

Revista

340

R

Revista de Ciencias Jurídicas / Universidad de Costa Rica. --
Nº 1 (1963). -- San José, C. R.: Litografía e Imprenta
LIL, S.A., 2012.
176 p. ; 152 x 222 mm.

v.

ISSN: 0034-7787

1. Ciencias Jurídicas. Publicaciones periódicas.
2. Publicaciones periódicas costarricenses.

Revista fundada en 1963

Revista registrada en los siguientes databank:

- Latindex directorio y catálogo
- Ulrich's Periodicals Directory
- Public Affairs Information Service Internacional
- Russian Academy of Sciences Bibliographies
- Index to Foreign Legal Periodicals

Se agradece la colaboración de la Escuela de Lenguas Modernas de la Universidad de Costa Rica en las personas de su Directora Dra. Gilda Pacheco Acuña; y, a la Profesora M.L. Carmen Carazo Coronado.

CONSEJO ASESOR Y EDITORIAL:

POR EL COLEGIO DE ABOGADOS:

Dr. Gary Amador Badilla
Lic. Alvaro Sánchez González

Licda. Rosibel Jara Velásquez
M.Sc. Eduardo Calderón Odio

Presidente
Coordinador de Enlace
y Prosecretario
Secretaria
Vocal V

POR LA FACULTAD DE DERECHO:

Dr. Daniel Gadea Nieto
Dr. Alfredo Chirino Sánchez
Dr. Jorge Enrique Romero Pérez
Dr. Minor E. Salas

Decano
Profesor
Profesor
Profesor

COMITÉ CIENTÍFICO INTERNACIONAL:

Dra. Marcela I. Basterra	Argentina
Dr. Agustín Gordillo	Argentina
Dr. Rodrigo Polanco Lazo	Chile
Dr. Jorge Witker Velásquez	Chile
Dr. Jaime Santofimio Gamboa	Colombia
Dr. Orlando Solano Bárcenas	Colombia
Dra. Josefina García García-Cervigón	España
Dr. Luciano Parejo Alfonso	España
Dra. María Paz Pous De la Flor	España
Dr. Juan Pérez Gálvez	España
Dr. Jaime Rodríguez Arana	España
Dr. Francois Collart-Dutilleul	Francia
Dr. Jorge Adame Goddard	México
Dr. Jorge Fernández Ruiz	México
Dr. Pedro López Elías	México
Dra. Elvia Arcelia Quintana Adriano	México
Dr. Karlos Navarro Medal	Nicaragua
Magister Carlos Gasnell Acuña	Panamá
Dra. Yoselyn Bermúdez Abreu	Venezuela
Dr. Allan Randolph Brewer Carías	Venezuela

Director y Editor

Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez

Hecho el depósito de ley

Impreso en Costa Rica por Litografía e Imprenta LIL, S.A.

Revista de Ciencias Jurídicas N° 129, 2012, cuatrimestral.

ISSN: 0034-7787

Dirección: Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica.
San José (Costa Rica) América Central.

Dirección de la revista digitalizada:

www.ijj.derecho.ucr.ac.cr

<http://cijul.ucr.ac.cr>

www.latindex.ucr.ac.cr

© Universidad de Costa Rica (Facultad de Derecho - Editorial Universitaria).
Colegio de Abogados.

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO

COLEGIO DE ABOGADOS

REVISTA
DE
CIENCIAS JURIDICAS

129

SAN JOSE, COSTA RICA
2012
SETIEMBRE - DICIEMBRE
(Cuatrimestral)

JUNTA DIRECTIVA
COLEGIO DE ABOGADOS

2012

Presidente:

Dr. Gary Amador Badilla

Vicepresidenta:

Dra. Ligia Roxana Sánchez Boza

Secretaria:

Licda. Rosibel Jara Velásquez

Prosecretario:

Lic. Alvaro Sánchez González

Tesorero:

M.Sc. Jorge Eduardo Villegas Rojas

Vocal I:

Lic. Francisco Rodríguez Araya

Voca II:

Licda. Nazira Merayo Arias

Vocal III:

M.Sc. Juan Carlos Brenes Vargas

Vocal IV:

M.Sc. María Cristina Gómez Fonseca

Vocal V:

M.Sc. Eduardo Calderón Odio

Fiscal:

Licda. Rocío Leiva Trejos

AUTORIDADES
UNIVERSITARIAS

Rector:

Dr. Henning Jensen Pennington

Director Consejo Universitario:

Ing. Ismael Mazón González

Vicerrector de Docencia:

Dr. Bernal Herrera Montero

Vicerrectora de Investigación:

Dra. Alice Pérez Sánchez

Vicerrector de Acción Social:

Dr. Roberto Salom Echeverría

Vicerrector de Administración:

Dr. Carlos Araya Leandro

Vicerrector de Vida Estudiantil:

M.Sc. Ruth De la Asunción Romero

Decana Sistema de Estudios de Posgrado

Dra. Cecilia Díaz Oreiro

Decano de la Facultad de Derecho

Dr. Daniel Gadea Nieto

Antecedentes de la Revista de Ciencias Jurídicas

En marzo de 1956, la Universidad de Costa Rica, publica su No. 1 de la ***Revista de Ciencias Jurídico-Sociales***; la No. 2 es de diciembre de 1957 y la No. 3 de diciembre de 1958. En setiembre de 1959, desaparece la publicación con el nombre de ***Revista de Ciencias Jurídico-Sociales***, y aparece la ***Revista de Ciencias Sociales*** con el No. 4, como continuadora de la anterior. La No. 5 con este último nombre se publica en setiembre de 1960, manteniéndose la numeración sucesiva hasta el presente. Por lo que respecta a la ***Revista de Ciencias Jurídicas*** No. 1, se publica en mayo de 1963, indicando en la ***Presentación***, el Decano de la Facultad de Derecho de ese entonces, el abogado Rogelio Sotela, que: “*con anterioridad se había publicado la llamada Revista de Ciencias Jurídico-Sociales, de la cual tres números se dieron a la publicidad; y posteriormente, con el nombre de Revista de Ciencias Sociales aparecieron otros dos números*” (p. 6).

PRESENTACION

Se publican ensayos en el campo del Derecho deportivo, internacional público, ambiental, comercial, constitucional y sobre derechos humanos.

También se publican las reseñas de libros respectivas.

Como *documento* se incluye la *Declaración de San José, Costa Rica*, aprobada en el III Congreso de la Red Internacional de Posgrados en Derecho, celebrada en la Universidad de Costa Rica, los días 10 y 11 de mayo del 2012.

Se hace la indicación que el contenido de los números 127, 128 y 129 del año 2012 fueron aprobados por el Consejo Asesor y Editorial de esta revista el 30 de noviembre del 2011.

El director-editor
Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez

INDICE

	<i>Pág.</i>
<i>Presentación</i>	9
Ensayos:	
Lesiones deportivas: relevancia y tratamiento jurídico-penal <i>Dr. José Manuel Ríos Corbacho</i>	13
Un conflicto jurídico singular. La definición de los límites entre Belice con Guatemala y México (s. XIX y XX) <i>Lic. Carlos Humberto Cascante Segura</i>	45
Plazos de prescripción de las obligaciones patrimoniales surgidas del daño ambiental <i>Daniel Montero Bustabad</i>	67
Regulación jurídica contractual de la distribución comercial <i>Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez</i>	93
Una aproximación al concepto de “función promocional” en la teoría del derecho bobbiana: atisbos de su influencia en la teoría de los derechos fundamentales española <i>Prof. Miguel Román Díaz</i>	119
Indígenas no nacidos: ¿los protege el Pacto de San José? <i>Lic. Alvaro Paul Díaz</i>	139
Documento:	
Declaración de San José, Costa Rica. III Congreso de la Red Internacional de Posgrados en Derecho, 10 y 11 de mayo del 2012	159
Reseñas bibliográficas <i>Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez</i>	167

**LESIONES DEPORTIVAS:
RELEVANCIA Y TRATAMIENTO JURÍDICO-PENAL**

Dr. José Manuel Ríos Corbacho^()*

(Recibido 24/03/11; aceptado 30/11/11)

(*) Profesor Contratado. Doctor Área de Derecho Penal y del Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología. Universidad de Cádiz, España.

e- mail jose.rios@gm.uca.es

Teléfonos: 956037776; y, 956037797

RESUMEN

El deporte profesional es objeto a diario de situaciones penales. Frecuentemente no se reacciona por parte de las autoridades respectivas, y generalmente las infracciones deportivas tan sólo se quedan en sede de administrativa.

El presente trabajo tratará de puntualizar diferentes aspectos relacionados con el ámbito deportivo y su relación con el derecho penal, y su utilización los casos en que esto fuese posible.

Palabras clave: Riesgo permitido, consentimiento, sanción disciplinaria.

ABSTRACT

The sport deals every day with criminal issues. Frequently there is not reaction from the respective authorities, and the sport infractions generally are solved by the administrative tribunals.

This paper will try to point out different aspects related to the relationship between the sport field and the criminal law, and its use in those cases in wich it could be posible to aply it.

Key words: Permitted risk, consent, disciplinary sanction.

SUMARIO

1. Un acercamiento al problema
2. La concurrencia de disciplinas en el deporte: Derecho penal y administrativo
 - 2.1. La disciplina deportiva
 - 2.2. El Principio *Non bis in idem*
 - 2.3. La repercusión del Principio *non bis in idem* en la disciplina deportiva
3. Delimitación doctrinal de las lesiones deportivas
4. Tesis jurisprudenciales

Conclusiones

Bibliografía

1. UN ACERCAMIENTO AL PROBLEMA

Los incidentes acaecidos en el mundo del deporte profesional como el producido en el campo de Son Moix en Palma de Mallorca en un partido de fútbol entre el Real Mallorca y el Sevilla FC donde se lesionó el jugador bermellón Arango ante la entrada del sevillista Javi Navarro, junto con episodios de antaño como el pisotón del Cholo Simeone a Julen Guerrero en San Mamés o más allá de nuestras fronteras en situaciones como la que se produjo en la Premier League al producirse la violenta entrada del central del Everton Taylor que le fracturó el tobillo al jugador del Arsenal Eduardo Da Silva o la brutal agresión del portero de Vélez Sarsfield el “gato” Sessa frente al delantero de Boca Juniors Palacios en el partido celebrado en la cancha de “La bombonera” el día 2 de mayo de 2007 perteneciente a la copa libertadores; estas son situaciones que han provocado consecuencias como por ejemplo la inhabilitación temporal de jugadores (este es el caso que le ocurrió al crack italiano de los 80 Gian Carlo Antonioni cuando en un partido de la liga italiana chocó, jugando con la Fiorentina, con Silvano Martina, portero del Génova, que le produjo una fractura craneal que le mantuvo un tiempo alejado de los terrenos de juego) o el abandono definitivo del deporte como fue el caso del central de R. Zaragoza, César Jiménez, a quien una entrada extremadamente dura de Luis Figo, entonces en las filas del R. Madrid, lo apartó definitivamente de la práctica de este deporte e incluso la muerte del deportista como fue el caso del portero del C. D. Málaga, Gallardo, que en un partido de la temporada 86/87 fue fortuitamente lesionado por el delantero centro del Celta de Vigo, el brasileño Baltazar, provocándole un derrame cerebral y, por ende, la muerte; últimamente se han producido agresiones que han generado mucha repercusión mediática como ha sido la patada que en la final del mundial de Sudáfrica realizó el jugador holandés De Jong sobre el medio centro español Xavi Alonso y que no fue objeto de expulsión cuando el jugador de la “naranja mecánica” se desentendió absolutamente del balón. Incluso en el ámbito de otros deportes como puede ser el boxeo donde Mike Tyson seccionó de un mordisco el lóbulo de una oreja de su contrincante Evander Hollyfield han reabierto la polémica sobre la posible aplicación del Derecho penal en el mundo del deporte ya que parece injusto que dichas actuaciones fuera de un terreno de juego se traten, si cumplen los requisitos vigentes de la tipología penal, en el marco punitivo criminal, mientras que si se producen dentro de dicho terreno de juego se aplica el derecho disciplinario deportivo, por cuanto en los casos citados no se pasó de aplicarse la suspensión y multa como

consecuencias jurídicas a los precitados deportistas; ello se justifica en que los órganos jurisdiccionales son especialmente remisos a entrar en este terreno, como si efectivamente, en este ámbito, existiera uno de esos llamados espacios libres de Derecho.

A partir de aquí debe ponerse de relieve que existen varias interrogantes que debemos contestar frente a este problema como pudiera ser la de si el deportista merece una sanción penal cuando la acción se ha producido acorde al reglamento aunque posteriormente se produzca la sanción deportiva o, de otro lado, si la infracción se produce cuando el jugador entra por detrás aunque sea jugando el balón. Todo ello determina que nos encontramos ante un problema que no es fácil resolver y así lo demuestra el interés que ha suscitado en la doctrina desde antiguo pero que hoy día aún no se ha solucionado quizá por la falta de un precepto legal expreso en nuestro ordenamiento que resuelva dicho entuerto; sin embargo, parece que la tesis mayoritaria está de acuerdo en la inclusión del Derecho penal en el ámbito de las lesiones deportivas, si bien, se ha dicho que determinadas actividades deportivas desaparecerían prácticamente si se persiguiera penalmente cualquier infracción reglamentaria.

Por tanto, en este trabajo se intentará poner de manifiesto la verdadera necesidad de que el Derecho penal participe de manera activa en este tipo de supuestos y para ello se debe deslindar las parcelas del Derecho penal y del administrativo, subrayar el importante significado del consentimiento en las lesiones y, por supuesto, observar la perspectiva jurisprudencial que han tomado los tribunales menores, donde mayormente se enjuicia la cuestión, junto con clásicas sentencias de los tribunales mayores que pueden aportar cierto orden al problema; en suma, se pretende delimitar los supuestos para los que es necesario la aplicación del Derecho penal al objeto de la represión de ciertas conductas de violencia deportiva y a cuales les es suficiente la aplicación de las normas que regulan la competición o, en su defecto, la ley del deporte.

Para llegar a analizar correctamente el problema se debe partir de tres premisas: de un lado, que en materia deportiva está permitido llegar mucho más lejos de lo que se permite en otras actividades; de otro, la existencia de una deliberada y negligente abstención de los órganos jurisdiccionales a la hora de conocer los hechos cuando se producen en el mundo del deporte; el conformismo del deportista profesional que viene determinado por varias determinaciones como son: que el hecho

se resuelva en el plano estrictamente deportivo, por la “teoría de los juegos” según la cual el deportista profesional no quiere litigar pues tiene que seguir su carrera profesional y quien es hoy víctima, mañana puede ser verdugo; además, por su situación económica que en muy raras ocasiones puede verse cercenada, bien por el pago de los clubes aunque puede que no conlleve las primas que tuviera pactadas el equipo en cuestión o bien porque en caso de una minusvalía definitiva se haría acreedor de una indemnización vitalicia. Partiendo de dichos indicios se puede afrontar la problemática objeto de examen intentando llegar a solucionar, desde una correcta aplicación y limitación de los mecanismos de control social objeto de este estudio, la sanción aplicable ante conductas antideportivas de carácter grave cuando se producen en dicho marco de actuación.

2. LA CONCURRENCIA DE DISCIPLINAS: PENAL Y ADMINISTRATIVA. ESPECIAL REFERENCIA AL PRINCIPIO *NON BIS IN IDEM*

2.1. La disciplina deportiva. Aspectos generales

Como ya se ha puesto de manifiesto la regulación jurídica del deporte se está convirtiendo en un problema de gran trascendencia social. Ciertamente es que la problemática viene determinada desde la propia definición de lo que es el deporte que para el sociólogo Magnane se entendía como “una actividad de placer en la que lo dominante es el esfuerzo físico, que participa a la vez del juego y del trabajo, practicado de manera competitiva, comportando reglamentos e instituciones específicas y susceptibles de transformarse en actividad profesional”. Este autor en la década de los sesenta ya planteaba en su definición de deporte la regulación a través de reglamentos de corte administrativo con lo cual iniciamos un largo periplo de la relación entre estos y la intervención del Derecho penal en el deporte. Por su parte, Mir Puig incide en esta cuestión advirtiéndole que el deporte implica a una gran parte de la población y a aspectos de su vida que no pueden ya menospreciarse en un mundo que advierte la importancia creciente del tiempo libre y reconoce la cultura física como una parte indiscutible de la cultura; asimismo, la relativa novedad del deporte organizado y de su carácter masivo ha hecho que falte una respuesta clara a la cuestión de los límites que han de separar la sola aplicación de los reglamentos deportivos y la intervención del derecho penal.

Partiendo de esa base en la que los reglamentos deben regular el ámbito deportivo se debe definir a la disciplina deportiva, al ser el ámbito de controversia en la aplicación del derecho administrativo y la posible aplicación del derecho penal cuando se den las circunstancias requeridas. Esta definición no se ha logrado fácilmente ya que tanto en la Ley del deporte como en otras normas entre las que destaca el Real Decreto 1591/1992 de 23 de diciembre de disciplina deportiva se encontraban huérfanos de una definición sobre disciplina deportiva que pusiera las bases para intentar una solución al problema de la interrelación de los ámbitos antedichos. Sin embargo, la doctrina científica de la mano de Carretero Lestón ha definido la disciplina deportiva como “aquel sistema de normas que permite imponer sanciones a sujetos subordinados al ordenamiento jurídico deportivo por la comisión de infracciones previamente tipificadas”. En el mismo sentido, nos encontramos con la Ley 11/1997, de 22 de agosto, general del Deporte de Galicia (art. 68) donde aparece una definición normativa de la potestad disciplinaria, señalando que la misma es “la facultad de investigar y, en su caso, imponer sanciones a los sujetos que intervengan en la organización deportiva con ocasión de infracciones de las reglas de juego o competición y de las normas generales deportivas”. Ahora bien, de la postura doctrinal esgrimida debe advertirse que el epicentro de la cuestión viene determinado por las relaciones de sujeción especial que se producen en el ordenamiento deportivo puesto que existe la subordinación de las personas físicas y jurídicas a otras que están investidas de autoridad o facultad de mandar; no obstante, esta aseveración no ha sido aceptada pacíficamente por cuanto otro sector doctrinal ha determinado que la administración no puede utilizar este concepto de forma arbitraria sino sólo en casos basados en la Constitución, como pudieran ser los funcionarios, fuerzas armadas o cuerpos de seguridad. Frente a este planteamiento cabe objetar, como ha expuesto Cuchi Denia, que la actividad deportiva encuentra su respaldo constitucional en el art. 43 de la Carta Magna en la que se establece que los poderes públicos fomentarán el deporte y la educación física, así como el art. 148.1.19 del mismo texto legal en el que se derivan tanto la promoción del deporte como la adecuación y utilización del ocio como competencias de las Comunidades Autónomas; por tanto, esto lleva al replanteamiento de que las organizaciones deportivas tengan la consideración de Administración Pública y en este sentido acudir al art. 74 de la Ley del Deporte en el que entre otros órganos existe una referencia a las Federaciones deportivas al objeto de que dichas entidades poseen potestad disciplinaria. En este sentido, ya Majada Planelles ponía de manifiesto las diferencias existentes entre el Derecho penal disciplinario, que

contenía sanciones de tipo federativo, además de poseer un rigor perfectamente graduable con el ánimo de corregir con acierto las extralimitaciones de los deportistas en algunas competiciones y el Derecho penal que tan sólo acudiría en estadios de absoluta gravedad.

Partiendo de la base citada de que las organizaciones deportivas tienen la consideración de Administración, no deja de ser problemática la divergencia existente basada en el art. 33.1.f de la Ley del Deporte cuando advierte que la potestad disciplinaria pueden, entre otros entes, desarrollarla las federaciones, si bien choca con el aspectos de que la naturaleza jurídica de dichas entidades es privada. Para resolver dicha contradicción debe acudir a la doctrina científica administrativa que ha dado diferentes propuestas: la primera posición sugiere que pese a las manifestaciones legales y jurisprudenciales es indiscutible el carácter público de las federaciones al ser creadas por una resolución del Consejo Superior de Deportes, ya que éste es un órgano autónomo adscrito al Ministerio de Cultura; éstas pueden sancionar a las personas que integran su estructura orgánica y sus decisiones se recurren ante el Comité español de disciplina deportiva. De lo expuesto, parece indicarse que las federaciones poseerán una naturaleza corporativa y pública; por su parte, la doctrina mayoritaria propone la idea de la naturaleza privada de las federaciones ya que se trata de una asociación privada integrada por asociaciones, como son los clubes, absolutamente privadas, aunque se advierte que el desarrollo de las funciones públicas que tienen encomendadas hace que el régimen de aplicación sea de Derecho Público. Sin embargo, quizá la postura, a nuestro juicio, sobre esta cuestión, más coherente sea la de Cuchi Denia que sugiere una naturaleza semipública de las federaciones ya que si bien están conformadas por otras asociaciones privadas, no puede olvidarse que se van a crear dichos entes por una resolución del Consejo Superior de Deportes; ello junto a la cesión de competencias disciplinarias de la Administración a las federaciones las convierten en entidades con especial sujeción con respecto a los deportistas, en virtud de la licencia federativa, para la aplicación correcta de la disciplina deportiva.

2.2. El principio *non bis in idem*

Llegados a este punto deben deslindarse definitivamente dos cuestiones: de un lado, el ilícito penal frente al ilícito administrativo; de otro, el principio *non bis in idem*. Con respecto a la primera cuestión es necesario citar a Muñoz Conde y García Arán que opinan que al

Derecho penal le corresponde la tarea más ingrata como es la de castigar con las sanciones más graves que existen por los ataques a los bienes jurídicos más importantes; por tanto, cuando un ataque no sea tan grave, se deberá aplicar otra disciplina jurídica, pasando a ser el ordenamiento punitivo *ultima ratio*, siendo subsidiario del resto de normas del ordenamiento jurídico, siempre que el conflicto pueda ser solucionado con soluciones menos radicales que las sanciones penales puesto que en ningún caso la sanción impuesta por otro mecanismo de control social diferente al Derecho penal debe ser de mayor gravedad que éste.

Así pues, a la hora de deslindar el ilícito administrativo del ilícito penal, debe advertirse que el derecho penal se aplicará a las cuestiones muy graves mientras que la aplicación del ámbito administrativo lo será en virtud del prestigio y del buen funcionamiento de la administración que tendrá como referencia la especial sujeción de los deportistas, a través de las federaciones, con la Administración.

De otro lado, cabe abordar el problema del principio *non bis in idem*. A los efectos de bucear de manera correcta en tal cuestión es prioritario definir dicho principio; este se conceptúa como la prohibición que de un mismo hecho resulte sancionado más de una vez. En este sentido debe añadirse que si bien la Constitución española no recoge este principio el Tribunal Constitucional sí se ha pronunciado en diversas resoluciones, incluso planteando una definición del mismo al objeto de buscar un fundamento del mismo. Así, la STC 2/1981 de 30 de enero dice que el principio *non bis in idem* supone, en una de sus más conocidas manifestaciones, que no recaiga duplicidad de sanciones, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración que justificase el ejercicio del *Ius Puniendi* por parte de los Tribunales y a su vez la potestad sancionadora de la Administración. Esta sentencia declara en su fundamento jurídico cuarto que el principio examinado va íntimamente ligado a los principios de legalidad y de tipicidad de las infracciones que aparecen recogidos principalmente en el art. 25 de la Carta Magna. Al objeto de definir el auténtico fundamento del principio *non bis in idem* la doctrina ha expuesto diferentes posturas: la primera, de la mano de García de Enterría, trata de una interpretación literal de los términos con los que se expresa el art. 25.1 de la Constitución Española. Utiliza como argumentación este autor la conjunción disyuntiva “o” utilizada en el precepto, según la cual una determinada actuación puede ser tipificada como delito, falta o infracción administrativa, pero no como todas las posibilidades expuestas a la vez.

Otra de las tesis que deben destacarse es la acuñada por Arroyo Zapatero que acude al art. 9.3 del texto constitucional para explicar la idea de seguridad jurídica en relación con la idea de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos en el desarrollo de la potestad sancionadora; por lo que parece que el *non bis in idem* encuentre su más directo fundamento en la exigencia de racionalidad e interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos establecida en el art. 9.3 de la Constitución Española. Sobre esta segunda tesis van a aparecer los mimbres para construir el tercero de los planteamientos de la mano de Cuerda Riezu que confirma dicha idea desde otra denominación, considerando el principio de proporcionalidad como la base o fundamento del principio *non bis in idem*, en tanto que “lo que impide que en una situación recaigan dos o más efectos jurídicos es la proporcionalidad, que a su vez descansa en el criterio de la igualdad y que es reconducible en último extremo a la idea de justicia. La siguiente tesis la firma García Albero al entender que aunque el principio *non bis in idem* se deriva del art. 25 de la Constitución Española puesto que de lo contrario se admitiría una diferenciación cualitativa entre ambos ilícitos; igualmente, debe subrayarse la opinión de García Arán al entender que el principio *non bis in idem* se encuentra en el de legalidad que, en definitiva, pretende establecer qué tipo de norma se ajusta con mayor exactitud al supuesto enjuiciado que excluye, a su vez, aquellos que sólo recogen algunos aspectos.

Expuesta esta pléyade de tesis por parte de la doctrina científica cabe apuntar los efectos del principio que estamos examinando, de modo que en primer lugar debe advertirse que dicho principio afirma que no debe haber duplicidad de sanciones cuando exista una identidad de sujeto, de hecho y de fundamento. En segundo plano, como advierte Cuchi Denia, existe una vertiente procesal cuyo fundamento se encuentra en la STC 77/1983 de 3 de octubre, donde se señala que aunque el ordenamiento permite una duplicidad de procedimientos y en cada uno de ellos se produzca un enjuiciamiento y una calificación de unos mismos hechos, tal enjuiciamiento y calificación puede hacerse independientemente, siempre y cuando resulte la aplicación de normativas diferentes, pero no debe ser igual en la apreciación de los hechos ya que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado. De esto se desprende que la actuación sancionadora de la Administración puede actuar mientras no intervengan los órganos jurisdiccionales penales, puesto que si actúa la Administración con posterioridad deberá respetar lo probado en el ámbito jurisdiccional penal.

Así pues, de todo ello cabe indicar que el problema real es que paulatinamente la Administración ha ido ampliando el ámbito en el que ejerce lo que se denomina función disciplinaria, debido a lo denominado *ut supra* relación de sujeción especial de la Administración entre las que merecen una referencia especial los deportistas federados; de modo que la Administración, en este sentido, puede iniciar un expediente sancionador, pero si comprueba que existen indicios de delito, deberá dar noticia a la jurisdicción penal que es quien verdaderamente posee primacía frente a la administrativa, siempre y cuando existan identidad de sujeto de hecho y de fundamento; por tanto, existe una prevalencia de la sentencia penal en virtud de las SSTs de 20 de octubre de 1983 (Ar. 5907) y de 18 de junio de 1984 (Ar. 3673). De este modo, el Juez penal decidirá si el hecho constituye delito; en caso afirmativo, la causa finaliza con la imposición de la pena al culpable mediante sentencia; en caso negativo, se dictará sentencia absolutoria a favor del autor del hecho pero ello permite a la Administración proseguir con el expediente sancionador como preceptúa el art. 137.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, ratificado por la STS de 31 de enero de 1987 (Ar. 1796). En suma, la prioridad del proceso penal se pone de manifiesto por el Tribunal Supremo a través de las SSTs de 20 de enero de 1987 (Ar. 256) y la de 24 de enero de 1987 (Ar. 432) ya que parece ser cierto que la potestad disciplinaria puede ser distinta e independiente de la responsabilidad penal, puesto que la necesaria subordinación de la potestad disciplinaria a la jurisdicción penal cuando existe un proceso penal abierto por el hecho impide la prosecución o la apertura y decisión del expediente disciplinario mientras permanezca abierto el juicio penal. Si bien se ha expuesto este planteamiento, desde el punto de vista general, desde el particular del deporte se aprecia que este principio *non bis in idem* se encuentra en el art. 75. b) de la Ley del Deporte en el que se señala que la existencia de la doble sanción por lo mismos hechos, teniendo su parangón en el art. 8.b). 3 del RDDD que remite al art. 27.2 de la misma norma en la que se reconoce la posibilidad de que se pueda imponer otra sanción de distinta naturaleza, siempre que estén previstas para la categoría de infracción de que se trate y que, en su conjunto, resulten congruentes con la gravedad de la misma; en el mismo plano de igualdad, se debe citar otro aspecto que abordaremos con mayor profusión *infra* según el cual el art. 83 de la Ley del Deporte prevé la comunicación al ámbito penal cuando las infracciones tuvieran carácter de delito o falta.

2.3. La repercusión del principio *non bis in idem* en la disciplina deportiva

Desde el punto de vista del orden administrativo, siguiendo a Cuchi Denia, la relación que se establece entre los deportistas y la federación que rige el correspondiente deporte, debe incluirse dentro de la figura de la especial relación de sujeción con la Administración, ya que el sujeto acepta, de manera voluntaria, tanto las reglas como las normas de cuidado que, con carácter convencional, se admiten en la práctica de dicha actividad. Por tanto, y con el asentimiento de la jurisprudencia constitucional, se conviene que en estos supuestos no es posible la aplicación del principio *non bis in idem*, es más, algún autor ha justificado dicha aseveración al explicar que la acumulación de una pena y una sanción administrativa viene determinada porque en la agresión, la sanción penal protege la integridad física del sujeto pasivo, mientras que el ámbito administrativo protege el buen orden deportivo.

Sin embargo, tal argumentación no ha sido pacíficamente aceptada por cuanto además existe, junto a la cuantitativa, una diferenciación cualitativa entre ilícito penal y administrativo, ya que de lo contrario sólo se aplicaría el procedimiento disciplinario cuando el resultado fuera insignificante; además de observar ciertos obstáculos como pudieran ser la consideración de la naturaleza privada de las federaciones, puesto que parece difícil que una potestad que afecta a la Administración devenga también de titularidad privada, por lo que se incide en el carácter semipúblico de estos entes. En el mismo sentido, debe plantearse la dificultad examinada ya que se ha incluido dentro del mismo cesto el buen funcionamiento de la administración con el perjuicio a otros bienes fundamentales como son la dignidad del individuo o su integridad, por lo que debe apuntarse hacia una concreción de la disciplina que debe regularse al no ser lo mismo agredir a un contrario (posible delito o falta de lesiones) que celebrar un gol subido a la valla que delimita el terreno de juego (posible provocación de desórdenes entre los aficionados).

Otro aspecto complejo es el de la duplicidad de órdenes cuando un hecho, teóricamente ilícito, es enjuiciado tanto por la disciplina penal como por la administrativa-deportiva. Lo normal, como se viene advirtiendo a lo largo de estas páginas, es que si se denuncia ante el juez y éste la admite se paraliza el expediente administrativo, pero en la realidad no parece que esto sea así por cuanto la administración deportiva es más rápida que el proceso penal y puede que se sancione

deportivamente ya que el fundamento parece ser que las federaciones han establecido unas normas de autorregulación, de sustrato subjetivo y de carácter ético, situación por la cual son muy remisos a la entrada de otros órdenes jurídicos, pudiéndose aplicar el hecho de que la presunción de inocencia es compatible con una medida cautelar, aceptando la función de esta última como sanción administrativa.

En una primera aproximación existen otras figuras como directivos de entidades deportivas e incluso los consejeros de las sociedades anónimas deportivas que en virtud de la Ley del Deporte (arts. 19 a 29) si bien organizan esas entidades no poseen una relación especial de sujeción especial con la Administración puesto que para realizar sus funciones no es necesario que posean ninguna autorización ni licencia administrativa. Sin embargo, si son sancionados desde el punto de vista administrativo (art. 76.e Ley del Deporte) cuando hagan declaraciones públicas que inciten a los espectadores a la violencia; en esta situación lo lógico sería aplicar el principio *non bis in idem* puesto que se le puede aplicar a ese directivo una sanción penal basada en el uso de la provocación o la apología de la violencia, entendiéndose esta como un ataque al honor que puede ser protegido por la jurisdicción penal, por lo que basándonos en la no especial relación de sujeción entre los directivos y la Administración debe aplicarse en toda su extensión el principio examinado.

En la misma línea de actuación se presentan los aficionados de los clubes ya que en este ámbito tampoco habría relación especial de sujeción con la administración y por tanto debe acudirse tanto al art. 63 de la Ley del Deporte a través del cual se puede imponer una sanción a quienes pudieran realizar daños y desórdenes que pudieran producirse en los lugares donde se desarrolla la competición, siendo en el art. 69 del mismo cuerpo legal donde se establecen las correspondientes consecuencias jurídicas entre las que aparece la prohibición de acceso a un recinto deportivo que, no en vano, es una sanción coherente para imponer a un seguidor de una entidad. Así, puede también aplicarse a este hecho el art. 557 CP donde se le puede imponer pena de prisión a aquellos que actuando en grupo perturben la paz pública, causando lesiones o produciendo daños; por tanto, debe acudirse a la aplicación del principio *non bis in idem* teniendo prevalencia el ámbito penal.

Por último, otro problema es el de las personas jurídicas que plantea un choque frontal entre el Derecho administrativo y el penal por cuanto en el segundo se admite el principio *Societas delinquere non potest* por el que no tienen responsabilidad las personas jurídicas,

mientras que en el primero tanto clubes como federaciones o sociedades anónimas deportivas sí pueden tener responsabilidad objetiva. Lo normal es que en este ámbito se aplique asimismo el principio *non bis in idem* ya que es improbable que una persona jurídica sea castigada por la acción de una persona física, sobre todo si esta hubiera sido sancionada o penada ya que iría la doble sanción contra el *non bis in idem* por el mismo fundamento y el mismo hecho.

Asimismo, es necesario destacar el hecho de que la Ley 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte contempla expresamente el problema de la hipotética convergencia entre procesos penales, administrativos y disciplinarios. Así, el art. 38.1 del precitado cuerpo legal advierte la primacía del orden penal sobre los restantes fundamentándose la cuestión en que en el caso de incoarse proceso penal podría iniciarse el procedimiento administrativo y disciplinario por los mismos hechos, aunque no podrá dictarse resolución hasta tanto en cuanto exista una sentencia firme o un auto de sobreseimiento penal.

3. DELIMITACIÓN DOCTRINAL DE LAS LESIONES DEPORTIVAS

De lo ya expuesto, se desprende cierta independencia del ámbito deportivo ya que la actividad deportiva se ha dotado de sus propios instrumentos jurídicos, de sus propias instituciones y autoridades y se ha convertido en una “isla” que se encuentra alejada a cierta distancia del resto de mecanismos de control social, entre otras, del Derecho penal; es más, existe un pensamiento generalizado según el cual basta con los mecanismos disciplinarios propios del deporte para solucionar todos los casos que se produzcan dentro de la competición, incluso a los juristas que suscriben la no intervención del Derecho en el ámbito deportivo, les resulta dificultoso aceptar que exista un ámbito de la realidad social al que se le excluya la aplicación de las normas jurídicas de signo tan incontestablemente imperativo como las normas penales. Tanto es así que T.R. Fernández en la década de los 70 aseveró que “es escandaloso ver como el propio Derecho penal se detiene ante los muros de un estadio”. Ello nos permite observar una cierta diferenciación entre la legislación deportiva provista de ciertas prebendas con respecto a las normas jurídico-penales, razón por la cual se intentan buscar razones que permitan un deslinde entre una situación especial de la parcela deportiva frente a una intervención del Derecho penal amparándose, como no puede ser de otra manera en la realidad social,

basándose en una tradicional impunidad ante la situación de que se produzcan dentro de un terreno de juego acciones que de no producirse en tal escenario conllevarían la actuación inminente del Derecho penal, pero que al espectador le pasa desapercibida puesto que asume que dichas acciones pertenecen a la esfera del deporte y, por ende, deben ser tratadas dentro de su ámbito jurídico de actuación, ayudando a dicha tesis el hecho de que no existe una regulación específica de las lesiones deportivas en el Código Penal.

Para justificar esta realidad la doctrina ha puesto de relieve al efecto de poder considerar impunes las conductas lesivas que se advierten en el deporte ciertas teorías penales que pueden sintetizarse, sin perjuicio de que las analicemos con posterioridad, en dos grandes grupos: aquellas en las que existe el consentimiento individual y efectivo del sujeto lesionado (en el riesgo o en la lesión) y las de autorización procedente de quien dicta el Derecho (la sociedad, la Constitución, la Ley). Pues bien, estas dos corrientes agrupan diversas teorías que pasamos a examinar:

a) La teoría del riesgo asumido o riesgo permitido

Según esta el fundamento de la impunidad se halla en el consentimiento prestado, explícita o presuntamente, por los deportistas, que no será, normalmente un consentimiento en ser lesionado, en la lesión concreta sufrida, sino en el riesgo en que la lesión se produzca, en la puesta en peligro de un bien jurídico, la integridad corporal, disponible con tal de que se observen mínimamente las reglas de juego o *lex arti*. No obstante, la doctrina también ha utilizado, para justificar sus propuestas, el consentimiento desde una doble perspectiva: de un lado, se ha entendido que el consentimiento actúa como causa de justificación y de otro como causa de exclusión de la tipicidad, aunque también se dan opiniones que consideran que el consentimiento no sólo constituye una causa de justificación sino que también excluye la tipicidad. Así, Jescheck alude al consentimiento como causa de justificación pero también como causa de exclusión de la tipicidad, poniendo el énfasis en el riesgo permitido. Según este autor, el consentimiento da lugar a un derecho en el que la práctica del deporte crea el riesgo o la lesión que las actividades deportivas implican, de modo que el deportista acepta el riesgo del accidente o de la lesión corporal; sin embargo, excluye el valor del consentimiento las violaciones dolosas o gravemente imprudentes de las reglas de juego que produzcan lesiones. En el mismo sentido, cabe aludir a Montero Martínez quien entiende

que la clave para justificar la impunidad de las lesiones deportivas se halla, sin más, en el consentimiento del lesionado basándose en la afirmación de la relevancia del consentimiento en las lesiones entendiendo que el consentimiento opera como causa de exclusión de la tipicidad por lo que predica la impunidad de las lesiones causadas en la práctica deportiva. Existen, asimismo, ciertas críticas al objeto de considerar al consentimiento como cláusula de exclusión de la responsabilidad penal como por ejemplo el planteamiento de Paredes Castañón ya que señala que la idea de consentimiento resulta absolutamente insuficiente para albergar la amplitud de actividades, riesgos y lesiones posibles y frecuentes en el terreno deportivo; un sector doctrinal, también alude a la circunstancia del art. 155 del Código Penal de 1995 al significar que por mucho que se utilice el consentimiento, este atenúa pero en ningún caso exime, por lo que en el Derecho español no puede hablarse de una cuestión maniquea de si la situación es punible o impune sino que aún cuando exista consentimiento la acción antideportiva se bajará la pena en uno o dos grados tal como marca el artículo del Código Penal precitado pero en ningún caso se podrá excluir la responsabilidad total de la acción deportiva; así, decir que la lesión o puesta en peligro de bienes jurídico-penalmente protegidos en este campo sólo deja de ser antijurídica cuando exista consentimiento del titular del bien jurídico disponible en dicha lesión o puesta en peligro teniendo una implicación evidente: el consentimiento ha de probarse en el caso concreto; en aquellos casos en los que se pueda demostrar que no existía tal consentimiento, la conducta será en principio antijurídica, aunque el problema no sólo será probarlo ya que cabe también el consentimiento tácito en virtud de actos concluyentes, además de problemas de error.

Según Rodríguez-Mourullo y Clemente la teoría del riesgo permitido es la solución que goza de mayor número de seguidores entre los que intentan justificar ciertos ámbitos de impunidad para las lesiones deportivas, si bien hay que destacar que la aplicación de este principio excede el ámbito de la actividad deportiva y se proyecta sobre todos los tipos de injusto previstos en el Código Penal.

b) La teoría del caso fortuito

Esta tesis aparece como fundamento de la impunidad ya que se presenta como ausencia absoluta de intención dañosa, eso sí, siempre que concurren tres requisitos: que se trate de un deporte lícito, o sea, que se encuentre autorizado por el poder público; que se observen las

reglas del juego; y que el ejercicio deportivo no se haya tomado como medio para encubrir una voluntad criminal. La tesis del caso fortuito fue defendida por Cuello Calón y por Puig Peña además de inspirar determinadas resoluciones judiciales como la ya famosa del Tribunal francés de Douai de 3 de diciembre de 1912 referente al boxeo, la intitulada sentencia del caso Carpentier que condena al famoso boxeador por incumplimiento de contrato, así, en dicho documento se falló un asunto civil, pero se hicieron algunas consideraciones propias del Derecho penal como es la aseveración de que en dichas lesiones falta la tipicidad, además de afirmar que en los golpes entre los boxeadores no existe odio, ni impulso de cólera sino que el único fin es demostrar la destreza en el ataque y en la defensa.

c) La teoría consuetudinaria

Según esta tesis, la costumbre es la que motiva que todos se contenten con las sanciones disciplinarias, de tal forma que la costumbre extiende la causa de justificación más allá de donde llega el consentimiento, desvirtuándola y convirtiéndola en excusa absolutoria. También se ha puesto sobre la mesa la existencia de un factor consuetudinario según el cual, la conciencia colectiva admite que los daños normalmente producidos en el deporte derivan de una causa que no sólo constituye exención de la responsabilidad penal, sino un obstáculo que impide su nacimiento. Así, la costumbre induce a creer que basta con las sanciones deportivas, impuestas por los Comités de Competición o Disciplinarios, sin necesidad de la intervención de los tribunales; de la misma manera, el propio deportista carece de interés en acudir a los tribunales por lo que no tiene reparo en aceptar la sanción deportiva por una gravísima lesión a él causada aunque esté convencido de la intencionalidad de quien le lesionó.

d) La tesis de la adecuación social

El concepto de la adecuación social fue acuñado por Welzel y lo que pretende era desplazar del Derecho penal aquellos comportamientos que pueden considerarse socialmente adecuados por moverse en el marco del orden social normal de un determinado momento histórico. Ciñendo esta tesis al ámbito deportivo se permite la consideración de penalmente atípicas aquellas acciones lesivas socialmente adecuadas, Mir Puig en su trabajo acude a Zipf y a Dölling para explicar tales razonamientos. El primero, entiende que serían socialmente adecuadas tanto las que se producen respetando las normas deportivas

como las que proceden de faltas deportivas que sean levemente imprudentes. Sin embargo, Dölling aumenta el ámbito de actuación de la adecuación social ya que por un lado, al hablar de los deportes de confrontación que no tienen el carácter de intencionalmente lesivos, son lesiones socialmente adecuadas tanto las acciones lesivas sin infracción reglamentaria, como las debidas a faltas deportivas, que sean imprudentes o dolosas, siempre que no siendo graves, obedezcan a la obtención de ventaja en el juego y no al macabro objetivo de causarle un daño a la víctima. Así quedan fuera del campo de actuación de la adecuación social ejemplos como el del jugador que le propina un puñetazo a la víctima que sin que haya juego de por medio, sin embargo, el ejemplo que cita Mir Puig del defensa que intenta interceptar a un delantero para que no consiga su objetivo de perforar la meta contraria estaría en la esfera de la adecuación social pues se encontrarían dentro del conjunto de las faltas deportivas sean imprudentes o dolosas.

Sin embargo, el hecho de aceptar a la adecuación social como una teoría en la que se acepta cualquier tipo de actuación siempre que la conducta del deportista se encuentre dentro de unos marcos permitidos, quedaría impune. Pero la limitación de la protección penal de los bienes jurídicos viene determinada por la confianza que depositan los deportistas en que sus adversarios se comportarán según los cánones de la actividad deportiva que realizan; por esta situación es por la que se llega a apuntar un novedoso bien jurídico en este ámbito, basado en la seguridad o en la certeza de que el deportista no va a quebrantar las reglas del juego. Este bien jurídico sería la “confianza en el ordenamiento jurídico”, entendiéndose que esta confianza sería una parte del bien jurídico que protegemos como es la vida o la integridad física que en el ámbito del Derecho penal, aplicado a la actividad deportiva, sirve para delimitar las participaciones en este tipo de competiciones.

e) Teoría del fin reconocido por el Estado y las normas de cultura

Los seguidores de esta tesis señalan que al Estado y a la sociedad les resulta de interés prevalente el mejoramiento de la salud y el vigor de la raza humana aunque se precisa que la justificación no alcanza a los casos en los que el daño para la integridad corporal proceda de una práctica irregular del deporte (Mayer y Jiménez de Asúa). En la misma dirección Majada Planelles argumenta que en las lesiones inherentes a los deportes violentos hay que acudir a la exclusión de la antijuridicidad

por la conformidad de la acción con las normas de cultura reconocidas por el Estado.

f) La tesis de la causa de justificación del ejercicio legítimo de un derecho u oficio (art. 20.7 CP)

Los autores llegan a esta conclusión en primer lugar porque encuentran obstáculos para entenderlo como causa de exclusión de la tipicidad y, en segundo término, porque presenta la ventaja de no tener que buscar una causa de justificación *extra legem* al estar ya regulada en el Código; además, salva los problemas de distinción entre el deporte profesional y aficionado; igualmente, los partidarios de esta tesis se cuidan de matizar y precisar que si el sujeto activo no observa el cuidado objetivamente debido en la práctica del deporte, el ejercicio del derecho o profesión no serán legítimos. En esta línea de pensamiento, Paredes Castañón admite que en todos los casos de ejercicio legítimo para que exista exclusión de la responsabilidad penal sería necesaria la observancia de las normas de cuidado, generales y especiales por lo que la conducta, a efectos penales, dejaría de ser negligente.

Frente a estas tesis impunitas, históricamente, existieron otras que afirman la necesidad de que se establezca un riguroso tratamiento jurídico en el que siempre se castigue a título de dolo o culpa: la primera tesis es la de Gefter-Wondrich, según la cual cuando sea dolosa la lesión causada en el juego, determinada por la concreta voluntad del agente para lograr la victoria, cuando el efecto sea proporcionado a la voluntad lesiva, el autor de tal lesión será castigado como reo de lesiones dolosas; la segunda de las teorías es la de Del Vecchio plantea que si las lesiones o la muerte en el deporte tienen lugar por mor del caso fortuito, el agente está exento de pena, de lo contrario responderá por ellas en virtud de dolo o culpa; se ayuda del boxeo para advertir que la lesión superior a la normal y la muerte en este deporte, si no ha tenido lugar por el caso fortuito deben ser imputadas a título de dolo.

Vistas todas las teorías, impunitas y afirmativas, pasadas y recientes, debemos señalar que en la actualidad se sigue desde el punto de vista mayoritario la tesis del riesgo permitido; sin embargo, se advierte que hay que desentrañar cuál es el riesgo permitido de la actividad deportiva, por lo que de lo que se trata es de saber lo que la sociedad admite cómo permitido dentro del ámbito del deporte y en qué supuestos se supera el límite del riesgo permitido. En este sentido Rodríguez-Mourullo y Clemente entienden que será deseable utilizar

critérios delimitadores lo más concretos posibles para dibujar los perfiles del riesgo permitido y huir de conceptos en exceso abstractos, de difícil compatibilidad con la *lex certa*, tales como el consenso social, la idea común de justicia, etc. En este punto Jakobs admite dos posibles soluciones: de un lado, la ley, o sea, las normas positivas y de otro lado, la *lex artis*. En virtud del primer aspecto, este viene determinado por los Reglamentos que prohíben los comportamientos violentos; como advierten Rodríguez-Mourullo, y Clemente, aquel deportista que sin *ánimus laedendi* causara lesión a otro, a través de una acción prohibida por el reglamento podría ser castigado por el Derecho penal como responsable de lesiones imprudentes. Es cierto que en este aspecto los tribunales no siempre utilizan la vía penal para castigar pero sí podrían hacerlo si se diesen el resto de los presupuestos de la punibilidad en la conducta que se examina. Para ilustrar este aspecto puede argüirse el ejemplo del futbolista que lesiona a otro dándole una patada, por detrás, cuando disputa un balón con la única intención de impedir el avance y, por supuesto, con infracción del reglamento. Si bien es cierto que a parte de la doctrina le parece que nos encontramos ante un delito o falta imprudente, siempre que se den los requisitos del delito penal, quizá deba ampliarse el razonamiento para llegar a conclusiones más efectivas. Así, debe entenderse que es cierto que a la colectividad le repugna el hecho que un deportista dañe a otro pero aunque la entrada sea por detrás, debe atenderse a la presencia de dos factores en la acción ya que el sujeto tiene intención de cortar el ataque o intención manifiesta de gol, pero en ningún caso tiene intención de lesionar al atacante, por lo que creo que esta situación se debería dejar en el ámbito de la justicia deportiva; otra cuestión sería si en la misma circunstancia el sujeto que intenta erradicar el avance del delantero tiene otras posibilidades menos dañosas para realizar su cometido como por ejemplo un agarrón o empujón que minimice los daños ocasionados. Si esto fuera así el hecho de dar una patada y provocar lesiones con los requisitos propios del Derecho penal sí se podría considerar un delito imprudente por cuanto la situación ha superado las barreras del riesgo permitido, siempre y cuando se aprecie la infracción de la norma de cuidado, la previsibilidad objetiva del resultado y la efectiva producción del resultado. Por supuesto esta situación no podría darse en deportes como el boxeo ya que en este el objeto del deporte es golpear dolosamente para obtener el objetivo que no es otro que agredir al oponente para conseguir dejarlo “fuera de combate”.

Sin embargo, aunque propongamos esa solución en el mundo del deporte debe ajustarse bien el hecho de que en el momento de juego

cualquier conducta se castigue en virtud de la aplicación del Derecho penal y ello porque quebraría el principio de intervención mínima y *ultima ratio* del Derecho penal; asimismo, ello haría inservible el reglamento deportivo y, por ende, el Derecho administrativo aplicable al ámbito deportivo en toda su extensión, lo que daría lugar a una excesiva criminalización del deporte. Así pues, de lo que se trata es de aplicar el ámbito punitivo para los aspectos del deporte más graves.

Para afianzar tales propuestas debemos advertir que se trata de castigar la lesión dolosa, o sea el ánimo de agredir al sujeto, siempre y cuando se dé tanto el requisito de la primera asistencia facultativa como el tratamiento médico o quirúrgico y, por supuesto siempre que no haya balón de por medio, o lo que es lo mismo, siempre que se encuentre en una circunstancia donde no se realice el juego. Por tanto, se debe partir en el ámbito deportivo del principio de insignificancia según el cual no se considera necesaria la intervención del Derecho penal en las lesiones causadas entre deportistas que guardan relación con el juego y que no exceden de lo habitual; así pues, no deberá considerarse penalmente típico ningún hecho que no posea la gravedad suficiente para ello. Esto sucede cuando, por tener lugar en el marco de un determinado sector social, un comportamiento que cabe en la letra de un precepto penal es considerado socialmente como de gravedad insignificante, insuficiente para la relevancia jurídico-penal. Este principio permite fijar el punto a partir del cual el Derecho penal ha de intervenir; así, la menor gravedad de una lesión deportiva tiene lugar cuando se produce dentro de lo normal, más o menos lo usual dentro de cada deporte; el concepto que debemos utilizar, para acudir al Derecho penal, es el de la infracción de las reglas de juego, o sea, que la lesión de que se trate no guarde relación con el juego o cuando posea una gravedad desacostumbrada, no tanto por el resultado sino por la gravedad de la acción que lo produce. De tal modo que se debe recurrir a la infracción de las reglas de juego y que en ningún caso se encuentre el balón en dicha circunstancia pues de lo contrario debería aplicarse el reglamento del deporte en cuestión y, como no puede ser de otro modo, el Derecho administrativo. Parece necesario acudir al Derecho penal por cuanto en situaciones como la del ejemplo expuesto al comienzo de este trabajo en el panorama futbolístico no es entendible como una agresión (asunto Julen Guerrero versus Simeone) si se produjera fuera de un estadio de fútbol sería un delito penal o al menos una falta en virtud de los requisitos objetivos propios de este ilícito penal; *a sensu contrario* es incomprensible como dicha conducta no fue considerada como ilícita desde el punto de vista punitivo al ser dolosa,

infringir las reglas de juego y desentenderse el jugador Simeone del balón, a todas luces debería haber sido enjuiciada por los Tribunales ordinarios penales. Para refrendar esta tesis debemos traer a colación el caso “Colliard” que acaeció el día 9 de abril de 1983 en la ciudad de Paraná provincia de Entre ríos República Argentina, lugar en el que se celebraba un partido de rugby entre los equipos del Paraná Rowing club de dicha ciudad y el Inmaculada de Santa Fe. Durante el desarrollo del juego el jugador de Paraná Luis A. Colliard aplicó desde atrás y en forma violenta un puntapié en la cabeza, zona occipital lado izquierdo, al jugador del Inmaculada Cayetano Luis Massi que se encontraba caído en el suelo y sin estar en posesión de la pelota. El episodio ocurrió cuando los jugadores disputaban una melé (“montonera”), desarrollándose el juego en la zona de las 25 yardas del equipo de Santa Fe. Massi falleció días más tarde. A Colliard se le condenó como autor de un delito de homicidio simple; pero quizá lo más importante sea la argumentación expuesta por los tribunales para fundamentar tal decisión puesto que el homicidio viene determinado por la aplicación, a un contrario, caído en el suelo, durante un partido, una patada en la cabeza con el zapato puesto de punta, resultando la muerte del sujeto. Debe advertirse que dicha acción excede de lo reglamentario ya que la pelota no estaba en juego. Así pues, el deporte tiene sus reglamentos y organismos que cuidan de los mismos, sancionando a quienes los violan, siendo ajenos a ese ámbito los supuestos en los que se violan normas sustantivas que rigen a todos los habitantes de la nación. Por tanto, una cosa son las acciones deportivas que se realicen durante el juego y que pudieran tener implicaciones penales y otra las acciones del jugador cuando la pelota no está en juego y su contrario fuera de la disputa del balón y caído, absolutamente indefenso. Esto no deja de ser un hecho extradeportivo sujeto a las leyes de orden penal.

En la misma dinámica aparecen ejemplos de deportes, como subraya Mir Puig, de confrontación directamente agresivo, como es el boxeo. Situaciones como la que se planteó en el caso de “Kid Sullivan”, boxeador que cegó a su adversario, Battling Nelson, en pleno combate por haber aplicado a sus guantes tintura de belladona o de manera más reciente la acción de Myke Tyson a Evander Hollifield en la que el primero seccionó de un mordisco el lóbulo de la oreja del segundo. Este último caso es un ejemplo académico de la doctrina jurídico-penal ya que representa la plasmación real del art. 150 CP según el cual se castigará con pena de prisión de tres a seis años al sujeto que causare a otro la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro no principal, o la deformidad, como pudiera ser el lóbulo de la oreja, un dedo, etc.,

en suma, se puede entender un miembro u órgano principal, aquel que ni es vital, ni esencial para la salud o integridad, pero eso no es óbice para que en el ejemplo utilizado no se aplique el ilícito penal pues se extralimita de las reglas del juego y se aprecia una conducta tipificada penalmente que debe ser castigada fuera de la legislación deportiva.

Con todo, debe apuntarse que los parámetros serán las reglas de juego y que la acción se realice en circunstancias en las que no se esté jugando (sin balón de por medio), peleando en un combate de boxeo etc, o lo que es lo mismo, el caso de que la *lex artis* no se respete y exista una agresión claramente al margen del aspecto deportivo de la competición y del riesgo tolerado en la misma, puesto que en el caso del jugador que entra en un campo a disputar un partido esté consiente el riesgo de lesión pero en ningún caso la lesión en sí misma.

4. TESIS JURISPRUDENCIALES

La línea seguida por la jurisprudencia viene también determinada por la observancia de las reglas de juego, de la *lex artis*, puesto que se ha instaurado como premisa general la punibilidad de todas aquellas conductas de los deportistas que causen lesiones, concurriendo el olvido o el desprecio por las reglas de cada deporte concreto, o sea, de las lesiones dolosas con desprecio de la normativa vigente. Esta postura no es nueva sino que se planteó en la jurisprudencia en la década de los 50 por mor de una STS de 1 de junio de 1951 y que ha sido, además de paradigma de esta tesis, citada por infinidad de trabajos sobre la cuestión; en esta sentencia se examina a fondo la cuestión a propósito de un partido de fútbol de categoría regional celebrado en 1946, en el que un equipo ganaba a otro por cinco goles a uno y el defensa derecho del equipo que perdía “experimentaba viva excitación por el resultado” y al ver que el interior derecho del otro equipo, a la sazón triunfante, tenía el balón en un sitio relativamente cerca, corrió velozmente hacia él para quitárselo, pero como el interior derecho prosiguió la jugada, enviando el balón a otro compañero de su equipo, antes de que pudiera llegar el lateral derecho del equipo contrario, otrora procesado, propinó un puntapié al rival entre el costado derecho y la espalda, produciéndole rotura del hígado y del riñón derechos. Esta STS observó que hubo intencionalidad pero le aplicó la atenuante de preterintencionalidad. De esta manera se dio por probado que el procesado sólo tuvo intención de producirle un maltrato corporal de escasa importancia, para dificultarle la actuación en el partido; asimismo, el

segundo considerando de la sentencia se alegó que hubo intencionalidad como tampoco existió caso fortuito ya que si bien el deporte del fútbol, es un acto lícito y, hasta jugada brillante el quitar a un jugador contrario el balón, siempre que ello se efectúe dentro de las reglas marcadas por su reglamento para el ejercicio de este noble deporte, no es menos cierto que ha de realizarse con la mayor diligencia debida, sin culpa ni intención de causar un mal. Así pues, se refleja en esta sentencia lo que va a ser el devenir de las tesis de la infracción de las reglas de juego y la no existencia del balón en el lugar de la agresión, factores fundamentales del posible delito de lesiones en el ámbito deportivo.

En la línea que estamos apuntando en este trabajo aparece la SAP de Castellón de 22 de febrero de 2001 en la que se aprecia un delito de lesiones por la existencia de un puñetazo en la cara a un jugador en un partido de fútbol sala. La sentencia apunta que es claro y evidente que, se produjera o no en el seno de una confrontación deportiva, no fue un accidente, sin intencionalidad, sino que se produjo como consecuencia de una primera zancadilla a un jugador que al levantarse propinó un puñetazo al rival que lo zancadilleó, y subraya la sentencia que esto es lo importante, cuando el balón no estaba en disputa; esto es así, por cuanto es necesario fundamentar el “animus laedendi”, pues al fútbol sala no se juega con los puños lanzándolos al contrario sino con los pies y si se emplean aquellos en lugar de estos no cabe suponer que es con otra intención que atentar contra la integridad física del contrincante. Muy importante para considerar delito de lesiones es la apreciación por parte de esta sentencia de la existencia de una primera asistencia facultativa, pero necesitando un tratamiento ortopédico posterior. El tratamiento médico debe considerarse como el empleo de férulas, analgésicos y antiinflamatorios como también advierte la STS de 19 de noviembre de 1997 (RJ 1997/7990). No obstante, en esta sentencia cabe decir que el apelante tampoco actuó correctamente ya que lo hizo contrariamente a las reglas de juego pues realizó una zancadilla derribando al contrario cuando este le quitó el balón provocando su reacción defensiva, aunque pese a ello no puede sostenerse la tesis absoluta de la sentencia recurrida basada en que una acción no puede desvincularse de la otra, por merecer ambas el mismo reproche jurídico-penal ya que pueden tener una repercusión independiente puesto que una de las acciones no tuvo resultado lesivo (la zancadilla) y la otra acción sí (el puñetazo). Por tanto, es una corriente generalizada que en este tipo de supuestos se utilizaría la aplicación de la atenuante de arrebató del art. 21.3ª CP por la alteración emocional o trasmutación

psíquica determinante de una disminución de la capacidad de discernir que el furor o la cólera por la zancadilla o patada recibida del otrora apelante debió producirle de forma repentina y súbita (STS de 10 de octubre de 1997, RJ 1997/7600).

Parece claro por tanto subrayar que la jurisprudencia va trazando una línea de actuación en torno a que la lesión intencional se produzca fuera de los lances del juego como advierte también la SAP de Barcelona de 23 de abril de 2002 (JUR 2002/177137) en cuyo Fundamento Jurídico Primero señala que las lesiones se produjeron durante el transcurso de un partido de fútbol pero no durante un lance del juego y ello permite sostener que la observancia o no de las reglas del juego sería el límite para la existencia o no de punibilidad. En el mismo sentido cabe destacar la SAP de Baleares de 29 de junio de 2001 (ARP 2001/724) en cuyo Fundamento Jurídico Segundo señala la rotundidad del árbitro al sostener que el balón se hallaba lejos de ser jugado por hallarse a unos 50 metros de donde se produjeron los incidentes entre dos jugadores que estaban “picados” con anterioridad. También se pronuncia de la misma manera la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 22 de marzo de 2002 (JUR 2002/141493) en la que un jugador de fútbol le dio un golpe a otro en la cara produciéndole una fractura orbitomalar que requirió una primera asistencia facultativa y tratamiento médico o quirúrgico; así, esta situación excede, con mucho, los lances del juego, perseguible solamente por los órganos de disciplina deportiva, e inciden de plano en el campo penal tanto por la intención que el agresor tiene en realizarlo, como por los resultados que producen y por ser ajenos a las exigencias del juego; o incluso la SAP de Madrid de 13 de mayo de 2008 (JUR 2008/177283) en la que a través de las testificales de los jugadores que participaron en el encuentro y del acta del árbitro se advertía que el acusado profería exclamaciones propias de una intención de lesionar y que dirigiéndose al jugador que se encontraba de espaldas se lanza con fuerza y con los dos pies por delante a los tobillos del jugador lesionado “sin intención ni posibilidad de jugar el balón” e impacta en la pierna izquierda del jugador provocándoles una tremenda lesión.

La misma tesis que la anterior plantea la Sentencia del Juzgado de lo penal de Navarra de 17 de octubre de 2002 (JUR 2002/145) donde se trataba el caso del supuesto habitual en el que se va a sacar un córner o una falta y los futbolistas que se encuentran en el área realizan forcejeos o empujones al objeto de obtener ventaja unos para rematar a portería u otros para defender y donde suelen observarse codazos o puñetazos en cara o en el pecho; se insiste en que ni con la excusa de

que se trata de una disputa deportiva, por cuanto la lucha deportiva en un juego-espectáculo como es el fútbol, aún cuando se haga una interpretación lo más amplia y flexible posible, no puede servir de exención a acciones como actos de agresión directos y contundentes contra la salud del contrario ya que esta rebasa claramente los límites del riesgo permitido y asumible en el ejercicio ordinario de tal deporte.

No obstante también cabe citar la SAP de la Rioja de 8 de marzo de 2002 en cuyo cuerpo quedaba acreditado que el acusado no agredía con el codo a un contrario ya que la lesión producida fue como producto de un lance del juego y por accidente, además que reafirma el hecho de que fuera absolutamente involuntaria la acción “cuando iba a sacarse la falta” por lo que el balón estaba en disputa. Sin embargo, como acertadamente propone Domínguez izquierdo, esta tesis jurisprudencial es peligrosa por cuanto baste recordar que según dicha propuesta la acción cometida entre Javi Navarro y Juan Arango en el campo de Son Moix en el partido que se disputó el 20 de marzo de 2005 entre el Sevilla y el Mallorca y que le causó al segundo un traumatismo craneoencefálico, intensa hemorragia, puntos de sutura y que estuvo incluso ingresado en la UCI, no sería más que un lance del juego; esta situación no podría observarse de esta manera pues se trata de observar la imagen real del contacto y ver como el central sevillista se desentiende del balón y agrede directamente al jugador, quizá no fuera conveniente considerar dicha circunstancia como un lance del juego pues con tal conducta se han extralimitado las consecuencias de las reglas del juego.

Muy interesante también es la STS de 2 de junio de 2006 en la que se aparece la agresión con botas de fútbol como un subtipo agravado del delito de lesiones al considerar que se trata de un instrumento peligroso pues la suela de la misma puede conllevar “tacos” de plástico rígido e incluso en algunas ocasiones también puede llegar a tener de aluminio dependiendo del tipo de terreno en el que se practique la actividad futbolística. Junto a ello también aparece la circunstancia agravante de enseñamiento, pudiéndose citar como ejemplo real una serie de patadas que propinó el jugador del R. Madrid Pepe al jugador del Getafe Casquero al que una vez en el suelo asestó una vez que el jugador ya estaba en el suelo y que si se hubieran producidos los requisitos objetivos para el delito de lesiones se podría haber ubicado en este subtipo agravado del delito de lesiones.

Un tipo de agresión “deportiva” diferente es aquella de carácter verbal; no existe encuentro deportivo en el que se observe como los

jugadores se dicen entre ellos de todo menos “bonito”, así es un denominador común de los ilícitos en los deportes de confrontación. Se trata de una acción difícil de demostrar dentro del terreno de juego y que sólo se podrá probar a través de las pruebas testificales de los intervinientes en el encuentro, de los medios técnicos bien seas delitos propios de la integridad moral, de amenazas o de unas injurias y que darían lugar a la posible falta del art. 620 CP o si fueran de mayor gravedad a sus correspondientes delitos. Quizá el protagonista más claro de este tipo de acontecimientos es el juez de la contienda, el árbitro, que suele ser el objeto de todo tipo de tropelías a la hora de que las aficiones lo cataloguen como el culpable del resultado; es por ello que a la hora de aplicar en este tipo de actuaciones tales ilícitos es quien acapara más ejemplos.

Por tanto, los insultos proferidos entre los protagonistas del espectáculo deportivo, o hacia el propio árbitro podrían ser objeto de tipificación penal ya que en ningún caso puede aplicarse tesis alguna del riesgo permitido puesto que no son acciones derivadas del juego ni pretenden obtener ningún tipo de ventaja para obtener el resultado deseado. Quizá la imagen más famosa y que puede ejemplificar esta cuestión como ninguna fue la protagonizada por Zidane y Materazzi en la final del Campeonato del Mundo de Alemania en 2006, donde el francés propinó un cabezazo al italiano en respuesta a unos insultos que aquel le profirió. Sin duda, la conducta de Zidane podría catalogarse dentro del art. 612.2 CP en lo que se conoce como maltrato de obra sin lesión (cuya consecuencia jurídica es de dos a seis días de localización permanente o multa de 10 a 30 días), de otro lado, la conducta de Materazzi puede ubicarse como falta de vejaciones injustas del artículo 620 por los insultos, acordándose de su familia, pronunciados al astro galo y por la que se le podía imponer una pena de diez a veinte días de multa.

CONCLUSIONES

El problema de la aplicación del Derecho penal a las lesiones producidas en el ámbito deportivo tiene como denominador común la relación Derecho administrativo-Derecho penal, utilizando como vehículo conductor el principio *Non bis in idem*.

Este primer obstáculo, debe salvarse por la prioridad del Derecho penal en cuanto que afecta a los ataques más graves a los bienes

jurídicos. Si bien es cierto que la actividad deportiva va reglamentada a través de Federaciones y éstas, en principio, tienen un carácter semipúblico, podrán poner sanciones administrativas deportivas. No obstante, para aquellos ciudadanos, personas normales de la calle que, a su vez, sean deportistas, no deben tener ciertas prebendas por el hecho de serlo y aunque el ámbito deportivo tiene sus propios instrumentos jurídicos, no es menos cierto que debe citarse el art. 83 de la Ley del Deporte que apunta la posibilidad de que cualquier lesión que tenga tintes penales sea comunicada al Ministerio Fiscal con el ánimo de iniciar un procedimiento penal.

Por tanto, parece necesario aplicar el Derecho penal a situaciones que se producen en el ámbito deportivo, que fuera de éste, si cumplieran los requisitos objetivos de las lesiones, o sea primera asistencia facultativa y tratamiento médico o quirúrgico serían castigados a través de los artículos 147 y ss., del Código Penal. Así pues, el deportista consiente al entrar en el terreno de juego o en el ring o en otro espacio deportivo el riesgo a que se pueda producir una lesión pero en ningún caso la lesión en sí misma.

Efectivamente, superando las tesis impunistas (T^a consuetudinaria, t^a de la adecuación social, t^a del fin reconocido por el Estado y la tesis del ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo –art. 20. 7 CP– actualmente es necesario acudir a la frontera de las *lex artis*; de tal modo, que cuando un deportista posea *animus laedendi* deberá ser castigado por vía penal, por lo que debe castigarse la lesión dolosa o sea aquella cuyos parámetros sea una conducta ajena a las reglas del juego y que incluso, aludiendo a los deportes de pelota, la actuación ilícita se produzca donde no se realice el juego pero siempre entendiendo en el desarrollo del mismo, pues el hecho de que el acontecimiento deportivo se encuentre parado o suspendido no generaría ninguna diferencia entre la lesión deportiva y la que puede realizar el “hombre medio” fuera de los muros del estadio; resumidamente, donde no haya balón de por medio, ya que de lo contrario bastaría la aplicación del reglamento deportivo en cuestión y, por ende, nos encontraríamos en sede de Derecho administrativo.

De modo que cuando la conducta es dolosa y se cumplen los requisitos objetivos del delito de lesiones siempre que sea ajena a las circunstancias del juego, a éstas en el plano deportivo se le debe aplicar la legislación penal. Cuando el deportista lesione al contrario con ocasión de una carga legal, o sea por una acción permitida en el

reglamento y ejecutada conforme a la *lex artis* debe resolverse a favor de la impunidad penal y, en el caso de que infrinja dicha norma sancionarse simplemente a través del orden administrativo deportivo.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV. *Comentarios a la Parte especial del derecho penal*. 5ª ed., Pamplona, 2005.

ARROYO ZAPATERO, L. *Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal*, R.E.D.C, Nº 8 (1983).

CAMPS POVILL, A. *Las federaciones deportivas. Régimen jurídico*. Madrid, 1996.

CARRETERO LESTÓN, J.L. *La disciplina deportiva: concepto, contenido y límites*. Revista española de Derecho deportivo, Nº 3 (1994).

CAZORLA PRIETO, L.M. *Deporte y estado*. Barcelona, 1979.

CUCHI DENIA, J.M. *La incidencia del Derecho penal en la disciplina deportiva: la aplicación del principio non bis in idem*. Revista Española de Derecho Deportivo, Nº 8 (1997).

DE LEÓN VILLALBA, F.J. *Acumulación de sanciones penales y administrativas*. Barcelona, 1998.

DEL VECHIO, G. *Il delitto sportivo*. Il pensiero giuridico-penale, fasc. 3, julio-septiembre (1929).

DE VICENTE MARTÍNEZ, R. *Derecho Penal del Deporte*. Barcelona, 2010.
Vademecum de Derecho Penal. Valencia, 2011.

DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. *El delito de lesiones*. Valencia, 1997.

DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E.M. *El consentimiento y la relevancia penal de los resultados lesivos en los deportes de contacto eventualmente violentos: el caso del fútbol*, en MORILLAS CUEVA, L., y MANTOVANI, F., (dirs.), BENÍTEZ ORTÚZAR, I., (coord.), *Estudios sobre Derecho y deporte*, Madrid, 2008.

DONNA, E.A. *Derecho penal. Parte especial*. Tomo I, 3ª ed., Buenos Aires, 2008.

ESER, A. *Lesiones deportivas y Derecho penal*. En especial, la responsabilidad del futbolista desde una perspectiva alemana, La Ley, 1990, II.

- FONTÁN TIRADO, R. *Notas a la problemática sobre lesiones deportivas en el Derecho penal Inglés y español*. Revista de Derecho penal y Criminología, Nº 5 (1995).
- GARCÍA ALBERO, R. *Non bis in idem: material y concurso de leyes penales*. Barcelona, 1995.
- La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo: texto y contexto de las teorías sobre la distinción de ilícitos*, en QUINTERO OLIVARES, G., y MORALES PRATS, F., (COORDS.), *El nuevo Derecho penal español*. Estudios en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz, Pamplona, 2001.
- GARCÍA MACHO, R. *Sanciones administrativas y relaciones de sujeción especial*. REDA, Nº 72 (1991).
- GARCÍA VALDÉS, C. *El Derecho penal y disciplinario en la Ley del Deporte*. Cuadernos de política criminal, Nº 39 (1989).
- GARDINER, S. *Not playing the game: is a crime?* Solicitor journal, 2 de Julio de 1993.
- GEFTER-WONDRICH, R. *Imputabilità nelle lesioni cagionate in giuochi sportivi*. Revista penale, Vol. CVI (1927).
- GONZÁLEZ GRIMALDO, M.C. *El ordenamiento jurídico del deporte*. Madrid, 1974.
- GONZÁLEZ RUS, J.J. En COBO DEL ROSAL, M., (coord.), *Derecho penal español. Parte especial*, 2ª ed., Madrid, 2005.
- HERFENDEHL, R. *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, 2002.
- JESCHECK, H.H. *Tratado de Derecho penal*, vol. I, Barcelona, 1981.
- LOAYZA GAMBOA, R. *Justificación de las lesiones y violencias en los deportes violentos como el fútbol*, en Revista Digital efdportes, Año 11, Nº 95, Buenos Aires, 2006, págs. 2 a 21.
- MAGNANE, G. *Sociologie du sport*. Paris, 1966.
- MAJADA PLANELLES, A. *El problema penal de la muerte y de las lesiones deportivas*. Barcelona, 1946.
- MAYER, E. *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, 1933.
- MIR PUIG, S. *Lesiones deportiva y Derecho penal*. Revista del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya, Nº 36 (1987).

- MONROY ANTÓN, A. *Las lesiones deportivas desde una doble perspectiva jurídica-histórica, en La ley*, N° 1, 2006.
- MONTERO MARTÍNEZ, M. *El consentimiento en las lesiones deportivas. El consentimiento, el error*. Cuadernos de Derecho judicial, Madrid, 1993.
- MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L. *La justificación de las lesiones deportivas*, en MORILLAS CUEVA, L., y MANTOVANI, F., (dirs.), BENÍTEZ ORTÚZAR, I., (coord.), *Estudios sobre Derecho y deporte*, Madrid, 2008.
- MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal*. Parte Especial, 15ª ed., Valencia, 2004.
- MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M. *Derecho penal*. Parte General, 5ª ed., Valencia, 2002.
- NAVAS RENEDO, B., en MILLÁN GARRIDO, A., (coord.). *Régimen jurídico de la violencia en el deporte*. Barcelona, 2006.
- PARADA VÁZQUEZ, J.R., *Derecho administrativo*, tomo II (Organización y empleo público), Madrid, 1997.
- PAREDES CASTAÑÓN, J.M. *Consentimiento y riesgo en las actividades deportivas: algunas cuestiones jurídico-penales*. Anuario de Derecho penal y Ciencias penales, 1990.
- La responsabilidad penal del deportista: el ejemplo del boxeador*. Revista española de Derecho deportivo, N° 5 (1995).
- PORTILLA CONTRERAS, G. *Tratamiento dogmático-penal de los supuestos de puesta en peligro imprudente por un tercero con aceptación por la víctima de la situación de riesgo*. Cuadernos de política-criminal, N° 45 (1991).
- RODRÍGUEZ MOURULLO, A., y CLEMENTE, I. *Dos aspectos de Derecho penal en el deporte: el dopaje y las lesiones*. Actualidad jurídica Uría & Menéndez, N° 9 (2004).
- SEGURA GARCÍA, M.J. *El consentimiento del titular del bien jurídico*. Valencia, 2000.
- VALLS PRIETO, J. *La protección de bienes jurídicos en el deporte*, en MORILLAS CUEVA, L., y MANTOVANI, F., (dirs.), BENÍTEZ ORTÚZAR, I., (coord.), *Estudios sobre Derecho y deporte*, Madrid, 2008.
- VENTAS SASTRE, R. *Estudio Jurídico-penal de las lesiones deportivas en el Derecho español*. Letras Jurídicas, N° 3 (2006).
- ZIPF, H. *Einwilligung und Risikoübernahme im Strafrecht*, 1970.

**UN CONFLICTO JURÍDICO SINGULAR
LA DEFINICIÓN DE LOS LÍMITES ENTRE BELICE
CON GUATEMALA Y MÉXICO (S. XIX y XX)**

Lic. Carlos Humberto Cascante Segura^(*)
Abogado

(Recibido 07/04/11; aceptado 30/11/11)

(*) Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica. Magíster en Diplomacia por la Universidad de Costa Rica. Estudiante del Posgrado Centroamericano en Historia de la Universidad de Costa Rica. Profesor de Derecho Internacional de la Universidad Nacional de Costa Rica.

E-mail: chcsmrree@gmail.com

Teléfono 2230-1308.

RESUMEN

Desde una perspectiva historiográfica, el artículo analiza la aplicación de los principios de delimitación territorial, autodeterminación de los pueblos y resolución pacífica de controversias en el caso de delimitación territorial entre Belice, Guatemala y México durante los siglos XIX y XX. Este caso constituye un buen ejemplo de una de las controversias más interesantes en la región centroamericana: el establecimiento de sus límites territoriales con posterioridad a los procesos de independencia de las primeras dos décadas del siglo XIX.

Palabras clave: límites, solución pacífica de controversias, autodeterminación de los pueblos, reconocimiento, política exterior.

ABSTRACT

From a historiographical perspective, the paper discusses the application of the principles of territorial delimitation, self-determination and peaceful resolution of disputes in the case on territorial delimitation between Belize, Guatemala and Mexico during XIX and XX centuries. This case is a significant example of one of the most interesting issues in Central America: the establishment of its boundaries after the independence process of the first two decades of the nineteenth century.

Key words: boundaries, peaceful resolution of disputes, self-determination, recognition, foreign policy.

SUMARIO

1. Consideraciones iniciales
2. La conformación jurídica del territorio de Belice
3. México, Guatemala, el Imperio Británico y una fijación de límites
4. Siglo XX. Conflicto, autodeterminación y delimitación
5. Consideraciones finales. La solución pacífica de controversias en un conflicto inconcluso

Bibliografía

1. CONSIDERACIONES INICIALES

El territorio que ocupa el actual estado de Belice,⁽¹⁾ así como el establecimiento de sus límites con Guatemala y México constituye un buen ejemplo de los conflictos existentes entre las potencias europeas durante los siglos XVI, XVII y XVIII. Además, resulta una situación singular para comprender los alcances del imperialismo británico en el siglo XIX, el proceso de independencia (basado en el principio de autodeterminación de los pueblos, que se produce desde mediados del siglo XX), así como el principio de solución pacífica de controversias y reconocimiento de Estados propio del Derecho Internacional Público. Por consiguiente, el objetivo central de este artículo consiste en analizar en perspectiva historiográfica los alcances de dichos principios jurídicos y como han sido interpretados por las partes en razón de sus intereses de política exterior.

2. LA CONFORMACIÓN JURÍDICA DEL TERRITORIO DE BELICE

La conquista española se caracterizó por concentrarse en la dominación y fundación de ciudades en aquellos territorios que constituían centros significativos de población indígena. En el caso centroamericano este proceso se desarrolló a partir de fuertes avances desde la costa Pacífica al interior del territorio continental, que tuvieron como punto de partida México y Panamá. Dichas investidas fueron acompañadas por incursiones, con menor éxito, desde las Antillas hacia la costa atlántica del actual territorio de Honduras.⁽²⁾ Esta estrategia de control territorial provocó que extensas regiones de la vertiente caribeña centroamericana se mantuvieran con escasa, en el mejor de los casos, o nula presencia de las autoridades españolas, lo que facilitó la existencia de la resistencia indígena, la incursión de corsarios y el establecimiento de colonias formadas por súbditos de potencias enemigas a la Corona española.

(1) El territorio del actual estado de Belice ha sido denominado de diferentes formas a lo largo de la historia, en el texto se utiliza el actual nombre, sin perjuicio de emplear cuando sea conveniente el nombre de "Honduras Británica", que fue adquirido por el territorio en 1862.

(2) KRAMER, LOVELL y LUTZ. *La conquista española de Centroamérica*, en Historia General de Centroamérica, San José, Costa Rica, Editorial Educa, 1991, pp. 22-23.

Estas condiciones permitieron que durante el siglo XVI y XVII los británicos, quienes buscaban construir un imperio similar al español, iniciaran una férrea política de intervención en las posesiones caribeñas de España. La intervención inglesa fue en principio privada e ilegal, posteriormente, adquirió el patrocinio oficial de la Corona británica, por lo que pasó a ser una estrategia de guerra. No obstante, conforme se consolidaba el poderío naval británico, el simple saqueo dio paso a la usurpación de territorios y, finalmente, a la legalización de estas apropiaciones.⁽³⁾ Las aspiraciones británicas en el Caribe se concretaron con el tratado Bracamonte-Godolphin de 1670, en el cual la Corona española aceptaba la soberanía británica sobre aquellos territorios americanos que estos poseían hasta ese momento, con la condición de no pretender otros dominios.⁽⁴⁾

La posesión de Belice no se encontraba regulada por el mencionado tratado,⁽⁵⁾ no obstante, la conquista de este territorio refleja la estrategia británica y la debilidad española. En efecto, la colonización de Belice había iniciado durante la década de 1630, cuando fue ocupado ocasionalmente por algunos bucaneros. Posteriormente, en la década de 1660, se consolidó un establecimiento permanente, el cual se encontraba dedicado a la corta de madera de cedro y la extracción del palo de tinte, así como del palo campeche.⁽⁶⁾ Para consolidar y defender

-
- (3) FERGUSON, Neil. *El imperio británico. Cómo Gran Bretaña forjó el orden mundial*. Madrid, España, Editorial Debate, 2005, pp. 38-48.
- (4) El artículo 7º de dicho tratado indicaba que “[...] el serenísimo rey de la Gran Bretaña y sus herederos y sucesores gozarán, tendrán y poseerán perpetuamente en pleno derecho de soberanía, propiedad y posesión todas las tierras, provincias, islas, colonias y dominios situados en la India Occidental ó en cualquier parte de la América, que el dicho rey de la Gran Bretaña y sus subditos tienen y poseen al presente: de suerte, que ni por razón de esto ni con cualquier otro pretexto se pueda ni deba pretender jamás alguna otra cosa [...]” Este fue firmado entre la Gran Bretaña y España el 18 de julio de 1670, citado por COMPAÑY, Sylvia, “Conflicto Guatemala-Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (Belice)”, en **Revista de Política Internacional**, N° 166, Madrid, España, 1978, p. 82.
- (5) El territorio en cuestión no fue incluido dentro de los listados británicos o españoles empleados para la ejecución del citado convenio. Compañy, p. 82. Esta versión no resulta unánimemente aceptada, ver por ejemplo a Ireland, p. 120.
- (6) IRELAND, Gordon. *Boundaries, Possessions and Conflicts in Central and North America and the Caribbean*. Massachusetts, Estados Unidos, Harvard University Press, 194, p. 120.

esta colonia se construyeron una serie de fortificaciones, por lo que se produjeron una serie de enfrentamientos entre las autoridades españolas y los detentadores británicos.

La posesión británica ilegal del denominado “territorio de la Bahía de Honduras” trajo consigo que este se tornase en un territorio en disputa dentro de las guerras europeas. Dentro de la política europea de los siglos XVII y XVIII, uno de los objetivos centrales consistía en obtener mediante el triunfo militar aquellos territorios que implicaban ventajas geopolíticas. De tal forma, la consolidación de los derechos de posesión sobre el territorio bajo análisis se tornaron en uno de los tantos componentes de los tratados de paz europeos durante esos años. Es así como mediante el artículo 17 de la “Paz de París” de 1763, con la que concluyó la Guerra de los Siete Años (1756-1763), España y la Gran Bretaña acordaron que:

“Su Majestad Británica hará demoler todas las fortificaciones que sus vasallos puedan haber construido en la bahía de Honduras y en otros lugares del territorio de España en esa parte del Mundo, cuatro meses después de la ratificación del presente tratado, y su Majestad Católica no permitirá que los vasallos de su Majestad Británica o sus trabajadores sean inquietados o molestados con cualquier pretexto que sea en dichos parajes, en su ocupación de cortar o transportar el palo de tinte o de campeche, y para este efecto poder fabricar sin impedimento y ocupar sin interrupciones las casas y almacenes que necesitasen para sí y sus familias y efectos, y su Majestad Católica le asegura por este artículo el entero goce de estas condiciones y facultades en las costas y territorios españoles, como queda arriba estipulado, inmediatamente después de la ratificación del presente tratado”.⁽⁷⁾

El contenido de este artículo demuestra que las autoridades españolas no habían aceptado que el territorio de Belice fuese regulado por el tratado Bracamonte-Godolphin o que los británicos hubiesen

(7) Citado por Compañy, *Conflicto Guatemala-Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (Belice)*, pp. 85-86.

pretendido incluirlo dentro este. No obstante, la Corona española aceptaba el derecho de los súbditos británicos de usufructuar únicamente de los recursos para la producción de tinte; sin embargo, no brindaba ningún derecho de posesión territorial, pues incluso no establecía la más mínima indicación de algún límite.

A pesar de ello, los pobladores británicos intentaron ampliar sus dominios, para lo cual construyeron una serie de fortificaciones. Además, en 1765, el rey Jorge III otorgó una constitución y régimen jurídico de colonia a Belice. Ambas acciones provocaron una arremetida de las autoridades españolas de Yucatán, las que –como parte de las acciones militares emprendidos por España en contra de la Gran Bretaña dentro de la guerra de independencia de los Estados Unidos– destruyeron los asentamientos británicos en 1779. El nuevo asentamiento solicitó a la Corona su protección y se comprometió a pagar los gastos que con ese fin se produjeran.⁽⁸⁾ Al finalizar la guerra, estos poblamientos fueron reconstruidos y jurídicamente aceptados por España mediante los acuerdos preliminares al tratado de Versalles de 1783, este instrumento venía a ratificar los acuerdos de 1763, además, establecía la obligación de las partes de fijar los límites territoriales dentro de los cuales los súbditos británicos podrían usufructuar el palo de tinte.⁽⁹⁾ Estos se fijaron dentro del tratado definitivo de Versalles, en cuyo artículo 6º se acordó:

“Siendo la intención de las dos Altas Partes contratantes preaver, en cuanto es posible, todos los motivos de queja y discordia a que anteriormente ha dado ocasión la corta de palo de tinte o de campeche, habiéndose formado y esparcido con este pretexto muchos establecimientos ingleses en el continente español, se ha convenido expresamente que los súbditos de Su Majestad Británica tendrán facultad de cortar, cargar y transportar el palo de tinte en el distrito que se comprende entre los ríos Valiz o Bellese y río Hondo, quedando el curso de los

(8) Ireland, Boundaries. *Possessions and Conflicts in Central and North America and the Caribbean*, p. 122, y Compañy, *Conflicto Guatemala-Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (Belice)*, pp. 84-85.

(9) Compañy. *Conflicto Guatemala-Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (Belice)*”, p. 85.

dos ríos por límites indelebles de manera que su navegación sea común a las dos naciones, a saber: el río Valiz o Bellese desde el mar, subiendo hasta frente de un lago o brazo muerto que se introduce en el país en forma de istmo o garganta con otro brazo semejante que viene de hacia río Nuevo o New River; de manera que la línea divisoria atravesará en derechura el citado istmo y llegará a otro lago que forman las aguas de río Nuevo o New River hasta su corriente; y continuará después la línea por el curso del río Nuevo, descendiendo hasta frente de un riachuelo cuyo origen señala el mapa en río Nuevo y río Hondo y va a descargar en río Hondo; el cual riachuelo servirá también de límite común hasta su unión con el río Hondo; y desde allí lo será río Hondo descendiendo hasta el mar, en la forma que todo se ha demarcado en el mapa que los plenipotenciarios de las dos Coronas han tenido por conveniente hacer uso para fijar los dos puntos concentrados a fin de que reine buena correspondencia entre las dos Naciones, y los obreros, cortadores y trabajadores ingleses no puedan propiarse por la incertidumbre de límites”.⁽¹⁰⁾

Estos límites fueron ampliados mediante el tratado de Londres de 1786, el cual establecía como nueva delimitación:

“La línea inglesa, empezando desde el mar, tomará el centro del río Sibun o Javon, y por él continuará hasta el origen del mismo río; de allí atravesará esta línea recta la tierra intermedia hasta cortar el río Wallis; y por el centro de éste bajará a buscar el medio de la corriente hasta el punto donde debe tocar la línea establecida ya, y marcada por los comisarios de las dos Coronas en 1783: cuyos límites, según la continuación de dicha línea, se observarán conforme a lo estipulado anteriormente en el tratado definitivo”.⁽¹¹⁾

(10) *Idem.*

(11) *Idem.*

Además, España cedía una serie adicional de derechos para los súbditos británicos, dentro de los cuales se encontraban el derecho de cortar cualquier tipo de madera y el derecho de explotar comercialmente todos los productos de la región, no obstante, no podría establecerse en esta demarcación ninguna plantación o manufactura. Asimismo, se otorgaba a los ingleses la posesión de la isla de Cayo Casina (St. George Key), con la condición de no establecer en ésta fortificaciones o cuerpos militares y se permitió el derecho de pesca y navegación en las aguas circundantes. A cambio, las autoridades británicas se comprometieron a desalojar a sus súbditos de otras zonas de la región y trasladarlos al territorio demarcado⁽¹²⁾.

Pese que los británicos reconocieron la soberanía española sobre el territorio en cuestión, los alcances de este acuerdo no fueron respetados por los colonos británicos quienes pretendían ampliar los límites de corta y sembrar otros cultivos hacia el norte y el sur del límite, motivo por el cual se produjeron antes y después de la independencia enfrentamientos entre los pobladores de Belice y las autoridades españoles de Yucatán y Guatemala. No obstante, con la independencia de las colonias españolas de América, se abrirá una serie de disputas para definir el dominio de este territorio. Tras la rápida caída del Imperio Mexicano, dos nuevos estados podían ejercer los derechos de soberanía sobre el territorio de Belice, por un lado México y por otro lado la República Federal de Centroamérica.

3. MÉXICO, GUATEMALA, EL IMPERIO BRITÁNICO Y UNA FIJACIÓN DE LÍMITES

La Gran Bretaña reconoció rápidamente a México mediante un tratado de paz y amistad firmado en 1825, en el cual México reafirmaba las obligaciones adquiridas por España respecto al territorio de Belice en el tratado de 1876. Este instrumento no fue ratificado por la Gran Bretaña, por lo que en 1826 se firmó un nuevo tratado que nuevamente establecía los derechos de posesión sobre el territorio mexicano de que gozaban los súbditos británicos.⁽¹³⁾ Empero, ambos tratados no reconocían ninguna cesión del derecho de soberanía sobre el territorio a los británicos.

(12) Compañy. *Conflicto Guatemala-Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (Belice)*, p. 87.

(13) Ireland. *Possessions and Conflicts in Central and North America and the Caribbean*, pp. 159-160.

Por otro lado, dada la debilidad institucional y financiera de la Federación Centroamericana, los pobladores de Belice expandieron sus actividades hacia el sur de la línea establecida por el tratado de 1876.⁽¹⁴⁾ Este avance provocó que en 1832 las autoridades de Federación efectuasen una fuerte protesta contra la Gran Bretaña. Esta se había negado a reconocer la existencia jurídica de la Federación, aunque sí había acreditado funcionarios consulares.⁽¹⁵⁾ Esta situación provocó una serie de negociaciones, en las cuales la Federación pretendía obtener el reconocimiento y negociar los límites territoriales, sin embargo, sistemáticamente, los funcionarios británicos se negaron a negociar este asunto o celebrar un tratado que reconociese la existencia de la República Federal.⁽¹⁶⁾ La postura de Gran Bretaña cambió con la disolución de la Federación y la necesidad de consolidar sus posiciones en el Caribe, ante el crecimiento de influencia de los Estados Unidos en la región, mediante sus aventureros, empresarios y comerciantes.⁽¹⁷⁾

En 1856, mediante el tratado Dallas-Clarendon de 1856, el cual adicionaba al Clayton-Bulwer de 1850, las autoridades británicas se establecieron con los Estados Unidos que Belice constituía una posesión británica, cuyos límites debían fijarse con Guatemala. En tal sentido se comprometían a:

“Que el establecimiento de Su Majestad llamado Belice u Honduras Británica, en las costas de la bahía de Honduras, limitado al Norte por la provincia mexicana de Yucatán y al Sur por el río Sarstún, no estuvo ni está comprendido en el tratado

-
- (14) TOWSEND EZCURRA, Andrés. *Las provincias unidades de Centroamérica. Fundación de la República*. San José, Costa Rica, Editorial Costa Rica, 1973, pp. 352-355.
- (15) Sobre la política exterior británica en Centroamérica durante ese periodo ver QUESADA MONGE, Rodrigo, *Recuerdos del Imperio: los ingleses en América Central (1821-1915)*, Heredia, Costa Rica, Editorial de la Universidad Nacional, 1998.
- (16) SÁENZ CARBONELL, Jorge Francisco, *Historia Diplomática de Costa Rica (1821-1910)*, San José, Costa Rica, Editorial Juricentro, 1995p. 49-50.
- (17) AZNAR SÁNCHEZ, Juan. *La situación internacional de Belice*, en **Revista de Política Internacional**, N° 133. Madrid, España, 1973, pp. 78-79.

celebrado entre ambas partes contratantes el 19 de abril de 1850 y que los límites del mencionado Belice al Occidente como existían en el mencionado 19 de abril de 1850, deberán, si fuese posible, ser establecidos y fijados por un tratado entre Su Majestad británica y la República de Guatemala, dentro de dos años a contar del cambio, de ratificaciones de este instrumento; y cuyas fronteras y límites no deberán en ningún tiempo ser ensanchados en lo futuro.”⁽¹⁸⁾

Así las cosas, Guatemala y la Gran Bretaña entablaron a una negociación en la cual la primera tenía la presión de evitar los avances de los súbditos británicos en los territorios adyacentes a Belice (el Petén y Verapaz). Las negociaciones concluyeron con el tratado del 30 de abril de 1859 (Aycicena-Wike), el cual más que de límites se trató de una sesión de territorios a favor de la Gran Bretaña, que fue complementado con una serie de concesiones por parte de esta a Guatemala.⁽¹⁹⁾ De tal forma el artículo 1º de este instrumento estableció como límites los siguientes:

“Comenzando en la “boca” del río Sarstún en la bahía de Honduras y remontando la madre del río hasta los Raudales de Gracias a Dios; volviendo después a la derecha y continuando por una línea recta tirada desde los raudales de Gracias a Dios hasta los de Garbutt en el río Belice; y desde los Raudales de Garbutt Norte derecho, hasta donde toca con la frontera mexicana. Queda convenido y declarado entre las altas partes contratantes que todo el territorio al Norte y Este de la línea de límites arriba señalados, pertenece a Su Majestad británica; y que todo el territorio al Sur y Oeste de la misma pertenece a la República de Guatemala”.⁽²⁰⁾

(18) Tratado entre la Gran Bretaña y Guatemala relativo al límite con Honduras Británica. Publicado en: www.belize-guatemala.gov.bz/library/anglo_guatemala.html. Recuperado el 5 de marzo de 2010.

(19) Aznar, p. 80.

(20) Tratado entre la Gran Bretaña y Guatemala relativo a la frontera de Honduras Británicas. Publicado en: www.belize-guatemala.gov.bz/library/anglo_guatemala.html.

Como una especie de compensación a esta cesión territorial, el artículo 7° del tratado establecía la obligación de la Gran Bretaña y Guatemala de trabajar conjuntamente y poner:

“[...] todo su empeño tomando medidas adecuadas para establecer la comunicación más fácil (sea por medio de una carretera o empleando los ríos, o ambas cosas a la vez, según la opinión de los ingenieros que deben examinar el terreno) entre el lugar más conveniente, de la costa del Atlántico cerca del establecimiento de Belice y la capital de Guatemala [...]”⁽²¹⁾

Entre 1860 y 1861, comisionados de ambos países marcaron los puntos establecidos por el tratado. No obstante, existieron una gran cantidad de dificultades para ejecutar las obligaciones adquiridas en artículo 7°, el conflicto se configuró en torno al monto que debía pagarse para construir la vía de comunicación establecida por este, las autoridades británicas habían calculado el monto para cumplir con ese acuerdo en la suma de £145 465,00. En 1862, Guatemala propuso que la Gran Bretaña pagase £50 000.00 e, incluso, llegaron a firmar un tratado sobre esta suma pero no fue ratificado por ninguno de las partes.⁽²²⁾ Por el contrario, el Foreign Office notificó a la Cancillería guatemalteca que, debido a que los costos de la construcción de la vía de comunicación resultaban más altos de los que se esperaban, dejaban sin efecto las obligaciones del citado artículo pero conservando las estipulaciones concernientes a la división territorial. Esta afirmación provocó la airada respuesta del gobierno de Guatemala, a pesar de la cual se mantuvo el *statu quo* de la frontera hasta 1928, cuando nuevamente se volvieron a marcar los puntos limítrofes, este proceso concluyó en 1935 con la aceptación de ambas partes.⁽²³⁾

Durante este mismo periodo se habían producido una serie de incidentes en la frontera entre Belice y México, pues tanto las autoridades británicas como mexicanas se acusaban mutuamente de patrocinar los

(21) *Idem.*

(22) Ireland, p. 126 y RAMÍREZ RAMÍREZ, Víctor Hugo. *La política internacional de Costa Rica ante el conflicto de Belice*. Heredia, Costa Rica. Tesis de grado para optar por el título de licenciado en Relaciones Internacionales, Universidad Nacional, 1985, p. 26.

(23) Ireland, p. 126.

ataques de los rebeldes indígenas que se producían en la región en contra de las autoridades mexicanas y las autoridades beliceñas, lo que provocó la ruptura de las relaciones diplomáticas entre ambos países en 1867. Las relaciones se mantuvieron rotas hasta 1884, pocos años después, en 1888, debido a la continuidad de los problemas en la frontera con Belice, ambos países deciden negociar un acuerdo para solventar esta cuestión, por lo concluyen un tratado en 1893 (tratado Mariscal-John), el cual respetaba los alcances del convenio firmado con Guatemala tres décadas atrás. De acuerdo con este:

“Queda convenido, entre la República Mexicana y Su Majestad Británica que el límite entre dicha República y la Colonia de Honduras Británica era y es como sigue:

Comenzando en Boca de Bacalar Chica, estrecho que separa el Estado de Yucatán del Cayo Ambergris y sus islas anexas, la línea divisoria corre en el centro del canal entre el referido Cayo y el Continente con dirección al Sudoeste hasta el paralelo de 18° 9' Norte, y luego al Noroeste a igual distancia de dos cayos, como está marcado en el mapa anexo, hasta el paralelo 18° 10' Norte; torciendo entonces hacia el Poniente, continúa por la bahía vecina, primero en la misma dirección hasta el Meridiano de 88° 2' Oeste; entonces sube al Norte hasta el paralelo 18° 25' Norte; de nuevo corre hacia el Poniente hasta el Meridiano 88° 18' Oeste, siguiendo el mismo Meridiano hasta la latitud de 18° 28½' Norte, a la que se encuentra la embocadura del Río Hondo, al cual sigue por su canal más profundo, pasando al Poniente de la Isla Albión y remontando el Arroyo Azul hasta donde éste cruce el Meridiano del Salto de Garbutt en un punto al Norte de la intersección de las líneas divisorias de México, Guatemala y Honduras Británica, y desde ese punto corre hacia el Sur hasta la latitud 17° 49' Norte, línea divisoria entre la República Mexicana y Guatemala; dejando al Norte en territorio mexicano el llamado Río Snosba o Xnobha.”⁽²⁴⁾

(24) Artículo 1º, Tratado sobre los límites de México y Honduras Británica, celebrado el 8 de julio de 1893, publicado en la dirección electrónica: www.sre.gob.mx/cilasur/Assets/Images/ActasBelice/tratadomexbel1893.pdf.

El tratado no fue aceptado en su totalidad por las autoridades regionales de Yucatán, quienes señalaban que con el tratado se otorgaba soberanía territorial a Gran Bretaña sobre Belice, se cedía un territorio mayor del que había ocupado dicha colonia y se cerraba a México la posibilidad de acceder a la Bahía de Bacalar. Para solventar esta situación, ambas partes firmaron un acuerdo adicional en 1897, mediante la cual los británicos garantizaban la libre navegación de los barcos mercantes mexicanos a través de las aguas territoriales de Belice.⁽²⁵⁾ Por medio de estos instrumentos México aceptaba la existencia jurídica de una colonia británica y, por consiguiente, la soberanía de la Gran Bretaña sobre el territorio que esta ocupaba.

4. SIGLO XX. CONFLICTO, INDEPENDENCIA Y DELIMITACIÓN

Como se señaló anteriormente, el conflicto sobre la validez del tratado del tratado de 1859 entre Guatemala y la Gran Bretaña seguía sin ser resuelto. Con tal fin, en setiembre de 1936, la Cancillería guatemalteca propuso al Ministro británico dos mecanismos para solucionar el conflicto. La primera opción consistía en que la Gran Bretaña devolvería la totalidad del territorio de Belice, a cambio de lo cual Guatemala pagaría la suma de £400 000.00, o bien, Gran Bretaña debería pagar a Guatemala dicha suma y ceder una franja de territorio, a cambio de lo cual esta última aceptaría el resto de la delimitación territorial fijada en 1859. La segunda opción consistía en que Guatemala aceptaría la delimitación de 1859, pero la Gran Bretaña debía pagar los £50 000,00, más un interés de un 4% anual, acumulado desde 1859, además, debía entregar una franja adicional de territorio a Guatemala. Obviamente, las autoridades británicas se negaron a aceptar cualquiera de las propuestas y continuaron sosteniendo la validez del tratado de 1859.⁽²⁶⁾

En 1937, Guatemala propuso un arbitraje del presidente de los Estados Unidos, opción que la Gran Bretaña aceptó con la condición de que el asunto se resolviese ante la Corte Permanente de Justicia de la Haya, condición que la Cancillería guatemalteca rechazó. Esta decisión provocó un cambio en el contenido y propósito de la tesis guatemalteca, la que –influida por el peso de los inmigrantes alemanes fuertemente establecidos en ese país– a partir de 1939 dio por terminado el tratado 1859. La nueva postura se fundamentó en que este

(25) Ireland, 163.

(26) Ireland, p. 127.

se trataba de un tratado de cesión territorios, en que la Gran Bretaña nunca había cumplido con las obligaciones fundamentales del tratado contenidas en el artículo 7º, por ende, la violación del tratado permitía a la contraparte retirarse de este. Por el contrario, la Gran Bretaña argumentó que se trataba de un tratado de delimitación, por lo cual no podía darse por terminado unilateralmente, además, alegaba que el citado artículo 7º no constituía un elemento fundamental del tratado y que Guatemala había realizado una serie de actos que demostraban la voluntad a obligarse por este.⁽²⁷⁾

Guatemala pretendió conseguir el apoyo de los países centroamericanos,⁽²⁸⁾ que consiguió en determinado momento, y, posteriormente, de los latinoamericanos con un discurso de tintes antiimperialistas. No obstante, nunca consiguió el apoyo pleno del restos de países latinoamericanos, incluso México inició una nueva serie de reclamos sobre sus derechos al territorio de Belice. La tesis mexicana se basó en apuntar que el territorio de Belice, delimitado por los tratados de 1873 y 1876, formaba parte de la Capitanía General de Yucatán y, posteriormente, de la Intendencia de Yucatán. Asimismo, alegó que las autoridades británicas habían reconocido la soberanía mexicana sobre ese territorio hasta 1849, como lo comprueban los tratados firmados al efecto en 1823, 1826 y 1893. No obstante, en 1949, México renunció a una posible reclamación sobre el territorio bajo análisis, defendió el principio de autodeterminación de los pueblos y respaldó el proceso de independencia de Belice.⁽²⁹⁾

(27) Ramírez. *La política internacional de Costa Rica...*, pp. 28-30.

(28) La postura de los gobiernos costarricenses de turno con respecto a la cuestión beliceña no fue unívoca. En este sentido, hasta 1963 hubo un fuerte apoyo a los reclamos guatemaltecos, a partir de ese año Costa Rica dejó de pronunciarse a favor de Guatemala, pues se fijó como principio fundamental de la política exterior el de *libre determinación de los pueblos*. En 1975, el gobierno cambió nuevamente su posicionamiento para brindar su apoyo a la causa guatemalteca, la decisión oficialmente se basó en intereses de mantener la estabilidad política y económica del país con el resto de los estados de la región. Con el cambio de gobierno en mayo de 1978, cuando la tesis guatemalteca había perdido el apoyo de la comunidad internacional, nuestro país volvió a respaldar la tesis de independencia de Belice, de acuerdo con Ramírez esto tenía por objeto asegurar el apoyo internacional en contra de las agresiones proferidas por Nicaragua. Un amplio análisis de estos discursos en Ramírez, pp. 141-188.

(29) Ramírez. *La política internacional de Costa Rica...*, pp. 54-62.

Como en la mayoría de los territorios coloniales del Imperio Británico, dentro la sociedad beliceña se iniciaron movimientos que procuraban la independencia de la Gran Bretaña, los que culminaron con una concesión de autonomía gubernamental en 1964, con la promesa de alcanzar la independencia total en 1974. Esta situación provocó el rechazo absoluto de Guatemala, lo que llevó a una nueva ronda de discusiones, que condujeron a la Gran Bretaña a presentar el asunto con mucho éxito ante la Organización de las Naciones Unidas en 1966. De tal forma, el manejo del problema en el seno de las Naciones Unidas e intentos infructuosos de negociación bilateral marcaron el devenir del conflicto.⁽³⁰⁾ Así mediante las resoluciones 3150 de 1976, 3232 de 1977, 3336 de 1978 y 3438 de 1979, que se aprobaron con abrumadora mayoría, la Asamblea General de las Naciones Unidas reafirmó el derecho inalienable de Belice a la libre determinación, la independencia y a su inviolabilidad e integridad territorial. Finalmente, en el resolución 3520 de 1980, la Asamblea General ordenó que Belice debería transformarse en estado independiente antes de concluir el año 1981. El 21 de setiembre de 1981 la Gran Bretaña concedió la independencia a Belice, no obstante, Guatemala se negó a reconocer al nuevo estado.

Esta situación dio paso a un nuevo proceso de negociación entre Guatemala y Belice, dirigido a que el primero efectuase un reconocimiento del segundo, para posteriormente, dedicarse a definir la demarcación del territorio. En tal sentido, para 1983 Guatemala había decidido cambiar su posición, aceptar la independencia de Belice pero con una demarcación territorial que reducía el territorio de este a los tratados de 1873 y 1876. Es así como durante todo la década de los ochenta se celebraron conversaciones tripartitas entre Guatemala, Belice y la Gran Bretaña, durante las cuales las autoridades guatemaltecas reiteraron su propuesta de reconocimiento a cambio de la cesión de territorios, propuestas que fueron rechazadas por las autoridades beliceñas. Luego de una década de reuniones, el 5 de setiembre de 1991, Guatemala reconoció la independencia de Belice.⁽³¹⁾ No obstante Guatemala ha sostenido que:

(30) Un amplio recuento del proceso y las discusiones en las Naciones Unidas en Ramírez, pp. 65-135.

(31) Una amplia descripción de estas reuniones en SILVESTRE, Janine, *The Cost of Conflict. The Anglo Belice/Guatemala Territorial Issue*. 1995. Publicada en la dirección electrónica:
www.belizenet.com/bzeguat.html.
Revisado 10 de marzo de 2010.

“La situación creada por la Asamblea General de Naciones Unidas, con la contraposición de dos principios opuestos: por un lado, la reclamación guatemalteca que sostenía que todo el territorio ocupado por Belice le pertenecía, y por otro, la independencia de Belice aunque dejando a salvo la reclamación guatemalteca, obliga a Guatemala a un nuevo planteamiento en la forma siguiente:

1. *Que el área comprendida por la ocupación de Belice del río Hondo al río Sibún, que se halla dentro del usufructo concedido por España, obedece a razones jurídicas distintas del área del río Sibún al río Sarstún. Sobre dicha área Guatemala tiene derechos que hacer valer, pero, por haberse constituido en la misma con otro fundamento jurídico la población de Belice, le ha sido reconocido por Guatemala el derecho a la libre determinación, sin perjuicio de que en su oportunidad mi Gobierno pueda plantear la acción que corresponda.*
2. *Que sobre el área comprendida del río Sibún al río Sarstún, Guatemala reclama derechos de soberanía, por haber sido parte integrante de la Provincia de la Verapaz.*
3. *Que, asimismo, Guatemala reclama las islas adyacentes, que salvo el Cayo de San Jorge, no formaron parte de los tratados de usufructo de 1783 y 1786 y más bien fueron excluidas expresamente.”*⁽³²⁾

(32) Nota remitida por el ministro de Relaciones Exteriores de Guatemala al primer ministro de Belice, fechada el 18 de octubre de 1999. Publicada en la página electrónica del Ministerio de Relaciones Exteriores de Guatemala, en dirección electrónica:

www.minex.gob.gt/index.php?option=com_content&task=view&id=1886&Itemid=49. Revisado 3 de marzo de 2010.

Por su parte, Belice fundamenta su posición en dos componentes elementales. El primero, consiste en el derecho a la libre autodeterminación de los pueblos, argumento empleado dentro del seno de las Naciones Unidas en todo el proceso de independencia de Belice. Respecto a la diferencia limítrofe, Belice sostiene que los tratados de 1873 y 1876, en los que Guatemala basa su alegato, no son aplicables pues quedaron superados por el tratado de 1859, el cual se encuentra resulta aplicable al caso, dado que Guatemala realizó una serie de actos que demuestran que el tratado estuvo en vigencia desde su firma.⁽³³⁾

5. CONSIDERACIONES FINALES. LA SOLUCIÓN PACÍFICA DE CONTROVERSIAS EN UN CONFLICTO INCONCLUSO

Con el propósito de solucionar este conflicto se han propuesto una cantidad considerable de soluciones jurídicas, no obstante, estas han sido rechazadas por Belice o Guatemala. Por lo que se han dado preferencia a las soluciones políticas, dentro del sistema interamericano, mediante la participación de la Secretaría de Organización de Estados Americanos. Bajo los auspicios de esta se conformó en agosto del 2000 una Comisión Mixta para la Construcción de Medidas de Fomento a la Confianza en el Diferendo Territorial Guatemala-Belice, integrada por 10 comisionados, cinco por cada país, producto de la cual, el 8 de noviembre de 2000, se firmó un *Acuerdo para adoptar un marco de negociación y medidas de fomento de la confianza*. Al amparo de este acuerdo se han establecido una serie de convenios de cooperación en diversas áreas, no obstante, aún no se ha resuelto el conflicto territorial, pese a que el tratado en mención establecía un tiempo límite para este fin.

Para 2002, el grupo de conciliadores realizó una propuesta de solución del diferendo. En términos generales, esta reconocía el status quo territorial que Belice conservaba desde su etapa como colonia británica, por lo que el gobierno de Guatemala, en agosto de 2003, presentó al Secretario General de la OEA su rechazo a las propuestas y recomendaciones emitidas. En el 2004 y 2005, se llevaron a cabo reuniones en las que tampoco se llegó a ningún acuerdo entre las partes. En marzo del 2005, la Cancillería guatemalteca dirigió una nota

(33) La posición oficial de Belice puede encontrarse en Gobierno de Belice, Posición oficial sobre el diferendo limítrofe con Guatemala. En: www.belize-guatemala.gov.bz/belize_position.html#3. Revisado el 3 de marzo de 2010.

al Secretario Adjunto de la OEA, en la que reitera la posición guatemalteca de someter la controversia, ante la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia o algún otro tribunal internacional.⁽³⁴⁾

Para ese mismo año se logró un nuevo acuerdo sobre medidas de fomento de la confianza entre las partes, denominado *Acuerdo sobre un marco de negociación y medidas de fomento de la confianza entre Belice y Guatemala*. Tras el rechazo de las propuestas del panel de conciliación, este acuerdo significó el avance más importante que han dado ambos países. Este tratado implicó la posibilidad de iniciar una nueva ronda de negociaciones bajo los auspicios del Secretario General de la OEA para alcanzar una solución a la controversia. En dicha ronda se procedería a identificar los temas que son objeto de la negociación para resolver el conflicto, así como las respectivas posturas de las partes, con el fin de resolver las diferencias en los temas en los que discrepen.⁽³⁵⁾

La nueva ronda de negociaciones comenzó en noviembre del 2005, en la modalidad de reunión bilateral entre los dos implicados. Para la segunda reunión bilateral, efectuada en Washington, en el 2006, se generó un acta que asigna al Secretario General de la OEA a proponer una de las tres áreas de negociación (terrestre, marítima o insular) para continuar la ronda de negociaciones. Las propuestas no tuvieron mayor éxito. Tal situación provocó que en noviembre del 2007, el Secretario General de la Organización de Estados Americanos, el señor José Miguel Insulza, aceptó que los esfuerzos de negociación de ambos países, bajo el auspicio de la Organización, no brindaron los frutos que representen una solución al conflicto, por lo que recomendó someter el diferendo a la Corte Internacional de Justicia. A la fecha, el caso no ha sido elevado al conocimiento de dicho tribunal.

(34) MORENO GÓMEZ, Giovani. *Guatemala y Belice, propuesta de solución al diferendo territorial por los conciliadores, 2002*, Tesis de grado para optar por el título de licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de San Carlos, Guatemala, 2008, pp. 28-29.

(35) ORTEGA LEMUS, Lester. *Elementos para la delimitación marítima de Guatemala en el Mar Caribe*. Tesis de grado para optar por el título de licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de San Carlos, Guatemala, 2007, p. 539.

BIBLIOGRAFÍA

- AZNAR SÁNCHEZ, Juan. *La situación internacional de Belice*, en Revista de Política Internacional, Nº 133. Madrid, España, 1973.
- CARRILLO SALCEDO, José Antonio. *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Madrid, Tecnos, 2007.
- COMPañY, Sylvia. Conflicto Guatemala-Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (Belice), en *Revista de Política Internacional*, Nº 166, Madrid, España, 1978.
- DÍEZ DE VELAZCO, Manuel. *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Editorial Tecnos. Madrid, España, 1996.
- FERGUSON, Neil. *El imperio británico. Cómo Gran Bretaña forjó el orden mundial*. Madrid, España, Editorial Debate, 2005, pp. 38-48.
- GAMBO SERAZZI, Fernando. *Manual de Derecho Internacional Público*, Santiago, Chile, Universidad de Chile, 1995.
- HARRIS, D.J. *Cases and material on International Law*, Cuarta Edición Londres, Sweet and Maxell, 1991.
- HENKIN, Louis. *International Law, Cases and materials*, Nueva York, American Casebook Series, 1993
- HERDEGEN, Matthias. *Derecho Internacional Público*, México, Fundación Konrad Adenauer, 2005.
- IRELAND, Gordon. *Boundaries, Possessions and Conflicts in Central and North America and the Caribbean*. Massachusetts, Estados Unidos, Harvard University Press, 1941.
- KRAMER, LOVELL y LUTZ. *La conquista española de Centroamérica*, en Historia General de Centroamérica, San José, Costa Rica, Editorial Educa, 1991, Pp. 22-23.
- MORENO GÓMEZ, Giovanni. *Guatemala y Belice, propuesta de solución al diferendo territorial por los conciliadores, 2002*. Tesis de grado para optar por el título de licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de San Carlos, Guatemala, 2008.
- ORTEGA LEMUS, Lester. *Elementos para la delimitación marítima de Guatemala en el Mar Caribe*. Tesis de grado para optar por el título de licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de San Carlos, Guatemala, 2007.

CASCANTE SEGURA: Un conflicto jurídico singular. La definición de los límites...

QUESADA MONGE, Rodrigo. *Recuerdos del Imperio: los ingleses en América Central (1821-1915)*, Heredia, Costa Rica, Editorial de la Universidad Nacional, 1998.

RAMÍREZ RAMÍREZ, Víctor Hugo. *La política internacional de Costa Rica ante el conflicto de Belice*. Heredia, Costa Rica, Tesis de grado para optar por el título de licenciado en Relaciones Internacionales, Universidad Nacional, 1985.

SÁENZ CARBONELL, Jorge Francisco. *Historia Diplomática de Costa Rica (1821-1910)*, San José, Costa Rica, Editorial Juricentro, 1995.

SILVESTRE, Janine. *The Cost of Conflict. The Anglo Belice/Guatemala Territorial Issue. 1995*. Publicado en la dirección electrónica:
www.belizenet.com/bzeguat.html. Revisado 10 de marzo de 2010.

TOWSEND EZCURRA, Andrés. *Las provincias unidas de Centroamérica. Fundación de la República*. San José, Costa Rica, Editorial Costa Rica, 1973.

Documentos y recursos de internet

Tratado entre la Gran Bretaña y Guatemala relativo al límite con Honduras Británica. Publicado en:
www.belize-guatemala.gov.bz/library/anglo_guatemala.html.
Recuperado el 5 de marzo de 2010.

Tratado sobre los límites de México y Honduras Británica, celebrado el 8 de julio de 1893, publicado en la dirección electrónica:
www.sre.gob.mx/cilasur/Assets/Images/ActasBelice/tratadomexbel1893.pdf.
Recuperado el 6 de marzo de 2010.

Nota remitida por el ministro de Relaciones Exteriores de Guatemala al primer ministro de Belice, fechada el 18 de octubre de 1999. Publicada en la página electrónica del Ministerio de Relaciones Exteriores de Guatemala, en dirección electrónica:
www.minex.gob.gt/index.php?option=com_content&task=view&id=1886&Itemid=49.
Revisado 3 de marzo de 2010.

Página oficial del Gobierno de Belice, en la siguiente dirección electrónica:
www.belize-guatemala.gov.bz/belize_position.html#3.
Revisado el 3 de marzo de 2010.

PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN DE LAS OBLIGACIONES PATRIMONIALES SURGIDAS DEL DAÑO AMBIENTAL

Daniel Montero Bustabad (*)

Abogado

“...los jueces todos tienen el deber y la misión de aplastar la cabeza de la venenosa serpiente de la arbitrariedad, donde quiera que se atreva a sacarla fuera...”

RUDOLF VON JHERING

*A la Licenciada Palacios,
como testimonio de respeto profesional.*

(Recibido 21/04/11; aceptado 30/11/11)

(*) E-mail:
seriouslegaladvice@yahoo.com
bustabad@businesslaw.eu.com
www.businesslaw.eu.com

Teléfono: 88-48-2988.

RESUMEN

El siguiente artículo se ocupa de un tema importante en la práctica diaria de quienes litigan ante el Tribunal Ambiental Administrativo, los plazos de prescripción referidos a: 1. Medidas protectoras del ambiente. 2. Los componentes indemnizatorios que conforman la responsabilidad de indemnizar daños y perjuicios derivada de los daños ambientales. Al contrario de lo que creen muchos juristas, la regla general consiste en que la prescripción no opera en materia de daño ambiental. Los pocos casos en los que cabe la prescripción se refieren a daños “privados” (no puros) cometidos a través del ambiente o, tratándose de daño ecológico puro, para aquellos componentes indemnizatorios referidos exclusivamente a daños marginales a la sociedad en su conjunto, no a elementos del ambiente como tales.

Palabras clave: daño ambiental, responsabilidad extracontractual, indemnización de daños y perjuicios, prescripción.

ABSTRACT

The following article deals with an important issue for the legal practice before the Environmental Administrative Court's (Tribunal Ambiental Administrativo): prescription terms concerning: 1. Protective environmental injunctions. 2. Several elements that conform damages' responsibility issuing from environmental torts. Unlike what many Attorneys assume, as a general rule, there are no prescription terms issuing from pure ecological torts... until they are restored in their fullest extent. The few causes of prescription are limited to “private” (non-pure) torts or, concerning pure ecological torts, for those elements in damages' responsibility that are limited to torts against the society as a whole, not against natural elements as such.

Key words: ecological damage, responsibility, damages, prescription.

SUMARIO

1. Planteamiento
2. Daño ambiental. Diversos tipos
 - 2.1. Daño ambiental puro
 - 2.2. Daño ambiental no-puro
3. Responsabilidad por daño ambiental no-puro: prescripción
4. Medidas cautelares respecto al daño ambiental puro: no aplica la prescripción
 - 4.1. Tipos de medidas cautelares
 - 4.2. Objetivos de las medidas cautelares
 - 4.3. No aplica la prescripción respecto a medidas cautelares
5. Responsabilidades (“medidas ambientales”) derivadas del daño ambiental puro: plazos de prescripción
 - 5.1. Cese de obras o actividades, o bien modificación de éstas
 - 5.2. Estabilización del ambiente
 - 5.3. Proporcionar servicios de ambiente equivalentes a los servicios perdidos por el daño ambiental
 - 5.4. Indemnización de daños y perjuicios en sentido estricto

Conclusiones

Bibliografía

1. PLANTEAMIENTO

El propósito del presente artículo consiste en indicar cuáles son los plazos de prescripción de las diversas obligaciones que surjan con motivo del daño ambiental, en lo que respecta a la materia objeto de la competencia del Tribunal Ambiental Administrativo (TAA).

2. DAÑO AMBIENTAL: DIVERSOS TIPOS

Tal como ha explicado la sentencia número 675-F-2007 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, de las diez horas del veintiuno de setiembre de dos mil siete, expediente número 02-000682-0163-CA, existen dos tipos de daño ambiental:

2.1. Daño ambiental puro

Es el típico daño ambiental, en el cual todos pensamos cuando utilizamos la expresión “daño ambiental”. Se trata del daño generado en uno o varios de los elementos de la naturaleza conformadores del patrimonio común de los habitantes: el agua, el aire, el suelo, la biodiversidad, etc.

En este sentido, la sentencia de cita manifiesta lo siguiente (VIII Considerando):

“El daño ambiental afecta a la sociedad en general y no solo a las personas individualmente consideradas. Vinculado a ello, surge la noción de daño sufrido colectivamente, entendido como aquel que nace cuando se lesiona un interés de esa índole, que tiene autonomía, y puede o no concurrir con los individuales, lo que revela una realidad grupal... Se trata de un daño supraindividual que no consiste en la suma de daños especiales. Ni en un perjuicio de bienes propios y particulares de los individuos, sino en una lesión actual y concreta, sólo desde el punto de vista de la sociedad entera que los sufre. El daño al colectivo afecta simultánea y coincidentemente al grupo. Se trata de un mismo y único daño, que hoy en día se acepta sin dificultad, como una noción

con entidad propia, que atañe por igual a todos los miembros de la comunidad, o a determinados grupos de manera indistinta y no exclusiva. Los destinatarios no son ya las personas, en forma aislada, sino categorías o clases de sujetos, vinculados por alguna calidad o característica que da conexión al conjunto. Dentro de esta temática, de surgir la obligación de resarcir este tipo de menoscabo, no se configura una suma de porciones identificables; por el contrario, es una lesión general, que resulta aprehensible y experimentable, en donde el elemento afectado es comunitario o grupal, que llega a los sujetos individuales indivisiblemente, por la inserción en el conjunto... El [daño] ecológico o ambiental propiamente dicho. Afecta la flora y fauna, el paisaje, el aire, el agua, el suelo, es decir, el ambiente. Es el que sufre el ecosistema, inhibiéndolo en sus funciones naturales. No se ubica sobre ningún bien de pertenencia individual. Es el perjuicio o detrimento soportado por los elementos de la naturaleza o el ambiente, sin recaer en una persona o cosas jurídicamente tuteladas. Se trata de un daño al ambiente, ya sea mediante su alteración o destrucción parcial o total, afectando en forma mediata la calidad de vida de los diversos seres vivientes del planeta”.

2.2. Daño ambiental no-puro

Se trata de un daño en el cual, aunque intervienen elementos de la naturaleza, el daño no afecta a un bien natural (de dominio público), sino únicamente a cosas o derechos privados.

Se ha de prestar particular atención a la afectación al recurso suelo, porque si bien, desde una perspectiva de aprovechamiento, el mismo corresponde a una propiedad privada, sin embargo, en lo que respecta a la restauración del suelo –medidas ambientales de recuperación de los efectos de los daños que haya sufrido– el mismo es un bien de interés público, y nos encontraríamos ante un daño ambiental puro a tenor de lo razonado en el X Considerando de la sentencia.

Explica el voto referido (también en el VIII Considerando):

*“No obstante, en ocasiones es posible que una conducta produzca... **detrimento de forma directa a particulares**. En estos casos, de cara a la reparación, es necesario distinguir los elementos ambientales que benefician a toda la sociedad, de las lesiones a individuales. En este último, podrá darse a través de una indemnización, tomando en cuenta **tanto el daño como el perjuicio personal**... En estos casos, se trata de un daño a las personas o a las cosas por una alteración del medio a causa del obrar humano. No es un daño directo al ambiente, sino a las personas o a las cosas, por una alteración del primero”* (los énfasis son añadidos).

3. **RESPONSABILIDAD POR DAÑO AMBIENTAL NO-PURO: PRESCRIPCIÓN**

En virtud de su naturaleza de daño particular, le son aplicables las normas de Derecho privado reguladoras de la responsabilidad extracontractual. La prescripción respecto a esta clase de daños se rige por el Derecho privado. El afectado ante la vía ordinaria deberá sujetarse a los plazos de prescripción correspondientes.

En esta línea afirma el voto aducido (Considerandos VIII y X):

*“Esta categoría resulta asimilable a las tradicionales hipótesis de daño, ya reconocidas por el Ordenamiento Jurídico. Si bien recibe la atención judicial como si se tratara de un daño ambiental, **las reglas para atribuir responsabilidades y establecer su resarcimiento, no difieren sustancialmente de las clásicas del derecho**... El error reside, se repite, en el hecho de considerar daño ambiental puro las consecuencias que sufren bienes ambientales apropiables por los particulares, siendo que, en estricto sentido, no puede tener tal particularidad, porque es precisamente sobre un bien colectivo”* (los énfasis son añadidos).

Dicha sentencia afirma asimismo que la existencia de un daño ambiental no-puro no implica que se haya violado el derecho a un ambiente sano (también X Considerando).⁽¹⁾

4. MEDIDAS CAUTELARES RESPECTO AL DAÑO AMBIENTAL PURO: NO APLICA LA PRESCRIPCIÓN

4.1. Tipos de medidas cautelares

El artículo 99 de la Ley Orgánica del Ambiente (LOA) establece no sólo sanciones, sino también “medidas protectoras” para adoptar en defensa del ambiente, incluyéndose lógicamente las medidas cautelares como un subtipo específico de la categoría genérica de medidas protectoras.

Por otra parte, las clases de medidas cautelares no se limitan a las indicadas en el precepto 99 LOA, sino que puede incluir cualquier otra acción u omisión que requiera la protección del ambiente, y que no pueda esperar a que se dicte el acto final. A tal efecto, dispone el precepto 61 LOA:

-
- (1) Señala dicho X Considerando: “...*De acuerdo con el parámetro constitucional, producido un daño ambiental, en cualquiera de sus dos vertientes, se concede acción para obtener la reparación del ambiente, lo que no obsta al ejercicio de la acción indemnizatoria. Para lo primero debe deducirse la “acción ambiental” –recurso de amparo o vía ordinaria–; para lo segundo, la “acción indemnizatoria” –ejecución de sentencia o vía ordinaria–. En este sentido, se define un nuevo y particular modo de daño, el cual goza de algunas especificaciones, y conforme a ello, las reglas para su reparación no podrán equipararse a las que otorgan protección a los derechos subjetivos, simplemente porque este tipo de daño puede conculcar además otro tipo de prerrogativas, como los derechos de incidencia colectiva o general. Es por ello que la legitimación para actuar, que se tiene en uno u otro caso, solo variará en el petitum del proceso: si el daño es personal, en el sentido de que aminora el patrimonio individual, se estará en presencia de una petición para sí. Por el contrario, si el patrimonio apropiable individualmente no se reduce, sino aquel que tiene por el hecho de vivir en sociedad, se estará ante una petición para la colectividad, es decir, a favor de los bienes ambientales, que de paso, benefician al individuo en su concepción socializada. En este último supuesto, habría un derecho constitucional lesionado, que debe ser procesalmente protegido*” (los énfasis son añadidos).

“ARTICULO 61.- Contingencias ambientales.

*La autoridad competente dictará las medidas preventivas y correctivas necesarias cuando sucedan contingencias por contaminación ambiental y **otras que no estén contempladas en esta ley**”* (los énfasis son añadidos).

En sintonía con lo anterior, establece el precepto 19 del Decreto Ejecutivo número 34136-MINAE:

*“Artículo 19.–**Medidas cautelares.** Cuando la gravedad de los hechos denunciados implique la eventualidad de que se comentan daños ambientales de difícil o imposible reparación, el Tribunal Ambiental Administrativo de conformidad con lo establecido en el artículo 99 de la Ley Orgánica del Ambiente y los artículos 11, 45 y 54 de la Ley de Biodiversidad, podrá dictar medidas cautelares, para impedir la eventual comisión del daño o que las acciones dañinas continúen. **Las medidas precautorias** son:*

- a) Restricciones, parciales o totales, u orden de paralización inmediata de los actos que originan la denuncia.*
- b) Suspender temporalmente, en forma total o parcial, el o los actos administrativos que provocan la denuncia.*
- c) Clausurar temporalmente, en forma total o parcial, las actividades que provocan la denuncia.*
- d) Así como **cualquier otras medidas que a criterio de este Tribunal estime pertinente a fin de evitar un daño de difícil o imposible reparación**”* (los énfasis son añadidos).

4.2. Objetivos de las medidas cautelares

De lo anteriormente referido en unión de lo dispuesto en el artículo 111 LOA, se desprende que las medidas cautelares deben tener alguna de las siguientes finalidades:

- a) Evitar que se cometa un daño ambiental puro.
- b) Impedir que se cometa un daño ambiental puro mayor al ya acaecido o durante más tiempo.
- c) Ordenar a quien corresponda la implementación de las medidas ambientales necesarias para evitar lo anteriormente referido (medidas de prevención, mitigación o restauración).

El aserto de que la medida cautelar no constituye ningún género de sanción es reconocido por la Sala Constitucional (voto número 2009-000819).

4.3. No aplica la prescripción respecto a medidas cautelares

Dado que las medidas cautelares tienen por objeto dar una respuesta adecuada al daño ambiental puro (ya cometido o potencial), y teniendo en cuenta que este tipo de daño afecta elementos del ambiente que constituyen dominio público, entonces se sigue que ninguna alegación de prescripción puede impedir que se ordenen las medidas cautelares necesarias.

Lo anterior se fundamenta en que los bienes del dominio público son inalienables, inembargables e **imprescriptibles**, por lo cual resulta imposible que el Estado pierda el dominio sobre los mismos, o que prescriban las acciones necesarias para protegerlos.

La tutela jurídica del dominio público ambiental se fundamenta, en primer lugar, **en el derecho a un ambiente sano** consagrado en el artículo 50 de la Constitución Política. (En segundo término, en la declaratoria de demanialidad explícita o implícita en algunos preceptos de la Ley Fundamental: 6, 50, 89 –bellezas naturales y patrimonio histórico y artístico– y 121).

Por su parte, el Código Civil dispone, entre otros aspectos:

“ARTÍCULO 261.- Son cosas públicas las que, por ley, están destinadas de un modo permanente a cualquier servicio de utilidad general, y aquellas de que todos pueden aprovecharse por estar entregadas al uso público.

Todas las demás cosas son privadas y objeto de propiedad particular; aunque pertenezcan al Estado o a los Municipios, quienes para el caso, como personas civiles, no se diferencian de cualquier otra persona.

ARTÍCULO 262.- Las cosas públicas están fuera del comercio; y no podrán entrar en él, mientras legalmente no se disponga así, separándolas del uso público a que estaban destinadas” (los énfasis no son del original).

Respecto a la LOA, son especialmente relevantes en este sentido los preceptos 2, inciso a (ambiente como patrimonio común de los habitantes), 32 y siguientes (áreas silvestres protegidas), 41 (los humedales son declarados “de interés público”), 46 (“Soberanía del Estado” sobre la diversidad biológica; “soberanía completa y exclusiva”: art. 2 Ley Biodiversidad; 6 “dominio público” respecto a las “propiedades bioquímicas y genéticas”), 49 (el aire como “patrimonio común” de los habitantes), 50 (el agua como “dominio público”). La Ley Forestal declara en su artículo 14 los bosques y terrenos forestales como inembargables, inalienables e imprescriptibles, especificando asimismo que *“la acción reivindicatoria del Estado por estos terrenos es imprescriptible”*. La Ley de Uso, Manejo y Conservación de Suelos declara de *“interés público la acción estatal y privada para el manejo, la conservación y **recuperación** de suelos”* (el énfasis no es del original); ver también el precepto 8 de la Ley de Biodiversidad. La Ley de Conservación de la Vida Silvestre declara de dominio público la fauna silvestre y de “interés público” la flora silvestre. La Ley de Pesca y Acuicultura en su precepto 6 dispone que al Estado corresponde el “dominio y jurisdicción exclusivos sobre los recursos marinos y las riquezas naturales existentes en las aguas...” Por su parte, la Ley de la Zona Marítimo Terrestre declara dicha zona como inalienable e imprescriptible.

Téngase en cuenta asimismo que el artículo 4 de la Ley Forestal declara que: *“En materia de recursos naturales no operará el silencio positivo, contemplado en los artículos 330 y 331 de la Ley General de la Administración Pública”*. Lo anterior se refiere a todo tipo de trámites por los que se solicite autorización para utilizar recursos naturales. Ello refuerza la naturaleza jurídica de dominio público respecto a los recursos naturales.

La sentencia referida en sus Considerandos VIII y X, deja claro que existe una relación directa entre el derecho del artículo 50 de la Constitución Política y el derecho de la sociedad en su conjunto a que el daño ambiental puro sea reparado (en el sentido de que cese la agresión sobre el ambiente y éste sea restaurado en la medida de lo posible). De ello seguimos nosotros que, dado que dicho derecho constitucional es por disposición constitucional inextinguible, del mismo modo lo será el deber del Estado de proteger el medio, incluyendo el evitar el daño ambiental puro, o bien, ante éste, dictar las medidas correspondientes, incluyendo dentro de tal obligación, el emitir las medidas cautelares que correspondan.

Además, los artículos 63.2 y 66 de la Ley General de la Administración Pública (LGAP), 111 LOA, así como 11, 45, 54 y concordantes de la Ley de la Biodiversidad (LB), al consagrar los deberes de protección ambiental, no establecen limitación alguna que contradiga el carácter permanente y constante del deber de tutelar los bienes públicos del ambiente.

Por otra parte, recuérdese que incluso un órgano público que no sea el competente para conocer de un determinado asunto, puede y debe dictar las medidas urgentes de protección, a tenor del artículo 50 de la Constitución Política y 69 LGAP: *“El órgano que declina su competencia podrá adoptar las medidas de urgencia necesarias para evitar daños graves o irreparables a la Administración o a los particulares, comunicándolo al órgano competente”*.

En resumen, mientras no se ponga fin a la agresión a los elementos del ambiente de dominio público y se restauren éstos lo más posible, no cesa la obligación de los poderes públicos de ordenar las medidas cautelares.

5. RESPONSABILIDADES (“MEDIDAS AMBIENTALES”) DERIVADAS DEL DAÑO AMBIENTAL PURO: PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN

Cuando en una sentencia la Jueza y los Jueces del TAA declaran como hecho probado la existencia de un daño ambiental puro, se ha de tener presente que del mismo se generan distintas responsabilidades. En tal sentido, el artículo 99 LOA distingue los diversos tipos de medidas ambientales que corresponden ante un daño ambiental (“conductas

dañinas al ambiente”, de conformidad con los diversos aspectos del daño ambiental, precepto 2, inciso e, del mismo Cuerpo Legal). Las mismas son:

5.1. Cese de obras o actividades, o bien modificación de éstas

- d) *Restricciones, parciales o totales, u orden de paralización inmediata de los actos que originan la denuncia.*
- e) *Clausura total o parcial, temporal o definitiva, de los actos o hechos que provocan la denuncia.*
- b) *Modificación o demolición de construcciones u obras que dañen el ambiente”.*

Lo anterior se motiva en la necesidad de poner fin a la obra o actividad generadora de perjuicios para el ambiente, de modo que éstas, o bien se eliminen, o bien se varíen de forma tal que el ambiente no continúe siendo agredido.

En virtud de los mismos fundamentos expuestos en el Apartado IV, anterior, se determina que **la potestad del Tribunal para ordenar dichas medidas ambientales es imprescriptible**. Mientras exista una agresión a los elementos del ambiente propios del dominio público, no prescribe el deber de poner fin a la transgresión.

5.2. Estabilización del Ambiente

En términos del artículo señalado:

- g) *Imposición de obligaciones... estabilizadoras del ambiente o la diversidad biológica”.*

Se trata de que el medio afectado llegue a situarse lo más semejante posible a la línea base (equilibrio ambiental que existiría de no haberse generado el daño ambiental). Con **carácter excepcional**, el voto número 675-F-2007 señala que existen supuestos en los cuales no resulta posible volver el elemento del ambiente afectado a su estado previo; sin embargo, ello no significa que se extinga la acción de reparación ambiental, sino que ésta automáticamente se redirige a establecer el deber del responsable de aportar beneficios al ambiente sustitutivos de alguna manera a lo dañado.

En lo posible, conviene evitar que este deber de mitigar y restaurar sea pagado en dinero, por cuanto el proceso de transformar el dinero recibido en la caja única del Estado, en acciones concretas en beneficio del ambiente, puede ser largo, con lo cual el ambiente sale perjudicado. Lo deseable consiste en que el responsable del daño asuma la obligación de mitigar y reparar en especie, bien sea por sí mismo o sufragando los costos para que otro lo realice a su nombre. De ello se desprenden las ventajas de los acuerdos conciliatorios homologados que garantizan precisamente esto.

Los razonamientos reiteradamente aludidos fundamentan asimismo el hecho de que *el deber de restaurar hacia la línea base no se extingue hasta tanto no se produzca la restauración del medio, ya sea por regeneración natural, o ya sea porque se ejecuten las acciones necesarias para responder adecuadamente al daño en dirección hacia la línea base, pues mientras no se haya situado hacia la línea base no cesa la violación al derecho a un ambiente sano (art. 50 CP), sin que quepa prescripción alguna ante violaciones de derechos fundamentales.*

Se puede plantear al problema complejo de lo que sucedería ante un daño ambiental irreversible, respecto a si puede prescribir el deber del responsable de compensar por dicho daño irreversible. Al respecto consideramos que dicho daño no prescribe nunca, en virtud de que *el daño irreversible supone una eterna violación del derecho a un ambiente sano consagrado en el artículo 50 de la Constitución Política.* Como derecho fundamental que es, protegido por la Carta Magna, no cabe legitimar ninguna limitante del deber de responder frente a la violación al derecho fundamental. Es decir, nunca prescribe la acción de reparar la violación a un derecho fundamental. Por ello, en cualquier momento, el órgano competente se encuentra facultado a ordenar al responsable llevar a cabo las acciones ambientales positivas que correspondan en sustitución de la pérdida ambiental que supone el daño irreversible. Se insiste en que, en la medida de lo posible, dichas acciones ambientales beneficiosas al ambiente deberán realizarse en especie.

Se considera que la tesis sostenida en el párrafo anterior es la única que concuerda con el voto número 675-F-2007 de la Sala Primera, el cual no ofrece ningún resquicio que pudiera hacer pensar en la aplicabilidad de la prescripción.

5.3. Proporcionar servicios de ambiente equivalentes a los servicios perdidos por el daño ambiental

Dicha responsabilidad se fundamenta en el mismo inciso anterior:

“g) *Imposición de obligaciones... estabilizadoras del ambiente o la diversidad biológica*”.

Ello se debe a que la estabilización del ambiente no implica únicamente el tornar el lugar o recurso afectado a un estado lo más similar posible a la situación previa al daño, sino que, por su naturaleza, implica también el proporcionar servicios de ambiente equivalentes a los servicios que no se generaron debido al daño ambiental.

Esta necesidad es explicada así por Castellano:⁽²⁾

*“Existe una recuperación natural y que en muchas ocasiones el proyecto de recuperación requiere un tiempo para poder alcanzar el estado que tenía cuando fue dañado: e. g., si un incendio destruye dos hectáreas de un bosque en estado de fustal, se podría considerar no hacer nada, por lo que este espacio volvería a ser colonizado y al cabo de algunas etapas con diferentes especies podría llegar a tener el mismo bosque en el mismo estado; otra alternativa sería ayudar a la Naturaleza repoblando la especie perdida directamente, pero incluso de esta manera el bosque no se recuperaría en el estado de fustal en el que estaba. Los elementos que permiten tratar la situación descrita son tres: 1) el coste de la restauración primaria –acciones que tratan de acercar el recurso a su estado base, al que tenía antes del daño–, 2) **el coste de la compensación por el tiempo en que el recurso natural no produce el mismo nivel de servicios** y 3) los costes de evaluación del daño y del proyecto, que deben ser razonables. Los elementos 1 y 2 se identifican con las medidas primarias y compensatorias*

(2) Castellano Jiménez, Esteban. “Valoración de los Daños a los Recursos Naturales”. En: Lozano Cutanda, Blanca (Coord.) *Comentarios a la Ley de Responsabilidad Medioambiental*. España, Civitas, 2008, págs. 374 y 380.

*de la LRM, las complementarias **tendrían la misma naturaleza que las primarias, pero referidas a la recuperación ex-situ o a medidas adicionales** cuando con las primarias no se alcanza el estado básico... se basa en que la compensación al público afectado por los daños ocasionados sobre el hábitat que éste disfruta se realiza mediante dos vías; en primer lugar, una restauración primaria, dirigida a corregir el impacto generado sobre la estructura y función del ecosistema que permita volver a la situación de partida línea base, antes de haberse generado el impacto; y, en segundo lugar, una restauración secundaria –también llamada restauración compensatoria– dirigida a **indemnizar por la pérdida**, tanto reversible como irreversible, **de los servicios que el ecosistema proporciona**, a través de acciones de restauración directas sobre el medio, la rehabilitación, el reemplazo o la adquisición de recursos naturales que proporcionen los mismos servicios ambientales que aquellos que se han perdido –recursos naturales equivalentes–” (los énfasis son añadidos).*

Consideramos que este deber de reponer o compensar por los servicios de ambiente perdidos **NO constituye una sanción, ni propiamente una indemnización de daños y perjuicios, sino una medida protectora**. Ello se debe a que el ambiente constituye un ciclo (como tal) continuo, de modo que toda alteración del mismo hace nacer la obligación de reponerlo lo más semejante posible al estado que hubiera sido de no generarse el daño, incluyendo dentro de tal ciclo a reponer, todos los servicios que los elementos de la naturaleza hubieran proporcionado de no haberse interrumpido el ciclo. Se trata de devolver al ciclo todo lo que no “existió” o “entró” dentro de éste debido al daño ambiental, es decir, restaurar y aportar los servicios no recibidos en virtud del daño ambiental. (Se incluyen dentro de estos servicios aquellos propios de la quietud, paz y disfrute, internos y externos, que proporcionan los elementos de la naturaleza).

Este carácter de medida protectora que atribuimos al aporte de los servicios ambientales perdidos, podría apoyarse en la necesidad de concebir el ambiente impactado, no como una línea base estática (de modo que toda reparación que vaya más allá de la línea base se

considere una medida indemnizatoria y no una medida protectora), sino como una línea base dinámica, dado que el ambiente por definición “no cuenta” con que se produzca el daño ambiental, que modo que el punto de partida de la restauración no puede llevar a la situación previa estática, sino al estado al que lo hubiera llevado su natural dinámica, incluyendo por tanto, los servicios perdidos como parte de esa restauración (medida protectora). Escuchemos a Castellano:⁽³⁾

*“**Definición del estado básico.** Se requerirá disponer de una metodología para establecer el estado básico y un número suficiente de indicadores ecológicos que permita caracterizarlo y sirva de nivel de referencia para anticipar las futuras condiciones que deberá alcanzar el medio dañado para considerarlo reparado. La primera decisión a tomar es si se va a adoptar una visión estática del estado básico adoptando una fotografía fija del momento en que se produjo el daño, lo que conduce a una línea de estado básico que permanece constante a lo largo del tiempo... o si por el contrario se va a tener en cuenta **la evolución previsible del recurso natural en el momento de sufrir el daño –estado básico dinámico–**, lo que obliga a establecer el tipo de proceso en el que se encontraba inmerso el recurso –progresivo o regresivo–. La aplicación sistemática del REA podría llevar a recuperar un ecosistema que de por sí no puede mantenerse en esa situación en las condiciones actuales, **por lo que sería de interés adoptar la visión dinámica...**”* (los énfasis son añadidos).

Dado que se concibe este deber como una medida protectora, se sigue de ello su carácter de imprescriptible pues, como se explicó en el apartado de medidas cautelares (éstas son un subtipo de medidas protectoras), nunca cesa el deber de los órganos públicos de proteger el ambiente en su conjunto.

(3) Castellano. *Op. cit.*, pág. 389.

5.4. Indemnización de daños y perjuicios en sentido estricto

La competencia del Tribunal al respecto se basa en el precepto 111 LOA y su procedencia se fundamenta en el artículo 101, párrafo primero, LOA:

“ARTICULO 101.- Responsabilidad de los infractores

Sin perjuicio de las responsabilidades de otra naturaleza que les puedan resultar como partícipes en cualquiera de sus formas, los causantes de las infracciones a la presente ley o a las que regulan la protección del ambiente y la diversidad biológica, sean personas físicas o jurídicas, serán civil y solidariamente responsables por los daños y perjuicios causados. Solidariamente, también responderán los titulares de las empresas o las actividades donde se causen los daños, ya sea por acción o por omisión”.

Una vez más se insiste en que lo deseable es que dicha indemnización sea recibida, no tanto en dinero, sino lo más posible, mediante acciones beneficiosas al ambiente, tal como contempla el precepto 99 LOA:

“i) Alternativas de compensación de la sanción, como recibir cursos educativos oficiales en materia ambiental; además, trabajar en obras comunales en el área del ambiente”.

El artículo 101 referido faculta al cobro de **todos los daños y perjuicios** relacionados con el daño ambiental, de acuerdo con el grado de imputación y (en ciertos aspectos) el elemento subjetivo que pudiera haber estado presente en la conducta generadora del daño.

Es cierto que, por el momento, resulta técnicamente complicado poder valorar muchos de estos daños. Sin embargo, hemos de tener presente lo expuesto por González (2008, p. 222):

*“Son difíciles de valorar económicamente y cualquier cuantificación parece arbitraria, pero es claro que **un daño no deja de ser indemnizable simplemente porque sea difícil de valorar.***

*También existe cierto riesgo de reclamaciones frías, pero, en realidad, quien las plantee se expone a consecuencias perjudiciales –como la condena en costas–. En cuanto a la inseguridad que envuelve a estas reclamaciones, puede paliarse **si se comienzan a resolver y los órganos judiciales van fijando criterios que sirvan como guía u orientación –como la gravedad, duración y consecuencias del daño** (art. 10:301.2 PETL)–” (las negrillas son añadidas).*

Se pueden incluir dentro de la indemnización aspectos tales como:

i. Gastos en los que tuvieron que incurrir los poderes públicos para paliar los efectos del daño ambiental

Ello corresponde tanto a los gastos para paliar los efectos del daño ambiental sobre la naturaleza en sentido estricto, como también los gastos sufragados con el fin de solventar necesidades humanas que antes eran provistas por la naturaleza.

En términos de Castellano Jiménez:⁽⁴⁾

“–Costes evitados/inducidos. En ocasiones, es posible conseguir cierto nivel de calidad ambiental mediante medios técnicos; e. g., agua limpia mediante depuración en una Estación Depuradora de Aguas Residuales. Sin embargo, la Naturaleza proporciona también este servicio ambiental –agua limpia– sin ningún coste para la sociedad, mediante el filtrado a través del suelo, la biodegradación de la contaminación o la simple dilución, entre otros... valoraría el servicio de provisión de agua limpia aplicando el coste de depuración mediante medios técnicos”.

En cuanto al plazo de prescripción, consideramos que no resulta aplicable lo dispuesto en la normativa penal y procesal penal, pues los mismos tienen como presupuesto un régimen de responsabilidad subjetivo, cuando en realidad esta exigencia de responsabilidad resulta

(4) Castellano. *Op. cit.*, pág. 376.

tendencialmente objetiva.⁽⁵⁾ En otras palabras: Esta indemnización no se basa en dolo o culpa del denunciado, por lo que no constituye sanción alguna (delito o cuasidelito), sino una simple recuperación de gastos realizados por los poderes públicos, por disposición del artículo 101 LOA. Ello con la finalidad de evitar el enriquecimiento injustificado (en terminología civilista) que se produciría si el responsable del daño ambiental no asumiese los costos de su actividad (por daño ambiental), sino que se los trasladase a otros entes ajenos a él (poderes públicos).

En virtud de lo anterior, se determina que, al no encontrarnos en un supuesto al que una ley específica haya dotado de un plazo de prescripción propio, se debe aplicar el **plazo general de prescripción de todas las acciones y derechos, que es de diez años**, a tenor del artículo 868 del Código Civil.

La referencia al principio de interdicción del enriquecimiento injustificado posee una importancia radical ya que, si no hubiese otra alternativa, en último término, todos los motivos de este apartado que llevan a indemnizar, podrían reconducirse a una pretensión por la cual se le niegue al denunciado cualquier género de ventaja o beneficio (beneficio económico directo, o bien indirecto por no haber tenido que hacer frente a gastos de naturaleza ambiental que le correspondería asumir y no, como hizo, trasladarlos al colectivo social) que pudiera obtener del daño, con lo cual el plazo decenal de prescripción se aplicaría a todo motivo de indemnización por daño ambiental.

(5) En palabras de Lasagabaster et al. (Lasagabaster Herrarte, Iñaki, García Ureta, Agustín y Lazcano Brotóns, Íñigo. *Derecho Ambiental. Parte General*. España, Lete-IVAP, 2007, págs. 447 y 448): “La obligación de restauración derivada del ilícito penal ha de ser determinada en vía judicial... tiene exclusivamente un carácter reparador o restaurador (esto es, opera frente a daños ya consumados) y, además, exige la concurrencia de dolo o, al menos, culpa o negligencia, en los términos en los que esta conducta esté tipificada en el CP. En el sistema general de responsabilidad por daños, por el contrario, ésta se determina y concreta por la Administración, puede implicar la imposición de medidas preventivas y no solo reparadoras a posteriori, y recae sobre un sujeto (un particular o una empresa) que ha causado daños al medio ambiente, sin necesidad, en principio, de que concurren dolo, culpa o negligencia por su parte (o, al menos, no en todos los casos)”.

- ii. Devolución del equivalente a lo que el responsable ahorró** (o ganó) por no haber cumplido con su deber de aplicar las medidas técnicas y de todo tipo a las que estuviera obligado, con el fin de evitar que se produjera el daño ambiental acaecido.

El fundamento de lo anterior se encuentra en el principio de que nadie debe beneficiarse de su actuación ilegítima (“nadie puede enriquecerse torticeramente a costa de otro” consagrado en Las Partidas y atribuible al artículo 1.4 del Código Civil español –STS del 3 de febrero del 2009 en España) y, si lo hace, debe restituir todos los beneficios generados por dicha conducta.

En este caso, nos encontramos ante un deber de indemnización de tipo eminentemente subjetivo, pues aplica únicamente en los casos en los cuales el responsable obró ilegalmente (por tanto, *ex lege* se le atribuye por lo menos culpa) por no cumplir con su deber de aplicar las medidas de prevención a las que estaba jurídicamente obligado. Sin embargo, estimamos que tampoco es aplicable la normativa punitiva (artículo 31, inciso b, del Código Procesal Penal-CPP), pues el mismo se adscribe lógicamente a los delitos reprimidos sin pena privativa de libertad, y faltas o contravenciones penales.

Un aspecto que debe asimismo ser tomado en cuenta, se halla en el artículo 873 CC, para el cual, cualquiera que sea la fuente en la que se base el delito o cuasi delito, el hecho de que se emita una sentencia hace que nazca un nuevo plazo para el cobro de los daños y perjuicios, que es del término común de diez años (Sentencias de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia N^{os}. 18-1996, del 21 de febrero de 1996, 17-1994, del 15 de abril de 1994, 227-1990, del 18 de julio de 1990).

- iii. Gastos adicionales causados al colectivo social** (habitantes en general)

Consideramos que ello califica como indemnización por daño ambiental, por cuanto la colectividad humana constituye un elemento más del ambiente, el cual no se limita a la vida vegetal o fauna, sino también al ser humano como grupo que como tal forma parte de la naturaleza. En virtud de lo indicado en el apartado i. anterior, consideramos que el plazo de prescripción es decenal.

iv. Daños morales a la sociedad

Implica aspectos tales como el detrimento a la integridad moral y calidad de la vida en común.

Al respecto señala Ruda:⁽⁶⁾

“Según este planteamiento, el daño ecológico puro comportaría siempre, en cierto modo, un daño duplicado o concomitante a cada persona singular indeterminada. Así resulta de la interdependencia que caracteriza a los sistemas ecológicos. Como seres vivos, las personas no sólo forman parte de los mismos, sino que dependen de ellos. En suma, el daño que afecta al medio natural daña también a las personas que se desenvuelven en él, lesiona la integridad moral de las mismas (art. 15 CE) así como su calidad de vida, ligada a la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad... [cita sentencias españolas]. Este enlace entre el medio ambiente y la dignidad humana también ha sido puesto de relieve por el Supremo Tribunal de Justiça de Portugal... Más que un verdadero pretium doloris –que se refiere al aspecto interno o inmanente del individuo– se trata de un daño moral al aspecto externo y trascendente del individuo, que se concreta en la disminución de las posibilidades de relación con el mundo exterior”.

Implica aspectos tales como:

- Afectación colectiva a la integridad moral por la destrucción o perjuicio a los elementos de la naturaleza.
- Afectación a “valores, ideales o culturales, de la colectividad”,⁽⁷⁾ especialmente en un país cuya seña de identidad es precisamente el ambiente.

(6) Ruda González, Albert. *El Daño Ecológico Puro*. España, Aranzadi, 2008, pág. 223.

(7) Ruda. *Op. Cit.*, pág. 221. Prosigue: “Por ejemplo, la destrucción de los renos nórdicos no sólo afectaría a los bolsillos, sino también a la cultura

- Dependiendo de los caracteres propios del daño en cuestión, pueden haberse generado daños tales como: pérdida de confianza en las instituciones nacionales (democracia, p. ej., abstencionismo,⁽⁸⁾ etc.), etc.

v. Daños económicos a la sociedad

También dependiendo de las circunstancias del caso, se pueden haber producido otros daños a la sociedad, como pérdida de atractivo a la inversión⁽⁹⁾ de Costa Rica, disminución de entrada de turistas a territorio nacional, caída de la imagen internacional del país, etc.

vi. Plazos

La normativa no ha fijado un plazo específico (artículos 871 CC en relación al 101 LOA) para la prescripción de los supuestos indemnizatorios referidos en los apartados iii., iv. y v. Consideramos que no resulta aplicable el artículo 31 b) CPP, por no encontrarnos ante materia penal. Por ello estimamos que corresponde pronunciarse por el plazo decenal común del artículo 868 CC.

del pueblo sami o lapón, de modo parecido al 'daño cultural' alegado por la comunidad esquimal en Alaska (cuyo estilo de vida se transformó tras el vertido del Exxon Valdez) o el sufrido por el pueblo gallego, mutatis mutandi, tras el vertido del Prestige".

- (8) Sobre el precedente costarricense en materia penal en relación al precepto 38 CPP, ver: http://www.elfinancierocr.com/ef_archivo/2009/junio/28/economia1909743.html

(Caso *AlcateI*). El IPS ha realizado un estudio para la Procuraduría sobre el daño social causado por la corrupción en Costa Rica: http://www.ips.or.cr/proy_actualesinv_web.htm?idcuerpo=477

- (9) Véase la nota precedente.

CONCLUSIONES

1. El daño ambiental se divide en daño ambiental puro y daño ambiental no-puro.
2. Para el daño ambiental **no-puro el plazo de prescripción es el mismo del aplicable a toda responsabilidad extracontractual**.
3. Respecto al **daño ambiental puro**, resulta **imprescriptible** la competencia de los poderes públicos correspondientes para dictar cualquier medida protectora (incluyendo, por supuesto, medidas cautelares, en caso de urgencia impostergable) del ambiente que sea realmente necesaria. Dentro de este deber imprescriptible de protección, se incluye lo siguiente:
 - i. Demolición y/o cese de las obras o actividades que perturben el ambiente, o bien, la modificación de las mismos para lograr su armonía con el medio.
 - ii. Reponer el estado de los elementos de la naturaleza al nivel en el que se encontraría la línea de base dinámica en caso de no haberse producido el daño ambiental.
 - iii. En caso de resultar irreparable el daño, resulta a su vez **imprescriptible** el deber del responsable de proveer beneficios ambientales que sustituyan lo mejor posible lo perdido.
 - iv. Dentro del deber señalado en el apartado ii. anterior, se incluye el deber **imprescriptible** del responsable de aportar a la sociedad servicios ambientales equivalentes a los servicios ambientales que la sociedad no llegó a recibir debido al daño ambiental. (Se insiste en que ello es consecuencia del deber del responsable de reponer el estado del ambiente al nivel marcado por la línea base en sentido dinámico).
4. Respecto al deber del responsable de indemnizar daños y perjuicios (en sentido estricto), consideramos que el plazo de prescripción ha de tender a ser el decenal del artículo 868 del Código Civil.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO GARCÍA, Enrique y LOZANO CUTANDA, Blanca (Dirs.) *Diccionario de Derecho Ambiental*. Madrid, Iustel, 2006.
- CASTELLANO JIMÉNEZ, Esteban. “Valoración de los Daños a los Recursos Naturales”. En: Lozano Cutanda, Blanca (Coord.) *Comentarios a la Ley de Responsabilidad Medioambiental*. Cizur Menor (España), Civitas, 2008.
- LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki, GARCÍA URETA, Agustín y LAZCANO BROTÓNS, Íñigo. *Derecho Ambiental. Parte General*. Bilbao, Lete-IVAP, 2007.
- LOZANO CUTANDA, Blanca. *Derecho Ambiental Administrativo*. Madrid, Dykinson, 2009.
- PASTORINO, Leonardo Fabio. *El daño al ambiente*. Buenos Aires, Lexis Nexis, 2005.
- RUDA GONZÁLEZ, Albert. *El Daño Ecológico Puro*. Cizur Menor (España), Aranzadi, 2008, pág. 223.

REGULACIÓN JURÍDICA CONTRACTUAL DE LA DISTRIBUCIÓN COMERCIAL

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez^()*

Catedrático de Derecho Económico Internacional^(**)
Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica

(Recibido 06/05/11; aceptado 30/11/11)

(*) Telfaxs (506) 2250-1160; (506) 2259-4844.

(**) Curso del Posgrado en Derecho Comercial. Sistema de Estudios de Posgrado. Universidad de Costa Rica.

RESUMEN

Las necesidades del mercado han obligado a las empresas a colaborar entre sí para difundir y vender bienes o servicios en un espacio que será repartido entre los distribuidores, para asegurarles un territorio en el cual expendan esos bienes, con una garantía de exclusividad y otras ventajas como descuentos, ganancias, etc.

Palabras clave: distribución, mercado, empresa, bienes, servicios, espacio, territorio.

ABSTRACT

The necessities of the market have forced the companies to collaborate to each other to diffuse and to sell goods or services in a space that will be distributed among the distributors, to assure them a territory in which expend those goods, with an exclusivity guarantee and other advantages like discounts, earnings, etc.

Key words: distribution, market, interprise, goods, services, space, territory.

SUMARIO

Introducción

1. Concepto
2. Orígenes
3. Naturaleza jurídica
4. Principales características de este contrato
5. Función económica
6. Elementos constitutivos del contrato
7. Partes
8. Derechos y obligaciones de las partes
9. Análisis de comparación con otros acuerdos comerciales
10. *Twin pack*
11. Legislación
12. Jurisprudencia

Conclusión

Bibliografía

INTRODUCCIÓN

Las necesidades del mercado han obligado a las empresas a colaborar entre sí para difundir y vender bienes o servicios en un espacio que será repartido entre los distribuidores, para asegurarles un territorio en el cual expendan esos bienes, con una garantía de exclusividad y otras ventajas como descuentos, ganancias, etc.

En el sistema económico esta negociación se ha fortalecido y consolidado.

1. CONCEPTO

Se trata de un contrato atípico de naturaleza mercantil, por el cual, en nombre propio, se promueve la introducción al mercado de una demarcación territorial, de un específico servicio, bien o producto manufacturado por otra persona, mediante un sistema de reventa o cesiones en uso, previamente planificadas en cuanto a la unidad de precio, tiempo determinado y con exclusión de la competencia a cargo de uno solo de los contratantes o de ambos (López, p. 32, 1999; Marzorati, p. 561, 1997).

Este convenio se refiere al modo de comercialización de productos por medio de terceros para la colocación y distribución de ellos, estableciéndose una relación jurídica estable con su productor o fabricante (Doynel, p. 18, 2010).

También, se puede definir como aquel contrato en donde el fabricante conviene el suministro de un producto determinado al distribuidor, quien adquiere la propiedad de los bienes (los compra) para proceder a su colocación masiva por medio de su propia organización en una zona determinada, recibiendo, a cambio, un porcentaje –descuento– sobre la diferencia entre el precio de compra y de venta de los productos (Guido; y, Chavarría, p. 17, 2006, versión digital).

2. ORÍGENES

Etimológico

La palabra distribución viene del latín *distributione*. Significa la acción y el efecto de distribuir o distribuirse.

Histórico

La producción de bienes y servicios en serie y a gran escala, surgió a partir de la Revolución Industrial, trajo consigo la aparición de la gran empresa y determinó, por ende, la desvinculación entre el productor o fabricante de los bienes y servicios y el consumidor; lo cual modificó la relación anterior de tipo artesanal.

De este modo nace una red de distribuidores de los productos de la empresa productora, con el fin de llevar los productos al mercado (Ghersí, pp. 102-103, T. 2, 1999).

3. NATURALEZA JURÍDICA

Se trata de un contrato comercial atípico cuya finalidad reside en la intermediación que la parte adquirente debe realizar para distribuir los productos entregados por el fabricante o importador. El distribuido tiene necesidad de que el distribuidor coloque sus productos en el mercado (Ghersí, T.2, pp.107-108, 1999).

4. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DE ESTE CONTRATO

Existencia de dos empresas independientes: una, es la productora y la otra es la empresa comercializadora o distribuidora.

Vínculo de cooperación: la ligazón entre ambas empresas implica el acercamiento y difusión del producto en el mercado.

Permanencia: el contrato requiere de un cierto plazo de tiempo para su ejecución.

Relación contractual bilateral: ambas empresas pactan un convenio de determinada permanencia en el tiempo de estabilidad jurídica, señalando los derechos y deberes de las partes.

Oneroso: el afán de lucro o beneficio está presente en el convenio de penetración del mercado.

Bilateral: las partes que han convenido quedan sujetas recíprocamente de acuerdo a los términos pactados.

Comercialización de la producción de una de las empresas vinculadas: una de las partes negociantes se compromete a penetrar el mercado y a distribuir los bienes o los servicios de la empresa productora o matriz.

Cadena en la distribución: del productor al distribuidor mayorista; del distribuidor mayorista al distribuidor minorista; y del distribuidor minorista al consumidor o cliente (Etcheverry, pp. 205 a 212, T. I, 1995; Doynel, pp. 23 a 30, 2010).

Atípico: carece de una legislación concreta y específica.

Por ser un contrato atípico, rige el principio de libertad de forma.

La Sala Primera, en la sentencia N° 104 de las 14 horas 15 minutos del 16 de noviembre de 1994, afirmó que:

“... el contrato de distribución no se encuentra regulado en nuestro ordenamiento jurídico, *por lo que al resultar un contrato atípico, no está sujeto, para su validez, a formalidades especiales*” (Guido; y, Chavarría, p. 21, versión digital, 2006).

5. FUNCIÓN ECONÓMICA

Se trata de colocar en el mercado la producción de una empresa productora, cuando ella no puede o no quiere hacerlo por sí misma.

Esta función es un método de colaboración interempresarial y una forma de agrupamiento de empresas (Etcheverry, p. 205, T. I, 1995).

6. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL CONTRATO

Consentimiento

Este se traduce en la manifestación de un contrato de adhesión, en donde el fabricante o productor predispone las condiciones del convenio a un distribuidor que ve limitado su poder de negociación y solo puede aceptar o rechazar las cláusulas contractuales materializadas en formularios previamente impresos.

Causa

Si entendemos por causa el fin inmediato y concreto que impulsa a las partes a contratar, aquí se da una identificación con su función económica.

La causa, el fin del contrato es la comercialización de productos o servicios y de este modo las partes podrán prever con exactitud la cantidad de unidades a cuya provisión y colocación se comprometen, su precio y condiciones de venta, las campañas de publicidad y los servicios de reparación; es decir, todo lo que se refiere a la planificación comercial del contrato.

Objeto

El objeto se puede referir a la venta de productos manufacturados que el distribuidor adquiere del productor o importador para su reventa; o a la distribución del mero uso, como en el caso de la distribución de películas cinematográficas para su exhibición.

7. PARTES

Distribuidor o intermediario

El que se obliga a adquirir de otra persona (distribuido) mercancías generalmente de consumo masivo para su posterior comercialización en el mercado, por cuenta y riesgo propio, estableciéndose una ganancia o un precio de reventa.

Distribuido, productor o fabricante: es la persona que fabrica o produce los bienes o servicios.

8. DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES

Distribuidor: obligaciones

- * El distribuidor debe poseer locales con ciertas medidas, cierto tipo de respaldo patrimonial, que en conjunto, tiendan a garantizar el puntual cumplimiento de las obligaciones que asume.

- * Queda a cargo del distribuidor la venta del producto a los potenciales clientes y la recolección del dinero de la respectiva venta.
- * De este modo, el distribuidor asume el riesgo económico de todas las operaciones comerciales que haga, soportando las consecuencias y efectos de esas operaciones con terceros, ya que estas son ajenas al distribuido.
- * Respetar el ámbito de la exclusividad pactado en el convenio.
- * Debe respetar las indicaciones, pautas y formas de promoción y comercialización de los productos que la empresa productora imponga en el convenio respectivo.
- * De acuerdo con el pacto, debe respetar la cláusula de confidencialidad en cuanto a secretos comerciales.

Distribuidor: derechos

- * Percibir, dentro del plazo pactado, el porcentaje de beneficio establecido en el contrato.
- * Tiene derecho a que se le respete la zona de exclusividad pactada, pudiendo reclamar los daños y perjuicios derivados de la violación de dicho convenio por parte de la empresa productora de los bienes y servicios.
- * El distribuidor le puede exigir al productor que le remita los productos requeridos, de acuerdo con las cantidades pactadas en el convenio.
- * Puede exigir al productor garantía por los vicios ocultos que pudiere presentar el producto distribuido, en atención a la responsabilidad que asume frente a terceros.
- * Adquirir la mercancía en un precio menor al que luego venderá a los consumidores finales o a otros intermediarios.

Productor: derechos

- inspeccionar el funcionamiento del distribuidor

- determinar los precios de venta de los productos distribuidos
- establecer la publicidad respectiva
- establecer un volumen mínimo de venta
- definir las modalidades de comercialización

Productor: obligaciones

- * Se obliga, por tanto, entre otros aspectos, a abstenerse de concertar ventas directas dentro del ámbito de la zona asignada al distribuidor.
- * No realizar ningún tipo de acción u omisión orientada a la frustración del contrato o a las operaciones por él generadas.
- * Entregar las mercancías al distribuidor en los tiempos pactados.
- * No rescindir el contrato de modo intempestivo (Barbieri, pp. 161 a 166, 1998).

Distribuidor

Ventajas	Desventajas
Venta del bien de modo exclusivo en un territorio asegurado.	Asume el riesgo económico de todas las operaciones.
Porcentaje o beneficio económico asegurado, al adquirir el bien a un precio menor, para venderlo a un mayor precio.	Debe respetar la asignada zona de exclusividad del contrato. Está sujeto a las directrices comerciales que le da el productor.

Productor

Ventajas	Desventajas
Tiene facultades para inspeccionar el funcionamiento del distribuidor.	Queda obligado a respetar la exclusividad para las ventas y territorio asignado al distribuidor.
Determina los precios de venta, márgenes de ganancia del distribuidor, publicidad correspondiente, volúmenes mínimos de venta.	Debe entregar los bienes de acuerdo con los plazos dados.
Establece las modalidades comerciales y de mercadeo.	No puede romper el contrato unilateralmente, so pena de las responsabilidades del caso.

9. ANÁLISIS DE COMPARACION CON OTROS ACUERDOS COMERCIALES

Distribución y agencia

En el contrato de distribución, el distribuidor adquiere el dominio de los bienes que recibe del principal, de manera que la distribución se forma con múltiples compraventas sucesivas, que vistas en su conjunto, pierden su individualidad y se integran en una relación única, estable y coordinada que es el contrato de distribución.

En la distribución, si los clientes no abonan puntualmente las mercaderías vendidas al distribuidor; o el hecho de que no pueda colocarlas en el mercado, no lo exime de cumplir con las obligaciones asumidas con la empresa productora de los bienes objeto del contrato. Aquí se da una diferencia relevante respecto del contrato de agencia.

En el contrato de agencia existe un pago o bonificación, llamado comisión. Mientras que en el contrato de distribución la remuneración consiste en la diferencia que hay entre el precio en el que se adquiere la mercancía o los bienes a la empresa productora y el precio de venta de ellas a los consumidores o restantes intermediarios mercantiles (Guardiola, p. 107, 1998).

Al igual que el agente, el distribuidor es un intermediario independiente respecto del suministrador con el que realiza un acuerdo para revender sus productos; pero, a diferencia del agente, no realiza una mera función auxiliar por cuenta ajena, sino que es quien compra en firme los productos al suministrador, encargándose luego de su reventa en la zona que tenga asignada, actuando siempre por cuenta propia.

En el contrato de agencia, la promoción de actos u operaciones de comercio se hace por cuenta ajena, con el fin de obtener una ganancia llamada comisión (Guardiola, p. cit., pág. 107, 1998).

Distribución	Agencia
Aquí la ganancia radica en la diferencia entre el precio de compra del bien y el precio de venta a los consumidores.	La ganancia es un pago o bonificación llamada comisión.

Distribución y concesión comercial

En la *concesión comercial* (por ejemplo de maquinaria agrícola, automotores, tractores) el concesionario utiliza la marca y los restantes símbolos identificatorios de la empresa concedente, pese a que realiza su actividad a nombre propio. Esta situación difícilmente se da en el contrato de distribución (Barbieri, pp. 160 y 161, 1998).

La característica que diferencia el contrato de distribución respecto del de concesión, está determinada por una mayor gradación de injerencia regulatoria y de contralor del concedente en relación con el concesionario; y que el concesionario tiene generalmente la obligación de organizar la atención del servicio de la cosa vendida y de las garantías, lo cual el distribuidor no hace (López, p. 33, 1999).

Distribución y suministro

En el contrato de distribución, la adquisición que haga el distribuidor de los productos del distribuido será siempre con el fin de revenderlos. En el contrato de suministro, la adquisición por el suministrado puede ser para uso personal.

Mientras que el suministrado se obliga a pagar un precio por las cosas que adquiere del abastecedor; el distribuidor se obliga, además, a un conjunto de deberes que le impone su co-contratante, consecuencia de uno de los elementos esenciales de la distribución: la planificación comercial (Gherzi, p. 134, T. 2, 1999).

Distribución	Suministro
La adquisición del bien es para revenderlo.	La adquisición del bien puede ser para uso personal.
El distribuidor se obliga a pagar el precio del bien y a otras responsabilidades conexas.	La obligación es solo de pagar el bien que se adquiere.

Distribución y compraventa

La colocación de los productos adquiridos por el distribuidor, ya sea a otros comerciantes (mayoristas o minoristas) o directamente al consumidor, constituye un elemento esencial de este contrato, que lo diferencia de la compraventa.

La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia ha definido la compraventa como aquel contrato traslativo de dominio mediante el cual una persona, llamada vendedor, transmite o se obliga a transmitir a otra, llamada comprador, la propiedad de un bien corporal a cambio del pago de un precio determinado.

De conformidad con los artículos 1007, 1008 y 1049 del Código Civil y 442 del Código de Comercio, este contrato se perfecciona desde que hay acuerdo en cosa y precio. El contrato de compraventa, por ser de carácter consensual, se perfecciona con el solo consentimiento de las partes, independientemente del otorgamiento de la escritura (Sala de Casación, N°. 63 de las 14:30 hs. del 3 de agosto de 1951 y No. 193 de las 15:00 h. del 18 de diciembre de 1974; Sentencia N°. 340 de las 14:50 h. del 5 de diciembre de 1990; y, entre otros, artículo 1049 del Código Civil: La venta es perfecta entre las partes desde que convienen en cosa y precio, Paris, pp. 20 a 30, 2003; Brenes Córdoba, 106, 1985).

Distribución	Compraventa
El distribuidor adquiere los bienes para venderlos y con ello obtener una ganancia.	El comprador adquiere el bien para incorporarlo a su patrimonio y disfrutarlo.

10. TWIN PACK (“paquete gemelo”)

El comercio ha extendido una modalidad de venta que ha llamado “*twin pack*” o “paquete gemelo”, por el cual se forman paquetes de plástico o de cartón que incluyen varios productos, con la matización de que esos productos bien pueden ser fabricados por empresas diferentes. En nuestro país, por ejemplo, vender vodka con un cartón de jugo de naranja; o formar un paquete con atún y tortillas.

Aquí, en este tipo contractual lo que se da es una colaboración, ayuda o coordinación de varias empresas para fomentar las ventas de sus productos y con ello las respectivas ganancias.

La conformación del paquete, independientemente del material con que se hace (plástico, cartón, etc.), no hace que se pierda la identidad de cada producto y de la empresa que lo fabrica o lo distribuye. Mantiene esa identidad en el mercado, lo cual es muy importante para los oferentes respecto de los consumidores o demandantes en el mercado.

En el caso de un reclamo del consumidor, lo puede orientar contra el específico producto del cual tiene queja o, si es del caso, puede reclamar contra todo el paquete que compró (Carlos Córdoba, www.derechogratias.com, accesado el 2/12/01).

11. LEGISLACIÓN

Nacional

Ley de protección al representante de casas extranjeras, N°. 6209 del 9 de marzo de 1978. Publicada en La Gaceta No. 64 de 3 de abril de 1978. Reformada por Ley No. 8629 de 26 de noviembre del 2007. La Gaceta No. 243 de 18 de diciembre del 2007.

Artículo 1. Definiciones

Para efectos de esta ley se dan las siguientes definiciones:

a) “Casa extranjera”: *persona física o jurídica que, radicada en el extranjero, realice actividades comerciales en el país, por sí o por medio de sucursales filiales o subsidiarias.*

b) “Representante de casas extranjeras”: *toda persona física o jurídica que, en forma continua o autónoma, –con o sin representación legal– prepare, promueva, facilite o perfeccione la venta o distribución de bienes o servicios que casas extranjeras venden o presten en el país.*

c) “Distribuidor exclusivo o codistribuidor”: *toda persona física o jurídica que, mediante un contrato con una casa extranjera, importe o fabrique en el país bienes para su distribución en el mercado nacional, actuando por cuenta y riesgo propio.*

d) “Fabricante”: *toda persona física o jurídica que elabore, envase o fabrique en el país, productos con la marca de una casa extranjera que lo haya autorizado para ello, usando la materia prima y las técnicas que esa casa le indique.*

Artículo 2

Si el contrato de representación, de distribución o de fabricación, es rescindido por causas ajenas a la voluntad del representante, del distribuidor o del fabricante, o cuando el contrato a plazo llegare a su vencimiento y no fuere prorrogado por causas ajenas a la voluntad de éstos, la casa extranjera deberá indemnizarlos, con la suma que se calculará sobre la base del equivalente de cuatro meses de utilidad bruta, por cada año o fracción de tiempo servido. El valor de la indemnización en ningún caso se calculará en un plazo superior a los nueve años de servicio.

Para establecer la utilidad bruta de cada mes, se tomará el promedio mensual devengado, durante los cuatro últimos años o fracción de vigencia del contrato, en el caso de los representantes y fabricantes y el promedio de los últimos dos años o fracción, en el caso de los distribuidores.

Artículo 3

Cuando se produzca la cancelación de una representación, distribución o fabricante, la casa extranjera representada deberá comprar la existencia de sus productos a su representante, distribuidor o fabricante, a un precio que

incluya los costos de esos productos más el porcentaje razonable de la inversión que éste haya hecho. Este porcentaje que será determinado por el Ministerio de Economía, Industria y Comercio.

Artículo 4

Son causas justas para la terminación del contrato de representación, distribución o fabricación, con responsabilidad para la casa extranjera:

- a) Los delitos cometidos por personeros suyos contra la propiedad y el buen nombre del representante, distribuidor o fabricante.*
- b) La cesación de actividades de la casa extranjera, salvo que se deba a fuerza mayor.*
- c) Las restricciones injustificadas en las ventas, impuestas por la casa extranjera, que resulten en una reducción del volumen de las transacciones que efectuaba su representante, distribuidor o fabricante.*
- d) La falta de pago oportuno de las comisiones u honorarios devengados por el representante, distribuidor o fabricante.*
- e) El nombramiento de un nuevo representante, distribuidor o fabricante, cuando los afectados han ejercido la representación, distribución o fabricación en forma exclusiva.*
- f) Toda modificación unilateral, introducida por la casa extranjera a su contrato de representación, distribución o fabricación, que lesione los derechos o intereses de su representante, distribuidor o fabricante.*
- g) Cualquier otra falta grave de la casa extranjera que lesione los derechos y obligaciones contractuales o legales que tienen con su representante, distribuidor o fabricante.*
- h) Cuando una casa extranjera cambie de domicilio, razón social, se transforme, se subdivida, cambie de objeto, lo mismo que se fusione con otra o sea absorbida por otra, no es causa de terminación del contrato de representación, agencia o distribución. La empresa con la cual se hubiese fusionado, la hubiese absorbido o haya sido autorizada para el uso de las marcas, responderá solidariamente hasta por el monto de la indemnización en los mismos términos, pudiendo por lo tanto el concesionario ejercer las mismas acciones que otorga esta ley contra las cuales se hubiese fusionado, la hubiese absorbido o contra cada una de las subdivisiones en que se hubiese desdoblado la empresa o recibido la autorización para el uso de la marca.*

- i) *La terminación del contrato antes del vencimiento del plazo acordado por las partes o no otorgar el aviso previo establecido en el contrato.*
- j) *La terminación del contrato no notificada al representante, distribuidor o fabricante al menos con diez meses de anticipación, cuando el contrato no indique fecha de vencimiento o en ausencia de disposición respecto al aviso previo.*

Artículo 5^(*)

Son causas justas de terminación del contrato de representación, distribución o fabricación, sin ninguna responsabilidad para la casa extranjera:

- a) *Los delitos contra la propiedad y el buen nombre de la casa extranjera, cometidos por el distribuidor o por el fabricante.*
- b) *La ineptitud o negligencia del representante, distribuidor o fabricante, declarada por uno de los jueces civiles del domicilio de éste, así como la disminución o el estancamiento prolongado y sustancial de las ventas, por causas imputables al representante, distribuidor o fabricante. La fijación de cuotas o restricciones oficiales a la importación o venta del artículo o servicio, harán presumir la inexistencia del cargo en contra del representante, distribuidor o fabricante, salvo prueba en contrario.*
- c) *La violación por parte del representante, del distribuidor o del fabricante del secreto profesional y de fidelidad a la casa extranjera, mediante la revelación de hechos, conocimientos o técnicas concernientes a la organización, a los productos y al funcionamiento de la casa extranjera, adquiridos durante las relaciones comerciales con ésta.*
- d) *Cualquier otra falta grave del representante, del distribuidor o del fabricante con respecto a sus deberes y obligaciones contractuales o legales con la casa extranjera.*
- e) *La terminación del contrato al vencimiento del plazo acordado por las partes o cuando se otorga el aviso previo establecido en el contrato.^(*)*
- f) *La terminación del contrato notificada al representante, distribuidor o fabricante por lo menos con diez meses de anticipación, cuando el contrato no indique fecha de vencimiento o en ausencia de disposición respecto al aviso previo.^(*)*

(*) Los incisos e) y f) del presente artículo han sido adicionados mediante Ley No. 8629 de 26 de noviembre del 2007. LG No, 243 de 18 de diciembre del 2007.

Artículo 6

La persona física o jurídica que asume total o parcialmente cualquier actividad comercial que antes ejercía una casa extranjera a través de un representante, distribuidor o fabricante, responderá de la continuidad del contrato de representación, distribución o fabricación, salvo que la casa extranjera hubiera cubierto, previamente la indemnización correspondiente.

Artículo 7^(*)

Los derechos del representante, distribuidor o fabricante, por virtud de esta Ley, serán irrenunciables.

La ausencia de una disposición expresa en un contrato de representación, distribución o fabricación para la solución de disputas, presumirá que las partes tuvieron la intención de dirimir cualquier disputa por medio de un arbitraje vinculante. Dicho arbitraje podrá desarrollarse en Costa Rica. No obstante, la presunción de la intención de someter una disputa a arbitraje no aplicará cuando una de las partes objete el arbitraje.

Los derechos y obligaciones originados en esta ley prescribirán en el término de dos años, contados a partir del hecho que motiva el reclamo.

Artículo 9^(*)

Este artículo ha sido derogado, mediante Ley No. 8629 de 26 de noviembre del 2007. LG No. 243 de 18 de diciembre del 2007.

Artículo 10

Para efectos de esta ley, la antigüedad de los contratos de representación, distribución o fabricación de hecho, se computará desde el inicio de las relaciones entre las partes.

Artículo 10 bis^{(*) (*)}

Cuando, con fundamento en alguna de las disposiciones de esta Ley, se reclame alguna indemnización por daños y perjuicios, deberá resarcirse íntegramente la lesión patrimonial causada o la que necesariamente pueda

(*) El presente artículo ha sido reformado mediante Ley No. 8629 de 26 de noviembre del 2007. LG No. 243 de 18 de diciembre del 2007.

causarse, como consecuencia directa e inmediata de la infracción de la norma o de la violación del derecho subjetivo, con arreglo a los principios de la equidad y la sana crítica. En esta materia, serán de aplicación las reglas del Código Civil.

En el proceso tendiente a obtener una indemnización al amparo de esta Ley, el juez, a petición de parte, podrá fijar una garantía prudencial, que será proporcional al monto de la indemnización reclamada, cuando sumariamente se acredite que la parte, respecto de la cual se pide la garantía, no cuenta con bienes suficientes en el país para responder por una eventual sentencia condenatoria. La garantía deberá consistir en un depósito en efectivo o en valores de comercio a la orden del juzgado; en este último caso, su valor se apreciará por el que tengan en plaza, a juicio del juez. El juez prevendrá sobre el depósito de la garantía a la parte requerida en el plazo que fijará al efecto, bajo el apercibimiento de no oír sus posteriores gestiones en caso de omisión.

Por el voto 407 del 2011, se declaró sin lugar esta acción de inconstitucionalidad, afirmando en el *Considerando X*, lo siguiente:

X-Conclusion. *Los derechos fundamentales pueden estar sujetos a determinadas restricciones; éstas resultan legítimas únicamente cuando son necesarias para hacer posible la vigencia de los valores democráticos y constitucionales, como lo expuesto en el presente caso que la medida implica la existencia de una necesidad de proteger los principios establecidos en los artículos 33, 39 y 41 de la Constitución Política. Desde esta perspectiva, la Sala estima que la obligación de la casa extranjera de rendir dentro de un proceso judicial una garantía económica prudencial proporcional al monto de la*

(*) El artículo 10 bis ha sido adicionado mediante Ley No. 8629 de 26 de noviembre del 2007. LG# 243 de 18 de diciembre del 2007.

(**) La constitucionalidad del presente artículo ha sido cuestionada mediante Acción de Inconstitucionalidad No. 10-004352-0007-CO. BJ No. 103 de 28 de mayo del 2010:

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, que por resolución de las once horas quince minutos del tres de mayo del dos mil diez, se dio curso a la acción de inconstitucionalidad expediente N° 10-004352-0007-CO, interpuesta por Calvo Distribución El Salvador Sociedad Anónima de Capital Variable, para que se declare inconstitucional el artículo 10 bis de la Ley de Protección al Representante de Casas Extranjeras N° 6209 del 9 de marzo de 1978, adicionado por la Ley N° 8629 del 30 de noviembre del 2007, por estimarlo contrario a los artículos 39 y 41 de la Constitución Política derecho de acceso a la justicia, al debido proceso y al principio de razonabilidad y proporcionalidad.

indemnización solicitada por la parte actora, no constituye un obstáculo al acceso a la jurisdicción en general, sino que su finalidad es de prever situaciones de excepción con el propósito de equilibrar los intereses de las partes, desde el punto de vista económico y consiste en una medida preventiva de protección y si bien se dicta en un momento procesal cuando aún no se ha recabado todo el material probatorio y su incumplimiento impide a la parte ser oída, lo cierto es que el mismo ordenamiento jurídico crea los mecanismos para recurrir dicha resolución, la cual puede ser modificada por el Juez o sustituirla en virtud de hechos nuevos que la conviertan en ilegítima.

Así las cosas, la norma cuestionada procura un equilibrio entre las partes haciendo, en consecuencia, eficaz el desarrollo de los derechos constitucionales de justicia cumplida e igualdad, como medio de concretización de los derechos fundamentales, esto es, tutela judicial efectiva a propósito de la certeza y estabilidad que se persiguen en las relaciones privadas que, en el caso en concreto, requiere de ser resguardada de manera particular; dada la necesidad de brindar una protección especial a ciertas personas para proteger un interés particular del tráfico jurídico, para solucionar algunos casos especiales con particulares criterios de equidad o por necesidades emergentes de circunstancias extraordinarias. En consecuencia, el artículo 10 bis de la Ley de Protección del Representante de la Casa Extranjera no viola artículos 33, 39, 41 de la Constitución Política.

Artículo 11

Derógase la Ley No. 4684 del treinta de noviembre de mil novecientos setenta.

Artículo 12

Rige a partir de su publicación.

Hago la observación en el sentido de que las reformas efectuadas en el año 2007 a esta ley, me parecen convenientes.

12. JURISPRUDENCIA

Sentencia 477-F-S1- 2012 del 12 de abril del 2012:

Considerando III:

No puede tenerse por demostrado el plazo del contrato de distribución, pues la copia allegada carece de firmas y no fue reconocida

por la parte demandada; por lo tanto no constituye un elemento de prueba. Ninguno de los deponentes, brindó dato alguno sobre la vigencia de la relación contractual.

No hay norma que para estos casos regule una carga probatoria distinta a la establecida en el canon 317 del Código Civil. De los elementos proporcionados, no puede extraerse el plazo, de manera que no puede afirmarse que la ruptura fuera anticipada. Por lo tanto *se declara sin lugar el recurso*.

Resumen:

En el presente asunto, se acreditó la existencia de un acuerdo de distribución de productos entre las partes. Sin embargo, en lo relativo a la terminación anticipada, el actor, con las probanzas que ofreció y le fueron admitidas, no tuvo éxito en demostrar el plazo de vigencia de la relación, sea la fecha de inicio y su término; vencimiento que pendía su petitoria, al solicitar el pago de sumas dejadas de percibir y daño moral. Este aspecto, conforme al canon 317.1 del Código Procesal Civil, era carga de la parte actora.

CONCLUSIÓN

Este tipo de convenio comercial tiene un uso adecuado y se ha consolidado a lo largo del tiempo.

Se trata de colocar en el mercado la producción de una empresa productora, cuando ella no puede o no quiere hacerlo por sí misma.

Sin duda, por este contrato se da un tipo de colaboración entre empresas y se da una forma de agrupamiento empresarial.

BIBLIOGRAFÍA

- Alcocer, Agustín. *La contratación privada atípica en el Derecho Mexicano* (México: Universidad Autónoma de Querétaro, 2003).
- Alterini, Atilio. *Contratos civiles-mercantiles de consumo* (Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998).
- . et al. *Derecho comercial contemporáneo* (Medellín, Ed. Diké, 1989).
- Arce, Javier. *Contratos mercantiles atípicos* (México, Trillas, 1994).
- Arrubla, Jaime. *Contratos mercantiles* (Medellín, Diké, T. I, 1997; T. II, 1998) et al. *Evolución del Derecho comercial* (Medellín: Diké, 1997).
- Barbieri, Pablo. *Contratos de empresa* (Buenos Aires, Ed. Universidad, 1998).
- Barrantes, Jaime. *Ley 7472 de promoción de la competencia y defensa del consumidor, con Jurisprudencia y dictámenes* (San José: La Casa de los Riscos S.A., Medellín: Diké, 2003).
- y, Juan Rivero. *Derecho y jurisprudencia en materia de competencia y defensa efectiva del consumidor* (San José, Areté, 1999).
- Boneo, Eduardo; Eduardo Barreiro. *Contratos bancarios modernos* (Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994).
- Brenes Córdoba, Alberto. *Tratado de los contratos* (San José, Juricentro, 4ª. ed. revisada y actualizada por Gerardo Trejos y Marina Ramírez, 1992).
- Tratado de las obligaciones* (San José, Juricentro, 1977).
- Cabanellas De Las Cuevas, Guillermo; Julio Kelly. *Contratos de colaboración empresarial* (Buenos Aires, Ed. Heliasta, 1987).
- Carbonnier, Jean. *Derecho Civil. El derecho de las obligaciones y la situación contractual* (Barcelona, Bosch, T. II, Vol. II, 1971).
- Carvajal, Alvaro. *Contratos de adhesión* (San José, tesis de licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 1984).
- Castrillón, Víctor. *Contratos mercantiles* (México, Porrúa, 2002).
- Chulia, Eduardo; Teresa Beltrán. *Aspectos jurídicos de los contratos atípicos* (Madrid, Bosch, 4 tomos, 1995).
- Collart, Francois; Philipp Delebecque. *Contrats civils et commerciaux* (Paris, Dalloz, 1996).

- Cubero, Carlos; Pablo López. *El contrato de concesión comercial, su regulación en Costa Rica* (San José, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 1999).
- Díaz, Arturo. *Contratos mercantiles* (México, Iure, 2004).
- Doynel, Santiago. *Contratos de distribución* (Buenos Aires: Ad Hoc, 2010).
- Dubois, Favier. *Contrataciones empresariales modernas* (Buenos Aires: Ad Hoc, 2005).
- Etcheverry, Raúl. *Derecho Comercial y Económico* (Buenos Aires, Astrea, 4 tomos, 1994, 1995, 1997, 2000).
- Formas jurídicas de la organización de la empresa* (Buenos Aires, Astrea, 1995).
- Farina, Juan. *Contratos comerciales modernos* (Buenos Aires, Astrea, 1997).
- Defensa del consumidor y del usuario* (Buenos Aires, Astrea, 2000).
- Fusaro, Juan. *Contratos de colaboración empresarial* (Buenos Aires, Depalma, 1987).
- Garrido, Roque; Jorge Zago. *Contratos civiles y comerciales* (Buenos Aires, Ed. Universidad, 2 tomos, 1998).
- Ghersi, Carlos. *Contratos civiles y comerciales* (Buenos Aires, Astrea, 2 tomos, 1999).
- (Director). *Contratos. Cláusulas abusivas* (Mendoza, Argentina, Eds. Cuyo, 1998).
- (Director). *Contratos* (Mendoza, Argentina, Eds. Cuyo, 3 tomos, 1 y 2, 1996; 3, 1998).
- (Director) *Derecho privado económico* (Buenos Aires, Ed. Universidad, 2000).
- Guardiola, Enrique. *Contratos de colaboración en el comercio internacional* (Barcelona: Bosch, 1998)
- Guido, Mauricio; Adriana Chavarría. *El contrato de agencia, distribución y representante de casas extranjeras y su aplicación frente al Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, República Dominicana y Estados Unidos de América* (Heredia: Universidad Interamericana, Tesis de Maestría en Derecho, 2006, www.poder-judicial.go.cr:81/SalaPrimera)

- Jacquet, Jean-Michel. *Droit du Commerce International* (Paris, Dalloz, 1999).
- Lafont, Pedro. *Manual de contratos* (Bogotá, Ed. Librería del Profesional, 2000, 2 tomos).
- León, Soyla. *Contratos mercantiles* (México: Oxford, 2003).
- Linotte, Didier. *Droit Public Economique* (Paris, Dallos, 2001).
- López Cabana, Roberto (coord.) *Contratos especiales en el siglo XXI* (Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999).
- Lorenzetti, Ricardo. *Tratado de los contratos* (Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, eds., 3 tomos, 2000).
- Lupiac, Thierry. *Le contrat commercial* (Paris, Gualino ed., 2000).
- Mariotto, Liliana. *Contratos civiles y comerciales* (Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2 tomos, 1995).
- Martorell, Ernesto. *Los contratos de dominación empresarial y la solidaridad laboral* (Buenos Aires, Depalma, 1996).
- Tratado de los contratos* (Buenos Aires, Depalma, T. 1993; T. II, 1996; T. III, 1997).
- Marzorati, Osvaldo. *Derecho de los negocios internacionales* (Buenos Aires, Astrea, 1997).
- Sistemas de distribución comercial* (Buenos Aires, Astrea, 1995).
- Montoro, Miguel. *Contratos administrativos atípicos* (Madrid, Escuela Nacional de Administración Pública, 1969).
- Mosset, Jorge. *Contratos conexos. Grupos y redes de contratos* (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999).
- Ospina, Guillermo; Eduardo Ospina. *Teoría general del contrato y del negocio jurídico* (Bogotá, Temis, 1998).
- Ortega, Marco. *Contratos nominados e innominados* (Lima, Facultad de Derecho, Universidad de Lima, revista Praxis, N°. 32, 2001).
- Paris, Hernando. *Los contratos privados en la jurisprudencia de casación* (San José: El Cano Editores S.A. 2003).
- Parra, Carmen. *El nuevo Derecho Internacional de los contratos* (Bogotá: Universidad del Externado de Colombia-Bosch, 2002).

- Pérez, Bernardo. *Contratos civiles* (México: Porrúa, 2010).
- Pérez, Víctor. *Contratos de distribución, representantes de casas extranjeras y responsabilidad* (San José: Poder Judicial, Revista Judicial, No. 52, 1990).
- Picado, Hugo. *Nuevas modalidades de financiamiento en la contratación comercial moderna y el mercado de valores* (San José, Iustitia, N°. 147-148, 1999).
- Contratos comerciales modernos. Urgente necesidad de cambio* (San José, Iustitia, N°. 130-131, 1997).
- Portillo, Gloria. *Modernos contratos del derecho* (Rosario-Argentina, Juris, 1993).
- Rezzonico, Juan Carlos. *Principios fundamentales de los contratos* (Buenos Aires, Astrea, 1999).
- Rodino, Wálter et al. *Contratación Internacional (Unidroit)* (México, UNAM-UP, 1998).
- Rodríguez, Alberto; María Calzada *Contratos mercantiles* (Barcelona, Aranzadi, 2001).
- Rodríguez, Juan; Dagoberto Sibaja. *Contratos privados registrales* (San José, IJSA, 2001).
- Rodríguez-Azuero, Sergio. *La fiduciaria mercantil en Colombia, relaciones con el fideicomiso mexicano*. (México: Bancomer, Actualidad y futuro del fideicomiso en México, 1997).
- Contratos bancarios* (Bogotá: Ed. Legis, 2002).
- Roemer, Andrés. *Introducción al análisis económico del derecho* (México, Fondo de Cultura Económica, 1994).
- Romero-Pérez, Jorge Enrique. *Contratos del Estado* (San José, EUNED, 2002).
- Contratos Económico Modernos* (San José: Banco Interamericano de Desarrollo. Poder Judicial, Escuela Judicial, 2004).
- Contratos atípicos* (San José, Revista de Ciencias Jurídicas, N°. 96, 2001).
- Derecho y globalización* (San José, Revista de Ciencias Jurídicas, N°. 98, 2002).
- Reflexión en torno al tema de "Derecho y Economía"* (San José, Revista de Ciencias Jurídicas, N°. 122, 2010).

- Salas, Évelyn; Jaime Barrantes. *Código de Comercio de Costa Rica y jurisprudencia* (Medellín, Diké-Universidad Autónoma de Monterrey, Costa Rica, 2001).
- Solano, Carol. *Análisis comparativo en el abuso de la contratación de adhesión en América Latina* (San José, Poder Judicial, Revista Judicial, N°. 77, 2001).
- Stiglitz, Rubén; Gabriel Stiglitz. *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor* (Buenos Aires, Depalma, 1985).
- Vallespinos, Carlos. *El contrato por adhesión a condiciones generales* (Buenos Aires, Ed. Universidad, 1984).
- Vázquez Del Mercado, Oscar. *Contratos mercantiles* (México, Porrúa, 1982).
- Vázquez, H. *Derecho de los negocios internacionales* (Buenos Aires: Ad Hoc, 2001).
- Vitolo, Daniel. *Contratos comerciales* (Buenos Aires, Ad Hoc, 1994).
- Wayar, Ernesto. *Tarjeta de crédito y defensa del usuario* (Buenos Aires, Astrea, 2000).
- Contratos* (Buenos Aires, Zavalía,ed., 1993).
- Yglesias, Daniel; Roberto Bloch. *Nuevas modalidades de contratación internacional* (Buenos Aires, Ed. Ad Hoc, 1996).
- Zamora, Olhedyis. *La figura de contrato de distribución comercial con carácter internacional* (San José, Universidad de San José, Facultad de Ciencias Jurídicas, 2001).

**UNA APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE
“FUNCIÓN PROMOCIONAL”
EN LA TEORÍA DEL DERECHO BOBBIANA:
ATISBOS DE SU INFLUENCIA EN LA TEORÍA
DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES ESPAÑOLA**

Prof. Miguel Díaz Román^(*)
Abogado costarricense

(Recibido 18/05/11; aceptado 30/11/11)

(*) Profesor de la Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica.
Doctorando en la Universidad Carlo III, Madrid. España.

E-mail: miguel.roman@ucr.cr.

RESUMEN

El artículo presenta un análisis del concepto de función promocional del derecho, desarrollado por Norberto Bobbio en su teoría del derecho. Explica la transición del autor italiano del análisis estructural del derecho al análisis funcional. Describe la influencia de estas tesis de Bobbio en la teoría de los derechos fundamentales en España. Se concluye que el concepto de función promocional del derecho, surge debido a las limitaciones del análisis estructural.

Palabras clave: Teoría del Derecho, Función promocional, Derechos fundamentales, Análisis estructural, Análisis funcional, Norberto Bobbio.

ABSTRACT

The article presents an analysis about the concept of law promotional function, developed by Norberto Bobbio in its law theory. It explains the Italian author's transition from the law structural analysis to the functional analysis. It describes the influence of Bobbio theses in the theory of the fundamental rights in Spain. The conclusion is, the concept of law promotional function, arises due to the structural analysis limitations.

Key words: Theory of law, Promotional function, Fundamental rights, Structural analysis, Functional analysis, Norberto Bobbio.

SUMARIO

1. Introducción
2. Teoría del Derecho bobbiana: Breve síntesis de su evolución
 - 2.1. Ubicación de la Teoría del Derecho: ¿En la filosofía o en la ciencia jurídica?
 - 2.2. La metodología bobbiana: el viraje del método analítico-positivista
 - 2.3. Del análisis estructural al análisis funcional
 - 2.4. El concepto de “función promocional del Derecho”
3. La función promocional en la Teoría de los Derechos Fundamentales española: La influencia bobbiana
 - 3.1. La interacción académica Turín-Madrid: la referencia bobbiana en España.
 - 3.2. La Teoría de los Derechos Fundamentales: Algunas coincidencias de base
 - 3.3. La “función promocional” en la Teoría de los Derechos Fundamentales

Conclusión

Bibliografía citada

1. INTRODUCCIÓN

Los autores principales que han desarrollado la teoría de los derechos fundamentales en España, han reconocido la influencia de Norberto Bobbio en sus desarrollos. El estudio de este autor es pertinente, con el objetivo de advertir su influencia en la Teoría de los Derechos Fundamentales y en particular, en la desarrollada por el profesor Gregorio Peces-Barba.

En ese sentido, haremos una breve síntesis de su pensamiento en relación con la Teoría del Derecho. Repasaremos cuál fue su evolución en lo atinente al ámbito de ubicación (Filosofía o Ciencia jurídica), la metodología utilizada y la incorporación del análisis funcional a su Teoría del Derecho; posteriormente, evidenciaremos las razones que llevaron al autor italiano a incorporar a su teoría el concepto de “función promocional”.

En una segunda parte del trabajo y de una manera aproximativa, trataremos de establecer los puntos de contacto de la Teoría del Derecho bobbiana con la teoría de los Derechos Fundamentales. Haremos hincapié, en lo atinente a la influencia del análisis funcional y las categorías bobbianas en la teoría española de los derechos fundamentales; en especial en la utilización del concepto de “función promocional” en la Teoría desarrollada por el profesor Gregorio Peces-Barba.

2. TEORÍA DEL DERECHO BOBBIANA: BREVE SÍNTESIS DE SU EVOLUCIÓN

De los conceptos de Ciencia y Filosofía que un autor maneje, va depender la ubicación de la Teoría del Derecho en uno u otro ámbito. Importa, por tanto, tener presente como entendía Bobbio la Teoría del Derecho; punto de especial importancia, dado las variantes que tuvo su pensamiento en este aspecto.

2.1. Ubicación de la Teoría del Derecho: ¿En la filosofía o en la ciencia jurídica?

La ubicación que hace Bobbio de la Teoría del Derecho, tiene dos etapas. La primera en donde su cercanía con las tesis analíticas-positivistas lo llevaron a ubicar a la Teoría del Derecho en el ámbito de

la Ciencia Jurídica; y la segunda, donde Bobbio modificó la posición inicial y terminó ubicándola en el ámbito de la Filosofía del Derecho.

El primer planteamiento lo encontramos en un artículo de 1950 denominado “Filosofía del Derecho y Teoría General del Derecho”. Allí Bobbio advierte que sólo una tajante distinción entre Filosofía del Derecho y Ciencia del Derecho permite evitar los equívocos de las zonas fronterizas de la Teoría del Derecho; así que en aquel momento abogó por ubicarla en el ámbito de la Ciencia Jurídica, en concordancia con las tesis imperantes del positivismo normativista.

No obstante esa posición va cambiar. En un artículo denominado “Naturaleza y Función de la Filosofía del Derecho”, el profesor Bobbio modifica su posición original y ubica la Teoría del Derecho en el ámbito de la Filosofía del Derecho.

Este viraje es importante tenerlo en consideración, porque en la perspectiva bobbiana, el análisis teórico del Derecho dejará de circunscribirse únicamente al ordenamiento jurídico positivo. Hay una apertura a considerar los análisis sociológicos, políticos y éticos como instrumentos útiles para la comprensión del Derecho.

2.2. La metodología bobbiana: el viraje del método analítico-positivista

La metodología de la Teoría del Derecho bobbiana también presenta, en términos generales, dos etapas. Inicialmente e influido por los planteamientos kelsenianos y las teorías analíticas, Bobbio realiza una Teoría del Derecho utilizando un método para dar cuenta de los hechos y que dejara de lado los juicios de valor; esa primera postura metodológica cambiará, cuando más tarde, a raíz de la crisis del positivismo jurídico, acepta que los juicios de valor están presentes en los análisis que utilizaban una metodología que pretendía su exclusión.

La crítica metodológica se plasmó desde una perspectiva ideológica y otra teórica. La primera tuvo en autores como Guastini, Tarello y Cerroni sus principales exponentes; en contraste, la crítica teórica fue desarrollada principalmente por Enrico Pattaro.

Cerroni acusaba que el método utilizado era puramente lógico, es decir, no describían la verdadera realidad del Derecho. Tarello tachó

de ideológico el que se presentara la acción interpretativa no como consecuencia, sino en relación de dependencia de la norma jurídica. Guastini, por su parte, denunció que el método positivo-analítico ocultaba el contenido prescriptivo del Derecho.

Por su parte, Pattaro criticó que la Teoría del Derecho desarrollada hasta ese momento por Bobbio, se basaba en métodos incompatibles entre sí. La unión entre el positivismo lógico y el kelseniano no podía ser: por un lado, se había reconocido que el positivismo jurídico partía de presupuestos ideológicos y no describía el Derecho como es y por otro, el utilizar el análisis del lenguaje como método, implicaba que la ciencia jurídica y teoría general del derecho se convertían en meras técnicas y no en ciencias.

Finalmente Bobbio acepta la crítica y emprende un viraje metodológico que lo va llevar a incorporar metodologías y resultados de la teoría general de los sistemas, la semiótica y la lógica deóntica, entre otras. Dicho de otra forma, se pasa del método lógico-normativo a un método que se abre a la consideración de perspectivas fuera del ámbito restringido de las categorías de norma y ordenamiento jurídico positivo.

2.3. Del análisis estructural al análisis funcional

Los cambios descritos en el ámbito filosófico y metodológico, se vieron reflejados en el objeto de análisis de la Teoría del Derecho bobbiana. De un análisis estructural que tenía como objeto de estudio la norma y el ordenamiento jurídico, Bobbio amplía su análisis a los aspectos funcionales del Derecho.

El análisis estructural había consistido en utilizar el método del positivismo-analítico desarrollado en Italia, para desarrollar una Teoría del Derecho a partir del estudio de la norma y el ordenamiento jurídico positivo. Por eso en su curso denominado “Teoría del Ordenamiento Jurídico”, Bobbio afirmaba que: “La teoría de la norma jurídica y la teoría del ordenamiento jurídico forma una completa teoría del derecho, principalmente desde el punto de vista formal. Bajo el primer título se estudia la norma jurídica, considerada de manera aislada; la materia del segundo título es el conjunto, complejo o sistema de normas, que constituyen un ordenamiento jurídico. La necesidad de la investigación en este campo surge de la comprobación de que en la realidad las normas jurídicas no existen solas, sino siempre en un contexto de

normas, que tienen entre sí relaciones particulares (estas relaciones serán en gran parte el objeto de nuestro estudio. Este contexto de normas se suele denominar “ordenamiento”,”.

La incorporación del análisis funcional viene dado no solo por el reconocimiento de Bobbio a la crítica al positivismo-analítico y a las limitaciones del análisis estructural del Derecho, sino que intentaba dar cuenta de los cambios que se habían operado en los Estados a partir de la aparición del Estado Social de Derecho.

Resulta pertinente acotar, que la incorporación que hace Bobbio del análisis funcional a su Teoría del Derecho, no tiene una base teórica en la Teoría Funcionalista desarrollada en la Sociología. Asimismo, dentro de los diferentes usos del término función, se ha establecido que en el análisis funcional propuesto por Bobbio estamos en presencia del término función como actividad, al respecto se indica:

“Por último, el quinto uso del término función, esto es, función como actividad, puede ser descrito recurriendo de nuevo a Nagel. En este uso función es “el conjunto más o menos amplio de procesos u operaciones dentro de (o manifestados por) una entidad determinada, sin indicación de los diversos efectos que estas actividades producen sobre esta entidad o sobre cualquiera otra”. Los análisis de las funciones de determinados objetos de conocimiento en este sentido no son, según el autor citado, específicos de la investigación social. En esta línea, V. Ferrari y L. Gianformaggio atribuyen este tipo de análisis a la Teoría del Derecho y consideran que es el utilizado por N. Bobbio en Dalla struttura alla funzione”.

Con este planteamiento se produce un punto de inflexión en la Teoría del Derecho bobbiana. Queda atrás el análisis exclusivamente estructural y propugna el análisis estructural y funcional, argumentando como una de las razones primordiales de este cambio, el aumento de la función promocional del Derecho.

2.4. El concepto de “función promocional” del Derecho

El cambio operado en la Teoría del Derecho en lo atinente a su ubicación en la filosofía jurídica, al método y a la incorporación del

análisis funcional, es utilizado por Bobbio para comprender el Derecho en el denominado Estado Social o Asistencial. En un artículo aparecido en inglés y denominado “The Promotion of Action in the Modern State”, el autor italiano comienza a ocuparse de analizar el Derecho desde la perspectiva funcional.

Evidentemente, para ese momento existían muchos estudios y desde diferentes disciplinas en relación con las transformaciones del Estado después de la Segunda Guerra Mundial. No obstante, el mérito de Bobbio está en analizar esos cambios desde la Teoría del Derecho y tomando en cuenta los aportes de disciplinas como la Economía, la Ciencia Política, la Sociología, etc.

Conforme al criterio de Bobbio, el “Welfare State” había dado lugar a una transformación en las técnicas de control social y había planteado nuevos fines en la acción del Estado. En consecuencia, sin renunciar al análisis estructural que bajo la perspectiva positivista identificaba al ordenamiento jurídico con el Estado, observó que el Derecho estaba siendo utilizado para fines y funciones diferentes a las que cumplía en el Estado Liberal.

A partir de esta realidad procedió a incorporar el concepto de “función promocional” para distinguir la función tradicionalmente protectora que la Teoría del Derecho había asignado a las normas y al ordenamiento jurídico positivo en el contexto del Estado Liberal. En ese sentido, Bobbio expresaba: “Considérese una cualquiera de las Constituciones de los Estados posliberales, como la actual Constitución italiana. En las Constituciones liberales clásicas la función principal del Estado parece ser la de tutelar (o garantizar); en las Constituciones postliberales, junto a la función de la tutela o de la garantía aparece cada vez más frecuentemente la de promover”.

La observación general de la nueva realidad del Estado, es llevada al plano de la Teoría del Derecho incorporando el análisis funcional y estableciendo como objeto de estudio el ordenamiento jurídico positivo. Para ello Bobbio contrasta: 1) La concepción protectora y represiva del Derecho en el Estado Liberal con la realidad del Estado Social. 2) La concepción de las normas jurídicas en la perspectiva liberal y su mutación en la nueva perspectiva de Estado.

Dicho en otras palabras, a partir de la realidad existente en los ordenamientos jurídicos positivos de los denominados “Estados Sociales

o Asistenciales”, hace un análisis de las características de las normas jurídicas que componen el ordenamiento jurídico; así como de la función que cumplen en la actividad efectiva que desarrolla el Estado, lo cual permite a su Teoría del Derecho una renovación para superar las críticas fundadas respecto a su perspectiva anterior.

Desplazándonos del plano más general al más específico, Bobbio se habrá preguntado: ¿Cómo ha conceptualizado la Teoría del Derecho la función del ordenamiento jurídico del Estado Liberal? A esto respondió diciendo que la función del ordenamiento jurídico se conceptualizó como protectora-represiva, en ese sentido establece:

“Es superfluo añadir que las dos teorías se encuentran superpuestas frecuentemente: el Derecho despliega la función de protección respecto a los actos lícitos (que pueden ser tanto actos permitidos como actos obligatorios) mediante la represión de los actos ilícitos(...); la segunda teoría, común a toda la corriente del positivismo jurídico desde Austin hasta Jhering y Kelsen, es aquella según la cual el Derecho obtiene su fin (que es esencialmente represivo) a través de la organización de sanciones negativas (el Derecho como aparato coactivo o Zwangsordnung)”.

Dicho de otra forma, la Teoría del Derecho conceptualizaba al ordenamiento jurídico positivo como un instrumento por medio del cual la sociedad se protegía de las acciones o conductas valoradas como negativas y que se consignaban en las normas jurídicas que componían ese ordenamiento jurídico. Para realizar esa protección se echaba mano a la otra característica que es la represión de las conductas valoradas como no deseables por el ordenamiento jurídico, de manera que el instrumento para proteger y reprimir era la sanción.

De ahí que Bobbio explique que las normas jurídicas que componían esos ordenamientos jurídicos se caracterizaban por tener una estructura de sanción negativa. Ello, probablemente, se evidenciaba en la redacción formal de las normas; es decir, sus enunciados estaban compuestos por palabras de connotación negativa que prohibían conductas.

Finalmente se arguye que la técnica utilizada para la construcción de toda esa estructura jurídica es el desalentamiento de la conducta que

se pretende sancionar negativamente, esto por medio de la prohibición que pretende proteger al grupo social.

Como se intuye, hemos procurado explicar el planteamiento bobbioano partiendo de lo más general (Estado) hasta llegar a lo particular (norma jurídica) y pasando por los distintos niveles que aborda la Teoría del Derecho. Procede, entonces, hacer el recorrido inverso para dejar claro como se configura el concepto de “función promocional”, el cual Bobbio construye con base en el Estado Social de Derecho.

La técnica inversa va consistir en alentar las conductas valoradas como socialmente deseables, es decir, aquellas que por medio de los mecanismos institucionales socialmente establecidos, son normadas jurídicamente para promover su realización.

Y es aquí donde Bobbio hace una precisión importante para comprender como la norma jurídica puede alentar una conducta a pesar de tener una redacción prohibitiva, es decir, puede tener una sanción positiva no obstante que su estructura gramatical puede establecer la no realización de una conducta. Al respecto se indica:

“Aunque de hecho las normas negativas vienen habitualmente reforzadas por sanciones negativas, mientras que las sanciones positivas vienen previstas y aplicadas fundamentalmente para reforzar normas positivas, no hay ninguna incompatibilidad entre, por un lado, normas positivas y sanciones negativas y, por otro lado, normas negativas y sanciones positivas. En un sistema jurídico muchas de las normas reforzadas por sanciones negativas son normas positivas (mandatos de dar o hacer). Las técnicas de alentamiento del Estado asistencial contemporáneo se aplican también, aunque más raramente, a normas negativas. En otras palabras, se puede desalentar a hacer como se puede alentar a no hacer. De hecho se pueden dar cuatro situaciones distintas: a) mandatos reforzados por premios; b) mandatos reforzados por castigos; c) prohibiciones reforzadas por premios; d) prohibiciones reforzadas por castigos”.

Esta aguda observación nos permite entender que las normas jurídicas pueden tener un doble sentido, de manera que en la práctica

alienten o desalienten una conducta independientemente de si su estructura y redacción es negativa o positiva. Se trata de las dos caras de una misma moneda, de manera que la presencia de este tipo de normas en un ordenamiento jurídico positivo, le otorgan una funcionalidad diferente a la que su estructura puede evidenciar.

Al advertir en el Estado Social de Derecho la presencia de normas jurídicas que alientan conductas, Bobbio concluye que el ordenamiento jurídico ha incorporado una función que el denomina “función promocional” y que lo diferencia de la función protectora-represiva del Estado Liberal.

Esta perspectiva de análisis y el concepto de “función promocional”, no ha estado exenta de críticas. Al concepto se le endilga el problema de la ambigüedad, ya que se considera que el autor utiliza diferentes sentidos del término “promocional” y del de “función”; por otra parte, se arguye que no establece una tipología amplia, ordenada y homogénea de las funciones de un determinado ordenamiento jurídico.

3. LA FUNCIÓN PROMOCIONAL EN LA TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES ESPAÑOLA: LA INFLUENCIA BOBBIANA

Una vez que hemos visto como se desarrolló en la Teoría del Derecho la incorporación del análisis funcional y el surgimiento del concepto de “función promocional”, procede tratar de atisbar la influencia que este desarrollo teórico puede haber tenido en la evolución de la Teoría de los Derechos Fundamentales en España; en especial, tomaremos con referencia la teoría desarrollada por el profesor Peces-Barba y sin perjuicio de las coincidencias con otros autores.

3.1. La interacción académica Turín-Madrid: la referencia bobbiana en España

Se ha afirmado que la Teoría del Derecho española tiene una influencia importante del pensamiento bobbiano. Fundamentalmente se ha hecho esta afirmación en relación con autores que han tenido una participación destacada en el desarrollo de la Filosofía del Derecho antes, durante y después de la transición del régimen político español de la dictadura a la democracia.

En algunos casos la relación académica con el profesor Bobbio tuvo su génesis desde la década del setenta, cuando aquel estaba en plena madurez intelectual y había comenzado a incorporar el análisis funcional a su Teoría del Derecho. Para nuestros efectos, importa destacar las figuras de Elías Díaz y de Gregorio Peces-Barba; no solo por su aporte en lo atinente a la Teoría de los Derechos Fundamentales, sino porque a partir de su magisterio, otros académicos han seguido desarrollando diferentes investigaciones en este campo del Derecho.

En particular y en relación con la denominada “fase funcionalista” de la Teoría del Derecho bobbiana, se menciona al profesor Peces-Barba como uno de los principales receptores de su influencia. En ese sentido, se ha expresado que: “También hay un rasgo de esa afinidad en las tesis de Peces-Barba sobre la obediencia al Derecho y la objeción de conciencia, aunque no sin matices: compartiría la concepción normativista de Bobbio, corregida por un énfasis especial en la actividad de creación judicial del Derecho, y también hay una mayor atención al análisis funcional del Derecho (en mi opinión, Peces-Barba coincide con E. Díaz en la necesidad de impulsar esta dimensión en la investigación relativa a la conexión entre Derecho y Estado, a propósito de la función promocional)”.

En consecuencia, no es de extrañar que la Teoría de los Derechos Fundamentales esté influenciada por el pensamiento Bobbiano o por lo menos, que se tenga su Teoría del Derecho como uno de sus referentes históricos. De su presencia en España dan fe las reiteradas referencias bibliográficas que se encuentran, tanto en trabajos de reciente data como en aquellos de más largo recorrido.

Veamos, entonces, cuáles puntos de contacto testimonian en la Teoría de los Derechos Fundamentales la incorporación del análisis funcional y la presencia del concepto de “función promocional” desarrollados en la Teoría del Derecho Bobbiana.

3.2. La Teoría de los Derechos Fundamentales: Algunas coincidencias de base

La ubicación de la Teoría del Derecho en la filosofía, tal y como planteó Bobbio después de modificar su perspectiva inicial, permite entender el rumbo que tomó la Teoría de los Derechos Fundamentales en España. Con base en esa ubicación el profesor italiano determinó

que la Teoría del Derecho, la Teoría de la Justicia y la Teoría de la Ciencia Jurídica serán los temas de estudio de la Filosofía del Derecho y esta tripartición fue la que adoptaron la mayoría de filósofos del Derecho en España.

Desde nuestro punto de vista, esta ubicación de la Teoría del Derecho da pie a que se pueda considerar en el plano teórico la dimensión ética y no sólo la dimensión estrictamente jurídica. Es así como en el marco general de la Teoría del Derecho se habla de un positivismo corregido, es decir, de una perspectiva que considera el tradicional ámbito jurídico pero que incorpora también el ámbito externo del ordenamiento jurídico positivo; en ese sentido se ha indicado que:

“La consideración del Derecho positivo como objeto de reflexión de la Filosofía del Derecho, implica otro cambio sustancial. Como consecuencia de “la limitación de lo cognoscible al campo empírico y (de) la eliminación de los problemas axiológicos como fundamentalmente inasequibles al hombre”, se procede a la constatación del Derecho como realidad histórica, lo cual condiciona toda la reflexión que se construye en torno a él. Se quiere decir con ello que el Derecho, ya no se va a entender como expresión de un orden intemporal de las cosas, sino que es un producto de la historia, construido y condicionado por ésta, alcanzando sentido exclusivamente en su seno. El Derecho es considerado un “un deber ser histórico”.

De esta base general es posible deducir lo que se ha denominado la Teoría Dualista de los Derechos. Tal y como se puede inferir, el modelo dualista va ser caracterizado por concebir los derechos como instrumentos éticos y jurídicos; además, va a concebirlos como una forma de defender una determinada concepción de los seres humanos y como una forma de legitimación del poder.

La impronta de Bobbio también va estar presente en el plano metodológico. El abandono de la perspectiva analítica-positivista y su apertura a considerar otros métodos vinculados a la sociología y las Ciencias Políticas entre otros, nos permite entender la importancia del método histórico y racional en la Teoría del Derecho Española; también

nos permite comprender su utilización en la Teoría de los Derechos Fundamentales, especialmente, en relación con su empleo en el análisis diacrónico y sincrónico de los derechos.

Tomando en cuenta lo anterior, es posible visualizar la incorporación de la perspectiva de análisis funcional bobbiana, a la Teoría del Derecho Española en general y a la Teoría de los Derechos Fundamentales en particular. Si el análisis estructural permite ver qué son y cómo son los derechos, el análisis funcional permitirá responder a la pregunta de para qué sirven y por eso se enfatiza que: “Bobbio predijo el progreso de ese punto de vista funcional para el análisis del Derecho”.

Desde esta perspectiva, se comienza a desarrollar una Teoría de los Derechos Fundamentales que utilizando el análisis funcional, va distinguir dos funciones principales de los derechos, a saber: como subsistema dentro del ordenamiento y como recolectores en normas positivas de las pretensiones morales justificadas de los individuos y grupos de la sociedad.

“Con todo ello, se puede decir que cuando se habla de función en relación con los derechos tal y como se entiende en la teoría jurídica española, se está haciendo referencia a dos aspectos. En primer lugar, a la “finalidad” de su incorporación al Ordenamiento, en cuyo caso se produce una opción por lo que se puede denominar un punto de vista externo. Desde esta perspectiva, los derechos se orientan a la legitimidad del poder a través de la protección del individuo.

Pero también se puede atender a la “función de los derechos en el Derecho”. Con este punto de vista interno, el problema se desplaza del “fin” a los “medios”. Lo característico de los derechos es satisfacer aquella función del punto de vista externo funcionando de una forma determinada: como criterios ordenadores del sistema y, en principio, como derechos subjetivos”.

Esta distinción que se hace entre la función externa e interna de los derechos, tiene un punto de contacto en la Teoría del Derecho de Bobbio. Aunque el profesor turinés no es el único referente teórico, sí

es posible intuir que su planteamiento ha influido en el desarrollo de la Teoría del Derecho española y más en específico en la Teoría de los Derechos Fundamentales desarrollada por el profesor Peces-Barba.

Interesa visualizar que esta línea teórica endilga a la función subjetiva de los derechos, el hecho de hacer posible la autonomía y la independencia moral; es decir, los derechos fundamentales integran una moralidad pública que pretende facilitar el ejercicio de la moralidad privada y la libre elección de los planes de vida de cada persona.

Para poder alcanzar estos objetivos se establece que normalmente la función subjetiva se ejerce a través de tres grandes dimensiones que integran el consenso de la cultura jurídica y que desarrollan una función garantizadora o protectora, una función participativa y una función promocional.

3.3. La “función promocional” en la Teoría de los Derechos Fundamentales

Al igual que sucede en Bobbio, la Teoría de los Derechos Fundamentales usa como punto de referencia para explicar la función promocional el cambio entre el Estado Liberal y el Estado Social de Derecho. Se arguye que el gran debate ha sido que sectores conservadores del liberalismo cuestionan los derechos económicos, sociales y culturales y la función promocional del Derecho.

En esa línea y siempre atisbando la posible influencia de Bobbio, se establece que las posiciones posibles a propósito de las obligaciones positivas se decantan de la derecha a la izquierda y desde planteamientos más o menos “liberales”. En ese sentido, el modelo que plantea el autor italiano sirve de referencia para analizar como se fundamenta la necesidad de la función promocional del Derecho en el Estado.

En consecuencia, al analizar el concepto de función promocional en la Teoría de los Derechos Fundamentales, no se puede perder de vista que el análisis funcional de los derechos estará impregnado del debate en torno a la concepción de Estado que se adopte; dicho en otras palabras, la función promocional encuentra sentido en la apertura que hagamos hacia el análisis funcional porque el análisis estructural es insuficiente para dar cuenta de esta dimensión de los Derechos Fundamentales.

La posibilidad que el análisis se distancie de la visión purista del positivismo, es lo que permite advertir los contenidos éticos que hay detrás de la función promocional del Derecho. En ese sentido, la teoría de los derechos da cuenta que a la base de esta función se encuentra los valores de igualdad y de solidaridad como catalizadores y promotores dentro del Estado de esta función del Derecho.

“La función promocional parte del supuesto de aquellas situaciones en que se encuentra la persona, que impiden o dificultan el desarrollo de su moralidad privada, y que ésta es incapaz de resolver por sí misma. Si la finalidad central de los derechos en esta función subjetiva, es hacer posible el ejercicio de la moralidad privada, esta incapacidad para resolver por sí mismos la satisfacción de necesidades básicas, imprescindibles para afrontar el esfuerzo de crear libremente planes de vida, exige esta dimensión última que llamamos función promocional, que supone el apoyo de los poderes públicos y de grupos o poderes privados y de particulares para suplir y promover condiciones y en su caso remover obstáculos. Los valores de igualdad y de solidaridad están detrás, para expresar que no sólo las condiciones de abstención, de participación, sino también las de promoción, forman parte del bien común de la sociedad política; que no son problemas a resolver por cada uno, y que está entre las funciones de los derechos, crear pretensiones jurídicas, con correlativos generales, en el ámbito de la escasez y de los medios realmente disponibles”.

En todo caso y para lo que a esta aproximación le compete, encontramos que la distinción que hace Bobbio entre normas y sanciones, ambas en su función negativa y positiva, es de recibo en la terminología empleada en la Teoría de los Derechos Fundamentales del profesor Peces-Barba. Cuando se habla de obligaciones positivas, por ejemplo, es una forma de plantear con otros términos la sanción positiva establecida en una norma de un determinado ordenamiento jurídico y que procura desarrollar la denominada función promocional del derecho.

Se atisba, finalmente, puntos de contacto del análisis funcional y del concepto de “función promocional” propuesto por Bobbio con la

Teoría de los Derechos Fundamentales desarrollada en España por Gregorio Peces-Barba. Evidentemente en la teoría desarrollada por este último, no solo ha existido la influencia del profesor italiano; sin embargo, resulta clara la afinidad teórica entre ambos, aspecto que ha sido la idea de este trabajo.

CONCLUSIÓN

De todo lo expuesto es dable arribar a algunas conclusiones que no pretenden adoptar el carácter de definitivas e inamovibles, pero que dan cuenta de lo hallado en la aproximación al pensamiento de Norberto Bobbio y en lo relacionado al concepto de “función promocional”.

El autor italiano se caracteriza, en lo que respecta a su Teoría del Derecho, por tener bien marcadas dos etapas que están definidas por un viraje en su concepción filosófica, metodológica y en la forma de analizar el Derecho. Es la etapa segunda donde ubica a la Teoría del Derecho en el ámbito filosófico, donde abandona la metodología analítico-positivista y donde incorpora el análisis funcional a su teoría, con lo cual sienta las bases que le van a permitir plantear el concepto de “función promocional” del Derecho.

El reconocimiento que hizo Bobbio de las limitaciones del análisis estructural, le permitió abrir un camino que no necesariamente recorrió; pero que sirvió para que otros autores tomaran en consideración la necesidad de incorporar el análisis funcional a la Teoría del Derecho y así superar el limitado análisis del positivismo clásico, que era incapaz de explicar la realidad del Estado Social de Derecho.

Las distinciones que realiza el profesor de Turín en relación con las normas jurídicas negativas y positivas, así como en lo atinente a las sanciones negativas y positivas que estas contienen, le permitieron trazar a nivel de la Teoría del Derecho, una comparación entre lo que él denominó la concepción protectora-represiva del Estado Liberal y lo que acontecía en el Estado Social de Derecho; a partir de esta distinción construyó una perspectiva diferente de comprensión del derecho, la cual hemos procurado sintetizar en la idea de análisis funcional y en el concepto de función promocional del Derecho.

La Teoría del Derecho española ha sido receptora e influenciada por el pensamiento de Norberto Bobbio. Independientemente que haya

autores que no hayan seguido su línea de pensamiento, resulta claro que sus tesis han sido tomadas en cuenta en España y han repercutido en los trabajos de diferentes autores; razón por la cual, el conocimiento de su obra y su evolución a través del tiempo, se presenta como pertinente para comprender algunos de los planteamientos de la actual Teoría del Derecho española.

El concepto bobbiano de “función promocional” lo podemos encontrar, no necesariamente en su versión original, en la Teoría de los Derechos Fundamentales desarrollada por el profesor Gregorio Peces-Barba. Existe una serie de puntos de contacto con este concepto y con la incorporación del análisis funcional, que nos permite visualizar la influencia que Bobbio ha tenido en el desarrollo de su Teoría de los Derechos Fundamentales.

Finalmente y por tratarse de una aproximación preliminar a la Teoría del Derecho desarrollada por Norberto Bobbio, se infiere la necesidad de tener que abarcar la totalidad o al menos la mayoría de su obra para conocer su aporte a la Teoría de los Derechos Fundamentales. En otras palabras, el concepto de “función promocional” es solo un ejemplo de las categorías que tienen relación con la teoría de los derechos y que no son posibles ubicar a primera vista en la obra del profesor italiano.

BIBLIOGRAFÍA

- ANSUÁTEGUI ROIG, Franciso Javier. *Poder, Ordenamiento jurídico, derechos*. Cuadernos Bartolomé de las Casas, N° 2, Dykinson, 1997.
- ASÍS ROIG, Rafael de. *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: una aproximación dualista*. Cuadernos Bartolomé de las Casas, N° 17, Dykinson, 2001.
- BARRANCO AVILÉS, María del Carmen. *Teoría Jurídica de los Derechos Fundamentales*. Madrid, Dykinson, 2000.
- BOBBIO, Norberto. *Filofofía del Derecho y Teoría General del Derecho*. RUIZ MIGUEL, Alfonso (Ed), *Contribuciones a la Teoría del Derecho*, Madrid, Debate, 1990, pp. 73-89.
- BOBBIO, Norberto. *Naturaleza y Función de la Filosofía del Derecho*. En RUIZ MIGUEL, Alfonso (Ed), *Contribuciones a la Teoría del Derecho*, Madrid, Debate, 1990, pp. 91-101.

ROMÁN DÍAZ: Una aproximación al concepto de “función promocional”...

- BOBBIO, Norberto. *Ser y Deber ser en la Ciencia Jurídica*. RUIZ MIGUEL, Alfonso. (Ed). Madrid: Debate, 1990, pp. 197-217.
- BOBBIO, Norberto. *Teoría General del Derecho*. GUERRERO, Jorge (Trad), Segunda Edición, Bogotá, Temis, 2005.
- BOBBIO, Norberto. *La Función Promocional del Derecho*, en RUIZ MIGUEL, Alfonso (Ed), *Contribuciones a la Teoría del Derecho*. Madrid, Debate, 1990, pp. 371-385.
- LUCAS, Javier de. *La influencia de Bobbio en España*, en LLAMAS, Angel (Ed.), *La figura y el pensamiento de Norberto Bobbio*. Madrid, Universidad Carlos III. Boletín Oficial del Estado, 1994, pp. 259-282.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Madrid, Debate, 1983.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Derechos Sociales y positivismo jurídico*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, N° 11, Dykinson, 1999.
- PECES-BARBA, Gregorio. *Los Derechos Humanos en Norberto Bobbio*. Claves de la Razón Práctica, N° 144, 2004, pp. 44-47.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso. *Estudio Preliminar: Bobbio y el positivismo jurídico italiano*, en RUIZ MIGUEL, Alfonso (Ed), *Contribuciones a la Teoría del Derecho*. Madrid, Debate, 1990, pp. 13-55.

**INDÍGENAS NO NACIDOS:
¿LOS PROTEGE EL PACTO DE SAN JOSÉ?**

Lic. Álvaro Paul Díaz^()*

Abogado chileno

(Recibido 30/05/11; aceptado 30/11/11)

(*) E-mail: alvaropauldiaz@.com

Actualmente reside en Dublín, Irlanda.

Teléfonos: 353-857706987; Fax 353-16761137

RESUMEN

En el reciente caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay, la Corte Interamericana se vio enfrentada al tema del estatus del no nacido, pero decidió no pronunciarse sobre este asunto. Este artículo, como reacción a dicha decisión, busca interpretar el Pacto de San José, desentrañando el sentido de la norma que dispone que el derecho a la vida deberá protegerse, “en general, a partir del momento de la concepción.”

Palabras clave: Convención Americana de Derechos Humanos, Vida, No Nacido, Concepción, Corte Interamericana.

ABSTRACT

In the recent Xákmok Kásek Indigenous Community v. Paraguay case, the Inter-American Court was faced with the matter of the unborn child's status. However, the Court avoided issuing a decision in this regard. As a reaction, this article purports to interpret the American Convention on Human Rights, elucidating the meaning of the norm stating that the right to life shall be protected, “in general, from the moment of conception.”

Key words: American Convention on Human Rights, Life, Unborn, Conception, Inter-American Court.

SUMARIO

1. Cuestiones generales sobre el caso Xákmok
2. Interpretando el artículo 4.1 en relación al no nacido
 - 2.1. Interpretación textual del tratado a la luz de su contexto, objeto y fin
 - 2.2. Método de interpretación complementario: Trabajos preparatorios
 - 2.3. Interpretaciones evolutiva y pro homine
3. Alcance de la frase “en general”
 - 3.1. Tres posibles interpretaciones del texto de la Convención
 - 3.2. Intepretación más convincente

Conclusiones

Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

Los preámbulos de la Declaración y de la Convención sobre los Derechos del Niño se refieren a la protección, cuidado y debida protección legal del niño “tanto antes como después del nacimiento”. Estos no son los únicos instrumentos que tratan de “niño” al ser humano antes del parto: también lo ha hecho alguna legislación y fallos domésticos, así como sentencias de tribunales internacionales. La calificación del no nacido como “niño” es una acción que tiene importantes consecuencias, como puede ser el reconocerlo como sujeto de derechos. Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH), tiene en su artículo 4.1 una peculiar norma sobre el derecho a la vida, que provee: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.” Esta norma no trata de niño al *nasciturus*, pero utiliza un lenguaje que puede tener consecuencias igualmente importantes.

La citada Convención ha encargado la interpretación de sus normas, principalmente, a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ésta ha dictado cerca de ciento treinta sentencias de fondo sobre muy diversos temas, pero hasta ahora no ha interpretado el artículo 4.1 en materia del no nacido. Ello, a pesar de que los peticionarios del reciente caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay hicieron una solicitud en el tema del *nasciturus*.

Este estudio describirá qué sucedió en el caso Xákmok; dará una interpretación de qué es lo que quiere decir el ambiguo artículo 4.1 de la CADH, y determinará cuál habría sido la decisión correcta en el caso Xákmok. Como conclusión, se afirmará que, no obstante la CADH podría ser interpretada como compatible con cierta legislación que autorice excepcionalmente el aborto, ella declara la calidad de persona del *nasciturus*, por lo que la Corte debiera haber concedido las reparaciones solicitadas en el caso Xákmok.

La importancia actual de este ensayo es patente si se tiene en consideración el reciente informe elaborado por la Comisión Interamericana, que consideró que la prohibición jurisprudencial de la fecundación *in vitro* en Costa Rica habría violado los derechos a fundar una familia y a la privacidad.

1. CUESTIONES GENERALES SOBRE EL CASO XÁKMOK

El caso Xákmok se refiere principalmente a los derechos de propiedad colectiva de un pueblo originario en el Paraguay. Los recurrentes de este caso sostenían que ellos habían reclamado la propiedad de sus tierras ancestrales en conformidad con la legislación paraguaya, pero sin mayores resultados. Ellos también afirmaban que, como consecuencia de esta falta del reconocimiento del derecho a sus tierras ancestrales, se vieron forzados a vivir en un lugar desprovisto de los medios necesarios para su subsistencia, lo que los dejó en un estado de tal precariedad, que afectó sus condiciones generales de vida y, en particular, su salud. Por ello, decenas de integrantes de esta Comunidad murieron. Entre los fallecidos se encuentran dos no nacidos.

Al decidir este caso, la Corte afirmó que el Estado había quebrantado su obligación de reconocer la propiedad de la Comunidad. Además, la Corte consideró que el derecho a la vida no es sólo fuente de obligaciones negativas, sino que también obligaciones positivas dirigidas a proteger y preservar este derecho. En consecuencia, después de dar por probado que el Estado estaba en conocimiento de la existencia de un peligro para la vida de los miembros de esta comunidad indígena, y que no habría hecho uso de las medidas necesarias y razonables para hacer frente a esta situación, falló en contra del Estado. Al momento de determinar qué muertes eran responsabilidad de Paraguay, la Corte distinguió entre los distintos casos. Al referirse a la situación de los no nacidos, sostuvo lo siguiente: “la Corte nota que los representantes y la Comisión no han presentado argumentos en relación con la presunta violación del derecho a la vida de ‘no natos’, por lo que, ante la falta de fundamentación, el Tribunal carece de elementos de juicio para determinar la responsabilidad del Estado respecto a dichos casos.”

2. INTERPRETANDO EL ARTÍCULO 4.1 EN RELACIÓN AL NO NACIDO

En variadas ocasiones la Corte Interamericana ha usado las reglas fijadas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT) como guía en su interpretación del Pacto de San José. Por ello este estudio utilizará los principios establecidos en la CVDT. Sin perjuicio de lo anterior, este trabajo también se referirá a las posibilidades de interpretación de la CADH en un sentido evolutivo y *pro homine*.

Como cuestión previa, conviene hacer presente que, aunque la Corte no se ha pronunciado sobre el no nacido o el aborto, la Comisión Interamericana sí lo ha hecho. El primer pronunciamiento de la Comisión fue efectuado en el caso “Baby Boy” Vs. Estados Unidos, donde este organismo sólo aplicó la Declaración Americana, no la Convención. El segundo es el caso de Paulina Ramírez contra México, donde la Comisión no se pronunció sobre si el aborto era o no permisible de acuerdo a la Convención, sino sobre la legitimidad de las restricciones que se habrían interpuesto a la práctica de un aborto legal según la normativa de Baja California. Por último, en el caso sobre la fecundación *in vitro* en Costa Rica, la Comisión no tuvo que decidir sobre el tema del aborto directo. Así, ninguno de estos pronunciamientos trata en forma general el estatuto del no nacido ante la CADH. Además, debe recordarse que la Corte ha contrariado en numerosas oportunidades las interpretaciones que la Comisión ha hecho de la CADH.

2.1. Interpretación textual del tratado a la luz de su contexto, objeto y fin

Lo primero que debe hacer una interpretación que siga las reglas de la Convención de Viena es analizar el sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin. La interpretación que haga este estudio no juzgará el contenido del artículo 4.1 de la Convención, sino que sólo expondrá su alcance y significado. El primer paso para hacerlo será analizar detalladamente la norma respectiva, que está compuesta por tres oraciones:

1ra: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida”;

2da: “Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción”, y

3ra: “Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.”

Atendido que el objeto de este trabajo es analizar el artículo 4.1 en relación al no nacido, se pondrá especial atención a la segunda oración, que se refiere especialmente al momento de la concepción. Ella está fragmentada por la expresión “en general”. Sin este elemento intercalado la oración dispondría: Este derecho estará protegido por la

ley y a partir del momento de la concepción. Tal redacción, sin la frase “en general”, fue propuesta por los tres proyectos en los que se basó la Convención Americana (Gral. Sec. OAS, 236, 280 & 298). Atendida la complejidad que presenta la frase “en general”, el estudio de la segunda oración será dividido en dos etapas. Por un lado se analizará tal oración sin la frase “en general”, para así entender a qué se le está haciendo dicha salvedad. Después se analizará el sentido de la oración con la referida frase.

El sujeto de la segunda oración es “este derecho”. La palabra “este” remite al lector al derecho referido en la primera oración, es decir, al derecho al respeto de la vida. Atendido que esta oración está construida en una voz pasiva, hay una acción que es ejercida en el sujeto “este derecho”: la “protección”. Como puede apreciarse, esta segunda oración no expande ni restringe el derecho a la vida, sino que sólo establece una obligación de protección. Las expresiones “por la ley” y “a partir del momento de la concepción” están calificando la acción de protección, buscando que el amparo otorgado al derecho a la vida tenga, al menos, esas dos características. Un aspecto importante de este mandato de proteger la vida desde la fecundación, es que se basa en el entendimiento de que el derecho a la vida ya existe en dicho instante, pues de otro modo no habría nada que proteger.

Además, la Convención no sólo declara que el no nacido tiene el derecho a la vida, sino que también reconoce su personalidad. En efecto, la segunda oración del artículo 4.1 extrae la idea del derecho a la vida del nasciturus a partir de la primera oración, que declara que toda persona tiene derecho a que se respete su vida. El artículo 4.1 no admite otra interpretación en este sentido: la primera oración se refiere al derecho de toda persona a que se respete su vida, y la segunda establece la obligación de proteger “este derecho” a partir del momento de la concepción. En otras palabras, la segunda oración se basa en la premisa de que el derecho a la vida de las personas incluye a quienes se encuentran en la etapa intrauterina. Cualquier intento por restringir el alcance del concepto “persona” sería contrario al lenguaje usado por el artículo 4.1.

Las afirmaciones anteriores encuentran también apoyo en otras normas de la CADH, que exhibe una tendencia general en el sentido ya analizado. Por ejemplo, el artículo 1.2 establece que “[p]ara los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”, cuestión que refuerza la personalidad del no nacido, ya que no es fácil sostener que

un feto no pertenezca a la especie humana. Otra norma es la establecida en el artículo 4.5, que prohíbe la aplicación de la pena capital a mujeres embarazadas. Esta regla no fue establecida en beneficio de la madre, cuyos derechos más básicos son llevados a término al aplicársele tal pena, sino que en favor del niño en desarrollo.

El análisis previo aún no ha incluido un estudio de la frase “en general”, que debe ser interpretada. Su sentido literal es simplemente que la protección del derecho a la vida desde el momento de la concepción admite ciertas excepciones. En otras palabras, la CADH entiende que existen situaciones que pueden oponer obstáculos a la protección del derecho a la vida desde el momento de la concepción. Sin embargo, aunque estos óbices pueden impedir la protección del no nacido, en ningún caso lo hacen perder su calidad de persona. Esto no admite dudas, ya que el elemento “en general” fue intercalado en la oración relacionada con la protección del derecho a la vida, no en la que reconoce su personalidad. Desafortunadamente, la extensión de la frase “en general” no fue definida en la Convención, y por eso será analizada más adelante en este trabajo.

La CVDT exige que las interpretaciones textuales estén de acuerdo con el contexto, objeto y fin de un tratado, y la interpretación previa cumple con este requisito. En efecto, es entendible que una Convención sobre garantías básicas busque proteger la vida humana como tal, con independencia de su nivel de desarrollo. Frente a esto, alguien podría argumentar que esta interpretación se opone a la protección de otros derechos relacionados con el aborto, como el derecho a la privacidad, pero esta interpretación no tiene fundamento en el texto de la Convención, cuya explícita mención a la vida desde la concepción no podría verse menoscabada por una construcción interpretativa discutible. Incluso más, la frase “en general” manifiesta la posición tomada por la Convención en un posible choque entre el derecho a la vida y otros –como la privacidad–, pues señala que, aunque en ciertos momentos pueden permitirse interferencias con la protección de la vida, ello sólo podría suceder en situaciones excepcionales.

La postura de la Convención frente al derecho a la vida puede ser considerada como un valor guía de este sistema regional, ya que refleja la especial importancia que las legislaciones nacionales conceden al no nacido en América. En efecto, numerosas Constituciones políticas latino-americanas protegen la vida desde el momento de la concepción.

Asimismo, esta preocupación también se observa en la legislación de aquellos países que prohíben toda norma de aborto directo (Chile, El Salvador, Honduras y Nicaragua), y en la jurisprudencia constitucional de Costa Rica, que prohíbe la fecundación in vitro. Incluso más, no parece ser una coincidencia que, mientras todos los Estados recién nombrados son parte de la Convención, la mayoría de los Estados con leyes liberales de aborto no lo son (v. gr. Canadá, EE.UU., Guyana y Cuba).

Con algunas excepciones, la doctrina está consciente de este sentido del artículo 4.1 de la Convención. Algunos de los juristas que entienden que la Convención protege la vida del no nacido son Monroy Cabra (p. 36), Cançado Trindade (Tanner, 177), Rodríguez Rescia (p. 11), Pasqualucci (p. 341). Además, algunas autoridades gubernamentales también han adoptado esta posición.

Si el intérprete considerara que la Convención no buscó declarar y proteger el derecho a la vida desde el momento de la fecundación, la referencia que el Pacto hace a la concepción acabaría siendo inútil. Esto estaría en contra del principio interpretativo básico de que las disposiciones de una norma deben ser entendidas de un modo en que tengan efecto. Por ello, debe entenderse que el texto de la Convención, entendido a la luz de su contexto, objeto y fin, es claro en que el no nacido es titular del derecho a la vida, a pesar de que pueda haber ciertas excepciones a su protección. La extensión de estas excepciones a la protección del derecho a la vida serán tratadas más adelante en este trabajo. La siguiente sección se dedicará, a pesar del principio *in claris not fit interpretatio*, a considerar otros procedimientos interpretativos, como el recurso a los trabajos preparatorios de la CADH, los que a veces han sido mal entendidos al interpretar el sentido del artículo 4.1.

2.2. Método de interpretación complementario: Trabajos preparatorios

A pesar de que los trabajos preparatorios son sólo un método complementario de interpretación según la Convención de Viena (Art. 32), varias de las elucidaciones del artículo 4.1 de la CADH se han basado principalmente en ellos (Cf. Shelton, 314). Sin embargo, incluso este método complementario de interpretación apoya claramente el hecho de que el recién concebido es considerado una persona en el sistema interamericano.

Según se afirmó recientemente, los tres proyectos originales de la Convención proponían la aprobación de una oración que dispusiera: *“Este derecho estará protegido por la ley a partir del momento de la concepción”*. Sin embargo, cuando la Comisión recibió estos proyectos e hizo su propuesta, “trató de suavizar el rigor del principio consagrado en el Proyecto y por esto propuso intercalar las palabras ‘en general’” (Gral. Sec. OAS, 192). Sin embargo, consideró que *“por razones de principio era fundamental”* mantener la referencia a la concepción (Gral. Sec. OAS, 98. El destacado es nuestro).

Esta redacción propuesta por la Comisión fue entendida como reconociéndole personalidad al no nacido –con todas sus consecuencias–. Es por ello que Brasil propuso suprimir la frase “y, en general, a partir del momento de la concepción”. Este Estado argumentó que, a pesar de que el Código Civil protegía los derechos del no nacido desde el momento de la concepción, su Código Penal permitía la práctica de abortos cuando un embarazo amenazara la vida de la madre o hubiera sido el resultado de “estupro” (Sec. Gral. OEA, 121).

La propuesta de Brasil fue apoyada por los Estados Unidos. Por su parte, República Dominicana propuso copiar la disposición del derecho a la vida del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), que no hace referencia al momento de la concepción, lo que habría tenido los mismos efectos prácticos que suprimir la disputada frase. Según la República Dominicana, el motivo por el cual propuso suprimir esta frase fue el fortalecimiento de “conceptos universales de los derechos humanos” (Sec. Gral. OEA, 57). Ecuador, por su parte, tenía la opinión contraria, ya que proponía la eliminación de la frase “en general”, protegiendo así la vida desde la concepción en toda circunstancia (Sec. Gral. OEA, 160). La propuesta de Brasil fue fuertemente opuesta por Venezuela, que argumentó que las leyes internas no podían ser usadas para decidir sobre derechos civiles y políticos a nivel universal; que la Convención no podía hacer concesiones en relación a la existencia de la vida desde el momento de la concepción, y que sería inaceptable que la Convención no estableciera un principio como éste (Sec. Gral. OEA, 159 & 160).

La propuesta de Brasil y Estados Unidos fue rechazada. Asimismo, el resultado del actual artículo 4.1 tampoco es el propuesto por los proyectos originales o por Ecuador, de modo que admite excepciones a la protección del derecho a la vida, las que serán analizadas en la sección final de este trabajo. Sin embargo, el texto

actual es el mismo que fue defendido por Venezuela diciendo que “no puede haber concesiones” a la existencia del derecho a la vida desde el momento de la concepción (Sec. Gral. OEA, 160). Por ello, a pesar de que el artículo 4.1 utilice la salvedad “en general”, los trabajos preparatorios permiten al intérprete afirmar que la actual redacción es una solución más de principios que de concesiones entre los países americanos.

2.3. Interpretaciones evolutiva y *pro homine*

De lo que se ha dicho hasta el momento queda claro que el texto de la Convención considera que el no nacido es una persona a quien se le reconoce el derecho a la vida. Sin embargo, no está de más preguntarse si una interpretación evolutiva o *pro homine* –utilizadas también por la Corte– podría entender que ha cambiado esta lectura, tornando el derecho a la vida más restrictivo.

Frente a ello, debe observarse que las interpretaciones progresivas de los tratados de derechos humanos son siempre usadas para ampliar el alcance de los derechos, nunca para reducirlos, ya que las regresiones no son aceptadas por quienes favorecen las interpretaciones progresivas (Mahoney, 66). Esto es especialmente así cuando uno se enfrenta con el derecho a la vida, ya que, “[e]n razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo”. Por ello, interpretaciones progresivas sólo podrían hacer más exigente el derecho al respeto de la vida.

Sin perjuicio de lo anterior, alguien podría argumentar que interpretar la Convención como compatible con legislaciones que permitan el aborto no es restringir el derecho a la vida, sino que potenciar otros derechos, como el de la privacidad o el de la integridad personal. Sin embargo, los sistemas jurídicos en los que se han invocado estos derechos para dejar sin efecto la prohibición del aborto, son sistemas en que el estatus constitucional del *nasciturus* no se encuentra establecido en forma tan clara como en la Convención, que explícitamente reconoce la personalidad desde la concepción.

Además, debe tenerse en consideración que las interpretaciones evolutivas pueden dar luces sobre el significado de ciertos términos en un determinado tratado, pero no pueden contrariar el texto del mismo. En efecto, las únicas materias que pueden ser interpretadas evoluti-

vamente, y de ese modo expandir la aplicación de un tratado a campos que no habían sido previstos, son aquellas que ya se encontraban explícita o implícitamente en el texto de un tratado (Mahoney, 66). Esta precaución debe ser tenida especialmente en cuenta en el caso del artículo 4.1, ya que se refiere al derecho a la vida, “un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos”.

Por último, las interpretaciones progresivas requieren de un motivo para ser aplicadas. En muchos casos éste será un cambio en las circunstancias, por ejemplo, por la existencia de nuevos métodos tecnológicos. Sin embargo, esta última justificación podría ser utilizada justamente para hacer más exigente la protección de la vida, pues los mayores conocimientos en materia de anticoncepción, la comprensión del ADN del embrión, y los cada vez menores peligros asociados al embarazo podrían justificar una interpretación evolutiva que potencie el derecho a la vida, haciendo más estrechas las excepciones aceptadas por la frase “en general”. Incluso, si se considerara el consenso internacional como base de un concepto evolutivo de los derechos humanos –cuestión muy discutible–, éste no podría ser usado en este caso, ya que las tendencias internacionales no son claras. Algunas legislaciones se han vuelto más liberales, como en el caso del Distrito Federal de México o Colombia, pero otras se han vuelto más estrictas, como ha sucedido en el caso de Nicaragua, El Salvador, Chile y en muchas constituciones de estados de mexicanos. Incluso en Estados Unidos podría afirmarse que la legislación se ha vuelto menos favorable al aborto.

Por otra parte, algo similar sucede con el principio *pro homine*. Éste es usado para extender un derecho, pero nunca para restringirlo. Por tanto, no podría usarse para restringir la protección al derecho a la vida. Además, si con esta interpretación se buscara potenciar otros derechos, como el derecho a la privacidad, ello no podría hacerse en contra del texto expreso de la Convención. La misma Corte Interamericana ha señalado que “el equilibrio de la interpretación se obtiene orientándola en el sentido más favorable al destinatario de la protección internacional, siempre que ello no implique una alteración del sistema”. Por último, este principio podría usarse para afirmar que el sistema interamericano no permite ningún tipo de abuso en contra de la persona, concepto que incluye al no nacido. En efecto, este argumento fue utilizado por el Tribunal Constitucional de Chile para favorecer al *nasciturus*.

3. ALCANCE DE LA FRASE “EN GENERAL”

Este estudio ha mostrado la intención de la Convención de reconocer personalidad al ser humano desde el momento de la concepción, y de requerir al Estado que proteja, como regla general, la vida del feto desde tal momento. Hasta ahora este trabajo no ha interpretado cuál es el significado de la expresión “en general”, cuestión que se hará a continuación.

3.1. Tres posibles interpretaciones del texto de la Convención

El texto de la Convención es claro al autorizar la desprotección de la vida sólo en circunstancias excepcionales, de modo que la regla general debiera ser la protección. No obstante ello, la existencia de una excepción a derecho a la vida del inocente parece filosóficamente incoherente con el espíritu de la Convención. Sin embargo, no lo será si tal excepción es interpretada a la luz de otras normas de la CADH.

Ni la Convención ni los trabajos preparatorios dejaron muchas pistas claras para resolver cuáles son las excepciones al derecho a la vida permitidas. En todo caso, cualquier interpretación que se haga al artículo 4.1 deberá excluir lecturas que tornen inútil la frase “en general, a partir del momento de la concepción”. En consecuencia, no se deberán tomar en cuenta interpretaciones que olviden la existencia de la frase “en general”, que refleja que la protección del derecho a la vida del no nacido no es absoluta. Tampoco son aceptables aquellas interpretaciones que priven de contenido a la generalidad de la protección desde el momento de la concepción, pues la Convención busca que la protección de la vida del nasciturus sea la regla general, prohibiendo el aborto libre. En consecuencia, parece haber sólo tres posibles lecturas de las excepciones referidas en el término “en general”.

Las primeras dos lecturas se basan en que los redactores de la Convención no quisieron aceptar la propuesta de los Estados Unidos y Brasil, cuyas legislaciones de la época aceptaban casos muy limitados de aborto. Este rechazo significaría que las naciones americanas no querían permitir, precisamente, las excepciones al derecho a la vida autorizadas por tales Estados.

La primera de estas dos interpretaciones es de Rita Joseph. Ella, a falta de antecedentes para interpretar el artículo 4.1 de la CADH en

los trabajos preparatorios respectivos, se basa en los del PIDCP. Ella nota que durante la elaboración del PIDCP, uno de los Estados presentó una indicación para insertar una referencia a la concepción, y analiza los motivos que llevaron a su rechazo. Después de hacerlo, Rita Joseph considera que la expresión “en general” no fue agregada a la CADH como una solución consensuada que permitía a los Estados mantener sus leyes de aborto, sino para expresar que el derecho a la vida debe entenderse, “a grandes rasgos, desde el momento más temprano de existencia o, hablando en forma más práctica, desde el primer conocimiento que se tenga de la existencia del niño por parte de la madre, el doctor y/o el Estado” (Joseph, 225).

Atendido el rechazo de la propuesta de Brasil y los Estados Unidos, una segunda interpretación considera que la frase “en general” permitiría sólo las excepciones aceptadas en legislaciones que prohíben el aborto directo. Tales sistemas legales toleran aquellas terminaciones del embarazo que se siguen de la aplicación del principio del doble efecto. En otras palabras, permiten los abortos indirectos, aquellos que son el efecto previsto de intervenciones médicas destinadas a curar a la madre, no a dañar al nasciturus. Ejemplo de lo anterior es el caso de una mujer embarazada que requiera inmediatamente de radioterapia para enfrentar un cáncer que amenace su vida. Este tratamiento posiblemente resultará en la muerte del no nacido, pero no busca directamente dar muerte al nasciturus. Algo similar podría suceder en el caso de un embarazo ectópico.

Una tercera forma de interpretar la Convención es prestando atención sólo al texto del Pacto, y no al hecho de que la propuesta de Brasil y los Estados Unidos fue rechazada. Esta posición vería en la redacción actual del artículo 4.1, un acuerdo político entre los Estados que autorizaban el aborto en ciertos casos y aquellos que no lo hacían. Como consecuencia, tal interpretación consideraría que la CADH es compatible con legislaciones que permitan el aborto en forma excepcional, como sucede con embarazos que constituyen un peligro real para la vida de la madre, o que son el resultado de una violación. Éstos fueron los casos descritos por el delegado de Brasil al momento de oponerse a la norma correspondiente.

Como puede observarse, aunque se adoptara la interpretación más liberal posible de entre aquellas compatibles con el texto de la CADH, ella no permitiría situaciones como la del caso Xákmok, donde habría sido la negligencia del Estado la que provocó la muerte de los niños no nacidos.

3.2. Interpretación más convincente

Las tres interpretaciones recién expuestas podrían ser consideradas compatibles con el texto del artículo 4.1 de la CADH considerado aisladamente. Sin embargo, la segunda solución parece ser la más convincente a la luz de la CADH considerada como un todo. La primera razón por la cual esta interpretación es más convincente, es porque tiene en consideración, junto con la lectura de Rita Joseph, que la propuesta de Brasil y los Estados Unidos fue rechazada, un hecho frente al que la tercera interpretación parece estar ciega. Sin embargo, entre las dos lecturas que tienen en cuenta este hecho, la primera no parece muy convincente, porque se basa principalmente en los trabajos preparatorios de una convención de derechos humanos distinta.

La segunda interpretación es también más plausible que la tercera atendida la distinción entre protección y respeto que se consagra en las primeras oraciones del artículo 4.1. Estos conceptos suelen ir de la mano, pero la Convención establece que habrá casos en los que el derecho a la vida puede ser respetado, pero sin estar protegido, ya que la Convención admite excepciones a la protección de la vida, pero no a su respeto. No es fácil entender cómo es posible respetar un derecho sin protegerlo, pero este enigma se resuelve al adoptar la interpretación según la cual la Convención autorizaría sólo abortos indirectos. Ella permite que haya momentos en los cuales la vida del concebido no se proteja –pues no se impedirá que la madre se someta a tratamientos curativos necesarios y proporcionales que puedan acarrear indirectamente la muerte del no nacido–, pero se respete –ya que las acciones que acarreen la muerte del nasciturus no habrán estado dirigidas en su contra–.

La segunda interpretación también parece ser más convincente por estar de acuerdo con el derecho a la igual protección de la ley, establecido en el artículo 24, que exige considerar que el derecho a la vida del nasciturus y de su madre coexisten en igualdad de condiciones. Una interpretación que permita acciones destinadas a acabar directamente con la vida del no nacido, incluso si ellas son realizadas después de equilibrar sus intereses con los de su madre iría en contra de lo dispuesto en el artículo 24 de la Convención –especialmente si el nasciturus es abortado por ser discapacitado–. Sólo una acción que no vaya directamente en contra de la vida del no nacido sería admisible como excepción a la protección de la vida según el artículo 4.1.

En consecuencia, la interpretación que permite desproteger la vida del no nacido sólo cuando sea afectada como resultado no querido de un tratamiento médico destinado a salvar la vida de la madre parece ser la más convincente. Las razones de ello emanan principalmente del texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos considerada como un todo.

CONCLUSIONES

El caso *Xákmok Kásek* fue el primero en el cual la Corte fue enfrentada directamente con el tema del no nacido. Sin embargo, el Tribunal Interamericano decidió no embarcarse en este tema, probablemente por su naturaleza tan controversial. Esta actitud es lamentable, atendido que es necesario aclarar la disposición de la Convención que protege la vida, “en general, a partir del momento de la concepción”. Para resolver este caso la Corte debiera haber notado que la Convención declara que el no nacido es persona y tiene derecho a la vida, sin perjuicio de que ésta no siempre se proteja.

En algunos sistemas jurídicos la controversia entre el interés del no nacido y de la mujer embarazada ha sido entendida como un choque de derechos entre estos dos grupos. Sin embargo, en el sistema interamericano esta situación se encuentra ya resuelta por la misma CADH. Si se quisiera hablar en clave de equilibrios de derechos, podría decirse que la Convención ha dado un peso decisivo al derecho a la vida, cuestión que hace por considerar que “de su salvaguarda depende la realización de los demás derechos. Al no ser respetado el derecho a la vida, todos los demás derechos desaparecen, puesto que se extingue su titular.”

Sin perjuicio de lo anterior, el texto del derecho a la vida en el Pacto de San José no es absolutamente claro, ya que acepta excepciones a la protección del derecho a la vida, sin señalar explícitamente cuáles son éstas. Por ello, convendría que la Corte se pronunciara sobre esta norma. Este artículo considera que las excepciones permitidas son sólo aquellas derivadas de la aplicación del principio de doble efecto.

Sin perjuicio de lo anterior, ni siquiera la interpretación más liberal de estas excepciones a la protección de la vida –en tanto sea fiel al texto de la Convención– permitiría incluir dentro de ellas las acciones negligentes del Estado que conlleven la muerte de niños no nacidos.

Por ello, la solución del caso Xákmok en este punto era suficientemente sencilla: la Corte debiera haber otorgado la indemnización solicitada por la comunidad indígena.

BIBLIOGRAFÍA

- CORRAL TALCIANI, Hernán. *Derecho Civil y Persona Humana: Cuestiones Debatidas*, Santiago, Lexis Nexis, 2007, 244.
- DEVINE, Philip E. *The Principle of Double Effect*. *The American Journal of Jurisprudence*, 1974, 19, 44-60.
- Gral. Sec. OAS (General Secretariat of the Organization of American States), *Anuario Interamericano de Derechos Humanos 1968 / Inter-American Yearbook on Human Rights 1968*, Washington, D.C., Secretariat of the Inter-American Commission on Human Rights, 1973, 428.
- IIDH (Instituto Interamericano de Derechos Humanos), *La Actuación del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité Cedaw)*, Tomo I, San José, IIDH, 2008, 818.
- JOSEPH, Rita. *Human Rights and the Unborn Child*. Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, 350.
- KACZOR, Christopher. *Moral Absolutism and Ectopic Pregnancy*, en *Journal of Medicine and Philosophy*, 2001, 26, 61-74.
- MAHONEY, Paul. *Judicial Activism and Judicial Self-Restraint in the European Court of Human Rights: Two Sides of the Same Coin*. *Human Rights Law Journal*, 1990, 11, 57-88.
- MEDINA QUIROGA, Cecilia. *La Convención Americana: Vida, Integridad Personal, Libertad Personal, Debido Proceso y Recurso Judicial*. Santiago, Universidad de Chile, Centro de Derechos Humanos, 2003, 428.
- MIRANDA MONTECINOS, Alejandro. *El Principio del Doble Efecto y Su Relevancia en el Razonamiento Jurídico*. *Revista Chilena de Derecho*, 2008, 35, 485519.
- MONROY CABRA, Marco Gerardo. *Derechos y Deberes Consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos 'Pacto de San José de Costa Rica'*, en *La Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Washington, D.C., Secretaría General O.E.A., 1980.
- PALACIOS ZULOAGA, Patricia. *La Aplicabilidad del Derecho a la Vida al Embrión o Feto en la Jurisprudencia Internacional*. *Anuario de Derechos Humanos*, 2005, 1, 75-80.

- PASQUALUCCI, Jo M. *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*. Cambridge, C.U.P., 2003, 488.
- RAMCHARAN, B.G. *The Right to Life in International Law*. Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1985, 355.
- RODRÍGUEZ RESCIA, Víctor. *Las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Guía Modelo para su Lectura y Análisis*. San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2009, 31.
- SCHABAS, William A. *Canadian Ratification of the American Convention on Human Rights*. Netherlands Quarterly of Human Rights, 1998, 16, 315-342.
- Sec. Gral. OEA (Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos). Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos: Actas y Documentos, OEA/Ser.K/XVI/1.2, San José, Costa Rica, 7-22 de Noviembre de 1969, Washington, D.C., Secretariat of the Inter-American Commission on Human Rights, 1973, 534.
- SHELTON, Dinah. *Abortion and the Right to Life in the Inter-American System: The Case of 'Baby Boy'*. Human Rights Law Journal, 1981, 2, 309-318.
- TANNER, Lauri R. *Interview with Judge Antônio A. Cançado Trindade, Inter-American Court of Human Rights*. Annual Survey of International and Comparative Law, 2010, XVI, 165-188.

DOCUMENTO

**III CONGRESO DE LA RED INTERNACIONAL
DE POSGRADOS EN DERECHO.
DECLARACIÓN DE SAN JOSÉ, COSTA RICA,
10 Y 11 DE MAYO DE 2012, CELEBRADO
EN LA UNIVERSIDAD DE COSTA RICA**

Los integrantes de la Red Internacional de Posgrados en Derecho, reunidos en su III Congreso en la ciudad de San José, Costa Rica, los días 10 y 11 de mayo de 2012, acordaron por unanimidad los siguientes Acuerdos:

- Promover la universalización de la Red, mediante la incorporación de más miembros, particularmente académicos de universidades iberoamericanas.
- Incidir en la procuración de recursos financieros ante organismos internacionales y regionales para fortalecer las acciones de la Red, particularmente se propone plantear a la Organización de las Naciones Unidas y a la Organización de Estados Americanos el otorgamiento de fondos.
- Determinar la conveniencia del incremento de la matrícula del posgrado a partir de criterios de calidad, con base en la capacidad instalada de cada universidad y con el apoyo de nuevas tecnologías, con sustento en diagnósticos integrales y evaluación permanente.
- Impulsar la mejor conformación de núcleos académicos del posgrado mediante la habilitación de los profesores e investigadores a través de acciones de formación en técnicas pedagógicas.
- Presentar un planteamiento a las autoridades educativas de cada país, sobre la necesidad de exigir a las universidades e instituciones de educación superior el cumplimiento de los criterios de calidad en la apertura de todo programa de posgrado y durante su desarrollo.
- Efectuar un diagnóstico de las posibles colaboraciones académicas, que permita generar acciones institucionales e inter-institucionales que propicien nuevas formas de colaboración nacional e internacional, en donde los programas de posgrado puedan consolidar, impulsar y fortalecer la formación académica de estudiantes, docentes y tutores.
- Establecer recomendaciones sobre la eficiencia terminal del posgrado, para orientar criterios sobre la congruencia y pertinencia entre los requisitos de ingreso, el funcionamiento del sistema tutorial, las opciones de graduación, el seguimiento de egresados y la tasa de graduación.

- Evaluar alternativas para el fortalecimiento de la estructura administrativa y de apoyo, particularmente el sistema bibliotecario, instrumentos de información y registro escolar.
- Asumir el compromiso de cuidar los criterios mínimos de calidad para la apertura, permanencia y evaluación de los programas de posgrado en Derecho.
- Fortalecer el binomio investigación-posgrado, a partir del convencimiento de que toda acción formativa de posgrado en Derecho debe estar vinculada a las líneas y proyectos específicos de investigación delimitados en cada programa.
- Identificar espacios para publicar los productos de las investigaciones, procurando hacerlo en universidades de la Red, que faciliten la publicación de artículos en revistas indexadas, así como ensayos y trabajos de divulgación, que generen oportunidades de participar a estudiantes y académicos.
- Crear la revista de la Red Internacional de Posgrado en Derecho, merced al apoyo de la Universidad Nacional Autónoma de México, para impulsar el conocimiento jurídico, con el compromiso de publicar su primer número en el segundo semestre de 2013.
- Promover la vinculación del posgrado en Derecho con los sectores público, privado y social, mediante acciones específicas de formación, investigación y extensionismo, a partir del convencimiento de que la educación es por y para la sociedad.
- Difundir ante la sociedad las acciones y productos del posgrado en Derecho, mediante los mecanismos de divulgación de cada institución, como prensa, radio y televisión, entre otros.
- Celebrar, a más tardar, en el mes de mayo de 2013 el IV Congreso Internacional de Posgrado en Derecho, en la Universidad Técnica Particular de Loja, Ecuador, a propuesta del doctor Homero Tinoco Matamoros, director del Departamento de Ciencias Sociales y Jurídicas de la referida Universidad.
- Agradecer a la señora doctora Yamileth González García, Rectora de la Universidad de Costa Rica y a los doctores Daniel Gadea

Nieto, Decano de la Facultad de Derecho y Javier Llobet Rodríguez, Director de Posgrados en Derecho de dicha universidad, el apoyo brindado para la organización y realización del III Congreso Internacional de Posgrado en Derecho, así como todas sus atenciones. De igual manera, se extiende especial reconocimiento a los señores Directores de las Facultades de Derecho de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, doctor Guillermo Nares Rodríguez y de la Universidad Veracruzana, doctor Manlio Fabio Casarín León, por su asistencia a este encuentro.

San José, Costa Rica, 11 de mayo de 2012.

Por la Red Internacional de Posgrados en Derecho:

Dr. Jorge Fernández Ruiz

Presidente

Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez

Director del Doctorado en Derecho
de la Universidad de Costa Rica

Dra. Marina del Pilar Olmeda García

Secretaria Ejecutiva de la Red Internacional
de Posgrados en Derecho

Participantes:

Dr. Luis Fernando Álvarez
Universidad de Javeriana, Colombia

Dr. Daniel Gadea Nieto
Universidad de Costa Rica, Costa Rica

Dr. Alvaro Burgos Mata
Universidad de Costa Rica, Costa Rica

Dr. Hugo Alfonso Muñoz Quesada
Universidad de Costa Rica, Costa Rica

Dr. Javier Llobet Rodríguez
Universidad de Costa Rica, Costa Rica

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez
Universidad de Costa Rica, Costa Rica

Dr. Minor E. Salas
Universidad de Costa Rica, Costa Rica

Dr. Pedro Enrique Haba Müller
Universidad de Costa Rica, Costa Rica

M.Sc. Ana Lorena González Valverde
Universidad de Costa Rica, Costa Rica

Ph. D. Rosa María Abdelnour
Universidad de Costa Rica, Costa Rica

Dr. Homero Tinoco Matamoros
Universidad Técnica Particular de Loja, Ecuador

Dr. Jorge Fernández Ruiz
Universidad Nacional Autónoma de México, México

Dra. Irina Graciela Cervantes Bravo
Universidad Nayarit, México

Dr. Luis Antonio Corona Nakamura
Instituto Prisciliano Sánchez, Jalisco, México

Dra. Magdalena Díaz Beltrán
Universidad Autónoma de Baja California,
Campus Mexicali BC, México

Dra. Marina del Pilar Olmeda García
Universidad Autónoma de Baja California,
Campus Mexicali BC, México

Dr. Francisco Guerrero Flores
Universidad Autónoma de Guerrero, México

Mtro. Saúl Pérez Trinidad
Universidad Nacional Autónoma de México, México

Dr. Guillermo Genares Rodríguez
Universidad Autónoma de Puebla, México

Dr. León Magno Meléndez George
Universidad Autónoma de Puebla, México

Dr. Eduardo Fabián Herrera Olmeda
Universidad Autónoma de Sinaloa, México

Dr. Gonzalo Armenta Hernández
Universidad Autónoma de Sinaloa, México

Dra. Gloria Agustina Salinas Sánchez
Universidad Autónoma de Sinaloa, México

Dra. Martha Lourdes Camacho Rivera
Universidad Autónoma de Sinaloa, México

Dra. Sofía Barraza Valenzuela
Universidad Autónoma de Sinaloa, México

Mtro. Carlos Ramiro Ruiz Moreno
Universidad de Guadalajara, México

Dr. Julio César Kala

Universidad de Guanajuato, México

Dr. Manlio Fabio Casarín León

Universidad Veracruzana, México

Mtro. David Del Angel Moreno

Universidad Veracruzana, México

Dr. Alejandro Román Sánchez

Universidad de Panamá, Panamá

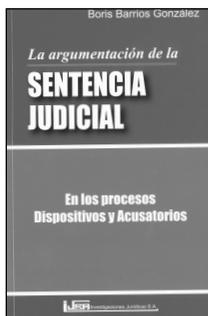
Dr. Víctor Vega Reyes

Universidad de Panamá, Panamá

Reseñas bibliográficas a cargo del Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez

Barrios González, Boris. ***La argumentación de la sentencia judicial en los procesos dispositivos y acusatorios*** (San José:

Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 295 páginas, 2012).



En la *Introducción*, su autor el Dr. Barrios, nos expresa que es preciso plantear nuevos criterios de argumentación jurídica conforme a las nuevas tendencias doctrinales, como mecanismo de modernización de la justicia en interés de la legitimidad, validez y eficacia de la sentencia judicial (p. 23).

El *índice* de esta obra se divide en capítulos:

Introducción

- I. Del positivismo a la teoría de la argumentación jurídica
- II. El replanteamiento de la sentencia judicial en términos argumentativos
- III. Formación de la sentencia judicial en términos argumentativos

Bibliografía

– o –

Llobet Rodríguez, Javier. ***Estudio de Derecho penal Ilustrado y Clásico*** (San José: ISOLMA, 155 páginas, 2012).

En la *Introducción*, su autor el Dr. Llobet, nos señala que para el *garantismo* la defensa del Estado Social de Derecho, una consecuencia del principio de dignidad de la persona humana y no requiere ninguna justificación relacionada con la prevención de delitos (p. 10).

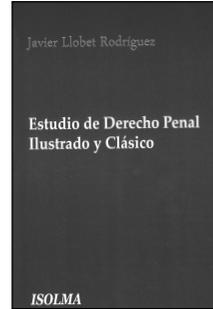
El contenido de este libro es:

Introducción

- I. Jean Paul Marat y la ilustración penal
- II. Francesco Carrara y el programa de Derecho Criminal

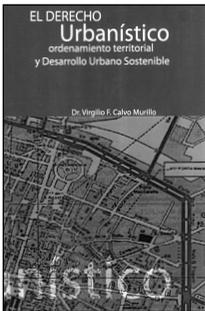
Conclusiones

Bibliografía



— o —

Calvo Murillo, Virgilio. ***El derecho urbanístico. Ordenamiento territorial y desarrollo urbano sostenible*** (San José: ISOLMA, 113 páginas, 2010).



En la *Introducción*, su autor el Dr. Calvo, indica que el desarrollo urbano, económico y social adquirido al momento actual, por obra de los avances tecnológicos, se ha visto matizado con los estudios de la doctrina tanto del Derecho Urbanístico como del Derecho Ambiental, relativos a los conceptos de ordenamiento territorial y de desarrollo urbano sostenible (p. 5).

El contenido de esta obra es:

Introducción

- I. Nociones introductorias
- II. Ordenamiento territorial y programación económica en la experiencia de Italia y la jurisprudencia constitucional de Costa Rica
- III. Ordenamiento territorial
- IV. Desarrollo sostenible

- V. Ordenamiento territorial y desarrollo urbano sostenible en el sistema jurídico costarricense
- VI. Esfuerzos de nuestro país en la aplicación práctica del ordenamiento territorial y el desarrollo urbano sostenible

Conclusiones

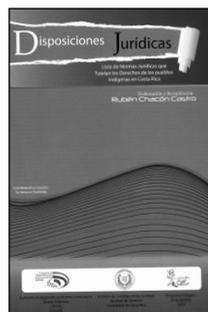
Bibliografía

– o –

Chacón Castro, Rubén. ***Disposiciones jurídicas. Lista de normas jurídicas que tutelan los derechos de los pueblos indígenas de Costa Rica*** (San José: Comisión de regionalización interuniversitaria Huetar Atlántica, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UCR, Programa Indígena Área Jurídica; ed. ISOLMA, 178 páginas, 2012).

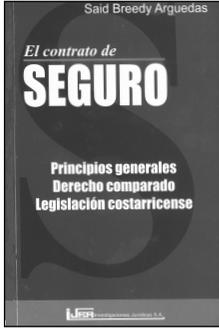
El contenido de este libro es:

- Datos sobre los pueblos indígenas de Costa Rica
- Mapa de los territorios indígenas de Costa Rica
- Lista de normas jurídicas nacionales sobre pueblos indígenas
- Textos íntegros con índices de normas importantes
- Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas
- Índice temático de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas



– o –

Breedy Arguedas, Said. ***El contrato de seguro. Principios generales, Derecho comparado, legislación costarricense*** (San José: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 325 páginas, 2012).



El autor nos señala, en su *Nota*, que en Costa Rica, el Derecho de Seguros no tiene un desarrollo prominente y pocos autores nacionales se han preocupado por difundir el tema, acompañado de poco respaldo normativo y jurisprudencial (pp. 23 y 24).

La Ley No. 8956 reguladora del contrato de seguros, salió publicada en La Gaceta No. 175 del 12 de setiembre del 2011.

El contenido de este libro se divide en capítulos, a saber:

- I. Base técnica
- II. Nociones generales
- III. Partes y terceros intervinientes
- IV. Elementos esenciales estructurales
- V. Obligaciones principales de las partes
- VI. La póliza instrumentalización del contrato
- VII. El tiempo en el contrato de seguro. Formas de duración y extinción

Bibliografía

– o –

Sánchez del Castillo, Vilma. ***El ABC del derecho a la contratación electrónica*** (San José: Editorial Jurídica Continental, 179 páginas, 2012).

En la *Introducción*, la autora Dra. Sánchez, afirma que se centrará en explicar al lector los fundamentos del Derecho de la Contratación Electrónica, con énfasis en las etapas precontractual y contractual del negocio jurídico (p. 14).



Este libro se divide en capítulos:

Introducción

- I. Anotaciones generales sobre el nacimiento y el desarrollo del Derecho del comercio electrónico. A propósito de un estudio de derecho comparado.
- II. La contratación electrónica desde la perspectiva del Derecho Internacional, el Derecho Comunitario y el Derecho Español.
- III. Derecho costarricense aplicable a la contratación por medios electrónicos

A modo de conclusión

Bibliografía

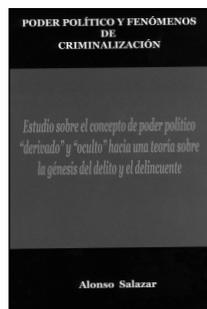
– o –

Salazar Rodríguez, Alonso. ***Poder político y fenómenos de criminalización***. *Estudio sobre el concepto de poder político “derivado” y “oculto” hacia una teoría sobre la génesis del delito y el delincuente* (San José: ISOLMA, 217 páginas, 2012).

Este libro se divide en los siguientes capítulos:

- I. Planteamiento del problema
- II. Concepto de poder político
- III. Concepto del fenómeno de la criminalización

- IV. Proceso de creación del derecho
- V. El delito como un problema o como un conflicto
- VI. Primer nivel de criminalización (sistema de selección de conductas delictivas)
- VII. Segundo nivel de criminalización (la intervención de las agencias de policía y autoridades administrativas)
- VIII. Tercer nivel de criminalización (la intervención del órgano fiscal)
- IX. Cuarto nivel de criminalización (la intervención del órgano jurisdiccional)
- X. Quinto nivel de criminalización (la ejecución penal)
- XI. Conclusión general
- XII. Epílogo



Bibliografía

Anexos

— o —

Boletín Jurídico Virtual Ius Doctrina. Enero-junio 2012. San José: Universidad de Costa Rica. Facultad de Derecho. Área de Informática Jurídica y Avance Tecnológico. www.iusdoctrina.ucr.ac.cr
Directora: Licda. Anahí Fajardo Torres. 158 páginas.



El contenido de Ius Doctrina es:

Perspectiva jurídica de las inundaciones como hipótesis de responsabilidad administrativa.

Dr. Virgilio Calvo Murillo

El desarrollo de megaproyectos en territorios indígenas costarricenses.
Licda. Marcela Moreno Buján

Naturaleza jurídica de la “conciliación” ante el Tribunal Ambiental
Administrativo de la República de Costa Rica.
Dr. Daniel Montero Bustabad

Memorias implantadas en víctimas de delitos sexuales
Licda. Nancy Rodríguez Calderón

Simplismo jurídico. Algunas manifestaciones en la jurisdicción
Lic. Andrei Cambronero Torres

– o –

Romero Pérez, Jorge Enrique. ***Derecho internacional de las contrataciones públicas electrónicas***. Premio Catedrático Humboldt 2010. (San José: Editorial de la Universidad de Costa Rica, 268 páginas, 2012).

Autor de la reseña: *Dr. Rafael González Ballar*.

En la *Presentación* de este libro, el Rector de la Universidad de Costa Rica, Dr. Henning Jensen Pennington afirma que:

En el caso del Catedrático Humboldt 2010, el Consejo Consultivo que otorgó el Premio, considero –entre otros aspectos– que el Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez es un especialista en el campo del Derecho Público y Administrativo y que sus publicaciones sobre Reforma del Estado y Los Procesos de Contratación Administrativa, al igual que su amplia trayectoria académica, le han valido numerosos y variados reconocimientos a nivel nacional e internacional.



Este libro responde a unos de los aspectos del plan de trabajo que presentó este catedrático para optar por este galardón.

En la región Centroamericana y del Caribe, es una de las primeras investigaciones que se publican en este terreno de las compras públicas electrónicas.

El contenido de este libro tiene una división en capítulos:

Presentación

Preámbulo

- I. Las relaciones del derecho con el fenómeno de la globalización
- II. Comercio electrónico
- III. Gobierno digital o electrónico
- IV. Contratación pública electrónica en Costa Rica
- V. Contratación pública electrónica en América Latina
- VI. Contratación pública electrónica en la Comunidad Europea

Cada capítulo presenta su respectiva bibliografía.

– o –

REVISTA DE CIENCIAS JURÍDICAS

Definición de la revista

- La *Revista de Ciencias Jurídicas* es una publicación científica en el campo del Derecho.
- *Cobertura temática*: los artículos que publica pertenecen a las diversas ramas jurídicas.
- Se *publica* bajo los auspicios del convenio interinstitucional de la Universidad de Costa Rica y el Colegio de Abogados de Costa Rica. Esta revista tiene *nivel* científico.
- Su *objetivo* es divulgar y difundir ensayos en las diferentes disciplinas del saber científico-jurídico, para la asesoría y apoyo logístico de estudiantes y operadores, en general, del Derecho.
- Dirección: Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. América Central.
- Periodicidad: Cuatrimestral.
- Revista impresa y digitalizada.

REQUISITOS PARA LA PRESENTACIÓN DE ARTÍCULOS

1. Los artículos deben ser originales e inéditos.
2. El artículo no sobrepasará las 25 cuartillas tamaño carta y a doble espacio; y, se presentará con el tipo de letra *Times New Roman* en 14 puntos, las notas al pie de página en 12 puntos.
3. De cada artículo se presenta un original en papel y una versión electrónica (disquete o CD).
4. El título responde de manera concreta y específica al contenido del artículo. No extenderlo a más de ocho palabras.
5. El artículo se acompaña con:
 - a) Un resumen de seis líneas en español y en otro idioma.
 - b) Cinco palabras clave en español y en otro idioma.El autor es responsable de este punto 5.
6. Las páginas del artículo deben numerarse.
7. Cada trabajo presentado debe incluir la bibliografía utilizada. Esta se consignará al final y por orden alfabético del autor.
8. La bibliografía incluye los siguientes datos:
 - a) De libro: autor, año de la primera edición si está consignado, título del libro (subrayado), edición utilizada, ciudad, editorial, año, páginas.
 - b) De publicaciones periódicas: autor, título del artículo (entre comillas). Nombre de la publicación (subrayado), año, volumen, número, páginas.
 - c) De textos electrónicos: "Responsable principal. Título [tipo de soporte]. Responsable(s) secundario(s). Edición. Lugar de publicación: editor, fecha de publicación, fecha de actualización/visión. Descripción física. (Colección). Notas. Disponibilidad y acceso [Fecha de consulta]. Número actualizado".
Ejemplo: "Library of Congress. *History and development of the Library of Congress machine-assisted realization of the virtual electronic library* [en línea]. [Washington, D.C.: Library of Congress], 15 June 1993. <gopher://lcmarvel.loc.gov:70/00/about/history> [Consulta: 5 mayo 1997]". (Fragmentos: *Norma ISO690*).
9. El autor del artículo debe indicar brevemente sus datos personales, profesionales, académicos, adscripción laboral, e-mail, teléfono y fax.

Sistema de arbitraje: el Consejo Asesor o Comisión Editorial tiene, además, la función evaluadora o de arbitraje.

Impreso por
Litografía e Imprenta LIL, S.A.
San José, Costa Rica
www.lilicr.com
Tel. (506) 2235-0011
386597