decisión. Este principio de oralidad se complementa con el de *inmediación* que consiste en que el propio juez, por lo menos en principio, debe oír a las partes y recibir la prueba.

Otro principio procesal laboral es el de *concentración* que se entiende como la tendencia inherente al proceso de trabajo y auspiciada por la ley, “*a reunir en actividades procesales unitarias numerosas y variados actos procesales, que se suceden los unos a los otros en el seno de un acto complejo de continuidad y sin plazos ni términos de tiempo que los separen*”¹⁸.

Por otra parte, el proceso laboral se rige por el *principio dispositivo en donde cada parte interesada en aclarar los hechos que le son favorables aporta lo suyo, sin olvidar que el juez tiene un impulso de oficio del procedimiento. Este principio se encuentra contenido en los artículos 27 y 43 de nuestra Carta Magna y consiste en que toda persona, al ser titular de sus derechos patrimoniales, puede disponer de ellos ejerciendo o no el derecho de accionar. Sin embargo, este principio puede cambiar según se trate de materia civil o penal, pues en el primer supuesto el titular de los derechos es quien tiene el poder de iniciar el proceso, mientras que en sede penal depende de la acción, privada o pública.*

Diremos además que el principio de gratuidad del procedimiento queda manifiesto en el nuevo articulado como principio procesal básico. Sobre este postulado diremos que el artículo 426 CTP es claro en manifestar que “Además de las exenciones acordadas en el artículo 10 de este Código, en el proceso regulado en este Título no se exigirán depósitos de dinero, ni cauciones de ninguna clase, y las publicaciones que deban hacerse en el periódico oficial serán gratuitas”. El actual Código de Trabajo recoge este principio de gratuidad en la exención de impuestos, timbres (art. 10 CT); en que no se necesita dinero para recusar (art. 436); la no necesidad de presentar copias (art. 444); no se necesita fianza o garantía para solicitar el arraigo o embargo preventivo (art. 455); no es necesario el afianzamiento en costas (art. 494).

Como una de las características más importantes del proceso laboral tenemos la de su tendencia hacia la *celeridad*¹⁹ visualizado en el marco de un dispositivo eficaz de justicia pronta y cumplida.

VI. EL INFORMALISMO COMO APLICACIÓN PROCESAL EN ESTA REFORMA

El juez y demás personas de la instancia judicial que participan en esta materia tienen una actividad protagónica en el sentido de encausar el debate hacia la verdad real, que implica darle preponderancia a la consecución de dicho objetivo, sobre las formas como tales. En ese sentido, existen jurisdicciones que son más formalistas como la contencioso administrativa, aunque el procedimiento previo en sede administrativa sea netamente informal. A manera de ejemplo, desde la gestación de la misma Ley General de la Administración Pública sus redactores dejaron ver muy claramente que el procedimiento administrativo iba a tener una tendencia hacia el “informalismo”. En este sentido, se adujo que este informalismo “(...) lleva también a la eliminación de toda formalidad innecesaria en la presentación de las peticiones a los administrados, tanto en su forma como en su contenido, mientras se cumpla con los requisitos mínimos necesarios, e inclusive autorizando la fácil corrección de los defectos subsanables (artículos 285, 286 y siguientes), y hasta el cambio o sustitución de la petición en el curso del procedimiento, siempre que se funde en la misma causa, entendiéndose por tal el derecho o interés y los hechos invocados (artículo 290 vigente); esto último por la obvia necesidad de evitar que el informalismo se utilice indebidamente para burlar los plazos de caducidad”²⁰.

Al respecto, el artículo 427 de la reforma procesal propuesta reza lo siguiente: “*Se consideran contrarias al sistema de administración de justicia laboral la utilización por parte de los juzgadores de formalidades exageradas, abusivas e innecesarias. Como tales formalidades, se tendrán el decreto excesivo de nulidades, la falta de aplicación del principio de saneamiento y conservación del proceso cuando ello fuere procedente, la disposición reiterada de prevenciones que debieron haberse hecho en una sola resolución, el otorgamiento de traslados no previstos en la Ley, darle preeminencia a las normas procesales sobre las de fondo o aplicar inconducentemente formalidades y en general cualquier práctica procesal abusiva*”. Con la finalidad de adecuar el proceso laboral hacia un fin ético, tenemos que el artículo 428 CTP dispone que las partes en general, comprendidas como sus apoderados o apoderadas, representantes, aboga-

18 KROTOSCHIN, (Ernesto) “*Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*” (“Derecho Procesal del Trabajo, acápite 73), Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1987, pág. 668.

19 Véase el desarrollo que realiza de este principio el jurista, MONTOYA MELGAR, (Alfredo) “*El Principio de Celeridad en los procesos laborales*” pág 3-9 *Ponencia de España en el Encuentro Iberoamericano de Justicia del Trabajo*, San José, Costa Rica, 24 y 25 de junio de 1999.

20 Expediente Legislativo A23E5452, folios 50 al 52, citado por QUIRÓS CORONADO, (Roberto) “*Ley General de la Administración Pública, Concordada y Anotada con el debate Legislativo y la Jurisprudencia Constitucional*”, Editorial Aslex S.A., San José, Costa Rica, 1996, págs. 366-367. Cfr: Para MADRIGAL JIMÉNEZ y ROJAS, “*A partir del artículo 223 de la Ley General se pueden citar múltiples ejemplos de la existencia de un procedimiento informal, el artículo 220 de la Ley General establece el principio de innecesidad del patrocinio letrado; así, la administración parte del principio que la parte se presenta sin mayores conocimientos de derecho, si no es aquellos que la lógica y la inteligencia media le pueda otorgar. No requiere por tanto este procedimiento autenticación alguna, ni mucho menos la entrega personal del petente para tener por válida la firma; debe aceptar como válida cualquier firma presenta por extraño sin necesidad de autenticación*”, MADRIGAL JIMÉNEZ (Ricardo) y ROJAS, (José Pablo) “*Los Principios del Procedimiento Administrativo en la Jurisprudencia Nacional*”, Tesis de Licenciatura para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1995, pág. 293.

dos o abogadas, los auxiliares de la justicia y los terceros que tuvieren algún contacto con el proceso; “...deberán ajustar su conducta a la buena fe, a la dignidad de la justicia y al respeto debido a los juzgadores y a los otros litigantes y demás participantes”²¹

En todo caso, el objetivo cardinal del procedimiento y la aplicación de los principios en general, queda manifiesto en la siguiente norma del CTP:

“Al interpretarse las disposiciones de este título, deberá tenerse en cuenta que su finalidad última es permitir ordenadamente la aplicación de las normas sustanciales y los principios que las informan, incluidas la justicia y la equidad, cuando resulten aplicables. Las personas encargadas de los órganos de esta materia, dirigirán el proceso en forma protagónica, impulsándolo oportunamente, buscando la verdad real dentro de los límites establecidos, dándole a esta primacía sobre las expresiones formales, tutelando la indisponibilidad de los derechos y aplicando en forma adecuada las reglas “pro operario” (in dubio pro operario, norma más favorable y condición más beneficiosa); de modo que en la solución de los conflictos se cumpla con los principios de justicia social y la desigualdad de la parte trabajadora no se exprese en el resultado del proceso”²²

Sobre el principio de economía procesal constituido como eje del informalismo, tenemos su expresión máxima en el artículo 425 CTP²³. En el actual Código, este principio se plasma a manera de ejemplo en lo previsto en el artículo 425 en torno a interponer el principio de incompetencia para retrasar el juicio por parte de un litigante; en los procesos colectivos, en la conciliación no se admiten recursos o recusaciones, excepciones dilatorias o incidentes (art. 513 CT) y que todo el proceso debe durar diez días o menos (art. 523 CT).

VII. CONSIDERACIONES FINALES

Como reflexión última, tenemos que la reforma propuesta trata de ordenar el andamiaje procesal del ordinario laboral y en ese sentido ha considerado propio hablar de los principios procesales generales y básicos, en aras de ordenar el debate. Los principios de índole general están más encaminados a

reflejar garantías básicas e irrenunciables que tienen su raigambre en el debido proceso, cuya vigencia es transversal a todos los diferentes procesos y materias que conforman el derecho vigente.

En el caso de los principios procesales básicos, si bien es cierto que en el pasado se ha aplicado la supletoriedad de la legislación procesal civil como mecanismo resolutorio de antinomias, se hace conveniente adoptar en estos momentos principios que respondan más hacia una orientación protectora del trabajador —a manera de ejemplo el informalismo que se propone en contrapartida con el excesivo formalismo que pende en la legislación civil— y que denotan un tratamiento más acorde con el espíritu jus laboralista. Además, como bien lo expusimos en su oportunidad al referirnos a tales principios, los mismos se refieren a actos procesales que son vitales para el conocimiento de las determinadas causas.

A grandes rasgos con la reforma que se pretende introducir se augura contar con un proceso laboral más reglado en principios y postulados propios del campo de referencia, y eso es sumamente valioso de cara a una justicia más humanizada e identificada con el Derecho del Trabajo.

VIII. BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

a) Libros y revistas

- BAUDRIT CARRILLO, (Diego) “El Principio del Contradictorio (o La igualdad de las Partes en el Proceso Civil)” en *Revista Judicial de la Corte Suprema de Justicia*, N° 12, junio 1979.
- BOLAÑOS GONZÁLEZ, (Jimmy) “*Derecho Disciplinario de la Función Pública*”, San José, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., primera edición, abril 2000.
- CASCANTE CASTILLO, (Germán Eduardo) “*Manual Práctico de Legislación Laboral*”, San José, Investigaciones Jurídicas S.A., primera edición, marzo 2003.
- CHICAS HERNÁNDEZ, (Raúl Antonio) “*Tratado de Derecho Laboral*”, Universidad de San Marcos, Editorial Universitaria, Lima-Perú, 1992.
- DE LA VILLA GIL, (Luis Enrique) y LÓPEZ CUMBRE, (Lourdes) “*Los Principios del Derecho del Trabajo*”, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 1999.
- KROTOSCHIN, (Ernesto) “*Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*” (“Derecho Procesal del Trabajo, acápite 73”), Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1987.
- MADRIGAL JIMÉNEZ (Ricardo) y ROJAS, (José Pablo) “*Los Principios del Procedimiento Administrativo en la Jurisprudencia Nacional*”, Tesis de Licenciatura para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1995.
- MONTOYA MELGAR, (Alfredo) “El Principio de Celeridad en los procesos laborales” pág 3-9 *Ponencia de España en el Encuentro Iberoamericano de Justicia del Trabajo*, San José, Costa Rica, 24 y 25 de junio de 1999.
- OSSA ARBELÁEZ, (Jaime) “*Derecho Administrativo Sancionador: Hacia una teoría general y una aproximación*

21 Prosigue diciéndo el artículo de marras que “Se consideran actos contrarios a la lealtad y cometidos en fraude procesal, las demandas, incidencias o excepciones abusivas o reiterativas, el ofrecimiento de pruebas falsas, innecesarias o inconducentes al objeto del debate, el abuso de las medidas precautorias y de cualquier mecanismo procesal, la colusión, el incumplimiento de órdenes dispuestas en el proceso, el empleo de cualquier táctica dilatoria y no cooperar con el sistema de administración de justicia en la evacuación de las pruebas necesarias para la averiguación de los hechos debatidos”.

22 . *Asamblea Legislativa de Costa Rica, Expediente No 15990 “Proyecto de Ley: Ley de Reforma Procesal Laboral”, Comisión de Asuntos Jurídicos, Departamento de Servicios Parlamentarios 2008, art. 423.*

23 . El articulado invocado reza literalmente lo siguiente: “El proceso es de iniciativa de la parte y una vez promovido los órganos de la jurisdicción deberán dictar, de oficio, con amplias facultades, todas las medidas dirigidas a su avance y finalización, sin necesidad de gestión de las partes”.

- para su autonomía”, Legis Editores S.A., Colombia, primera edición 2000.
- PASCO COSMÓPOLIS, (Mario) “Los Principios del Derecho Procesal del Trabajo” pág. 3 en Encuentro Iberoamericano de Justicia del Trabajo, 24-25 de junio de 1999, San José, Costa Rica.
- Proyecto de Reforma Procesal Laboral, Corte Suprema de Justicia, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y Organización Internacional del Trabajo, San José, Costa Rica, 2005.
- QUIRÓS CORONADO, (Roberto) “Ley General de la Administración Pública, Concordada y Anotada con el debate Legislativo y la Jurisprudencia Constitucional”, Editorial Aslex S.A., San José, Costa Rica, 1996
- SÁENZ ELIZONDO, (María Antonieta) “**De los Conceptos de Jurisdicción y Competencia**” pág. 64, Universidad de Costa Rica-Facultad de Derecho-Colegio de Abogados Revista de Ciencias Jurídicas N° 68, San José Costa Rica, enero/abril 1991.
- VARELA ARAYA, (Julia). “Manual de Procedimientos Laborales”, Corte Suprema de Justicia. Escuela Judicial, 1995.
- WHITE WARD, (Omar), “Teoría General del Proceso: Temas Introdutorios para Auxiliares Judiciales”, Poder Judicial, Escuela Judicial, San José, Costa Rica, 2000.
- ZELEDÓN ZELEDÓN, (Ricardo) “¡Salvemos la Justicia! (Humanización y oralidad para el siglo XXI)”, San José, Editorial Guayacán, 1998.
- b) *Jurisprudencia invocada*
- SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, San José, Voto N° 15-90 de las dieciséis horas con cuarenta y cinco minutos del cinco de enero de mil novecientos noventa.
- SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, San José, Voto N° 1739-92, de las once horas cuarenta y cinco minutos del primero de julio de mil novecientos noventa y dos.
- SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, San José, Voto N° 5469-95 de las dieciocho horas con tres minutos del cuatro de octubre de mil novecientos noventa y cinco.

CONSIDERACIONES EN TORNO A LA PRISIÓN PREVENTIVA

Dr. Borja Mapelli Caffarena

Catedrático de Derecho Penal
Director del Instituto de Criminología.
Universidad de Sevilla, España

I. INTRODUCCIÓN

La prisión preventiva suscita una sorprendente coincidencia dentro de la doctrina penal. Casi sin excepción toda ella reconoce que se trata de una medida cautelar resultado de un conflicto insoslayable entre los intereses colectivos tendentes a asegurar la virtualidad de la justicia penal y los intereses individuales. El sacrificio de estos últimos en favor de aquellos, excepcionando así una regla general de respeto de los derechos fundamentales de la persona recomiendan que su declaración este revestida de un carácter de excepcionalidad, proporcionalidad, necesidad, discrecionalidad, presunción de inocencia, etc.

Sin embargo, pese a esta general coincidencia crítica, asumida también por la jurisprudencia, las posibilidades de decretar prisión provisional han ido en aumento con el transcurso del tiempo. Si en una primera etapa se vinculaba exclusivamente a las necesidades de asegurar las pruebas y/o evitar las eventuales fugas del imputado, pronto se suman nuevas razones fundadas en criterios de prevención general y especial. El “peligro de reincidencia”, en Alemania y Austria, el “orden público” en Italia o la “alarma” y “frecuencia” del delito, en España, demuestran sin ningún género de dudas esa evolución hacia una prisión provisional entendida en un sentido preventivo y punitivo¹. Incluso los propios criterios empleados por el legislador para establecer sus plazos, poniéndola en relación con la gravedad de la pena señalada al delito que se imputa, prueban -como apunta Gómez Colomer²- la relación entre el instituto procesal y las exigencias de seguridad ciudadana.

La mayor o menor presencia de preventivos en las cárceles de un país se utiliza como un parámetro para valorar la buena salud de su administración de justicia. Un alto porcentaje de preventivos se asocia a un modelo de justicia penal lento, en el que los criterios policiales están sobredimensionados. Un sistema que genera gran número de presos preventivos se entiende que cede en exceso a los criterios de

orden público y seguridad frente a los reconocimientos de los derechos de los justiciables.

II. PRINCIPIOS INFORMADORES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

La situación natural en la que un imputado en una causa penal debe esperar la sentencia condenatoria firme es en libertad. Conforme al principio de presunción de inocencia estrechamente relacionado con la dignidad humana que constituye uno de los pilares del Estado de Derecho, sin mediar una sentencia judicial firme nadie puede ser constreñido en sus derechos por su condición de imputado. Solamente cuando existe una fundada sospecha de que el imputado puede ocultar pruebas que dificulten el esclarecimiento de los hechos u ocultar su persona de manera que haga imposible que asuma las consecuencias jurídicas del delito, estaría justificado limitar su derecho a ejercer la libertad ambulatoria.

Sin embargo, asistimos a una fuerte expansión de esta medida acorde con los nuevos postulados preventivistas y peligrosistas sobre los que se asienta el Derecho Penal moderno. Son muy pocas las legislaciones que se resisten a dar entrada a consideraciones preventivas especiales -peligro de reincidencia- para justificar su aplicación. Dar por buena esa política penal es contrariar la lógica del principio de presunción de inocencia, que pretendidamente defiende. Porque si la imputación de un delito nos permite afirmar que el sujeto es reincidente es solo porque damos por cierta la responsabilidad que tratamos de demostrar en el proceso penal abierto. Por las mismas razones habría que proceder a detener a todas aquellas personas que resulten sospechosas de cometer un delito. No podemos negar que determinadas personas son peligrosas por sus tendencias criminales pero su neutralización no puede venir de la mano de la prisión preventiva sino de una correcta estrategia asistencial o, por último, policial. Todavía resulta más grave las medidas cautelares que se fundamentan exclusivamente en la prevención general o en la alarma social seguida tras la comisión de un delito. Lo primero porque convierte a una persona y sus derechos en un ins-

¹ Más extensamente Barona Vilar, S. vox **prisión provisional**, en NEJ, T. XX. Barcelona 1993. Págs. 538 y ss.

² Gómez Colomer, vox **Proceso penal**, en NEJ T. XX. Barcelona 1994. Pág. 739.

trumento al servicio de la sociedad o determinadas políticas sociales de seguridad pública; lo segundo, porque la alarma social derivada de un delito no siempre está asociada a su auténtica gravedad, sino a factores ajenos a ella, como es el tratamiento que merece a los ojos de los medios de comunicación de masas —P.Ej si se trata o no de un sujeto extranjero, si resulta o no frecuente su comisión o si hay alguna circunstancia socialmente relevante en su ejecución—.

Para evitar estos excesos y asegurar un uso coherente de la prisión preventiva conforme a sus fines en estos momentos de expansión resultan de especial relevancia defender los principios que inspiran este instituto, de los que deben destacarse los siguientes:

- **Principio de jurisdiccionalidad.** Solo quienes ejercen competencias jurisdiccionales pueden decidir la aplicación de la medida. Teniendo en cuenta que la misma se toma considerando los indicios de responsabilidad del imputado es recomendable que no coincidan el órgano que decida y el que instruye. De este principio se deriva igualmente la necesidad de que exista un procedimiento penal en marcha en el que aparece como imputado la persona sobre a quien se dirige la medida. La detención que practica la policía es una medida cautelar personal que respeta el carácter jurisdiccional de las mismas ya que esta actúa como instrumento operativo judicial y su único objetivo es poner al detenido ante el juez competente.
- **Principio de coherencia.** En virtud de este principio las medidas cautelares y, especialmente, las que entrañan mas gravedad deben tener como presupuestos aquellas circunstancias que permiten afirmar que el sujeto puede representar un grave obstáculo para el procedimiento que se sigue contra él o un grave riesgo de evitar las consecuencias de su responsabilidad penal (*periculum in mora*). De no existir un mecanismo a través del cual el condenado viera compensado el tiempo de prisión preventiva en la pena que finalmente se le impuso, aquel entrañaría un plus punitivo ajeno a su propia naturaleza. Por estas razones, es preciso que, al menos, se garantice la equivalencia entre la pena impuesta y la medida cautelar a los efectos de dicha compensación. Esta compensación ha sufrido una significativa evolución a lo largo de los años. En sus primeras propuestas solo se contemplaba la compensación de medidas cuando tenían idéntica naturaleza que la pena y ambas se habían impuesto en la misma causa penal. Estas limitaciones carecían de toda justificación ya que el sentido final es compensar en la medida de lo posible el plus de castigo basado en puras conjeturas y no en la responsabilidad por el hecho (principio de culpabilidad). Conforme con esto, la doctrina conviene en la necesidad de superar los obstáculos formales o aritméticos y asegurar que

todas las medidas, sean de la naturaleza que sean deben de poder compensarse en las penas impuestas con independencia de que haya o no homogeneidad entre ambas. Esto plantea en la actualidad dos nuevos problemas. El primero es que en aquellos casos en los que no exista homogeneidad la compensación deberá hacerse con criterios de racionalidad y no meramente cuánticos. La segunda es la necesidad de poner un límite temporal a la compensación cuando se hace en causas penales distintas para evitar un saldo de penas. El criterio temporal más sugerente es que las medidas sufridas en otras causas penales no podrán compensarse en penas como consecuencia de hechos delictivos acaecidos después de que el sujeto saliera absuelto o con un exceso de medida no compensada en la causa en la que se aplicó ésta.

- **Principio de provisionalidad.** Las medidas cautelares tienen un carácter temporal, subsisten en tanto en cuanto siguen vigentes las razones que dieron lugar a su imposición. En coherencia con este principio el legislador debe prever un sistema que obligue al órgano que impuso la medida a verificar este extremo. Así mismo, es preciso que se articulen fórmulas que posibiliten adaptar en cada momento la medida a sus fines de la manera mas adecuada y menos nociva. Suspender, cesar o sustituir la medida impuesta son algunas de las decisiones *ex post* que puede tomar el órgano competente en función de la evolución del sujeto sometido a la medida.
- **Principio de proporcionalidad.** El principio de proporcionalidad en su triple manifestación obliga, en primer lugar, a verificar que la medida que se tome sirva para lograr el objetivo propuesto. En segundo lugar, será siempre exigible cualquier otra medida cautelar o de otro tipo si, a pesar de ser menos gravosa, se logran con ella idénticos resultados. Por último, la proporcionalidad entendida en un sentido estricto obliga a aplicar la medida hasta donde resulte estrictamente necesaria y con la intensidad que sea precisa. A este último aspecto de la intensidad debe prestársele especial atención cuando se trata de prisión preventiva ya que ésta constituye una escala abierta hacia arriba, muy moldeable que permite imaginar estadios intermedios igualmente eficaces pero menos dañinos para el ejercicio de la libertad ambulatoria. La proporcionalidad es una regla de referencia que no solo debe de plantearse en relación a los fines, sino también a la gravedad de la pena que se presume puedan imponerse finalmente. En este sentido, nos parece muy plausible aquellos códigos en los que el legislador evita que la prisión preventiva pueda imponerse cuando los hechos son de escasa gravedad o bien la pena previsible no es privativa de libertad. También la duración de la medida debe limitarse en función de la pena previsible.

Sin embargo, esta limitación cuantitativa *ex ante* no es la única posible.

Como conclusión de lo anterior toda prisión preventiva debe tener como presupuesto la imputación de unos hechos delictivos a la persona a la que se le pretende imponer; por otra parte, deben existir motivos suficientes como para creer responsable de los mismos a la persona imputada y, por último, más que una duda razonable permitirá concluir que el sujeto puede burlar la justicia para evitar la responsabilidad penal u ocultar, manipular o destruir elementos probatorios. En numerosas ocasiones el órgano judicial, por sí solo, será incapaz de verificar si concurren los presupuestos mencionados. Si éste no dispone de una asistencia pericial se corre el riesgo de caer en una suerte de derecho procesal de autor en el que los criterios legales se pervierten.

A pesar del uso y abuso de la prisión preventiva su imposición se ha ido revistiendo de alguna garantías de tipo procesal con el objetivo de acentuar su carácter excepcional. La medida se puede disponer en cualquier momento procesal desde que al sujeto se le imputan los hechos delictivos. Las causas a tener en cuenta deben ser las mismas pero el órgano que decida su imposición variará de acuerdo con el momento procesal en que nos encontremos. Si se trata de la primera comparecencia o durante las diligencias ejecutorias o bien se decide en plena vista oral o durante la sustanciación de los recursos devolutivos que se interpongan.

III. EL SISTEMA INDEMNIZATORIO PREVISTO EN LOS CASOS DE PRISIONES PREVENTIVAS INJUSTAS O ILEGALES

Solamente asociando un sistema ágil de sanción e indemnización frente a los casos de medidas cautelares impuestas de manera injusta o ilegal se podrá evitar los abusos que se cometen por la administración de justicia. La gravedad de las consecuencias de la prisión preventiva para la persona que las sufre justifica plenamente la responsabilidad directa y objetiva del Estado. En ningún caso las razones de sobrecarga en el trabajo de los jueces o negligencia leve pueden dejar sin derecho a indemnización a quien a consecuencia de ello ha sufrido un perjuicio objetivo y evaluable.

Se originan dos tipos de responsabilidades distintas. En primer lugar una responsabilidad penal por los hechos, cuya clasificación variará según que se trate de una detención ilegal o manifiestamente injusta, que recae sobre la autoridad que haya dispuesto la medida. Y, en segundo lugar, se produce, independientemente, una responsabilidad civil, cuyo alcance va más allá de la presencia de una infracción penal. Es decir, también concurre responsabilidad indemnizatoria aun cuando en los hechos no se den todos los elementos que la figura delictiva requiere para ser criminalizados.

La responsabilidad civil indemnizatoria debe corresponder a la Administración de forma objetiva, como hemos señalado, con independencia de la responsabilidad del órgano judicial que de forma intencionada o negligente tomó la decisión. Tan solo debe exigirse que los perjuicios sean eva-

luables económicamente, requisito que, tratándose de privación de libertad, debe entenderse concurre siempre.

Los supuestos que deben quedar amparados son muy diversos. En primer lugar, están aquellos casos en los que se produce una prisión preventiva sin cobertura legal alguna, ya sea porque no concurren los requisitos procesales o sustantivos de la ley (Ejs.: cosa juzgada, dilaciones u omisiones en la instrucción, prescripción, falta de hechos o de imputación objetiva o subjetiva, etc.) y deviene en una detención ilegal, ya sea porque la medida resulta desde todo punto de vista injusta por desproporcionada, inadecuada o ineficaz y, entonces, se trata de una decisión manifiestamente injusta. Algunas legislaciones con un carácter injustificadamente restrictivo han establecido una serie de requisitos de tal modo exigentes que hacen inimaginable que puedan concurrir en concreto. En su lugar, nos inclinamos por reconocer el derecho indemnizatorio siempre que la medida cautelar se haya impuesto median- do error o anómalo funcionamiento de la justicia.

IV. LA EJECUCIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

El análisis crítico de la prisión provisional -como tantas otras veces sucede- se detiene en las puertas de las prisiones ¿Qué modelo de ejecución está previsto para este instituto? ¿Qué coherencia guarda con los fines de la medida cautelar? son cuestiones que han suscitado escaso interés. Sin embargo, un estudio detallado de las circunstancias penitenciarias, que a juicio del legislador deben de informar la ejecución de la medida, añade aun más elementos críticos, ya que con carácter general se puede decir que estas condiciones penitenciarias resultan ser paradójicamente peores para los preventivos que para los penados.

Doctrina, jurisprudencia o, incluso, legislación se limitan a compensar la “mala conciencia jurídica” por el abuso de la prisión preventiva, destacando la necesidad de presidir su ejecución a partir de la presunción de inocencia. Casi todas las propuestas desde la perspectiva jurídico-penitenciaria muestran un lamentable desconocimiento de dicha realidad, una anacrónica idea de las prisiones y de los condenados a ella. La *huida de lo penitenciario*, bajo cuyo principio se pretende diseñar la ejecución de la prisión preventiva, arranca de un implícito reconocimiento de que las cárceles no están en condiciones de respetar los derechos de las personas. Y siendo esto así, es inaceptable que esas condiciones propias de lúgubres calabozos y de mazmorras en donde en inhumano hacinamiento sobreviven una masa de desdichados se impongan a quienes aun no ha sido condenados. Nada de eso se compadece con la realidad -siempre, lógicamente, mejorable- de los establecimientos penitenciarios. Hoy no es en absoluto exagerado afirmar que si una persona por problemas con la justicia penal debe estar en una situación de privación de libertad, las mejores condiciones para ello se ofrecen en los establecimientos de cumplimiento comunes siguiendo el régimen ordinario.

Existieron razones históricas que justificaron a finales del s. XVIII y, muy especialmente, en el s. XIX la separa-

ción de preventivos y penados dentro de los establecimientos penitenciarios. En los siglos mencionados la pena privativa de libertad era de carácter afflictivo e iba acompañada de otros males añadidos (trabajos, grilletes, castigos...) que la hacían más enojosa³. Quienes se encontraban en prisión, tan solo a la espera de juicio del que podían salir absueltos, no tienen por qué ser sometidos a esas privaciones, basta con estar disponible para presentarse ante la autoridad judicial cada vez que sean requeridos. No obstante, debe reseñarse como las primeras disposiciones, que se preocupan de separar presos y penados, en numerosas ocasiones escondían tras de sí razones económicas y no tanto de preservación de los derechos del preventivo. La distribución de los gastos de mantenimiento de las cárceles a lo largo del siglo XIX solía cargar a los municipios los costos de los preventivos y a la administración central los de los penados⁴.

Con el trascurso del tiempo la ejecución de la pena privativa de libertad ha sido sometida a una importante serie de cambios dinamizados por las ideas resocializadoras. Hoy, en la mayoría de los países —al menos, a nivel legal— los modelos de ejecución garantizan que el penado no este sometido a más privaciones que las derivadas estrictamente de la privación de libertad. Aun más, en tanto se mantenga la condición de recluso y más allá de la excarcelación se le va a hacer una oferta continuada y diversa de recursos para tratar de neutralizar los daños que inevitablemente conllevan el encerramiento.

En estas circunstancias seguir manteniendo el principio de separación en los términos que lo hacen las normas penitenciarias internacionales y la mayoría del derecho comparado es, a nuestro juicio, un error que redundará en perjuicio de los preventivos quienes se verán sometidos a unas condiciones regimentales más desfavorables en virtud del reconocimiento de unos derechos que debían, en principio, favorecerlo. A la vista de que esta condición de recluso de segunda categoría no se oculta a nadie, que conozca el mundo de las prisiones, conviene preguntarse si, acudiendo fraudulentamente a un respeto formal de sus derechos, esta situación no ha sido buscada de propósito para mantener un régimen penitenciario particularmente grave y desproporcionado para los intereses de la justicia, pero indudablemente eficaz para los intereses de la policía. Si el rigor del actual modelo penitenciario preventivo no responde al sentido de esta medida

cautelar en la fase de instrucción de una causa penal, desde luego es muy útil a las exigencias de pura prevención general, como respuesta inmediata frente a los autores de unos hechos muy próximos en el tiempo.

II. Antes de pasar al análisis de algunas cuestiones concretas que plantea la ejecución de la prisión provisional nos parece de interés dibujar estadísticamente su volumen y sus características más destacadas dentro del mundo penitenciario. El número de preventivos a nivel mundial es muy alto, si bien se aprecia, al menos, en la zona europea una tendencia decreciente. Los países del área latinoamericana se caracterizan por unos porcentajes muy elevados de preventivos. La diferencia por zonas es muy pronunciada e incluso por países dentro de una misma área. Italia, por ejemplo, ha sido dentro de los países europeos el que tradicionalmente tenía mayor población preventiva, superando el 50%, porcentaje que, sin embargo, ha logrado reducir por debajo del 40 %. La media dentro de los países europeos está por debajo del 20%. No obstante, comparativamente, el modelo de justicia penal continental provoca un mayor índice de población preventiva que el anglo-americano. Tanto en Inglaterra como en Estados Unidos los porcentajes están bastante por debajo de la media europea.

En otro orden de cosas, de la tipología del preso preventivo pueden destacarse las siguientes características. Es más frecuente entre mujeres que entre hombres y más frecuente entre extranjeros que entre nacionales. Por lo que se refiere a la relación entre naturaleza de delito y prisión preventiva, aunque no existen trabajos estadísticos que crucen dichas variables, sin embargo, de las estadísticas del Ministerio de Interior español se desprende que la prisión preventiva se da más frecuentemente entre los delitos de tráfico de drogas, que son los únicos delitos en los que los porcentajes de preventivos (35.4%) superan a los de penados (30.3%). No disponemos de datos sobre cuántos preventivos quedan en libertad tras ser sobreseídos u obtener un fallo favorable y cuántos cumplen condena por la causa por la que permanecerían provisionalmente privados de libertad⁵.

III. La presencia de reclusos en situación de preventivos da origen a numerosos problemas dentro de las prisiones. La espera de la sentencia definitiva de la que no se sabe el resultado convierte a estos internos en personas inestables y con dificultades de adaptación. Su estancia en prisión suele estar por debajo del año por lo que sufren los mismos inconvenientes que los penados condenados a penas cortas. Los perjuicios de estas estancias cortas han hecho aconsejable en muchos países eliminar las penas privativas de libertad inferiores a seis meses siendo sustituidas por otras. A pesar de ello, los preventivos entran en prisión en muchas ocasiones por debajo de ese tiempo y, sin embargo, no tienen acceso por su condición procesal a ese tipo de beneficios. Por otra

3 Concretamente el Código Penal de 1870 define así la ejecución de la pena privativa de libertad temporal o perpetua: "Los sentenciados...trabajarán en beneficio del Estado; llevarán siempre una cadena al pie pendiente de la cintura y no recibirán auxilio alguna de fuera del establecimiento" (107)

4 Cuando en España la Ley de Prisiones de 1849 y, después, la Ley de Bases de 1869 de forma más contundente establecen que los presos preventivos deben encerrarse en las cárceles de partido y de capitales de Audiencia, lo hacen para que los Ayuntamientos y Diputaciones, primero, y la Administración de Justicia, después, se hagan cargo solo del mantenimiento de aquellas y no de la totalidad de los establecimientos penitenciarios como se venía haciendo hasta entonces. Así lo destaca Cadalso (189) cuando en un comentario crítico de la Ley de 1869 que dispone que a los preventivos puedan también ingresarse en los presidios, señala que con ello, además de favorecer el encuentro de salteadores y facinerosos con personas que pueden ser definitivamente declaradas inocentes, provoca una honda dislocación en los servicios que deberán ser pagados, en parte, por las provincias y, en parte, por el Estado.

5 En Alemania hay información estadística sobre esta relación, situándose entorno al 50% el número de preventivos que son finalmente condenados a pena privativa de libertad (Cf. Kaiser/Kerner/Schöch, *Strafvollzug*, 4ª Edic. Heidelberg, 1992. Pág. 167.

parte, el constante trasiego de ingresos y salidas influye negativamente en el ambiente de las prisiones preventivas. Son estos centros los que sufren mayor presión disciplinaria y es también entre los presos preventivos donde hay más suicidios⁶.

Pero los problemas de los preventivos no derivan solo de sus desequilibrios emocionales y psicológicos, a pesar de ser éstos muy relevantes. Cuando una persona entra en la prisión a cumplir esta medida cautelar no adquiere nunca la condición de penado de pleno derecho, nos referimos aquellos derechos que se reconocen en un Estado Social a quienes están sometidos a estas relaciones especiales de sujeción. Ni siquiera cuando en el recluso coincide la doble condición de penado y preventivo, también entonces, prima lo primero sobre lo segundo aun cuando pudiera ser para su beneficio. En estas circunstancias su paso por la prisión está revestido de una excepcionalidad que irá siempre en su detrimento.

V. EL PRESO PREVENTIVO Y LOS FINES RESOCIALIZADORES

A tenor del Art. 84.2 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas los acusados disfrutarán de la presunción de inocencia y deberán de ser tratado de acuerdo con ello. Consiguientemente, muchas legislaciones penitenciarias reconocen la presunción de inocencia como principio que inspira el modelo de ejecución de la prisión provisional⁷. Formalmente, el régimen de cumplimiento de la prisión provisional es una cuestión más penitenciaria que procesal, aunque también las normas procesales suelen hacer algunas referencias a esta cuestión. Esta forma de proceder encuentra su explicación en el hecho de que de los establecimientos de preventivos solo queda el nombre. En la actualidad los mismos no presentan diferencias con los centros de cumplimiento lo que hace recomendable que su regulación se encuentre integrada dentro de la legislación penitenciaria. Ahora bien esa identidad en la práctica entre ambos tipos de centros y en el régimen que se aplica en su interior no impide que el legislador trate de hilvanar cuáles son las especificidades de cada uno de ellos. En sus declaraciones de principios los legisladores señalan –de una u otra manera– que la pretendida diferencia radicaría en que respecto de aquellas las instituciones penitenciarias se orientan hacia la reinserción y la reeducación, respecto de éstas lo hacen hacia la retención y custodia.

Más allá del juego semántico no es fácil explicar qué quiere decir la ley con esas palabras. Que también al penado se le retiene y custodia es algo que no suscita la menor duda. La cuestión parece, pues, que se plantea por la mayor, es decir, si al preventivo se le reinserta y reeduca. El legislador ha entendido que no, porque se le presume inocente. Sin embargo, a nuestro juicio, el principio de presunción de inocencia de rango constitucional y de una enorme trascendencia en el proceso penal, carece de la importancia y de contenido específico en el ámbito penitenciario, una vez que toda privación

de libertad tiene como referente el marco de los derechos constitucionales.

Veamos esto con cierto detenimiento. Como tal principio la presunción de inocencia se define como el derecho de toda persona a ser declarada inocente sin necesidad de demostrarlo hasta que se pruebe su culpabilidad y así entendido el mismo se limita a imprimir un sentido acusatorio a todo el proceso penal. El principio de presunción de inocencia resulta lesionado cuando formalmente se declara culpable a alguien sin que haya quedado suficientemente probado en un proceso o cuando se le aplican consecuencias que legalmente tienen como presupuesto la declaración de culpabilidad⁸. Y esto es lo que sucede con la prisión provisional. La misma se decreta manteniendo vigente la presunción de inocencia pero, a su vez, reconociendo “en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión” (Art. 503. 3 LECr. española).

Esta insalvable contradicción ha sido explicada por la jurisprudencia constitucional en los siguientes términos: “La presunción de inocencia es compatible con la aplicación de medidas cautelares siempre que se adopten por resolución fundada en derecho que, cuando no es reglada ha de basarse en un juicio de razonabilidad”. Sin entrar aquí en la vieja polémica, los argumentos del alto Tribunal español no pueden convencer sino es bajo el dominio del principio de necesidad. La prisión preventiva fundada sobre la sospecha de haber cometido un delito infringe la presunción de inocencia, sin embargo, no por ello es inconstitucional ya que se limita a resolver un conflicto de derechos; que se resuelve a favor del derecho preferente, en este caso, el que garantiza el **ius puniendi**. La fundamentación y la racionalidad de la resolución judicial no pueden por sí solo justificar aquel menoscabo, ni puede explicar el alcance de la prisión preventiva, tan solo reviste de garantías la decisión judicial.

Entendido en estos términos se comprende por qué razón la prisión provisional está presidida por el principio de proporcionalidad que, como apunta Barona Vilar⁹ se convierte en el pilar y soporte fundamental de toda medida cautelar y especialmente de ésta, que es la más grave. Todo exceso de privación de libertad que no se explique por la necesidad de garantizar el proceso penal deja de estar justificado.

Es inexplicable, pues, que de acuerdo con el principio de proporcionalidad no se prevea una mayor flexibilidad en la aplicación de ésta. En el derecho comparado vigente el órgano judicial competente solo puede decretar la prisión, levantarla –comunicada o incommunicada– o, en casos de enfermedad, atenuarla. Más allá, pocos países contemplan algún otro tipo de alternativa.

⁶ Cf. *Bulletin d'information pénologique*, Núm. 18, Diciembre 1993, Pág. 15.

⁷ Nuestro legislador ha tenido en cuenta el Art. 84.2 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas en el que se señala que los acusados disfrutarán de la presunción de inocencia y deberán de ser tratado de acuerdo con ello.

⁸ En el mismo sentido ha señalado el TC que se trata de “un derecho público subjetivo que posee su eficacia en un doble plano. Por una parte, opera en las situaciones extraprocesales y constituye el derecho a percibir la consideración y el trato de no autor o no participe en hechos de carácter delictivo o análogos a éstos y determina por ende el derecho a que no se apliquen las consecuencias o los efectos jurídicos anudados a hechos de tal naturaleza en las relaciones jurídicas de todo tipo. Opera, el referido derecho, además y fundamentalmente en el campo procesal...” (STC 109/1986, de 24 de Septiembre).

⁹ Barona Vilar, op. cit. pág. 548.

Todavía más, la escasa flexibilidad que presenta la prisión preventiva se hace aun más rígida debido a la falta de información en que queda sumido el órgano judicial correspondiente sobre la evolución de la personalidad del recluso preventivo. No está previsto que, eventualmente, la administración penitenciaria¹⁰ de los establecimientos suministren información de este tipo, pese a que algunas de las presunciones que sirven para ordenar o mantener la detención, como es el caso del peligro de fuga o, incluso, la sospecha de haber cometido el delito, se encontrarían mucho mejor fundadas si mediara un informe de expertos valorando la evolución de la personalidad o el comportamiento del interno. Esta falta de previsión legal es justificada aparentemente por la declaración —ya mencionada— que encabeza muchas legislaciones penitenciarias, en virtud de la cual los preventivos solo pueden retenerse y custodiarse y no resocializarse (“reinsertarse socialmente y reeducarse”, según los términos empleados por las normas constitucional y penitenciarias españolas). Semejante disposición es doblemente contradictoria. Lo es, en primer término, porque parte de un contenido de la resocialización hoy insostenible por ser excesivamente restrictivo.

Pero, ni aun dando por buena la definición de la resocialización como un proceso de recuperación social aplicable exclusivamente a quienes han cometido delitos, puede explicarse que los presos preventivos queden apartados del mismo, pues aunque estos no han sido declarados culpables, sin embargo, si hay respecto de ellos una sospecha que ha servido, además, de fundamento para aplicarle la medida cautelar en contra del imputado.

Solo cuando estamos pensando en un proceso resocializador que permite el empleo de terapias inductivas impuestas, agresivas y atentatorias contra la dignidad de la persona podría tener explicación que se preserve de esa actividad a los preventivos. Si, por el contrario, el tratamiento resocializador debe respetar siempre los derechos constitucionales y debe mediar siempre el consentimiento del recluso, sin que pueda imponerse coactivamente, ni tampoco a cambio de la obtención de beneficios regimentales, excluir al preventivo equivale a negarle el acceso a una prestación asistencial favorable para él. Sería absurdo pensar que permitir que el preventivo acceda a un tratamiento resocializador se traduce, sin más, en una declaración de culpabilidad explícita o implícita, como tampoco lo es en el caso de los condenados. Lo cierto es que excluir a los preventivos de la posibilidad de someterse a un tratamiento resocializador es una decisión de enormes repercusiones para los mismos debido a que pierde con ello el acceso a todos los estímulos que en forma de mejoras regimentales refuerzan el tratamiento. El preventivo sometido a los perjuicios de una privación de libertad de corta duración ve como su tiempo de privación de libertad es un tiempo va-

ción de contenido desde una perspectiva resocializadora. Un tiempo en el que le queda poco más que hacer que esperar.

No es el argumento de la presunción de inocencia, sino una desproporcionada valoración de los intereses de la justicia —que podríamos llamar, **principio de absorción**— lo que explica correctamente porque no se incluyen a los preventivos entre los internos que pueden ser sometidos a un tratamiento, ya que la situación no cambia aun cuando el recluso sea condenado, si por una causa distinta mantiene su condición de preventivo.

Por otra parte, esta exclusión de los preventivos es contradictoria porque desconoce que la resocialización no es solo meta del tratamiento, sino que es un principio general de orientación de las políticas penitenciarias, entre las que, como hemos visto, se contempla los establecimientos preventivos. En qué sentido estos establecimientos se orientan hacia la resocialización cuando los internos allí ingresados no puede aplicárseles ninguna medida resocializadora, es algo que no explica nadie ni podría tampoco entenderse si negamos que las finalidades resocializadoras tengan nada que ver con la prisión provisional.

Condenados y preventivos comparten ambos la privación de libertad, es decir, el aspecto más nocivo tanto de la medida cautelar como de la pena y es esta circunstancia la que se ha tenido en cuenta para dar a las metas resocializadoras una doble dimensión. En efecto, en un sentido estricto la resocialización es un proceso terapéutico de asistencia encaminado a hacer del interno una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la Ley Penal, así como de subvenir a sus necesidades. Pero la resocialización se elige también como un principio rector de la privación de libertad. En este sentido, se trata de un conjunto de estrategias regimentales y extrapenitenciarias que procuran que la pérdida de libertad se manifieste en su mínima expresión y cuando ello no sea posible entren en funcionamiento unos mecanismos de compensación. Los presos preventivos necesitan que se ponga a su disposición todos los esfuerzos resocializadores sin que por ello se menoscabe el principio de presunción de inocencia. La resocialización es una meta dirigida más a atemperar el daño que conlleva la pérdida de libertad que a eliminar tendencias delictivas y de ese daño participa toda la población penitenciaria sin excepción.

Las salidas al exterior, las comunicaciones o las relaciones íntimas son algunos ejemplos de cualquier legislación penitenciaria moderna orientada institucionalmente hacia la resocialización; mientras que el trabajo, la participación en la vida regimental o la formación nacen del efecto compensatorio previsto para cuando el interno no puede abandonar el centro. En estos casos dentro de la prisión se busca reproducir en lo posible los modelos de vida de la sociedad libre.

Negar a los preventivos la posibilidad de acceder a todos estos beneficios que atemperan la gravedad de la privación de libertad siempre que no ponga en peligro el sentido de la medida cautelar está en franca contradicción con

¹⁰ Excluidos de la actividades propias del tratamiento los preventivos tan solo pueden ser “observados” por los Equipos Técnicos a través de datos documentales y de entrevistas, y mediante la observación directa del comportamiento. Toda esta información así obtenida se completará si llega a producirse un fallo condenatorio y servirá en su momento para proponer la correspondiente clasificación (art. 64 LOGP).

el principio de proporcionalidad y es, en consecuencia, de dudosa constitucionalidad.

Como quiera que los fundamentos de la diferenciación entre condenados y preventivos han perdido hoy prácticamente todo su sentido, las disposiciones concretas que apunta la legislación en relación con estos últimos o bien son reconocidas también para los primeros o bien tiene una escasa incidencia práctica. No obstante, a continuación analizaremos algunos de los aspectos más destacados de segregación penitenciaria de los preventivos.

VI. ALGUNOS PROBLEMAS EN LA EJECUCIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

I. Como corolario de la exclusión de las actividades de tratamiento y como consecuencia del estado inalterable de privación provisional de libertad el preventivo no puede acceder a los sistemas progresivos de forma que, al contrario de los que sucede con los penados, queda excluida la posibilidad de evolucionar hacia un régimen más favorable, como puede ser el régimen abierto. Desde que ingresa hasta que pierde la condición de preventivo permanece en el mismo régimen, tanto si se trata de un preventivo como si acumula a la vez la condición de penado y preventivo. Esto que parece una lógica consecuencia de su condición procesal que exige la disponibilidad permanente del mismo ante la justicia es también, a nuestro juicio, una prueba más de rigidez y del escaso interés que ha prestado el legislador al principio de proporcionalidad en relación con esta cuestión.

Es un hecho incuestionable que la privación de libertad es una escala abierta hacia arriba que permite distinto grados de intensidad. Aprovechando esta característica en el siglo pasado se diseñaron los sistemas progresivos. Todas las investigaciones empíricas convienen en que el régimen abierto produce un considerable efecto de contención criminógena entre quienes lo disfrutan, como lo demuestra el hecho de que los porcentajes de abuso de la condición de libertad sean muy escasos a pesar de la especial atención que reciben de los medios de comunicación¹¹.

Estos mismos efectos hay que presumir que se darían en los preventivos, quienes en condiciones de régimen abierto bajo un control regular y diario, desearían cualquier intento de substraerse a la justicia. Aun más viable resulta el régimen abierto cuando los motivos de la detención provisional no han tenido nada que ver con el peligro de fuga u ocultación o modificación de pruebas. Incluso cuando la prisión provisional se decretó por una de estos motivos los equipos del centro penitenciario que conviven con los internos pueden realizar una destacada labor de tratamiento e informar favorable o desfavorablemente la progresión de grado después de transcurrido un tiempo. Nada de esto

se encuentra previsto en las legislaciones por esta obstinada huida de lo penitenciario con la que se intenta enmendar ciertos errores de base.

Pero si el preventivo no es "sujeto penitenciario de pleno derecho para lo bueno, si que lo es para lo malo. Todas las legislaciones tienen, en cambio, previstas regresiones a regímenes más severos para los preventivos. En esto no hay inconveniente en equipararle al condenado. En consecuencia, puede ser ingresado en una sección o centro de máxima seguridad; tan solo como única diferencia se apunta en algunos textos legales que de esos cambios regimentales se deberá de dar conocimiento a la autoridad judicial correspondiente, la cual carece de competencias para impedirlo, planteándose un difícil problema de coordinación entre las jurisdicciones penales y penitenciarias que viene a complicar aun más las conocidas tensiones que se dan entre esta última y la administración penitenciaria.

Por otra parte, la posibilidad de que el preso preventivo pueda estar en situación de incomunicado plantea también graves problemas regimentales que lamentablemente no están resueltos por el legislador. Esto provoca o puede provocar excesos en las condiciones del aislamiento, puede aplicársele condiciones desproporcionadas o contrarias a lo dispuesto en la legislación penitenciaria para casos análogos. Respecto del régimen que debe aplicarse a los incomunicados la leyes procesales se muestra especialmente lacónicas. Ciertamente que el supuesto de incomunicación de los preventivos no es equiparable jurídicamente a los de aislamiento en celda como consecuencia de una sanción, pero la práctica penitenciaria demuestra que tienden a confundirse, de forma que el preventivo incomunicado por razones procesales sufre unas condiciones de privación de libertad más gravosas sin justificación alguna. Por supuesto que la condición de preventivo y el principio de proporcionalidad exigen, en estos casos, la aplicación de un **status** jurídico mínimo que no rebase hacia abajo las condiciones de rigor que se aplican a los sancionados. Así, por ejemplo, habrá ciertas garantías inalienables como son las garantías médico-sanitarias. Si la incomunicación requiere el aislamiento este se debe llevar a cabo en el compartimiento que habitualmente ocupe el interno o en uno de similares características y se debe asegurar que el preso incomunicado disfrute al menos de dos horas diarias de paseo.

Pero las diferencias esenciales entre sancionado e incomunicado obliga al legislador a prever una aplicación finalística de la incomunicación, que, en ningún caso tiene la consideración de sanción. Por eso, en tanto no se desvirtúa la finalidad de evitar confabulaciones, no es preciso que el preventivo permanezca aislado.

Especial importancia tiene el determinar, sobretodo en estos casos extremos de incomunicación, qué competencias restan al Director del centro o a la jurisdicción penitenciaria en aquellos países en los que exista, ya que los problemas de prisión están frecuentemente requeridos de una solución urgente para evitar causar daños irreparables y la autoridad de

11 *Asua Batarrita, El régimen abierto: marco general de fundamentación, en Régimen abierto en las prisiones. Dpto. de Justicia del Gobierno Vasco. Vitoria-Gasteiz, 1992. Págs. 23 y ss; en el mismo sentido Reihien Alternativkommentare. Kommentar zum Strafvollzugsgesetz. Darmstadt, 1990. Pág. 64-65.*

quien depende el preventivo no siempre podrá resolver con la diligencia requerida por el caso.

II. Una de las especificidades más comúnmente aceptadas en relación con los presos preventivos es la de que estos deben permanecer separados tanto del resto de los condenados, como entre ellos mismos. Así viene establecido en las normas penitenciarias internacionales¹² y en las de la mayoría de los países¹³. Como es lógico se trata de una separación distinta de la incomunicación prevista en la legislación procesal para supuestos extraordinarios.

Toda diferenciación de los internos dentro de un establecimiento debe tener un fundamento material, es decir, debe responder a una finalidad concreta y verificable ya que desde una perspectiva social resulta inaceptable la separación obligada de unas personas de otras. Si, como hemos visto, todas las instituciones penitenciarias se deben orientar hacia la resocialización, lo que es tanto como decir que toman como modelo la organización de la sociedad libre, introducir discrecionalmente separaciones de unos internos con otros está reñido con aquel principio.

Ahora bien, es evidente que el conjunto de la población penitenciaria tiene que ser diferenciada y clasificada de acuerdo con ciertos criterios finalistas.

De esta forma, encontramos dentro de los establecimientos simples separaciones que responden a razones puramente técnicas, arquitectónicas u operativas, diferenciaciones de carácter estático (mujeres, jóvenes, reincidentes...) y, por último, otras más complejas, que se denominan clasificación, en donde por razones de tratamiento se busca una distribución de los internos que favorezcan y aseguren el éxito del mismo. De estos tres grupos el primero no tiene más consecuencias penitenciarias que las propiamente espaciales, el segundo son separaciones sobre todo de carácter preventivo que tampoco conllevan regímenes distintos, pero que se justifican por las profundas diferencias en cuanto a necesidades concretas (madres con hijos, cursos de formación para jóvenes,...) de unos y otros grupos y, finalmente, quedan las clasificaciones dinámicas que evolucionan de acuerdo con

criterios resocializadores. ¿Cuál es, en el caso de los preventivos el criterio que inspira la separación? En principio, no parece encajar en ninguno de ellos. La doctrina, por lo común, la explica a partir de ciertas presunciones de escaso o nula constatación empírica. La más frecuente de todas es la de evitar el contagio criminal que los condenados pueden ejercer sobre los preventivos¹⁴. Sin embargo, el peligro de contagio de determinados internos sobre otros es algo que la Criminología moderna ha cuestionado en reiteradas ocasiones¹⁵. Se desconoce su alcance, se duda sobre si el peligro de contagio se debe a las relaciones interpersonales en sí o al medio adverso y las condiciones socioeconómicas en las que tienen lugar. Se cuestiona también el contagio cuando estamos tratando de sujetos con un desarrollo pleno de su personalidad. Por otra parte, el contagio puede ser positivo o negativo, aunque se trate de delincuentes, y puede ser reversible. Todas estas dudas que surgen de investigaciones sobre tipos de personalidad determinadas, resultan aun más reforzadas si tratamos de medir el eventual contagio entre grupo de personas diferenciadas por algo tan ajeno a la personalidad como es la condición procesal.

Incluso, dando por válidas las teorías del aprendizaje diferencial, no está claro en que dirección fluirían, si de presos a penados o a la inversa ya que según reflejan los datos estadísticos las personas que sufren prisión preventiva presentan una carrera criminal más definida y pertenecen a los estratos menos favorecidos de la sociedad¹⁶. Lo cual no es de extrañar a la vista de los criterios materiales que sirven de presupuesto para decretar la prisión¹⁷.

En consecuencia, analizado con cierto rigor científico la tradicional separación penados/preventivos no solo carece de fundamento sino que de ella se derivan efectos que hacen más gravosa la privación de libertad de este último grupo. En su lugar, la clasificación que se introduzca debe estar presidida por criterios constatables derivados de estudios de personalidad de los equipos técnicos correspondientes de la que es previsible que puedan resultar grupos con reclusos de una y otra condición procesal.

En definitiva, toda norma que introduzca otros criterios de diferenciación que los que estrictamente se derivan de la finalidad de esta medida cautelar es una infracción del principio de proporcionalidad que termina segregando perjudicialmente a este colectivo penitenciario. Las separaciones de grupos dentro de las prisiones deben de orientarse a reforzar la eficacia de los medios resocializadores. En tanto

12 Las Reglas Mínimas de Tratamiento de los Reclusos de las Naciones Unidas (84/47) tras señalar que se someterá a un régimen especial a los preventivos (regla 84) destaca entre las características del mismo las siguientes: 1) El acusado se mantendrá separado de los reclusos condenados; 2) El acusado joven se mantendrá separado del adulto (regla 85); Los acusados deberán dormir en celdas individuales, a reserva de los diversos usos locales debido al clima (regla 86). Por su parte, las Normas Penitenciarias Europeas aunque también se inclinan por la diferenciación lo hacen en unos términos menos rigurosos contemplado mediante una cláusula abierta la posibilidad de vida en común. Concretamente la Norma 11 señala que "en principio, los preventivos y los condenados deberán estar separados, salvo en caso de que acepten convivir o participar juntos en actividades beneficiosas para todos" (3). También con un punto de flexibilidad se recomienda que "salvo si las circunstancias lo hacen poco deseable, debe darse a los presos preventivos la posibilidad de disponer celdas propias" (norma 94).

13 Aunque en el derecho comparado está generalizada la separación, se observa algunos textos legales más flexibles autorizando excepciones en beneficio de los interesados. En este supuesto está Italia que tras declarar la separación "permite, en circunstancias particulares, la participación de los detenidos e internos en actividades organizadas por categorías de aquellas a las que pertenecen" (Art. 14). Mucho más estrictas son las normas francesas ya que la excepción solo está taxativamente contemplada para los casos de distribución interior, por saturación temporal o por necesidades de trabajo, en el caso de que el interesado haya solicitado trabajar (Art. 716 Cód. Proc. Penal).

14 Vid. García Valdés, *Comentarios a la legislación penitenciaria*, Reimp. Madrid 1995. Pág. 68;

15 Einsele, *Differenzierung und Klassifizierung im Vollzug*. Tagungsberichte 7(1969). Págs. 116-134.

16 Cfr. Eisenberg, *Kriminologie*, Köln 1990. págs. 322 y ss.

17 No es objeto de nuestro trabajo el análisis crítico de otras separaciones estáticas generalmente extendidas dentro de los sistemas penitenciarios como son la de mujeres y jóvenes. Aunque ambas se fundamentan también en estereotipos y prejuicios éticos, es evidente que al menos parte de un dato constatable como es la diferencia de personalidad entre unos y otros. No obstante, en estos supuestos como en el que estamos contemplando de los preventivos es conveniente superar rigideces del pasado y permitir que cuando sea conveniente puedan confundirse personas de distintos grupos tal como sucede en la sociedad libre.

que no tenga esa finalidad los grupos deben de ser aleatorios como sucede en la sociedad libre. Además, una aproximación de preventivos y penado, lejos de generar infundados peligros de contagio, favorece también que la prisión preventiva se entienda como un proceso dinámico y progresivo bajo la supervisión de la autoridad judicial correspondiente, la cual debe estar regularmente informada de la evolución del preventivo por los Equipos Técnicos con el fin de que se le pueda aplicar el sistema progresivo en todos sus estadios.

III. Después de negarle la participación en las actividades propiamente resocializadoras y de separarlos del resto de la población penitenciaria, por su importancia y frecuencia la siguiente diferenciación formal hace referencia al trabajo. En la medida que todavía el trabajo se concibe no como fuente de ingresos económicos y de relaciones sociales, sino como un elemento del tratamiento la obligación de trabajar queda circunscrita a los condenados. Tanto las normas internacionales como las de muchos países reiteran que los presos preventivos no están obligados a trabajar¹⁸.

No se trata ya de una cuestión regimental sino tan solo de una forma específica de quedar vinculado a un puesto de trabajo, que afecta solo muy tangencialmente a la vida penitenciaria y que, desde luego, no justifica la separación. No obstante, como en casos anteriores la realidad penitenciaria ha terminado por desvirtuar el sentido de esa diferencia y aunque su fundamento está en su vinculación al tratamiento resocializador, lo cierto es que el trabajo en talleres -cuando lo hay- no adquiere un perfil distinto al de cualquier trabajo común en la sociedad libre, salvo las restricciones generales que impone la vida en prisión.

Tengamos además en cuenta que en la actualidad el trabajo es un bien especialmente escaso en las prisiones donde las cuotas de desempleados son elevadísimas. Asimismo, hay que destacar que éste ha perdido el carácter aflictivo de otros tiempo y se regula por las normas laborales comunes y que, por otra parte, disponer de un puesto de trabajo sitúa al recluso en las mejores condiciones para obtener beneficios penitenciarios.

18 Las Reglas Mínimas señalan que "al acusado deberá siempre ofrecérsele la posibilidad de trabajar, pero no se le requerirá para ello. Si trabaja, se le debe remunerar" (Regla 89). Las Normas Penitenciarias Europeas se expresan en términos muy parecidos añadiendo además que "si existen programas de estudios y de formación profesional, se le deberá animar a que se beneficie de ellos" (Norma 96). También la legislación italiana (Art. 20) o inglesa (Art. 28) excluyen expresamente a los preventivos de la obligación de trabajar.

Todas estas circunstancias hacen impensable que un interno, condenado o no, rechace una oferta de trabajo y, en todo caso, cuando esto sucede tampoco es posible aplicar una sanción ya que de ser así el trabajo se convertiría en trabajo forzado¹⁹. La obligación de trabajar tiene el carácter de obligación impropia de la que no se deriva más consecuencias que la de dejar de obtener los beneficios que reporta un trabajo penitenciario²⁰.

Pero las paradojas en torno a la regulación de los preventivos no dejan de aflorar a lo largo de la legislaciones penitenciarias y si -como hemos visto- a estos no le afecta la obligación de trabajar, sin embargo, sí que están obligados a desarrollar, bajo amenaza de sanción disciplinaria, las prestaciones personales no remuneradas de limpieza de celda y otros espacios de uso personal. De nuevo se nos aparece un sujeto que es preventivo para quedar excluido de los beneficios y recluso para soportar las cargas.

La condición de preventivo, finalmente, le sitúa en un orden de prelación inferior respecto del penado para disputar un puesto de trabajo y ello aunque la permanencia de aquel se presume de mayor duración que la de éste.

En definitiva, la escasez de trabajo, la no obligatoriedad y la prioridad sin excepción del penado, hacen que la población preventiva sufra en mayor medida el desempleo. Para paliar esta discriminación difícilmente justificable en muchas ocasiones algunas legislaciones, como la nuestra, siguiendo las recomendaciones de las normas internacionales hacen una declaración de tan buena voluntad como de escasos resultados por la que la Administración del establecimiento viene obligada a "facilitar los medios de ocupación de que disponga, permitiendo al interno procurarse a sus expensas otros, siempre que sean compatibles con las garantías procesales y la seguridad y buen orden de aquel" (Art. 29. 2 LOGP)²¹

19 Nuestro legislador se ha mostrado especialmente sensible ante los riesgos de imponer trabajos forzados hasta tal extremo que la pena de trabajo en beneficio de la comunidad recogida en el Código Penal solo es posible aplicarla con el consentimiento del condenado (Art. 49).

20 Más ampliamente Dela Cuesta Arzamendi, **Un deber (no obligación) y derecho de los privados de libertad: el trabajo penitenciario**. En **Lecciones de Derecho Penitenciario**. Alcalá de Henares 1985. Págs. 108 y ss.

21 En un sentido similar Art. 97 Normas Penitenciarias Europeas.

DERECHO DE EXCLUSIÓN DE PRUEBA ILÍCITA COMO INTEGRANTE DEL DEBIDO PROCESO

Lic. Ronald Eduardo Segura Mena

I. TEMA PRIMERO: DEFINICIÓN Y FUNDAMENTOS DE LA PRUEBA ILÍCITA INTRODUCCIÓN

Como punto inicial de este trabajo analizaré el concepto de prueba ilícita desde su concepto hasta sus antecedentes, buscando el referente histórico de desarrollo del instituto, así como el fundamento para la exclusión de la prueba ilícita, para entrar luego a analizar las prohibiciones probatorias y pasar a revisar el tratamiento que ha recibido el tema de prueba ilícita en nuestro ordenamiento. Finalmente y con un interés de aportar un poco de mi perspectiva me permitiré realizar algunas apreciaciones de algunos fallos existentes en relación a prueba ilícita, de nuestra Sala Constitucional y de nuestra Sala Tercera de lo Penal, sobre todo en cuanto a la valoración de la prueba.

1. CONCEPTO DE PRUEBA ILÍCITA

El concepto de prueba ilícita se ha desarrollado sobre todo en la rama del Derecho Penal donde el tema ha encontrado un importante desarrollo. El definir prueba ilícita pareciera deducirse de una interpretación literal del término; diríamos que es toda prueba que es contraria a la Ley, ya sea por sí misma, por su forma de producción, por su introducción a un proceso o, finalmente, por su valoración; no obstante, el concepto involucra más que una simple interpretación literal y ha despertado bastante interés en su definición por diferentes doctrinarios del derecho; el autor Fábrega, refiriéndose al tema, nos señala:

"El primer punto que debe enfrentarse al estudiar en forma científica un fenómeno jurídico como el de la prueba ilícita es el relativo a su definición. En otras palabras, es preciso determinar, de entrada, qué se entiende por prueba ilícita y qué elementos contribuyen a identificarla. Sobre el particular, la profesora Brasileña Ada Pelegrini G., sostiene que al encarar el examen de la prueba ilícita deben tenerse en cuenta las siguientes distinciones:

1.1 *Habrá prueba ilegal cuando mediante ella se violan principios de carácter material o procesal, consagrados en el ordenamiento jurídico.*

1.2 *Por otro lado, habrá ilegitimidad del medio probatorio cuando a través de él se vulnera una prohibición contenida en la ley procesal; y*

1.3 *Habrá finalmente prueba ilícita cuando mediante ella se infrinja una prohibición legal de carácter sustantivo"*

1.4 *Esta es solo una de las definiciones que encontramos en la Doctrina ya que al igual que la tratadista Pellegrini otra serie de autores apuntan a definir el concepto de prueba ilícita; uno de ellos es el autor de origen colombiano Devis Echandía, citado también por Fábrega quien, al respecto, indica que son pruebas ilícitas:*

*"aquellas que están expresa o tácitamente prohibidas por la ley, en cuanto al medio mismo o al procedimiento para obtenerlo o que atentan contra la moral y las buenas costumbres al respectivo medio social o contra la dignidad y la libertad de la persona humana o que violan sus derechos fundamentales que la Constitución y la ley amparan"*².

Otra de las definiciones de Prueba ilícita la encontramos en la persona del magistrado español Eduardo de Urbano Castrillo quien, al referirse a lo que engloba el concepto de prueba ilícita, ha indicado:

*"De este modo, en la expresión "prueba ilícita" hemos acogido tanto las actividades sumariales como las practicadas en el plenario, que tienen por objeto contribuir a la convicción del órgano enjuiciador, en cuanto plantean algún problema respecto a su legalidad"*³.

1 PELLEGRINI, ADA. *Libertades públicas y proceso penal*, Ed. Revista Dos Tribunales 2ed. San Pablo, 1982, pp. 91 a 181. citada por FÁBREGA (Jorge); *Teoría General de la Prueba*; Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C. Ltda; Santa Fe de Bogotá, Colombia; segunda edición, año 2000; p.376, 531 ps.

2 DEVIS, E. HERNANDO. *Pruebas Judiciales*, Bogotá, Editorial ABC, 1984, P. 182. citado por FÁBREGA (Jorge), Ob Cit. Pág. 376.

3 EDUARDO de URBANO CASTRILLO; *La prueba en el Proceso Penal, Prueba Ilícita en Particular*; Consejo General del Poder Judicial; Madrid, 1996, p. 216.

Podemos ver como se hace referencia en estas definiciones a tres elementos muy claros: primero a violación de los procedimientos para la producción de la prueba, segundo a pruebas obtenidas contraviniendo la ley y tercero a pruebas obtenidas con violación a derechos fundamentales establecidos en la Constitución o instrumentos de protección de Derechos Humanos; en definitiva, podemos tratar de establecer un concepto de prueba ilícita como aquella que se obtiene por medios no lícitos, recogida irrespetando normas de naturaleza material y, fundamentalmente, aquella que viola Derechos Fundamentales establecidos en la Constitución o tratados internacionales de protección de Derechos Humanos.

1.2 FUNDAMENTO PARA EL TRATAMIENTO DE LA PRUEBA ILÍCITA

Es claro que desde el comienzo de los tiempos el hombre ha localizado en el valor justicia uno de los más altos referentes de interés para la conservación del ser humano; la necesidad de constituir el estado o una forma de gobierno siempre ha llevado implícita la existencia de mecanismos del control del poder, más aún en nuestro estado moderno donde la separación de poderes y la teoría de pesos y contrapesos se ha convertido en el referente de la organización de los estados. En esta teoría de control del poder, los poderes judiciales han sido los encargados de aplicar la ley y esta aplicación de la ley le otorga al Juez una posición y un poder privilegiado dentro de la sociedad; no puede su función estar regida mas que por el fin Justicia como valor supremo del ordenamiento jurídico, es aquí donde esta búsqueda de la justicia no puede permitirse en la aplicación de la ley el aprovecharse de actos contrarios a la misma ley, porque entonces el sistema entero pierde legitimación; por eso es que el tema de la prueba ilícita tiene como fundamento el prohibir que actuaciones contrarias a la ley, a la Constitución, a los Derechos Humanos y a Derechos Fundamentales sirvan para sustentar la aplicación de la misma ley. En este sentido es importante rescatar la cita de Hassemer, que realiza el profesor español Fernández Estrago quien, refiriéndose al proceso y sus fines menciona:

*"Por eso puede afirmarse con Hassemer, que "...el averiguamiento de la verdad no es la meta de la fase de producción en el proceso penal. La meta es, más bien, la obtención formalizada de la verdad..."*⁴

Asimismo, una parte importante de la Doctrina⁵ ha

623 pgs.

4 HASSEMER, W; *Fundamentos del Derecho Penal*; Bosch; Barcelona, 1984, págs. 182 y ss. Citado por FERNÁNDEZ ENTRALGO (Jesús); *La prueba en el Proceso Penal, Prueba Ilícita Particular*; Ob. Cit. P. 90

5 El autor EDUARDO de URBANO CASTRILLO, en la obra previamente citada mencionaba como autores como JOSÉ MARÍA PAZ RUBIO y el mismo Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos SCHENK (12 de Julio de 1988), SCHEINCHLBAUER (16 de Diciembre de 1970) y EDWARDS (16 de Diciembre de 1992) han desgranado unos criterios que entre otras cosas ven a la exclusión de pruebas ilegales como consecuencia de la garantía a un proceso equitativo, indicando que se viola la noción de proceso equitativo si se impide la contradicción, por lo que el acusado tiene derecho a combatir todas las pruebas presentadas por la acusación. Asimismo se menciona que los procedimientos de investigación

visto en el tema de la prueba ilícita una clara vulneración del derecho de defensa, posición que ha sido secundada en Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español⁶.

Otro de los posibles fundamentos para la exclusión de la prueba ilícita la encontramos en el choque de intereses que se presentan en todo proceso y, en este sentido, el autor argentino Ceferata Nores indica:

"Además, al otorgarle a la violación de una garantía constitucional alguna eficacia (aun indirecta), se le estimularía en la práctica.

Cierto es que esta solución puede llevar a la impunidad de algún delito. Pero es menos cierto que el orden jurídico ha optado en muchos casos por la impunidad, cuando ella ha sido el precio de la tutela de otros intereses que ha considerado más valiosos que el castigo del ilícito, dándoles una protección de rango constitucional-v.gr., la familia-⁷.

Podemos, entonces, indicar que existen diferentes fundamentos para tratar el tema de la prueba ilícita y su exclusión del proceso penal ya que no solo la exclusión se basa en motivos, diríamos políticos del proceso, sino además en la necesidad de tutelar algunos intereses que se consideran más valiosos desde el punto de vista del ámbito de protección que les debe merecer el ordenamiento jurídico y en la necesidad, también, de que el juez no sea utilizado como un instrumento por cuerpos policiales que utilicen métodos no correctos para la recolección de pruebas. Podríamos así resumir que en última instancia, el asegurar un proceso libre de pruebas ilícitas es la mayor garantía de subsistencia de cualquier Poder Judicial a nivel mundial; el utilizar pruebas ilícitas no solo podría vulnerar sensiblemente el equilibrio y los contrapesos de poder en el Estado moderno sino, además, conduciría a un caos de legitimación del aparato judicial; por otro lado es parte del derecho de defensa -y, por lo tanto, del Debido Proceso Penal-, la posibilidad de exclusión de la prueba ilícita.

II. TEMA SEGUNDO: ANTECEDENTES DEL DESARROLLO DEL TRATAMIENTO DE LA PRUEBA ILÍCITA

El tratamiento de la prueba ilícita no es como muchos otros temas en derecho de larga data; por el contrario, el desarrollo de este tema se ha dado específicamente en los últimos dos siglos y sobre todo ha impulsado su desarrollo el Derecho anglosajón que no solo presenta los primeros antecedentes del tratamiento de la prueba ilícita sino que, además, se mantiene a la vanguardia en cuanto al tratamiento que se le debe dar a esta prueba; por eso comenzaremos haciendo referencia al tratamiento que ha recibido el tema de la prueba ilícita en el Derecho norteamericano.

basados en la violencia, la astucia o el engaño no son admisibles.

6 Sentencia del Tribunal Constitucional Español del 21 de mayo de 1986; citada por EDUARDO de URBANO CASTRILLO, Ob. Cit. P. 226.

7 CAFERATA NORES (José); *La Prueba en el Proceso Penal*, Ediciones De Palma, Buenos Aires, Argentina, 2da Edición, 1994, p. 15, 185 págs.

2.1 ANTECEDENTES DEL TRATAMIENTO A LA PRUEBA ILÍCITA EN EL DERECHO ANGLOSAJÓN

El tratamiento de la prueba ilícita en los Estados Unidos comienza muy temprano en su historia de Gobierno independiente del Reino Unido y tiene estricta relación con la promulgación de la Constitución y la garantía de los derechos en ella consagrada. Para aclarar mejor el tratamiento que le han dado al tema de la prueba ilícita resulta de gran interés la clasificación que realiza el autor Díaz Cabiale, citado por Fernández Entralgo, el cual menciona:

"DÍAZ CABIALE distingue, en la evolución del Derecho Norteamericano, tres etapas:

— de 1886 a 1961, como "...período de expansión de la exclusionary rule, que prohíbe la utilización de la prueba obtenida de forma ilícita, y que llega en 1961 a constituir una prohibición absoluta..."

— de 1961 a 1984, como período de progresivo reconocimiento de excepciones que flexibilizan la rigidez de la regla de exclusión.

— de 1984 en adelante, caracterizada por la introducción de la excepción de buena fe ("good-faith exception"), que, a juicio de DÍAZ CABIALE, ...si se aplica en todas sus posibilidades podría dejar sin sentido la regla exclusionaria..."⁸

El nacimiento de la exclusión de pruebas ilegítimamente admitidas tiene entonces su origen en el año 1886 en un caso de *Boyd v. US*⁹, y que tuvo que ver en su momento la incautación de prueba en el domicilio del imputado sin orden judicial; esta prueba consistió en la entrega de unos libros y documentos privados y por este motivo se consideró contrario también a la quinta enmienda por violación al principio

de la no autoinculpación¹⁰ que protege a todos los ciudadanos de los Estados Unidos; a partir de este fallo se dictó otra gran cantidad de fallos que vinieron, poco a poco, a fortalecer el desarrollo de un tratamiento adecuado al tema de la prueba ilícita en el derecho de los Estados Unidos de América.

Otro de los fallos que vino a consolidar más, a nivel federal, el tema de la exclusión de pruebas ilícitamente obtenidas es el citado por Friendly y Elliot, citados por Fernández Entralgo, caso del año 1914 y llamado caso *Weeks v. US*¹¹. Se trató de unos documentos comprometedores que fueron encontrados en el curso de un registro del domicilio del imputado, con cuya llave se había hecho la Policía; estos criterios posteriormente, como nos indica Fernández Entralgo, vinieron a confirmarse con los casos *Wolf v. Colorado*,¹² caso que al dar un soporte definitivo al criterio a nivel federal vino a presentar otro problema tal como nos indica Corwin, citado por Fernández Entralgo y que fue la vulneración de la prohibición federal mediante el juzgamiento estatal de los casos; en este sentido él indica:

"En el caso Weeks v. US(232, US, 383), en 1914, el Tribunal Supremo prohibió que en los Tribunales Federales se admitiesen pruebas obtenidas mediante registros y secuestros ilegales. El criterio fue confirmado por el Juez Franfurter, en la sentencia decisoria del caso Wolf v. Colorado (338, US, 25), en 1949 (la agenda del Doctor Wolf había sido obtenida en un registro sin mandamiento), al tiempo que invitaba al legislador a resolver la cuestión. El criterio discriminatorio condujo a que los funcionarios federales entregaran las pruebas ilegítimamente obtenidas de que disponían a sus colegas de los Estados, para que éstos las pudiesen emplear como fundamento de sus propias acusaciones. Esta denominada doctrina de la "Bandeja de Plata" (state-federal silver platter), cuyo paradigma es el caso Lustig v. US, 338 US 74, 69, S.Ct. 1372, 93 L. ed. 1819 (1949)¹³.

Esta nociva práctica, iniciada a partir del caso en el año de 1949, sin duda alguna significó un duro golpe al sistema de derecho de los Estados Unidos de América ya que la protección que brindaba la propia Constitución y las En-

8 DÍAZ CABIALE, J.A. "La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal". Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial". 20. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1992, págs. 105 y ss., citado por FERNÁNDEZ ENTRALGO (Jesús), Ob. Cit. Pág. 70.

9 Este caso se relacionó con un caso de violación a la IV Enmienda a la Constitución; en relación a este tema es importante indicar que la Constitución de los Estados Unidos establece en su artículo V: "Toda vez que las dos terceras partes de ambas Cámaras lo juzguen necesario, el Congreso propondrá Enmiendas a esta Constitución o, a Solicitud de las Legislaturas de dos tercios de los diversos Estados, convocará una convención para que se propongan las enmiendas; en cualquiera de los casos dichas enmiendas serán válidas por todos Conceptos como parte de esta Constitución cuando sean ratificadas por las legislaturas de las tres cuartas partes de los mismos de conformidad con uno u otro Modo de Ratificación que sea propuesto por el Congreso; a condición de que ninguna enmienda que se pudiera hacer antes del año mil ochocientos ochenta llegue a afectar en modo alguno a la primera y cuarta cláusulas de la Novena Sección del Primer Artículo y de que ningún Estado sin su consentimiento, sea privado de su igualdad de Sufragio en el Senado" siguiendo este proceso se propusieron las primeras diez enmiendas en fecha 25 de Setiembre de 1789 y fueron ratificadas el 18 de Diciembre de 1791, dentro de ellas está la IV enmienda que indica: "El derecho de la Población a la seguridad en sus personas, sus casas, documentos y efectos, contra incautaciones y cateos arbitrarios no deberá ser violado, y no habrán de expedirse las órdenes correspondientes si no existe una causa probable, apoyada en Juramento o declaración solemne, que describa en particular el lugar que habrá de ser inspeccionado y las personas o cosas que serán objeto de detención o decomiso. A esta IV enmienda, así como las otras nueve propuestas, se les llama La Declaración de Derechos.

10 La quinta enmienda, tal como ya indicamos, incluida dentro de las primeras diez reza: "Ninguna persona será detenida para que responda por un delito capital o infamante por algún concepto, sin un auto de denuncia o acusación formulado por un gran jurado, salvo en los casos que se presenten en las fuerzas terrestres o navales, o en la Milicia, cuando éstas estén en servicio efectivo en tiempo de guerra o de peligro público; tampoco podrá someterse a una persona dos veces por el mismo delito, al peligro de perder la vida o sufrir daños corporales; tampoco podrá obligársele a testificar contra sí mismo en una causa penal, ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso judicial; tampoco podrá enajenarse la propiedad privada para darle usos públicos sin una compensación justa.

11 FRIENDLY, F.W. y ELLIOT, M.J.H. Frenos y contrapesos del Poder. El ejemplo de los 200 años de la Constitución Americana"; Tesys-Bosch, Barcelona, 1984, págs. 183-184, citados por FERNÁNDEZ ENTRALGO (Jesús) Ob. Cit. Pág. 73.

12 FERNÁNDEZ ENTRALGO (Jesús) Ob. Cit. Pág. 73.

13 CORWIN, E.S. "La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual", Editorial Fraternal, Argentina, 1987, pág. 466, citado por FERNÁNDEZ ENTRALGO (Jesús) Ob. Cit. Pág. 75.

miendas Cuarta y Quinta se veía fácilmente burlada por la actuación inescrupulosa de algunos tribunales federales, que ante la existencia de evidencias o pruebas ilícitas que al final desencadenaría en un proceso viciado, optaban simplemente por pasar el caso para que fuera juzgado en un Tribunal estatal, violando asimismo la enmienda XIV¹⁴.

Pero esta nociva práctica se mantuvo durante un largo período; en este sentido Fernández Estralgo nos indica:

*"la exclusión de las pruebas ilegítimamente admitidas... durante años se restringió al ámbito de los tribunales federales. La perspectiva del mal menor (less evil) iba a acabar por imponerse totalmente, a partir de la sentencia dictada en el caso Mapp vs. Ohio, en 1961. Con ella no sólo se consolidó el criterio que proclamaba la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas con violación de la IV Enmienda a la Constitución; la sentencia, además, declaró aplicable esta doctrina a las jurisdicciones estatales, por la vía de la invocación de la cláusula del derecho al procedural due process of law, contenida en la XIV Enmienda... en el caso Mapp, el Tribunal Supremo Federal Norteamericano concluía: "...Nuestra decisión, fundada en la razón y en la verdad, da a la persona nada más que lo que la Constitución le garantiza; al funcionario policial, no menos de aquello para lo que está legitimado por la honrada aplicación de la Ley, y a los tribunales, esa integridad judicial (judicial integrity), tan necesaria en la verdadera administración de justicia..."*¹⁵.

Es importante rescatar de esta cita cómo, claramente, hace referencia el Tribunal Supremo Federal Norteamericano a la necesidad de preservar la integridad judicial, no solo desde el punto de vista del respeto de la ley sino, además, de no comprometer a los jueces por las fallas de los órganos policiales o del ente acusador.

No obstante, en los últimos veinticinco años la situación ha cambiado en relación al tema de la prueba ilícita y se ha abierto una serie de posibles objeciones a la exclusión de la prueba ilícita tal como nos lo indica el autor Eduardo de Urbano Castrillo; al referirse el camino que ha tomado el tratamiento del tema de la prueba ilícita en los Estados Unidos de Norteamérica refiere:

"Como es sabido, el único lugar donde en los últimos años se ha ido construyendo una doctrina jurisdic-

*cional propia sobre qué hacer con el material probatorio ilícito (illegally obtained evidence") ha sido los Estados Unidos. Díaz Cabiale ha hecho un estudio histórico resumido de las diversas fases por las que ha atravesado el tema en la jurisprudencia federal de los Estados Unidos de América del que puede concluirse que el problema se viene tratando desde hace más de un siglo y que ha pasado desde un momento de expansión de la "exclusionary rule", que prohibía la utilización de la prueba obtenida de forma ilícita y que llega en 1961 a constituir una prohibición absoluta, a otras etapas en las que por razones de política criminal y de la misma composición de la Corte Suprema se ha ido tamizando dicha posición introduciendo elementos teóricos que reducen su alcance: primero la "balancing-test", que pone en el arbitrio judicial la capacidad de sopesar, en cada caso, los supuestos en qué aplicar la "exclusionary rule" y desde 1984, a través de la "good-faith exception" se empezó a no excluir del proceso las pruebas obtenidas por un agente policial que actuó de forma razonable y creyendo que lo hacía de forma legal"*¹⁶.

Es claro cómo se ha pretendido flexibilizar un poco las posibilidades a aplicar ante un panorama de pruebas ilícitas y no dejar totalmente cerrada la posibilidad de incluir pruebas ilícitamente obtenidas y que se incorporan al proceso para ser tomadas en cuenta por el Juzgador; asimismo debemos también indicar que el ordenamiento contempla algunas excepciones de valoración de prueba ilícita tal como nos señala Fernández Estralgo. El mismo nos indica, al referirse a la regla de exclusión:

*"Ante todo si el objetivo es el control de los agentes policiales, no se extenderá a la obtenida ilegalmente por particulares (no aludidos, además, por la IV Enmienda), según reitera la sentencia US v. Jacobsen; e incluso-aunque haya dado lugar a severas críticas, y existan fallos discrepantes-por oficiales de policía extranjeros. Tampoco juega la regla de exclusión cuando un particular entrega a la Policía prueba conseguida indebidamente. El caso típico es el de piezas de convicción obtenidas mediante registros privados. Sin embargo, la comprensión de los tribunales quiebra cuando la acción del particular ha sido provocada por un requerimiento policial"*¹⁷.

Estas excepciones no son las únicas sino que además se han comenzado a señalar otra serie de excepciones ya conocidas en nuestro derecho como la del Descubrimiento Inevitable, de la cual al referirnos mas ampliamente al tema de la doctrina del fruto del árbol envenenado, retomaremos, así como una serie de controvertidos fallos que han puesto de relieve si la protección a ciertos derechos va a subsistir ante un fin como lo es la lucha contra la delincuencia.

14 Esta enmienda se ratificó el 9 de Junio de 1866 e indica: "Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos, y sujetas a su jurisdicción, serán ciudadanos de los Estados Unidos. Y del Estado donde residieren. Ningún Estado podrá dictar o poner en vigor ley alguna que menoscabe los privilegios e inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; y ningún Estado podrá privar a persona alguna de la vida, la libertad o la propiedad, sin un procedimiento jurídico regular; ni podrán negar a persona alguna bajo su jurisdicción la igual protección de las leyes". Esta enmienda vino a sellar definitivamente el capítulo de la esclavitud en Estados Unidos. No obstante, ha servido, además, para otra serie de fines entre ellos el primordial, quizá, para establecer que los Estados, a pesar de su independencia, deben respetar los mismos derechos garantizados por el Gobierno Federal a sus ciudadanos.

15 FERNANDEZ ENTRALGO (Jesús) Ob. Cit. Pág. 74 y 80.

16 EDUARDO DE URBANO CASTRILLO, Ob. Cit. Pág. 229.

17 FERNÁNDEZ ENTRALGO (Jesús) Ob. Cit. Pág. 80 y 81.

III. TEMA TERCERO: EL TRATAMIENTO DADO A LA PRUEBA ILÍCITA EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL COSTARRICENSE

3.1. TRATAMIENTO QUE LE HA DADO LA JURISPRUDENCIA CONTITUCIONAL

En nuestro país el tema de la prueba ilícita tiene un período de tratamiento muy corto que podríamos situar a inicios del año 1990, esto por cuanto mediante Ley 7135 de fecha 11 de octubre de 1989, denominada Ley de la Jurisdicción Constitucional¹⁸ y con la cual se crea por primera vez un Tribunal Constitucional en nuestro país, control de Constitucionalidad Centralizado, así con la creación de la Sala Constitucional y durante la vigencia del Código de Procedimientos Penales,¹⁹ se comienzan a dar los primeros votos que analizan concretamente el problema de la prueba ilícita y podemos citar entre ellos:

-El voto que declaró inconstitucional el artículo 221 del Código de Procedimientos Penales,²⁰ en el cual es de rescatar el interés en tutelar la intimidad como derecho fundamental garantizado por nuestra Constitución, siendo que solo por resolución judicial motivada se puede vulnerar el citado derecho, siendo nula y carente de valor probatorio cualquier intervención que no siga el citado proceso.

-Posteriormente la Sala, confirmando el voto 802-90 y lo dispuesto en él, determinó que no se puede utilizar, para probar hecho alguno, la prueba obtenida ilícitamente²¹, criterio que se convirtió en Jurisprudencia reiterada de la Sala.²²

-Asimismo, la Sala definió que, en relación a la prueba que no fuera declarada ilícita y que consta en el mismo proceso, siempre que no sea derivada de la prueba ilícita conserva su plena validez; este criterio se ha llamado en doctrina la Teoría de la Fuente Independiente.²³ Esta teoría de la Fuente Independiente ha encontrado gran acogida en la Jurisprudencia de la Sala y con posterioridad al dictado del voto 701-91.²⁴

-Por otro lado la Sala Constitucional definió también en un voto del año 1991,²⁵ que es irrenunciable el derecho de

abstenerse de declarar contra sí mismo o contra sus familiares, ya que existe un valor de protección de los vínculos familiares y que el Tribunal no puede incorporar legítimamente como prueba una declaración brindada con anterioridad sin violar el privilegio de abstención y que, por lo tanto, una prueba incorporada en esas condiciones es ilegítima.

-Otra de las excepciones a la producción de prueba que definió la Sala Constitucional está referida a la utilización del imputado como fuente de prueba,²⁶ indicando la Sala que el imputado puede ser fuente de prueba en aquellos casos en que la obtención de la misma ni importe daño físico o psíquico para el sujeto, ni lesione los derechos propios de un ser humano. Es importante indicar que estamos, en este caso, hablando de actos que requieran solamente colaboración pasiva del imputado, como extracción de sangre, de cabellos, reconocimientos físicos y médicos.

-Por otro lado la Sala también vino a aclarar mejor la situación de la prueba derivada de la ilícita, determinando que la llamada prueba derivada de una Prueba ilícita no tiene valor probatorio.²⁷ Con esta resolución y la importante resolución 1739-92,²⁸ que desarrolla el contenido del debido proceso, se acoge en definitiva por nuestra Sala Constitucional la Tesis del Fruto del Árbol Envenenado que dispone que se deben eliminar aquellas pruebas no ilegítimas *per se* en cuanto se haya llegado a su obtención por medio de pruebas ilegítimas. En este sentido, es importante aclarar y como lo trataré más adelante que existen algunas excepciones a esta teoría ya desarrolladas en nuestro país sobre todo por la Sala Tercera de lo Penal y que será tema de tratamiento en este trabajo.

-Otras importantes resoluciones a mi parecer de la Sala Constitucional en relación con el tema de la Prueba ilícita se dieron con la adopción de la Sala Constitucional de la Teoría de la Supresión Hipotética y que mediante un silogismo lógico permite establecer si con la exclusión o inclusión de prueba ilícita se puede variar el resultado de un proceso y el grado de convicción del juzgador.²⁹

Hasta este punto es importante establecer que nuestra Sala Constitucional, definitivamente vino a sentar las bases para la consideración del Derecho a la Exclusión de Pruebas Ilícitas en nuestro Proceso Penal, y ha sido principalmente su Jurisprudencia pionera en este campo, permitiendo que esto se traslade a los demás tribunales del país,³⁰ quienes están

18 Esta ley vino a adicionar el artículo 490 del Código de Procedimientos, incluyendo el inciso sexto, que permitió a partir de este momento la interposición del Recurso de Revisión, cuando en el dictado de la sentencia no se hubiera respetado o el debido proceso o el derecho de defensa u oportunidad de defensa como indica la norma, en realidad diríamos que cualquier violación al derecho de defensa es a su vez una violación al debido proceso. Por otro lado además esta ley estableció una consulta judicial perceptiva del Juez de Casación Penal, cuando debe resolver los recursos de Revisión a que se refiere el artículo 42 de la Constitución cuando se funden en una violación a los principios del debido proceso o de los derechos de audiencia o de defensa, esto con el fin de que la Sala defina el contenido, alcance y condiciones de tales principios y derechos, esto establecido así en el artículo 102 de la Ley de Jurisdicción Constitucional.

19 Ley de la República Número 5377 del 19 de octubre de 1973 y que se mantiene en vigencia hasta el 01 de enero de 1998, cuando entra en vigencia el actual Código Procesal Penal.

20 Resolución de la Sala Constitucional Número 802-90.

21 Resolución de la Sala Constitucional Número 1345-90.

22 Resoluciones de la Sala Constitucional Números 15-91, 320-91.

23 Resolución de la Sala Constitucional Número 701-91, asimismo es de hacer notar que ya en el voto 1345-90.

24 Reiterada en las Resoluciones de la Sala Constitucional 611-90, 1739-92, 2529-94, 3306-94, 2834-00, 9127-01. En igual sentido de la Sala Tercera, 456-F-94, 539-94, 819-98, 180-00, 1125-00, 212-02 y 291-02, .

25 Resolución de la Sala Constitucional Número 264-91 que es una Consulta Judicial.

26 Resolución de la Sala Constitucional Número 556-91.

27 Resolución de la Sala Constitucional Número 540-91.

28 Resolución de la Sala Constitucional Número 1739-92 o llamado voto del Debido Proceso.

29 Resoluciones de la Sala Constitucional números, 1739-92, 3306-94, 5100-95, 2834-00, en igual sentido de la Sala Tercera Resoluciones 53-F-92, 47-F-92, 456-F-94 Y 171-F-95, Asimismo Tribunal de Casación Penal número 66-F-99.

30 En este sentido es importante establecer que por disposición del artículo 13 de la Ley de Jurisdicción Constitucional, los precedentes y la Jurisprudencia de la Jurisdicción Constitucional son vinculantes erga omnes, salvo para sí misma, no presentándose en nuestro país el fenómeno de la Bandeja de Plata que mencioné al tratar el tema de prueba ilícita en los Estados Unidos, donde por mucho tiempo algunos fallos no cobijaban los Tribunales Estatales, lo que sirvió para que los procesos viciados por prueba ilícita se pasaran de Tribunales Federales a Estatales para su Juzgamiento.

en la obligación de acatar sus fallos. Asimismo, con el fin de reformar el proceso de instrucción formal en nuestro país se dio en los años noventa un renovado vigor de la discusión del cambio de un proceso de Instrucción Formal, diríamos arcaico a un procedimiento más acusatorio, siendo que con el fin de establecer este nuevo código sirvió de guía el Código Procesal Penal Tipo para América Latina, en el cual se hace una referencia directa al tema de la prueba ilícita,³¹ en cuanto a la imposibilidad de su valoración y la imposibilidad de valorar aquellos actos cumplidos con inobservancia de normas del proceso.

Esta regulación que estableció el Código Procesal Penal Tipo para América Latina y mucho de lo ya resuelto por la Sala Constitucional se tradujo en normativa en nuestro país con la promulgación del Código Procesal Penal³² que incorporó en el Libro Tercero referente a Medios de Prueba dos artículos que regulan específicamente el tema de prueba ilícita; estos disponen:

-Artículo 180. Objetividad.

"El Ministerio Público y los tribunales tienen el deber de procurar por sí la averiguación de la verdad mediante los medios de prueba permitidos, cumpliendo estrictamente con los fines de la persecución penal y los objetivos de la investigación."

-Artículo 181. Legalidad de la Prueba.

"Los elementos de prueba sólo tendrán valor si han sido obtenidos por un medio lícito e incorporados al procedimiento conforme a las disposiciones de este código.

A menos que favorezca al imputado, no podrá utilizarse información obtenida mediante tortura, maltrato, coacción, amenaza, engaño, indebida intromisión en la intimidad del domicilio, la correspondencia, las comunicaciones, los papeles y los archivos privados, ni información obtenida por otro medio que menoscabe la voluntad o viole derechos fundamentales de las personas."

Es claro que estos dos artículos conjuntamente con la Jurisprudencia Constitucional mencionada y algunos otros fallos de la Sala Tercera indicados en las citas precedentes y del Tribunal de Casación también citados vienen a convertirse en valiosas herramientas para la exclusión de la prueba ilícita en nuestro país.

IV. TEMA CUARTO:

TRATAMIENTO DE LA PRUEBA ILÍCITA EN INSTRUMENTOS DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS.

El tratamiento del tema de la prueba ilícita ha sido, diríamos, primordial en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos los cuales contienen alguna regulación sobre prueba ilícitamente obtenida y la prohibición para su utilización; nuestra Sala Constitucional ha otorgado eficacia SupraConstitucional a los instrumentos sobre Derechos Humanos en votos 3435-92, 5753-93 y 2313-95; asimismo ha dado valor a aquellos tratados, convenciones o acuerdos no suscritos o aprobados por el procedimiento constitucional en el voto 7498-2000; esto es importante referirlo en cuanto estos instrumentos aprobados no tienen vigencia en nuestro ordenamiento y por eso que realizaremos una breve referencia a cada uno de estos instrumentos y su regulación.

4.1 Declaración Universal de Derechos Humanos

Esta trascendental Declaración³³ dictada después de la Segunda Guerra Mundial y que viene a sentar las bases de un nuevo orden mundial, en su preámbulo establece que es esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión. Es claro que el derecho se ve también como un instrumento limitante del poder que viene a graduar su actuación; en dicha declaración encontramos en el artículo 12 una clara referencia a la protección de ámbitos de intimidad y la protección de la dignidad humana y el deber de garantizar la protección contra estos ataques; el citado artículo indica:

-Artículo 12.

"Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra tales injerencias o ataques."

Tal como hemos apreciado a lo largo de este trabajo, la mayoría de prueba ilícita ha tenido que ver con violación no autorizada de ámbitos de intimidad y, sin duda alguna, este artículo es un buen referente de la protección que la ley debe dar al ámbito de intimidad de las personas, a sus comunicaciones y documentación privada y a la dignidad de la persona³⁴.

³¹ Básicamente la Regulación la contienen dos artículos el 149 y el 225, el artículo 149 establece que: "todo elemento de prueba, para ser valorado, debe haber sido obtenido por un procedimiento permitido e incorporado al proceso conforme a las disposiciones de este Código y el artículo 225, que establece: "no podrán ser valorados para fundar una decisión judicial, ni utilizados como presupuesto de ella, los actos cumplidos con inobservancia de las formas y condiciones previstas en este Código".

³² Ley de la República 7594, dada en San José a los veintiocho días del mes de marzo de 1996 que entró en vigencia por disposición de su artículo 472, en fecha 1 de enero de 1998.

³³ Adoptada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

³⁴ El respeto a la Dignidad de la Persona fue el principal argumento para eliminar algunas prácticas que atentan contra la dignidad del ser humano como los test falométricos.

4.2 Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre

Esta importante Declaración Americana,³⁵ en su preámbulo establece que todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos, menciona que el cumplimiento del deber de cada uno es la exigencia del derecho de todos, e indica que si los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad; como era de esperar esta declaración también trata el tema de la protección de Derechos Fundamentales y la defensa que de los mismos debe realizar la ley, es así como dispone:

-Artículo V.

Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar.

-Artículo IX.

Toda persona tiene el derecho a la inviolabilidad de su domicilio.

-Artículo X.

Toda persona tiene el derecho a la inviolabilidad y circulación de su correspondencia.

Vemos cómo se protege aún más claramente el ámbito de intimidad de cada persona, su vida privada y familiar dando un lugar preponderante a la Familia y se protege también la correspondencia privada de las personas, estableciendo la obligación de los estados de velar por la sanción de leyes que protejan estos derechos y porque se logre el cumplimiento de las mismas.

4.3 Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)

A los efectos de los ordenamientos americanos es la Convención³⁶ que viene a consolidar de una vez por todas la protección de derechos fundamentales por encima de la protección legal que las legislaciones internas otorgan; en su preámbulo se indica que los derechos esenciales del hombre no nacen del derecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados Americanos y retoma así, en este espíritu de protección de los derechos fundamentales, algunos postulados claves en la exclusión de prueba ilícita; en este sentido establece:

-Artículo 8. Garantías Judiciales.

"...2.. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el pro-

ceso toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- a) *Derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal.*
 - b) *Derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el estado...*
 - c) *Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable*
3. *La confesión del inculcado solamente es válida si en hecha sin coacción de ninguna naturaleza".*
- Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad.*
1. *Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.*
 2. *Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.*
 3. *Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra esas injerencias o ataques.*

Es claro como la protección brindada por esta Convención se extiende ya a otros supuestos como lo son las pruebas de confesión obtenidas mediante coacción o sin la presencia de un profesional letrado, las cuales son ilícitas y establece claramente la exclusión de las mismas como material probatorio de cualquier proceso penal.

4.4 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Este instrumento³⁷ de protección de Derechos Humanos viene a desarrollar más ampliamente algunos de los Derechos establecidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos y contempla una regulación muy similar a la del Pacto de San José, es así como dispone:

-Artículo 14."

"...3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad a las siguientes garantías mínimas:

- a) *A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;*
- b) *A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección....a que se le nombre un defensor de oficio gratuitamente, si carece de medios para pagarlo.*
- c) *A ser asistida por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el Tribunal;*

³⁵ Aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana, Bogotá, 1948.

³⁶ Adoptada en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos que entró en vigor el 18-7-78.

³⁷ Adoptado por la Asamblea General de la ONU el 16 de diciembre de 1966 y entró en vigencia el 23 de marzo de 1976.

d) *A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.*

-Artículo 17.

1. *Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.*
2. *Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.*

Tal como indicaba la protección es muy similar a la de los anteriores instrumentos, no obstante es importante porque refuerza ésta.

4.5 Convención Americana para Prevenir y Sancionar la Tortura

Esta importante Convención³⁸ tiene como propósito el consolidar en este continente americano las condiciones que permitan el reconocimiento y respeto de la dignidad inherente a la persona humana y asegurar el ejercicio pleno de sus libertades y derechos fundamentales, así como erradicar cualquier forma de tortura y, aún con mayor razón, erradicar la misma de los procedimientos utilizados por la policía para la producción de prueba con el fin de utilizarla en procesos judiciales; en este sentido esta Convención establece:

-Artículo 10.

Ninguna declaración que se comprueba haber sido obtenida mediante tortura podrá ser admitida como medio de prueba en un proceso, salvo que se siga contra la persona o personas acusadas de haberla obtenido mediante actos de tortura y únicamente como prueba de que, por ese medio, el acusado obtuvo tal declaración.

Vemos en esta norma una referencia directa a la ilegalidad de la práctica de la tortura y a la ilegalidad de la utilización de dicha prueba en cualquier proceso judicial.

4.6 Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos o Degradantes.

Esta Convención³⁹ se dicta para ampliar la ya establecida protección en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos contra la tortura y busca hacer más eficaz la lucha contra la tortura y los tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes en el mundo; en relación a prueba ilícita dispone:

-Artículo 15.

Todo Estado Parte se asegurará de que ninguna declaración que se demuestre que ha sido hecha como resultado de tortura pueda ser invocada como prueba en

ningún procedimiento, salvo en contra de una persona acusada de tortura como prueba de que se ha formulado la declaración.

Como vemos, es muy similar a la protección que otorga la Convención Americana para Prevenir y Sancionar la Tortura y viene a completar esta protección a nivel mundial y ha a reafirmar la prohibición de utilizar esta prueba ilícita en procesos judiciales. Finalmente es importante indicar que en las Reglas de Mallorca, específicamente la recomendación 33 contiene una prohibición de utilización de prueba ilícita; asimismo el Tribunal Constitucional Español en su Jurisprudencia⁴⁰ niega esta posibilidad de utilizar en el proceso una prueba obtenida violentando un Derecho Fundamental.

V. TEMA QUINTO: TRATAMIENTO DADO EN NUESTRO ORDENAMIENTO A LA PRUEBA ILÍCITA

5.1 Constitución Política

Nuestra Constitución tiene también varias normas que regulan el tema de prohibiciones a la producción de prueba y, por lo tanto, sanciona la existencia de prueba ilícita estas normas son:

-Artículo 22.

El domicilio y todo otro recinto privado de los habitantes de la República son inviolables. No obstante pueden ser allanados por orden escrita de juez competente, o para impedir la comisión o impunidad de delitos, o evitar daños graves a las personas o a la propiedad, con sujeción a lo que prescribe la ley.

-Artículo 24

Se garantiza el derecho a la intimidad y a la libertad y el secreto de las comunicaciones. Son inviolables los documentos privados y las comunicaciones escritas, orales y de cualquier otro tipo de los habitantes de la República. Sin embargo, la ley, cuya aprobación y reforma requerirá de los votos de dos tercios de los diputados que forman la Asamblea Legislativa, fijará en que casos los Tribunales de Justicia podrán ordenar el secuestro, registro o examen de los documentos privados, cuando ello sea absolutamente indispensable para esclarecer asuntos sometidos a su conocimiento. Igualmente esta ley determinará los casos en que los tribunales de justicia podrán ordenar la intervención de cualquier tipo de comunicación e indicará los delitos en cuya investigación se podrá autorizar el uso de esta potestad excepcional y el tiempo durante el que se permitirá. Asimismo, señalará las responsabilidades y sanciones en que incurrirán los funcionarios que apliquen ilegalmente esta excepción. Toda resolución judicial amparada en esta norma deberá ser razonada, podrá ser ejecutada de inmediato y su aplicación y control serán en forma in-

38 Adoptada por la Asamblea General de la OEA el 9 de diciembre de 1985 y que entró en vigencia el 28 de febrero de 1987.

39 Aprobada por la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1984 y que entró en vigencia el 26 de julio de 1987.

40 Sentencia del Tribunal Constitucional 114/1984 FJ 4.

delegable, responsabilidad de la autoridad judicial...La correspondencia que fuere sustraída y la información obtenida como resultado de la intervención ilegal de cualquier comunicación no producirán efectos legales.

-Artículo 30.

Se garantiza el libre acceso a los departamentos administrativos con propósitos de información sobre asuntos de interés público. Quedan a salvo los secretos de Estado.

-Artículo 36.

En materia penal nadie está obligado a declarar contra sí mismo, ni contra su cónyuge, ascendientes, descendientes o parientes colaterales hasta el tercer grado inclusive de consanguinidad o afinidad.

-Artículo 40.

Nadie podrá ser sometido a tratamientos crueles o degradantes ni a penas perpetuas, ni a la pena de confiscación. Toda declaración obtenida por medio de violencia será nula.

Es claro aquí que la Constitución sanciona con nulidad absoluta toda declaración obtenida mediante violencia; esta prueba no puede introducirse válidamente en el proceso y, si se diera, su introducción sería una prueba nula.

5.2 Código Procesal Penal

Nuestro Código Procesal Penal tiene algunas disposiciones específicas sobre el tratamiento que se le debe dar a la prueba ilícita en nuestro ordenamiento; estas disposiciones están referidas a los siguientes artículos:

-Artículo 99.

La inobservancia de los preceptos relativos a la declaración del imputado impedirá que ésta se utilice en su contra, aún cuando él haya dado su consentimiento para infringir alguna regla o utilizar su declaración.

-Artículo 175. Principio General de la Actividad Procesal Defectuosa..

No podrán ser valorados para fundar una decisión judicial ni utilizados como presupuesto de ella, los actos cumplidos con inobservancia de las formas y condiciones previstas en la Constitución, en el Derecho Internacional o Comunitario vigente en Costa Rica y en este Código salvo que el defecto haya sido saneado, de acuerdo con las normas que regulan la correlación de las actuaciones judiciales.

-Artículo 176. Protesta.

Excepto en los casos de defectos absolutos, el interesado deberá protestar por el vicio, cuando lo conozca. La protesta deberá describir el defecto y proponer la solución correspondiente.

-Artículo 177 Convalidación.

Salvo los casos de defectos absolutos, los vicios quedarán convalidados en los siguientes casos:

- a) *Cuando las partes o el Ministerio Público no hayan solicitado oportunamente su saneamiento.*
- b) *Cuando quienes tengan derecho a impugnarlo hayan aceptado, expresa o tácitamente, los efectos del acto.*
- c) *Si, no obstante su irregularidad, el acto ha conseguido su fin respecto de los interesados o si el defecto no ha afectado los derechos y facultades intervinientes.*

El saneamiento no procederá cuando el acto irregular no modifique, de ninguna manera, el desarrollo del proceso ni perjudique la intervención de los interesados.

-Artículo 178 Defectos Absolutos.

No será necesaria la protesta previa y podrán ser advertidos aún de oficio, los defectos concernientes:

- a) *A la intervención, asistencia y representación del imputado en los casos y formas que la ley establece o los que impliquen inobservancia de derechos y garantías previstos por la Constitución Política, el Derecho Internacional o Comunitario vigentes en el país y la ley.*
- b) *Al nombramiento, capacidad y constitución de jueces o tribunales.*
- c) *A la iniciativa del Ministerio Público en el ejercicio de la acción penal y su participación en el procedimiento.*

-Artículo 179 Saneamiento.

Los defectos deberán ser saneados, siempre que sea posible, renovando el acto, rectificando el error o cumpliendo con el acto omitido, de oficio o a instancia del interesado. Bajo pretexto de renovación del acto, rectificación del error o cumplimiento del acto omitido, no puede retrotraerse el proceso a períodos ya precluidos, salvo casos expresamente previstos en este Código.

-Artículo 180.- Objetividad.

El Ministerio Público y los Tribunales tienen el deber de procurar por sí la averiguación de la verdad mediante los medios de prueba permitidos, cumpliendo estrictamente con los fines de la persecución penal y los objetivos de la investigación.

-Artículo 181.- Legalidad de la Prueba.

Los elementos de prueba sólo tendrán valor si han sido obtenidos por un medio lícito e incorporados al procedimiento conforme a las disposiciones de este Código. A menos que favorezca al imputado, no podrá utilizarse información obtenida mediante tortura, maltrato, coacción, amenaza, engaño, indebida intromisión en la intimidad del domicilio, la correspondencia, las comunicaciones, los papeles y los archivos privados, ni información obtenida por otro medio que menoscabe la voluntad o viole derechos fundamentales de las personas.

-Artículo 182.-Libertad probatoria.

Podrán probarse los hechos y las circunstancias de interés para la solución correcta del caso, por cualquier medio de prueba permitido, salvo prohibición expresa de la ley.

-Artículo 183.-Admisibilidad de la Prueba.

Para ser admisible, la prueba deberá referirse, directa o indirectamente, al objeto de la averiguación y deberá ser útil para descubrir la verdad.

Los tribunales podrán limitar los medios de prueba ofrecidos para demostrar un hecho o una circunstancia, cuando resulten manifiestamente superabundantes.

El tribunal puede prescindir de prueba cuando esta sea ofrecida para acreditar un hecho notorio.

Es claro que nuestro Código es sumamente claro al tratamiento que se le debe dar a la prueba ilícita y es que no se puede tomar en cuenta para fundamentar la sentencia; no obstante es importante establecer, como lo estaré analizando más adelante, que la Jurisprudencia es la que ha venido a determinar en qué casos sí se pueden valorar algunas excepciones, principalmente a la Doctrina de los Frutos del Árbol Envenenado.

VI. TEMA SEXTO: LAS PROHIBICIONES PROBATORIAS Y SU TRATAMIENTO EN NUESTRA JURISPRUDENCIA

La actividad probatoria del Juzgador, en su labor de averiguación de la verdad, tal como indiqué anteriormente al citar a Hassemmer, es la obtención formalizada de la verdad la que interesa al ordenamiento y, en algunos casos, ni siquiera la obtención de la verdad, ya que emergen intereses de mayor tutela de algunos derechos por encima del de verdad. Es precisamente en este campo que el Derecho se ha llenado de requisitos y formalidades en el ofrecimiento de la prueba, su recepción y valoración, y estas limitaciones, en cuanto a la actividad probatoria, están dadas por la Constitución y los Tratados Internacionales⁴¹ que regulan la existencia de Derechos Fundamentales y, además, están dadas por la Legislación Interna, en nuestro Caso el Código Procesal Penal, buscando, de esta forma, que se respeten la dignidad humana, valores superiores como el de la unidad familiar, el respeto al debido proceso, el respeto al equilibrio de las partes en el proceso, el respeto del derecho de defensa y de audiencia entre otros, tal como nos refieren los Autores Nacionales Mora y González, estas prohibiciones son de dos tipos. En este sentido ellos indican:

"Desde una primera perspectiva las limitaciones en general pueden clasificarse en absolutas y relativas. Es-

⁴¹ Nuestra Sala Constitucional, en Resoluciones números 282-90 y 300-90, estableció claramente la vigencia de las disposiciones de los Tratados cuando resulten ejecutivas y ejecutables sin que se requiera el desarrollo de éstas por normas de derecho interno. Asimismo establece que, en caso de una antinomia normativa, prevalecen las disposiciones del Tratado sobre el Ordenamiento Interno.

tamos frente a limitaciones absolutas cuando la ley no permite que sean investigados ciertos objetos de prueba (hechos, circunstancias, calidades personales, relaciones etc.). En estos supuestos, la ley prohíbe el objeto o el tema sobre el que versa la prueba, como resultado de la limitación derivada del Código Tipo⁴² al excluir el testimonio de quien debe guardar secreto, sea particular u oficial (Art.172).

Las limitaciones relativas son aquellas que impiden verificar un objeto de prueba recurriendo a ciertos medios de prueba, o cuando se restringe la posibilidad de probar a determinados medios de prueba. En este caso la Ley prohíbe el uso de ciertos métodos, ya no como el tema, como ocurre en el Código Tipo al prohibirse la Tortura, los psicofármacos, Sueros de la Verdad, Hipnosis...."⁴³

Era importante realizar esta precisión ya que muchas veces la prueba en sí misma no está proscrita, sino lo que se proscribió es el método usado para conseguir dicha prueba. Otro elemento importante que merece mención en cuanto a las prohibiciones probatorias es el tema de la obtención de prueba mediante tortura y que en algún momento presentó polémica en nuestro país. Es la disposición del Código Procesal Penal en el artículo 181, párrafo segundo que permite en caso de favorecer al imputado, información obtenida mediante tortura, maltrato, coacción, amenaza, engaño, indebida intromisión en la intimidad del domicilio, la correspondencia, etc.⁴⁴ La Sala entró a resolver la cuestión y en una extracción del voto que seguidamente reseño, indicó:

"Esta posibilidad de utilización de la prueba ilícita a favor del imputado, conforme se señaló, representa una penalización más, acordada por el legislador contra las actuaciones de las autoridades pública, que infrinjan los derechos fundamentales de las partes dentro del proceso; lo cual, lejos de representar una permisón o autorización es un claro reforzamiento de la garantía para que el Estado, no sólo no puede utilizar esa prueba en contra del imputado, sino que, además exista la posibilidad de valorarla a su favor, lo cual pretende desestimular aún más la conducta ilícita de los agentes estatales en la investigación de delitos. El hecho de que se le otorgue valor a dichas probanzas no puede interpretarse como una permisón del ordenamiento jurídico, no como un incentivo, porque conforme se dijo, tanto los funcionarios públicos como los sujetos particulares que

⁴² Se refiere al Código Procesal Penal Tipo para América Latina (CPPT).

⁴³ MORA MORA (Luis Paulino) y GONZÁLEZ ÁLVAREZ (Daniel), La Prueba en el Código Procesal Penal Tipo Para América Latina, Revista de Ciencias Penales, Año 4, Número 5, Marzo-Junio 1992, San José, Costa Rica, ABC Ediciones S.A. Pág. 58, 102 pgs.

⁴⁴ Este artículo del Código Procesal Penal fue objeto de una acción de inconstitucionalidad presentada por el entonces defensor de los Habitantes José Manuel Echandi Meza, en fecha 17 de diciembre del año 2001, dictando la Sala Constitucional el Voto 6511-2002 de las catorce horas con cincuenta y cinco minutos del tres de julio del año dos mil dos, en el cual se considera por parte de la Sala que el artículo 181 párrafo segundo del Código Procesal Penal no es contrario al Derecho de la Constitución.

*intervengan en el quebranto a los derechos constitucionales son susceptibles de ser sancionados tanto penal, como civil, laboral, o administrativamente*⁴⁵.

Es claro que esta autorización de utilización de prueba ilícita lo es solo en beneficio del imputado y como sanción a un acto ilegal, nunca es una aprobación para que el Juzgador utilice esta prueba para fundamentar sanción alguna en perjuicio del imputado.

Finalmente, es importante mencionar que nuestro Código Procesal Penal establece un principio de Libertad Probatoria,⁴⁶ pudiendo utilizar el operador jurídico cualquier medio de prueba pero siempre que sea permitido y exista un interés en probar ese hecho, ya que puede ser que no sea pertinente o resulte superabundante la prueba y no se requiera probar determinados hechos.

6.1 PROHIBICIONES RELACIONADAS A LA OBTENCION DE LA PRUEBA

Dentro de estas limitaciones abarcaremos todas aquellas relacionadas a la producción o práctica de la prueba y que se refiere a algunas excepciones a la posibilidad de producción de prueba establecida en la Constitución Política, Instrumentos Internacionales de Protección de Derechos Humanos y en la propia Ley; la violación a estas normas acarrea la inadmisibilidad de la prueba.

6.1.1 Limitaciones que prohíben un concreto tema como objeto de prueba

Se ha señalado tradicionalmente, dentro de estas limitaciones, el caso de los secretos de Estado que en nuestro país no pueden probarse;⁴⁷ también se pueden incluir dentro de estas limitaciones aquellas personas obligadas a guardar secreto⁴⁸ y también, como indicamos anteriormente, se puede limitar aquella prueba superabundante o no pertinente⁴⁹.

6.1.2. Limitaciones para la utilización de ciertos métodos de Investigación

En relación con los métodos de investigación no susceptibles de ser utilizados, existe una abundante prohibición de utilización de medios que atenten contra la dignidad humana, de tal manera que no se puede recurrir a la tortura práctica sancionada no sólo por los tratados internacionales ya indicados, sino, además, por nuestra propia Constitución⁵⁰ que no permite la utilización de tratamientos crueles o degradantes

y que sanciona con nulidad aquellas declaraciones obtenidas por medio de la violencia; por otro lado hay limitaciones en nuestro Código Procesal Penal⁵¹, y tampoco se puede recibir declaración de personas bajo efecto de drogas,⁵² por cuanto dependiendo del grado de intoxicación del organismo no puede comprender la responsabilidad que implica el declarar en una causa penal.

6.1.3 Limitaciones a la utilización de algunos medios de prueba

Estas limitaciones se refieren a métodos del todo imposibles de usar como la tortura o tácticas engañosas para obtener una confesión; asimismo, se ha indicado también por algún sector de la doctrina nacional⁵³ que están incluidos en estos casos de excepción la no obligatoriedad de parientes de imputados de rendir declaración en su contra,⁵⁴ es claro que algunos actos llevado a cabo sin seguir las formalidades del código estarían también incluidos dentro de estos supuestos como reconocimientos sin juramentación del testigo, allanamientos sin orden, entre otros.

6.1.4 Limitaciones referidas a los requisitos formales o condiciones para que la prueba sea introducida al proceso

Esta se refiere a las reglas, condiciones, requisitos etc. que el sistema procesal establece a fin de incluir material probatorio que puede estar referido a la oportunidad de ofrecer pruebas⁵⁵ o reglas para el procedimiento de incorporar prueba⁵⁶ a una causa; aquí es importante determinar si la inobservancia está referida a un vicio que permita su subsanación ya que en este caso la prueba no sería nula sino que únicamente se subsana el vicio; dentro de estos casos podemos incluir las reglas fijadas sobre registros, careos, requisas, peritajes, inspecciones etc.

6.2 PROHIBICIONES DE VALORACIÓN DE PRUEBA

Como todos hemos sido testigos no solo en importantes casos en el país, sino en famosos casos como el de O. J. Simpson, quizá el más famoso a nivel mundial por la masiva publicidad que utilizó, a veces los controles que impiden la introducción de prueba ilícita al proceso falla y muchas veces falla la objetividad de algunas partes procesales que ven como una

45 Extracto de los considerandos de la resolución 6511-2002.

46 Artículo 182 del Código Procesal Penal.

47 El artículo 30 de nuestra Constitución Política no permite el acceso a la información sobre secretos de Estado.

48 El Código Procesal Penal artículo 206 establece que deben guardar secreto los ministros religiosos, abogados y notarios, médicos, psicólogos, farmacéuticos, enfermeros y demás auxiliares de ciencias médicas, así como funcionarios públicos sobre secretos de Estado.

49 Artículo 183 del Código Procesal Penal limita la admisión de prueba no útil, para probar hechos notorios o superabundante.

50 Ésta establece en el artículo 40: "Nadie será sometido a tratamientos crueles o degradantes ni a penas perpetuas, ni a la pena de confiscación. Toda declaración obtenida por medio de violencia será nula."

51 El artículo 96 del Código Procesal Penal sanciona una serie de prohibiciones en cuanto a utilización de coacción, amenazas, malos tratos, agotamiento, violencia corporal, tortura, administración de psicofármacos, hipnosis o la utilización de preguntas capciosas o sugestivas con el imputado, así mismo el 99 del citado Código impide que se utilice declaración del imputado que inobservó preceptos relativos a su declaración.

52 El Código Penal establece en sus artículos 42 y 43 en que casos se esta ante inimputabilidad o imputabilidad disminuida.

53 En esa Línea, SALAS (Mónica) y DALL'ANESE (Andrea), *Alcoholemia*, Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2002, pág. 133, 302 pgs.

54 Derecho tutelado a nivel Constitucional, Constitución Política de Costa Rica, Artículo 36.

55 Artículos 292, 303, 304, 317 e), 355, y 183 del Código Procesal Penal.

56 Artículos 185 a 234 del Código y que regula todo lo referente a las formalidades a seguir en materia de prueba.

ventaja la utilización de prueba ilícita para luego alegar la imposibilidad de su utilización, siendo lo cierto que muchas veces el Juzgador se ve ante la disyuntiva de qué tratamiento aplicar a esta prueba ilícita en el proceso. El tema ya ha sido ampliamente tratado en nuestro país y a nivel mundial y en este sentido me permito realizar una breve cita de la obra de los Autores Nacionales Mora y González que sobre el tema indican: "La solución de la doctrina, la legislación y la jurisprudencia es simple cuando estamos frente a elementos de prueba directamente viciados; estos deben ser excluidos de la valoración con el objeto de no darles ninguna utilidad en la decisión final del asunto"⁵⁷. No obstante esta no es la posición uniforme que se ha mantenido a través del tiempo, sino que se han agrupado varias posiciones que de seguido expongo.

6.2.1 Posición Tradicionalista o Doctrina Tradicional

Esta doctrina se desarrolló en el Derecho anglosajón y ha tenido en este derecho a su máximo exponente tal como nos lo indica el profesor Fernández Entralgo, quien nos indica:

*"Benjamín NATHAM CARDOZO abrazó la opinión tradicional. Según ella, cuando se llegaba a acreditar la existencia y autoría de un delito mediante una prueba ilegítimamente obtenida, deberían ser castigados los dos ilícitos: tanto el crimen descubierto como la ilegal obtención de la prueba que condujo a su descubrimiento. En 1928, al resolver el caso The People v. Defoe, se escandalizaba ante la posibilidad de que la integridad, a ultranza, de la inviolabilidad de domicilio pudiera conducir a la absolución de quien se sabe culpable"*⁵⁸.

Esta posición, primeramente debemos anotar que no ha tenido acogida en el país y ha perdido vigencia hoy en día para dar paso a soluciones que tutelen mejor los derechos fundamentales.

6.2.2 Doctrina del Fruto del Árbol Envenenado o "Poisonous Tree"

Esta doctrina, al igual que la tradicional, es producto de la Jurisprudencia estadounidense tal como nos lo indica el autor Velasco Núñez quien, al referirse a la misma, expone: "

La doctrina del "fruto del árbol envenenado", también llamada en menos usuales expresiones, de la prueba refleja o derivada de otra ilícitamente obtenida, es una proyección efecto de las consecuencias jurídicas que anudar a la de las prohibiciones probatorias. La expresión gráfica que la define fue acuñada por primera vez por el juez FRANFURTER en la sentencia Nardote vs. US en 1939, sin embargo procede de la jurisprudencia norteamericana iniciada en la sentencia Silverstone Lumber

Co vs. US de 1920, y consolidada, junto con la anterior de 1939, con las resoluciones Wong Sung vs. US(1963) y la Harrison vs US(1968), que junto con otras posteriores analizamos en el presente trabajo. Con ella se trata de expandir el efecto invalidante de la irregularidad o ilicitud probatoria (de la Obtención de la Prueba) no sólo a la conseguida de manera directa contraviniendo el Derecho, sino también a aquella que habiendo sido conseguida de manera ilícita, se basa, apoya o deriva de otra, sin embargo, conseguida de manera irregular o ilícita. Por ejemplo, prueba regularmente obtenida mediante pericia científica de constatación de huellas, dactilares, con las impresas en el objeto debitado inculpativo, no obstante conseguidas en el curso de una detención irregular.

*Como decía el meritado juez FRANFURTER en el caso Nardone vs. US (1939): "prohibir el uso directo de estos métodos...pero no poner freno al indirecto, constituiría una incitación a esas mismas artimañas, tenidas por incompatibles con los niveles éticos medios y destructores de la libertad personal".*⁵⁹

Esta doctrina ha tenido amplia acogida en nuestro país y se ha dado todo un desarrollo jurisprudencial de la misma ejemplo de esto es la cita que realizan en doctrina nacional las autoras SALAS y DALL'ANESE, ellas nos indican:

*"Se supone que si una prueba ha sido obtenida ilícitamente, es decir contraviniendo derechos fundamentales, la misma, no debe surtir efectos dentro del proceso penal, asimismo la prueba derivada de ella, aunque se haya obtenido en forma lícita, es producto de prueba ilegal, por lo que tampoco debe ser tomada en cuenta.. La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en su voto número 2529-94, sostiene el siguiente criterio respecto a la teoría del Árbol Envenenado: "Dentro de las diferentes interpretaciones sobre la ilicitud o no de una prueba, tenemos la teoría de la prueba espuria o de los frutos del árbol envenenado (fruit of the poisonous tree doctrine), que supone cada vez que un medio probatorio originado en una violación constitucional aporte elementos de culpabilidad para el acusado, es nulo el productor de la prueba y todo medio probatorio que de él derive"*⁶⁰.

Esta posición ha sido reiterada por nuestra Sala Constitucional,⁶¹ también ha sido reiterada por la Jurisprudencia de la Sala Tercera⁶² de manera que es una posición ya muy clara y consolidada de que no solo la prueba ilícita no

59 VELASCO NÚÑEZ (Eloy), Prueba Obtenida Ilícitamente. Doctrina del "Fruto del Árbol Envenenado," Págs. 427 y 428.

60 SALAS (Mónica) y DALL'ANESE (Andrea). Ob. Cit. Pág. 135.

61 Resoluciones de la Sala Constitucional números 540-91, 522-99, 4526-00 entre otros.

62 Resoluciones de la Sala Tercera de lo Penal números 407-F-94, 456-F-94 y 291-02, entre otros.

57 MORA MORA (Luis Paulino) y GONZÁLEZ ÁLVAREZ (Daniel) Ob. Cit. Pág. 60.
58 FERNÁNDEZ ENTRALGO (Jesús). Ob. Cit. Pág. 71.

se valora como prueba dentro de la causa, sino también aquella que provenga directamente de esta o se origine a raíz de ésta.

6.2.3 La Doctrina de la Fuente Independiente como Excepción a la Doctrina del Fruto del Árbol Envenenado

Esta doctrina, al igual que la Doctrina del Fruto del Árbol Envenenado deriva de la Jurisprudencia Norteamericana. Una clara descripción de ésta es la que realiza el ya citado autor Velasco el cual, al referirse a la misma, nos indica:

"En efecto, cuando el juez HOLMES fundamenta las consecuencias de la doctrina del "fruto del árbol envenenado" en la sentencia que la originó, la Silverstone Lumber Co vs. US(1920), lo hace diciendo que "la esencia de una disposición prohibitiva de cierto modo de obtener la prueba consiste no sólo en que la prueba conseguida de esta manera no sea utilizada ante el tribunal, sino en que no lo sea de ninguna forma". Añadiendo a renglón seguido "que esto no significa que los datos así obtenidos se hagan intocables o inaccesibles", ya que si su conocimiento se ha logrado por una fuente independiente, pueden probarse como cualquier otro, pero el conocimiento adquirido por una mala práctica del Gobierno no puede ser usado de la forma propuesta". Como dicen WAYNE R. LAFAYE y JEROLD H. ISRAEL.... "una cosa es decir que la policía no puede aprovecharse de la violación de los derechos de la persona y otra distinta que esa transgresión de sus derechos haga que esa persona no pueda ser condenada cuando su culpabilidad pueda probarse por otras pruebas lícitamente obtenidas. En efecto, la limitación de la fuente independiente (independent source) no es sino la formulación negativa de las reglas de exclusión probatoria, ya que es ilícita toda prueba lícita derivada de alguna ilícita, no lo será cualquier otra que sea independiente de ella".⁶³

Esta teoría ha tenido una amplia acogida en nuestro país por parte de la Sala Constitucional,⁶⁴ que ha abrigado esta teoría en sus resoluciones así como por la Sala Tercera,⁶⁵ que haciendo eco de las resoluciones de la Sala Constitucional

ha también emitido jurisprudencia reiterada aceptando esta teoría.

6.2.4 La Doctrina del Descubrimiento Inevitable como Excepción a la Doctrina del Fruto del Árbol Envenenado

Esta variación de la Doctrina del Fruto del Árbol Envenenado, al igual que la doctrina de la Fuente Independiente es una variación de la limitación de la Fuente Independiente y considera que una prueba aunque se llegará a su conocimiento por una ilicitud, se habría podido llegar a su conocimiento en algún momento por la vía legal, en relación a la misma Velasco nos indica:

"Usada por primera vez por parte del Tribunal Supremo norteamericano en el caso Nix vs. Williams (o Williams II)(1984)...La razón de la validación de esta prueba (marginando el hecho del real descubrimiento por medio de una ilicitud previa), radica en que, nuevamente, el sistema no se prevale de una situación irregular, por mucho que ésta exista, porque "inevitadamente", y por métodos regulares, ya había cauces en marcha que habrían desembocado en prueba de lo descubierto, no obstante por vía regular."⁶⁶

Esta teoría también ha gozado de una buena acogida en el país, solamente que su desarrollo jurisprudencial, en nuestro sistema de Derecho, está limitado a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia la cual ha tratado el tema.⁶⁷

6.2.5 La Doctrina de la Supresión Hipotética

Esta última posición ha encontrado también una gran acogida en nuestro ordenamiento⁶⁸ siendo bastante copiosa la jurisprudencia en el sentido de negar valor a aquella prueba espuria, suprimiéndola totalmente del proceso, indicando que se debe tener como si nunca hubiera existido, de este modo se fija de una vez la imposibilidad de analizar, por parte del Juzgador, estas pruebas.

⁶³ VELASCO NÚÑEZ (Eloy), Ob. Cit. Págs. 434 y 435.

⁶⁴ Resoluciones de la Sala Constitucional números 1345-90, 15-91, 701-91, 1739-92, 2529-94, 3306-94, 522-99, 1192-99, 2834-00, 4526-00, 9127-01, 9373-01.

⁶⁵ Resoluciones de la Sala Tercera números 362-F-91, 456-F-94, 819-98, 1125-00, 180-00, 212-02 y 291-02, entre otras.

⁶⁶ VELASCO NÚÑEZ (Eloy), Ob. Cit. Pág. 442.

⁶⁷ Resoluciones de la Sala Tercera de lo Penal, números 125-01 y 514-02.

⁶⁸ Resoluciones de la Sala Constitucional Números 1739-92, 3306-94, 5100-95, 2834-00; asimismo por Resoluciones de la Sala Tercera de lo Penal números 53-F-92, 47-F-92, 29-F-94, 456-F-94 y 171-F-95, y resolución del Tribunal de Casación Penal Voto 66-F-99.



VII. BIBLIOGRAFÍA

- PELLEGRINI, ADA. Libertades públicas y proceso penal, Ed. Revista Dos Tribunais 2ed. San Pablo, 1982, pp. 91 a 181. citada por FÁBREGA (Jorge); Teoría General de la Prueba; Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C. Ltda; Santa Fe de Bogotá, Colombia; segunda edición, año 2000; 531 ps.
- DEVIS, E. HERNANDO. Pruebas Judiciales, Bogotá, Editorial ABC, 1984.
- EDUARDO de URBANO CÁSTRILLO; La prueba en el Proceso Penal, Prueba ilícita en Particular; Consejo General del Poder Judicial; Madrid, 1996, 623 pgs.
- CAFERATA NORES (José); La Prueba en el Proceso Penal, Ediciones De Palma, Buenos Aires, Argentina, 2da Edición, 1994, p. 185 págs.
- MORA MORA (Luis Paulino) y GONZÁLEZ ÁLVAREZ (Daniel), La Prueba en el Código Procesal Penal Tipo Para América Latina, Revista de Ciencias Penales, Año 4, Número 5, Marzo-Junio 1992, San José, Costa Rica, ABC Ediciones S.A. 102 pgs.
- SALAS (Mónica) y DALL'ANESE (Andrea), Alcoholemia, Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2002, 302 pgs.
- VELASCO NÚÑEZ (Eloy), Prueba Obtenida Ilícitamente. Doctrina del "Fruto del Árbol Envenenado," Págs. 427 y 428, Artículo de Circulación Unidad de Capacitación. Ministerio Público, año 2002.
- HASSEMER (Winfred), Fundamentos del Derecho Penal, Bosch, Casa Editorial S.A. Urgel, Barcelona, Primera Edición 1984, 428 págs.
- HOUED VEGA (Mario), SÁNCHEZ ROMERO (Cecilia) y FALLAS REDONDO (David), Proceso Penal y Derechos Fundamentales, Editorial Investigaciones Jurídicas, S. A., 1998, 171 pgs.
- GONZÁLEZ ÁLVAREZ (Daniel), La Oralidad como facilitadora de los Fines, Principios y Garantías del Proceso Penal, Revista de Ciencias Penal, ABC EDICIONES S.A. 1996, 140 págs.
- DALL'ANESE RUIZ (Francisco) Oralidad en los Procesos Judiciales, Editorial del Poder Judicial Costa Rica, Primera Edición 1991, 159 págs.
- RUBIO LLORENTE (Francisco), Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales, Barcelona, Editorial Ariel, 1, Edición: Setiembre de 1995, 793 págs.
- SÁNCHEZ ROMERO (Cecilia), Sistemas Penales y Derechos Humanos, San José, Editorial CONAMAJ, 1997, 248 p.
- PORRAS VILLALTA (Mario), SANABRIA ROJAS (Rafael), Prueba ilícita en la Jurisprudencia Constitucional y Penal, San José, Editorial Jurídica Continental, 2002, 55 págs.
- PIZZORUSO (ALESSANDRO), Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales, Madrid, Editorial Centro de Estudios Constitucionales, Primera Edición, 1984, 682 págs.
- AMADOR BADILLA (Gary) La Detención Provisional en la Ley de Justicia Penal Juvenil, Editorial Jurídica Continental, Primera Edición, 2006.

NORMAS CITADAS

- Constitución Política de Costa Rica.
 Código Procesal Penal de Costa Rica.
 Código Penal.
 Código de la Niñez y la Adolescencia.
 Ley de Justicia Penal Juvenil
- PRONUNCIAMIENTOS**
- Sala Constitucional.
 Sala Tercera.
 Tribunal de Casación Penal.
 Tribunal Constitucional Español.

EL FUNCIONARIO DE GESTIÓN PÚBLICA

Lic. Esteban Alfaro Calderón

Estudiante de la Maestría en Derecho Constitucional del SEP-LUNED.

1. LAS CONVENCIONES COLECTIVAS Y LOS FUNCIONARIOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

1.1. Los Convenios de la OIT

El Convenio de la OIT N° 87 -Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación- de 1948 y el Convenio N° 98 -Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva- de 1949, presentan en si normas que establecen lineamientos respecto al tema de las convenciones colectivas en el sector público; ambos convenios han sido debidamente ratificados por Costa Rica y encuentran un reforzamiento importante en la Declaración de 1998 sobre Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo.

Cabe indicar que a nivel de convenios de la OIT existe claridad en reconocer a los servidores públicos el derecho de negociar colectivamente; en este sentido no existe una diferencia (en principio) entre un trabajador del sector público y uno privado al tenor del artículo 4 del Convenio 98 de la OIT que establece:

“Artículo 4

Deberán adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo.”

Dicho artículo en principio no hace diferencia entre los tipos de servidores a los que tiene acceso a este derecho; del mismo modo el artículo 2 del Convenio 87 establece:

“Artículo 2

Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas.”

Sin embargo, el mismo Convenio 98 en su artículo 6 establece una excepción a dicho principio general al indicar:

“Artículo 6

El presente Convenio no trata de la situación de los funcionarios públicos en la administración del Estado y no deberá interpretarse, en modo alguno, en menoscabo de sus derechos o de su estatuto.”

La anterior norma es importante en el tanto será la misma, la que nos dará pie a una serie de documentos de la OIT y que nos permitirá valorar los alcances de la frase “funcionarios públicos en la administración del Estado”.

Por otro lado, conviene traer a colación los convenios 151 y 154 de la OIT, que expresamente consagran el derecho de firmar convenciones colectivas para los trabajadores del sector público; a este respecto podemos afirmar que a pesar de que estos dos últimos convenios no han sido ratificados por Costa Rica, esto no es óbice para el reconocimiento del derecho a negociar colectivamente que tiene los trabajadores del sector público, tanto por la normativa que ha sido citada, como por el trato generalizado (sin diferencias) que hace nuestra Carta Magna respecto a este derecho en el numeral 62.

1.2 La Jurisprudencia Constitucional

Dentro de la diversidad de jurisprudencia en materia de derecho laboral colectivo que ha desarrollado la Sala Constitucional, encontramos recientemente una resolución que cita (porque en realidad no lo define) el concepto de funcionario de gestión pública, dicha resolución es la N° 4453-2000.

De este voto se pueden extraer una diversidad de conclusiones importantes desde la perspectiva del tríptico del derecho laboral colectivo, sin embargo, para efectos del presente documento interesa extraer de dicha resolución el siguiente párrafo:

“Sin embargo, el desarrollo de las ideas jurídicas, la adopción de los convenios impulsados por la Organización Internacional del Trabajo y la jurisprudencia de esta Sala, han conducido la evolución de las instituciones involucradas, al nivel de admitir como compatibles con el Derecho de la Constitución, las convenciones colectivas que negocie la categoría de los empleados y servidores que, no obstante integrar el sector público, rigen sus relaciones por el Derecho Laboral, especialmente en los términos de las definiciones que contienen

los artículos 111 y 112 de la Ley General de la Administración Pública, o sea, cuando se trata de empresas o servicios económicos del Estado encargados de gestiones sometidas al Derecho común, así como las relaciones de servicio con obreros, trabajadores y empleados que no participan de la gestión pública de la Administración y que se rigen por el Derecho laboral o mercantil, según los casos.”

A modo de complemento el voto de adición y aclaración N° 9690-2000, señaló:

“VIII.- Una reflexión final: en la sentencia lo que la Sala expresa es que es posible, en todos y cualesquiera de los entes públicos calificados como empresas o servicios económicos del Estado, que se celebren convenciones colectivas, a reserva de que las personas que queden protegidas por ellas, no tengan el impedimento de origen constitucional que impide a los servidores que participan en la gestión administrativa de celebrar convenciones colectivas.”

A criterio de la Sala, solo pueden celebrar convenciones colectivas de trabajo, los servidores que no participan de la gestión pública, a criterio de la Sala, los servidores de las empresas o servicios económicos del Estado y en aquellos núcleos de personal de instituciones y entes públicos en los que la naturaleza de los servicios que prestan no participa de la gestión pública.

En este sentido la Sala establece que hay otros servidores en la Administración Pública además de aquellos que laboran en una empresa o servicio económico del Estado, que pueden negociar colectivamente; o sea no sólo se basa en el criterio del ente para el cual trabaja, sino también el tipo de trabajador que es. Podríamos establecer que este punto significó un “avance” en el tanto un voto anterior -el 1696-1992- atendía básicamente al criterio de la naturaleza de la entidad, para establecer el tipo de relación laboral que cubriría al funcionario (estatutaria o privada) y de esta forma declarar inconstitucional la posibilidad de acudir a conciliación y arbitraje para los empujados con régimen de empleo público.

En síntesis y en virtud del desarrollo de la jurisprudencia constitucional, se puede afirmar que los trabajadores del sector público tienen derecho a suscribir convenciones colectivas, sin limitación de la administración pública que se trate, con la única exclusión de los funcionarios que realizan gestión pública.

2. EL CONCEPTO “FUNCIONARIO DE GESTIÓN PÚBLICA”

2.1 Antecedentes

En las resoluciones arriba reseñadas se evidencia el uso en diversas ocasiones de la alocución “funcionario de gestión pública”, para señalar que son los funcionarios a los cuales les está vedado el derecho de ser beneficiarios de una convención colectiva en el sector público. En este sentido con-

viene reseñar el origen y/o aparición de este concepto en el panorama jurídico nacional.

A nivel de lo legal encontramos citado por primera vez dicho concepto en la Ley General de la Administración Pública, artículo 112.2, el cual señala:

“Artículo 112.-

1. El derecho administrativo será aplicable a las relaciones de servicio entre la Administración y sus servidores públicos.
2. Las relaciones de servicios con **obreros, trabajadores y empleados que no participan de la gestión pública** de la Administración, de conformidad con el párrafo 3; del artículo III, se regirán por el derecho laboral o mercantil, según los casos.
3. Sin embargo, se aplicarán también a estos últimos las disposiciones legales o reglamentarias de derecho público que resulten necesarias para garantizar la legalidad y moralidad administrativa, conforme lo determine por Decreto el Poder Ejecutivo.
4. Para efectos penales, dichos servidores se reputarán como públicos.” (Resaltado es propio)

Esta norma de 1978 hace alusión a dicho concepto desde una perspectiva negativa, al señalar que los funcionarios (de las administraciones públicas) que no participen en la gestión pública, verán regulada su relación de servicio por el derecho Laboral o Mercantil; así las cosas la norma nos brinda la primer pauta de regulación más no una clara definición de esos citados funcionarios.

Es en la resolución 1696-1992 donde ya utiliza la Sala Constitucional de forma expresa utiliza este concepto al finalizar la redacción de la parte considerativa -curioso que sea una norma legal como fundamento de una resolución constitucional- de un voto que entre otras cosas trata de exponer las características de las relación de los empleados con régimen de empleo público (relación estatutaria); específicamente el voto indica:

Igualmente considera necesario la Sala, hacer la aclaración de tener por excluidos de este régimen, a los obreros, trabajadores y empleados que no participan de la gestión pública de la Administración, cuando los mismos sean contratados por el Estado conforme al ejercicio de su capacidad de Derecho Privado (artículos 3.2 y 112.2 y .3 de la Ley General de la Administración Pública).

Luego -tal y como se expuso supra- la jurisprudencia constitucional fue utilizando este concepto, con el fin del recalcar que los funcionarios que participan en la gestión pública del Estado, no tienen la posibilidad de celebrar (y por lo tanto beneficiarse) convenciones colectivas.

La propia Sala en las mismas resoluciones (4453-2000 y 9690-2000) que tratan el tema en cuestión, señala que será

en el caso concreto el juez o la propia administración la encargada de determinar si un funcionario está sometido a una relación estatutaria y si por lo tanto ejerce o no gestión, el voto **4453-2000** específicamente indica:

“En este sentido es que se evacua la consulta, pero advirtiéndolo, eso sí, que le corresponde a la propia Administración, a los operadores del Derecho en general y en última instancia al Juez, cuando conocen de los casos específicos, determinar si una institución del Estado o un grupo de sus servidores o funcionarios, conforman el núcleo de la excepción que sí puede negociar colectivamente, o si por el contrario, les está vedado ese camino.”

El voto de adición y aclaración **9690-2000** reitera:

Una misma convención colectiva en el sector público, puede ser, a la vez, constitucional para quienes tienen una relación de trabajo regulada por el Derecho Común, e inconstitucional, para quienes la tienen regulada por el Derecho Público. ¿Quiénes forman parte de uno y otro sector? Eso lo decidirá la propia administración o en su caso el juez (letra D). Y la letra C de la parte dispositiva del fallo, se refiere a las convenciones colectivas que han venido surtiendo efectos desde mil novecientos setenta y nueve y que no son incompatibles con la doctrina que ahora expone la sentencia. ¿Cuáles lo son? También le corresponde a la administración, incluyendo a los órganos constitucionales de control, decidirlo y en última instancia al juez que conozca de las discusiones que se produzcan con motivo de la determinación final que se haga en sede administrativa. Este es el sentido de la sentencia y los términos de su contenido y por ello, la Sala estima que no existen extremos oscuros que se deban aclarar, ni omisiones que merezcan la adición del fallo y en razón de todo ello, lo propio es declarar que no ha lugar a las gestiones presentadas, como en efecto se dispone.

2.2 Delimitación Conceptual

Teniendo claro que la Sala Constitucional no estableció una lista (abierta ni taxativa) o definición alguna respecto a lo que debe entender como un “funcionario de gestión pública”, aunado al hecho de que la normativa de rango legal nacional tampoco nos brinda completa claridad al respecto, es necesario recurrir a las fuentes (específicamente 3) de la OIT para tratar de establecer que se entiende por “funcionario de gestión pública” o como lo llama la propia OIT en el Convenio 98 “funcionarios públicos en la administración del Estado”.

En la Recopilación de Decisiones y Principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, encontramos una serie de razonamientos que sin duda alguna vienen a aclarar de cierta forma el tema en

cuestión. El citado estudio hace una importante aclaración al establecer una distinción entre los funcionarios que ejercen actividades propias de la administración del Estado (funcionarios de los ministerios y demás organismos gubernamentales comparables) y los funcionarios que actúan en calidad de auxiliares de los precedentes, por una parte, y las demás personas empleadas por el Estado, en las empresas públicas o en las instituciones públicas autónomas, por otra; en este caso se señala enfáticamente que sólo podría excluirse del campo de aplicación del Convenio núm. 98 a la primera categoría de trabajadores a que se ha hecho referencia.¹

En este caso para nuestros efectos encontramos en dicha cita, un importante elemento que nos permite catalogar a Ministros, Vice-Ministros del Poder Ejecutivo como funcionarios de gestión pública y por lo tanto están excluidos de la posibilidad de celebrar convenciones colectivas

Este estudio nos señala que todos los trabajadores de la administración pública que no están al servicio de la administración del Estado deberían disfrutar del derecho de negociación colectiva, y debería darse prioridad a la negociación colectiva como medio de solucionar los conflictos que puedan surgir respecto de la determinación de las condiciones de empleo en la administración pública. En este sentido se indica que el simple hecho de que un funcionario forme parte de la categoría de «empleados no manuales» no constituye por sí solo un criterio suficiente para determinar su pertenencia a la categoría de los empleados que están al servicio de la administración del Estado, ya que si tal fuera el caso, se vería muy limitado el alcance del Convenio núm. 98. Así las cosas, se señala que todos los trabajadores de la administración pública, con la única posible exclusión de las fuerzas armadas y policiales y de los funcionarios directamente al servicio de la administración del Estado, deberán gozar de derechos de negociación colectiva.²

En cuanto a los «empleados públicos» (que no actúan como órganos del poder público) de empresas comerciales o industriales del Estado, de igual forma se indica que estos deberían poder negociar convenciones colectivas, disponer de una protección adecuada contra los actos de discriminación antisindical e incluso disfrutar del derecho de huelga en la medida en que la interrupción de los servicios que prestan no pongan en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población.

El Comité analiza un ejemplo, el cual personalmente considero vital -ya que otorga un criterio sencillo y válido- para establecer cuando se está ante un funcionario de gestión pública; el comité analiza el caso de los docentes, los cuales no desempeñan tareas propias de los funcionarios en la administración del Estado; de hecho, fundamentan esto en el hecho de que este tipo de actividades también se llevan a cabo en el ámbito privado. En estas condiciones, se pone de

¹ Recopilación de Decisiones y Principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT -La Libertad Sindical- Quinta edición, 2006. Párrafo 887.

² Ídem, párrafo 892.

relieve la importancia de que los docentes con carácter de funcionario público puedan disfrutar de las garantías previstas en el Convenio núm. 98.³

Por otra parte, un importante aporte lo constituye sin duda el documento de la OIT denominado **Derechos Fundamentales en el Trabajo y Normas Internacionales del Trabajo**, el cual en su apartado relativo a los derechos sindicales en la administración pública indica que corresponderá a la legislación nacional determinar hasta qué punto las garantías previstas en el Convenio 151 se aplicarán: i) a los empleados de alto nivel que, por sus funciones, se considera normalmente que poseen poder decisorio o desempeñan cargos directivos; ii) a los empleados cuyas obligaciones son de naturaleza altamente confidencial; iii) a las fuerzas armadas y a la policía.⁴ En este caso, encontramos otro elemento donde podemos identificar ya con más claridad, una serie de funcionarios catalogables como funcionarios que participan de la gestión pública y por ende se encuentran excluidos de la posibilidad de celebrar convenciones colectivas.

El estudio de la OIT sobre **Libertad Sindical y Negociación Colectiva de 1994**, es claro en señalar que la Comisión de Expertos ha indicado que el concepto de funcionario público varía considerablemente según los diferentes sistemas jurídicos. Así, las expresiones “*funcionario*”, “*civil servant*” y “*fonctionnaire*” distan mucho de designar la misma realidad; además, un término idéntico utilizado en un mismo idioma pero en países diferentes no siempre significa lo mismo; por último, ciertos sistemas establecen una graduación entre diversas categorías de empleados públicos que tienen una condición, unas obligaciones y unos derechos diferentes, mientras que esas distinciones no están previstas en otros sistemas o no acarrear las mismas consecuencias.⁵

En dicho estudio se indica que la Comisión ha adoptado un criterio restrictivo en lo concerniente la excepción del artículo 6 del convenio 98, ya que el mismo puede plantear problemas en la práctica, basándose sobre todo en la versión inglesa del artículo 6 que hace referencia solamente a “*public servants engaged in the administration of the State*”, es decir, los funcionarios públicos que están al servicio de la administración del Estado. En efecto, se indica que la Comisión no puede concebir que categorías importantes de trabajadores empleados por el Estado queden excluidas de los beneficios del Convenio por el mero hecho de estar formalmente asimiladas a ciertos funcionarios públicos que están al servicio de la administración del Estado.

En el citado estudio se establece una clara distinción: por un lado, los funcionarios que cumplen actividades propias de la administración del Estado (por ejemplo en algunos países, funcionarios de los ministerios y demás organismos gubernamentales comparables, así como sus auxiliares),

quienes pueden quedar excluidos del campo de aplicación del Convenio 98, y, por otro lado, todas las demás personas empleadas por el gobierno, las empresas públicas o las instituciones públicas autónomas, quienes deberían gozar de las garantías previstas en el Convenio.⁶

La Comisión también entiza el hecho de que el derecho de sindicación y el derecho de negociación colectiva son cuestiones diferenciadas. Mientras que en virtud del Convenio núm. 98 son admisibles ciertas restricciones a la negociación colectiva, tal como el impedimento a los sindicatos minoritarios de negociar colectivamente, esto no debería afectar el derecho de sindicación, que constituye un aspecto fundamental de los derechos de los trabajadores.⁷

2.3 Corolarios

Las definiciones categóricas parten, por lo general, de cierta arbitrariedad y de la creencia de un único significado verdadero en el campo del conocimiento y, por lo tanto, nos hacen caer en falacias del razonamiento; este trabajo no pretendió dar un concepto unívoco o exacto de lo que debe entenderse por un funcionario de gestión pública; mas sí pretende ver la estructura del sector público costarricense para, de una forma sencilla, tratar de ubicar cuál funcionario puede entrar dentro de esa categoría y, así, delimitar hasta cierto punto el concepto.

Con especial fundamento en los lineamientos emitidos por la OIT, así como visualizando la posible aplicabilidad en la realidad nacional de la jurisprudencia constitucional, es posible llegar a establecer una serie de criterios para tratar de determinar cuándo estamos ante un funcionario de gestión pública:

- Son funcionarios encargados de órganos o entes -de alguna de las administraciones públicas- con autoridad externa frente al administrado, o sea, ejercen **potestades de imperio** legalmente definidas, en los términos del artículo 12.2 y 66 de la Ley General de la Administración Pública; por ejemplo: jefes de los órganos constitucionales (los tres Poderes de la República, Contraloría General de la República y Tribunal Supremo de Elecciones), Viceministros, Presidentes Ejecutivos, Directores, Miembros de Juntas Directivas de Instituciones Autónomas o Semiautónomas y de Órganos con Personalidad Jurídica Instrumental; Procurador General y su adjunto, Defensor de los Habitantes y su adjunto; así como jefes de entes descentralizados (corporativos, económicos, profesionales). Con base en este criterio también serían funcionarios de gestión pública las autoridades de las universidades públicas: Rectores, miembros de los Consejos Universitarios y Decanos (dependiendo de lo establecido en su respectiva ley orgánica).

3 Ídem, párrafo 901.

4 *Derechos Fundamentales en el Trabajo y Normas Internacionales del Trabajo*: OIT, pag.21.

5 *Estudio General de la OIT sobre Libertad Sindical y Negociación Colectiva de 1994*, párrafo 158.

6 Ídem.

7 Ídem, párrafo 201.

- Son funcionarios de **elección popular** a nivel municipal: Alcaldes, Regidores, Síndicos e Intendentes.
- Son funcionarios que, a pesar de no ejercer potestades de imperio -por su especial investidura y rango jerárquico, tienen **competencias de control** otorgadas por ley; por ejemplo: el caso del Asesor Jurídico, en virtud del artículo 356 de la Ley General de la Administración Pública. De igual forma, pero con respecto al control de la Hacienda Pública, se presenta el por ejemplo: funcionarios que ejercen funciones de auditoría (en principio:⁸ Auditor- Sub Auditor-Contador Municipal), en virtud de leyes especiales como la Ley General de Control Interno y la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.
- Es importante aclarar que **no todos los funcionarios con puestos de jefatura son funcionarios de gestión pública**; existen muchos casos donde el organigrama interno ha sido creado por medio de un Reglamento Autónomo de Organización, el cual, por mandato de la Ley General de la Administración Pública no puede crear potestades de imperio, por lo que no tendrá incidencia externa con el administrado. Pensemos, por ejemplo, el Jefe de la Unidad de Mantenimiento de una Institución Pública.

- Todos los funcionarios citados a modo de ejemplo tiene un común denominador: **el poder de decisión o influencia (asesoría) en el manejo de recursos públicos**, lo que en principio puede general en determinados casos intereses contrapuestos a la hora de suscribir una convención colectiva dentro de una institución pública.

En síntesis, el derecho de negociación colectiva es un derecho fundamental aceptado por los miembros de la OIT al momento de incorporarse a dicho organismo internacional; en este sentido lo trascendental, es que el concepto de "funcionario de gestión pública" debe ser interpretado de una forma restringida, en el tanto limita derechos fundamentales de algunos funcionarios públicos que no podrán celebrar convenciones colectivas, por lo tanto su cita y uso debe ser limitado para casos en donde se presente con claridad alguna de las condiciones que anteriormente se han citado.

FUENTES CONSULTADAS

- Convenciones de la Organización Internacional del Trabajo: n. 87, n. 98, n. 151 y n. 154.
- Resoluciones de la Sala Constitucional: n. 1696-1992, n. 4453-2000 y n. 9690-2000.
- Recopilación de Decisiones y Principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT -La Libertad Sindical- Quinta edición, 2006.
- Estudio General de la OIT sobre Libertad Sindical y Negociación Colectiva de 1994.
- Derechos Fundamentales en el Trabajo y Normas Internacionales del Trabajo: OIT.

⁸ Dentro de una Auditoría Interna pueden existir funcionarios que ejerzan funciones de auditoría sin ser necesariamente el auditor o subauditor, como por ejemplo informáticos o ingenieros, que ejercen su competencia en campos especializados.

LOS DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD DEL TRÁFICO: UNA APROXIMACIÓN PROCESAL

Dra. Ma. Ángeles Pérez Marín

Profa. Área de Derecho Procesal, Universidad de Sevilla

I. INTRODUCCIÓN

A través de las estadísticas elaboradas por la Dirección General de Tráfico (DGT), amén de otros organismos estatales, en España, como en la mayoría de los países europeos, se ha constatado que un elevadísimo número de accidentes de circulación tienen su origen en la disminución de la capacidad que sufren los conductores como consecuencia de la ingestión de algún tipo de bebida alcohólica, u otras sustancias, que alteran sus facultades cognitivas y disminuyen su capacidad de reacción frente a situaciones de peligro. Para atajar la escalada de siniestros, el legislador español ha abierto dos frentes distintos: por un lado, y desde el punto de vista administrativo, ha establecido el "carnet por puntos"; por otro, ha abordado una reforma de los delitos contra la seguridad del tráfico para endurecer las penas de los mismos y establecer tipos inexistentes hasta ahora. Además de lo anterior, en las vías de circulación españolas se han instalado un considerable número de radares que controlan continuamente la velocidad de los vehículos y se ha producido un aumento de los controles de alcoholemia y antidroga en la conducción. Todo ello ha propiciado que los españoles tomen conciencia, por diferentes motivos –temor a perder la vida en la carretera, a causar víctimas inocentes o, por qué no decirlo, a perder los puntos de su licencia- del peligro que suponen determinadas conductas al conducir.

En este sentido, y aunque no es la primera vez que se toman medidas por el legislador, al parecer, es la primera vez que se constata cierto éxito en las medidas adoptadas. Efectivamente, en España jamás se ha desoído la necesidad de poner trabas legales a aquellos comportamientos que ponen en claro peligro la seguridad del tráfico y las medidas se han ido endureciendo progresivamente hasta la actual regulación.

II. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

2.1. Aspectos introductorios

La Resolución B (73)26, de 18 de abril de 1973, del Consejo de Europa determinó la obligación de los países europeos de imponer sanciones penales a la persona que condujera un vehículo de motor, por la vía pública, bajo la influencia del alcohol, si se demostraba su ineptitud para conducir o si su

tasa de alcoholemia era como mínimo de 80 mg. de alcohol por 100 ml. de aire, al menos. Además, dicha resolución era una medida de mínimos, esto es, que permitía a cada Estado, dentro de sus propias competencias, la posibilidad de bajar la barrera sancionadora, pudiendo éstos, de manera libre e individual, establecer tasas de alcoholemia inferiores. Las sanciones que se habían previsto frente a tales conductas eran las de multa, privación de libertad susceptible, en principio, de ser suspendida bajo condición y/o retirada del permiso de conducir.

Como podemos observar, dicha norma distinguía, por decirlo de alguna forma, dos tipos de comportamiento, igualmente merecedores del reproches social y legal, ya fuera desde una perspectiva penal o desde el plano meramente administrativo: uno, el del sujeto que por la ingestión de alcohol mostrara una clara ineptitud para conducir, con independencia de si había o no ingerido alcohol y, por supuesto, de la cantidad; otro, la del individuo que condujera su vehículo con un determinado grado de alcohol –80 mg. de alcohol por cada 100 ml. de aire-, aunque ello no afectare, aparentemente, de manera negativa a su capacidad para conducir.

Dicha normativa, dio lugar a la entrada en vigor en España del Decreto 1890/73, de 26 de Julio y de la Orden de la Presidencia del Gobierno de 12 de Enero de 1974. A partir de estas pautas, la legislación española ha ido evolucionando, hasta llegar al actual sistema que pasamos a analizar, un poco más detenidamente.

2.2. Aspectos administrativos

a) Breve referencia al carnet por puntos

Actualmente la "Ley de tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial" recoge en su art. 67 un cuadro de sanciones que oscila desde las que han de imponerse a las infracciones leves, hasta las previsiones para las infracciones más graves, pudiéndose imponer hasta 1.500 euros de multa –siempre y cuando la infracción en cuestión no sea constitutiva de delito- y la prohibición de obtener durante el plazo de dos años el permiso o la licencia de conducción.

Además, se ha añadido a esta ley un Anexo II, en el que el legislador establece las infracciones que llevan apa-

rejada la pérdida de puntos, siempre y cuando, hemos de entender, dichas conductas no sean, como hemos indicado anteriormente, constitutivas de delitos. Hemos de aclarar, de antemano, que actualmente el carnet o la licencia de conducir consta de doce puntos, si bien para los conductores noveles (aquellos que no han cumplido los dos años en la titularidad de su licencia) el carnet cuenta solamente con ocho puntos. Por otro lado, la pérdida de puntos se acumula por cada infracción cometida; Mientras el conductor siga teniendo puntos continuará manteniendo su licencia, si bien, cada vez más mermada, de tal modo que al perder el último punto perderá el carnet para conducir hasta que, en función de los requisitos previstos, se le permita obtener uno nuevo —previos los correspondientes exámenes—. Por otro lado, no querría dejar de explicar que una única acción puede constituir la comisión de varias infracciones administrativas al mismo tiempo; como la pérdida de puntos no se aplica a la acción, sino a la infracción cometida, la acumulación de infracciones en una sola acción puede implicar la pérdida inmediata de todos los puntos de la licencia, quedando prohibido conducir, a la persona en cuestión, hasta, tal y como hemos indicado con anterioridad, que obtenga un nuevo permiso de conducir en las condiciones administrativamente previstas.

b) Las normas administrativas que regulan las pruebas de alcoholemia

En el art. 12 del *Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial*, aprobado por el Real Decreto Legislativo, de 2 de marzo de 1990, el legislador prohíbe la conducción con una hemoconcentración de alcohol, psicotrópicos, estupefacientes, estimulantes u otras sustancias, que supere determinados índices. Además, la misma norma obligaba a todos los usuarios de las vías de circulación, implicados en un accidente de tráfico, a someterse a un control de alcoholemia cuando fueran requeridos para ello¹. Por otro lado, el art. 70 de la misma norma también preveía como sanción, frente a tales conductas, la inmovilización del vehículo tanto en los casos en que los agentes entendieran que el conductor estaba poniendo en peligro la seguridad del tráfico, como en los casos en que

aquél se negare a someterse a las pruebas previstas de detección previstas. Esos controles consisten, en la verificación del aire espirado mediante etilómetros autorizados por la Administración competente y son practicados por agentes de tráfico. A efectos de contraste, y a petición del interesado o por orden de la autoridad judicial, se podrán repetir las pruebas mediante un análisis de sangre².

Con posterioridad se produjo una importante reforma en esta materia y así, el Real Decreto 116/1998, de 30 de enero, estableció que “en los casos de negativa a efectuar dichas pruebas, el Agente podrá proceder a la inmediata inmovilización del vehículo en la forma prevista en el artículo 25 del Reglamento”. A su vez, el Real Decreto, 2282/1998, de 23 de octubre, redujo las tasas de alcohol vigentes hasta ese momento y fijó nuevos límites máximos, tanto en sangre como en aire espirado, para todos los conductores de vehículos, motocicletas y bicicletas regulando nuevamente la práctica de las pruebas³.

Más adelante, la disposición final segunda de la Ley 19/2001, de 19 de diciembre, de reforma del texto articulado de la “Ley de tráfico”, concedía al Gobierno un plazo de seis meses, desde la entrada en vigor de la reforma, para modificar el Reglamento General de Circulación de 1992. Sin embargo, las circunstancias han aconsejado la promulgación de un nuevo Reglamento, mediante Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre⁴ (BOE núm. 306 de 23 de diciembre).

Finalmente, la Ley 17/2005, de 19 de julio, por la que se regula el permiso y la licencia de conducción por puntos y se modifica el texto articulado de la Ley sobre tráfico, cir-

¹ Vid. Art. 12 del Texto articulado de la Ley sobre Tráfico (RD Legislativo 339/1990, de 2 de marzo): “ 1. No podrá circular por las vías objeto de esta Ley, el conductor de vehículos o bicicletas con tasas superiores a las que reglamentariamente se establezcan de bebidas alcohólicas, estupefacientes, psicotrópicos, estimulantes y otra sustancias análogas. 2. Todos los conductores de vehículos y bicicletas quedan obligados a someterse a las pruebas que se establezcan para la detección de las posibles intoxicaciones por alcohol. Igualmente quedan obligados los demás usuarios de la vía cuando se hallen implicados en algún accidente de circulación. Dichas pruebas que se establecerán reglamentariamente y consistirán normalmente en la verificación del aire espirado mediante alcoholímetros autorizados se practicarán por los agentes encargados de la vigilancia del tráfico. A petición del interesado o por orden de la autoridad judicial se podrán repetir las pruebas a efectos de contraste, pudiendo consistir en análisis de sangre, orina u otros análisis. El personal sanitario vendrá obligado, en todo caso, a dar cuenta del resultado de las pruebas que realicen la autoridad judicial, a los órganos periféricos de la Jefatura Central de Tráfico y, cuando proceda, a las autoridades municipales competentes. 3. Reglamentariamente podrán establecerse pruebas para la detección de las demás sustancias a que se refiere el apartado primero del presente artículo, siendo obligatorio el sometimiento a las mismas de las personas a que se refiere el apartado anterior.”

² Antes, se admitía que dichas pruebas de contraste consistieran también en un análisis de orina o de otras sustancias. Por la facilidad de su obtención, el aire espirado es el medio más utilizado para determinar la alcoholemia ya que los etilómetros permiten realizarla en cualquier lugar, aunque es el análisis de sangre el único método que da con certeza el grado de alcoholemia en el sujeto. Este método consiste en extraer mediante tubos capilares dos muestras de sangre que serán posteriormente analizadas por microanálisis. En la prueba se utiliza material estéril y sellado, quedando constancia de los datos del sujeto a quien corresponde el fluido analizado.

En cuanto al análisis de otras sustancias, no es posible analizar con fines judiciales la orina para conocer el grado de alcohol, ni mucho menos es aconsejable utilizarla como alternativa a la sangre, debido a que la alcoholuria no mantiene una relación constante con la alcoholemia. La determinación del alcohol a través de la sangre ofrece una visión concreta en el momento de obtención de la muestra. En cambio, la orina se va acumulando en la vejiga durante horas y el resultado analítico será un valor medio correspondiente al periodo entre micciones. Son igualmente inadecuados para estos fines los análisis de otras sustancias como la leche materna o la saliva, por ejemplo. Tales análisis no valen prácticamente para nada.

³ Artículo 20. Tasas de alcohol en sangre y aire espirado. 1. No podrá circular por las vías objeto de la legislación sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, el conductor de vehículos con una tasa de alcohol en sangre superior a 0,5 gramos por litro, o de alcohol en aire espirado superior a 0,25 miligramos por litro.

Cuando se trate de vehículos destinados al transporte de mercancías (...), vehículo destinados al transporte de viajeros (...), o de servicio público, al escolar o de menores, (...) los conductores no podrán hacerlo con una tasa de alcohol en sangre superior a 0,3 gramos por litro, o de alcohol en aire espirado a 0,15 miligramos por litro.

Los conductores de cualquier vehículo no podrán superar la tasa de alcohol en sangre de 0,3 gramos por litro, ni de alcohol en aire respirado de 0,15 miligramos por litro, durante los dos años siguientes a la obtención del permiso o licencia que les habilita para conducir.

⁴ En este caso se reproduce exactamente el Capítulo IV del Título Primero del RD 13/1992, de 17 de enero.

culación y vehículos a motor y seguridad vial, regula, en su Anexo II, las infracciones que llevan aparejada la pérdida de puntos⁵.

III. LA REGULACIÓN DE LOS DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD DEL TRÁFICO

La Ley Orgánica 15/2007, de 30 de noviembre, ha modificado el Código Penal en materia de seguridad vial⁶. Esta reforma penal implica, al mismo tiempo, un nuevo modo de estructurar las cuestiones procesales, puesto que la actual redacción del Código Penal concreta conductas que, hasta este momento, podían quedar excluidas de la sanción penal, a pesar, en muchas ocasiones, de su gravedad. Lógicamente, dadas las limitaciones, nos limitaremos a hacer una breve aproximación a la nueva regulación penal que ya se aprecia en la recién estrenada denominación del Capítulo IV, del Título XVII, del Libro II del Código Penal, "De los delitos contra la Seguridad Vial", quedando claro que es, precisamente, dicha seguridad el bien jurídico que pretende proteger el legislador.

3.1. Artículo 379 CP

Este nuevo art. 379 recoge en su apartado 2⁷ el tipo básico del delito de alcoholemia. En su primer inciso, condena con una

pena de prisión de tres a seis meses o a una multa de seis a doce meses, y trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días, y, en cualquier caso, a la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años, a quienes conduzcan un vehículo de motor o un ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas, sin especificar límite alguno. Por lo demás, sigue manteniéndose su naturaleza de delito de riesgo, o de peligro abstracto.

En lo que se refiere a los aspectos procesales, la nueva redacción no difiere de la regulación derogada, dado que, para este supuesto, será necesario, tal y como ha venido manteniendo la doctrina y la jurisprudencia de nuestros tribunales durante largo tiempo, probar la influencia que el alcohol ingerido o las drogas tóxicas consumidas hayan tenido en la conducción.

Efectivamente, el delito no consiste en este caso, en tomar determinadas sustancias, sino el peligro que la influencia de las mismas en el conductor implica para el bien jurídico protegido, que no es otro que la seguridad vial. Será precisamente dicha influencia la que determine la pena que habrá de imponerse y, por tanto, la prueba de la influencia de tales sustancias en la conducción se convierte, de nuevo, en elemento esencial del proceso y de la sentencia. Asimismo, al igual que en la legislación anterior, se entiende que conducir bajo la influencia de bebidas alcohólicas, o drogas tóxicas, supone un peligro o un riesgo para la circulación, sin que sea necesario, pues, la concreción de un resultado dañoso.

Para este supuesto, pues, queda plenamente vigente toda la doctrina científica y jurisprudencial elaborada con ocasión de la derogada redacción del art. 379 CP.

No obstante lo anterior, el legislador ha previsto, en este mismo precepto, dos nuevas conductas que son tipificadas como delito y, a través de las cuales parece concretarse lo que ha de entenderse por "influencia" en la conducción, estableciendo, además, otro tipo cuyo supuesto base entraña, a criterio del legislador, una vulneración del bien jurídico protegido.

En cuanto a la primera cuestión, el apartado 2 del art. 379 entiende que conducir con una tasa de alcohol en aire espirado superior a 0,60 miligramos por litro o, lo que es lo mismo, con una tasa de alcohol en sangre superior a 1,2 gramos por litro, implica, de por sí, un claro peligro contra la seguridad vial. Efectivamente, la ley entiende que alcanzar tales niveles de alcohol en sangre constituye una influencia negativa en la capacidad del conductor y provoca, en la generalidad de los ciudadanos, una disminución de las aptitudes para conducir con seguridad. Nos encontramos, al parecer, ante una presunción *iusuris et de iure*, luego, no cabe prueba en contra para rebatir la posible influencia; el delito se perfecciona alcanzando la tasa fijada, con independencia de otros criterios de valoración, científicos, médicos o jurídicos.

La fijación de los niveles de alcohol establecidos es, pues, el elemento diferenciador entre ambos supuestos. Así

5. En lo que nos interesa, se castigará con la pérdida de 4 puntos a los conductores que en aire espirado superen los 0,25 mg/l hasta los 0,50 mg/l y a los conductores noveles –menos de dos años de antigüedad del permiso de conducir– cuando superen los 0,15 mg/l y hasta los 0,30 mg/l. Se castigará con la pérdida de 6 puntos a los profesionales que en aire espirado superen los 0,50 mg/l y a los conductores noveles, con menos de dos años de antigüedad en su licencia, que superen los 0,30 mg/l; igualmente será merecedor de la misma sanción, el que conduzca bajo los efectos de estupefacientes, psicotrópicos, estimulantes y otras sustancias con idénticos efectos o negarse al sometimiento a las pruebas de detección del grado de alcoholemia, estupefacientes, psicotrópicos y sustancias análogas, así como conducir de forma manifiestamente temeraria; siempre y cuando tales conductas no sean constitutivas de delitos.

A modo de ejemplo, exponemos aquí otras sanciones que en nuestro ordenamiento jurídico son merecedoras de ser sancionadas con la pérdida de puntos: Conducir de forma manifiestamente temeraria, circular en sentido contrario al establecido o conducir vehículos en competiciones y carreras no autorizadas: 6 puntos; Sobrepasar en más de un 50 por ciento la velocidad máxima autorizada, cuando ello suponga superar en 30 Km/h dicho límite máximo: 6 puntos; Arrojar a la vía o en sus inmediaciones objetos que puedan producir incendios o accidentes de circulación: 4 puntos; Superar los límites de velocidad en más de 40 Km/h: 4 puntos (salvo que se trate del supuesto explicado en el punto ...); en más de 30 Km/h y hasta 40 Km/h: 3 puntos; en más de 20 Km/h y hasta 30 Km/h: 2 puntos; Incumplir las disposiciones sobre las prioridades de paso, la obligación de detenerse ante las señales de stop, incumplir la normativa de adelantamientos, etc.: 4 puntos; Efectuar cambios de sentidos no permitidos: 3 puntos; Conducir utilizando manualmente el teléfono móvil: 3 puntos, etc.

6. BOE núm. 288, de 1 de diciembre de 2007. La presente Ley Orgánica entró en vigor el día siguiente al de su publicación en el BOE, salvo el párrafo segundo del artículo 384 del Código Penal, que entrará en vigor el 1 de mayo de 2008.

7. Art. 379. "1. El que condujere un vehículo de motor o un ciclomotor a velocidad superior en sesenta kilómetros por hora en vía urbana o en ochenta kilómetros por hora en vía interurbana a la permitida reglamentariamente, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o a la de multa de seis a doce meses y trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días, y, en cualquier caso, a la de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años.

2. Con las mismas penas será castigado el que condujere un vehículo de motor o ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas. En todo caso será condenado con dichas penas el que condujere con una tasa de alcohol en aire espirado superior a 0,60 miligramos por litro o con una tasa de alcohol en sangre superior a 1,2 gramos por litro."

cuando el conductor ha ingerido alcohol, pero sin llegar a los 0,60 miligramos por litro, en aire espirado, cabrá la posibilidad de discutir la influencia de las sustancias para trazar, así, la frontera entre el delito o la simple infracción administrativa. Sin embargo, cuando tras la práctica de las pruebas de aire, o tras el análisis de sangre, se aprecian las tasas de alcohol sancionadas en el Código Penal, nos encontramos ante una conducta delictiva de por sí, con independencia de la influencia que haya podido tener en la conducción. El juez únicamente podrá modular la condena en función de las circunstancias que hayan sido probadas.

Lo mismo hemos de decir en cuanto a la conducta prevista en el apartado 1 del mismo precepto, esto es, cuando se superan los límites de velocidad establecidos⁸ nos encontramos ante un delito, debiendo entenderse que cuando no se alcanzan tales límites, y no se estuviere cometiendo con ocasión de la conducción otra conducta susceptible de ser subsumida en cualquier otro tipo penal, estaríamos ante una infracción meramente administrativa.

Por otro lado, y en cuanto a la ingesta de drogas tóxicas, distintas al alcohol, hemos de decir que, con los actuales medios, los agentes de tráfico sólo pueden determinar si la ingestión se ha producido y el tipo de sustancia de que se trata. No obstante, para establecer la cantidad ingerida de manera exacta y probar, por tanto la influencia en la conducción, será necesario proceder al correspondiente análisis de sangre. Solo así se podrá deducir la tipicidad de la conducta realizada. Efectivamente, el actual Código Penal no establece, como para el alcohol, unos límites concretos, luego nos encontraremos ante un delito cuando quede probada la influencia de la ingestión en la capacidad del conductor ya que lo contrario, al estar prevista la sanción administrativa del consumo de tales sustancias, se estaría cayendo en la prohibición de la doble sanción, penal y administrativa, para la misma conducta. Lógicamente, como decimos, la diferencia entre la infracción administrativa y la penal se encuentra en la influencia que el consumo de tales sustancias puede tener en el conductor y la puesta en peligro, por tanto, de la seguridad del tráfico como consecuencia de ello.

3.2. Artículo 380

El art. 380⁹ CP regula el delito de conducción temeraria, inculminado en el ámbito de la imprudencia, y en el que el su-

jeto pasivo no se plantea la causación de ningún daño con su conducta. Se trata, por otro lado, de un delito concreto, puesto que el legislador lo establece expresamente en la redacción “*El que condujere un vehículo a motor... y pusiere en concreto peligro la vida o la integridad..*” y, igual que en la regulación anterior, el tipo está configurado por dos elementos, la temeridad manifiesta y el concreto peligro. Luego, sólo si se prueba el peligro concreto, habrá de plantearse la temeridad que, si resulta demostrada, dará lugar a la comisión del tipo. *Sensu contrario*, si no se prueba la concreción del peligro, la conducta quedaría excluida del ámbito delictivo, con independencia de que pueda ser sancionada como falta.

En cuanto a la pena, el nuevo texto penal castiga con prisión de seis meses a dos años y privación del derecho a conducir, de uno a seis años, a quienes condujeren un vehículo a motor o un ciclomotor en las circunstancias expuestas, esto es, con temeridad manifiesta y poniendo en concreto peligro la vida o la integridad de las personas.

Además de lo anterior, se concreta en el art. 380.2, aquello que, en cualquier caso, ha de considerarse como manifiestamente temerario: conducir con una tasa de alcohol en aire espirado superior a 0,60 miligramos por litro (1,2 gramos de alcohol por litro de sangre) –art. 379.2, segundo inciso- y a una velocidad superior a 60 Km/h en vía urbana o a 80 Km/h en vía interurbana –art. 379.1-; esto es, que ambas conductas habrán de darse conjuntamente.

En este caso sucede exactamente lo mismo que en el art. 379, puesto que con respecto a la conducta fijada en el apartado 1 del art. 380 podrá discutirse la temeridad en la conducción, con las variantes penológicas que de ello pudiera derivarse, mientras que no cabe dicha posibilidad en el apartado 2 del mismo precepto. Igualmente, con la actual redacción del art. 380.2, el legislador ha llenado de contenido las expresiones “*altas tasas de alcohol en sangre*” y “*exceso desproporcionado de velocidad*”, referidas en el derogado art. 381, y cuya determinación quedaba a criterio del juzgador, atendiendo a las circunstancias de cada caso.

3.3. Artículo 381

En cuanto al art. 381¹⁰ –antiguo 384-, se castiga la conducción con manifiesto desprecio por la vida de los demás y se distingue, a efectos penales, si dicha conducta provoca, además, un concreto peligro –apartado 1-, ya que ello supondría una agravación del tipo previsto en el art. 380, o si, por el contrario, no pudiere apreciarse dicha concreción –apartado 2-, lo cual implicaría, razonablemente, la correspondiente reducción de la pena. Nos situamos, ya, ante una serie de

8 “*El que condujere un vehículo de motor o un ciclomotor a velocidad superior en sesenta kilómetros por hora en vía urbana o en ochenta kilómetros por hora en vía interurbana a la permitida reglamentariamente, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o a la de multa de seis a doce meses y trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días y, en cualquier caso, a la de libación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años.*”

9 Art. 380. “1. El que condujere un vehículo a motor o un ciclomotor con temeridad manifiesta y pusiere en concreto peligro la vida o la integridad de las personas será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta seis años.

2 A los efectos del presente precepto se reputará manifiestamente temeraria la conducción en la que concurrieren las circunstancias previstas en el apartado primero y en el inciso segundo del apartado segundo del artículo anterior.”

10 Art. 381. “1. Será castigado con las penas de prisión de dos a cinco años, multa de doce a veinticuatro meses y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores durante un período de seis a diez años el que, con manifiesto desprecio por la vida de los demás, realizare la conducta descrita en el artículo anterior.

2. Cuando no se hubiere puesto en concreto peligro la vida o la integridad de las personas, las penas serán de prisión de uno a dos años, multa de seis a doce meses y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por el tiempo previsto en el párrafo anterior.

3. El vehículo a motor o ciclomotor utilizado en los hechos previstos en el presente precepto se considerará instrumento del delito a los efectos del artículo 127 de este Código.”

conductas en las que ha de apreciarse dolo eventual en el sujeto activo.

A tales efectos, se entiende que si a la conducta prevista en el art. 380 –peligro concreto con ocasión de la conducción temeraria– se le añade el plus del desprecio por la vida de los demás, la pena a imponer será la de prisión de dos a cinco años, multa de doce a veinticuatro meses y privación del derecho a conducir de seis a diez años; sin embargo, cuando, a pesar del desprecio demostrado en la conducción, no hubiere existido peligro concreto, la pena quedará reducida a prisión de uno a dos años, multa de seis a doce meses, si bien se mantiene la privación del derecho a conducir por iguales periodos de seis a diez años.

En cualquiera de los dos casos, y en tanto que nos encontramos ante un delito doloso, el vehículo se considera como un instrumento necesario para la comisión y ello conlleva, por tanto, la pérdida del mismo, a los efectos del art. 127 CP.

3.4. Artículo 382

En el art. 382¹¹ se prevé, por su parte, la solución que ha de darse al concurso de delitos que nace cuando de las conductas sancionadas en los arts. 379, 380 y 381, se siguiera un resultado lesivo, en cuyo caso los jueces habrán de apreciar, tal y como se prevé en el art. 77.2 CP, la infracción más gravemente penada y aplicar la pena en su mitad superior, debiendo condenar, además, tal y como ya venía previsto en la regulación anterior, al resarcimiento de la responsabilidad civil dimanante del delito.

3.5. Artículo 383

La negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia, ha sido prevista en el art. 383¹², castigando dicha conducta con la pena de prisión de seis meses a un año, lo cual no constituye ninguna variación penológica respecto a la regulación anterior, si bien, ahora, además, habrá de imponerse la privación del derecho a conducir entre uno y cuatro años.

Si observamos detenidamente, está más duramente castigada la decisión de no someterse a la prueba de alcoholemia para la que el conductor es requerido, que dar positivo en la misma –prisión de tres a seis meses (art. 379.2 CP)–.

3.6. Artículos 384 y 385

Finalmente, tan sólo referir, que el antiguo art. 382 encuentra nuevo acomodo en el vigente art. 385¹³, que sigue manteniendo

do prácticamente la misma redacción, aunque refuerza la pena a imponer que queda fijada en la de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses y trabajos en beneficio de la comunidad de diez a cuarenta días. Asimismo se han añadido en el art. 384¹⁴ nuevas conductas delictivas; así, conducir aún habiéndose perdido todos los puntos del permiso de conducir, conlleva una pena de prisión de tres a seis meses o multa de doce a veinticuatro meses y trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días. Idénticas penas habrán de imponerse a quienes condujeran tras haber sido privados, cautelar o definitivamente, del permiso de conducir y a quienes conduzcan sin haber obtenido el permiso o la licencia para ello.

IV. NATURALEZA DE LOS MEDIOS DE INVESTIGACIÓN DE LA ALCOHOLEMIA Y REQUISITOS PARA LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA

Los métodos alcoholométricos son aquellos actos de investigación de carácter pericial que se adoptan en el curso de un control o de una detención y que, a través de una medición en el aliento, o a través de una intervención corporal más invasiva, como es el análisis de sangre, permiten determinar el grado de alcohol ingerido¹⁵. Pues bien, estas diligencias para detectar el grado de alcoholemia no pueden ser consideradas, como tal, verdaderas pruebas.

Un acto de prueba es la actividad realizada durante el juicio oral a instancia de las partes, con el objeto de convencer al Tribunal sobre cada una de las pretensiones afirmadas en el proceso. Asimismo, la LECrim. exige en el art. 741 que el juez dicte sentencia basándose en las pruebas practicadas en el juicio por lo que, las diligencias de alcoholemia deben ser consideradas como controles preventivos, realizados por los agentes de tráfico y cuyos resultados serán recogidos en un atestado, tal y como viene establecido en el art. 292 LECrim.

Legalmente, pues, estas mediciones no son, como tal, “actos de prueba” desde el punto de vista judicial y con eficacia procesal, simplemente constituyen actos de investigación tendentes a la determinación del hecho punible y a la presunta participación de su autor. No obstante, el atestado facilita

multa de doce a veinticuatro meses y trabajos en beneficio de la comunidad de diez a cuarenta días, el que originare un grave riesgo para la conducción de alguna de las siguientes formas:

1.º Colocando en la vía obstáculos imprevisibles, derramando sustancias deslizantes o inflamables o mutando, sustrayendo o anulando la señalización o por cualquier otro medio.

2.º No restableciendo la seguridad de la vía, cuando haya obligación de hacerlo.”

14 Art. 384. “El que condujere un vehículo de motor o ciclomotor en los casos de pérdida de vigencia del permiso o licencia por pérdida total de los puntos asignados legalmente, será castigado con la pena de tres a seis meses o con la de multa de doce a veinticuatro meses y trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días.

Las mismas penas se impondrá al que realizare la conducción tras haber sido privado cautelar o definitivamente del permiso o licencia por decisión judicial y al que condujere un vehículo de motor o ciclomotor sin haber obtenido nunca permiso o licencia de conducción.”

El párrafo segundo del art. 384, entrará en vigor el 1 de mayo de 2008.

15 GIMENO SENDRA, V., *Constitución y proceso*, Madrid, 1988, pág. 123.

11 Art. 382. “Cuando con los actos sancionados en los artículos 379, 380 y 381 se ocasionare, además del riesgo prevenido, un resultado lesivo constitutivo de delito, cualquiera que sea su gravedad, los Jueces o Tribunales apreciarán tan sólo la infracción más gravemente penada, aplicando la pena en su mitad superior y condenando, en todo caso, al resarcimiento de la responsabilidad civil que se hubiera originado.”

12 Art. 383. “El conductor que, requerido por un agente de la autoridad, se negare a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de las tasas de alcoholemia y la presencia de las drogas tóxicas, estupeficientes y sustancias psicotrópicas a que se refieren los artículos anteriores, será castigado con la s penas de prisión de seis meses a un año y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años.”

13 Art. 385. “Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años o a las de

la entrada de los hechos en el procedimiento¹⁶ pero éstos, al no haber sido obtenidos en el proceso penal, sino en un momento anterior a su inicio –que tiene lugar precisamente con el atestado policial– no pueden tener, por tanto, la consideración de prueba, sino el mero valor de denuncia¹⁷. Por este motivo, y para que los resultados de las pruebas puedan ser utilizados para imponer una pena, éstos han de ser introducidos en el juicio oral a través de auténticos medios probatorios (STC 145/1985, de 28 de noviembre, FJ 1)¹⁸, como suelen ser la declaración de los agentes que procedieron a la realización de dicha diligencia de medición o análisis.

Por otro lado, y como según establece la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, el deber de someterse a este tipo de pruebas no supone un acto contrario al derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, por lo que la asistencia letrada no puede considerarse un requisito de validez y eficacia de su realización y de sus resultados¹⁹.

Asimismo, y al tratarse de una labor preventiva de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, la jurisprudencia no tiene duda de la legalidad de dichas actuaciones, y por ello afirma reiteradamente que “el control del tráfico rodado y su seguridad, en tanto que afecta a la sociedad en general, está amparado por intereses más que legítimos, justificándose, así, la atribución de estas facultades a la policía²⁰”.

En este sentido la doctrina de nuestros más altos tribunales, Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional, han elaborado un elenco de requisitos que deben ser necesariamente respetados para dotar de eficacia a la prueba de alcoholemia practicada:

- a) El afectado debe ser informado de todas aquellas circunstancias que pueden contribuir a que el test de alcoholemia se verifique con las máximas garantías. Debe ser instruido de la forma en que se practicará la prueba, de la repetición del test de aire espirado conforme a lo previsto en la Ley sobre tráfico y en el Reglamento General de Circulación y de su derecho a la realización de un análisis clínico en un centro sanitario con objeto de contrastar sus resultados con los arrojados por los etilómetros utilizados. (ATC 837/1988, de 4 de julio; STC 5/1989, de 19 de enero).
- b) “La asistencia letrada no es condición de validez –desde la perspectiva constitucional– de la práctica de dicha prueba [...] que no requiere de las garantías inscritas en el artículo 17.3 de la Norma Fundamental, no dispuestas a favor de quienquiera que se halle sujeto a las normas de la policía de tráfico.” (SSTC 107/1985, de 7 de octubre y 252/1994, de 19 de septiembre).
- c) La incorporación del atestado al proceso se debe hacer respetando los principios de inmediación, oralidad y contradicción (STC 145/1985, de 28 de octubre, FJ 4)²¹. Para que el test pueda ser considerado prueba de cargo, debe garantizarse su contradicción en el juicio oral, y ello sólo es posible cumpliendo los mencionados principios y con la declaración de los agentes que lo practicaron, ratificando o complementando el contenido del atestado durante el curso del procedimiento judicial, aunque sea través de otros medios probatorios. Si no fuera así, la falta de las imprescindibles garantías procesales impediría atribuir a los resultados de la prueba valor probatorio de cargo para desvirtuar la presunción de inocencia (SSTC 22/1988, de 18 de febrero, 145/1987, de 23 de septiembre, 5/1989, de 19 de enero, 222/1991, de 25 de noviembre y 24/1992, de 14 de febrero). Por ello, sólo con el resultado del test de alcoholemia no se puede fundamentar una sentencia condenatoria, han de existir otras pruebas que acrediten, además de la ingestión de alcohol, su influencia en la conducción, salvo que nos encontremos en el supuesto del art. 379.2 C.P.

Hasta ahora, el Tribunal Constitucional siempre ha exigido que el resultado del test sea ratificado bien por los agentes que lo verificaron, bien por otros testigos (SSTC 100/1985, de 3 de octubre, 145/1987, de 23 de septiembre [y AATC 797/1985, de 13 de noviembre, 1421/1987, de 21 de diciembre y 191/1988, de 15 de febrero]), por el resultado obtenido con una prueba de extracción de sangre (ATC 304/1985, de 8 de mayo) o por la declaración del perjudicado (AATC 305/1985, de 8 de mayo, 62/1983, de 16 de febrero y 1079/1987, de 30 de septiembre; STC 89/1988, de 9 de

16 GIMENO SENDRA, V., *Constitución y Proceso*, op. cit., pág. 130.

17 STS 24/1992, de 14 de febrero, FJ 3, rec. núm. 542/2989.

18 STC de 14 de octubre de 2002, núm. 188/2002, FJ 1.

19 Efectivamente, incluso la jurisprudencia más reciente se reafirma en lo dicho. Así, la SAP de La Rioja, de fecha 22 de febrero de 2005, haciendo suya la doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional afirma en el FJ 2º que “procede indicar que el deber de someterse al control de alcoholemia no puede considerarse contrario al derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, pues no se obliga al detectado a emitir una declaración que exteriorice un contenido, admitiendo su culpabilidad, sino a tolerar que se le haga objeto de una especial modalidad de pericia, exigiéndole una colaboración no equiparable a la declaración comprendida en el ámbito de los derechos proclamados en los arts. 17.3 y 24.2 CE; no vulnera el derecho a la intimidad personal del art. 18.1 CE”. (SSTC 161/1997, de 2 de octubre y 234/1997, de 18 de diciembre). Por otro lado, la SAP de Córdoba, de 16 de octubre de 2003, núm. 190/2003, FJ 2, acogiendo la doctrina del Tribunal Constitucional afirma que “conviene recordar en relación a la falta de Letrado y no información de sus status de detenido, que el hoy recurrente no tuvo nunca en Comisaría la condición de detenido y su presencia en dichas dependencias para la práctica de las pruebas de alcoholemia no puede equipararse a una situación de privación de libertad aunque comporte inevitablemente molestias para el ciudadano e incluso su temporal inmovilización (SSTC 107/1985, 22/1988, providencias 16/10 y 30/11/89)”.

20 STC 207/1996, de 16 de diciembre: “no existe en la Constitución en relación con las inspecciones e intervenciones corporales, en cuanto afectantes a los derechos a la intimidad y a la integridad física, reserva absoluta alguna de resolución judicial, con lo que se plantea el problema relativo a si solo pueden ser autorizadas, al igual que aquellas otras, por los Jueces y Tribunales, esto es, mediante resolución judicial. [...] Esta misma exigencia de monopolio jurisdiccional en la limitación de los derechos fundamentales resulta, pues, aplicable a aquellas diligencias que supongan una intervención corporal, sin excluir, ello no obstante, que la Ley pueda autorizar a la policía judicial para disponer, por acreditadas razones de urgencia y necesidad la práctica de actos que comportan un simple inspección o reconocimiento o incluso, una intervención corporal leve, siempre y cuando se observen en su práctica los requisitos dimanantes de los principios de proporcionalidad y razonabilidad.”

21 “con la presencia de los agentes que lo hayan practicado o, al menos que el test haya sido ratificado durante el curso del procedimiento judicial”

mayo, 24/1992, de 14 de febrero) e, incluso, por las circunstancias que rodearon la conducción (ATC 449/1985), siendo intrascendente que el atestado no reuniera todos los datos, porque lo importante era asegurar la contradicción en el juicio oral (STC 222/1991, de 25 de noviembre).

- d) Finalmente, el contenido del atestado tendrá un valor probatorio por sí mismo siempre que se realice la preconstitución de la prueba²², para lo cual debe asegurarse al interesado su derecho a un proceso público con todas las garantías²³. Parte de la doctrina ha mantenido siempre que en el caso de las pruebas de alcoholemia nos encontramos ante un claro ejemplo de prueba preconstituida ya que es imposible reproducir con posterioridad esta pericia tan relevante para el proceso, practicada por expertos y con material técnico especializado²⁴. En este sentido, cuando el atestado incorpora ciertas pericias técnicas, como son las pruebas de alcoholemia, pueden tener valor probatorio por sí mismas, dada la objetividad de sus resultados, cuando se introduzca al proceso respetando los principios de inmediación, oralidad y contradicción; “la especial relevancia de estos elementos incorporados al atestado resulta, de un lado, del hecho de constituir pericias técnicas, que al ser realizadas con instrumental técnico, tienen carácter objetivo y, de otra parte, de que, al referirse a una situación o estado que no persiste hasta la celebración de la vista, son, en consecuencia, difícilmente practicables en la misma (STC 145/1985, de 28 de noviembre, FJ 4; en sentido similar SSTC 100/1985, de 3 de octubre, FJ 2; 5/1989, de 19 de enero, FJ 2; 111/1999, de 14 de junio, FJ 5)”²⁵. Es más, las irregularidades o contradicciones que se pudieran apreciar en los datos recogidos en el atestado no afectan a su validez intrínseca, ya que pueden resultar eficaz en la valoración que realiza el juez, que atiende a las circunstancias del caso y que puede atribuir más o menos credibilidad a los datos y circunstancias que aparecen en los documentos que reflejan el resultado de las pruebas de alcoholemia²⁶.

22 STC 100/1985, de 3 de octubre y ATC 682/1986, FJ 2.

23 STC 175/1985, de 17 de diciembre.

24 La STC 145/1985, de 28 de octubre indica que “no cabe desconocer la peculiaridad del atestado que incluye la realización de la denominada prueba de impregnación alcohólica. De un lado, contiene el resultado de un test practicado con ayuda de un instrumental técnico especializado al que puede atribuirse el carácter de prueba pericial *latu sensu*, y aun cuando no constituye el único medio posible de investigación del supuesto delictivo, su carácter objetivo le proporciona una especial relevancia. De otro lado resulta prácticamente imposible reproducir durante el juicio oral la prueba realizada mediante los aparatos oficialmente autorizados, por referirse a una situación que no persiste hasta la celebración de la vista de la causa.”

25 Vid. STC 188/2002, de 14 de octubre, FJ 2º (Ponente, Doña Emilia Casas Bahamonde).

26 SAP Alicante, de 20 de octubre de 2004, núm. 500/2004, FJ 3 y SAP Granada, de 7 de marzo de 2000, secc. 1ª, núm. 152/2000, FJ 3.

V. ESPECIAL REFERENCIA A LA DETECCIÓN DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES

A tenor de lo prevenido en la Ley sobre Tráfico, los arts. 27 y 28 del Reglamento General de Circulación desarrollan la normativa referente a la prohibición de conducir y circular bajo la influencia de estupefacientes, psicotrópicos y sustancias análogas e, igualmente, tal y como venimos diciendo, el Código Penal incluye entre sus delitos contra la seguridad del tráfico la conducción bajo la influencia de estas sustancias.

Así, el art. 27 de la ley de tráfico prohíbe la conducción de vehículos de motor o bicicletas tras la consumición de psicotrópicos, estimulantes o sustancias análogas, entre las que han de incluirse medicamentos u otras sustancias que pudieran provocar la alteración del estado físico y mental necesarios para conducir sin peligro²⁷.

Dadas las dificultades para detectar la ingesta de drogas o cualquier otro tipo de sustancias tóxicas análogas mediante el uso de etilómetros —específicamente creados para detectar el alcohol en el aliento—, hoy por hoy el Reglamento reconoce que el método más efectivo para dichas comprobaciones es el reconocimiento médico y los análisis clínicos que pudieran realizar el médico forense, el personal facultativo de un centro sanitario o de cualquier instituto médico que se considere adecuado²⁸. Estas pruebas constituyen una obligación y, desde el punto de vista administrativo, su negativa conlleva la inmediata inmovilización del vehículo en la forma prevista en el artículo 25 del Reglamento.

A petición del interesado, o por orden judicial, se podrán repetir tales pruebas, pero, en este caso, nada se indica sobre la forma de hacer frente a los gastos de dichas pruebas, es decir, si ello corresponde al sujeto pasivo o a las autoridades. No obstante, dadas las similitudes con las pruebas de detección de alcohol, podemos deducir que serán de cargo del interesado y, siempre, en la mismas condiciones que en el caso de la alcoholemia, esto es, previo pago de las pruebas y análisis que hubieran de realizarse y devolución en el caso de que el resultado del contraste fuera negativo, ya que en este supuesto, y en el entendimiento de que dichas pruebas de contraste son un derecho del sujeto pasivo, su realización deberá correr a cargo de las autoridades competentes.

En estas prácticas, los agentes deberán ajustarse, en cuanto les sea posible y cuando adviertan síntomas claros de la ingestión de drogas o sustancias tóxicas, a las previsiones establecidas para la detección de la alcoholemia, a las normas establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y a las órdenes de las autoridades judiciales, considerándose una

27 El art 65.5.a) de la Ley sobre tráfico establece como infracción muy grave la conducción habiendo ingerido bebidas alcohólicas con tasas superiores las reglamentariamente previstas, así como la conducción bajo los efectos de estupefacientes, psicotrópicos y cualquier otra circunstancia de efectos análogos.

28 Advertimos desde este momento, que la intervención del médico forense tiene lugar una vez que se entiende cometido un delito, luego resulta cuanto menos criticable que a efectos de comprobar si se ha consumido alguna sustancia que pudiera afectar las condiciones del conductor y, por tanto, antes, incluso, de entender acreditado uno sólo de los elementos del delito, se permita la intervención de dicho facultativo.

infracción muy grave –art. 65.5 a) y b) de la Ley sobre Tráfico- la negativa a someterse a estos controles. No olvidemos, sin embargo, que, como hemos indicado anteriormente, en la actualidad los agentes encargados de la realización de tales controles, disponen de los instrumentos para detectar la ingestión de tales sustancias a través del aire y de la saliva.

En lo que se refiere a los aspectos penales, hemos de recordar que el art. 379 CP no sólo sanciona la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas sino también la conducción que tiene lugar cuando el sujeto tiene alterada sus condiciones psico-físicas por la ingestión de drogas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas, estimulantes, medicamentos, etc. Luego, al igual que sucede con el alcohol, la presencia en el organismo de este tipo de sustancias constituye el elemento objetivo del tipo previsto en el art. 379, debiéndose acreditar, sin embargo, la influencia de dichas sustancias en la conducción.

Por otro lado, al no haberse regulado ningún límite mínimo, como en la alcoholemia, a partir del cual se pudiera considerar peligrosa la conducción, se entiende infringida la norma administrativa por la mera ingesta con independencia de la cantidad; no obstante, desde la perspectiva penal, se hace imprescindible la práctica de una prueba científica que pueda demostrar no sólo la ingestión sino la efectiva influencia en la capacidad del conductor que pudiera poner en peligro la seguridad del tráfico²⁹. Si, por los motivos que fueren, no se realizan las pruebas necesarias para dicha comprobación, es obvio que no existirá prueba de cargo apta para desvirtuar la presunción de inocencia.

En este sentido, son necesarias dos pruebas, tal y como reglamentariamente está previsto para la alcoholemia y su incumplimiento por parte de los agentes encargados, es insubsanable de cara al juicio oral debido a la indefensión que ello provoca³⁰. No son suficientes la existencia de pruebas

relativas a los síntomas, sino que resulta necesaria la aplicación de algún método que permita demostrar la influencia en la conducción³¹.

VI. CONCLUSIONES

Como hemos podido apreciar las medidas acordadas en el ordenamiento español constituyen un único sistema que se basa en cada una de ellas –administrativas y penales-. Sólo de este modo es posible controlar aquellas conductas que pudieran suponer, además de un peligro, una infracción administrativa o una infracción penal, merecedoras de su correspondiente sanción.

Desde el ámbito administrativo, se ha optado por sancionar comportamientos que anteriormente no eran objeto de ningún tipo de corrección o bien se han endurecido las sanciones ya previstas para los mismos; por otro lado, y para culminar, la “nueva fórmula” no se ha dudado, como hemos visto, en endurecer las sanciones penales, modificando el Código Penal y tipificando conductas que anteriormente quedaban impunes.

No obstante lo anterior, hemos de reconocer, que tales medidas fueron, y aún lo siguen siendo, muy impopulares entre los ciudadanos españoles, si bien a todos nos resulta reconfortante apreciar como ha bajado, en un considerable porcentaje, la siniestralidad en nuestras carreteras.

pueden cometer el delito del art. 380 CP, (...), también debe entenderse en justa reciprocidad que es una garantía esencial de defensa del acusado en este tipo de delitos la realización de las dos pruebas reglamentarias que establece la normativa vigente, cuya falta en el momento en que pudo practicarse deviene ya en insubsanable de cara al acto del juicio oral por la manifiesta indefensión que le produce dado que ya no se puede practicar la misma atendido el tiempo transcurrido y el lógico cambio de circunstancias producidos desde entonces” (SAP Barcelona, Secc. 5ª, de 28 de enero de 2005, rollo ap. 298/2004-R).

³¹ *“No pueden ser tenidas en cuenta las restantes pruebas de cargo relativas a los síntomas que presentaba el acusado, cuando fue parado por los agentes de la autoridad, ni los indicios concurrentes, ya que la condena basada únicamente en tales pruebas, produciría una evidente indefensión al acusado al no haber podido articular su defensa en base a unas pruebas objetivas sobre la tasa de alcohol que presentaba en el momento de ocurrir los hechos” (SAP Barcelona, Secc. 5ª, de 2 de diciembre de 2002, rollo ap. 649/02).*

²⁹ Vid. SAP Barcelona, Secc. 5ª, de 17 de enero de 2006, núm. 106/2006, FJ 1 y 2.

³⁰ *“Lo mismo que es obligatorio que los conductores requeridos para ello se sometan a las dos pruebas reglamentaria de alcoholemia (...), puesto que caso contrario*

ABC DE ÓRGANOS COLEGIADOS

Licda. Ileana Reyes Rivas,
Licda. Ana Catalina Arias Gómez
Lic. Javier Lázcares Valenciano

INTRODUCCIÓN

En la Ley General de la Administración Pública (en adelante LGAP), Título Segundo denominado “De los Órganos de la Administración”, Capítulo Tercero, se regulan los conocidos órganos colegiados. Tal Ley desarrolla el marco general -vinculante para todo sujeto público, salvo ley en contrario- a partir del cual deben funcionar los tipos de órganos indicados, sin detrimento de lo que cada organización pública pueda regular a lo interno, en razón de algunas peculiaridades propias de su razón de ser, o de lo que leyes especiales ordenen.

En la especie, considerando la importancia de que se conozca lo mejor posible funcionamiento de este tipo de órganos, el presente estudio pretende, por ende, realizar un análisis de la normativa que rige en la materia, recopilando para ello los criterios más importantes que la jurisprudencia ha emitido entorno al objeto del presente estudio. De este modo se presenta una especie de ABC básico sobre los órganos colegiados.

I. DEL NOMBRAMIENTO DEL PRESIDENTE Y EL SECRETARIO

1. Nombramiento, facultades y atribuciones del Presidente

El órgano colegiado se caracteriza porque el titular del órgano es un grupo o conjunto de personas físicas que actúan en plano de igualdad unos respecto de los otros. Las personas físicas que lo componen están llamadas a deliberar simultáneamente (de acuerdo con las normas de organización) a efecto de formar la voluntad del órgano.

En este sentido, la constitución y funcionamiento de dicho colegio se sujeta a las disposiciones de Derecho Público, es decir, se rige por lo dispuesto en la Ley General de la Administración Pública -en adelante LGAP- y a la normativa específica de cada administración en tanto no se le contraponga a lo dispuesto en la Ley mencionada.

En algunos casos la Junta Directiva está compuesta por diversos representantes de diferentes sectores y todos ellos son titulares del órgano y como tales se encuentran en una misma posición jerárquica dentro de la organización. La regla es que en los casos particulares sea donde se presente un cuerpo colegiado, tomador de decisiones, se trataría de un órgano colegiado propio de la Administración Pública y, como tal, le aplica la normativa dispuesta en la LGAP antes

mencionada, y posteriormente la normativa especial existente para el caso de particular¹.

Para el ejercicio de la función del colegio, el ordenamiento establece un régimen de funcionamiento particular, que lo diferencia del accionar de un órgano unipersonal, en los artículos 49 y siguientes de la LGAP.

Como indicamos en relación con la conformación de los órganos colegiados, el principio general es que mediante normativa específica cada administración establece la conformación y los mecanismos de nombramiento de su órgano colegiado.

Sobre el particular, en el dictamen C-175-98, de 20 de agosto de 1998, la Procuraduría General de la República indica que el resto de los miembros del órgano colegiado serán nombrados de conformidad con la normativa específica, en este sentido apunta:

“La Ley General de la Administración Pública en el Capítulo Tercero del Título Segundo (artículos 49 a 58) prevé la regulación aplicable a los órganos colegiados. Así, el artículo 49 se refiere al Presidente del órgano, la forma de su nombramiento y el período en el que va a ejercer sus funciones.

Mientras tanto, en el artículo 5 del Reglamento de la Ley General de Migración y Extranjería se regula lo que corresponde al nombramiento de los miembros del Consejo y dispone para ello lo siguiente: “El nombramiento de los miembros del Consejo Nacional se hará por acuerdo simple del Ministerio de Gobernación y Policía, integrándolo con las personas que designen las instituciones y ministerios que tienen derecho a acreditar representantes. El Consejo contará con la asistencia del Asesor Legal y Jefe del Departamento Administrativo del Consejo de Migración, quien actuará como informante.

Permanecerán en sus cargos por un período de cuatro años. En su inicio y finalización coincidirá con el período constitucional del Poder Ejecutivo.

Los mismos podrán ser nombrados por períodos sucesivos y devengarán dietas, cuyo monto y número mensual

¹ Este tema ha sido tratado ampliamente por la Procuraduría General de la República en el dictamen C-259-2005 del 19 de julio de 2005.

será igual al que corresponde a los directores de las instituciones autónomas.”

En este sentido, la LGAP parte del hecho que el órgano colegiado tendrá un Presidente que puede ser nombrado de la forma establecida en la normativa especial que lo regula, o en ausencia de regulación especial, se aplica supletoriamente la LGAP como normativa de aplicación general, donde se dice que la elección del Presidente se realiza por acuerdo de mayoría absoluta. En tal línea dispone el numeral 49 LGAP:

“Artículo 49.-

1. *Cada órgano colegiado tendrá un Presidente nombrado en la forma prescrita por la ley respectiva o en su defecto por lo aquí dispuesto.*
2. *Salvo norma contraria, el Presidente será nombrado de entre los miembros del órgano colegiado, por la mayoría absoluta de ellos y durará en su cargo un año, pudiendo ser reelecto. (...)*”

Para efectos de una mayor comprensión de las implicaciones de lo que se considera una mayoría absoluta como la mencionada, en el dictamen C-173-86 del 7 de julio de 1986, la Procuraduría General de la República se define la mayoría absoluta, mediante la diferenciación con otros tipos de mayoría, de la siguiente manera:

“De acuerdo con lo expuesto hasta el momento, debemos entender por:

1. *Mayoría: la cifra mayor de votos emitidos;*
2. *Mayoría absoluta: cuando para tomar una decisión la ley exige que el acuerdo obtenga la mitad más uno de los votos; ya sea de los miembros presentes o bien del número de miembros del órgano, según la ley lo disponga. Por ejemplo, el artículo 54.3 de la Ley General de la Administración Pública habla de que los acuerdos serán adoptados por mayoría absoluta de los miembros presentes. Si como en este caso el total de los votantes es siete la mayoría absoluta se legraría (sic) con cuatro votos.*
3. *Mayoría calificada: Cuando se exige un número de votos superior a los que se requieren para alcanzar la mayoría absoluta, siendo generalmente de dos tercios. Por ejemplo, la mayoría de dos tercios de siete es cinco. Los conceptos que acabamos de expresar se refieren al número de votos necesarios para acuerdos, pero también pueden ser utilizados para determinar el quórum de un órgano colegiado, sustituyendo el número de votos por el número de miembros de órgano. Por ejemplo, si una norma jurídica exige que para la validez de la constitución del órgano el quórum es de la mayoría absoluta de sus componentes, entonces el quórum necesario será el de la mitad más uno de los miembros del órgano.”*

En cuanto a las facultades y atribuciones con que cuenta el Presidente del órgano colegiado, el artículo 49 de la

Ley de comentario establece una lista de funciones tales como:

3. El Presidente tendrá las siguientes facultades y atribuciones:
 - a) Presidir, con todas las facultades necesarias para ello, las reuniones del órgano, las que podrá suspender en cualquier momento por causa justificada;
 - b) Velar porque el órgano colegiado cumpla las leyes y reglamentos relativos a su función;
 - c) Fijar directrices generales e impartir instrucciones en cuanto a los aspectos de forma de las labores del órgano;
 - d) Convocar a sesiones extraordinarias;
 - e) Confeccionar el orden del día, teniendo en cuenta, en su caso, las peticiones de los demás miembros formuladas al menos con tres días de antelación;
 - f) Resolver cualquier asunto en caso de empate, para cuyo caso tendrá voto de calidad;
 - g) Ejecutar los acuerdos del órgano; y
 - h) Las demás que le asignen las leyes y reglamentos.

Tal y como se desprende de la anterior lista, se deja la posibilidad de que tenga más funciones, pues es una disposición “*numerus apertus*”, siendo mediante leyes o reglamentos especiales que se pueden incluir otra serie de competencias al Presidente de la Junta como tal. Es con base en esa posibilidad dada por el legislador en aquella oportunidad, que los reglamentos particulares de los órganos de cada organización tienden a atribuir algunas funciones adicionales, aunque no siempre son del todo distintas.

Ahora bien, la Procuraduría General de la República en dictamen C-415-2007 del 21 de noviembre de 2007, ha hecho la observación que mediante normativa específica es posible otorgar facultades o atribuciones al cuerpo colegiado, y en ese caso el Presidente tendrá competencia como parte integrante de la Junta Directiva², lo que no significa que pueda arrogarse competencias que han sido dadas al órgano en su conjunto. En este sentido el criterio señala:

“De las normas anteriores se extrae la potestad de la Junta Directiva para señalar a los funcionarios bajo su cargo, las fechas en que deberá disfrutar de su periodo de vacaciones, en los términos expuestos en el primer apartado de esta consulta. Ahora bien, la competencia, como señalamos reside en la Junta Directiva, no en su Presidente.

En efecto, el presidente del órgano colegiado no puede arrogarse las competencias que el ordenamiento jurídico le asigna al cuerpo colegiado, toda vez que su ámbito de acción se encuentra circunscrito a la potestad directiva y disciplinaria dentro del colegio respectivo, sin que dichas funciones impliquen la existencia de una relación

² En este sentido los artículos 2, 4, 8 y 11 del Reglamento de la Junta Directiva

jerárquica sobre los demás miembros del órgano colegiado o sobre el resto de funcionarios de la institución. (...) A partir de lo expuesto, si la competencia reside en la Junta Directiva, el Presidente de dicho órgano no podría ejercerla sino como parte integrante del órgano colegiado.”

Refiriéndonos puntualmente a las atribuciones del Presidente del cuerpo colegiado, interesa detallar una a una las funciones que esta figura cumple, así el hecho de “Abrir, presidir y suspender las sesiones ordinarias y extraordinarias” resulta de gran relevancia para lo que al órgano interesa, pues tan solo la decisión de abrir la sesión con lleva la verificación de que exista quórum para poder sesionar -tema del que ahondaremos más adelante-, de manera que verificado éste, inicia la discusión de los temas con los presentes y dirige la sesión de la forma en que se definió en el orden del día, salvo que se modifique ésta de la forma prevista en la Ley.

La suspensión de la sesión, de acuerdo con la Ley, también es una labor del Presidente, quien luego de haber considerado los asuntos de discusión considere que puede suspenderla.

Otras consideraciones para suspender las sesiones pueden obedecer a la falta de quórum -requisito sin el cual no pueden sesionar-, a lo avanzado de la hora, o a otras circunstancias a juicio del Presidente y en este último caso, por “otras circunstancias” se entiende cualquier motivo que para el Presidente produzca la necesidad de suspender la sesión.

Si la sesión ha sido iniciada y se decide suspender, dicha situación debe constar en el acta que se esté levantando, así como la justificación para proceder de tal manera.

Dentro de la logística de la dirección de las sesiones al presidente también corresponde conceder la palabra a los presentes en el orden en que sea solicitada, salvo que se trate de mociones de orden caso en el cual se atienden y deciden de inmediato debido a su naturaleza.

Además de ordenar el uso de la palabra, le corresponde orientar los debates dentro del orden debido, procurando que abarquen solamente la materia en discusión, de suerte tal que la conversación gire en torno al tema en discusión de acuerdo con la agenda y no se desvíe la atención en otros asuntos que no tengan relación, para poder llegar a una voluntad común en cada caso y finalmente acordar las decisiones precisas para los asuntos que se sometan a su conocimiento.

De esta forma es que derivado de la discusión respecto a cada uno de los puntos de agenda, el presidente también debe procurar dar coto a la discusión cuando considere que fue suficientemente discutido el tema y someter a votación los asuntos para llegar a la voluntad conjunta del órgano.

El presidente conforme se desarrolla la sesión declara la admisibilidad o inadmisibilidad de las mociones -sean éstas de orden o sustantivas- y anuncia el resultado de las votaciones a efecto de que exista la suficiente claridad en caso de votos disidentes. También a efecto de que se desarrollen con mayor amplitud temas propios de la Junta Directiva, el

presidente queda debidamente facultado para nombrar las comisiones que estime pertinentes, dando la conformación e instrucciones adecuadas para la asignación que se determine.

De especial importancia resulta comentar lo relativo a la confección del orden del día que a él compete, debido a que si en la sesión se vota un asunto que no está contemplado en el acta, los acuerdos se vician de nulidad absoluta.

En este sentido, solo se someterá a conocimiento del órgano los asuntos que figuren en el orden del día, salvo que, como lo indica el artículo 54 inciso 4 de la LGAP, las dos terceras partes de los miembros determinen que un asunto que no está contemplado en el orden del día revierta un carácter de urgente. Sobre el particular la Procuraduría General de la República se ha pronunciado en dictamen C-020-2008 del 22 de enero de 2008, en los siguientes términos:

“Con fundamento en lo anterior, el orden del día es un documento que obliga y limita el accionar del colegio, toda vez que un asunto no incluido en él no podría ser objeto de discusión y votación, salvo que se declare urgente siguiendo las formalidades y los requisitos que establece la Ley General de la Administración Pública. Si se vota un asunto que no está en el orden del día o se incluye uno sin seguir las formalidades, requisitos y que tenga la naturaleza de urgente, los acuerdos respectivos estarían viciados de nulidad absoluta. Desde esta perspectiva, el orden del día es un documento definitivo que afecta todo el desarrollo de la sesión del colegio- desde su inicio hasta su conclusión”.

Otra importante labor dispuesta en el apartado f) del artículo 49 de la LGAP que nos ocupa, es que el Presidente puede resolver cualquier asunto en caso de empate, mediante el doble voto, o voto de calidad como lo denomina la doctrina³. Al respecto, la Procuraduría General de la República en el dictamen C-173-86 de 7 de julio de 1986⁴, explica la precedencia del voto de calidad en los siguientes términos:

“En caso de existir empate en la votación que se realiza, el Presidente tendrá voto de calidad (artículo 49 de la ley General de la Administración Pública).

“En otros casos, para obtener la mayoría absoluta frente al empate, se recurre al voto cualificado. En tales cuerpos u ocasiones, el Presidente decide por la calidad de su voto el empate, que cede a favor de su parecer, contando como dos; si bien en otros sistemas, el que preside sólo vota en caso de indecisión, para mayor autoridad, no comprometida en las votaciones normales si

³ CABANELLAS, Guillermo. Diccionario de Derecho Usual, tomo IV, Buenos Aires, Editorial Heliasta S.R.L., octava edición, 1974, pág. 438.

“Voto de calidad: Es el que corresponde en una junta, asamblea, colegio o Consejo a determinada persona o miembro del mismo, casi sin excepción a su presidente, para resolver en caso de empate, adhiriéndose al parecer que mejor le parezca”

⁴ En igual sentido ver dictámenes C- 250-98 de 24 de noviembre de 1998, C-419-2005 de 7 de diciembre del 2005, C-410-2006 del 10 de octubre de 2006, y C-415-2007 del 21 de noviembre de 2007.

queda en franca minoría". (CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario de Derecho Usual*, tomo II, Pág. 670).

Ahora bien, si una norma exige que la decisión de un asunto determinado sea tomada por mayoría calificada es generalmente por naturaleza misma de la materia, considerándose necesario que entre los votantes se logre un consenso y en caso de que no se pueda lograr quedaría desechada la moción.

'La exigencia de los dos terceras partes está orientada con base en la importancia del asunto...Esta mayoría calificada es una especie de control "inter órgano", como lo llama Loewestein, que permite a las minorías participar en la decisión, apoyando a la mayoría y con ello alcanzar el número de votos suficientes para tomar la decisión, o negándole el apoyo y con ello la decisión no se toma'. (MUÑOZ, Hugo Alfonso, *La Asamblea Legislativa en Costa Rica*, Pág. 138).

Vemos entonces que es únicamente en caso de empate que el Presidente hace uso de su voto calificado, pero no cuando no se logra obtener una mayoría calificada, porque de lo contrario sería desvirtuar la naturaleza misma de la mayoría calificada."

Bajo esta misma línea de pensamiento, interesa señalar que la Sala Constitucional se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de este tipo de votación privilegiada. Al respecto, mediante resolución 1998-04247 de las 17:24 horas del 17 de junio de 1998, resolvió lo siguiente:

"En el caso que nos ocupa la Sala no encuentra un solo motivo que cause desigualdad, puesto que el voto de calidad del presidente de un órgano colegiado, es en esencia un medio jurídico que tiene como fin el de establecer una vía que conduzca a la toma de una decisión en firme. Desde luego que existen otros medios distintos al propuesto, como los que se incluyen en el Código Municipal para las tomas de los acuerdos de los Concejos, o el de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pero también existen disposiciones en pro del doble voto, como por ejemplo el artículo 184 del Código de Comercio, en lo que atañe a la Junta Directiva de las sociedades anónimas. En consecuencia, es criterio de la Sala que el voto de calidad para el presidente de un órgano colegiado, no es contrario al principio constitucional de igualdad."

La Sala Constitucional ante la posición antes trascrita avala esa condición -y poder- tan importante que tiene el Presidente de un órgano colegiado, dotándolo en situaciones, por lo general conflictivas, con el privilegio de decidir de forma definitiva con el doble valor del voto, frente a los restantes miembros del colegio para forma una única voluntad.

2. Nombramiento, facultades y atribuciones del Secretario

En cuanto al nombramiento del Secretario corresponde al

órgano colegiado hacerlo como lo establezca la normativa particular. En cuanto a la LGAP, ésta en su artículo 50 señala cuáles son las funciones propias del Secretario de colegio, al respecto apunta:

"Artículo 50.-

Los órganos colegiados nombrarán un Secretario, quien tendrá las siguientes facultades y atribuciones:

- a) *Levantar las actas de las sesiones del órgano;*
- b) *Comunicar las resoluciones del órgano, cuando ello no corresponda al Presidente; y*
- c) *Las demás que le asignen la ley o los reglamentos."*

Como en el caso en particular, no existe ninguna otra regulación especial que norme la actividad del Secretario y le conceda atribuciones adicionales a las ya indicadas, aunque normalmente se supedita al levantamiento de las actas y a la comunicación de las resoluciones del órgano. Tales dos funciones -en apariencia sencillas- son las más delicadas y resultan de gran relevancia para el correcto proceder del órgano, pues es en las actas donde se plasman las manifestaciones de cada uno de sus miembros, las incidencias, la toma de decisiones y las votaciones de mayoría y minoría, adicionalmente a lo que la comunicación, como requisito de eficacia de los acuerdos, implica como tal. Debe enfatizarse que las actas deben reflejar con la mayor exactitud posible, lo que se delibera en la sesión respectiva.

En relación a la facultad del Secretario de levantar las actas de las sesiones del órgano, en dictamen C-221-95 de 10 de octubre de 1995, la Procuraduría General, indica que adquiere importancia en el tanto éstas constituyen un requisito de validez de los acuerdos tomados:

"El levantamiento de actas, que es atribución propia del Secretario del órgano (Art. 50.a iusibidem), constituye un requisito de validez de los acuerdos tomados en la respectiva sesión. Lo anterior, siendo una consecuencia obligada del principio de colegialidad, permite -entre otras cosas- determinar los miembros que han concurrido con su voto en la toma de la decisión de que se trate y, así, excluir la responsabilidad de aquéllos que eventualmente hayan votado en contrario y expuesto los motivos de su oposición (Art. 57.1)."

Además dichas actas tienen importancia en el tanto las mismas tienen por regla de principio carácter público; sobre el particular la Procuraduría en el dictamen C-221-95 de 10 de octubre de 1995 indica:

"Ahora bien, es incuestionable la publicidad de las actas de las juntas directivas de los entes públicos menores y el derecho que tiene el particular de acceder a su conocimiento y examen. Ello, no sólo por tratarse de documentos públicos, sino por la naturaleza del órgano de donde provienen."

Sobre esto último, ha de tenerse presente que dichos cuerpos directivos constituyen el órgano superior de la institución respectiva.

En calidad de tales, no sólo les corresponde ejercer las atribuciones propias del jerarca institucional, sino en particular deliberar las políticas generales que determinarán el rumbo administrativo concreto del ente y, por tanto, el modo en que se gestionarán los recursos públicos y que se desplegarán las potestades de imperio a él reconocidas. Por tal razón, la transparencia de su gestión es condición esencial para que los habitantes puedan ejercer su derecho fundamental -implícitamente reconocido en el numeral 26 constitucional- de participar en la vida política mediante el examen de la conducta pública de los funcionarios: "El derecho de todo ciudadano a estar informado ... y, especialmente, a estar informado sobre la actividad de los poderes públicos es un presupuesto ineludible para participar «en la vida política, económica, cultural y social» ... y para poder participar en los asuntos públicos ..." (Fernando Sáinz Moreno, op. cit., p. 2941).

De lo expuesto en el anterior acápite sin dificultad se colige que las actas de dichas Juntas Directivas son, por excelencia, documentos de libre acceso por parte de los ciudadanos y que, en principio, la información en ellas contenida es de interés público."

No obstante, se debe tomar en cuenta que en dichas actas puede haber información confidencial, que no depende de la discrecionalidad del órgano sino que estará predeterminada normativamente, lo cual viene a limitar el principio de publicidad supra indicado; al respecto en el dictamen C-221-95 de 10 de octubre de 1995, la Procuraduría indicó:

"Sobre ello, conviene enfatizar preliminarmente dos cosas. En primer término, se insiste en que la confidencialidad de cierta información no depende de un juicio discrecional del órgano administrativo, sino que debe estar predeterminada normativamente. Y, por otra parte, que a la luz del principio general de publicidad, dichas normas deben ser interpretadas restrictivamente.

Ciertamente, la información confidencial que eventualmente figure en las actas dichas, debe ser preservada del conocimiento público. Su revelación o divulgación, generaría responsabilidad del agente público, inclusive del orden penal, cuando esa confidencialidad tenga amparo expreso en la ley. Por ello, tal agente está en la obligación de vedar el acceso público a dichos datos, salvo que medie consentimiento del interesado (al respecto, puede consultarse el voto N° 2251-91 de la Sala Constitucional, de las 15:06 hrs. del 11 de mayo de 1991).

Sin embargo, la confidencialidad de un dato no transforma al acta que lo consigna en secreta: el acuerdo

que sobre esa base se adopta, sigue siendo público y, además, también lo son la expresión documentada de las restantes deliberaciones y acuerdos adoptados en esa misma sesión del órgano colegial.

En virtud de lo anterior, aunque el agente público debe velar porque no se haga del conocimiento público esos datos confidenciales, no puede extender dicha confidencialidad a la totalidad del acta. Ello significa que la restricción de la publicidad del documento debe ser, al menos en algunos casos, solamente parcial, adoptando para esos efectos las providencias y mecanismos administrativos que se juzguen oportunos (v. gr., certificando el documento en lo conducente, sea, eliminando la referencia al dato que deba ser apartado del conocimiento público)."

Las funciones del Secretario de los órganos colegiados, al igual que las del Presidente, pueden ser ampliadas vía ley o reglamento, es decir, pueden añadirse otras funciones además de las antes comentadas, según lo considere dicho órgano.

3. Sustitución del Presidente y del Secretario

De especial importancia es el tema de la sustitución del Presidente y el Secretario del órgano director, que se encuentra previsto en el artículo 51 de la LGAP, en caso de ausencia o de enfermedad y en general cuando concurra una causa justa, para asegurar la continuidad en el ejercicio de la competencia del órgano colegiado.

El objetivo del nombramiento de las suplencias, es el mantener el quórum, y que el órgano colegiado sesione válidamente⁵, sobre el particular el dictamen C-305-2004 de 25 de octubre del 2004, indica:

"Es así como estando el órgano debidamente integrado y, presentes los directivos necesarios para establecer quórum, la sesión respectiva y los acuerdos que se adopten se tendrán como válidos -artículo 53.1 de la LGAP-, los que surtirán efectos una vez que adquieran firmeza.

Igual sucede con los acuerdos que se tomen en una sesión de Junta Directiva que se desarrolle sin la presencia del presidente del órgano. Al respecto, quede claro que la ausencia del presidente no implica la acefalia del órgano, pues, será el Vicepresidente quien asuma sus funciones, y en su defecto, ello corresponderá a un presidente ad-hoc, tal y como lo dispone el artículo 51 de la Ley General de la Administración Pública."

Nótese cómo el legislador dejó previsto que el funcionamiento del órgano no se vea interrumpido por ninguna circunstancia, lo cual es razonable, en virtud de que las jun-

⁵ En igual sentido, dictámenes C-136-88 del 17 de agosto de 1988, C-195-90 del 30 de noviembre de 1990 y C-251-98 de 25 de noviembre de 1998.

tas directivas constituyen ser las máximas autoridades de las instituciones donde se encuentran instauradas, y por tanto, de sus decisiones depende su eficiente y buen funcionamiento.

En el dictamen C-204-98 del 2 de octubre de 1998, la Procuraduría destaca la importancia de que el miembro suplente tenga derecho a voz, a voto y a formar quórum:

“... Entonces, en un órgano colegiado habría que entender que el suplente que sustituya de forma temporal al miembro propietario debe tener derecho a voz, a voto y a formar quórum como lo tiene éste. Si no fuera así, sería un contrasentido que por una parte tal figura del suplente se conciba para asegurar la continuidad en el ejercicio de la competencia del órgano colegiado, y por otra no forma quórum o no vota, paralizándose eventualmente con ello el actuar del órgano.

No obstante, tales atribuciones o poderes del suplente sólo pueden ser ejercidos en ausencia del titular, por tratarse la suya de una competencia alternativa (...)”

Es decir, cuando el miembro suplente deba sustituir al propietario, adquiere todos los derechos y obligaciones que corresponden al titular, incluido el derecho al pago de la dieta (si aquél lo tiene) y el derecho a voz y voto.⁶

Debemos tener presente que aunque la ley no establece en general los supuestos en el que el suplente puede reemplazar al miembro propietario de un órgano colegiado, sí es claro que debe ser por su ausencia, motivada en una causa justa.⁷

El artículo 51 de la LGAP prevé la situación de que en un órgano colegiado no tenga Vicepresidencia, para lo cual establece que la suplencia la hará un Presidente ad-hoc, nombrado conforme al mecanismo establecido en la normativa específica.⁸

No obstante, podría suceder que la ley especial no regule el caso de ausencia del Presidente y el Vicepresidente, para ello indica la Procuraduría en el dictamen C-305-2004 del 25 de octubre del 2004, que se aplica de manera supletoria el artículo 51 de la LGAP:

“Al respecto, cabe indicar que si bien la Ley General de la Administración Pública se aplica supletoriamente en estos casos, antes de acudir a ella es necesario descartar la existencia de disposiciones especiales que regulen el punto. Precisamente una de ellas es el artículo 21 del Reglamento Autónomo de Organización del ICCO, el cual, al referirse a las obligaciones y atribuciones del vicepresidente indica que a éste le corresponde “a) Sustituir en todo al presidente en sus ausencias, en caso de sesiones presidir las mismas.”

⁶ Ver en este sentido el dictamen de la Procuraduría General de la República C-235-2004 de 9 de agosto del 2004.

⁷ Ver en este sentido el dictamen de la Procuraduría General de la República C-204-98 del 2 de octubre de 1998

⁸ Dictamen C-235-2004 de 9 de agosto del 2004

Así las cosas, es claro que será el vicepresidente quien, en primera instancia, deberá sustituir al presidente en las sesiones en las que este último se encuentre ausente. En todo caso, si median circunstancias que impidan la presencia de ambos en la sesión respectiva, deberá ser nombrado un presidente ad hoc, conforme a lo dispuesto en el artículo 51 transcrito de la Ley General de la Administración Pública.”

II. ÓRGANOS DE APOYO A LA JUNTA DIRECTIVA

Las Juntas Directivas tienen la libertad de proceder a darse la organización que mejor les convenga para un eficiente y eficaz funcionamiento, sin que ello implique la delegación de las funciones que a ella de forma exclusiva compete.

Esta libertad se encuentra fundamentada en el artículo 15 y 17 de la Ley General de la Administración Pública, que establece potestades discrecionales, de las cuales pueden hacer usos los funcionarios públicos en provecho de intereses públicos de acuerdo a sus competencias.

De ahí que se disponga por parte de la Junta Directiva la posibilidad de crear comités, comisiones u órganos que lo auxilien en sus labores, como es el caso de la Secretaría Ejecutiva de la Junta o el Comité de Vigilancia, órganos directores del procedimiento y demás grupos de trabajo a quienes la Junta asigne una función determinada.

Muchos de ellos pueden tener carácter temporal, así como permanente, dependiendo de la función que se asigne, pero siempre seguirán las instrucciones que la Junta o su Presidente indiquen, según la finalidad que se busque. Estos equipos de trabajo pueden estar integrados por las personas que la Junta designe, pudiendo ser parte de dichos órganos los miembros directores o personas completamente ajenas a él pertenecientes a la organización o que provengan de entes externos o que sean privados contratados para determinados fines (a través de los procedimientos de contratación que correspondan).

No obstante, estos auxiliares del trabajo de ninguna manera pueden constituirse en decisores, sino que vienen a ser instancias recomendativas, puesto que la decisión final la debe tomar siempre el órgano colegiado como tal.

III. FUNCIONAMIENTO DE ÓRGANOS COLEGIADOS

1. Forma de funcionamiento

Los órganos colegiados por la conformación heterogénea que los caracteriza y la proveniencia o representación que converge en esta forma de organización, obliga a la celebración de sesiones conjuntas, que es la forma legalmente establecida por el legislador, para que el órgano conozca y resuelva asuntos de su competencia y delibere hasta que se forme una sola voluntad para la toma de decisiones.

De conformidad con la Ley General de la Administración Pública los órganos colegiados se deben reunir de forma ordinaria, cada vez así lo acuerden o conforme lo estipulen las leyes o el respectivo reglamento, pero en caso de que no exista regulación debe reunirse en la fecha y con la frecuencia que el órgano acuerde (artículo 52 de la LGAP).

En este sentido la Procuraduría General de la República, como Órgano Superior Consultivo Técnico Jurídico ha indicado:

“Como puede colegirse, recurriendo a la regla contenida en la norma transcrita, a falta de indicación expresa de cuando deberá reunirse ordinariamente un órgano colegiado, será el propio órgano el que por “interna corporis”, es decir, por normación interna, el que establezca tanto la fecha como la frecuencia en que deberá de reunirse ordinariamente, máxime que la Ley N°1269, da margen para ello, pues dispone que deberá reunirse “por lo menos” una vez al mes.(...) el hecho de que la Junta directiva acuerde internamente la fecha y la frecuencia de sus sesiones ordinaria faculta a que el órgano colegiados decida cuántas sesiones al mes serán. Por ejemplo, si se establece que sesionará una vez a la semana, cada una de esas sesiones serán ordinarias (...).”⁹

Para las sesiones ordinarias no hará falta convocatoria especial y para las sesiones extraordinarias sí es necesaria una convocatoria por escrito, que debe ser comunicada por lo menos 24 horas diarias, salvo casos de urgencia (artículo 52 de la LGAP).

Cuando se convoca a sesiones se acompaña copia del orden del día, salvo casos de urgencia.

Como situación extraordinaria se considera que el órgano colegiado queda válidamente constituido, sin cumplir con los requisitos referentes a la convocatoria o al orden del día, cuando asistan todos sus miembros (titulares y/o suplentes) y así lo acuerden en decisión unánime.

Al respecto es necesario apuntar que la Procuraduría General de la República, en razón de una consulta formulada por la Auditoría Interna del ICT, analizó de manera puntual la celebración de sesiones ordinarias y extraordinarias, extrayendo del análisis varios principios elementales que son necesarios tomarlos en consideración y que a continuación transcribimos:

“... La LGAP establece dos tipos de sesiones en los órganos colegiados, según el numeral 52. Las ordinarias, que son aquellas que se realizan regularmente o con frecuencia, para seguir la terminología legal, en las que, por lo general, se conocen de naturaleza regular o común. Las extraordinarias, que son aquellas que se realizan excepcionalmente, en las que, por lo general, se discuten asuntos de naturaleza especial o urgente. En las primeras no se requiere de una convocatoria especial, en vista de su normalidad o continuidad; mientras que en las segundas, sí es necesario, amén de que debe ser por escrito, con una antelación mínima de veinticuatro horas, salvo casos de urgencia, y debe acompañarse copia del orden del día. (Sobre el

tema de la convocatoria puede consultarse el dictamen C-019-1999 de 27 de enero de 1999, en él que se hace una amplia exposición del tema).

De lo anterior podemos extraer algunas reglas elementales en el funcionamiento de los órganos colegiados. La primera, que las sesiones ordinarias deben tener un carácter permanente, de regularidad o normalidad, consecuentemente, su celebración no podría ser de naturaleza excepcional u ocasional. La segunda, que las sesiones ordinarias constituyen el cauce normal para conocer, discutir y votar los asuntos ordinarios que le competen a un órgano colegiado, sin que sea óbice, por excepción, de que también en este tipo de sesión se conozcan asuntos de naturaleza extraordinaria o especial. La tercera, las sesiones extraordinarias se realizan excepcionalmente, por lo que no se adecua al ordenamiento jurídico que éstas tengan el carácter de permanente o de regularidad. La cuarta, las sesiones extraordinarias están diseñadas para conocer de asuntos especiales o urgentes, los cuales, dadas sus implicaciones para el interés público, requieren de su atención inmediata, no pudiendo por ello el colegio esperarse a que acontezca la sesión ordinaria. La quinta, en una sesión extraordinaria, excepcionalmente, podría conocerse de un asunto ordinario, siempre y cuando las circunstancias así lo exijan.

Dejando por un momento las reglas jurídicas, y adentrándose en las normas de las ciencias administrativas, no es congruente con las más elementales reglas de sana administración, de una gerencia con liderazgo, que un órgano tenga que sesionar extraordinaria todas las semanas, ya que de darse esa situación denotaría, eventualmente, que la entidad está en una permanente crisis, lo que podría conllevar un ejercicio inadecuado de las competencias legales. Ahora bien, si el diseño de las sesiones extraordinarias es para conocer asuntos de naturaleza regular, ese hecho –de ser cierto– conllevaría una falta de planificación y de programación en el tratamiento de los asuntos más importantes y urgentes del órgano. Desde esta perspectiva, el correctivo para solucionar este tipo de problemas no es desnaturalizando el instituto de las sesiones extraordinarias, sino a través de una definición correcta de las políticas de la entidad y de una adecuada organización administrativa. En otras palabras, el exceso de trabajo o de asuntos no constituye un fundamento válido para desnaturalizar las sesiones extraordinarias. (...)

Con base en lo antes expuestos, la costumbre de la Junta Directiva del I.C.T. de realizar una sesión ordinaria seguida de una extraordinaria, donde en esta última, por lo general, se conocen asuntos normales u ordinarios, contraviene el ordenamiento jurídico. Ergo, las autori-

⁹ Procuraduría General de la República, dictamen C-252-2005, de fecha 8 de julio del 2005.

dades administrativas de esa entidad y los órganos de fiscalización competentes deben adoptar las medidas necesarias y urgentes para su erradicación."¹⁰

En relación con lo expuesto los órganos colegiados deben tener muy en cuenta la naturaleza y fin de las sesiones ordinarias y extraordinarias, a efecto de no desnaturalizarlas, ni actuar de manera contraria al ordenamiento jurídico y garantizar de esta forma que se está realizando una adecuada gestión administrativa.

Por otra parte, es interesante destacar que es común que en la práctica, se presentan consultas en torno a si es posible celebrar una sesión ordinaria y de seguido una extraordinaria o dos ordinarias seguidas, situación que no es legalmente procedente, tal y como lo apunta la Procuraduría en el siguiente criterio:

"... Así como no es razonable que después de una sesión ordinaria se realice inmediatamente después una extraordinaria, tampoco lo es el efectuar otra ordinaria. Además, este tipo de prácticas podrían incidir negativamente en el buen funcionamiento del órgano colegiado, en especial en lo atinente al conocimiento de los recursos de revisión que se presenten contra los acuerdos adoptados, pues, de conformidad con el numeral 55 de la Ley General de la Administración Pública, estos deben ser planteados a más tardar al discutirse el acta y resolverse al conocerse el acta de la sesión respectiva, todo lo cual se hace más difícil cuando se realizan dos sesiones ordinarias seguidas el mismo día, ya que lo lógico y lo conveniente es que en la sesión inmediata siguiente se discuta y se apruebe el acta de la sesión anterior.

Más aún, del artículo 55 de la Ley General de la Administración Pública se deduce, sin mucho esfuerzo, que el legislador no admite que en un mismo día, y acto seguido, se realicen dos sesiones ordinarias, pues él parte de la idea que entre una sesión y la otra, sea esta ordinaria o extraordinaria, ha habido suficiente tiempo para transcribir el acta y ponerlas en conocimiento de los miembros del colegio. Si no fuera así tampoco tendría sentido la disposición legal que se encuentra en el artículo 56, inciso 2, de la Ley General de la Administración Pública, que expresa que las actas se aprobarán en la siguiente sesión ordinaria, de lo cual se deduce, sin necesidad de forzar el razonamiento, que entre una sesión y otra debe existir un lapso de tiempo razonable."¹¹

Es con base en estos criterios que se recomienda realizar sesiones de manera distanciada y que además se cuente con todo el material, en cuenta el acta de la sesión anterior,

con el fin de que los miembros tengan conocimiento de todo lo que se va a conocer en la sesión y puedan efectuar las correcciones dentro del plazo legalmente establecido para ello, así como que se preparen para la deliberación o debate de los asuntos sometidos a su conocimiento.

2. Asistencia a las sesiones

La asistencia a las sesiones, por parte de los miembros es de carácter obligatorio, sin perjuicio de que éstos justifiquen su ausencia. No obstante, la asistencia define el buen y eficiente desempeño de un órgano colegiado, pues es a través de las sesiones que se desarrolla la actividad de éste.

Para que el órgano colegiado pueda sesionar válidamente debe encontrarse debidamente integrado y a sus sesiones debe asistir un número mínimo de miembros que tomen las decisiones conforme lo exige el marco normativo.

El quórum está definido de dos maneras:

1. m. Número de individuos necesario para que un cuerpo deliberante tome ciertos acuerdos.
2. m. Proporción de votos favorables para que haya acuerdo."¹²

Por su parte, la doctrina y la jurisprudencia administrativa han distinguido diferentes tipos de quórum: el estructural, el funcional y el integral. En este sentido la Procuraduría General de la República ha señalado y definido cada uno de esos tipos de la siguiente manera:

"...El quórum es el número mínimo de miembros que se necesitan para que un colegio pueda sesionar válidamente. La doctrina ha establecido tres tipos de quórum: el estructural, el funcional y el integral. El primero, se refiere a la presencia mínima de miembros del colegio necesaria para que pueda sesionar, deliberar y adoptar acuerdos. El segundo, nos remite el número de miembros necesarios para adoptar las decisiones. El tercero, exige la presencia de todos los miembros para garantizar la validez de la reunión y la de los acuerdos del colegio.

Con base en lo anterior, al existir quórum el órgano colegiado está habilitado para ejercer la competencia, es decir, para deliberar y adoptar acuerdos."¹³

Esto quiere decir que solamente cuando ha habido un acto administrativo de nombramiento de todos y cada uno de los miembros propietarios y suplentes del órgano deliberante, éste puede sesionar, si faltase el nombramiento de alguno de ellos se consideraría que el órgano no se encuentra debidamente integrado.

¹⁰ Procuraduría General de la República, dictamen C-247-2001, de fecha 17 de setiembre del 2001.

¹¹ Procuraduría General de la República, dictamen N°C-009-2007, de fecha 18 de enero de 2007.

¹² [www.rae.es, página http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=quorum](http://www.rae.es/página/http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=quorum).

¹³ Procuraduría General de la República, dictamen C-351-2003, 10 de noviembre del 2003. Respecto al quórum estructural puede verse además el dictamen N° C-136-88 del 17 de agosto de 1988 y el C-077-2000, de fecha 12 de abril del 2000.

Ahora bien, una vez nombrados todos los miembros del órgano, se requiere que la asistencia a las sesiones sea regular y que ésta se pueda celebrar con un mínimo de sus componentes, mínimo que, conforme a la Ley General de la Administración Pública, lo constituye la mayoría absoluta de sus integrantes (artículo 53.1 de la LGAP).

De ahí que se prevea la existencia de miembros suplentes, con el fin de evitar la interrupción de las sesiones o la paralización del funcionamiento normal del órgano deliberante, lo que no significa que éstos deban asistir a todas las sesiones, ni que si asisten existiendo titulares sean parte del órgano colegiado, pues lo serán en el tanto suplan la ausencia de algún titular¹⁴.

No obstante, en casos de urgencia el mismo artículo 53, aparte segundo, establece la posibilidad de sesionar válidamente, aún en el supuesto en que no haya quórum, siempre y cuando sesionen en segunda convocatoria, veinticuatro horas después de señalada la primera sesión e incluso en casos de urgencia, se puede sesionar media hora después y con la asistencia de la tercera parte del total de sus miembros, de todo lo cual se debe dejar constancia en el acta.

Debe enfatizarse que el número de votos para la adopción de acuerdos es la mayoría más uno de sus miembros presentes y excepcionalmente se toman las decisiones utilizando el criterio de mayorías calificadas o las decisiones unánimes, casos éstos que deben estar expresamente señalados en la legislación. No obstante, la misma Ley General de la Administración Pública establece algunos supuestos dentro de los cuales las decisiones se toman de esta forma agravada¹⁵, verbigracia:

- a. Para la celebración de sesión extraordinaria sin cumplir los requisitos de convocatoria u orden del día se requiere de la unanimidad de todos los miembros (artículo 52 de la Ley General de la Administración Pública).
- b. En la eventualidad de que se requiera dejar firme un acuerdo, se necesita el voto favorable de dos tercios de la totalidad de los miembros de la Junta Directiva (artículo 56, inciso 2 de la Ley General de la Administración Pública).
- c. Para la inclusión de un asunto que no figure en el orden del día en cualquier sesión, se debe declarar la urgencia del asunto para lo que la legislación exige el voto favorable de dos tercios de la totalidad de los miembros que conforman el órgano (artículo 54, inciso 4) de la ley General de la Administración Pública).

Y para el caso de que se presente algún empate, el Presidente del órgano puede tener voto de calidad, es decir, el Presidente decide con doble voto. La anterior enumeración hecha no responde a una lista taxativa de supuestos bajo los cuales se requiera votación agravada, ese listado tan sólo es

14 Procuraduría General de la República, dictamen C-383-2007, del 1º de noviembre del 2007.

15 En este sentido se puede consultar el criterio de la Procuraduría General de la República, que tiene como número de referencia el dictamen C-351-2003 del día 10 de noviembre del 2003.

un esbozo de algunos casos comunes que se pueden presentar, pero no significa que sean los únicos, en la legislación pueden estar previstos otros.

La Procuraduría General de la República evacuando una consulta planteada en el sentido de si era posible que los miembros de Junta Directiva celebraran las sesiones virtualmente y no necesariamente se encontraran presentes físicamente en la sesión, a lo que ese Órgano Asesor concluyó:

- “1- El régimen de funcionamiento de los órganos colegiados está determinados por los **principios de colegialidad, simultaneidad y de deliberación**, principios que deben ser respetados para la debida formación de la voluntad colegial.
- 2- El órgano colegiado debe forjar una voluntad en su propio seno a partir de la reunión simultánea de los diversos individuos que lo conforman. Las **personas físicas que integran el órgano colegiado deben concurrir en forma simultánea a la formación de la voluntad imputable al órgano**. La simultaneidad es un requisito sustancial del funcionamiento del órgano.
- 3- Por consiguiente, la simultaneidad es inherente a las deliberaciones y al procedimiento de formación de la voluntad colegiada. Y no puede dejarse de lado que la actividad propia del órgano colegiado consiste en deliberar y votar las propuestas de acuerdo. Es indispensable que exista deliberación y que el voto sea producto de esa deliberación y no de acuerdos predeterminados.
- 4- Es por ello que la participación en la deliberación constituye para el miembro del derecho no sólo un derecho sino también un deber. A través de la deliberación debe contribuir in situ a la formación de la voluntad colegiada, la cual es producto del intercambio directo de diversos criterios o puntos de vista individuales, la contraposición de ideas sobre el asunto. Lo que justifica que, por principio, los miembros ausentes no puedan participar en la formación de la voluntad colectiva. Esta es algo más que la simple concurrencia de una pluralidad de voluntades individuales y autónomas sumadas para obtener un criterio único.
- 5- Por medio de la discusión oral, los distintos miembros del colegio conocen de viva voz, la opinión de los otros miembros, lo que contribuye a perfilar la voluntad del colegio.
- 6- **Dados los principios antes indicados y en ausencia de una norma legal que autorice y regule las sesiones virtuales, el uso de las telecomunicaciones para la celebración de sesiones virtuales o no presenciales debe ser restrictivo**. Al efecto, debe considerarse que no toda forma de teleconferencia es compatible con las disposiciones y principios que regulan los órganos colegiados.
- 7- Consecuentemente, **este uso solo es posible si la telecomunicación permite una comunicación integral, simultánea que comprenda video, audio y datos**. Este es el caso de la videoconferencia, que permite una

interacción amplia y circulación de la información con posibilidad de que los miembros se comuniquen verbal y visualmente.

- 8- **Resulta contrario a los principios de simultaneidad y colegialidad, “sesiones virtuales” realizadas a través del correo electrónico, fax, telex, u otras formas de teleconferencia que no posibiliten una comunicación integral y simultánea.**
- 9- Puesto que al miembro del colegio le vincula un deber de asistencia, **la celebración de sesiones virtuales debe ser excepcional.** No puede constituirse en el mecanismo normal de reunión del colegio.
- 10- **Una sesión virtual por medio de videoconferencia puede ser realizada con personas que se encuentran fuera del país cuando concurren circunstancias extraordinarias o especiales que lo justifiquen y a condición de que los medios empleados permitan una integración plena dentro de la sesión, a efecto de que se mantenga la simultaneidad en la deliberación.**
- 11- La sesión virtual en los términos antes indicados implica el uso de tecnología compatible y segura. El sistema tecnológico debe garantizar la identificación de la persona cuya presencia es virtual, la autenticidad e integridad de la voluntad y la conservación de lo actuado.
- 12- La simultaneidad propia del órgano colegiado exige que durante la celebración de la sesión el miembro se dedique íntegramente a dicha sesión, por lo que incluso en las sesiones virtuales debe respetar la prohibición de superposición horaria.
- 13- Es de advertir que si una norma legal prohíbe al órgano realizar las sesiones en un sitio distinto a aquél en que se ha previsto que tengan lugar, deberá entenderse como prohibida la realización de sesiones virtuales.
- 14- Puesto que las actas deben expresar “las circunstancias de lugar y tiempo en que se ha celebrado”, artículo 56 de la Ley General de la Administración Pública, en caso de sesión virtual así deberá indicarse, anotando cuál de los miembros del colegio ha estado “presente” en forma virtual, en su caso mediante qué mecanismo tecnológico se produjo la presencia, identificación del lugar en que se encuentra el ausente, la compatibilidad de sistemas y las razones por las cuales la sesión se realizó en la forma indicada; así como los demás elementos que impone la Ley.
- 15- Estima la Procuraduría que de reunirse las condiciones antes indicadas, la presencia virtual del miembro por medio de videoconferencia podrá ser remunerada mediante la dieta correspondiente. Al igual que en caso de sesiones presenciales, es indispensable que la sesión se haya celebrado sin interrupciones técnicas y que el miembro haya estado presente virtualmente en la totalidad de la reunión. (...)”¹⁶

Al respecto cabe acotar que como base de la anterior conclusión ese Órgano Asesor, acertadamente, consideró como principios fundamentales que deben regir en esta materia la colegialidad, entendida como la concurrencia de los miembros a las sesiones y su participación en la formación de la voluntad del órgano, a través de la deliberación y el voto, buscando forma una sola voluntad, además del principio de simultaneidad, el cual consiste en que la voz de quienes conforman el órgano deben concurrir en un mismo sitio de manera que los miembros sean conscientes de todo lo que está ocurriendo en la sesión, “*porque se requiere que los diversos miembros del órgano colegiado intercambien directamente las razones y argumentos en pro y en contra de las distintas decisiones que deben ser adoptadas...*”¹⁷; y por último, que ésta -la simultaneidad- permita la deliberación para formar la voluntad, es decir, la oportunidad de expresar verbalmente el criterio que cada uno de los miembros tenga en los asuntos sometidos a su conocimiento.

De suerte que, respetando siempre los principios antes enunciados, podría celebrarse sesiones virtuales siempre y cuando el medio utilizado sea el sistema de videoconferencia, sea de carácter excepcional, tal circunstancia se encuentre debidamente justificada bajo circunstancias especiales, además de que se debe utilizar un sistema seguro de manera que se garantice la calidad y transmisión de la voz y la imagen con el objeto de que se permita la interacción entre los miembros del cuerpo deliberante, a lo que se agrega -como requisito para realizar este tipo de sesiones- que se procure que dicha sesión se no efectúe de manera que exista superposición horaria (todo lo cual debe constar en el acta).

3. **Carácter privado y logística de las sesiones**

Como regla general, las sesiones realizadas por cualquier órgano colegiado son privadas¹⁸, situación que supone la restricción para la generalidad de las personas y funcionarios. Ahora bien, la excepción es que por acuerdo unánime de los miembros presentes en la sesión se admita o se convoque a terceros en la sesión para que participen de ella total o parcialmente, con voz, pero sin voto, quedando de esta manera consignada la intervención del tercero ajeno al Órgano Colegiado, pero sin que éste pueda contar para efectos de toma de decisiones.

En este sentido la Procuraduría General de la República ha apuntado:

“La sesión es la reunión del órgano colegiado. El punto es cómo es esa reunión y quiénes pueden participar en ella. Sobre estos puntos, dispone la Ley General de Administración Pública: “Artículo 54.- (...)”

*El primer aspecto regulado es el carácter público o privado de las sesiones. **Al disponer la Ley General que***

¹⁷ *Procuraduría General de la República*, dictamen C-298-2007, de fecha 28 de agosto de 2007.

¹⁸ Ver en este sentido el dictamen de la Procuraduría General de la República, N.º C-383-2007, de fecha 1.º de noviembre del 2007.

¹⁶ *Procuraduría General de la República*, dictamen C-298-2007, de fecha 28 de agosto de 2007.

las sesiones serán privadas, se sienta el principio en este ámbito. La sesión es privada, pero nada impide y por ende no se violenta el principio de legalidad, que el órgano colegiado decida abrir las sesiones a terceros. Interesa resaltar que, en ausencia de una disposición legal que disponga que las sesiones serán públicas, sólo el órgano colegiado puede disponer que lo sean. Se trata de una decisión que se ampara en el principio de auto-organización propio del órgano. Se sigue de lo expuesto, como lógica consecuencia, que en tanto la sesión sea privada ningún particular puede exigir la participación o asistencia en la sesión. Como regla de principio, no existe un derecho a la asistencia a las sesiones.

(...) Por el contrario, en tratándose de la Administración Pública no territorial pareciera general que el principio es el carácter privado de las sesiones. Privacidad dirigida a asegurar la libertad, la participación e independencia de los distintos miembros del colegio, que no deben verse presionados por la asistencia de distintos grupos interesados en la adopción de determinadas decisiones. Se pretende, así, limitar la influencia de grupos de interés en las decisiones del colegio. Sobre este punto, permítasenos la siguiente cita: "... ante la falta de constitucionalización expresa de la publicidad en este ámbito, y a diferencia de lo que ocurre en relación con los documentos administrativos, el derecho a recibir información del Art. 20.1.d) no legitima desde la Constitución a presenciar, directamente o mediante intermediarios institucionales, las sesiones de los órganos colegiados de la Administración.

Quiere ello decir que es necesario, en todo caso, la intermediación del legislador para que el principio genérico de publicidad fundamente un derecho individual de acceso a esas fuentes de información pública que son las sesiones de los órganos colegiados. Y ello parece lógico que así sea, pues el carácter público o cerrado de las sesiones de los órganos colegiados incide directamente sobre el principio –también constitucional– de eficacia de la acción administrativa...". S, FERNÁNDEZ RAMOS: El derecho de acceso a los documentos administrativos, Marcial Pons, 1997, p. 359.

Conforme lo expuesto, en el caso de las juntas directivas de entidades descentralizadas o de órganos desconcentrados en que una norma legal expresa no ha dispuesto que las sesiones sean públicas, estas serán privadas.

Ergo, no existe un derecho público subjetivo de los ciudadanos a asistir y presenciar las sesiones de los órganos colegiados respecto de los cuales no se haya establecido la publicidad de las sesiones.

En consecuencia, a las sesiones de los órganos colegiados cuyas sesiones sean privadas sólo pueden comparecer los miembros (que tienen el deber de asistencia),

los funcionarios cuya participación haya sido dispuesta en forma expresa por ley, o bien aquéllos funcionarios que sean llamados a comparecer por decisión del propio órgano colegiado." ¹⁹(Lo destacado no corresponde al original)

De este modo, el principio que rige es el de privacidad de las sesiones, salvo que exista normativa de rango legal, no reglamentario, que disponga lo contrario y la razón de que se pueda hacer por ley especial y no por Reglamento se deriva de que dicho reglamento sería contrario a la norma de rango legal -fuente superior en el ordenamiento jurídico administrativo- que establece el carácter privado de las sesiones (la Ley General de la Administración Pública en su artículo 54), es decir, sería una norma reglamentaria emitida contra legem o ilegalmente. Por estos motivos no sería posible emitir normativa reglamentaria que no se ajuste o que de algún modo varíe las condiciones y características dadas por la fuente normativa de rango superior, en este caso, la Ley General de la Administración Pública. Nos parece que cambiar la naturaleza privada de las sesiones de los órganos colegiados del Sector Público sólo sería factible si por norma legal se dispone su carácter público, situación que está reservada a la ley.

Por otra parte, en cuanto a la participación de terceros en las sesiones, cabe indicar que aplica supletoriamente el artículo 54 de la LGAP y el criterio externado por la Procuraduría, cuando en el caso particular se regula algo al respecto. De manera que, la alternativa que faculta a los órganos colegiados de hacerse acompañar por terceros se desprende de la misma norma 54 de la LGAP, por medio de la cual se establece que solamente por acuerdo unánime de los miembros presentes en la sesión es posible hacer traer a terceros. Los terceros -representantes ejecutivos del ente- que asistan tendrán oportunidad con voz, pero sin voto, salvo que el órgano colegiado disponga lo contrario.

Ahora, las sesiones se deben celebrar conforme a lo que se estipule en el orden del día, salvo que se disponga lo contrario por parte de los dos tercios de los miembros que conforman el órgano y el asunto sea declarado urgente por unanimidad de todos los integrantes.

El producto final de las sesiones es el conjunto de acuerdos que se tomaron sobre los distintos aspectos que se conocieron de acuerdo al orden del día. La voluntad general del órgano colegiado culmina materializándose a través de un acuerdo, el cual constituye a su vez, el resultado de las deliberaciones que forman esa voluntad. Los acuerdos se toman en firme la sesión siguiente en que se aprueba el acta, salvo que se disponga tomar el acuerdo en firme en la misma sesión, situación que sólo se presenta en casos excepcionales y de urgencia. No obstante, estos acuerdos pueden estar sujetos a recurso tal y como a continuación se explica.

4. Recurso de revisión contra acuerdos

Contra los acuerdos tomados por el órgano colegiado, sus

¹⁹ Procuraduría General de la República, dictamen N.º C-237-2007, del día 18 de julio del 2007.

miembros, pueden interponer recurso de revisión, el cual debe ser resuelto al conocer el acta de la sesión en que se tomó, a menos de que el Presidente considere que por ser un asunto urgente, y así lo declare, éste prefiera conocerlo en una sesión extraordinaria (artículo 55 de la Ley General de la Administración Pública).

El plazo previsto para su interposición es a más tardar al momento de discutirse el acta y éste se debe resolver en esa misma sesión.

El objeto del recurso se circunscribe a aspectos de fondo que vicien de alguna manera la voluntad tomada por el órgano o no haya quedado plasmada en los términos en que fue expuesto el punto. Contrario a ello, no se considerarán argumentos válidos para el recurso, las observaciones simples de forma, referentes a la redacción, situaciones ellas que se pueden corregir por considerarse errores materiales y por tanto, modificables en cualquier momento, sin cambiar el sentido original del acuerdo.

Este recurso sólo cabe contra los acuerdos que no se encuentren firmes y se puede interponer en cualquier momento desde que se adopta el acto hasta el momento de discusión del acta en la sesión correspondiente, acto en el cual debe quedar resuelto. En lo que al tema interesa la Procuraduría ha indicado la improcedencia de este recurso contra el acto que no se encuentra firme, haciendo la observación de que eventualmente podría interponerse contra el acto que acuerde la firmeza de aquel primer acuerdo y entonces podría discutirse el punto. Al respecto el criterio señala:

*“Facultad que les asiste desde la adopción del acto hasta el momento de discusión del acta de la sesión respectiva. Es en esa sesión ordinaria, además, que debe ser resuelto el recurso de revisión planteado. Lo anterior significa, entonces, que **el recurso de revisión sólo procede cuando el acto no es firme**, por cuanto no se adopta una decisión para tenerlo como tal o bien, porque todavía no ha sido aprobada el acta de la sesión en que el acuerdo se adoptó. Si el acta de la sesión fue aprobada, sin que se haya interpuesto ningún recurso de revisión, se sigue como lógica consecuencia, que los miembros del colegio no pueden volver sobre lo aprobado, mediante la interposición del recurso de revisión.*

*Ahora bien, se consulta si el recurso de revisión opera sobre los acuerdos “tomados en firme”. Firmeza que tendría que ser acordada por el voto favorable de dos tercios de la totalidad de los miembros del Colegio, según el numeral 56.2 antes transcrito (sic). Según hemos indicado, contra el acto firme no cabe recurso. Empero, **podría presentarse solicitud de revisión respecto del acto por el cual se acordó dar firmeza al acuerdo adoptado y en caso de que esa revisión prospere, podría entrarse a revisar de nuevo el acto.** A contrario sensu, si no se aprueba la solicitud de revisión de la votación recaída, es claro que el acuerdo mantendrá su firmeza, con los efectos jurídicos correspondientes.*

De lo expuesto se evidencia, por demás, que el llamado “recurso de revisión” previsto en los artículos 55 y 56 de mérito, tiene un alcance y objeto absolutamente diferente del recurso extraordinario de revisión (artículo 353 de la misma ley) que sí procede contra los actos administrativos firmes.”²⁰

Nótese que con fundamento en lo antes transcrito, no debe confundirse el recurso de revisión, ni con los recursos ordinarios, ni con el recurso extraordinario de revisión previsto en el numeral 353 de la LGAP de comentario, pues es un instituto completamente diferente, utilizado específicamente para los acuerdos que tomen los órganos colegiados. Por otra parte, es importante acotar que una vez firmes los acuerdos éstos deben ser comunicados a los interesados o afectados -requisito de eficacia de los actos administrativos-, por los medios que disponga la Administración para ello, guardando respaldos de las comunicaciones que en ese sentido se realicen. De manera que una vez firme y comunicado el acuerdo, éste es ejecutable.

Ante un planteamiento hecho ante la Procuraduría General de la República, donde se cuestionaba la posibilidad de suspender la ejecución de los acuerdos de un órgano colegiado, ésta manifestó:

“Como puede verse la Ley no contempla la posibilidad de la suspensión del acuerdo del órgano colegiado en sede administrativa, de oficio o a solicitud de parte, es decir que no existe algo similar a un “incidente de suspensión” del acto, en sede administrativa; lo cual es del todo acorde con el principio de ejecutividad y ejecutoriedad del acto administrativo que se fundamenta en la presunción de legitimidad que el ordenamiento jurídico reconoce a favor de las decisiones de la Administración Pública.

Sin embargo, aplicando por analogía el artículo 148 de la Ley General de la Administración Pública, podemos afirmar que no obstante el carácter ejecutivo de los acuerdos dictados por el Consejo Directivo del IMAS, este mismo órgano colegiado tienen potestad, aunque no está obligado a hacerlo, para suspender la ejecución de un acuerdo suyo, cuando la misma puede causar perjuicios graves o de imposible reparación.”²¹

5. Levantamiento y aprobación del acta

El artículo 56 de la LGAP y el artículo 22 del Reglamento de RACSA establecen el carácter potestativo respecto al levantamiento de las actas, así como las formalidades que se deben observar. Dispone textualmente el artículo 56 de la LGAP:

²⁰ Procuraduría General de la República, dictamen C-322-2001, de fecha 26 de noviembre de 2001. En el mismo sentido, el dictamen C-301-2005, del día 22 de agosto de 2005 y el C-133-2007 del día 2 de mayo del 2007.

²¹ Procuraduría General de la República, dictamen C-059-1993, de fecha 3 de mayo de 1993.

“Artículo 56.-

1. De cada sesión se levantará un acta, que contendrá la indicación de las personas asistentes, así como las circunstancias de lugar y tiempo en que se ha celebrado, los puntos principales de la deliberación, la forma y resultado de la votación y el contenido de los acuerdos.
2. Las actas se aprobarán en la siguiente sesión ordinaria. Antes de esa aprobación carecerán de firmeza los acuerdos tomados en la respectiva sesión, a menos que los miembros presentes acuerden su firmeza por votación de dos tercios de la totalidad de los miembros del Colegio.
3. Las actas serán firmadas por el Presidente y por aquellos miembros que hubieren hecho constar su voto disidente.”

De la letra del artículo se desprenden claramente las formalidades exigidas para la confección y contenido de tan importantes documentos. Así por ejemplo un acta debe contener el número que la identifique, el lugar en que se celebra la sesión, la fecha, los miembros presentes al momento de iniciar la sesión, todos y cada uno de los temas que, conforme al orden del día se deben desarrollar, su discusión, su respectiva votación, consignando las diferentes posiciones que pueda suscitar respecto a temas específicos, los votos de minoría, las entradas y salidas de los miembros, la consignación de los recursos que se interpongan si fuera el caso, así como la constancia de personas invitadas a la sesión, etc. En resumen, todas las incidencias y circunstancias bajo las cuales se desarrolle la sesión deben quedar consignadas en el acta para todos los efectos que esta implica.

Es importante destacar que la norma no da carácter de confidencial a un acta, por lo que éstas no poseen esa característica, es solamente la sesión la que se torna privada, pero las actas tienen el carácter público. Siendo así las cosas, cualquier persona tiene libre acceso al libro de actas con el propósito de recabar información sobre asuntos de interés público. Por consiguiente no sería dable, jurídicamente, negarse a que las actas en cuestión sean leídas y analizadas por una persona interesada; ni tampoco sería válido oponerse a certificar los acuerdos que consten en ellas.

Sólo se podrá negar el acceso de los particulares al examen de las actas, cuando en ellas aparezca consignado un dato que, de acuerdo con las normas vigentes y no en virtud de una mera valoración discrecional, deba ser considerada como confidencial. Aún en estos casos, dicha negativa debe estar debidamente justificada y circunscrita a dichos datos, de suerte que debe permitirse el conocimiento público de la restante información que ahí aparezca consignada, mediante los mecanismos administrativos idóneos²².

De la letra de la norma se desprende que cada acta de sesión de un órgano colegiado debe contener la indicación de las personas asistentes, lugar, fecha y hora en que se celebra la sesión, los puntos principales de la deliberación, la forma y resultado de la votación y, finalmente, el contenido

del acuerdo. Mas aún, deben hacerse constar, a solicitud del miembro colegiado, el voto contrario al acuerdo adoptado y los motivos que lo justifiquen (Artículos 56 y 57.1 de la Ley General de la Administración Pública).

Quiere ello decir, que en caso de certificación procede certificar no sólo el acuerdo firme de mérito sino también las discusiones, que deben constar en el acta, atinentes al acuerdo que se trate; desde luego, si ello fuere así requerido. Para certificar un acuerdo de Junta Directiva se hace necesario observar:

- a) que el acuerdo esté firme;
- b) que dicho acuerdo conste en el libro de Actas respectivo;
- c) Que el acta en donde se asiente el acuerdo de que se trate, esté debidamente firmada por el Presidente y, en su caso, por el Secretario”.²³

Respecto al levantamiento de actas, es una atribución propia del Secretario del órgano, y constituye un requisito de validez de los acuerdos tomados en la respectiva sesión. Lo anterior, siendo una consecuencia obligada del principio de colegialidad, permite -entre otras cosas- determinar los miembros que han concurrido con su voto en la toma de la decisión de que se trate y, así, excluir la responsabilidad de aquéllos que eventualmente hayan votado en contrario y expuesto los motivos de su oposición²⁴.

En cuanto al escenario de ausencia de un Directivo, si el mismo no estuvo presente en una sesión, por una razón lógica, está imposibilitado de participar en la deliberación y aprobación del acta respectiva. En otras palabras, el hecho que exista una norma de carácter general, la cual le permite a un miembro de un colegio participar en todos sus actos no contradice lo dicho, ya que la norma debe ser interpretada de acuerdo con las normas de razonabilidad o como dice nuestra Ley General de la Administración Pública, en su artículo 16, en consonancia con los principios elementales de la lógica, de tal manera que si él no estuvo presente en la sesión resulta ilógico o fuera de sentido común que se le permita aprobar el contenido de un acta que recoge las deliberaciones y los actos que se adoptaron en la sesión.

Por las razones anteriores, un miembro que estuvo ausente deberá abstenerse de participar en la deliberación y aprobación del acta²⁵.

Ante el caso que un Directivo vote negativamente el acuerdo y posteriormente uno positivo de firmeza estamos en presencia de dos actos administrativos distintos, uno es el acuerdo en sí y el otro es el acto por el cual se declara firme. Desde esta perspectiva, bien puede un miembro de un órgano colegiado votar en contra de un determinado asunto y concurrir con su voto a la firmeza de éste sin que con ello incurra en

²³ *ibidem*.

²⁴ En dicho sentido ver Dictamen de la Procuraduría General de la República N° 221 del 10 de octubre de 1995.

²⁵ En dicho sentido ver Dictamen de la Procuraduría General de la República N° 053 del 16 de marzo del 2000.

²² En ese sentido ver Dictamen de la Procuraduría General de la República N° 201 del 30 de mayo de 1984.

una contradicción jurídica o en un vicio que afecte la validez o la eficacia del acto²⁶.

Esto por cuanto con la firmeza del acuerdo sólo se da fe de que las discusiones sucedieron de la forma en que quedó consignado en el acta, por esa razón es correcta la votación que se realiza bajo las circunstancias antes descritas. Con el levantamiento del acta y la asistencia a las sesiones se da el reconocimiento al pago de las dietas a sus miembros. No obstante, dicho pago sólo procede cuando se ha celebrado la sesión, y en ella ha estado presente el interesado.

En el dictamen C-011-90 del 31 de enero de 1990 de la Procuraduría General de la República, se indicó lo siguiente:

"... indudablemente la inasistencia a las sesiones por cualesquier motivo del que se trate, - justificado o injustificado- acarrea la pérdida del emolumento conocido como dieta. Esta remuneración especial depende indudablemente de la presencia del director en las distintas actividades o sesiones del órgano colegiado del que se trate, por cuanto es la contraprestación efectiva que se le otorga al especial servidor que conforma dichos cuerpos organizacionales en virtud de su participación activa y directa (concurrancia para conformación de quórum y votaciones). Obviamente, la inasistencia prolongada hace necesario nombrar un sustituto que sí devengaría dietas, de allí que, permitir que un director continúe percibiendo dichas sumas sin que asista a sesiones por incapacidad, enfermedad, licencia especial para actividades académicas etc., significa o conlleva una ilicitud, pues estaríamos en presencia del típico enriquecimiento sin causa, donde la causa - la asistencia- , no aparecería en la especial prestación de servicios y sería inmotivado e incausado el pago y en consecuencia ilícito".

Adicional, a las anteriores consideraciones, es importante acotar que el artículo 57 de la Ley General de la Administración Pública establece la facultad que asiste a sus miembros de hacer constar en actas su voto contrario, siendo dicha facultad un eximente de la responsabilidad que pudiera derivarse de los acuerdos.

Dispone textualmente el artículo 57 de la Ley General de la Administración Pública:

"Artículo 57.-

1. *Los miembros del órgano colegiado podrán hacer constar en el acta su voto contrario al acuerdo adoptado y los motivos que lo justifiquen, quedando en tal caso exentos de las responsabilidades que, en su caso, pudieren derivarse de los acuerdos.*
2. *Cuando se trate de órganos colegiados que hayan de formular dictámenes o propuestas, los votos salvados se comunicarán junto con aquellos."*

La titularidad del órgano reside en varias personas físicas -tal y como se indicó supra-, lo que tiene importancia en cuanto a la constitución del órgano: sólo en la medida en

que todos los miembros hayan sido investidos de conformidad con el ordenamiento, puede considerarse que el órgano está integrado y puede válidamente funcionar. Luego, la función es la misma para todos los integrantes: expresar una voluntad, juicio, proposición o decisión del órgano colegiado²⁷.

No obstante, si es importante retomar lo relativo al quórum estructural, comentado líneas arriba, pues para efectos de votación y consignación en actas, éste resulta indispensable, pues para poder sesionar el colegio debe encontrarse debidamente conformado, pero además debe estar presente el quórum funcional, que es el número mínimo de miembros requeridos para que el órgano funcione. Sobre este requisito, la Procuraduría General de la República ha indicado en su dictamen N° C-136-88 de 17 de agosto de 1988:

"El quórum, en tanto se refiere a la presencia de un mínimo de miembros de un órgano colegiado, necesaria para que éste sesione regularmente, constituye un elemento de la organización del órgano estrechamente relacionado con la actividad administrativa. Es un elemento organizativo preordenado a la emisión del acto. La integración del órgano colegiado con el número de miembros previstos en la ley es un requisito necesario para el ejercicio de la competencia, de modo que solo la reunión del quórum permite que el órgano se constituya válidamente, delibere y emita actos administrativos, ejercitando sus competencias (artículo 182.-2, de la Ley General de la Administración Pública). De allí, entonces, la importancia de que el órgano funcione con el quórum fijado por ley".

Es conforme con el principio de colegialidad que la voluntad de la mayoría domine el colegio y sea jurídicamente considerada como voluntad de todo el órgano. Es claro que la actividad de éste debe ser expresión de la mayoría, sea ésta absoluta, simple o calificada. Por demás, este principio no se considera incompatible con la exigencia de un quórum integral. Lo que significa que no necesariamente las reglas en orden a la constitución válida del órgano rigen también la formación de su voluntad²⁸.

En cuanto al tema de la responsabilidad, para determinarla por parte de los integrantes de este tipo de órganos se debe tomar en cuenta su participación en el acto que genere la responsabilidad. El artículo 57.1 de la LGAP regula el supuesto en el cual el integrante del órgano colegiado puede eximirse de responsabilidad por el acto dictado por el órgano. Dispone el citado numeral:

- "1. Los miembros del órgano colegiado podrán hacer constar en el acta su voto contrario al acuerdo adoptado y los motivos que lo justifiquen, quedando en tal caso*

²⁷ En dicho sentido ver Dictamen de la Procuraduría General de la República N° 015 del 27 de enero de 1997.

²⁸ Ibid.

²⁶ Ibidem.

exentos de las responsabilidades que, en su caso, pudieren derivarse de los acuerdos.”

De esta forma, no es posible imputarle responsabilidad por un acuerdo del órgano colegiado a un miembro de éste que haya hecho constar su voto disidente o que no haya asistido a la sesión. Por el contrario, debe precisarse que son responsables del acto los integrantes que hayan participado, efectivamente, con su voluntad en la adopción del acuerdo. Por ejemplo, si uno de los miembros, por alguna causa no participó en la toma de decisión del acto que genera responsabilidad, no se le puede imputar responsabilidad por el sólo hecho de pertenecer al órgano²⁹.

De conformidad con la opinión jurídica de la Procuraduría General de la República, N° OJ-030-98, del 30 de marzo de 1998, en relación con las responsabilidades que se da en los órganos colegiados, debe tomarse en cuenta que la voluntad del órgano se forma con la intervención de las voluntades de los miembros de éste. Así la opinión antes citada señala:

“A diferencia de los unipersonales cuyo titular es una sola persona- los colegiados son aquellos que están integrados por varias personas físicas, que pueden ser miembros: por sí -por designación o elección-, por ser titulares de otros órganos o en representación de una persona jurídica. Los actos, al ser actos de un solo órgano, no son actos complejos, sino actos simples. En la formación de la voluntad intervienen efectivamente, las voluntades de las distintas personas que son sus miembros, pero estas voluntades, a través del correspondiente procedimiento, formarán el acto del órgano”.

6. Recurso de revocatoria contra acuerdos

El artículo 58 de la Ley General de la Administración Pública establece el régimen recursivo que cabe contra un acuerdo de un órgano colegiado. Dispone textualmente el artículo 58 de la Ley General de la Administración Pública:

“Artículo 58.-

1. *Cabrá recurso de revocatoria contra los acuerdos del órgano colegiado.*
2. *Cabrá recurso de apelación exclusivamente cuando otras leyes lo indiquen.”*

Del artículo anterior, se desprende con claridad que en regla de principio cabe el recurso de revocatoria contra todos los acuerdos de un órgano colegiado. Y cabrá un recurso de apelación cuando otras leyes así lo indiquen, pero no porque la LGAP así lo disponga. Debe recordarse que, tanto el recurso de revocatoria, como el de apelación son recursos ordinarios, de conformidad con lo previsto en la Ley General de la Administración Pública, dichos recursos se interponen por motivos de legalidad o de oportunidad. En el caso de los recursos ordinarios, deben ser interpuestos por el interesado o

afectado con la decisión del órgano colegiado dentro del término de tres días, tratándose de un acto final y de veinticuatro horas en los demás casos, ambos plazos contados a partir de la última comunicación del acto (artículo 346 LGAP). Los recursos podrán interponerse haciéndolo constar en el acta de la notificación respectiva (artículo 347 LGAP).

Si se interponen ambos recursos a la vez, se tramitará la apelación una vez declarada sin lugar la revocatoria (artículo 347 LGAP). Los recursos no requieren una redacción ni una pretensión especiales y bastará para su correcta formulación que de su texto se infiera claramente la petición de revisión (artículo 348 LGAP). Se deberá resolver el recurso de revocatoria dentro de los ocho días posteriores a su presentación, pero incluso puede resolverse de inmediato.

IV. CONCLUSIÓN

Conforme a lo antes expuesto, debe reconocerse el carácter esencial que tiene el Órgano Colegiado como promotor e impulsor del devenir de la organización que dirige, función que se realiza de una mejor forma si se conocen los pormenores de cómo se integran y funcionan los órganos colegiados, así como la forma en que se debe desarrollar su actividad de manera que todos sus actos se ajusten a las formalidades legales y a las condiciones de eficiencia y eficacia que la organización requiere.

V. FUENTES CITADAS

De la Procuraduría General de la República: C-259-2005 del 19 de julio de 2005; C- 250-98 de 24 de noviembre de 1998, C-419-2005 de 7 de diciembre del 2005, C-410-2006 del 10 de octubre de 2006, C-415-2007 del 21 de noviembre de 2007, C-136-88 del 17 de agosto de 1988, C-195-90 del 30 de noviembre de 1990, C-251-98 de 25 de noviembre de 1998, C-235 -2004 de 9 de agosto del 2004, C-204-98 del 2 de octubre de 1998, C-235 -2004 de 9 de agosto del 2004, C-252-2005, de fecha 8 de julio del 2005, C-247-2001, de fecha 17 de setiembre del 2001, C-009-2007, de fecha 18 de enero de 2007, C-351-2003, 10 de noviembre del 2003, C-136-88 del 17 de agosto de 1988, C-077-2000, de fecha 12 de abril del 2000, C-383-2007, del 1° de noviembre del 2007, C-351-2003 del día 10 de noviembre del 2003, C-298-2007, de fecha 28 de agosto de 2007, C-298-2007, de fecha 28 de agosto de 2007, C-383-2007, de fecha 1° de noviembre del 2007, C-237-2007, del día 18 de julio del 2007, C-322-2001, de fecha 26 de noviembre de 2001, C-301-2005, del día 22 de agosto de 2005, C-133-2007 del día 2 de mayo del 2007, C-059-1993, de fecha 3 de mayo de 1993, C-201.1984 del 30 de mayo de 1984, C-221-1995 del 10 de octubre de 1995, C-053-2000 del 16 de marzo del 2000, C-015-1997 del 27 de enero de 1997 y C-030-1999 J del 16 de marzo de 1999.

CABANELLAS, Guillermo. Diccionario de Derecho Usual, tomo IV, Buenos Aires, Editorial Heliasta S.R.L., octava edición, 1974, Pág. 438.

Diccionario de la Real Academia. En www.rae.es, página http://buscon.rae.es/draei/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=quorm.

²⁹ En dicho sentido ver Opinión Jurídica de la Procuraduría General de la República N° 030 -J del 16 de marzo de 1999.