

Revista de Ciencias Jurídicas
Universidad de Costa Rica
Facultad de Derecho
Colegio de Abogados
No. 106 - Cuatrimestral
enero - abril - 2005 - 248 págs.

I Derecho - Revistas

Revista fundada en 1963

Hecho el depósito de ley

Impreso en Costa Rica

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

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

ISSN

0034-7787

CONSEJO ASESOR:

POR EL COLEGIO DE ABOGADOS:

Lic. Gilberto Corella Quesada	Presidente
Lic. Ramiro Arauz Montero	Pro-secretario
MBA José Iván Salas Leitón, Coordinador de Enlace	Vocal I
Lic. Miguel Román Díaz	Vocal II
Licda. Iliana Arce Umaña	Colegiada

POR LA FACULTAD DE DERECHO:

Dr. Rafael González Ballar	Decano
Dr. Alfredo Chirino Sánchez	Profesor
Dr. Jorge Enrique Romero Pérez	Profesor
Dr. Minor Salas Solís	Profesor

Director y Editor

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO

COLEGIO DE ABOGADOS

**REVISTA
DE
CIENCIAS JURIDICAS**

106

SAN JOSE, COSTA RICA
2005
ENERO - ABRIL

JUNTA DIRECTIVA
COLEGIO DE ABOGADOS

2005

Presidente:

Lic. Gilberto Corella Quesada

Vicepresidente:

Lic. Alejandro López McAdam

Secretaria:

Licda. Grettel Ortiz Alvarez

Prosecretario:

Lic. Ramiro Salvador Aráuz Montero

Tesorera:

Licda. Rocío Cerdas Quesada

Vocal 1:

MSc. José Iván Salas Leitón

Vocal 2:

Lic. Miguel Román Díaz

Vocal 3:

Licda. Cruz María Calvo Cuadra

Vocal 4:

Lic. José Daniel Alvarado Bonilla

Vocal 5:

Lic. Wilfred Arce Salas

Fiscal:

Licda. Sonia María Arias Gutiérrez

AUTORIDADES
UNIVERSITARIAS

Rectora:

Dra. Yamileth González García

Directora Consejo Universitario:

MSc. Jollyanna Malavasi Gil

Vicerrectora de Docencia:

Dra. Libia Herrero Uribe

Vicerrector de Investigación:

Dr. Henning Jensen Pennington

Vicerrectora de Acción Social:

Dra. María Pérez Yglesias

Vicerrector de Administración:

M.Sc. Herman Hess Araya

Vicerrector de Vida Estudiantil:

M.Sc. Carlos Villalobos Villalobos

Decano Sistema de Estudios de Posgrado

Dr. Jorge Murillo Medrano

Coordinador de la Comisión Editorial:

Dr. Fernando Durán Ayanegui

PRESENTACION

En este número se publican investigaciones en los campos del Derecho Penal, Constitucional, Comercial, Económico Internacional, Notarial y Ambiental.

Además, se presentan las reseñas bibliográficas de la producción jurídica nacional.

Se indica que el artículo sobre *Justicia y desarrollo: la justicia como centro del proceso de reforma del Estado* es de la abogada Nancy Hernández López, publicado en la revista anterior N° 105.

El director - editor

**NUEVO ACCESO A LA INFORMACION
PARA ABOGADOS Y ABOGADAS
Proyecto Colegio de Abogados y Universidad
de Costa Rica - Facultad de Derecho**

Licda. Iliana Arce Umaña
Pro-Secretaria Junta Directiva
Licda. Alcira Cascante Ardón
Directora Biblioteca de Derecho U.C.R.
Licda. Anabí Fajardo Torres,
Directora Unidad de Informática U.C.R.

La Junta Directiva del Colegio de Abogados se ha dado a la tarea de identificar algunos proyectos que contribuyan al beneficio de los y las agremiadas de todo el país. Dentro de esa identificación, uno de los proyectos que se definió como prioritario es el denominado “Biblioteca Virtual”, hoy conocido como “*Centro de Información Jurídica en Línea*”.

Se identificó como socio para este proyecto a la Facultad de Derecho de la U.C.R, entre otras razones, por ser el centro de enseñanza que cuenta con más volúmenes de libros y revistas, con una base informática importante, con sedes regionales y por ser una Institución Pública de gran trayectoria y permanencia en nuestro medio. Aparte de las relaciones contractuales que ha mantenido con el Colegio a través de varios años.

Los Miembros de Junta Directiva, Licenciada Iliana Arce Umaña y el MSc. Iván Salas Leitón integraron una comisión junto con funcionarios de la Facultad de Derecho, de la Universidad de Costa Rica, quienes se dieron a la tarea de formular el proyecto, trabajando en forma conjunta. Asesorándose además en la parte informática por los funcionarios del Colegio y de la Universidad de Costa Rica. Sin dejar de lado la valiosa colaboración de la Licda. Rocío Cerdas, Miembro de la Junta Directiva. Y contando con el apoyo e interés de la Rectora de la Universidad de Costa Rica, Dra. Yamileth González García, del Dr. Rafael González Vallar, Decano de la Facultad de Derecho, del Licenciado Gilberto Corella Quesada, Presidente del Colegio, y de todos los demás miembros de la Junta Directiva.

Es nuestro criterio que este proyecto en el futuro se constituirá, sin lugar a dudas en el cambio cualitativo más importante de acceso a la información jurídica que se pondrá a disposición de los abogados y abogadas en todo el país. Pues de frontera a frontera se tendrá acceso a la información desde el punto de vista doctrinal, jurisprudencial y legislativo. A través de una computadora se facilitará la información y en aquellos casos que esto no es posible, con una simple llamada telefónica también se tendrá acceso a la misma.

Es así como el Colegio de Abogados y la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica han unido esfuerzos con la finalidad de propiciar

posibilidades de “alfabetización digital”. De esta forma se pretende, por una parte ofrecer una educación continua a los profesionales en ciencias jurídicas, y por otro lado el acceso a las diferentes fuentes de información en los formatos que la tecnología actual permite.

La Biblioteca de la Facultad de Derecho se ha caracterizado por dar un servicio presencial y personalizado a sus usuarios, pero al igual, ha incorporado en su quehacer diario el uso de la tecnología.

Dado lo anterior, la Biblioteca ha puesto a disposición de sus usuarios (as) un acceso electrónico a su fondo bibliográfico compuesto por 65.000 volúmenes aproximadamente (Colección de referencia, colección del Diario Oficial La Gaceta desde 1921, colección de tesis de grado, hemeroteca con aproximadamente 100 títulos de revistas y una colección general en doctrina, además de una colección de material de un incalculable valor) a través del OPAC (Catálogo en línea del SIBDI) y de una Base de Datos local DJN (Doctrina Jurídica Nacional) con 11.500 registros en donde se encuentra indizada toda la información jurídica producida por autores nacionales. (Tesis de grado, textos y artículos de revista), ambos accesibles a través de Internet.

La Biblioteca atenderá, además, a los y las abogadas que están al día en sus cuotas de colegiatura que soliciten el servicio, de acuerdo con la reglamentación que al efecto se emitirá.

La creación del Centro de Información Jurídica en línea tiene como objetivo general atender a la población de profesionales en el área jurídica del Colegio de Abogados.

De esta forma se podrá:

1. Ofrecer a los profesionales en derecho acceso en línea a diferentes fuentes bibliográficas de información jurídica.
2. Iniciar una Biblioteca digital de artículos de revista a texto completo.
3. Contribuir al desarrollo profesional de los abogados y abogadas en todo el país.
4. Establecer canales de comunicación eficaces para la transmisión de información.
5. Difundir información actualizada a la comunidad jurídica nacional.
6. Promover la capacitación virtual de los abogados.

En la pasada Asamblea General del Colegio de Abogados celebrada el 15 de noviembre se aprobó el financiamiento de este proyecto para sus primeros dos años tanto de creación del Centro como de funcionamiento. Esta acción conjunta constituye un logro que permitirá a los colegiados tener acceso a la información en forma amplia, expedita y comprensiva, lo que facilitará entre otros el ejercicio de la abogacía, la argumentación jurídica y la incorporación de nuevas tecnologías en el ejercicio profesional.

Enhorabuena para todos y todas.

(San José: Revista de la Judicatura N° 1, Diciembre del 2004, pp. 37-38. Asociación Costarricense de la Judicatura).

DERECHO A LA TUTELA EFECTIVA

Dr. Oscar Ugalde Miranda^(*)
Catedrático

(*) Universidad de Alcalá de Henares, España.

SUMARIO:

Introducción

- I. Derecho a la tutela judicial efectiva
 - I.1. Derecho a una Resolución Sobre el Fondo
 - I.1.1. Acceso a la Justicia
 - I.1.2. Acceso a los Recursos
 - I.2. Derecho a una Resolución Fundada en Derecho
 - I.3. La Incongruencia
 - I.3.1. Incongruencia por Exceso
 - I.3.2. Incongruencia Omisiva
 - I.4. Prohibición Constitucional de Indefensión
 - I.4.1. Infracción de una Norma Procesal
 - I.4.2. Limitación de Medios de Defensa
 - I.4.3. Falta de Imputabilidad al Justiciable
 - I.4.4. Carácter Definitivo y Falta de Subsanación
 - I.4.5. Carga de Especificar la Defensa Preterida
 - I.4.6. Juicio de Incidencia
 - I.5. Carácter Subsidiario
 - I.5.1. Previo Agotamiento de los Recursos
 - I.5.2. Invocación del Motivo en la vía Judicial Previa
- II. Sentencia Nº 19/1995, de 24 de enero de 1995
 - II.1. Hechos
 - II.2. Agravios de la Representación Procesal de la Demandante
 - II.3. Argumentos de la Representación Procesal del INSS
 - II.4. Argumentos del Fiscal
 - II.5. Fundamentos Jurídicos de la Sentencia
 - II.6. Comentario

INTRODUCCIÓN

He realizado con agrado este estudio sobre la sentencia del Tribunal Constitucional Español Nº 19/1995, que se refiere fundamentalmente al Derecho a la Tutela Judicial Efectiva, consagrado en el artículo 24.1 de la Constitución Española.

Si bien es cierto, este trabajo tiene básicamente, un enfoque jurídico de la legislación española, creo que el instituto en estudio, como tal, tiene aplicaciones en nuestro Ordenamiento Jurídico y puede ayudar a los estudiantes de derecho, a tener una mejor comprensión sobre el mismo, que resulta de gran importancia en nuestro país, que tiene una tradición de ser un Estado de Derecho.

Para efectos prácticos y de mayor comprensión he dividido el trabajo en dos partes. Una primera parte, referente a dar algunas reflexiones doctrinarias, muy genéricas, sobre el Derecho a la Tutela Judicial Efectiva, con el propósito de ubicar el tema de estudio.

La segunda parte, versará sobre el análisis concreto de la sentencia en cuestión, haciéndose primeramente, una breve referencia a los hechos, posteriormente, los argumentos esbozados por cada una de las partes, incluyendo al Ministerio Fiscal y por último, un comentario recapitulando los fundamentos doctrinarios, que sienta la sentencia sobre el Derecho a la Tutela Judicial Efectiva.

Espero haber comprendido en su verdadera dimensión el tema objeto de estudio y haberlo transmitido correctamente.

I. EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL

El derecho a la tutela judicial efectiva está consagrado en el art. 24.1 C.E. y lo que el precepto parece reconocer es un derecho fundamental universal, que garantiza, que todas las situaciones jurídicas puedan ser sometidas a un proceso judicial y que en el mismo los tribunales de justicia actúen perfectamente.

Lo anterior equivale a decir, que el Tribunal Constitucional, debería corregir todas las resoluciones judiciales defectuosas, mediante el recurso de amparo.

Podemos aventurarnos a expresar, que las facetas más importantes del derecho a la tutela judicial efectiva, son las siguientes y a las cuales nos vamos a referir posteriormente:

- a) Derecho a una resolución sobre el fondo.
- b) Derecho a una resolución fundada en derecho.
- c) La incongruencia.
- d) La prohibición constitucional de indefensión.

Finalmente, debemos estudiar como aspecto general, pero prevalente en esta materia, el carácter subsidiario del recurso de amparo.

1.1. Derecho a una resolución sobre el fondo

Este derecho es empleado en dos contextos diversos. El primero, alude a la sentencia que pone fin a un litigio o causa, pronunciándose en el fondo sobre los derechos e intereses legítimos de las partes.

En este caso relativo al acceso a la instancia, se dilucida el acceso a la justicia en sentido estricto, sea que un tribunal conozca y resuelva un conflicto de derechos e intereses planteado ante él.

El segundo, se refiere a los diferentes grados de recurso, que la ley establece, permitiendo que tribunales superiores controlen las decisiones adoptadas por los inferiores.

En este caso, a diferencia del anterior, se trata únicamente de asegurar el funcionamiento de los mecanismos de recurso, o sea, que los tribunales superiores revisen las resoluciones dictadas por los inferiores, que les están sometidos funcionalmente a través de los recursos pertinentes.

También sucede, que en ciertos casos es el tribunal superior el que dicta la sentencia de fondo, bien porque el inferior declinó pronunciarse indebidamente o bien porque el superior se muestra en desacuerdo con lo resuelto por el inferior.

En cualquiera de los anteriores casos es necesario, que el tribunal de instancia ostente la competencia. En otras palabras, el acceso a la instancia es determinante del acceso a la justicia o sea a obtener una

resolución sobre el fondo del asunto. Por el contrario, el acceso al recurso, sólo es determinante para conseguir una revisión del fallo de instancia; para obtener en su caso el control de una resolución judicial, que ya se ha pronunciado sobre el fondo del asunto.

I.1.1. Acceso a la Justicia

Podemos afirmar, que el derecho de acceso a la justicia es la piedra angular de todos los demás derechos, que protege el derecho a la tutela judicial efectiva. Así el tribunal, que deniega una sentencia sobre el fondo de una controversia, convierte en inútiles las restantes garantías procesales contenidas en el art. 24 C.E.

I.1.2. Acceso a los Recursos

Este derecho tiene dos vertientes, que se pueden diferenciar perfectamente: el derecho al recurso penal y el derecho al recurso legal.

El primero significa, que toda persona declarada culpable de un delito y condenada, pueda someter a una instancia superior la revisión de ese fallo.

El segundo, que además se difiere del derecho a la instancia, es contingente al no existir norma alguna en la C.E., que obligue a la existencia de una doble instancia.

La jurisprudencia ha señalado, que el derecho a los recursos legales puede plasmarse de dos maneras muy distintas, a saber: en primer lugar, se censura la denegación arbitraria de los recursos establecidos por la ley.

La segunda corriente, se refiere al derecho a acceder a los recursos establecidos por la ley, como parte del derecho fundamental a la tutela judicial, interpretando las leyes procesales en el sentido más favorable al ejercicio del derecho fundamental.

I.2. Derecho a una Resolución Fundada en Derecho

Este derecho en otras palabras conduce a decir, que la resolución judicial esté motivada. Cómo se reputa la inexistencia o insuficiencia de

motivación, por ejemplo: cuando aquella es manifiestamente arbitraria, es decir aquella que no tiene nexos lógicos entre la decisión y argumentación.

Ahora bien, no significa lo anterior un derecho al acierto judicial, pues la selección de la norma aplicable en cada caso concreto es una cuestión de mera legalidad.

También se quebranta este derecho, cuando un tribunal decide sobre la base de un error patente o sobre la base de una selección o interpretación de la norma aplicable arbitraria o manifiestamente irrazonable, porque en tales casos la decisión judicial no puede decirse que esté fundada en derecho.

I.3. La Incongruencia

La incongruencia es un vicio procesal, que adquiere relevancia constitucional cuando se produce un exceso -extra petitum- o por defecto u omisión.

Al respecto es necesario precisar, que la incongruencia extra petitum, produce indefensión cuando implica una completa modificación de los términos del debate y la incongruencia omisiva supone falta de tutela judicial efectiva, siempre que sea tal y no una desestimación tácita.

I.3.1. Incongruencia por Exceso

Esta consiste en que el tribunal se excede al fallar el pleito, porque concede más de lo que se le ha pedido (ultra petitum) o algo distinto de lo que se le ha pedido (extra petitum).

En otras palabras, lo que sucede es que no se respeta el petitum de la demanda o también puede ser reconducida a las excepciones alegadas por el demandado. La verdadera virtualidad de la regla de la congruencia es proteger el derecho de defensa.

I.3.2. Incongruencia omisiva

En segundo lugar, como tipo de incongruencia, existe la omisión de pronunciamiento o incongruencia omisiva. Esta tiene relevancia

constitucional y es susceptible de amparo, porque supone una falta de tutela judicial efectiva. En sentido amplio, consiste en la falta de pronunciamiento en aquellos casos en la sentencia debía de pronunciar. Sin embargo, en sentido puro, la incongruencia omisiva sólo se produce si alguna pretensión oportunamente deducida por el actor ha quedado imprejuizada.

I.4. Prohibición Constitucional de Indefensión

El art. 24.1 C.E. no sólo proclama el derecho a la tutela efectiva de jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sino que a continuación dispone: “sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”. Lo anterior significa que la tutela judicial no sólo a de ser efectiva, sino, que a de ser sin indefensión. En otras palabras, podría decirse que el art. 24.1 C.E. proclama dos derechos fundamentales: el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a no padecer indefensión.

Es importante referirnos en este acápite a los elementos que componen la indefensión, según la jurisprudencia constitucional: la infracción de la norma procesal; limitación de medios de defensa; falta de imputabilidad al justiciable; carácter definitivo y falta de subsanación; carga de especificar la defensa preterida; y el juicio de incidencia.

Ahora nos vamos a referir en forma muy escueta a cada uno de ellos.

I.4.1. Infracción de una norma procesal

Generalmente, la constatación de que se ha producido indefensión es porque se ha infringido una norma procesal. Se dice generalmente, porque este es el único elemento del juicio de indefensión, que no es necesario en todo caso. Puede ser que se produzca indefensión de la aplicación correcta de una norma procesal, que resulte inconstitucional o bien sin ser inconstitucional, por ejemplo con los actos de comunicación con las partes.

I.4.2. Limitación de medios de defensa

La infracción de la norma procesal tiene que producir una privación o limitación de oportunidades de defensa. Estas oportunidades

pueden ser la facultad de realizar alegaciones o proponer o practicar pruebas o ambas a la vez.

Esta limitación puede tener su origen en la ignorancia del justiciable o en una resolución judicial y puede producirse en todo el proceso, en una instancia, en un trámite o incidente concreto o en la sentencia.

I.4.3. Falta de imputabilidad al justiciable

La privación o limitación de la defensa no ha de ser imputable a quien la alega, incluido su representante o defensor. Podemos agregar, que la imputabilidad al recurrente de la indefensión puede basarse en la falta de diligencia, o bien en el conocimiento extraprocesal.

I.4.4. Carácter definitivo y falta de subsanación

Para que pueda apreciarse indefensión, es necesario que la privación o limitación de defensa no haya quedado ulteriormente sanada. Dicha subsanación puede producirse en un ulterior trámite, porque el justiciable tiene la posibilidad de realizar la defensa, que previamente se le impidió. Además, como ya se dijo, es obligación del justiciable poner de manifiesto ante el órgano judicial la limitación o privación padecida, porque de lo contrario se entenderá que la indefensión le es imputable a él.

I.4.5. Carga de especificar la defensa preterida

Este elemento se refiere, a que quien alegue indefensión no puede limitarse a poner de manifiesto, que ha sido privado o que se le ha limitado ilegítimamente de una oportunidad de alegación o de prueba, debe especificar de que contenido habría dotado esos trámites de alegación y prueba. En otras palabras, la noción de indefensión es realmente material. Ello no significa, que el indefenso quede vinculado a la efectiva utilización de esos medios de defensa, pero en todo caso le convendrá ser diligente en sus intenciones, porque el juicio definitivo sobre la efectividad de la indefensión va a depender de la idoneidad de esos medios de defensa, para alterar el resultado.

I.4.6. Juicio de incidencia

Finalmente, la privación o limitación de las posibilidades de defensa sólo produce indefensión, si ha acarreado un perjuicio al recurrente, pues, en caso contrario, la infracción sería meramente formal. En esto consiste la diferencia entre, la indefensión material o constitucional y la indefensión procesal, legal o formal.

I.5. El Carácter Subsidiario del Recurso de Amparo

En el derecho constitucional español, el sistema constitucional de garantías de los derechos fundamentales y libertades públicas, no se asienta en la intervención del Tribunal Constitucional, sino en la jurisdicción ordinaria.

La intervención del Tribunal Constitucional no es el mecanismo central del sistema, porque la protección primaria de tales derechos queda encomendada a los jueces y tribunales.

El recurso de amparo constituye así un medio extraordinario y suplementario de la normal y primaria tutela de los derechos fundamentales, que constitucionalmente se encomienda a los órganos judiciales ordinarios.

Este principio se manifiesta de dos maneras, a saber: el agotamiento previo de los recursos y la invocación del motivo en la vía judicial previa. Seguidamente, pasamos a referirnos a cada uno de estos aspectos.

I.5.1. Previo Agotamiento de los Recursos

El criterio rector que preserva decididamente el carácter subsidiario del recurso de amparo, se materializa en la siguiente frase: “que se hayan agotado todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial”.

El segundo criterio que define este presupuesto, es el de la invocación formal en el proceso judicial del derecho fundamental vulnerado. En efecto, el recurso de amparo sólo tendrá viabilidad procesal cuando la jurisdicción ordinaria haya tenido previamente la

oportunidad de restablecer el derecho fundamental supuestamente vulnerado. Con lo anterior, se trata nuevamente de garantizar, que sean los jueces y tribunales ordinarios los que dispensen la tutela de los derechos fundamentales.

I.5.2. Invocación del Motivo en la Vía Judicial previa

El recurso de amparo sólo tendrá viabilidad procesal, cuando la jurisdicción ordinaria haya tenido previamente, la oportunidad de restablecer el derecho fundamental supuestamente vulnerado, con lo que de nuevo, se trata de garantizar que sean los jueces y tribunales ordinarios los que dispensen la tutela a los derechos fundamentales.

La LOTC en el art. 44.1.c. ha precisado, que esa invocación debe hacerse sin dilación alguna. Aunque sobre este particular la doctrina constitucional ha sido bastante flexible, tanto en lo que se refiere a la forma de invocar, como a la temporaneidad de la invocación.

En cuanto a la invocación es preciso, que el recurrente haya procedido a calificar jurídicamente la violación supuestamente producida, lo que significa, que no basta con la mera cita de la norma legal que se considera infringida.

En cuanto al momento para alegar la violación, debe hacerse en el primer momento procesal, que haya tenido la parte para ponerlo de manifiesto.

Corresponde ahora referirnos a la sentencia que interesa, es la Sentencia del Tribunal Constitucional, Nº 19/1995, de 24 de enero de 1995.

II. SENTENCIA Nº 19/1995, de 24 de enero de 1995

Se trata de un recurso de amparo promovido por doña Josefa Fuentes Cuervo, contra el auto de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, dictado en aclaración de la sentencia, recaída en autos sobre invalidez permanente total.

II.1. Hechos

II.1.1. Doña Josefa Fuentes Cuervo -recurrente- interpuso recurso de suplicación contra la Sentencia del Juzgado de lo Social Nº 3 de

Oviedo, de 1 de febrero de 1993, desestimatoria de la demanda que había promovido contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, en reclamación del reconocimiento de la situación de invalidez permanente total derivada de enfermedad común.

El recurso se fundamentó, al amparo del art. 190.b) y c) de la LPL, sobre la base de dos motivos. En el primero, se solicitaba la revisión del hecho tercero de los declarados probados en la sentencia de instancia, en el que se recogían las dolencias que padecía la actora. En el segundo de los motivos, se denunciaba la infracción del art. 135.1.b) y 4 de la LGSS, al entender aquélla que se hallaba en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual.

II.1.2. La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias dictó Sentencia, con fecha 14 de octubre de 1993, en cuya parte dispositiva, se estima el recurso de suplicación y, en consecuencia, revocando la sentencia de instancia, se declara a la actora en situación de invalidez permanente total derivada de enfermedad común y se condena al Instituto Nacional de la Seguridad Social a abonarle una pensión vitalicia por importe del 55 %, de una base reguladora de 51.170 pesetas, con efectos al 1º de mayo de 1992.

El examen de los motivos del recurso de suplicación es abordado en el fundamento de derecho segundo de la sentencia. Respecto al primero -mediante el que se propugnaba la revisión del hecho tercero de los declarados probados en la sentencia de instancia- se dice, que no puede prosperar, pues corresponde a la libertad del juzgador la elección para determinar, entre los distintos medios de prueba practicados y aportados, aquéllos en los que ha de basar los hechos que declaró probados, infiriéndose éstos de las pruebas aportadas y practicadas en el acto de juicio oral con las debidas garantías de inmediación, oralidad e igualdad de armas, libremente valoradas por el Juez a quo, sin que se advierta, que su interpretación sea equivocada o errónea.

Por lo que se refiere al segundo de los motivos -en el que se denunciaba la infracción del art. 135.1, b), y 4 de la LGSS-, se razona literalmente en la sentencia que “del inalterado relato fáctico se desprende que dichas secuelas no reúnen uno de los requisitos que el art. 132.3 exige para que se pueda decir que nos encontramos ante una invalidez permanente, a saber, reducción anatómica o funcional grave, ya que las mismas permiten la realización de las fundamentales tareas de lo que constituye la profesión habitual de labradora”. Razonamiento

al que se añade la apreciación de la Sala, de que resulta ajustada y correcta “la valoración efectuada por el juzgador a quo de las secuelas invalidantes que han sido médicamente objetivizadas”, concluyendo seguidamente, el examen de este segundo motivo y de la fundamentación jurídica de la sentencia con la afirmación de que “el motivo del recurso ha de ser estimado”.

II.1.3. El Instituto Nacional de la Seguridad Social, al amparo del art. 267.1 y 2 de la LOPJ, interpuso recurso de aclaración contra la citada sentencia, solicitando se modificase el fallo de la misma, dado que de la simple lectura de sus fundamentos de derecho, se desprendía la desestimación de los motivos del recurso y, sin embargo, en su parte dispositiva se declaró su estimación.

II.1.4. La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia, por Auto de 8 de noviembre de 1993, estimó el recurso de aclaración y, en consecuencia modificó el fallo de la Sentencia, de 14 de octubre de 1993, en el sentido de desestimar el recurso de suplicación interpuesto por la ahora demandante de amparo, contra la Sentencia del Juzgado de lo Social N° 3 de Oviedo, de 1 de febrero de 1993.

La Sala apreció la contradicción denunciada y la consideró encuadrable en los supuestos del art. 267 de la LOPJ, ya que la fundamentación jurídica de la sentencia contradecía el tenor literal de su parte dispositiva, puesto que, después de argumentar la desestimación del recurso y, por lo tanto, la consecuencia ineludible de la confirmación de la de instancia, sin embargo, se falló por evidente error, estimando el recurso.

II. 2. Agravios de la representación procesal de la demandante

Alega la demandante, que la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), dado que la mencionada resolución judicial, so pretexto de un recurso de aclaración, revoca íntegramente el fallo de una Sentencia definitiva, excediendo lo que un recurso de aclaración permite. De conformidad con el art. 267 de la LOPJ, después de dictada sentencia definitiva, sólo cabe “aclarar algún concepto” o “suplir cualquier omisión que contenga”, pero no la revocación de la parte dispositiva de la sentencia en su integridad, como en este caso, se ha efectuado mediante el auto impugnado, que, como resulta de su lectura, ni aclara ningún concepto oscuro, ni suple omisión alguna.

Expresa, además, que no se ha respetado el plazo previsto en el art. 267.3 de la LOPJ, según el cual, el recurso de aclaración tenía que haber sido resuelto por el órgano judicial, en el día siguiente al que se instó la aclaración de la sentencia.

Concluye esta parte suplicando, se dicte sentencia por la que se otorgue el amparo solicitado y se declare la nulidad del Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de Justicia de Asturias, en que se aclara la sentencia.

II.3. Argumentos de la representación procesal del Instituto Nacional de la Seguridad Social

Aunque el derecho fundamental reconocido por el art. 24.1 de la CE actúa como límite, que impide a los Tribunales revisar las sentencias y demás resoluciones firmes, al margen de los supuestos taxativamente previstos por la Ley, incluso en la hipótesis de que con posterioridad entendieran, que la decisión judicial no se ajusta a la legalidad, a través del llamado recurso de aclaración, se abre un cauce excepcional de modificación, de los fallos judiciales, que se orienta a hacer posible a los órganos judiciales “como excepción, aclarar algún concepto, suplir alguna omisión o corregir algún error material sobre los puntos discutidos en el litigio”; vía aclaratoria, que el Tribunal Constitucional ha estimado plenamente compatible con el principio de intangibilidad de las sentencias firmes.

El alcance del recurso de aclaración -continúa expresando- ha sido delimitado por la jurisprudencia constitucional, en el sentido de estar destinado únicamente a “...simples errores materiales o evidentes omisiones en la redacción o transcripción del fallo que puedan deducirse con toda certeza del propio texto de la sentencia ...”, sin que ello “...implique un juicio valorativo, apreciaciones de consecuencias jurídicas... ni suponga resolver cuestiones discutibles u opinables por evidenciarse el error directamente al deducirse con toda certeza del propio texto de la sentencia sin necesidad de hipótesis, deducciones o interpretaciones ...”; Este remedio procesal “no consiente que sea rectificado lo que se derive de los fundamentos jurídicos...”. Asimismo -expone-, que tiene declarado el Tribunal Constitucional, que no integra el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1) el beneficiarse de simples errores materiales o de evidentes omisiones en la redacción o transcripción del fallo.

Concluye, que en el presente supuesto, la simple lectura de la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Asturias, revela la evidente contradicción existente entre la fundamentación jurídica, amplia, correcta y razonable, en contra de la tesis de la actora y el fallo favorable para la misma; discordancia apreciable, constitutiva de una evidente *contradictio in terminis*, que pone de manifiesto, que no se equivocó el Tribunal al juzgar, sino al trasladar el resultado de su juicio a la parte dispositiva de la sentencia. Resulta claro, por consiguiente, que el Tribunal *ad quem*, por medio del auto de aclaración, se limitó a subsanar una equivocación, reparando un error meramente material y manteniendo los criterios valorativos de la sentencia, puesto que, así se desprende de la totalidad de la fundamentación jurídica de la sentencia, sin necesidad de interpretación, hipótesis o deducción alguna.

Por otra parte, en relación con la alegación de la recurrente, de la extemporaneidad para resolver el recurso de aclaración, sostiene que el art. 267.2, en relación con el art. 267.3, ambos de la LOPJ, y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, amplían el ámbito temporal de la posible aclaración o rectificación, cuando se trata de simples errores materiales, cual es el supuesto que nos ocupa, resultando en cualquier caso, esa extemporaneidad que se denuncia, una mera irregularidad, que en nada perjudicó a la actora.

II.4. Argumentos del Ministerio Fiscal

Afirma esta parte, que un estudio lógico y sistemático del cuerpo de la fundamentación, conduce a una contradicción, pues declarando la Sala del Tribunal a quen, que no concurre el requisito de la reducción anatómica grave y que la trabajadora puede realizar sus tareas habituales, se falle que la invalidez permanente total existe. Asimismo, no tiene ninguna lógica, que se afirme o fundamente, que la valoración del Juez es correcta, es decir, que no procede la calificación jurídica de invalidez, para, acto seguido, señalar que el recurso “ha de ser estimado”, pues tal estimación supone que la valoración fue incorrecta y por tanto, que la tan repetida invalidez debería haber sido declarada. La interpretación más adecuada, vista la explicación que se da en el fundamento jurídico único, del auto de aclaración, es que debió decirse, que el motivo había de ser desestimado. La confusión habida se traslada después al fallo, que no halla un encaje relacionado con la redacción de la sentencia y que, como dice el auto de aclaración, contradice la fundamentación jurídica. Sólo, pues, la frase sin explicación de que “el

motivo ha de ser estimado” se muestra acorde con el fallo, ya que el resto de la sentencia nada tiene que ver con lo resuelto.

Por otro lado, el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva no integra el derecho a beneficiarse de simples errores materiales en la transcripción del fallo y la intangibilidad de las sentencias firmes no es un fin en sí mismo, sino un instrumento al servicio del art. 24.1 CE.

Es claro, que el recurso de amparo no puede prosperar, por haberse procedido en el auto impugnado a revisar un error, cuya permanencia no satisfaría adecuadamente, el citado derecho fundamental.

Por último, respecto al alegato de que la Sala resolvió el recurso de aclaración, transcurrido el plazo previsto en el art. 267 de la LOPJ, manifiesta el Fiscal, que tal circunstancia podría constituir, en todo caso, una irregularidad procesal, pero entiende, que carece de virtualidad suficiente para hacer prosperar la pretensión de amparo, cuya concesión supondría distorsionar la fundamentación de la sentencia y que nos podría traer de nuevo a esta sede, por falta de motivación o error patente de la sentencia.

II.5. Fundamentos Jurídicos de la Sentencia

II.5.1. El tema que se debate en este asunto es determinar, si el Auto de la Sala de lo Social del TSJ de Asturias, de 8 de noviembre de 1993, dictado en aclaración de sentencia, ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, que consagra el art. 24.1 de la CE, por haber variado radicalmente el sentido del fallo de la mencionada sentencia, tal como fue originariamente redactado.

II.5.2. Según reiterada doctrina del Tribunal Constitucional, el principio de invariabilidad o inmodificabilidad de las resoluciones judiciales, es una exigencia del principio de seguridad jurídica recogido en el art. 9.3 de la CE, pero a su vez, en lo que respecta a las garantías del justiciable, debe considerarse parte del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales, consagrado en el art. 24.1 de la CE, puesto que, este derecho asegura a los que han sido partes en un proceso, que las resoluciones judiciales definitivas dictadas en el mismo no sean alteradas o modificadas fuera de los cauces legales establecidos para ello. De modo, que el derecho fundamental reconocido en el art. 24.1 de la CE actúa como límite, que impide a los

Jueces y Tribunales variar o revisar las resoluciones judiciales definitivas y firmes al margen de los supuestos taxativamente previstos por la Ley, incluso en la hipótesis de que con posterioridad entendieran, que la decisión judicial no se ajusta a la legalidad.

El art. 267 de la LOPJ establece, a través del llamado recurso de aclaración un cauce excepcional, que posibilita, que los órganos judiciales aclaren algún concepto oscuro, suplan cualquier omisión o corrijan algún error material, deslizado en sus resoluciones definitivas, el cual ha de entenderse limitado a la función específica reparadora, para la que se ha establecido.

Esta vía aclaratoria, plenamente compatible con la regla de invariabilidad o inmodificabilidad de las resoluciones judiciales, no permite, sin embargo, alterar la fundamentación fáctica determinante del fallo, ni el sentido del mismo, o subvertir las conclusiones probatorias anteriormente mantenidas, por lo que resulta, sin duda, inadecuada para corregir errores de derecho o sustantivos, por muy importantes que éstos sean y, en su caso, para anular y sustituir una resolución judicial, por otra de fallo contrario.

No obstante, no es ocioso recordar, que la protección constitucional de la inmodificabilidad de las resoluciones judiciales definitivas y firmes no es un fin en sí mismo, sino un instrumento, para garantizar la efectividad del derecho a la tutela judicial, de cuyo contenido no forma parte el beneficiarse de simples errores materiales o de evidentes omisiones en la redacción o transcripción del fallo, que puedan deducirse, con toda certeza, del propio texto de la resolución judicial.

En este sentido, en relación con la posibilidad de que mediante la rectificación de errores materiales manifiestos, se pueda alterar el fallo de las resoluciones judiciales, este Tribunal tiene declarado, que aunque en principio, dado que no puede utilizarse como remedio de la falta de fundamentación de la resolución judicial aclarada, ni para corregir errores iniciales de calificación jurídica o subvertir las conclusiones probatorias, habría que deducir, que la vía de la aclaración o de la rectificación es inadecuada para anular y sustituir una resolución judicial por otra de fallo contrario, sin embargo, cabe admitir excepcionalmente la operatividad de este remedio procesal, cuando el error material consiste en un mero desajuste o contradicción patente, e independiente de cualquier juicio valorativo o apreciación jurídica, entre la doctrina establecida en los fundamentos jurídicos y el fallo de la resolución judicial.

No puede descartarse, pues, en tales supuestos la operatividad de este remedio procesal, “aunque comporte revisión del sentido del fallo, sí se hace evidente, por deducirse con toda certeza del propio texto de la sentencia, sin necesidad de hipótesis, deducciones o interpretaciones, que el órgano judicial simplemente se equivocó al trasladar el resultado de su juicio al fallo”.

II.5.3. En el presente supuesto, es notorio que el auto dictado en aclaración de sentencia, e impugnado en amparo, varía radicalmente el sentido de la parte dispositiva de ésta, que pasa de ser estimatoria del recurso de suplicación a desestimar el mismo y confirmar íntegramente la sentencia del Juzgado de lo Social. Decisión que el Tribunal Superior de Justicia basó, en la consideración de que había incurrido en un error material manifiesto al transcribir el fallo de la sentencia, el cual resultaba incardinable en los supuestos del art. 267 de la LOPJ, razonando en este sentido, que “los argumentos utilizados por la Sala, para concluir en el fallo de la sentencia, contradicen el tenor literal expresado en el mismo, ya que después de argumentar la desestimación del recurso y por tanto, la consecuencia ineludible de la confirmación de la sentencia de instancia, sin embargo, se falla, por evidente error, estimando el recurso”.

A fin de determinar en el caso que nos ocupa, si el órgano judicial ha actuado dentro de los límites en que puede desenvolverse, conforme a la doctrina constitucional expuesta, es necesario examinar ahora, si lo que ha sido objeto de modificación por el auto impugnado, es realmente un error material en la transcripción del fallo de la sentencia, cuya corrección se deducía con toda certeza del propio texto de la misma, tal y como argumenta el Tribunal Superior de Justicia.

Para ello ha de tenerse en cuenta, que el recurso de suplicación contra la sentencia del Juzgado de lo Social desestimatoria de la pretensión actora, se articuló al amparo del art. 109, b) y c), de la LPL, sobre la base de dos motivos, a cuyo análisis se procede separadamente en el fundamento de derecho segundo, de la sentencia objeto de aclaración. Respecto al primer motivo, mediante el que se solicitaba la revisión del hecho tercero, de los declarados probados en la sentencia de instancia, en el que se recogían las dolencias que padecía la demandante, se dice expresamente en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia, que “el motivo y la revisión pretendidos no pueden prosperar”, razonándose en párrafos separados y numerados, que la fijación de los hechos declarados probados en la sentencia de instancia corresponde al juzgador y que éstos se infieren de las pruebas

libremente valoradas por aquél, aportadas y practicadas en el acto del juicio, con las debidas garantías procesales, sin que se advierta que su valoración sea equivocada o errónea. En relación con el segundo de los motivos, en el que se denunciaba la infracción del art. 135.1, b), y 4 de la LGSS, al considerar la actora que se encontraba en situación de incapacidad permanente total, para su profesión habitual, la Sala parte para su enjuiciamiento del relato fáctico de la sentencia de instancia, en orden a interpretar si las lesiones y secuelas descritas eran subsumibles en el concepto legal de invalidez permanente y llega a la conclusión de que “dichas secuelas no reúnen uno de los requisitos que el art. 132.3 exige para que se pueda decir que nos encontramos ante una invalidez permanente, a saber, reducción anatómica o funcional grave, ya que las mismas permiten la realización de las fundamentales tareas de lo que constituye la profesión habitual de labradora”. Razonamiento al que se añade la ya expuesta apreciación de la Sala, en relación con el primer motivo del recurso, de que resultaba ajustada y correcta “la valoración efectuada por el Juez a quo de las secuelas invalidantes que han sido médicamente objetivadas”.

Como evidencia con toda nitidez la lectura de la fundamentación jurídica de la sentencia, el Tribunal Superior de Justicia, razonó y argumentó la desestimación de los dos motivos en los que la ahora demandante de amparo basó el recurso de suplicación, que interpuso contra la sentencia del Juzgado de lo Social y mediante el que pretendía su revocación. Resulta obvio, por lo indicado, que la redacción originaria de la parte dispositiva de la sentencia, en el sentido de estimar el recurso de suplicación, es incongruente e incompatible y no tiene relación alguna con la fundamentación jurídica que le precede, de manera, que carece de toda base jurídica, dado que se argumenta sobre la desestimación de los dos motivos del recurso de suplicación y, por consiguiente, sobre la confirmación de la sentencia del Juzgado de lo Social y, sin embargo, se falla estimando el recurso de suplicación y revocando la sentencia de instancia.

Así pues, es claro que en el presente caso el órgano judicial, como se razona en el auto de aclaración y puede deducirse con toda certeza del propio texto de la sentencia, sin necesidad de hipótesis, deducción e interpretación alguna, se equivocó al trasladar el resultado de su juicio al fallo, incurriendo en un error material al proceder a la transcripción de la parte dispositiva de la sentencia. Error que quizás, como señala el Ministerio Fiscal, pudo venir provocado por la afirmación que se desliza, en relación con el segundo de los motivos

del recurso de suplicación, al final de la fundamentación jurídica de la sentencia, al decir, que “el motivo del recurso ha de ser estimado”. Mas esta aislada afirmación, totalmente descontextualizada del razonamiento, que la antecede, en modo alguno puede alterar la conclusión alcanzada, pues en nada, se compadece con el discurso de la motivación y carece por completo de sentido cuando previamente, se ha concluido, que las lesiones que padecía la actora no reunían uno de los requisitos, que el art. 132.3 de la LGSS exige, para que pudiera ser declarada en situación de invalidez permanente total y que dichas lesiones le permitían la realización de las tareas fundamentales de su profesión habitual, lo que lógicamente implicaba la desestimación del motivo.

A la luz de la doctrina constitucional expuesta, ha de concluirse en el supuesto ahora considerado, que el auto del Tribunal Superior de Justicia dictado en aclaración de sentencia, aun cuando ha comportado la revisión del sentido del fallo, no ha vulnerado el derecho de la recurrente en amparo a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), ya que aquél, se ha limitado a la rectificación de un error material manifiesto en el que había incurrido el órgano judicial al transcribir la parte dispositiva de la resolución judicial aclarada, directamente deducible con toda certeza, del propio texto de la sentencia, sin necesidad de hipótesis, deducciones o interpretaciones y cuya corrección no ha implicado, en consecuencia, juicio valorativo alguno, ni ha exigido operaciones de calificación jurídica o nuevas y distintas apreciaciones de prueba, ni ha supuesto la resolución de cuestiones discutibles.

En definitiva, el Tribunal Superior de Justicia al rectificar el error advertido, ha actuado dentro de los límites en los que puede excepcionalmente desenvolverse el denominado recurso de aclaración, luego de considerar razonadamente, que la contradicción o el desajuste patente entre la doctrina establecida en los fundamentos jurídicos y el fallo de la sentencia era consecuencia de un manifiesto error material, en la transcripción de su parte dispositiva, de cuyo texto se deducía tanto el error padecido, como la desestimación de la pretensión de la recurrente. Por ello, la rectificación realizada no puede considerarse, que haya vulnerado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), de cuyo contenido no forma parte el beneficiarse de simples errores materiales o evidentes omisiones en la redacción o transcripción del fallo de las resoluciones judiciales, por lo que no puede en este aspecto prosperar la queja de la recurrente en amparo.

II.5.4. Igual suerte desestimatoria ha de correr la alegación de la demandante de amparo, relativa a la infracción del art. 267.3 de la LOPJ, al no haber resuelto el órgano judicial el recurso de aclaración dentro del día siguiente al de su presentación. Según el art. 267.2 de la LOPJ los errores materiales manifiestos podrán ser rectificadas en cualquier momento.

Incluso de las dudas interpretativas, que en orden al plazo para su corrección puedan surgir, de la lectura conjunta de los apartados 2 y 3 del mencionado precepto legal, ha de recordarse, ante todo, que no es misión de este Tribunal revisar la interpretación o correcto cumplimiento de la legislación procesal, que hayan efectuado los Tribunales ordinarios, sin que, como hemos señalado hasta la saciedad, la invocación del art. 24 de la CE permita constitucionalizar todas las reglas procesales, ni mucho menos dar relevancia constitucional a cualquier interpretación o decisión judicial, que aplique una regla procesal.

El quebrantamiento de la norma procesal sólo podrá tener trascendencia constitucional, si en el caso concreto, ha producido efectivamente, una indefensión del recurrente. Reiteradamente este Tribunal tiene declarado, partiendo de una noción material y no exclusivamente formal de indefensión, que para estimarla procedente de una situación concreta, no basta con constatar una inobservancia de las reglas procesales, sino que es necesario, además, que como consecuencia de tal infracción de la legalidad ordinaria, se produzca una material privación o una minoración sustancial del derecho de defensa, con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado.

Con independencia de que la demanda de amparo se presenta huérfana de alegación o razonamiento alguno en este extremo, en el presente supuesto la infracción procesal que se denuncia, de existir, carece de relevancia constitucional, pues ninguna incidencia material ha tenido en el derecho de defensa de la recurrente en amparo.

En atención a todo lo expuesto, se decide desestimar el recurso de amparo interpuesto.

II.6. COMENTARIO

II.6.1. Se reitera la doctrina de que el Principio de Invariabilidad o Inmodificabilidad de las resoluciones judiciales es una exigencia del

principio de seguridad jurídica, pero a su vez, en lo que respecta a las garantías del justiciable, debe considerarse parte del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales consagrado en el art. 24.1 CE, puesto que este derecho garantiza a los que han sido partes en el proceso, que las resoluciones judiciales definitivas dictadas en el mismo no sean alteradas o modificadas fuera de los causes legales establecidos para ello, incluso en el caso de que con posterioridad se entendiera, que la decisión judicial no se ajusta a la legalidad.

II.6.2. El art. 267 LOPJ señala a través del recurso de aclaración un cause excepcional, que posibilita a los órganos judiciales aclarar algún concepto oscuro o suplir cualquier omisión o corregir algún error material. Esta vía resulta compatible con el principio de invariabilidad antes referido, no permite, sin embargo, alterar la fundamentación fáctica determinante del fallo, ni el sentido del mismo, o subvertir las conclusiones probatorias anteriormente mantenidas, por lo que resulta inadecuada para corregir errores de derecho o sustantivos, o bien para anular o sustituir una resolución judicial por otra de fallo contrario.

II.6.3. La protección constitucional de la inmodificabilidad de las resoluciones judiciales definitivas y firmes, no es un fin en sí mismo, sino un instrumento para garantizar la efectividad del derecho a la tutela judicial, de cuyo contenido no forma parte el beneficiarse de simples errores materiales o de evidentes omisiones en la redacción o transcripción del fallo, que puedan deducirse con toda certeza, del propio texto de la resolución judicial.

II.6.4. La vía de aclaración es inadecuada para anular o sustituir una resolución judicial por otra de fallo contrario, sin embargo, cabe admitir excepcionalmente la operatividad de este remedio procesal, cuando el error material consiste en un mero desajuste o contradicción patente e independiente de cualquier vicio valorativo o apreciación jurídica entre la doctrina establecida en los fundamentos jurídicos y el fallo de la resolución judicial. Si se hace evidente, por deducirse con toda certeza del propio texto de la sentencia, sin necesidad de hipótesis, deducciones, interpretaciones, que el órgano judicial simplemente se equivocó al trasladar el resultado de su juicio al fallo.

II.6.5. En el caso que nos ocupa, el auto de aclaración a un cuando ha comportado la revisión del sentido del fallo, no ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, ya que se limitó a la rectificación de un error material manifiesto, cuya corrección no ha implicado, juicio

valorativo alguno, ni ha exigido operaciones de calificación jurídica o nuevas y distintas apreciaciones de prueba, ni ha supuesto la resolución de cuestiones discutibles.

II.6.6. El quebrantamiento de la norma procesal sólo podrá tener trascendencia constitucional, si en el caso concreto ha producido efectivamente una indefensión del recurrente.

II.6.7. Partiendo de una noción material y no meramente formal de la indefensión, no basta con constatar una inobservancia de las reglas procesales, sino es necesario, que se produzca además una material privación o una minoración sustancial del derecho de defensa, con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado.

LIMITACIONES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

César Hines

Abogado

Máster en Derecho Administrativo

SUMARIO:

Introducción

1. Derechos fundamentales
 - 1.1. Concepto
 - 1.2. Contenido esencial del derecho
 - 1.3. Limitaciones connaturales a su ejercicio
2. Estado de Derecho, garantía del orden público y mantenimiento de la paz social como límites a los derechos fundamentales
 - 2.1. Diferencias conceptuales entre derechos fundamentales y derechos humanos
3. La fuerza normativa de la Constitución en la limitación y regulación de los derechos fundamentales
 - 3.1. La Constitución garantiza a todos por igual
 - 3.2. Los derechos económicos y sociales
4. Valores superiores que permiten mitigar los efectos expansivos de los derechos fundamentales
5. La interpretación ilegítima como factor de debilitamiento de los derechos fundamentales
 - 5.1. Los artículos 10 y 48 de la Constitución Política
 - 5.2. El artículo 49 de la Constitución

INTRODUCCIÓN

La concepción misma de los derechos fundamentales en la configuración del Estado hacen paradójica la mención a sus límites cuando son precisamente la savia creadora del Estado, como lo exponía John Locke en sus ensayos sobre el gobierno civil al señalar que los derechos y más concretamente, la vida, la libertad y la propiedad son atributos del hombre en su estado de naturaleza transformando la constitución de la sociedad civil como organización política justamente para protegerlos con la fuerza común que de otro modo se verían amenazados.

En la Constitución Política de Costa Rica no se encuentran referencias expresas sobre limitaciones a los derechos fundamentales o a las posibilidades legislativas para imponerlas y en que medida, como se estiló en la Ley Fundamental de Bonn en el artículo 19 o en la Constitución portuguesa a través del artículo 18.⁽¹⁾ Establecerlas o visualizarlas para darle contenido a las potestades del legislador o del Poder Ejecutivo en su regulación debe ser una labor de interpretación salvo los casos en que las normas remite a textos de inferior jerarquía. Los cambios en la interpretación constitucional es la base para modificar el criterio que de principio se aceptaba como un hecho incontrovertible: las facultades del juzgador para regular el ejercicio legislativo, de lo que pretendemos ofrecer una perspectiva adicional sobre lo que hasta ahora se ha dicho.

(1) El artículo 19 de la Ley Fundamental de Bonn expresa: *“Cuando de acuerdo con la presente Ley Fundamental un derecho fundamental pueda ser restringido por ley o en virtud de una ley, ésta deberá tener carácter general y no ser limitado al caso individual. Además, deberá citar el derecho fundamental indicando el artículo correspondiente. En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su esencia”*. El artículo 18 de la Constitución portuguesa, plasma los mismos principios de la Carta alemana y lo complementa facultando al legislador para restringir derechos, pero impone igualmente una previa habilitación constitucional y establece determinados límites a esa competencia del legislador, como que sea una ley general, respeto del contenido esencial y señala con expresión clara, que *“las restricciones deben limitarse a lo necesario para salvaguardar otros derechos o intereses constitucionalmente protegidos”*, sin que la ley restrictiva pueda tener efectos retroactivos.

No analizaremos los derechos fundamentales en su percepción individual con su consagración en el texto constitucional, sino que acudiremos a su mención para detallar el nivel vertical que ostentan en su confrontación con otros de igual valor o jerarquía, porque la intención es medir el grado de regulación, limitación y desarrollo que encuentran a partir de su constitucionalización y en algunos casos en relación con otras normas infraconstitucionales.

Como una última aclaración se señala que no nos acercaremos en demasía a la jurisprudencia constitucional, básicamente por dos razones: su inconsistencia que la ha llevado a sentencias contradictorias y para darle circulación fluida a las ideas como una exposición original de las pretensiones con el tema.

1.- DERECHOS FUNDAMENTALES

1.1- Concepto

PEREZ LUÑO señala que los derechos fundamentales en su significación axiológica objetiva, son el resultado de un acuerdo entre las diferentes fuerzas sociales al que se llega a partir de las relaciones de tensión con los esfuerzos de cooperación encaminados al logro de metas comunes.⁽²⁾ Son el ánimo que vivifica y legitima el Estado de Derecho, por ser los presupuestos de un consenso sistematizador del contenido de un ordenamiento democrático al que la mayoría de los ciudadanos prestan su consentimiento y condicionan el deber de obediencia al Derecho, cuando este se presta para su respeto y materialización. El consenso ciudadano sobre la categoría de sociedad que respetan y exigen de los poderes públicos transforma los derechos fundamentales que, dejan de ser solamente límites negativos al ejercicio de la acción pública para devenir en un conjunto de valores o fines que la redireccionan positivamente caracterizándose su legitimidad por la actuación de esos valores en tanto se corresponden con el sentir social. De ahí que los derechos fundamentales en un Estado constitucional y democrático de Derecho forman parte del conjunto de valores y principios que regulan la actividad del poder público, estableciendo una inclinación especial para su satisfacción, tanto como una protección

(2) PEREZ LUÑO, Antonio. *Los derechos fundamentales*, en: Temas clave de la Constitución española, editorial Tecnos, 5ª edición, 1993, página 21.

aprehensible por cada individuo cuanto como fines generales adheridos a la concepción misma del Estado que se fortalecería en la medida que los haga efectivos.⁽³⁾ La ideología de los derechos fundamentales es un apéndice de una más general, comprometida con los derechos humanos que tienen mucho mayor alcance, por trascender el ámbito jurídico positivo de la que adolecen los primeros con su constitucionalización, puesto que los derechos humanos representan una ampliación del espectro comprometedor y obligatorio en su enfrentamiento con el poder en sentido positivo y negativo.

Con su implementación el poder del Estado se ve constreñido a respetar su contenido esencial y compelido a encaminar sus actos a la satisfacción de las necesidades de los ciudadanos amparados a los valores representados en ellos,⁽⁴⁾ cuyos límites serían la imposibilidad material para darles satisfacción, que no por una disposición legislativa que los haga nugatorios, los convierta en meros enunciados de buenas intenciones o que los neutralice.⁽⁵⁾ Ante esa posibilidad políticamente viable, las Cartas fundamentales contienen normas constitutivas de la denominada Constitución económica tendientes a facilitar su concreción material, como refuerzos organizativos para hacerlos visibles al ciudadano. La regulación de la libertad de empresa, de la propiedad privada, del empleo y de los tributos, conforman el grupo normativo, los medios dispuestos por el Estado para legitimarse y en cuya desatención decrece su fortaleza moral dejando espacio para que otros grupos asuman el papel que histórica y constitucionalmente le corresponde.⁽⁶⁾

(3) El Tribunal Constitucional español en la sentencia del 15 de junio de 1981 que: *“Los derechos fundamentales responden a un sistema de valores y principios de alcance universal que (...) han de informar todo nuestro ordenamiento jurídico”*.

(4) La incorporación al ordenamiento jurídico de otros derechos no constitucionalizados conlleva a una ampliación de las obligaciones públicas, tanto en el respeto debido a esos derechos como en su materialización, que es la esencia misma de su contenido.

(5) A pesar de esa imposibilidad constitucional de impedir la completa materialización de los derechos fundamentales, siempre están los portillos a los que el juzgador no puede acceder con plenitud de potestades para su restablecimiento, como es el caso del manejo del presupuesto como instrumento para la redistribución de la riqueza.

(6) La lectura integral de los contractualistas LOCKE en el siglo XVII y ROUSSEAU en el XVIII, se resume en la construcción de una orga-

1.2.- Contenido esencial del derecho

El contenido esencial de los derechos fundamentales son el derecho mismo, porque no existen áreas periféricas para acudir en auxilio ante una infracción o limitación ilegítima, por lo que resulta innegable la necesidad de una redefinición del lenguaje jurisprudencial que no ha logrado tallar con especificidad el concepto. Si se parte de que los derechos fundamentales se perfilan como un árbol con diferentes ramificaciones donde cada una a su vez, es una estructura particular en sí misma, el contenido esencial del derecho se encuentra en el valor por él representado, con el resultado quizá redundante resaltar un contenido esencial al momento de valorar una regulación o limitación que el poder público le impone, salvo que se quiera señalar que el derecho se mantiene aunque temporalmente no pueda ser reclamado.⁽⁷⁾ El derecho a la salud no permite matizaciones que desnaturalicen su esencia, porque se tiene o no se tiene, sin espacios descubiertos, aunque puedan darse limitaciones de índole material que imposibiliten temporalmente su concreción plena, eximiéndose en ese caso, la responsabilidad individual del Estado, por quedar supeditada su garantía o concreción, a circunstancias o elementos extrajurídicos que en nada desdibujan su contenido: la falta de recursos económicos o la carencia de especialistas en una determinada rama de las ciencias de la salud puede dar al traste con la protección o garantía integral del derecho, sin que ese vacío pueda dar lugar a una escisión estructural para mantener su núcleo y desproteger su periferia. Atendiendo lo anterior se señala que, las regulaciones o limitaciones impuestas a los derechos fundamentales deberían provenir solamente de la misma Constitución, en un esfuerzo conjunto por salvaguardar valores del mismo nivel jerárquico que las fuerzas sociales incorporaron al texto superior para darle consistencia y lógica al sistema. Cuando la Constitución garantiza el derecho de reunión y deja en manos del

nización lo suficientemente fuerte encargada de proteger y garantizarle a todos por igual, los derechos indiscutibles, de propiedad y libertad, lista que se ha ido ampliando con los años hasta incluir otros derechos igualmente superiores como la educación, la salud, a la jubilación, etc.

- (7) Un caso es el de la libertad de reunión en sitios públicos consagrado en el artículo 26 de la Carta. Esta libertad requiere de autorización conforme a la reglamentación legal que se establezca. En ese sentido la autoridad administrativa responsable de otorgar el consentimiento, puede negar el permiso si en el mismo lugar y hora se está celebrando otra reunión o manifestación.

legislador ordinario su regulación, no hay una autorización ni expresa ni implícita a favor del legislador para extraerle sus componentes, porque lo que se pretende es darle lógica y simetría al sistema para que otros valores igualmente superiores se mantengan intangibles o al menos no sean despreciados. Es una armonización matizada por los presupuestos concretos en que debe ser actuada, adecuando el ejercicio del derecho a las circunstancias de hecho y de derecho que se presenten al momento de su materialización.⁽⁸⁾ La denegación de una solicitud para una reunión pública a un determinado grupo, por el peligro que degenere en una manifestación violenta, no quebrante la libertad de reunión como derecho fundamental que se mantiene incólume para el solicitante, aunque se le suspenda temporalmente para garantizar la seguridad de las personas y de las cosas que gozan del mismo valor constitucional que la libertad reclamada. Se deniega la autorización porque otros valores igualmente constitucionales sugieren el impedimento, quedando el contenido esencial del derecho a la reiteración de la petición para ser atendida positivamente en circunstancias diferentes a las que generaron su rechazo.

1.3.- Limitaciones connaturales a su ejercicio

La *limitación* no es el término más apropiado para señalar las potestades legislativas que tratan de la reglamentación de los derechos fundamentales ni tampoco sería claro para designar las que restringen la capacidad del juez constitucional para valorar el ejercicio de esos derechos.⁽⁹⁾ Resulta más apropiada la expresión *regulación* porque los derechos fundamentales en su esencia no pueden ser limitados por el legislador ordinario sino por el constituyente, con facultades incluso para desconocerlos, asumiendo las consecuencias de una eventual ilegitimidad al proponer una escala de valores contraria a la ideología social y a los derechos humanos reconocidos en los instrumentos internacionales.⁽¹⁰⁾ El apoderamiento al legislador ordinario para la

(8) Véase el ejemplo señalado en la nota anterior.

(9) No obstante le daremos el uso que del lenguaje común para facilitar la comprensión del texto, con la intención de alejarnos de tecnicismos excesivos.

(10) En caso de que esa extirpación sea contraria a los valores ínsitos en los derechos humanos, las normas constitucionales serían válidamente constitucionales pero ilegítimas al disponer en contrario sobre los valores superiores.

regulación de los derechos fundamentales, está compuesto por elementos objetivos tendientes a establecer mecanismos que promuevan el respeto general, garantizándole a cada sujeto activo la misma dosis de protección y garantía como base capital para la plena aplicación del principio de igualdad, consustancial a la sociedad democrática; igualdad que deberá sujetarse a los principios de proporcionalidad y razonabilidad en su aplicación comparativa con los objetivos perseguidos con la regulación, sin espacios discrecionales para obstaculizar su libre ejercicio, porque los fines se encuentren predeterminados por la misma Constitución.

Los valores contenidos en los derechos fundamentales, por su origen, pueden ser considerados de una jerarquía, pero en su aplicación práctica obligan a un ejercicio de hermenéutica para reconocerles diferencias y límites aceptables y aceptados en la base de su ejercicio, para mantener la cadencia social y por ello en algunos ordenamientos se implantó en una norma positiva, la vinculación entre los derechos fundamentales y los principios preliminares para su ejercicio, que resultan imprescindibles para darles el tratamiento diferenciado acorde con las circunstancias en las que debe hacerse la valoración, tal es el caso de los principios de la buena fe, de igualdad, de justicia pronta y cumplida, de la norma más favorable, de legalidad, de la interdicción, o en sentido contrario, es decir como antivalores reprobables como el abuso del derecho o su ejercicio antisocial. Estos principios constituyen el tejido invisible pero imprescindible para una correcta y equitativa interpretación y aplicación, y son considerados como la fórmula que mediatiza la concreción de la norma positiva, por lo que si son antivalores no pueden coexistir válida ni legítimamente con la finalidad del derecho⁽¹¹⁾ y de ahí que la regulación debe ajustarse a ese espíritu.

La formulación de estos principios, que aunque apoyados en conceptos jurídicos indeterminados llevan aparejada la fuerza expansiva

(11) Ese es el principio general que se encuentra en el artículo 7 del Código Civil de España y el artículo 22 del Código Civil de Costa Rica. Expresa este último: *“La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial de éste. Todo acto u omisión en un contrato, que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice, sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero o para la contraparte, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso”*.

que tienen los derechos fundamentales, y no producen discrecionalidad del operador jurídico porque resultan definidos en su concreción aplicativa, por lo que la fuerza expansiva en referencia se reproduce en una interpretación restrictiva de las potestades limitadoras, permitiéndose las que sean necesarias y proporcionales a la finalidad objetiva a la que se tiende con su implementación. Dentro de tal esquema lo importante es, señala AGUIAR DE LUQUE, reconocer los matices necesarios entre los derechos, valores o bienes constitucionales en tensión, debido a que determinados derechos o libertades se hallan dotados de una especial supremacía, como es el caso de la libertad de expresión con el derecho al honor y la especial intensidad a favor de la primera,⁽¹²⁾ que nos sirve para ilustrar la interpretación de ambos valores analizados a la luz de una situación concreta en la que se presenta el fenómeno.⁽¹³⁾ En este espacio, la jurisprudencia constitucional del Tribunal español ha señalado que *el legislador no goza de omnímoda libertad porque constitucionalmente no son admisibles aquellos obstáculos que puedan estimarse excesivos, que no sean justificados y proporcionados conforme a las finalidades para las que se establecen, que deben ser en todo caso adecuadas al espíritu constitucional, siendo en definitiva el juicio de razonabilidad y proporcionalidad el que resulta trascendente.*⁽¹⁴⁾

Las regulaciones a los derechos fundamentales resultan posibles y sobre todo necesarias para la preservación de la paz social, ante la imposibilidad material y formal de que el Estado le pueda garantizar a cada individuo el disfrute absoluto de sus derechos sin incurrir concomitantemente en violaciones a los derechos de los demás. Eso exige por demás que la regulación equilibrante deba ser razonable y

(12) AGUIAR DE LUQUE, Luis. *Los límites de los derechos fundamentales*, **Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Madrid**, número 14, 1993, página 30.

(13) Cuando se trata de asuntos de interés público o bien de las actuaciones de funcionarios de cierto rango, el derecho al honor debe ser matizado con el derecho a la información, de manera que quienes estén obligados por el cargo a responder públicamente por sus actos no se pueden escudar en ese valor sobre todo si se tiene, como en el artículo 11 de la Constitución Política de Costa Rica, una obligación de suprema jerarquía de rendir cuentas sobre la gestión realizada.

(14) Sentencia 90/1983 del Tribunal Constitucional español, señalada por AGUIAR DE LUQUE, *op. cit.*, página 30.

proporcionada a los valores que se protegen y garantizan, porque la fuerza abrasiva que los caracteriza, impide la implantación de obstáculos sin una finalidad objetiva constitucionalmente reconocida y aceptada.⁽¹⁵⁾ La paralela jerarquía de los valores que en ambos casos se encuentran incorporados a la norma superior, complementada y solidificada en el reconocimiento espontáneo por parte de los destinatarios particulares, es el límite y la legitimidad requerida por el legislador para establecer regulaciones en tanto sean el resultado de la necesidad social de preservar otros valores igualmente respetados por la generalidad.

2.- **ESTADO DE DERECHO, GARANTÍA DEL ORDEN PÚBLICO Y MANTENIMIENTO DE LA PAZ SOCIAL COMO LÍMITES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES**

Los derechos fundamentales no son ilimitados, porque sería contradictorio establecer una libertad absoluta de unos que, por lógica existencial, derivará en limitaciones para otros y, sino en limitaciones, en una imposibilidad material de ejercerlos ante la consumación que de ellos se habrá hecho. No entenderlo de esa manera sería un retorno al estado de naturaleza anterior a las renunciaciones parciales que el hombre hiciera a favor de la creación de una figura superior, abstracta y poderosa, que le garantizara el libre disfrute de sus derechos frente a los demás y posteriormente frente a él mismo. No es posible entender entonces, que los derechos fundamentales puedan estar por encima del poder del Estado porque se quebrantaría la lógica del sistema donde su derivación en derechos de tal alcurnia jurídico-política lo fue porque así lo dispuso el Estado ante el empuje de la fuerza en conflicto.⁽¹⁶⁾ Esta realidad serviría de sustento a la aceptación de una serie de limitaciones

(15) SAGUES, Pedro Néstor. *La fuerza normativa de la Constitución y la actividad jurisdiccional*, **Revista de Derecho Público**, Universidad Autónoma de Centroamérica, número 1, 1996, páginas 170 y siguientes. Menciona el autor que uno de los ingredientes para darle esa fuerza o vinculación a la Constitución, es que contenga normas que además de su constitucionalidad lógica, también sean legítimas y no inculquen principios que patológicamente confundan los patrones éticos y así legitimar actos condenables.

(16) Diferente al caso en que el derecho provenga de su consideración como derecho humano, aun no constitucionalizado, pero sí reconocido en los tratados internacionales de derechos humanos suscritos por el Estado.

a su ejercicio que servirá finalmente para la conservación del Estado mismo. El Estado de derecho cuyo significado no es el de una entidad con un ordenamiento jurídico sino que se caracteriza por su sumisión a ese ordenamiento, constituye una barrera a la libre disposición de los derechos por parte de los particulares como frente a sí. La preservación del Estado de Derecho resulta así en una garantía para el particular de que sus derechos fundamentales no serán cercenados ni quebrantados, si no hay una justificación superior válida;⁽¹⁷⁾ justificación que por principio debería de provenir de la misma norma base porque por la naturaleza de los derechos, sería inadecuado disponer de ellos a través de regulaciones inferiores, disminuyendo los poderes del individuo que de ellos se derivan.⁽¹⁸⁾

Un derecho fundamental es eso, un producto nacido de la raíz de los valores que dan nacimiento a la sociedad porque esta los ha considerado superiores, imponiendo restricciones a las potestades del poder público para limitarlo sin una autorización constitucional que, aunque implícita represente la paralelización de valores y principios igualmente garantizados, y que establece las condiciones bajo las que puede hacerse. La flexibilidad interpretativa para que por normas de rango inferior puedan desmejorar este, le restan solidez porque el reconocimiento y garantía dependerían de los intereses que el poder quiera imponer en un determinado momento histórico, con prescindencia del sentimiento general. La tesis sintéticamente esbozada por

(17) AGUIAR DE LUQUE, Luis, *op. cit.*, página 13 y siguientes.

(18) DE OTTO, I. *La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución*, en: **Derechos fundamentales y Constitución**, Editorial Civitas, Madrid, 1988, página 150. Critica el autor la jurisprudencia constitucional española, que acercándose a la construcción alemana respalda la tesis de que no siempre se tiene una habilitación constitucional expresa para limitar los derechos porque algunos se reconocen sin reserva de limitación, la limitación no puede fundamentarse más que en la tesis de que los límites son immanentes al reconocimiento mismo del derecho de forma que también cuando se reconocen sin reserva de limitación específica, pueden ser limitados por el legislador. Esta construcción, dice el autor, tiene como contrapunto que toda limitación debe venir avalada por la existencia de una realización de otros bienes o valores constitucionales que la legitimen, siempre y cuando haya una habilitación expresa o porque así lo requiera la plenitud de otros derechos, bienes o valores constitucionales.

DE OTTO choca frontalmente con una realidad consustancial a toda Constitución, y es su carácter dinámico y vivo,⁽¹⁹⁾ que deriva en una interpretación sistemática y de justa medida en los elementos fácticos que la realidad en la que debe aplicarse ofrece. La complejidad del tejido social no puede llevar a soluciones academicistas al momento de interpretar y aplicar la norma superior sino que por el contrario, es la realidad la que dicta las pautas al legislador y al juez para determinar las necesidades y las fórmulas requeridas para cubrirlas, que como una consecuencia aneja, se dispone que la ausencia de texto expreso en la Constitución para determinar la limitación de un derecho, no constituye un obstáculo para cuadrarlo con la realidad, a condición de que la limitación sea requerida para la plenitud de otros valores iguales o superiores al limitado.

El dinamismo social que obliga a una interpretación actualizada de la Constitución, mantiene incólumes los principios protectores de los derechos fundamentales, porque la necesidad de la justificación constitucional para reconocerle límites legislativos, conduce a la necesaria motivación de los actos singulares aplicativos, que muy tempranamente el Tribunal Constitucional español conectó con el principio constitucional de la tutela judicial efectiva,⁽²⁰⁾ al indicar que toda resolución que limite o restrinja el ejercicio de un derecho fundamental ha de estar motivada de forma tal que la razón determinante de la decisión pueda ser conocida por el afectado, pues de otro modo se infringe ese derecho.⁽²¹⁾

(19) SAGUES, *op. cit.*, página 173.

(20) A pesar de que el Tribunal Constitucional español fue creado en la Constitución de 1978, los primeros miembros fueron nombrados hasta el 15 de febrero de 1980 y entró en funciones el 15 de julio del mismo año y la sentencia a la que hacemos referencia es la 62-1982, votada en los albores de su funcionamiento. Sobre el tema puede verse a FAVOREAU, Louis, *Los tribunales constitucionales*, Editorial Ariel, Barcelona, 1993, página 114 y siguientes.

(21) En ese sentido resulta de particular ilustración, la resolución de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos al resolver un caso de segregación racial, donde el magistrado BURTON cuestionando al Procurador General de Kansas le preguntó: ¿No considera usted la posibilidad de que en setenta y cinco años hayan cambiado tanto las condiciones sociales y económicas de la nación que lo que pudo ser una

2.1.- Diferencias conceptuales entre derechos fundamentales y derechos humanos

Con cierta regularidad se tiende a hablar de derechos fundamentales y derechos humanos como categorías sinónimas, cuando a través de matizaciones y conceptualizaciones más puntuales se pueden señalar algunas diferencias que vale la pena retomar aquí, no por un impulso aleccionador, sino por una cuestión semántica que permita clarificar los conceptos para disminuir el riesgo de una interpretación torcida del tema desarrollado. El planteamiento teórico que mejor refleja la diferencia desde esa perspectiva, es aquel que utiliza como criterio distintivo el diferente grado de concreción positiva de estas categorías, donde los derechos humanos aparecen con contornos más amplios e imprecisos con respecto a los derechos fundamentales. Así los derechos humanos suelen ser entendidos desde la perspectiva profunda de la dignidad, la libertad y la igualdad de las personas reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional. Por otro lado la noción de derechos fundamentales tiende a aludir a los que están garantizados por el ordenamiento jurídico positivo en la mayor parte de los casos y tienen una tutela reforzada. Los derechos humanos tienen una connotación deontológica y prescriptiva, al incluir exigencias vinculadas a las necesidades humanas no positivadas, mientras que los derechos fundamentales tienen un sentido más preciso y estricto, describiendo el conjunto de derechos y libertades institucionalmente reconocidos por el derecho positivo.⁽²²⁾ La importancia de la distinción no se hace por un purismo conceptual sino por el contrario, para que la precisión permita la conclusión de que las regulaciones a los derechos fundamentales por el legislador es una necesidad para satisfacer la plenitud de su existencia.

interpretación válida de la Décimocuarta Enmienda setenta y cinco años ha, no lo sea hoy? FRIBOURG, Marjorie G, La Suprema Corte en la historia de los Estados Unidos de América, Editorial Limusa-Wiley S.A., Mexico, 1966, página 197.

- (22) PEREZ LUÑO, *op. cit.*, página 46. En ese mismo sentido puede verse a HERNANDEZ VALLE, Rubén, *Derecho de la Constitución*, editorial Juricentro, San José, 1993 quien agrega una diferencia adicional con respecto a las libertades públicas, las cuales se definen como derechos individuales tradicionales que garantizan una esfera de autonomía subjetiva. Por ello se puede señalar que los derechos humanos comprenden a los derechos fundamentales y estos adicionalmente a los derechos económicos sociales y culturales que los distinguen, incorporan a las libertades públicas.

3.- LA FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN EN LA LIMITACIÓN Y REGULACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

3.1.- La Constitución garantiza a todos por igual

No hay duda que el fenómeno jurídico es complejo en tanto el ordenamiento jurídico con los defectos lógicos por su procedencia e imperfectibilidad humana, se diseña para armonizar los diferentes intereses que se movilizan en la sociedad regulada. De ahí que en la estructura de la Constitución se incluyan postulados positivos y principios que permitan integrar todas las piezas en un engranaje armónico, que de lo contrario llevaría a la quiebra de su fuerza normativa. SAGÜES señalaba que hay diferentes doctrinas constitucionales sobre la fuerza normativa de la Constitución y enlistó: a) la kelseniana consistente en que ella misma sea la que *constitucionalice* las situaciones inconstitucionales, hasta tanto no se declaren contrarias a la Constitución por los mecanismos constitucionalmente establecidos; b) la propuesta, por la que el constituyente hace propuestas a los poderes constituidos; y, c) la de los partes meteorológicos, donde aparece una promesa a manera de pronóstico cuya materialización depende de una serie de variables que la Carta no determina dejándolo en manos del legislador ordinario en algunos casos y hasta del Poder Ejecutivo en otros.⁽²³⁾

Esta fuerza normativa cualquiera que fuera la figura que se adopte requiere que la Constitución contenga normas y principios para su aplicación igualitaria⁽²⁴⁾ y generalizada, sin distinciones irrazonables o desproporcionadas a esos principios y valores por ella representados

(23) SAGUES, Néstor Pedro. *La fuerza normativa de la Constitución*, **Revista de Derecho Público**, Universidad Autónoma de Centroamérica, número 1, 1996, San José, página 172 y siguientes. Señala como ejemplo el autor en el caso de los pronósticos, que la norma tiene un predicado por el que se indica que todos los homicidas serán castigados, pero que el acierto depende de una serie de variables formales como la prueba existente, las razones fácticas de la acción homicida, las causas de justificación que el legislador establece.

(24) El concepto de igualdad debe ser el que doctrinalmente y jurisprudencialmente se ha proclamado, que consiste en darle trato desigual a los que se encuentran en situaciones desiguales e igualarlo para los que están en la misma situación.

e impuestos, si no están basadas en criterios o elementos objetivos.⁽²⁵⁾ Cuando la Constitución no alcanza direccionar las acciones del poder público como principal sujeto de sus mandatos, se anula a sí misma en la medida que el respeto general que debe profesar se diluye en la desconfianza sectorial de los desamparados, y desaparece no sólo su fuerza normativa sino su reconocimiento espontáneo al despreciar -por no exigirlos-, su propio contenido. Un caso paradigmático fue el que conoció la Corte Suprema de los Estados Unidos referente a la integración de las escuelas públicas con ciudadanos negros y blancos. Sintéticamente el caso es el siguiente. El 11 de setiembre de 1950 en Washington, D.C., varios niños negros se dirigieron a una segregada donde fueron rechazados, porque de acuerdo con la ley, los negros tenían derecho a la educación en apego al principio de igualdad, pero sin mezclarse con los blancos. Igual sucedió con otro grupo de negros de Virginia en abril de 1951, en Kansas y en Delaware en 1952 que culminaron con el caso más publicitado en 1955, relacionado con la señora que se negó a ceder su asiento del autobús a un pasajero blanco como lo establecían las leyes. La interpretación que prevalecía en ese entonces del principio de igualdad estaba determinada por valores formales de su contenido, sin trascendencia material en su aplicación práctica, donde se estableció el dogma de *iguales pero separados*. Llevado el asunto a la Suprema Corte, ésta falló a favor de la integración racial dentro de las escuelas aduciendo el derecho de todos de recibir una educación de la misma calidad⁽²⁶⁾ reinterpretao la Constitución.

De lo expuesto se entiende que la sola incorporación de un derecho en el texto de la Constitución o más generalmente, en el ordenamiento jurídico, no garantiza su plenitud material, en tanto

(25) Aunque resulte paradójico, esos criterios o elementos objetivos pueden contener a su vez otros subjetivos, necesarios para objetivar la diferencia. Ese es el caso cuando una finalidad ordinamental esté dirigida a un sector poblacional determinado, por ejemplo, o solamente para situaciones jurídicas clasificadas.

(26) Además de otras consideraciones que no se anotan aquí para no extenderse demasiado, tal es el caso de que las escuelas de negros no tenían las mismas condiciones físicas ni logísticas de los blancos que les impedía recibir la misma clase de educación. FRIBOURG, Marjorie, op. cit., página 203. También puede verse ESTEVEZ ARAUJO, José Antonio, La Constitución como proceso y la desobediencia civil, Editorial Trotta, Madrid, 1994, página 21.

depende de su interpretación aplicativa cuanto de su comprensión y viabilidad social.⁽²⁷⁾

3.2.- Los derechos económicos y sociales

Conforme lo desarrolla alguna prestigiosa doctrina⁽²⁸⁾ es en los derechos económicos sociales y culturales donde mejor se manifiesta la categoría de derechos fundamentales, tanto porque los contienen las constituciones formales, cuanto porque están incorporados en la mayoría de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

En nuestro texto constitucional estos derechos se positivizan a partir del artículo 50 que consagra dos obligaciones a cargo del poder público: una mejor distribución de la riqueza para el mayor bienestar general y proveer a todos los habitantes un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. La variable, profusa confusa interpretación de este numeral puede llevar a formulaciones totalmente diversas y hasta contrarias tendientes -desde la perspectiva formal- al mismo fin, en tanto la Carta no definió mecanismos ni modelos para lograr el objetivo. De esta manera algunos podrían validar su ideología política como criterio definidor de una mejor distribución de la riqueza, que para los liberales podría ser la privatización de las entidades públicas que proveen bienes y servicios dejando en manos del mercado -entiéndase la oferta y la demanda- y para otros significa la ampliación de la oferta estatal, posiciones que tampoco han quedado cubiertas con una jurisprudencia del máximo interprete de la Constitución. Una manifestación de la desfiguración material que sufren estos derechos se ve en la ausencia de representatividad democrática, -siempre dentro del esquema de la mejor distribución de la riqueza contenido en el párrafo primero del artículo 50 constitucional-, en la preparación de los instrumentos presupuestarios, a través de los cuales se concreta el principio de igualdad ante las cargas públicas a cambio de recibir

(27) HABA, Enrique Pedro, *Magia verbal, realidades y sentido fermental de los así llamados derechos económicos*, **Revista de Derecho Público**, Universidad Autónoma de Centro América, número 1, 1996, página 17 y siguientes.

(28) PEREZ LUÑO, *op. cit.*, SAGUES, Néstor Pedro, *La fuerza normativa de la Constitución*, **Revista Iberoamericana de Derecho Público**, Universidad Autónoma de Centroamérica, número 1, año 1996.

buenos servicios públicos, en calidad y en cantidad. El artículo 177 en relación con el ordinal 140 inciso 15) de la Carta disponen que la preparación del proyecto del presupuesto le corresponde al Poder Ejecutivo y a pesar de que el numeral 179 le otorga a la Asamblea Legislativa la potestad de aumentar los gastos presupuestados sujeta a la suficiencia fiscal para cubrirlos, al tenor del artículo 178 y salvo la excepción indicada en ordinal 179, en la realidad parlamentaria, se limita a aprobarlo o desaprobarlo.⁽²⁹⁾

A pesar de la garantía constitucional para que el Estado procure el bienestar de sus habitantes, la definición del concepto está monopolizada por los detentadores del poder político y no por el pueblo -como lo señala la lógica de una moderna democracia-, desvirtuándose así el derecho en su mejor expresión.

En cuanto al derecho del segundo párrafo, al ambiente sano y ecológicamente equilibrado, la incapacidad material de las organizaciones públicas de someter a los que lo quebranten y en algunos casos hasta con su anuencia, producto de una permisibilidad mal entendida, mal entendido el contenido de la obligación o bien, como consecuencia de una corrupción avasallante en las que el ciudadano es solamente un espectador sin recursos legales ni políticos para enfrentarla.

No obstante lo señalado, las limitaciones arriba mencionadas adquieren su fuerza expansiva del mismo texto constitucional, por la paridad jerárquica en que se encuentran y las posibilidades de desconocerlo que ofrece, por la falta de implementación concreta de los modelos de desarrollo adecuados al contenido normativo, adquiriendo una connotación ilegítima pero constitucional. En este caso se trataría de una desaplicación por omisión, posible jurídicamente solamente cuando se demuestre ser más favorable a las personas.

(29) Esto a pesar de que el artículo 121 inciso 11) de la Carta dispone que le corresponde con exclusividad a la asamblea, “dictar” los presupuestos ordinarios y extraordinarios de la República. Sin embargo en una interpretación armónica con la jurisprudencia constitucional se logra determinar que el término dictar no tiene la misma definición etimológica que se le conoce en el lenguaje común. Al respecto pueden verse los votos 1971-96, 5602-94, 6215-93. Por supuesto que sobre este punto se puede dar una discusión interminable, que tendrá más matices ideológicos que jurídicos por la forma en que se desarrolla la discusión de la ley de presupuesto.

Otro frente se encuentra en las reformas constitucionales sin modificar la letra de la Constitución, operadas con un cambio de ideología. Señala QUIROGA LAVIE⁽³⁰⁾ que un Estado para que se precie de tal, no tiene Constitución sino que es una Constitución, porque a través de esta se permite identificar aquello en lo que consiste el Estado como unidad política. Esta Constitución está formada por tres segmentos o estructuras a saber: la costumbre constitucional expresada en la conducta del pueblo o en la práctica de los órganos de gobierno, la ideología constitucional constituida por el sentido común social, el espíritu del pueblo hecho de valores y la normativa constitucional fruto de la lucha histórica encarnada en las normas constitucionales, la modificación de cualquiera de ellos constituye en esencia una modificación de su contenido sin variar su letra y con ello se deslegitima el Estado. Conjugando varios textos constitucionales se preconiza la existencia de un Estado social y democrático de derecho; definición que con una reinterpretación de la ideología constitucional deviene sustituida por el de Estado liberal de Derecho, tanto por la incorporación de normativa contraria a los principios de solidaridad cuanto por la interpretación pro constitucione que ha hecho la Sala Constitucional de los tratados internacionales de libre comercio que contrastan en algunas de sus partes, con el esquema social preconizado en la letra de la Carta.

La incorporación en los tratados de libre comercio de normativa que reforman las garantías y derechos laborales contenidas en la Constitución, por ejemplo, serían una mutación constitucional que sin variar su texto la dejan sin contenido, dejando sin representatividad uno de los segmentos a los que se refería QUIROGA LAVIE y se deslegitima el Estado.⁽³¹⁾

Otra forma de limitación de estos derechos económicos y sociales aparece con la emisión de normativa que los convierten en inservibles o políticamente invisibles para sus beneficiarios, como el derecho de huelga consagrado en el artículo 61 de la Carta Política, que elevado a rango de derecho fundamental tiene limitaciones del mismo nivel, con

(30) QUIROGA LAVIE, Humberto, *Curso de Derecho Constitucional*, Desalma, Buenos Aires, 1987.

(31) Esto sin abonar que los tratados de libre comercio son negociados por una oficina especializada del Poder Ejecutivo que no goza de la legitimidad democrática del parlamento, a quien se le somete el tratado para su aprobación o improbación sin posibilidad de enmienda.

un espacio amplísimo a favor del legislador para regularlo o más bien, limitarlo, al disponer su inaplicación en el caso de los servicios públicos. El problema se desliza al dejarse en manos de la legislación ordinaria la determinación de la tipología de servicios que serán considerados como públicos, donde el derecho podría quedar como un mero enunciado, al carecer el legislador ordinario de límites constitucionales para calificar determinadas actividades estatales como servicio público, con un amplio margen de maniobrabilidad para reducir concomitantemente el de los sindicatos.⁽³²⁾ El vigor material del derecho fundamental se encuentra en su efectividad y por ello se señala por la doctrina, la diferencia actual entre la mera enunciación del derecho con su verdadera dimensión práctica⁽³³⁾ que motiva su consideración desde la doble vertiente positiva y negativa, consistiendo la primera en la posibilidad real de hacerlo efectivo no solamente frente al Estado sino frente a otros iguales y en su acepción negativa, referida a la imposibilidad de los poderes públicos de truncar su vitalidad en la esfera existencial de los beneficiarios. Atendiendo esta bifurcación aplicativa el legislador estaría limitado para agregar servicios que contengan una prohibición a la huelga, por principios de razonabilidad que debe inducir a una interpretación reduccionista del concepto de servicio público a los estrictamente esenciales, cuya calificación también varía con el tiempo y frente a la dinámica de la sociedad.⁽³⁴⁾

(32) Un buen ejemplo de ello lo tenemos con el artículo 5 de la Ley de creación de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, que hace una extensa calificación de actividades catalogadas como servicios públicos, en cuyo caso toda huelga que se programe en estas actividades sería ilegal por inconstitucional.

(33) El profesor Haba con la lucidez que lo caracteriza, señalaba que no por estar en el texto de la Constitución, se garantiza la concreción del derecho, porque muchos se mantienen en estado fermental, dependiendo su materialización de la capacidad económica y técnica del Estado. Vid. HABA, Enrique Pedro, *Magia verbal, realidades y sentido fermental de los así llamados derechos económicos*, Revista de Derecho Público, Universidad Autónoma de Centro América, número 1, 1996, página 17 y siguientes.

(34) El caso más representativo es el caso de los servicios de salud, en el que aun siendo considerado de la mayor jerarquía social, se permite la huelga siempre que se garantizan los servicios básicos de atención médica. Sobre este tema puede verse a HERNANDEZ VALLE, Rubén, *El régimen jurídico de los derechos fundamentales...*, op. cit., página 396 y siguientes.

4.- VALORES SUPERIORES QUE PERMITEN MITIGAR LOS EFECTOS EXPANSIVOS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Algunas constituciones históricamente recientes, han sido ambiciosas en su pretensión de establecer con minuciosidad técnica un catálogo de derechos fundamentales, configurando y definiendo la posición jurídica de los ciudadanos en sus relaciones frente al poder público y entre sí, tal es el caso de la Constitución española de 1978,⁽³⁵⁾ en la que se debe indicar como parte del fenómeno, que la ambigüedad y extensión de su tabla de derechos y libertades responde a las condiciones en las que se forjó, distantes a las nuestras y de ahí los matices necesarios en su trasplante. Son esas condiciones especiales de carácter político, económico o científico las que van configurando los parámetros de adecuación de la Constitución a los valores que en un contexto temporal pueden ser calificados de superiores o al menos de mayor relevancia social. Se puede identificar uno de esos supuestos, en la reforma al artículo 46 de la Constitución Política de Costa Rica que incorporó la protección del consumidor como un derecho fundamental,⁽³⁶⁾ interpretado inicialmente por algunos, como una limitación a la libertad de comercio consagrada en el mismo numeral.

Por arraigo doctrinal la libertad de comercio se acerca más al concepto de libertad pública que a derecho fundamental. Sin pretensiones de ingresar al árido campo de las diferenciaciones conceptuales y como ya lo señaláramos líneas arriba, la libertad pública se configura más como una esfera de autonomía individual frente al poder público a diferencia del derecho fundamental que tiene una connotación mucho más amplia, que abarca a la libertad pública y la enriquece con su poder de enfrentamiento ante cualquier entidad que pretenda hacerlo nugatorio. Como libertad pública entonces, la de comercio contiene un haz de facultades a favor del particular frente al Estado, pero a su vez este conserva un haz de potestades para asegurar que su ejercicio sea equilibrado en relación con los otros valores y principios. Antes de la reforma al ordinal mencionado, tampoco podría negarse que el

(35) Una razón de que el constituyente español introdujera un listado mayor de derechos fundamentales puede ser por la experiencia pasada del gobierno tiránico de Franco. Por eso no se pueden hacer comparaciones normativas sin no van aparejadas y complementadas con los matices de las situaciones históricas que les dieron origen en cada contexto.

(36) La reforma se operó por la Ley 7607 del 29 de mayo de 1996.

consumidor tuviera derechos, porque siempre los ha tenido y ha gozado de la protección del Estado, pero la diferencia aparece a partir de la dinámica productiva y comercializadora, aneja a los avances de la ciencia y la tecnología, que hacen insuficientes los conocimientos individuales, por lo que el Estado como entidad superior a quien se le confía la seguridad general, debe asegurar un mínimo de condiciones de protección que en estadios anteriores del desarrollo humano no eran necesarios o eran desconocidos. Los límites a esa libertad pública pueden ubicarse en dos planos: la mayor debilidad del consumidor como último eslabón en la cadena productiva, y a un mayor equilibrio entre derechos, incrementándose el poder de uno sin desmejorar el otro. Ambas posiciones han sido conjugadas por la jurisprudencia constitucional al señalar que la libertad de comercio encuentra sus límites cuando están de por medio derechos o intereses de la colectividad, como la salud pública y el orden públicos,⁽³⁷⁾ o bien en que esa libertad permite a cada quien escoger la actividad económica que mejor convenga a sus intereses, pero que una vez seleccionada por el particular debe someterse a las regulaciones que sobre la materia se dicten.⁽³⁸⁾

5.- LA INTERPRETACIÓN ILEGÍTIMA COMO FACTOR DE DEBILITAMIENTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Como complemento a todo lo anteriormente expuesto, se señala que el debilitamiento de los derechos fundamentales no solamente proviene de la mutación constitucional, que se sufre cuando se incorporan al ordenamiento interno instrumentos internacionales que desmejoran la calidad y eficacia de los derechos, como lo señalamos supra o cuando por disposiciones legislativas se nulifican, imponiéndose condiciones o requisitos más allá de lo razonable, sino también por interpretaciones que no gozan de la legitimidad constitucional con el agravante que posiblemente no obedecen a criterios jurídicos objetivos, sino a situaciones casuísticas y en otras a razones extra-jurídicas como lo veremos en dos casos concretos que utilizaremos a modo de ejemplo.

(37) Votos 0537-98 y 8516-97 entre otros.

(38) Votos 1019-97, 3499-96, 6602-94 y 1901-94 entre otros.

5.1.- Los artículos 10 y 48 de la Constitución Política

La reforma del artículo 10 de la Carta Política que podría ser considerada como una de las mayores transformaciones históricas desde 1949, significó el traslado de la Constitución de las bibliotecas a las calles. A partir de ese fenómeno jurídico-político, la Constitución pasaría a ser la realidad misma de la sociedad y no a la inversa como se encontraba en la respetable consideración de la Corte Plena como tribunal constitucional. Significaba que con la Sala Constitucional se creaba un órgano con competencias de interpretar la Constitución, con una tarea megajurídica ubicada más allá de la simple resolución de casos concretos, como es la de adecuarla a la realidad, fortaleciendo en su dinamismo histórico los derechos fundamentales enrostrados en la letra pero no en el espíritu del intérprete constitucional anterior. Al disponer el artículo 48 que el ciudadano tiene dos recursos -amparo y hábeas corpus- para defender los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, cuyo conocimiento le correspondería a la Sala especializada creada por el artículo 10 *ibidem*, se consagra en este elevado tribunal la misión que trasciende los límites comunes del Derecho, porque esos derechos no constituyen un simple catálogo de prerrogativas, sino que representan el patrimonio más importante de la persona. No habría seguridad económica -propiedad privada, libre comercio, derechos laborales, seguridad social, etc-, sin la garantía de un órgano jurisdiccional que exija al poder público su garantía y protección. Implica que la resolución de cada asunto vinculado a un derecho fundamental debe comprender todas las implicaciones jurídico políticas que se encuentran inmersas en el conflicto. La resolución constitucional no solamente resuelve si a X se le quebrantó el debido proceso o a Y se le limitó su derecho a la pensión, sino que significará la implantación de una ideología jurídica, económica o social, que sobra decirlo, pasa a ser parte de la ideología visible de la Constitución porque se extrae de ella. En otras palabras, al señalar la Sala Constitucional el quebranto constitucional por quien así lo hiciere, define el camino por seguir para armonizar las conductas públicas -y hasta privadas-,⁽³⁹⁾ con una determinada ideología de la Constitución. Ante esa responsabilidad social, resulta contraproducente emitir resoluciones contradictorias, o si no contradictorias en cuanto a la parte resolutoria

(39) En el caso del amparo frente a sujetos de derecho privado.

lo sean en sus consideraciones, porque se genera un problema de inseguridad jurídica al desconocerse la realidad jurisprudencial con la incertidumbre ideológica que se provoca.⁽⁴⁰⁾

5.2.- El artículo 49 de la Constitución

Este otro ejemplo al igual que en el anterior, requiere de una reformulación jurisprudencial por parte de la Sala Constitucional en razón que las consideraciones doctrinarias en las que se fundó para residenciar procesos frente a la Administración en otras jurisdicciones, distintas a la contencioso administrativa, no parecen ser las más ajustadas ni a la intencionalidad del constituyente ni a la realidad jurisdiccional en que se debería desenvolver el control de la actividad del Estado.⁽⁴¹⁾ Al decantarse la voluntad constituyente en una jurisdicción contenciosa administrativa ubicada en la parte dogmática de la Constitución, la incorporó en el listado de derechos individuales de la persona, con la pretensión originaria era dotar al ciudadano de un órgano especializado que pudiese dirimir los conflictos en sus relaciones o enfrentamientos con el Estado, cuando ejercitare funciones administrativas. La conclusión anterior es el resultado de una interpretación integral de la Constitución, porque nada le impedía al constituyente incluir esta jurisdicción en el mismo conjunto textual del artículo 153, donde más bien reafirmó como función del poder judicial, el juzgar a los poderes públicos., -si su intención hubiese sido la que consignó la Sala Constitucional-. La redacción, ubicación y fundamentación de la jurisdicción contenciosa administrativa, era otorgarle al ciudadano el derecho fundamental a una jurisdicción especializada

(40) No puede considerarse armónico con el principio de solidaridad que pregona la ideología constitucional cuando Sala prohíbe impuestos con destinos específicos sin establecer la correlativa obligación del Poder Ejecutivo de presupuestar los fondos suficientes para que se cubran las necesidades sociales que dieron origen al tributo. Igualmente sucede cuando la Sala por razones de trabajo, rechaza sistemáticamente acciones que se presentan ante sí, sin valorar en su verdadera dimensión los valores en juego.

(41) Nos referimos al voto por el que la Sala consideró que no sería inconstitucional una ley ordinaria que le otorga competencias a otros tribunales del poder judicial distintos de los contenciosos administrativos para conocer asuntos en los que una parte sea una Administración Pública.

cuando se enfrente al Estado -en sentido lato-, por lo que ampliar la esfera de competencias de otras jurisdicciones para juzgar a la Administración en el ejercicio de sus funciones “*administrativas*” resultaría inconstitucional por desmejorar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Al permitir que otras jurisdicciones distintas a la contenciosa administrativa conozca de la legalidad en la función administrativa, debilita el derecho fundamental porque su individualización funcional es precisamente la garantía que el constituyente quería otorgarle al ciudadano. Para señalar lo anterior se recurre al contenido deontológico y axiológico de la reforma sufrida por el ordinal 49 de la Constitución en 1963⁽⁴²⁾ por la que se amplió el espectro fiscalizador del juez, ausente en la norma antes de la reforma.

La jurisprudencia de la Sala en este caso conllevaría a apuntar en su misma dirección, pues al cercenarle la especialidad que el constituyente le otorgó a la jurisdicción contenciosa, bajo el argumento que no hay impedimento para que una ley así lo disponga, cercena su propia exclusividad competencial al dejar abierto el portillo para que el legislador ordinario igualmente pueda atribuir a cualquier otro órgano del poder judicial el conocimiento de ciertos asuntos que ahora están en sus manos.

Las anteriores inquietudes pueden alimentarse de doctrinas modernas⁽⁴³⁾ que preconizan la interpretación constitucional a través de las manifestaciones de la sociedad civil, en un determinado sentido, dejando sin efecto disposiciones que contraríen el espíritu del pueblo incardinado -supuestamente- en la norma, pero ese será objeto de un estudio posterior.

(42) Por la ley 3124 del 25 de junio de 1963 I-523.

(43) Como simple referencia puede verse a ESTEVEZ ARAUJO, *op. cit.*, THOREAU, H.D., *Civil disobedience*, traducida al castellano por C-Sánchez-Rodrigo, Ediciones del COTAL, Barcelona, 1979, DWORKIN, R., *Taking rights seriously*, traducción al castellano de Gustavino, M, Ariel Barcelona, 1984.

LA ACCIÓN CAMBIARIA DE REGRESO

Carlos M. Gómez Rodas

Profesor

Acción es el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión.⁽¹⁾

(1) Couture, Eduardo J. *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1972, p. 57.

SUMARIO:

- I. La acción cambiaria
- II. El regreso cambiario
- III. El regreso cambiario anticipado
- IV. El contenido del regreso cambiario
- V. El reembolso
- VI. La caducidad de la acción de regreso
- VII. La prescripción de la acción de regreso
- VIII. La acción de regreso extrajudicial

1. LA ACCIÓN CAMBIARIA

En el derecho de los títulos-valores debe distinguirse en materia de acción, entre *la acción cambiaria*⁽²⁾ y la acción causal, según derive ésta de la relación cartular o cambiaria propiamente dicha, o provenga de la relación subyacente o relación fundamental.⁽³⁾

En la primera, es decir en la acción cambiaria, debe a su vez distinguirse entre *acción directa y acción de regreso*, según se dirija contra el librado-acceptante, quien es el obligado principal o directo, o contra sus avalistas; o por el contrario, se ejerza contra el librador, contra los endosantes o de haberlos, contra los avalistas de estos, todos los cuales responden en subsidio y únicamente en determinados supuestos, principalmente cuando la letra no ha sido atendida.⁽⁴⁾

-
- (2) La acción cambiaria es aquella que emana del título cambiario mismo, y que viene a ejercer en juicio al derecho cambiario, en su expresión literal y autónoma. Ver: Asquini, Alberto *Titoli di Crédito e in particolare Cambiale e Titoli Bancari di Pagamento*. Ristampa Riveduta, Cedam, Padova 1966, p. 339.
- (3) Relación subyacente o fundamental es aquella relación jurídica que proviene del contrato que origina tanto la emisión como la transmisión sucesiva de la letra de cambio, trátase de una compraventa, de un préstamo, o de cualesquiera contratos que requieran de una garantía. Es por lo tanto de naturaleza extracambiaria.

Ver: Salandra Vittorio, *Manuale di Diritto Commerciale*. Volume Secondo, Nuova Ristampa Inalterata. Giuffrè Editore, Milano 1971, p. 306; Garrigues Joaquín, *Tratado de Derecho Mercantil*. Tomo II Títulos Valores. Revista de Derecho Mercantil, Madrid, 1955, pp. 548 y sgtes.; Sánchez Calero Fernando *Instituciones de Derecho Mercantil*. XIV Edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1990, p. 416; Pavone La Rosa, Antonio *La Letra de Cambio*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1988, pp. 629 y sgtes, entre otros.

- (4) La acción directa se origina exclusivamente en la falta de pago del acceptante, mientras que la de regreso, surge además por falta de aceptación.

Hueck Alfred y Canaris Hans-Wilhelm, *Derecho de los Títulos-Valor*. Editorial Ariel S.A.. Barcelona 1988. p. 177. Sánchez Calero. *Op. cit.*, p. 416.

Conviene destacar, para mayor claridad en el tratamiento del tema, que tanto la acción directa, como la acción de regreso, son las únicas de estricta naturaleza cambiaria y que además, la diferencia entre ambas, no solo se centra en los sujetos pasivos contra los cuales se dirige la acción, sino que también en la diversa naturaleza de la obligación contraída.⁽⁵⁾ Siendo el aceptante el obligado principal y directo de la obligación cambiaria, el pago de la misma por su parte, conlleva la extinción de todos los vínculos jurídicos relacionados con el título. Por el contrario, los obligados en subsidio, librador, endosantes y sus respectivos avalistas, son meros garantes del pago de la letra y solo responden en defecto del cumplimiento del aceptante; por otra parte, el pago por estos, no tiene como consecuencia la extinción de la obligación cambiaria, pues su cumplimiento da lugar al surgimiento en su favor, de un derecho de repetir contra el aceptante, así como contra todos los obligados que le preceden; subsistiendo por ende en este contexto, las acciones cambiarias.⁽⁶⁾

Sobre el regreso cambiario en concreto, versan estas líneas, pero en extremo parca sería esta reseña, que de introito les sirve, si no se hace

(5) Ver: Pérez de la Cruz Blanco, Antonio. *Las Acciones Cambiarias en Derecho Cambiario*, *Estudios sobre la Ley Cambiaria y del Cheque*, Dirección de Aurelio Menéndez Menéndez, Editorial Civitas S.A. Madrid. 1992.

Además de las diferencias ya acotadas, entre acción directa y acción de regreso, es de hacer notar que esta última no sólo está sujeta a la prescripción, sino que también puede resultar perjudicada (caducidad regulada por el Art. 793 del C. de C.); asimismo, existe como necesario presupuesto de su ejercicio, la obligada formalidad del levantamiento del protesto, siempre y cuando no haya sido renunciado.

(6) En lo que interesa, el Art. 787 del Código de Comercio estipula: “El portador tendrá derecho a proceder en la vía ejecutiva contra todas estas personas, individual o colectivamente, sin que le sea indispensable observar el orden en que se hubieren obligado.

El mismo derecho corresponderá a cualquier firmante de una letra de cambio que la haya pagado” (El resaltado es nuestro).

En igual sentido se pronuncian: Art. 570 in fine, Código de Comercio de Honduras; Art. 770 in fine, Código de Comercio de El Salvador; Art. 622 in fine, Código de Comercio de Guatemala y el Art. 145 in fine de la Ley General de Títulos Valores de Nicaragua.

referencia a la *Acción de Enriquecimiento*, la cual pese a no ser de naturaleza cambiaria, ni estar regulada por el derecho costarricense, se relaciona íntimamente con la pretensión de cobro de una letra de cambio.

La acción de enriquecimiento cambiario o de enriquecimiento injusto como igual se le denomina,⁽⁷⁾ no figura en el articulado de la Convención de Ginebra de 1930⁽⁸⁾ ni en el derecho nacional como ya se advirtió y puede considerarse de naturaleza post-cambiaria.⁽⁹⁾ Esto último, ya que el presupuesto para su ejercicio implica la pérdida de la acción cambiaria frente a todos los obligados, sea por caducidad, o sea por prescripción. Igualmente viene a suponer la carencia frente a los mismos de toda acción casual. La acción se ejerce contra el librador, el aceptante y el endosante, cuando alguno de estos se ha enriquecido injustamente en detrimento del tenedor.⁽¹⁰⁾

II. EL REGRESO CAMBIARIO

Sabido es, que la letra de cambio, es una orden incondicional de pago emanada del suscriptor del título (librador) y dirigida contra un tercero (librado), en favor del beneficiario (tenedor) del documento. Pero en esa orden de pago, va implícita la promesa del librador de honrar el crédito en caso de no ser este aceptado o pagado por el

(7) Ver Sánchez Calero, *op. cit.*, p. 425.

(8) Si bien no se encuentra comprendida en el articulado de la Convención propiamente dicha, si se le contempla en el artículo 15 del Anexo II de las reservas aprobadas. Al respecto ver: Angeloni Vlttorio *La Cambiale e il Vaglia Cambiario*. Quarta Edizione, Aggiornata e Ampliata. Giuffré Editore, Milano, 1964, p. 485; Legón Fernando, *Letra de Cambio y Pagaré*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989, p. 227.

(9) Ver: Salandra, *op. cit.*, p. 309.

(10) Ver: Vlvante Cesare, *Trattato di Diritto Cornmerciale*. Volume III, *Le Cose*, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, Milano, 1924, pp. 438 y sgtes.; Martorano Federico, *Lineamenti Generan dei Titoli di Credito e Titoli Cambiari*. Morano Editore, Napoli 1979, pp. 464 y sgtes.; Asquini, *op. cit.*, pp. 464 y sgtes.; Sánchez Calero, *op. cit.*, p. 425; Salandra, *op. cit.*, pp. 309 y sgtes., entre otros.

librado.⁽¹¹⁾ Igual compromiso adquieren los demás firmantes del título, llámense endosantes, avalistas o interventores.

Ahora bien, cuando el librado acepta la orden que le dirige el librador, se convierte como ya se mencionó, en el principal deudor de la obligación cambiaria y en consecuencia, le será reclamada al vencimiento la suma adeudada en forma directa.⁽¹²⁾

Los demás obligados, solo responden subsidiariamente, o sea, en vía de regreso.⁽¹³⁾ Tenemos entonces, que el deudor principal es el librado, y deudores en vía de regreso lo son el librador, los endosantes, los avalistas⁽¹⁴⁾ y los interventores, que por ende solo responderán en defecto de aceptación o de pago por parte del librado.

El regreso acogido por la ley nacional, es aquel dirigido al pago de la letra y es a este al cual nos referiremos a lo largo de este trabajo,

(11) La “Convención de las Naciones Unidas sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagarés Internacionales”, redactada en Nueva York el 9 de diciembre de 1988, estipula lo siguientes en su artículo 38 párrafo primero: “El librador en caso de desatención de la letra por falta de aceptación o de pago y una vez efectuado el protesto debido, se compromete a pagar la letra al tenedor, o a cualquier endosante o a cualquier garante del endosante, que reembolsa la letra”.

(12) El reclamo puede realizarse extrajudicialmente mediante el requerimiento de pago o en sede judicial mediante el ejercicio de la acción ejecutiva.

(13) Apartándose de Ginebra, la ley italiana, plasma en su articulado la distinción doctrinal entre acción directa y acción de regreso, reza así su Art. 49: *L'azione cambiaria e diretta o di regresso: diretta contro l'accentante ed i suoi avallanti; di regresso contro ogni altro obbligato*. Siguen a Italia entre otros, la ley cambiaria española Art. 49; el decreto-ley argentino 5965 Art. 46; Y en el derecho centroamericano, el Código de Comercio de Honduras Art. 567, Código de Comercio de Guatemala Art. 616, Código de Comercio de El Salvador Art. 767 y la Ley General de Títulos Valores de Nicaragua Art.139; Costa Rica en cambio se apega a los postulados ginebrinos y no incorpora una disposición similar.

(14) El Art. 757 del C. de C. estipula en su primera parte que: *El avalista responderá de igual manera que aquel a quien garantiza*. De acuerdo a lo anterior, el avalista podrá ser deudor directo o deudor en subsidio, lo será directo si garantiza al librado y lo será en subsidio si garantiza a cualesquiera de los demás obligados.

pero existe también otro que se dirige solamente a garantizar ese pago, y es el llamado *regreso de caución*. Este último fue contemplado en muchas legislaciones sobre todo antes de la Convención de Ginebra y tenía por objeto en caso de que la letra no fuese aceptada, que el requerido en vía regresiva, afianzase o depositase el monto de la letra para asegurar su pago al momento del vencimiento. El articulado de Ginebra, no acogió este tipo de regreso y optó por seguir la tendencia anglosajona de considerar que la letra *no aceptada*, era una letra *no pagada* y por ende, conceder el regreso motivado por el rechazo total o parcial de la aceptación.⁽¹⁵⁾

Al contrario de la acción directa cuyo ejercicio solo cabe por falta de pago al vencimiento del título, la acción de regreso puede ejercerse por falta de pago o por falta de seguridad en el pago. En el primer supuesto, es decir, aquel que tiene lugar al no honrar el librado su compromiso, se ejerce una vez que haya acaecido el vencimiento y en el segundo, o sea, aquel cuyo ejercicio se permite por incertidumbre en la realización del pago, puede llevarse a cabo, aun antes del vencimiento.⁽¹⁶⁾

Como es obvio, el presupuesto lógico del ejercicio de la acción de regreso es el no pago, por quien estaba obligado a realizarlo, al acaecer del término. Es normal, que la acción de regreso se ejercite luego del vencimiento de la letra, pues es precisamente al vencimiento, en que la misma debe ser presentada para su pago; y solo en ese momento se sabrá, además, si se debe o no, recurrir a la vía regresiva. Es de tener presente también, que para que el regreso por falta de pago proceda, la letra debe ser presentada para su cobro, a la persona, en el lugar y como ya se dijo, en el término debidos.

(15) Ver Garrigues Joaquín, op. cit., p.p. 556 y sgtes.

(16) El Art. 766 del C. de C, al regular la acción de regreso prescribe en lo que interesa: *El tenedor podrá ejercitar su acción al vencimiento de la letra de cambio contra los endosantes, el librador y las demás personas obligadas cuando el pago no se haya efectuado; y antes del vencimiento en los siguientes casos:*

- a) *Cuando hubiere negativa de aceptación total o parcial;*
- b) *En los casos de suspensión de pagos, quiebra o concurso del librado, aceptante o no, o del embargo de sus bienes con resultado negativo; y*
- c) *En los casos de suspensión de pagos, quiebra o concurso del librador de una letra no sometida a aceptación.* (El resaltado es nuestro).

III. EL REGRESO CAMBIARIO ANTICIPADO

Lo dicho anteriormente atañe a la acción de regreso ejercida luego del vencimiento del título, pero la ley, permite también como ya se mencionó, el vencimiento anticipado, frente a vicisitudes negativas sobrevinientes que puedan afectar en su caso, al patrimonio del librado o del librador y conducir al probable no pago de la obligación. Procura así el ordenamiento, no dejar desprotegido al tenedor del título ante situaciones donde posiblemente se socaven irrefragablemente las garantías patrimoniales que sustentan el crédito cambiario. Nos referimos a patologías tales como la suspensión de pagos, la quiebra o concurso del librado o del librador, o el embargo infructuoso de los bienes del primero. Se consiente igualmente el vencimiento anticipado, ante circunstancias que vienen a suponer sino la absoluta imposibilidad del pago, al menos su muy escasa probabilidad, como en el caso en que, no habiendo aceptación, es dable presumir que mucho menos habrá pago.⁽¹⁷⁾

Ciertamente, el rechazo de la aceptación, implica un supuesto donde la seguridad del pago es remota y aun cuando, como ya se advirtió, existe también el regreso de caución, la Convención de Ginebra optó por una solución más rigurosa al conceder al tenedor, la inmediata acción de regreso. Examinando esta hipótesis, regulada por el artículo 766 del Código de Comercio, tenemos que la falta de aceptación total o parcial tiene lugar en diversas situaciones contempladas por ese cuerpo legal.

El primer supuesto a examinar es precisamente la falta de aceptación total o parcial a que hemos venido haciendo mención y que impone al tenedor cambiario la obligación de levantar un acta notarial denominada protesto que deja constancia del rechazo de la aceptación y a su vez legítima para el ejercicio de la acción de regreso,⁽¹⁸⁾ como

(17) Ver Art. 766 incisos a, b, y c, ya transcritos en la nota 16 de este trabajo. Siguiendo a Ginebra, las legislaciones centroamericanas regulan la acción de regreso en igual sentido, al respecto Ver: Art. 566 Código de Comercio de Honduras; Art. 615 Código de Comercio de Guatemala, el Art. 766 del Código de Comercio de El Salvador y el Art. 140 de la Ley General de Nicaragua. Es de hacer notar que el Código guatemalteco, no dice expresamente que la acción de regreso puede ejercerse anticipadamente, pero se deduce lógicamente que dadas circunstancias tales como la no aceptación o la quiebra, concurso o cualesquiera situación equivalente, la acción se puede ejercer haya o no vencido la letra.

veremos más adelante. En relación con el rechazo parcial de la aceptación, el protesto se levanta solo por la suma que no fue aceptada, y por ese monto puede ejercer el tenedor, inmediata acción de regreso.⁽¹⁹⁾ Si bien, lo anterior se encuentra respaldado por la doctrina mayoritaria, cabe siempre preguntarse si ¿la acción de regreso puede ejercerse solo por la suma parcial rechazada, como hemos acotado anteriormente, o si está autorizado el tenedor a pretender la suma total?

La redacción del Código al respecto, no parece ser muy clara, pues el tantas veces citado Art. 766, establece que el tenedor podrá

(18) Ver Art. 776 párrafo primero del Código de Comercio, sin embargo, el protesto puede ser renunciado si se incluye por parte del librador, de un endosante o de un avalista, la llamada Cláusula sin gastos (Arts 776 y 786 C. de C.). En el derecho del resto de los países centroamericanos ver: Arts. 554 y 556 del C. de C. de Honduras, Arts. 752 y 754 del C. de C. de El Salvador y Arts. 141 y 144 de la Ley General de Nicaragua. El ordenamiento costarricense, el hondureño, el salvadoreño y el nicaragüense, tras las directrices de la Convención de Ginebra en sus Arts. 44 y 46, establecen el protesto como una formalidad obligatoria, cuya omisión produce la caducidad del derecho de regreso. En los citados ordenamientos, tal requisito formal solo puede ser obviado mediante la inclusión de la cláusula de “retorno sin gastos”, que conlleva la renuncia que en la práctica cambiaría costarricense se da casi por descontada, pues todas las fórmulas de letra de cambio impresas, la incorporan. Guatemala sin embargo, se aparta de los postulados ginebrinos y establece en el Art. 469 de su Código de Comercio, que “el protesto solo será necesario cuando el creador de la letra inserte en su anverso y con caracteres visibles la cláusula: con protesto”. La obligatoriedad del protesto queda así supeditada a la voluntad del librador, y no a un imperativo de ley. Con esta modalidad del derecho guatemalteco, los términos se invierten., la cláusula de “retorno sin gastos”, pasa a ser la regla y la cláusula “con protesto” la excepción. Igualmente Nicaragua se aparta de Ginebra, cuando establece en el Art. 142 de su Ley General que “si la letra se presentará por conducto de un Banco, la anotación de este, respecto a la negativa de aceptación o de pago, valdrá como protesto”. Sigue de esta manera, la ley nicaragüense, la práctica que se da en los cheques donde la falta de pago no comporta la necesidad de levantar protesto, pero donde si es necesaria, la razón del banco dejando constancia en el documento de tal circunstancia.

(19) La aceptación parcial es admitida por el Art. 751 párrafo primero del Código de Comercio. En el resto de Centroamérica, ver Art. 523 del C. de C. de Honduras; Art. 459 del C. de C. de Guatemala, el Art. 722 del C. de C. de El Salvador y el Art. 124 de la Ley General de Nicaragua.

ejercitar su acción antes del vencimiento, “cuando hubiere negativa de aceptación total o parcial”, o sea, que la ley determina cuando puede ejercerse la acción, pero no dispone si tal ejercicio lo es únicamente por la suma rehusada, o lo es por la totalidad de la obligación cambiaria. Pese a que hay autores que consideran que sería más justo para el tenedor el reclamo total,⁽²⁰⁾ el Art. 791 del C. de C. dirime toda discusión, al estipular que luego de ejercerse acción regresiva fundada en una aceptación parcial, “el que pagare la cantidad que hubiere quedado sin aceptar en la letra, podrá exigir que este pago se haga constar en ella...”; por ende no hay duda que la ley misma, habla de pagar la cantidad parcial no aceptada y solo por esa cantidad entonces deberá levantarse el protesto y ejercerse la respectiva acción.

Por otra parte, sobre este tema, la doctrina arguye que la aceptación parcial beneficia a todos los interesados: al librador y a los demás obligados en regreso “porque limita su responsabilidad a la diferencia entre la cantidad que figura en la letra y la suma por la cual fue aceptada,⁽²¹⁾ no obstante lo anterior, creemos que en un sentido estricto, no existe realmente dicha limitación, pues tal modalidad, no exime de responsabilidad ni siquiera por el tanto aceptado, a los obligados en vía de regreso, quienes siempre garantizarán subsidiariamente la obligación incorporada en el título. El beneficio nos parece se reduce al no-ejercicio en forma inmediata de la acción de regreso por el monto aceptado y a la razonable posibilidad de que el librado honre su compromiso, única forma de exonerar efectivamente a quienes responden en subsidio.

El tenedor por su parte se favorece con la aceptación parcial ya que agrega al ámbito cambiario un nuevo deudor, pese a que solo garantiza fragmentariamente la obligación. El aceptante por el mero hecho de aceptar es probable que pague la suma adeudada, pero de no

(20) Ver, Legón Fernando, *op. cit.*, p. 206, quien considera que: “Es evidente que permitir al portador ejercitar el regreso por el total es más justo y equitativo, ya que con la aceptación parcial, el girado no paga”. Sin embargo, este autor interpreta el Art. 47 inciso A del Decreto-Ley argentino Nº 5965/63, en el sentido de permitir el regreso solo por la suma parcial no aceptada.

(21) Menéndez Menéndez Aurelio. *La Aceptación de la Letra de Cambio*, en **Derecho Cambiario**, estudios sobre la ley cambiaria y del cheque. Dirección Aurelio Menéndez. Editorial Civitas S.A. Madrid, 1992.

cumplir, siempre es posible que en su contra se dirijan en su oportunidad, las acciones pertinentes; y finalmente, restringirá su empeño, solamente a la proporción que convenga a sus intereses. Es de hacer notar asimismo, que el artículo 751 del C. de C., claramente estipula que “el librado podrá limitarla a una parte de la cantidad”, con lo cual no cabe duda de que tal facultad depende únicamente de su voluntad⁽²²⁾ y no necesita de la aquiescencia del tenedor, al cual solo le compete levantar el debido protesto y ejercer por la suma declinada, inmediata acción de regreso.⁽²³⁾

Otra situación a examinar, es aquella contemplada por el Art. 749 del Código de Comercio en relación con la facultad de que goza el librado, de solicitar que se le haga una segunda presentación a la aceptación el día siguiente de la primera. Esto, por cuanto de concedérsele por el tenedor esa segunda presentación, puede el librado contar con el tiempo necesario para revisar sus cuentas y decidir si conviene a sus intereses el aceptar o no, la letra. Para el tenedor puede ser también provechosa la situación pues en el tanto en que otorgue esa segunda presentación, mayor será la probabilidad de que le sea aceptada la misma.⁽²⁴⁾

No obstante, pese a lo conveniente que puede resultar para ambas partes la segunda presentación, queda al solo arbitrio del tenedor, el consentir o el rehusar tal petición. De acceder a la misma, cabe siempre la posibilidad de que el librado no acepte el título, debiendo entonces el tenedor levantar protesto (de no estar este renunciado) y acudir a la vía de regreso. Pero, el Art. 749 que comentamos, regula en su párrafo primero in fine, una situación, que en el

(22) En contra, Carboneres Terol Francisco, *La aceptación de la letra de Cambio*. Editorial Tecnos, Madrid 1976, p. 195, quien comentando la legislación española anterior a la “ley Cambiaria” de 16 de julio de 1985, actualmente en vigencia, dice: “creemos que la solución más acertada de lege ferenda, es la de admitir la aceptación parcial, pero siempre que el tenedor dé su consentimiento a dicha aceptación parcial”.

(23) Iguales conclusiones a la del texto, se pueden colegir a nuestro juicio, del articulado de los restantes países centroamericanos.

(24) “... desde el punto de vista cambiario, el librado es libre de aceptar o no la letra. Tampoco tiene que decidirlo en el momento en que se le presenta la letra, sino que puede exigir que se le otorgue un plazo de reflexión”. Hueck y Canaris, *op. cit.*, pág. 105.

caso de la segunda presentación, puede dar al traste con el derecho del tenedor de acudir inmediatamente a la vía de regreso, al estipular con enigmática redacción proveniente de Ginebra, que: “los interesados no podrán alegar que tal petición no ha sido atendida a no ser que así se haga constar en el protesto”. De los entresijos, de tal expresión, debe colegirse, que de no atender el tenedor la solicitud del librado de que se le presente la letra por segunda vez, podrá tener derecho de ejercer inmediata acción de regreso, únicamente en el caso de que tal denegatoria no se haga constar en el protesto. Por el contrario, si al levantarse el protesto, el librado le solicita al notario que deje constancia de que rechaza la aceptación por haberse negado el tenedor a concederle una segunda presentación, no tendrá este, derecho de ejercer en forma inmediata la acción de regreso, debiendo esperar al vencimiento de la cambial. Obviamente el problema aquí para los interesados (que no son otros que los obligados en vía de regreso), consiste en que quien puede pedir que conste en el protesto la negativa del tenedor, es el librado que rechaza la aceptación y que por consiguiente, permanece como tercero frente a la obligación cambiaria, y al cual puede que le sea indiferente que consten o no tales hechos.⁽²⁵⁾

Volviendo al Art. 751 del Código de Comercio, en este se regulan igualmente los supuestos de la aceptación condicional y de la aceptación modificativa de los términos originales de la letra. Con referencia a la primera, se establece con meridiana claridad, que “la aceptación será pura y simple”, o sea que no puede estar sujeta a condición alguna. En ese sentido consideramos que cualesquiera condiciones a las cuales se someta la aceptación de una letra de cambio son nulas y por lo tanto, no habría en un caso semejante, aceptación alguna y al no haberla, procede la acción regresiva anticipada.⁽²⁶⁾

(25) No obstante que Ginebra, contempla la segunda presentación en su Art. 24, las legislaciones de Honduras, Guatemala y El Salvador, con un criterio más rígido no incluyeron tal posibilidad. Nicaragua sí la estipula en el Art. 122 de su ley.

(26) Hueck y Canaris, *op. cit.*, pág. 104, sostiene que la aceptación condicionada, atenta contra la literalidad de la letra ya que: “Dicho carácter exige que, en principio, todos los requisitos de la responsabilidad cambiaria puedan extraerse del documento, lo que no ocurre cuando se condiciona la aceptación, puesto que su existencia se hace depender de la realización de un evento situado fuera de la letra”.

Si bien el Artículo 751 que consideramos, permite como ya se afirmó la aceptación parcial, veda en su párrafo segundo la posibilidad de cualesquiera otras modificaciones al estipular que, “cualquier otra modificación introducida en el texto de la letra de cambio, equivaldrá a una negativa de aceptación”. Se refiere el Código a la eventualidad de que el aceptante varíe tanto el lugar como el momento del pago⁽²⁷⁾ y en dicho evento la modificación tendrá como efecto, que frente al tenedor, equivaldrá a una negativa de aceptación, permitiéndole consecuentemente, el ejercicio anticipado de las acciones correspondientes. Ello no impide, que el aceptante resulte obligado en los términos en que modificó el contenido original de la letra.⁽²⁸⁾ Aclarando lo anterior, permítasenos advertir, que el librado que no acepta las condiciones impuestas por la redacción original del documento y las cambia, resta siempre como librado aceptante, pero lo es en sus propios términos, o sea que tal modificación no lo exime en absoluto de responsabilidad, pues en su condición de aceptante es el principal deudor de la obligación, pese a serlo en condiciones distintas de las originales. No se pierda de vista que la modificación introducida por el librado no es una negativa de aceptación, solamente equivale a los efectos de esta y el principal de estos es el ejercicio anticipado de la acción regresiva. Pero el librado se obliga en los términos en que modificó. Resta al tenedor elegir entre ejercer la acción anticipada de regreso, o aceptar la modificación, según sus mejores intereses.

Hasta aquí, se ha venido señalando aquellos casos relativos a la aceptación que permiten el ejercicio anticipado de la acción de regreso, cabe ahora indicar, que la misma no procede como es obvio, cuando existe prohibición de que la letra sea presentada a la aceptación o cuando no existe responsabilidad por la misma.

(27) No debe considerarse como modificación de la aceptación la cláusula de domiciliación imperfecta, mediante la cual el librado señala a una tercera persona para que realice el pago, sin cambiar el lugar donde debe efectuarse el mismo, hipótesis regulada por el Art. 752 del C. de C. Ver Hueck y Canarias, *op. cit.*, p. 103.

(28) Para una reseña de las distintas posiciones doctrinarias relativas a la aceptación modificativa ver: Bergel, Salvador D. y Paolantonio, Martín E. *Acciones y Excepciones Cambiarias*. Ediciones Depalma, Tomo 1, Buenos Aires, 1992, pág. 96 y siguientes.

El primer supuesto se origina usualmente, en la certidumbre de! librador de que el librado rechazará la aceptación, exponiéndolo a una inmediata acción de regreso por parte del tenedor. Ante tal inconveniente y en procura de obviarlo, introduce cláusula de prohibición de presentación a la aceptación.⁽²⁹⁾ El segundo supuesto, da lugar a una situación muy peculiar en el derecho costarricense, dado que la falta de responsabilidad del librador por la no aceptación de la letra, solo puede provenir de la posibilidad que este tenga de eximirse de la misma por cláusula expresa.

El artículo 735 del actual Código de Comercio, apegándose casi literalmente al artículo 9 de la Convención de Ginebra estipulaba lo siguiente: “El librado garantiza la aceptación y el pago. Podrá eximirse de la garantía de la aceptación, pero la cláusula que le exonere de la garantía de pago, no tendrá valor alguno”. Conforme a esta redacción, al librador le es permitido, exonerarse de la garantía de la aceptación, no así, por supuesto de la garantía de pago. Pero el citado artículo 735, fue derogado por la Ley N° 7201 del 10 de octubre de 1990, eliminándose aparentemente de tajo, no solo la facultad del librador de eximirse de la responsabilidad por la aceptación, sino la obligación misma de garantizarla; máxime si se considera que en las variadas reformas que dicha ley obró en el Código de Comercio, no. se restablecieron en manera alguna, los supuestos aludidos.

Sin embargo, pareciera que por inadvertencia del legislador el artículo 793 del Código, mantiene en su párrafo segundo la frase siguiente: “... *el tenedor perderá las acciones que le correspondieren, tanto por falta de pago como por falta de aceptación a no ser que resulte de los términos de la letra que el librador solo tuvo intención de eximirse de la garantía de la aceptación*”.⁽³⁰⁾ Es claro, que este párrafo del

(29) El artículo 747 del Código de Comercio, en su párrafo segundo estipula: “También podrá prohibir, consignándolo en la letra misma, que sea presentada para su aceptación...”. El mismo artículo permite prohibir la presentación de la letra antes de determinada fecha. La Ley Cambiaria y del Cheque de España permite ambos supuestos en su artículo 26. Por el contrario, las legislaciones centroamericanas solamente contemplan la prohibición de presentación antes de determinada fecha. Ver Arts. 517 y 518 del C. de C. de Honduras, 451 y 452 del C. de C. de Guatemala y 716 y 717 del C. de C. de El Salvador y Nicaragua que los estipula en el Art. 120 de su ley.

(30) El resaltado es nuestro.

artículo citado, establece la presunción de que el librador puede eximirse de la garantía de la aceptación de la letra. Al suponer tal hipótesis, viene a presuponer la existencia misma de la garantía en cuestión, pues atenta contra toda lógica estatuir, la dispensa de una obligación inexistente. Resta en consecuencia como corolario de los anterior, la vigencia en el derecho nacional, de la garantía de aceptación, así como de la posibilidad de exonerarse de la misma, pese a la derogatoria del numeral mencionado.⁽³¹⁾

Pero si bien parece claro que la garantía de aceptación por parte del librador subsiste en el derecho costarricense, ¿podrá llegarse a igual conclusión con respecto a la garantía de pago de la letra? Sin entrar a examinar a fondo la cuestión, creemos que no es posible considerar lo contrario, con base en la naturaleza misma de la letra, siendo como es, una orden de pago que conlleva en subsidio la promesa del librador de pagar, en caso de rehusarse el librado a aceptar o pagar el título. ¿Qué sentido tiene entonces, hablar de acción de regreso, si no hay garantía de pago por parte del librador? ¿y dónde queda entonces la solidaridad cambiaría que ampara el Art. 787? Piénsese solo por un momento en el caso de que el librado niegue la aceptación y que no exista responsabilidad en subsidio del librador ¿Qué valor puede tener un documento así?

Por lo anterior y por los principios que informan la letra de cambio, creemos igualmente que a pesar de haber sido derogado el Art. 735 subsiste en este país la garantía de pago del librador de la letra, sin que haya posibilidad alguna de dispensa. Afirmar lo contrario, equivale a firmar el acta de defunción de la letra de cambio.

Se ha venido estudiando a lo largo de estas líneas, el ejercicio anticipado de la acción de regreso que se fundamenta en el rechazo total o parcial de la aceptación, corresponde examinar seguidamente, los demás supuestos que permiten por igual el ejercicio *ante tempus* de la acción regresiva pero cuyo fundamento radica en la inseguridad patrimonial del deudor, sea este librado o librador.⁽³²⁾

(31) En el derecho de los restantes países centroamericanos, se permite la inclusión de una cláusula exonerativa de la responsabilidad por la aceptación, al respecto ver: Art. 512 de C. de C. de Honduras, Art. 449 del C. D.e C. de Guatemala, el Art. 711 de C. de C. de El Salvador y el 114 de la ley nicaragüense.

(32) Art. 766 incisos b y c. Ver infra nota #16.

El librado, como es sabido, es el deudor principal de la obligación cambiaria y en su contra se ejercerá la acción directa al vencimiento de la letra. Toda situación patológica que afecte su patrimonio incidirá lógicamente en el cumplimiento de la obligación. Tal realización se tomará más improbable, cuanto más grave sea su situación patrimonial. Por ello, la ley permite al tenedor cambiario, ejercer la acción de regreso con anticipación al vencimiento, puesto que el librado se encuentra imposibilitado de cumplir, y ante esa situación anómala, pueda el tenedor encontrar satisfacción a sus pretensiones en el patrimonio de los deudores en regreso.

La ley establece como causales de este ejercicio anticipado de la acción de regreso, la suspensión de pagos, la quiebra, el concurso o el embargo infructuoso de los bienes del librado, haya este aceptado o no.⁽³³⁾ Además, en nuestro criterio, conviene considerar igualmente como válida causal, para el supuesto en estudio, la figura de la administración por intervención judicial, que la ley misma define como “una situación económica o financiera difícil”.⁽³⁴⁾ Si bien el Código en el Art. 766 no la menciona como causal, ello se explica fácilmente por su reciente incorporación a la legislación nacional, con la promulgación del Código Procesal Civil.

La apertura de los procedimientos de Administración por Intervención Judicial, que aunque de clara naturaleza concursal no tiende a la liquidación, provoca “la paralización de las pretensiones ejecutivas individuales, comunes, hipotecarias, prendarias y de cualquier otro tipo”;⁽³⁵⁾ lo cual se traduce en la imposibilidad de cobrarle al librado el crédito adeudado por el tiempo en que tenga lugar la intervención judicial. Siendo el espíritu de los incisos b y c del tantas veces aludido Art. 766, permitirle al tenedor el ejercicio ante tempus de la acción de regreso debido a la inseguridad en el pago del librado, queda justificado

(33) Es indiferente en este caso que el librado haya o no aceptado, puesto que de no haberse dado la aceptación antes de la situación anómala, esta no podrá tener lugar, y si ya hubiese sido aceptada la letra, es claro que no podrá cumplirse con la obligación.

(34) Art. 709, Código Procesal Civil, reformado por Ley #7643 del 15 de octubre de 1996.

(35) Art. 723, Código Procesal Civil, reformado por ley #7643 del 15 de octubre de 1996.

en el caso de la intervención judicial, su consideración como causal de esta modalidad de ejercicio de la acción cambiaria de regreso.

Con referencia al inciso c) del artículo en estudio, la inseguridad patrimonial radica en el patrimonio del librador y no ya en el del librado, pues se trata de un. letra donde la aceptación no cabe, pues ha sido prohibida por ellibrador.⁽³⁶⁾ Por tratarse de una letra no aceptable,⁽³⁷⁾ la principal garantía del pago de la obligación la constituye el patrimonio del librador, de ahí que la ley, concede al tenedor inmediata acción de regreso, cuando este patrimonio se encuentra en crisis. De esta manera, al igual que en la hipótesis del inciso b, del artículo en cuestión, ante la inseguridad en el pago procede la acción de regreso, pues de otra manera, la obtención de la satisfacción del crédito sería muy poco probable.

Por otra parte, “en caso de quiebra declarada, de suspensión de pagos o concurso del librado, así como en el caso de quiebra declarada del librador de una letra no sujeta a aceptación”, es suficiente la resolución judicial correspondiente para legitimar al tenedor, para ejercer la acción de regreso.⁽³⁸⁾ Lo anterior significa sencillamente, que en los casos citados, no es necesario el levantamiento del protesto para ejercer la respectiva acción.⁽³⁹⁾

(36) Art. 747 párrafo segundo del Código de Comercio.

(37) Solamente el librador puede prohibir la presentación a la aceptación y tiene lugar entre otras razones, porque no existe en ese momento un crédito suyo contra el librado o porque tiene la certeza de que este, no aceptará el título; Ver Salandra Vittorio, *op. cit.*, p. 274.

(38) Ver último párrafo del Art. 776 del C. de C.

(39) En términos generales hay coincidencia en el derecho centroamericano en esta materia, estableciéndose como causal del ejercicio de la acción regresiva tanto, la falta de pago total o parcial, como la falta de aceptación total o parcial, así como la inseguridad patrimonial del librado o del librador. Difieren los ordenamientos en relación con los supuestos concursales, que sirven como causa para la acción de regreso anticipada, pero obviamente que coinciden en el fundamento primario de los mismos, como lo es la inseguridad patrimonial del deudor. El Código de Guatemala, se separa del resto, al no establecer expresamente

Aún cuando ya se ha venido haciendo alusión al protesto, no es ocioso hacer hincapié en la necesidad de cumplir con este requisito formal básico, a fin de poder ejercer la acción de regreso.⁽⁴⁰⁾ El protesto debe ser levantado tanto en caso de rechazo total o parcial de la aceptación, como de falta total o parcial de pago. Dichos supuestos, que autorizan el ejercicio de la acción regresiva, otorgan plena vigencia al aforismo “sin protesto, no hay regreso”. No obstante lo anterior, en Costa Rica, la práctica lo desvirtúa, al incorporar invariablemente en las fórmulas impresas, la cláusula de “retorno sin gastos”, o sea, la renuncia del protesto; lo cual redundaría en que no es práctica común en el país, el levantamiento del mismo.⁽⁴¹⁾

IV. EL CONTENIDO DEL REGRESO CAMBIARIO

La pretensión económica del acreedor cambiario, se regula en el Código de Comercio en los artículos 788 y 789, según sea el tenedor cambiario quien haga el reclamo, o lo realice un deudor que haya reembolsado el importe de la letra. Debe hacerse además en el primer caso, la distinción entre el reclamo efectuado al vencimiento o aquel realizado antes del vencimiento; pues en este último procede un lógico descuento, como se estudiará oportunamente.

Los extremos que puede comprender el reclamo establecido por el tenedor del título contra quien dirija su acción, incluye en primer término, el importe no aceptado o no pagado de la letra,⁽⁴²⁾ es decir, la

la acción de regreso ante tempus, pero lógicamente se colige, que dados los supuestos, se puede ejercer la acción aún cuando no haya tenido lugar el vencimiento. Ver al respecto el Art. 615 del Código de Comercio de Guatemala, así como los artículos 556 y 766 de los ordenamientos comerciales de Honduras y El Salvador respectivamente, así como el Art. 140 de la ley de Nicaragua.

- (40) “El protesto es un acto notarial que acredita frente a todos el exacto cumplimiento de la obligación de diligencia impuesta por la ley al tenedor de la letra”. Ver Garrigues Joaquín. *Op. cit.*, p. 518. Ver igualmente, el Art. 776 del C. de C.
- (41) La renuncia del protesto está contemplada por el Art. 786 del Código de Comercio, y por ende su inclusión en la letra es legítima, sin embargo, las fórmulas impresas incorporan algunas otras cláusulas, cuya legalidad es, empleando un eufemismo, dudosa.
- (42) Al indicar el inciso primero del Art. 788 del Código, que se pagará el importe de la letra no aceptada o no pagada, hace referencia a los

suma cambiaria, con sus respectivos intereses, de haber sido estos estipulados. Alude la ley en general, a la posibilidad de establecer intereses consagrada en el Art. 731 del Código de Comercio,⁽⁴³⁾ y en particular a los intereses corrientes establecidos por acuerdo de partes (convencionales) regulado por el Art. 497 del mismo cuerpo de leyes.⁽⁴⁴⁾

Los intereses convencionales, pueden ser en Costa Rica fijos o variables. De convenirse la segunda modalidad, la variabilidad tiene que

supuestos (ya estudiados) que autorizan el regreso cambiario y por ende se deben considerar incluidos también, aquellos comprendidos en los incisos b y c del Art. 766. Ver Legón Fernando, *Op. cit.*, p. 210.

(43) El Art. 731 del C. de C., establece una amplia autorización para estipular intereses, a condición de que se indique la tasa del mismo pues de lo contrario, la cláusula que los establezca carecería de valor alguno. Por el contrario, la Convención de Ginebra en su Art. 5, permite la estipulación de intereses, solamente cuando se trata de letras libradas a la vista o a plazo cierto desde la vista, en los demás tipos de libramiento, es decir, aquellas a fecha fija, o a plazo cierto desde su fecha, toda cláusula que fije intereses se tendrá por no escrita. La razón de esta prohibición estriba en la posibilidad en letras sujetas a estos vencimientos, de poder calcular los intereses a priori y sumárselos al principal, constituyendo un total único, que vendrá a ser la suma cambiaria y por ello se hace innecesaria la cláusula aludida, aparte de que el título gana en sencillez. Sin embargo, en las letras libradas a la vista o a plazo cierto desde la vista, un cálculo apriorístico de los intereses, no es posible, pues nunca se puede saber con exactitud, cuando serán presentadas a su cobro la primera y a la aceptación la segunda, y de ahí, la necesidad de sujetarlas a una cláusula de intereses, cuando estos han sido pactados.

(44) En el derecho guatemalteco, se sigue a Ginebra y el Art. 442 del C. de C. permite la estipulación de intereses en las letras libradas a la vista y a cierto tiempo vista, en las demás, no es posible. Lo mismo sucede en la legislación nicaragüense, permitiendo el Art. 113 la sujeción a intereses en dichas modalidades de letra y a diferencia de la costarricense y de Ginebra, la omisión de la respectiva tasa, no invalida la cláusula, supliéndose tal carencia con una tasa del 6% anual. Por su parte las legislaciones de Honduras y El Salvador prohíben con idéntica redacción, toda fijación de intereses corrientes en sus Arts. 505 y 704 respectivamente. Rezan así dichos artículos: "En la letra de cambio se tendrá por no escrita cualquier estipulación de intereses o cláusula penal. Se fundamenta esta posición en la necesidad de que la orden de pago incorporada en la letra lo sea por una suma determinada y no por una determinable, como lo es aquella sujeta a intereses.

sujetarse a tasas o índices nacionales o internacionales que deben ser notorios y objetivos. Grave duda plantea por la naturaleza misma del título, la posibilidad de sujetar la letra de cambio a un interés fluctuante, pese a la pródiga redacción de los citados Arts. 731 y 497 del código, que parecieran no fijar confín alguno.

El Art. 727 del Código de Comercio, al establecer los requisitos formales que debe contener la letra de cambio estipula literalmente en su inciso b): “*el mandato puro y simple de pagar determinada cantidad*”⁽⁴⁵⁾ y por ello, debe entenderse en principio, que se trata de una cantidad en dinero, consignada exacta e inequívocamente. La cantidad debe ser determinada puesto que estamos en presencia de un título destinado a circular, pero, para lograr este cometido, es necesario dotar a la circulación de los títulos-valores de condiciones de seguridad, y entre estas tenemos, la certeza en la suma a pagarse.

Precisamente, buscando otorgarle la necesaria seguridad a la circulación de estos títulos, es que la doctrina ha venido pacientemente elaborando a través de los años, una serie de principios que han hecho posible una rápida y segura circulación de la riqueza. Entre estos, está el principio de la literalidad, que puede ser resumido expresando que *el tenor del documento, indica la medida del derecho* y es claro que la determinación de la medida del derecho, no puede provenir de una cláusula de interés variable, a no ser que la palabra determinación, se entienda como sinónimo de imprecisión.

Así las cosas, la inclusión de una cláusula de interés variable en la letra de cambio, viene a ser una verdadera teratología jurídica, una flagrante violación al principio de literalidad, que atenta en consecuencia, contra la naturaleza misma de los títulos valores, que como ya lo expresamos son títulos con vocación a la circulación, la cual de no ser segura, se paraliza.

La determinación de la suma que se ordena pagar, debe provenir de la letra misma y nunca de elementos extraños a esta. La letra de cambio solo soporta obligaciones cambiarias, es decir, las que nacen de

(45) El resaltado es nuestro. En relación con este requisito de pagar una determinada cantidad, las legislaciones centroamericanas lo siguen con igual o similar redacción, ver Arts. 504, 702, 441 y 108 de las legislaciones de Honduras, El Salvador, Guatemala y Nicaragua respectivamente.

sí misma, y jamás obligaciones extracambiarias, puesto que es un título que incorpora una orden de pago, literal y abstracta.

Cierto es que la Convención de Ginebra de 1930, tantas veces aludida, quebranta el principio de que la suma a pagar debe expresarse en forma exacta e inequívoca, pues permite sujetar a intereses, a las letras de cambio libradas a la vista y a plazo cierto desde la vista, dando como resultado que la suma a pagar ya no será en esos casos determinada sino determinable; pero como determinable que es, resulta conocida desde el momento mismo de la emisión del título, y proviene del propio documento y no de elementos extraños a este. No menos cierto también es, que como se afirmó con anterioridad, la suma a pagar en una letra a la vista o a plazo cierto desde la vista, no puede ser determinada, a priori, ya que se desconoce el momento de la presentación al pago o a la aceptación y por lo tanto se está frente a una suma que tampoco es determinable, en el momento de su emisión, pero que sí lo será en el momento de su presentación.

Sin embargo, siempre se pueda afirmar que de conformidad con los artículos 759 y 748 del Código, la letra a la vista y aquella a plazo cierto desde la vista deben ser presentadas al cobro y a la aceptación respectivamente, en un plazo no mayor de un año, so pena de caducidad de acuerdo al Art. 793 del mismo Código. De la relación de estos artículos, se puede deducir que la suma mayor a pagar en estos tipos de letras es perfectamente determinable, pudiendo así el deudor conocer el monto máximo que puede alcanzar su obligación, y además hay que agregar, que tal conocimiento surge de factores que emanan del título mismo y no de elementos foráneos.

Todo lo contrario sucede con el interés variable, donde se está frente a una suma a pagar que no puede ser determinada con precisión en forma alguna, y cuya indeterminación resulta de factores externos a la relación cambiaria y que violentan sin recato la naturaleza jurídica de la letra de cambio.⁽⁴⁶⁾ Por ello, en nuestro modesto entender, el párrafo

(46) En abono a la posición aquí sostenida, transcribiremos algunas citas de autores de diversas nacionalidades:

Alemania: “La suma cambiaria debe estar determinada también en el sentidos de que ha de ser una cantidad unitaria...”, Ver Hueck y Canaris, *op. cit.*, p. 82; España: “La naturaleza de la letra de cambio como título de circulación exige la determinación precisa de la cantidad que él

final del Art. 497 debe leerse en buena hermenéutica jurídica así: “*las tasas de intereses previstos en este artículo podrán utilizarse en toda clase de obligaciones mercantiles, incluyendo las documentadas en títulos valores*”, mientras no sean contrarias a su naturaleza jurídica.

No se pretende sostener aquí -aunque de ello no estamos plenamente convencidos- que no es posible en el derecho nacional sujetar a una letra de cambio a intereses variables, puesto que es la misma ley la que ampara la aberración criticada, pero sí queremos deplorar con vehemencia, cierta tendencia en los últimos tiempos de reformar las instituciones en forma totalmente casuista, con absoluto desdén hacia su naturaleza jurídica; tendencia que en algunos casos parece inspirada en el pensamiento de que solo los intereses de los acreedores son dignos de tutela jurídica.

acreedor tiene derecho a exigir”, Ver Garrigues Joaquín, *op. cit.*, p. 295, “No es suficiente, por otra parte, que la suma de dinero consignada sea determinable. Ha de ser en efecto determinada. Ello significa que la cantidad ha de poder reconocerse de una manera inequívoca, debiendo consignarse cantidades exactas y sin que sean admisibles expresiones aproximativas o alternativas...”, Ver Iglesias Prada, Juan Luis, *El libramiento de la letra de cambio* en Derecho Cambiario Estudios sobre la Ley Cambiaria y del cheque. Dirección de Aurelio Menéndez, Editorial Civitas, Madrid, 1992; Italia: “L'ordine o la promessa deve riferirsi ad una somma única e determinata e non ad una somma comunque determinabile con riferimento ad altri documenti o contratti”, Ver, Salandra Vittorio, *op. cit.* p. 250, “Oggetto dell'ordine e della promessa cambiaria e il pagamento di una somma determinata e quindi espressa in una cifra certa: non dunque di una somma indeterminata ancorche determinabile col riferimento a rapporti estranei al titolo...”, Ver Asquini Alberto, *op. cit.*, p. 180, “Somma determinata significa espressa in una cifra numerica, ossia in una quantita numericamente precisata, che deve risultare del titolo stesso”, Ver Angeloni Vittorio, *op. cit.*, p. 47; Francia: “... por medio del cual una persona otorga a aquel a quien entrega el título el derecho de hacerse pagar una suma de dinero determinada”, Ver, Guyenot Jean *Curso de Derecho Comercial*, volumen II, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1975, p. 15; Argentina: “La suma de dinero debe de estar determinada en el documento por su cantidad y calidad”, Ver Legón Fernando, *op. cit.*, p. 43; México: “En relación con la necesidad de que la letra se refiera a una suma determinada de dinero se explica el precepto del Art. 78, que priva de efectos a la cláusula de intereses”, Ver Rodríguez Rodríguez Joaquín, *op. cit.*, Tomo 1, XIII Edición, Editorial Porrúa, México D.F. 1978, p. 305; y así sucesivamente podríamos seguir citando autores, pues sobre el particular no existe controversia en la doctrina.

Digresión aparte, téngase en cuenta, que la cláusula de intereses para que posea efecto obligatorio para todos los firmantes, solo puede ser establecida por el librador, y aquella fijada por un endosante no tendrá validez ni siquiera para sí mismo, puesto que eso, vendría a implicar la existencia de dos sumas a pagar, en un mismo documento. Asimismo, el efecto obligatorio de la inclusión de una tasa de intereses, no afecta al librado, pues este, según el Art. 751 del C. de C. puede aceptar parcialmente la cambial, pudiendo en consecuencia admitir solamente el principal y rehusar los intereses.

Como segundo rubro a reclamarse por el tenedor del título están los intereses legales, que según el Art. 497 es igual a la tasa básica pasiva del Banco Central cuando se trata de letras emitidas en moneda nacional y a la tasa “prime rate” si se emite en dólares, moneda de los Estados Unidos, no rige aquí la regla estipulada por el Art. 498 del C. de C., según la cual los intereses moratorias serán igual a los corrientes, ya que el inciso b) del Art. 788 en comentario, estatuye sin lugar a dudas que como intereses moratorios regirán los legales.⁽⁴⁷⁾

Finalmente, puede cobrar el tenedor según el inciso c) del Art. 788, *“los gastos del protesto y de las notificaciones, así como cualesquiera otros”*. Con referencia al protesto, acta notarial que constituye el requisito formal por excelencia para la procedencia de la acción de regreso, su función es dejar constancia de la no aceptación, como del no pago, y ha virtualmente desaparecido de la práctica costarricense, dada la cláusula adhesiva que se incluye en las formulas impresas. Por gastos de notificaciones, se refiere la ley a los avisos que debe efectuar el tenedor a su endosante inmediato y al librador cuando ha habido falta de aceptación o de pago y que se encuentran regulados en el Art. 785 del Código de Comercio. Mediante el aviso, se notifica a los obligados en regreso que puede iniciarse en cualquier momento acción regresiva, a fin de que tomen las medidas pertinentes.

Es preocupante la frase tan general e imprecisa con que remata el inciso c) del Art. 788 ya transcrito, que viene a permitir el cobro de “cualesquiera otros” gastos, sin calificarlos siquiera, ni mucho menos especificarlos. La Convención de Ginebra en su artículo 48, utiliza

(47) En relación con los intereses moratorios, las legislaciones centro-americanas que hemos venido citando concuerdan en que deben ser las de tipo legal. Ver Arts. 568, 617, 768 de los códigos de Comercio de Honduras, Guatemala y El Salvador y el Art. 146 de la ley de Nicaragua.

exactamente la misma expresión, y lo mismo puede afirmarse sobre la Ley Cambiaria italiana, y de muchas otras que siguen muy de cerca las pautas ginebrinas, pero hay que tener en cuenta que tal amplitud puede atentar contra los derechos del deudor, permitiendo cobros sobre extremos no justificados y que por lo tanto pueden resultar abusivos. Preferimos por ello la calificación de “gastos legítimos” que emplean otras legislaciones⁽⁴⁸⁾ y que le permiten al juez realizar la valoración respectiva con un criterio más restrictivo. En todo caso, debe existir un estricto criterio de causalidad entre el cumplimiento y los gastos que directamente este genere, para que puedan ser cobrados.

Finalmente, el artículo en comentario, establece un descuento si la acción se ejerce antes de la fecha de vencimiento. Tal descuento consiste en restar de la suma cambiaria los intereses por el tiempo que no ha transcurrido entre el día de efectivo pago y la fecha en que se había fijado el vencimiento. La tasa por la cual se regirá el descuento será del 6% anual.⁽⁴⁹⁾

(48) El Art. 568 del Código de Comercio de Honduras en su inciso III, dice: “Los gastos del protesto y los demás legítimos”; por su parte el Código de Comercio de Guatemala en el Art. 617 es más específico: “De los gastos del protesto en su caso, y de los demás gastos legítimos, incluyendo los gastos del juicio”. El Art. 768 de El Salvador sigue esta misma tendencia y el Art. 146 de Nicaragua, se apega a Ginebra al establecer: “así como cualesquiera otros gastos”.

(49) La Convención de Ginebra no incluye por lo menos expresamente, entre los rubros a cobrar, el llamado premio de cambio que consiste en el gasto en que se haya tenido que incurrir por haberse realizado el pago en plaza distinta a aquella en que debió efectuarse. Sin embargo existen legislaciones posteriores a la Convención y que en general la siguen, que si lo incluyen, v.g. la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de México en su Art. 152, ver. Dávalos Mejía Carlos, *“Títulos y Contratos de Crédito, Quiebras”*. Colección Textos Jurídicos Universitarios, HARLA, México, 1994, p. 103. En las legislaciones centroamericanas que hemos venido citando se mantiene dicho extremo, ver Arts. 568, 617 y 768 de los Códigos de Comercio de Honduras, Guatemala y El Salvador respectivamente. Lo anterior creemos es por clara influencia mexicana. En el derecho alemán, se comprende entre los gastos “un tercio por ciento de la suma cambiaria como compensación por la actividad del acreedor en vía de regreso. Dicha cifra podrá reducirse, pero no aumentarse”, ver Hueck y Canaris, *op. cit.*, p. 184; al hablarse de la “actividad del acreedor” en forma general, pareciera que no hay obstáculo para comprender en esta, el premio de cambio. Lo mismo puede decirse con la expresión en la ley costarricense, “así como cualesquiera otros, al referirse a los gastos en el Art. 788.

V. EL REEMBOLSO

En el acápite anterior examinamos, el contenido de la acción cambiaria de regreso, o sea la reglamentación que la ley aplica a las pretensiones económicas del último tenedor, que viendo insatisfecho su derecho, por la no aceptación o por el no pago del librado, recurre a la acción de regreso como medio de recuperar su crédito.

Corresponde analizar a continuación, el derecho de quien como deudor cambiario ha debido hacerle frente a la situación y ha pagado en vía de regreso. En este sentido, téngase en cuenta que solo el pago del obligado principal viene a extinguir, todo derecho, así como toda acción cambiaria. Por el contrario, el pago efectuado por un deudor de regreso, libera únicamente a quien lo realiza, así como a todos aquellos obligados cambiarios que le son posteriores, frente a los cuales, éste, es garante precisamente, del pago de la letra.

Pues bien, este deudor cambiario que ha debido pagar en virtud de la acción de regreso ejercida por el último tenedor de la letra, tiene derecho como consecuencia de la solidaridad cambiaria a la llamada *acción de reembolso o de ulterior regreso*, como también se le denomina.⁽⁵⁰⁾ Esta acción tiene como objeto resarcirse de todos los gastos en que se hubiere incurrido al pagar la letra y va dirigida contra todos aquellos coobligados que le preceden, es decir, contra aquellos que son sus garantes cambiarios.⁽⁵¹⁾

El contenido económico del reembolso, es regulado por el artículo 789 del C. de C. y comprende en primer lugar la cantidad íntegra que se haya tenido que pagar. Por cantidad íntegra debe

(50) Titular de la acción de reembolso, es el endosante o el avalista del endosante que haya pagado la letra. Nótese que el librador no puede ejercer tal acción, ya que para este, no existe sujeto contra quien enderezarla, pues el librador, es quien garantiza a todos los endosantes y a sus avalistas, tanto la aceptación como el pago de la letra. Si bien al librador le cabe acción contra el librado y sus avalistas, esta no sería de regreso, sino directa.

(51) Quien haya hecho frente a la acción de regreso, tiene derecho, a ejercer a su vez la acción de reembolso, salvo que haya pagado sin tener la obligación de hacerlo; como cuando existe cláusula exoneradora (Art. 793) o esté prescrita (Art. 795).

entenderse todos aquellos rubros objeto de la acción de regreso que el deudor cambiario tuvo que cancelar. A este conjunto de gastos, comprendidos en la acción de regreso, se le llama *cuenta de retorno, de regreso, o de resaca*⁽⁵²⁾ y ampara como se sabe, los extremos establecidos por el Art. 788 del C. de C., ya analizados.

A esta suma o cantidad íntegra, deben de agregarse, intereses legales a manera de intereses moratorias a partir de la fecha en que se pagó, hasta la fecha de la efectiva recuperación. Estamos frente al llamado sistema de acumulación, que permite calcular intereses sobre la cantidad efectivamente pagada, por quién como obligado cambiario, honró la obligación. En otras palabras, los intereses en la acción de reembolso no se calculan solamente sobre el capital, como en la acción de regreso, sino sobre toda la cantidad efectivamente pagada, es decir, capital más todos los gastos afrontados por el deudor en subsidio, intereses incluidos. Por último pueden además, cobrarse otros gastos en que se haya incurrido, que necesariamente sean legítimos.⁽⁵³⁾

La ley regula asimismo, el caso en que se haya ejercido acción de regreso después de una aceptación parcial. En este supuesto, la acción de regreso se ejerce por el monto no aceptado de la letra y quien hace frente a esa acción regresiva parcial, tiene derecho según el Art. 791 del C. de C. a exigir que el pago se haga constar en la letra y se le entregue el recibo correspondiente. No puede pretender que se le haga entrega del título, puesto que el tenedor debe presentarlo al cobro a su vencimiento, por la suma que fue aceptada y que por ende no fue objeto de la acción de regreso. Pero el tenedor, deberá entregarle copia certificada de la letra, así como del protesto, a efecto de que pueda ejercer por su parte, acción de regreso que en este caso, será por una suma parcial.

Ahora bien, quien pagó la acción de reembolso, tiene derecho de repetir contra cualesquiera de los obligados que le preceden y estos a su vez, de haber tenido que pagar, podrán ejercer acción de reembolso contra sus garantes hasta llegar al último obligado en regreso, el

(52) El Código la denomina en el Art. 790 como cuenta de resaca, que indica lo mismo.

(53) Ver, Pavone La Rosa, Antonio, *op. cit.*, p.p. 576 y sgtes.; Martorano, Federico, *op. cit.*, p. 403 y sgtes.; Angeloni, Vittorio, *op. cit.*, 300 y sgtes.; Salandra, Vittorio, *op. cit.*, 294; y Garrigues. Joaquín, *op. cit.*, p. 583.

librador, quien es garante de todos los endosantes y de sus respectivos avalistas. Como se comprenderá, cada vez que se activa el reembolso por un deudor cambiario, se acrecienta la suma a cobrar, pues se le van agregando intereses con cada acción; y a medida que la letra recorre su camino de regreso, los gastos se van aumentando, con la consiguiente onerosidad. Es para así decirlo, como una bola de nieve que al rodar por una colina, aumenta su grosor, a medida que avanza.

Para evitar el creciente costo de los sucesivos reembolsos, la ley permite al obligado cambiario contra quien se puede ejercer la acción citada (aún sin haber sido todavía requerido), que mediante el respectivo pago, la letra se le entregue acompañada del protesto, de la cuenta de retorno y del recibo. Esta posibilidad, es muy conveniente para el deudor cambiario, ya que le permite impedir la acumulación de gastos que se deriva de cada reclamo de reembolso.⁽⁵⁴⁾ Téngase presente, que la solidaridad cambiaria: permite que el reembolso, pueda ser ejercido contra todos los obligados de regreso, ya sea contra el endosante inmediato, o contra cualesquiera de estos, contra el librador y contra los avalistas si los hay, sin necesidad de seguir orden alguno, o sea, que la acción puede realizarse *per saltum* y no *per ordinem*.

La ley permite, que el endosante que haya pagado la letra, pueda tachar su endoso y los de los endosantes subsiguientes, con el fin de evitar el peligro que puede resultar de la pérdida o robo del documento, cuando en manos de un tercero de buena fe, le pueda ser reclamado nuevamente el pago. Tratándose de un tercero de buena fe, y de no constar en el título la cancelación, difícilmente podría evitarse un nuevo pago.⁽⁵⁵⁾

En relación con la tachadura de los endosos de los endosantes posteriores, es procedente, pues el pago efectuado los ha liberado, ya

(54) En caso de que haya cinco endosantes, piénsese en lo gravoso que podría resultarle al segundo endosante, tener que esperarse a que se le cobre al quinto y este a su vez al cuarto, luego este al tercero, hasta que éste último le cobre a él. En cada una de estas acciones se le van agregando intereses a la cantidad íntegra y como se comprenderá terminaría pagando un monto mucho mayor que la suma cambiaria original. Por ello, el Art. 790 le permite interrumpir ese camino de regreso y evitarse el acrecentamiento de la deuda.

(55) Ver párrafo segundo del Art. 790 C. de C.

que ha sido su garante quien lo realizó. A este último, le interesa igualmente, que no exista posibilidad alguna de que a estos se le llegase eventualmente a cobrar y puedan a su vez, ejercer en su contra acción de reembolso.

El deudor cambiario que paga en vía regresiva, una vez que le ha sido devuelta la letra, se convierte en legítimo tenedor del título y por consiguiente en el titular del derecho incorporado en éste. Discute la doctrina, ¿a guisa de qué, se convierte este deudor en acreedor nuevamente?, es obvio que lo es como consecuencia del pago, pero, ¿significa esto, que ha recobrado los derechos que le pertenecían antes de endosar la letra y convertirse por ende en garante del pago de la misma?

Tradicionalmente la doctrina ha sostenido que al pagar la letra y recuperarla, el deudor cambiario ha recobrado sus derechos originales, es decir, los mismos que poseía antes de endosarla, y a esta readquisición, se le ha llamado el *rescate de la letra*.⁽⁵⁶⁾ Sin embargo, si bien esta teoría podría explicar la recuperación de la posición jurídica original de parte del endosante que paga (y aún ello ha sido puesto en duda), difícilmente puede explicar la adquisición de los derechos cambiarios de parte de un avalista que paga. El avalista, que si bien puede ser un firmante de la letra, puede también con mayor frecuencia ser un tercero, y de haberlo sido antes de firmar la garantía, ¿cuáles derechos originales vendría a recuperar? Obviamente que ninguno y lo mismo puede decirse del interventor, o de cualquier tercero que la honre.

Por otra parte, es manifiesto igualmente, que no se adquieren los mismos derechos que se detentaban en la posición jurídica original, puesto que se han obtenido intereses y gastos en virtud de la acumulación que tiene lugar como se sabe, con el ejercicio de la acción de regreso, así como con el de las sucesivas acciones de reembolso. Pareciera que más consecuente con la realidad es la posición doctrinaria que sostiene que más que una recuperación de los derechos cambiarios

(56) Salandra, *op. cit.*, p. 291, sostiene al respecto: “Il riacquisto del diritto di regresso da parte dell'obbligato che paga o riscatto della cambiale é effetto dell'attuazione della garanzia prestata, che lo rimette nella situazione cambiaria in cui si trovava quando la prestó;...”. En igual sentido Legón, *op. cit.*, p. 213, quien dice: “El obligado de regreso, al pagar la letra recobra su derecho cambiario, y en virtud de ello puede cancelar su endoso y los sucesivos. En tal caso, el endosante tiene y conserva la acción de regreso”.

originales, lo que tiene lugar en “una *transmisión legal del crédito* del tenedor de la letra que ha sido satisfecho, al deudor que paga”.⁽⁵⁷⁾ Esta solución puede explicarse como, quien antes de pagar la letra, careciese de derecho cambiario alguno, puede ejercer la acción de reembolso contra los obligados anteriores; y además es compatible con la adquisición de los nuevos derechos de crédito engendrados por el sistema de acumulación que en esta materia se aplica.⁽⁵⁸⁾

V. LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REGRESO

La presentación en tiempo de la letra de cambio para su pago o para su aceptación, así como el levantamiento del protesto son requisitos cuyo riguroso cumplimiento debe ser observado por el tenedor de la letra, so pena de caducidad de la acción de regreso. A la caducidad de la letra se le conoce como perjuicio, en consecuencia cuando se está frente a un título, cuya acción de regreso ha caducado, se está frente a una letra de cambio perjudicada.⁽⁵⁹⁾ La caducidad

(57) Ver Hueck y Canaris, *op. cit.*, pp. 185 y sgtes. Por su parte Asquini, *op. cit.*, pp. 254 y 255, aun cuando discrepa de la teoría de la recuperación de los derechos originales, concluye que se está frente a “un modo di acquisto sui generis ex lege secondo le norme sostanziali e processuali del diritto cambiario”.

(58) Apartándose de Ginebra, las legislaciones centroamericanas que hemos venido citando incluyen expresamente entre los rubros reclamables por quien ejerza la acción de reembolso, el llamado premio de cambio, al cual ya nos hemos referido, ver Arts. 569, 618 y 769 de los Códigos de Comercio de Honduras, Guatemala y El Salvador respectivamente, y el Art. 147 de la Ley General de Nicaragua. En relación con el derecho del deudor cambiario de interrumpir el camino regresivo del reembolso y evitar la acumulación, pagando la letra y exigiendo su devolución, no se contempla en el derecho guatemalteco ni en el derecho salvadoreño. En Honduras, lo establece el Art. 572 del C. de C., que agrega en su párrafo segundo lo siguiente: “Si a hacer el reembolso concurren el girador y endosantes, será preferido el girador; y concurriendo solo endosantes, el de fecha anterior”. El propósito de la norma es evidente tiende a favorecer a aquel que siendo deudor anterior vería aumentar, su obligación a medida en que se avance por el camino regresivo, además de que su pago, liberaría a mayor cantidad de deudores. En cuanto a la posibilidad de tachar su endoso y el de los endosantes sucesivos, nada dicen las legislaciones precitadas.

(59) “Por perjuicio se entiende la pérdida de las acciones de regreso derivadas de la letra por no haberse ejercitado en plazo establecido”, Ver Hueck y Canaris, *op. cit.*, p. 206.

únicamente afecta a la acción de regreso, no así a la acción directa que solo está sujeta a prescripción.

La caducidad o perjuicio de la letra, está contemplada por el artículo 793 del Código de Comercio,⁽⁶⁰⁾ que regula los distintos supuestos en que por inobservancia de los plazos de cumplimiento de los requisitos legales o convencionales que condicionan el ejercicio de la acción de regreso se provoca el perjuicio del título.

Analizando el Art. 793 del Código de Comercio, tenemos que, *una vez que hayan expirado los plazos:*

- a) *Para la presentación de una letra de cambio a la vista.* Aquí la ley se refiere obviamente a la presentación al pago, ya que una letra a la vista vence en el momento de su presentación y por lo mismo se presenta directamente al cobro. El plazo para la presentación al pago, lo estipula el Art. 759 del C. de C. dentro de un año, a partir de la emisión. Sin embargo, el librador podrá variar tal plazo, sea alargándolo, sea acortándolo, mientras que al endosante solo le es permitido acortarlo.
- b) *Para la presentación de una letra a plazo cierto desde la vista;* se refiere la ley a la presentación a la aceptación, sin la cual no podrá comenzar a correr el término de vencimiento. El plazo de presentación es el de un año a partir de su fecha (Art. 748 C. de

(60) Art. 793. "Expirados los plazos fijados para la presentación de una letra de cambio a la vista o a plazo cierto desde la vista, para el levantamiento del protesto por falta de aceptación o de pago, o para la presentación al pago en caso de haberse estipulado la devolución sin gastos, el tenedor perderá todos sus derechos contra los endosantes, contra el librador que hizo la provisión, y contra las demás personas obligadas, con la excepción del aceptante.

Si la letra no hubiere sido presentada para su aceptación en el plazo señalado por el librador, el tenedor perderá las acciones que le correspondieren, tanto por falta de pago como por falta de aceptación a no ser que resulte de los términos de la letra que el librador sólo tuvo intención de eximirse de la garantía de la aceptación.

Cuando la estipulación de un plazo para la presentación estuviere contenida en un endoso, sólo podrá valerse de ese plazo el endosante respectivo".

C.). Advertimos que la no presentación a la aceptación en este caso, produciría la caducidad tanto de la acción de regreso por falta de aceptación, como por falta de pago, puesto que al no presentarse a la aceptación sería imposible determinar la fecha de vencimiento.

- c) *Para el levantamiento del protesto por falta de aceptación*; el Art. 776, párrafo tercero, prescribe que el protesto por falta de aceptación, debe levantarse en el término fijado para la presentación a ese efecto. El Art. 746 lo fija, estableciendo que la letra puede ser presentada a la aceptación, mientras no haya vencido o en el plazo establecido por el librador (Art.747). De igual manera, establece el Art. 776, que en el caso en que el librado exija segunda presentación (Art. 749), Y la primera presentación hubiera tenido lugar el último día del plazo, el protesto podrá levantarse, al día siguiente”. Como se comprenderá se debe distinguir entre la letra de cambio a plazo cierto desde la vista y los restantes tipos, excluida aquella a la vista, que como se sabe no se presenta a la aceptación. Las letras a plazo desde la vista, están sometidas a un plazo legal propio de presentación a la aceptación, cuya inobservancia produce el perjuicio del título (Art. 748).
- d) *Para el levantamiento del protesto por falta de pago*; en las letras a fecha fija, a plazo cierto desde la vista, o desde su fecha, el protesto según el Art. 776 párrafo cuarto, “deberá hacerse dentro de los ocho días siguientes a aquel en que la letra de cambio sea pagadera”. En cuanto a la letra de cambio a la vista, cuya fecha de pago no es posible precisar, ya que depende de la voluntad del tenedor decidir cuando la presenta a su cobro, el protesto por falta de pago debe levantarse según lo estipulado por el Art. 754, primer párrafo; es decir, dentro del término de un año contado desde la fecha de emisión, o en el término diverso, señalado por el librador o por un endosante. Téngase presente en esta materia que el levantamiento del protesto por falta de aceptación exime de la presentación al pago y del protesto por falta de pago. Lo anterior puesto que por la falta de aceptación, se adquieren los mismos derechos de regreso, que por la falta de pago.⁽⁶¹⁾

(61) En relación con esta materia, existe una curiosa situación en el derecho costarricense, pues el párrafo quinto del Art. 776 dice literalmente: “El protesto por falta de aceptación no eximirá de la presentación al pago y

- e) *Para la presentación al pago en caso de haberse estipulado la devolución sin gastos*; la cláusula de *devolución sin gastos* o de *retorno sin gastos*, como es sabido, exime del levantamiento del protesto e implica por lo tanto, la renuncia del mismo.⁽⁶²⁾ Esta cláusula si bien exime del levantamiento del protesto no dispensa de la presentación al pago en el plazo debido, ni de la obligación de dar los avisos correspondientes según el tenor del Art. 786 párrafo segundo del Código.

Entonces, una vez expirados los plazos para los supuestos que hemos venido señalando, la ley sanciona al tenedor con la pérdida de todos sus derechos contra el librador, los endosantes y todas las demás personas obligadas, con excepción del aceptante. Se excluye a este último, pues como ya repetidamente lo hemos acotado, es deudor directo, y no de regreso, y por consiguiente, contra él se dirige la acción directa, sometida únicamente a prescripción y no a caducidad.

El párrafo segundo del artículo en examen, prescribe que de contener la letra, un plazo para la presentación a la aceptación establecido por el librador, y si del tenor del documento resulta una clara manifestación de este en el sentido de exonerarse de la garantía de la aceptación, en caso de irrespeto del término fijado, la inobservancia de tal plazo, hace perder al tenedor el derecho de regreso por falta de aceptación, pero no así aquel por falta de pago, el cual puede ejercerse luego del vencimiento y de la confección del protesto respectivo. Por el

del protesto por falta de pago”. Las actas de la Asamblea Legislativa, correctamente no incluyen la palabra “no”, pero la publicación del Código en La Gaceta, la incluyó erróneamente y consecuentemente se ha venido reproduciendo en todas las ediciones del Código de Comercio. El párrafo cuarto del Art.43 de la Convención de Ginebra establece: “El protesto por falta de aceptación eximirá de la presentación al pago y del protesto por falta de pago”. Igual redacción tiene el Art. 51 párrafo tercero de la Ley Cambiaria italiana, el Decreto Ley 5965/63 argentino en su Art. 48 párrafo quinto, la Ley Cambiaria de España, Art. 51 párrafo quinto y así sucesivamente se podrían seguir citando legislaciones que siguen, la impronta ginebrina, para demostrar el error precipitado, el cual es evidente, máxime que las actas de la Asamblea Legislativa no lo contienen y además la doctrina es clara al respecto.

- (62) Esta cláusula está contenida en todas las formulas impresas que se venden en el país, en evidente favorecimiento de los intereses de acreedor.

contrario, de no expresar la voluntad del librador su intención de solo excluir de su responsabilidad la garantía de aceptación, debe entenderse que la no presentación de la letra en el plazo señalado por este para la aceptación, hace perder al tenedor todas las acciones de regreso, sea por falta de aceptación, como por falta de pago.

Finalmente, se establece por parte del Art. 793, que cuando la estipulación de un plazo para la presentación hubiese sido fijado por un endosante (Arts. 747, 748 y 769), tal plazo solo es válido para éste.

En relación con el perjuicio de la letra, es importante observar que la caducidad que la afecta implica no solamente como es obvio y hemos venido repitiendo, la pérdida del derecho de regreso, sino que además imposibilita el ejercicio de la acción causal al prescribir el Art. 683, que esta “no procederá sino en el caso de que el actor haya realizado los actos necesarios para que el demandado pueda ejercitar las acciones que pudieren corresponderle en virtud del título”; y es evidente que de estar perjudicada la letra, no podrá ejercer las acciones de regreso.⁽⁶³⁾

(63) El perjuicio de la letra es contemplado en el derecho centroamericano que hemos venido citando, en los Art. 576, 623 y 774 de los Códigos de Comercio de Honduras, Guatemala y El Salvador respectivamente. A diferencia de Costa Rica que sigue a Ginebra al pie de la letra, tanto Honduras como El Salvador, con redacción menos pormenorizada decretan la caducidad, por falta de presentación en tiempo de la letra para su aceptación o para su pago, como para el levantamiento del protesto cuando no se realiza en los términos debidos. En esto, el Código guatemalteco coincide con los arriba mencionados, pero se separa de estos, al no agregar como causal del perjuicio, el no haberse admitido la aceptación por intervención de aquellos indicados como intervinientes, o por no haberse admitido el pago por intervención. Es interesante mencionar que las legislaciones precitadas en sus Art. 578, 625 y 776, establecen con idéntica redacción lo siguiente: “los términos de que depende la caducidad de la acción cambiaría no se suspenden sino en caso de fuerza mayor, y nunca se interrumpen”. El art. 151 de la Ley General de Nicaragua, es similar a las anteriores, pues es de cuño ginebrino, pero, en su párrafo final se aparta de establecer un privilegio para el estado: “Las disposiciones de este artículo no se aplicarán al Banco Central de Nicaragua, en sus relaciones de descuento, con respecto a su propio endosante”.

VII. LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE REGRESO

Separándose ampliamente de Ginebra, el Art. 795 del Código de Comercio establece un plazo unitario de prescripción de las acciones cambiarias, al estipular que “Las acciones cambiarias que nacen de la letra de cambio prescriben a los cuatro años, a contar de la fecha de vencimiento”. Idéntico plazo contenía la Ley de Cambio de 1902. De lo anterior se deduce claramente, la voluntad del legislador de no introducir diversos plazos de prescripción para las distintas acciones como lo contempla Ginebra, y de mantener el término de prescripción que había regido por más de sesenta años en el país.⁽⁶⁴⁾ Es claro, sin embargo, que la regulación de la ley de 1902, era más completa que la actual.

Las acciones cambiarias a que alude el Art. 795, son como se sabe, la acción directa, que se dirige contra el librado-acceptante, la de regreso que se emplaza contra el librador, los endosantes y los avalistas de estos, y la de reembolso que se ejerce por unos endosantes contra los demás obligados anteriores. Dichas acciones, prescriben en Costa Rica, como se mencionó, a los cuatro años contados a partir del vencimiento. Por el contrario, la ley ginebrina establece plazos de prescripción diversos, para cada una de las acciones cambiarias y en consecuencia la acción directa prescribe en tres años, la acción de regreso en un año y la de reembolso en seis meses.⁽⁶⁵⁾

(64) La Ley de Cambio, número 17 de 25 de noviembre de 1902, prescribía en su artículo 154 lo siguiente: “Todas las acciones que procedan directamente de las letras de cambio se prescriben a los cuatro años, contados desde su vencimiento o desde el acto que haya interrumpido la prescripción.

En las letras a la vista o a plazo contado desde la vista, la prescripción comenzará a correr al expirar el término para presentarlas, salvo que se justifique haber habido antes presentación”.

(65) Art. 70, ley uniforme de Ginebra: “Todas las acciones que nacen de la letra de cambio contra el aceptante prescriben a los tres años a contar de la fecha del vencimiento.

Las acciones del tenedor contra los endosantes y contra el librador prescribirán transcurrido un año a contar desde la fecha del protesto, hecho en tiempo hábil, o de la fecha del vencimiento si mediare la cláusula de devolución sin gastos.

Las acciones de unos endosantes contra los otros y contra el librador prescribirán a los seis meses a partir de la fecha en que el endosante hubiere pagado la letra, o de la fecha en que se hubiere intentado una acción contra él”.

Que la ley establezca un plazo de prescripción unitario, contado a partir del vencimiento, no deja de presentar dificultades en la aplicación del término, sobre todo en relación con la acción cambiaria de regreso. Téngase presente y se han venido analizando prolijamente en este trabajo, que el derecho de accionar en regreso, surge como consecuencia de la no aceptación, y del no pago de la obligación cambiaria. Pero no basta con que tengan lugar los supuestos mencionados, es menester además, que se cumpla con los plazos debidos y muy especialmente con el levantamiento en tiempo del protesto. De no cumplirse con lo anterior, de acuerdo a lo estipulado por el Art. 793, la letra se perjudica y entonces no procede en manera alguna hablar de la prescripción. ¿Cómo puede correr un término de prescripción de una acción que ya ha caducado, inclusive con anterioridad a la fecha de vencimiento? Tal puede ser el caso del ejercicio anticipado de la acción de regreso (Art. 766). Pero aún en el caso del no pago de la letra en la fecha de vencimiento, si no se levanta el protesto en el tiempo útil, la letra se perjudica inexorablemente y habiendo caducado la acción de regreso, recalamos, no cabe prescripción alguna.

Para evitar precisamente los inconvenientes a que nos hemos referido en el párrafo anterior, la Convención de Ginebra regula esta materia estableciendo que la acción de regreso prescribe a contar de la fecha del protesto, o a partir de la fecha de vencimiento, si existe la cláusula de retorno sin gastos. Esto es así, pues en el primer caso, al levantarse el protesto y al no ejercerse la acción regresiva, la prescripción puede comenzar a correr a partir de la fecha del protesto, sin posibilidad de llegarse a perjudicar la letra. Por otra parte, en el segundo supuesto, al no existir obligación de levantar el protesto, el plazo de prescripción puede comenzar a correr a partir de la fecha de vencimiento.

Problemática es también, la aplicación del Art. 795 a la acción regresiva de reembolso. Como se sabe, esta acción, la ejerce aquel obligado cambiario que ha debido honrar la letra, y la dirige contra aquellos otros obligados, que en la relación cambiaria son sus garantes. Ahora bien, la acción de reembolso, o de ulterior regreso como igualmente se le denomina, como es lógico suponer se ejerce normalmente después del vencimiento, lo cual obviamente no calza con la disposición del artículo en mención, dificultando grandemente su aplicación.

Superando estas dificultades el Art. 70 de la convención ginebrina, hace comenzar el término de la prescripción “a partir de la fecha en que el endosante hubiere pagado la letra o de la fecha en que se

hubiere intentado una acción contra él”. Como se comprenderá es poco probable hacer coincidir las fechas de esos eventos, con aquella del vencimiento del título. En la práctica en Costa Rica, quien esté legitimado para ejercer la acción de reembolso no contará verdaderamente con los cuatro años otorgados por la ley para hacerla valer, y el plazo efectivo dependerá de cuando se encuentre en la situación jurídica de poder ejercerla; puesto que por mandato de ley, la prescripción deberá comenzar a contarse a partir del vencimiento. Así, si la acción de regreso se ejerce poco antes de que transcurran los cuatro años de la prescripción, es muy probable que el deudor de regreso que pague no pueda ejercer la acción de reembolso cuando esté facultado para ello, pues ya habrá prescrito.

Retornando al alero de Ginebra, el Art. 796 estipula en relación con la interrupción de la prescripción, que ésta solo surtirá efecto contra aquel respecto del cual se haya efectuado el acto interruptivo.⁽⁶⁶⁾ Al respecto, la jurisprudencia nacional se ha pronunciado en forma clara y precisa,⁽⁶⁷⁾ no confundiendo la autonomía de las obligaciones cambiarias con los principios del derecho común en materia de obligaciones solidarias.⁽⁶⁸⁾

(66) “Motivos de índole práctica justifica este principio porque de no ser así, cada obligado, especialmente en caso de una letra endosada varias veces, permanecerá indefinidamente bajo la amenaza de la acción de regreso, pues a menudo no sería posible establecer si la prescripción ha sido interrumpida” Supino-De Semo, citados por Legón Fernando, *op. cit.*, p. 326.

(67) Ver Sentencia de Casación N° 6 de las quince horas del veintiuno de enero de mil novecientos noventa y cuatro.

(68) En general, en materia de prescripción, las legislaciones centroamericanas repetidamente citadas, siguen las pautas de Ginebra, estableciendo distintos plazos (no siempre coincidentes con Ginebra) para las diversas acciones cambiarias que se cuentan a partir de los mismos supuestos establecidos en dicha convención. Empero, en relación con la interrupción de la prescripción, si bien estipulan la regla de que actos interruptivos solo valen con respecto a aquel a quien afectan, si hacen la salvedad, de que ello no vale con referencia a quienes por ser signatarios de un mismo acto, resulten obligados solidariamente. En nuestro criterio, esta última salvedad vulnera el principio de autonomía de las obligaciones cambiarias, e introduce reglas del derecho común en

Como corolario de lo anterior, consideramos que en materia de prescripción, es conveniente derogar el plazo único establecido por el artículo 795 del Código de Comercio y seguir a Ginebra, de cuyas directrices en esa materia, no debió el legislador apartarse.

VIII. LA ACCIÓN DE REGRESO EXTRAJUDICIAL

“Con metáfora marina clara y exacta”,⁽⁶⁹⁾ denomina el derecho cambiario la acción de regreso que se ejerce fuera del ámbito judicial. En efecto, la letra de resaca,⁽⁷⁰⁾ como el refluir de la marea, representa aquella acción que ejerce el tenedor de la letra contra los obligados en vías de regreso, o el deudor de regreso que ha debido honrar la letra, contra aquel o aquellos otros obligados que son sus garantes; sea por falta de aceptación, sea por falta de pago.

esta materia tan singular. Ver al respecto los Arts. 579, 580 y 581 del Código de Honduras, 626, 628 Y 629 del Código de Guatemala y 777, 778 y 779 del Código de El Salvador. Como ejemplo de lo anterior, transcribimos, los artículos de la legislación hondureña correspondientes a esta materia: Art. 579 “La acción cambiaria directa prescribe en tres años contados a partir del día de vencimiento de la letra”.

Art. 580 “La acción cambiaria de regreso del último tenedor de la letra prescribe en seis meses contados desde la fecha del protesto, o de la del vencimiento, si la letra llevare la cláusula “sin protesto”.

La acción del obligado de regreso contra los demás obligados anteriores prescribe en seis meses contados a partir de la fecha del pago voluntario o de aquella en que le fue notificada la demanda correspondiente.

Art. 581 “Las causas que interrumpen la prescripción respecto de uno de los deudores cambiarios no la interrumpen respecto de los otros. salvo el caso de los signatarios de un mismo acto que por ello resulten obligados solidariamente”.

En Nicaragua los artículos 172 y 174 de su ley, se apegan bastante a Ginebra.

(69) Cfr. Mantilla Molina, Roberto. *Títulos de Crédito Cambiario*. Editorial Porrás S.A., México 1977, pp. 219 y sgtes.

(70) En italiano se le llama rivalsa, en francés rétraite, en inglés redraft y en alemán ruckechsel.

Otrora utilizada, pero caída en desuso hoy en día, Ginebra mantuvo su reconocimiento en el numeral cincuenta y dos de su articulado, pese a la obsolescencia alegada por muchos.⁽⁷¹⁾ La letra de resaca es una letra girada a la vista y pagadera en el domicilio del obligado cambiario de regreso.⁽⁷²⁾ La resaca implica el libramiento, salvo cláusula en contrario,⁽⁷³⁾ de una nueva letra, cuyo monto está constituido, tanto por el importe de la letra original, como por la suma de todos los gastos en que se ha incurrido hasta el momento de su emisión.

Tal letra se emite con el fin de ahorrar tiempo y costos procesales y ello explica la razón de su cobro en forma privada, ajeno a la jurisdicción competente. Pero, si este ahorro de tiempo y de costos procesales son su mayor fortaleza, paradójicamente en ello estriba también su punto débil, la carencia absoluta de fuerza coactiva. Por ello, la letra de resaca, si bien tiene vigencia jurídica, carece de toda presencia en las prácticas comerciales modernas.

En relación con el contenido de la letra de resaca, la ley procura que el acreedor obtenga, lo mismo que hubiera logrado de haber podido cobrar oportunamente la letra original. El artículo 792 que regula el instituto, prescribe que su monto comprenderá todas las

(71) Con lineamientos claramente ginebrinos el Código de Comercio la regula en el art. 792. Igual sucede con el art. 150 de la ley nicaragüense. Disociándose de la ley uniforme, las legislaciones de Honduras, Guatemala y El Salvador (arts. 573, 622 y 772 respectivamente), establecen para el tenedor, dos formas extrajudiciales de reembolsarse lo debido, el giro de la letra de resaca y la presunción de una relación de cuenta corriente mercantil entre el tenedor y el deudor de regreso. En este último supuesto, el resarcimiento podrá efectuarse mediante cargo o abono en cuenta, cobrándose las mismos rubros que en la letra de resaca.

(72) El libramiento a la vista se justifica puesto que se trata de cobrar un crédito ya vencido, además de la premura por cobrar. En cuanto al aspecto formal, la letra de resaca, participa de los requisitos establecidos por el art. 727 para todas las letras de cambio.

(73) La cláusula en contrario, de introducirla el librador, es válida para todos los obligados de regreso, pero, si lo hace un endosante, lo será solo para este.

cantidades prescritas por los artículos 788 y 789 del Código de Comercio,⁽⁷⁴⁾ además de un derecho de corretaje o comisión.⁽⁷⁵⁾

Esta comisión se justifica pues este tipo de letra se estilaba librar entre países distintos y era necesaria la ayuda de un intermediario para presentarla al cobro en el domicilio del garante.

Desde la perspectiva de un libramiento de una letra de resaca internacional se deben enfocar las reglas establecidas por el párrafo segundo del art. 792, y ya que la ley tiende como se dijo a otorgarle al acreedor lo mismo que hubiese obtenido al cobrar la letra original, entonces tenemos que el deudor debe pagar como si pagase en el lugar de pago de la letra original. Tómese en cuenta asimismo, que por tratarse de letras libradas entre países diversos, lo será en monedas de curso distinto, y la diferencia de cambio entre las mismas, debe ser incluido en el monto. Por ello, si es el tenedor quien libra la letra, se incluirá en su monto, el cambio de una letra pagadera a la vista, girada desde el lugar en que la letra primitiva era pagadera, sobre el lugar del domicilio del garante. Si la letra la emite un endosante, se debe considerarse que como el garante responde por la cantidad que halla pagado el endosante, debe entonces considerarse que como el garante responde por la cantidad que halla pagado el endosante, debe entonces librarse la letra, incluyendo el cambio de una letra a la vista, girada desde la plaza en que el librador de la letra tiene su domicilio sobre el lugar del domicilio del responsable.⁽⁷⁶⁾

Si bien es cierto, como repetidamente lo hemos afirmado, que la letra de resaca ha caído en desuso, no por ello deja de ser un medio de pago que la ley ofrece al acreedor cambiario insatisfecho.

(74) Para una mayor explicación de los artículos 788 y 789, cfr supra página 16 en adelante.

(75) Las legislaciones de Honduras, Guatemala y el Salvador no contemplan esta comisión en los artículos precitados. Costa Rica y Nicaragua, en esta materia, se adhieren más a Ginebra, aunque Nicaragua, fija la comisión en un 1%. Tal fijación no existe, ni en la ley uniforme, ni en la legislación costarricense, dejando su regulación a la costumbre.

(76) Estas disposiciones de la ley ginebrina, se contemplan solo en Costa Rica y en Nicaragua, no así en los restantes países centroamericanos, que denotan más bien, una clara influencia mexicana.

**LAS SANCIONES APLICABLES A LAS PERSONAS
MENORES DE EDAD EN LA LEY DE RESPONSABILIDAD
PENAL DEL MENOR DE ESPAÑA Y EN LA LEY DE
JUSTICIA PENAL JUVENIL DE COSTA RICA**

Álvaro Burgos Mata⁽¹⁾

José Manuel Ríos Corbacho⁽²⁾

(1) Juez Superior Penal Juvenil y Penal de Juicio de la República de Costa Rica, y Profesor Asociado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, donde imparte los cursos en Licenciatura de Derecho Penal Especial, y es el encargado de la Cátedra de Criminología de la Maestría en Ciencias Penales.

(2) Profesor del Área de Derecho Penal del Centro de Estudios Superiores de Algeciras, adscrito a la Universidad de Cádiz, España.

SUMARIO:

Cuestiones generales

Clases de medidas cautelares y de sanciones penales juveniles

1. Internamiento en régimen cerrado, semiabierto o abierto; arts. 7.1. a, b y c
 - a) Internamiento en régimen cerrado (art. 7.1.a, ley 5/2000).
 - b) Internamiento en régimen semiabierto (art. 7.1.b, ley 5/2000).
 - c) Internamiento en régimen abierto (art. 7.1.c, ley 5/2000).
2. Internamiento terapéutico (art. 7.1.d, ley 5/2000).
3. Permanencia de fin de semana (art. 7.1.g, ley 5/2000).

Medidas restrictivas de libertad

Convivencia con otra persona, familia o grupo educativo

Prestaciones en beneficio de la comunidad

1. Realización de tareas socio-educativas
2. Privación del permiso de conducir ciclomotores o vehículos de motor o del derecho a obtenerlo o de las licencias administrativas para caza o para cualquier tipo de armas

Amonestación

Inhabilitación absoluta

Régimen de aplicación de las medidas

Bibliografía

CUESTIONES GENERALES

La primera idea que debe señalarse acerca de tanto la Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica de 1998, como sobre la ley 5/ 2000 española, en lo que a las medidas cautelares o sanciones penales juveniles aplicables se refiere, es que el norte de esta materia especializada gira alrededor de la necesidad de actuar fundamentalmente en el campo de la prevención. La Exposición de Motivos, en el caso de la Ley española, a la hora de examinar el nuevo proceso penal de menores, señala que: *“Hay que tener en cuenta la naturaleza y finalidad de aquel tipo de proceso, encaminado a la adopción de unas medidas que, fundamentalmente, no pueden ser represivas, sino preventivo-especiales, orientadas hacia la efectiva reinserción y el superior interés del menor, valorados con criterios que han de buscarse primordialmente en el ámbito de las ciencias no jurídicas”*.⁽³⁾ De lo anterior se deduce que el punto medular dentro de la ley del menor hispánica debe entenderse dentro de un catálogo de medidas propuestas que se deben orientar hacia el interés del menor, dadas las circunstancias del caso concreto y la evolución personal del sancionado durante la ejecución de la medida.⁽⁴⁾

El carácter orientador de las medidas aparece en la Exposición de Motivos de la ley cuyo baluarte fundamental es que se persiga con cada una de las medidas previstas una perspectiva sancionadora-educativa;⁽⁵⁾ es más, los principios científicos y los criterios educativos

(3) Cfr. MAGRO SERVET, V., “La prevención en la delincuencia juvenil”, *Actualidad jurídica Aranzadi n° 481* (2001), pág. 1.

(4) Cfr. LAGO, F., “De la atenuante de menor edad hacia una regulación independiente”, en FARIÑA, F., y ARCE, R., (coords.), *Psicología jurídica al servicio del menor*, Barcelona, 2000, pág. 24.

(5) Cfr. CUELLO CONTRERAS, J., *El Nuevo Derecho penal de menores*, Madrid, 2000, pág. 42. Señala el autor que no sólo quiere decir, tal propuesta, que la medida juvenil no persiga también otros fines, siempre subordinados a los educativos. Cfr. GÓMEZ RIVERO, M^a C., “La nueva responsabilidad penal del menor: las Leyes Orgánicas 5/2000 y 7/2000”, *Revista Penal, La Ley*, n° 9 (2001), pág. 5. La naturaleza educativa a la que dice responder materialmente hace que el legislador rehuya en su articulado calificarlas como penas y emplee exclusivamente el término medidas que a juicio de la autora no deja de correr el peligro, según la autora, de enmascarar su verdadera naturaleza y, con ello, abocar el denostado y temido fraude de etiquetas.

a que han de responder cada una de las medidas se habrán de regular más extensamente en el Reglamento que en su día se desarrolle sobre la presente ley orgánica. La Ley de Justicia Penal Juvenil costarricense, señala en su artículo 7, que los Principios Rectores de dicha normativa serán: “...*la protección integral del menor de edad, su interés superior, el respeto a sus derechos, su formación integral, y la reinserción en su familia y la sociedad...*”.

Por su parte, el repertorio de nuevas medidas de la ley 5/2000 española frente a la ley de menores de 1992 no es demasiado amplio, pues junto a la inhabilitación absoluta, aparecen las medidas de asistencia a un centro de día, la realización de tareas socio-educativas y la privación de la licencia de caza o de cualquier otro tipo de armas; no obstante, debe recordarse que algunas de las medidas referidas, las dos primeras, ya se encontraban incluidas en la libertad vigilada. Así, lo fundamental, como ha sido observado por las instancias internacionales, es encontrar fórmulas que permitan restringir al mínimo el recurso a las privaciones de libertad.⁽⁶⁾

En lo tocante a los aspectos comunes a todas las medidas deben observarse desde tres puntos de vista: destinatarios; discrecionalidad del juzgador en la elección de las consecuencias jurídicas; duración de las medidas y su cuantificación judicial.

En lo que se refiere a los destinatarios se distinguen tres tramos de edad: el primero, de catorce a dieciséis, el segundo de dieciséis a dieciocho, y el tercero de dieciocho a veintiuno. Para los sujetos comprendidos en el primer grupo solamente se les podrán imponer las medidas que contempla la ley con una duración máxima de hasta dos años (art. 9.3). Igualmente, cuando el menor haya cumplido los dieciséis años en el momento de la comisión de los hechos, el plazo de la duración de las medidas puede alcanzar un plazo de hasta cinco años cuando el delito se haya cometido con violencia o intimidación en las personas o grave riesgo para la vida o integridad física de las mismas (art. 9.4). Cuando los supuestos registrados sean de extrema gravedad

(6) Cfr. LANDROVE DÍAZ, G., “Medidas aplicables a los menores infractores”, en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., y DIEGO DÍAZ-SANTOS, M^a R., (coords.), *Derecho Penal, sociedad y nuevas tecnologías*, Madrid, 2001, págs. 67 y 68.

podrá imponérsele una medida de internamiento en régimen cerrado⁽⁷⁾ de hasta cinco años complementada con una medida de libertad vigilada con asistencia educativa de hasta cinco años, medidas éstas sobre las que abundaremos *infra*.

Por su parte, a los mayores de dieciocho y los menores de veintiuno se les podrá aplicar de forma excepcional la ley cuando se den una serie de circunstancias como son la de la comisión de una falta o delito menos grave, no haber sido condenado en sentencia firme por los hechos delictivos cometidos una vez cumplidos los dieciocho años, y que así lo aconsejen las circunstancias personales del imputado.⁽⁸⁾

El segundo aspecto común que debe destacarse es el de la discrecionalidad del juzgador en la elección de las consecuencias jurídicas. De este modo, como señala Gómez Rivero, la existencia misma de un amplio catálogo de medidas refleja la loable preocupación, por parte del legislador, de evitar que la privación de libertad se convierta en una respuesta generalizada frente a la comisión de hechos por el menor, que no es más que la preocupación que se refleja en las directrices consagradas a nivel internacional.⁽⁹⁾ Asimismo, debe señalarse que las medidas no privativas de libertad que aparecen en el art. 7 de la ley 5/2000 vienen a ser alternativas a las que se pueden imponer en el régimen penal de adultos. El arbitrio del juez encontrará su límite en la necesidad de respetar el interés del menor.⁽¹⁰⁾

(7) Cfr. CUELLO CONTRERAS, J., *El nuevo Derecho penal de menores*, cit., pág. 61. Indica que el criterio para agravar la medida a imponer al menor basado en la naturaleza violenta del delito y/o su efecto de riesgo para la vida o integridad de la víctima, es un límite excesivo al fin resocializador perseguido por la LORRPM, hasta el punto de que puede darse al trate con dicho fin.

(8) Cfr. GÓMEZ RIVERO, M^a C., “La nueva responsabilidad penal del menor: las Leyes Orgánicas 5/2000 y 7/2000”, cit., pág. 13. Esta decisión por parte del legislador, dividir las edades por tramos, indica la necesidad de conjugar dos principios antagónicos: de un lado, graduar la intensidad de la respuesta penal conforme al proceso evolutivo del menor; de otro lado, atender a las necesidades y circunstancias del joven delincuente, ya que el hecho de alcanzar la mayoría de edad no genera su expulsión del sistema de justicia juvenil.

(9) *Loc. cit.*

(10) Art. 7.3 ley 5/2000: “Para la elección de medida o medidas adecuadas, tanto por el Ministerio Fiscal y el letrado del menor en sus postulaciones

El art. 9 ley 5/2000, de otro lado, señala tres supuestos puntuales cuya finalidad es la de garantizar el principio de proporcionalidad: el primero, señala que el menor que haya cometido una falta sólo se le podrán imponer las medidas de: amonestación, permanencia de fin de semana, prestaciones en beneficio de la comunidad y privación del permiso de conducir; el segundo, limita la aplicación de la medida de internamiento en régimen cerrado a los casos en que en la comisión del delito se hayan empleado violencia o intimidación en las personas o actuado con grave riesgo para la vida o la integridad física de las mismas; el tercero, dispone que las acciones u omisiones imprudentes no podrán ser sancionadas con medidas de internamiento en régimen cerrado. Común a los aspectos anteriores es el hecho de que son los únicos límites que acotan las facultades del juzgador.⁽¹¹⁾

En el caso de la Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica, el artículo 123 consagra la finalidad “primordialmente educativa” de la sanción penal juvenil, además de que la misma debe de contar en la medida de lo posible con la intervención de la familia y el apoyo de los especialistas que se determinen.

El tercero de los aspectos comunes es la duración de las medidas y su cuantificación judicial que posee como denominador común la flexibilidad. La ley sólo se ha preocupado de fijar los límites máximos y mínimos de la intervención, ahora bien, deja un amplio margen de decisión al juzgador a la hora de cuantificar la medida en función de las circunstancias del caso concreto. De esta forma, según lo expuesto en el art. 9.3 LORRPM se garantiza que las medidas tendrán una duración

como el Juez en la sentencia, se deberá atender de modo flexible, no sólo a la prueba y a la valoración jurídica de los hechos, sino especialmente a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor, puestos de manifiesto los dos últimos, en los informes de los equipos técnicos y, en su caso, de las entidades públicas de protección y reforma de menores emitidos conforme a lo dispuesto en el artículo 27 de la presente ley. El juez deberá motivar la sentencia, expresando con detalle las razones por las que se aplica una determinada medida, así como el plazo de duración de la misma, a los efectos de la valoración del mencionado interés del menor”.

(11) Cfr. GÓMEZ RIVERO, M^a C., “La responsabilidad penal del menor: las Leyes Orgánicas 5/2000 y 7/2000”, cit., pág. 14.

limitada de antemano que, en principio, no podrá sobrepasar los dos años. No obstante, esta regla tiene excepciones: la contenida en el apartado 4 del mismo art. 9, donde se excepciona la regla anterior en los casos como en el que el menor haya cumplido dieciséis años en el momento de la comisión de los hechos, el delito se haya cometido con violencia e intimidación en las personas o con grave riesgo para la vida y la integridad física de las mismas y el equipo técnico aconseje su prolongación; en estos casos la ley dispone que la medida puede llegar a poseer una duración temporal de hasta cinco años.

De otro lado, el apartado 5 del mismo art. 9 recoge otra excepción como es la de que los supuestos de la regla anterior (apartado 4) revista extrema gravedad, que habrá de ser apreciada expresamente en la sentencia, debiendo el Juez imponer una medida de internamiento de régimen cerrado de uno a cinco años, completada sucesivamente por otra medida de libertad vigilada de hasta cinco años; del mismo modo, se entenderá supuestos de extrema gravedad aquellos en los que se aprecia la reincidencia, en este sentido se pronuncia el art. 9.5 ley 5/2000.⁽¹²⁾ Aún caben señalar más excepciones sobre la regla general del art. 9.3 ley 5/2000, en lo que a las medidas de internamiento de duración de hasta dos años se refiere, así, La Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, de tal suerte que conforme a la Disposición adicional cuarta, las modificaciones y exasperación del marco punitivo alcanzarían también a los delitos tipificados en los arts. 138, 139, 179 y 180 del C.P., en definitiva, delitos de homicidio, asesinato, agresión sexual y aquellos otros a los que el C.P sanciona con pena igual o superior a quince años. En estos supuestos se impondrá la medida de uno a ocho años a los mayores de dieciséis años, complementando dicha medida con otra de libertad vigilada hasta un máximo de cinco años. Si el sujeto

(12) Cfr. GÓMEZ RIVERO, M^a C., “La responsabilidad penal del menor: las Leyes Orgánicas 5/2000 y 7/2000”, cit., pág. 15. Plantea algunas objeciones: la primera, que la reincidencia puede ser tan sólo un indicador de que persiste el contexto social o los déficits educativos que le llevaron a delinquir; la segunda, porque la mención desconoce que se parte justamente de la inmadurez del menor y que el hecho de diseñar un régimen especial no es más que la capacidad para superarse y no para recaer; la tercera porque la reseña de la reincidencia que justifica la aplicación de una medida de internamiento, de extensión tan importante, no parece conciliarse con la Convención de las Naciones Unidas que, a su vez, plantea criterios restrictivos a la hora de aplicar medidas privativas de libertad.

fuera menor de dieciséis años, se impondrá una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a cuatro años que, igual que la anterior, podrá estar complementada por una medida de libertad vigilada de hasta tres años, en este sentido el apartado 2 c) de la Disposición Adicional cuarta. Pero la gravedad de la medida todavía podía ser mayor cuando en el mismo apartado c del nº 2 se indica que la medida de internamiento en régimen cerrado podrá alcanzar una duración máxima de diez años para los mayores de dieciséis y de cinco años para los menores de esa edad, cuando fueren responsables de más de un delito, alguno de los cuales esté calificado como grave y sancionado con una pena de prisión igual o superior a quince años de los delitos de terrorismo comprendidos en los artículos 571 a 580 del C.P. Además, también se impondrá la medida de inhabilitación absoluta por un tiempo superior entre cuatro y quince años al de la duración de la medida de internamiento en régimen cerrado impuesta, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los cometidos y las circunstancias que concurran en el menor.

En cuanto a la normativa costarricense, la Ley de Justicia Penal Juvenil señala que la duración de la sanción será de un período máximo de hasta 15 años, si el sujeto activo del delito se encuentra dentro del grupo etario de los quince a los dieciocho años, y de hasta 10 años si el ofensor está dentro del rango cronológico de los 12 a los 15 años.

De lo anterior debe convenirse con Gómez Rivero⁽¹³⁾ que si lo que se pretende con el espíritu de las medidas no es castigar sino educar, el hecho de imponer medidas de hasta diez años revela cierta incoherencia con la ley y ello por sentido común ya que puede tildarse de poco eficaz una medida que necesita una década para conseguir el objetivo de la educación del menor.

De cualquier modo, debe señalarse que el juzgador goza de un amplio arbitrio a la hora de fijar el *quantum* en el caso concreto, con la sólo limitación, a efectos legales, del interés del menor.⁽¹⁴⁾ Con el

(13) Cfr. GÓMEZ RIVERO, M^o C., “La responsabilidad penal del menor: las Leyes Orgánicas 5/2000 y 7/2000”, cit., pág. 16.

(14) A estos efectos el art. 7 nº 3 ley 5/2000 obliga al juez a motivar en la sentencia no sólo las razones por las que aplica una determinada medida, sino la duración de la misma “a los efectos de la valoración del mencionado interés del menor”.

ánimo de abundar aún más sobre esta idea debemos traer a colación la barrera establecida por el art. 8 del cuerpo legal precitado que dispone que la duración de las medidas privativas de libertad en ningún caso podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad por el mismo hecho caso de haber sido el sujeto mayor de edad.

Por tanto, parece que de lo expuesto, quizá lo más conveniente hubiera sido limitar de forma expresa la extensión de las medidas en la misma forma en que el Derecho penal de adultos lo hace en referencia a las penas tanto por la gravedad del hecho como por el principio de proporcionalidad ya que, en definitiva, las peculiaridades de la delincuencia juvenil no pueden derogar la lectura de dicho principio de proporcionalidad porque a un hecho menos grave le ha de corresponder también una consecuencia jurídica de menor gravedad.⁽¹⁵⁾

En el caso de la Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica, el artículo 87 in fine, establece que el máximo de vigencia de las medidas cautelares no privativas de libertad es de 6 semanas, mientras que el plazo para la detención provisional de carácter cautelar se puede extender, de conformidad con lo estipulado en el artículo 59 LJPJ en un máximo de 2 meses, prorrogables hasta 2 meses más.

Por otro lado, en la legislación costarricense, el plazo de vigencia máximo de las denominadas órdenes de orientación y supervisión, como sanción penal juvenil, es de 2 años, según dispone el artículo 128 de la LJPJ.⁽¹⁶⁾ Las sanciones privativas de libertad, mientras tanto, se pueden imponer hasta por 10 años de prisión al grupo etario de entre 12 y 15 años de edad, y hasta por 15 años si se trata de una persona menor de edad que al momento de los hechos tenía entre 15 y 18 años de edad.⁽¹⁷⁾

(15) Cfr. GÓMEZ RIVERO, M^o C., “La responsabilidad penal del menor: las Leyes Orgánicas 5/2000 y 7/2000”, cit., pág. 17.

(16) El artículo 128 de la LJPJ dispone que las órdenes de orientación y supervisión deberán iniciarse a más tardar un mes después de ordenadas, y si se incumplen, el juez podrá, de oficio, o a petición de parte, modificar la orden o prohibición impuesta.

(17) Artículo 131 de la LJPJ.

CLASES DE MEDIDAS CAUTELARES Y DE SANCIONES PENALES JUVENILES

En el caso de España, se enumeran en el art. 7 de la ley 5/2000 y son ordenadas según la restricción de los derechos que suponen, así en orden descendente de gravedad (igual a las penas del art. 33 C.P).⁽¹⁸⁾ Asimismo, dicho esquema ha sido alterado por la introducción el 22 de diciembre de 2000 de la medida de inhabilitación absoluta prevista exclusivamente para los supuestos de terrorismo.

Las medidas susceptibles de ser impuestas son:

- a) Internamiento en régimen: cerrado, semiabierto y abierto.
- b) Internamiento terapéutico.
- c) Tratamiento ambulatorio.
- d) Asistencia a centro de día.
- e) Permanencia de fin de semana.
- f) Libertad vigilada.
- g) Convivencia con otra persona, familia o grupo educativo.
- h) Prestaciones en beneficio de la comunidad.
- i) Realización de tareas socio-educativas.
- j) Amonestación.
- k) Privación del permiso de conducir ciclomotores o vehículos a motor, o del derecho a obtenerlo, o de las licencias administrativas para caza o para cualquier uso de armas.
- l) Inhabilitación absoluta.

Por lo que se refiere a las medidas suprimidas de esta ley 5/2000 con respecto a otros textos prelegislativos serán las siguientes: multa; suspensión de empleo o cargo público; inhabilitación especial para

(18) Cfr. LANDROVE DÍAZ, G., “Medidas aplicables a los menores infractores”, en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., y DIEGO DÍAZ-SANTOS, M^a R., (coords.), *Derecho Penal, sociedad y nuevas tecnologías*, pág. 68. Cfr. DOLZ LAGO, M.J., *La nueva responsabilidad penal del menor (Comentarios a la ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero)*, Valencia, 2000, pág. 93.

empleo o cargo público, profesión u oficio, industria o comercio o de los derechos de patria potestad, tutela, guarda o curatela, derecho de sufragio pasivo o de cualquier otro derecho. Debe indicarse que todas estas medidas se incluían en la proposición socialista de 1996 y que no han aparecido en la ley comentada.⁽¹⁹⁾

1. Internamiento en régimen cerrado, semiabierto o abierto. Arts. 7.1. a, b y c

La Exposición de motivos de la ley 5/2000 de responsabilidad penal del menor señala que dicha medida se impone para responder a una “mayor peligrosidad” que se manifiesta por la naturaleza peculiarmente grave de los hechos cometidos que se caracterizan en los casos más destacados por la violencia, la intimidación o el peligro para las personas.

El objetivo prioritario de esa medida, la del internamiento considerado en sus tres modalidades,⁽²⁰⁾ se fija en disponer de un ambiente que provea de las condiciones educativas adecuadas para que el menor pueda reorientar aquellas disposiciones o deficiencias que han caracterizado su comportamiento antisocial cuando para ello es necesario, al menos de manera temporal, asegurar la estancia del infractor en un régimen físicamente restrictivo de su libertad. Igualmente el internamiento ha de proporcionar un clima de seguridad personal para todos los implicados, profesionales y menores infractores, lo que hace imprescindible que las condiciones de estancia sean las correctas para el normal desarrollo psicológico de los menores.

En suma, la medida de internamiento en sus tres modalidades que se desarrollan en centros de reforma constituye la medida más dura

(19) Cfr. LANDROVE DÍAZ, G., “Medidas aplicables a los menores infractores”, en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., y DIEGO DÍAZ-SANTOS, M^a R., (coords.), *Derecho Penal, sociedad y nuevas tecnologías*, pág. 68.

(20) El legislador se decantó por contemplar en la ley tres modalidades privativas de libertad diferentes, rechazando las propuestas que apuntaban a diseñar una única, de tal forma que en función de la evolución del menor se permitiese pasar de una a otra. En este sentido cfr. GÓMEZ RIVERO, M^a C., “La nueva responsabilidad penal del menor: las Leyes Orgánicas 5/2000 y 7/2000”, cit., pág. 22.

prevista por la ley para la rehabilitación de menores, y por ello se reserva a los sujetos que hayan cometido un delito o varios categorizados como muy graves que, a su vez, constituyan una elevada peligrosidad para la sociedad.⁽²¹⁾

a) Internamiento en régimen cerrado (art. 7.1.a, ley 5/2000)

Pueden señalarse ciertas características propias de este tipo de medida: a) las personas sometidas a esta medida residirán en el centro de internamiento;⁽²²⁾ b) estas personas desarrollarán en dicho centro actividades formativas, educativas, laborales y de ocio; c) la pretensión de dicha medida es que el menor adquiera los suficientes recursos de competencia social para remitir un comportamiento responsable en la comunidad mediante una gestión de control en un ambiente restrictivo y progresivamente autónomo.

Otras peculiaridades que pueden argüirse de esta medida son las siguientes:

- a') Se trata de la medida más antigua.
- b') Es la más severa.
- c') Es la más desprestigiada por su dimensión criminógena y estigmatizadora.
- d') Plantea cierto desarraigo familiar y ambiental.
- e') Su eficacia plantea las mismas dudas que las penas privativas de libertad.⁽²³⁾

(21) Cfr. ARCE, R., FRAGA, A., y NOVO, M., "Intervención con menores inadaptados", en FARIÑA, F., y ARCE, R., (coords.), *Psicología jurídica al servicio del menor*, Barcelona, 2000, pág. 38.

(22) Cfr. CUELLO CONTRERAS, J., *El nuevo Derecho penal de menores*, cit., pág. 100 y 101. Indica el autor que los centros de internamiento deben parecerse más a centros de acogida que a cárceles de adultos, además de señalar que sería conveniente utilizar la terminología introducida por el Derecho penitenciario en Centroeuropa, al nombrarse como centros de terapia social.

(23) Dichas dudas deben disiparse al entender el internamiento de forma que no equivalga al internamiento carcelario característico del régimen penitenciario tradicional de adultos. Cfr. CUELLO CONTRERAS, J., *El nuevo Derecho penal de menores*, cit., págs. 99 y 100.

Pese a las peculiaridades anteriores, durante demasiados años se ha venido recurriendo en España a los internamientos de menores, normalmente a los de larga duración por no resultar viable la aplicación de otro tipo de medidas más adecuadas y considerarse, con razón inidónea la simple amonestación; no obstante, progresivamente se había ido imponiendo un criterio más restrictivo al respecto, en consonancia con la cada vez más consolidada doctrina internacional.⁽²⁴⁾

b) Internamiento en régimen semiabierto (art. 7.1.b, ley 5/2000)

Entre las singularidades que se destacan en esta medida cabe hacer mención: a) las personas sometidas a este internamiento residen en el centro pero realizan fuera del mismo las actividades formativas, educativas, laborales y de ocio; b) supone, asimismo, la existencia de un proyecto educativo, de este modo los objetivos sustanciales se realizarán en contacto con personas e instituciones de la comunidad, teniendo el menor su residencia en el centro, estando sujeto al programa y al régimen interno del mismo.

Ahora bien, no ha estado dicha medida exenta de problemas pues se le critica que la salida del menor durante los fines de semana se produzca desde el principio de la ejecución.⁽²⁵⁾

c) Internamiento en régimen abierto (art. 7.1. c, ley 5/2000)

Los sometidos a esta modalidad llevan a cabo todas las actividades del proyecto educativo en los servicios normalizados del entorno,

(24) Cfr. LANDROVE DÍAZ, G., “Medidas aplicables a los menores infractores”, en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., y DIEGO DÍAZ-SANTOS, M^a R., (coords.), *Derecho Penal, sociedad y nuevas tecnologías*, pág. 70.

(25) Cfr. LANDROVE DÍAZ, G., “Medidas aplicables a los menores infractores”, en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., y DIEGO DÍAZ-SANTOS, M^a R., (coords.), *Derecho Penal, sociedad y nuevas tecnologías*, pág. 69. Se indica que esta puede ser una de las diferencias con respecto al régimen cerrado y, además, no debe, en una cuestión de tanto relevancia, dejarse a criterio del juzgador ni tampoco a una futura regulación reglamentaria.

residiendo en el centro de internamiento a modo de domicilio habitual y encontrándose sujetos al programa o régimen interno del mismo, así existen muchas coincidencias entre este régimen y el semiabierto.

En el art. 7.2 de la ley penal del menor se señala que las medidas de internamiento constan de dos periodos: el primero, se realizará en el centro correspondiente; el segundo, en régimen de libertad vigilada en la modalidad que, a su vez, elija el juez de menores.

La duración total de la medida no podrá exceder la expresada en el art. 9 ley 5/2000, aunque sí puede llegar a cinco años de internamiento y otros cinco de libertad vigilada con asistencia educativa. Sin embargo, la ley reformadora de 22 de diciembre de 2000 puede superar lo anterior.

El equipo técnico, por su parte, debe informar al juez sobre los dos periodos aludidos y será éste quien exprese la duración de cada uno de ellos. Pese a que dicha situación se ha valorado de manera positiva no han faltado voces que han señalado, en contra, que no deben establecerse las cuantías cronológicas en la sentencia pues todo dependerá de la evolución alcanzada en aras del proceso educativo.

Otra cuestión que debemos resaltar en cuanto a las medidas de internamiento en general (cerrado, semiabierto, abierto) es que en aras de la aplicación del art. 9.6 ley 5/2000, la medida de internamiento en régimen semiabierto o abierto puede aplicarse a los hechos imprudentes, cuestión sobre la que volveremos *infra*.

De igual forma, sobre las medidas de internamiento ha planeado la sombra de la crítica al objeto de señalar que no existe diferencia cronológica, salvo el internamiento en régimen cerrado cuando se aluda a la ley 7/2000,⁽²⁶⁾ pues no se contempla un límite temporal distinto del que rige en otras medidas menos severas. Así, el art. 9.3 ley 5/2000 apunta que, como regla general, la medida no podrá exceder de dos

(26) El art. 9.5 de la ley 7/2000 permite prolongar la medida de internamiento en régimen cerrado por un tiempo de uno a ocho años, con la posibilidad de imponer otra medida de libertad vigilada por cinco años, si el sujeto es mayor de dieciséis años y ha cometido un delito de homicidio, asesinato, agresión sexual, delitos de terrorismo de los arts. 571 a 580 C.P u otros de los sancionados en el C.P con pena igual o superior a quince años. La duración será de uno a cuatro años y más de

años, aunque en virtud del apartado cuarto del mismo artículo precitado, puede alcanzar hasta un máximo de cinco, así cuando se trate de personas que hayan cumplido los dieciséis años en el momento de la comisión de los hechos y el delito haya sido cometido con violencia o intimidación en las personas o con grave riesgo para la vida o integridad física de las mismas y el equipo técnico aconseje la prolongación de la medida. A lo anterior se le ha criticado que si para cualquier persona el internamiento de hasta cinco años posee una gravedad nada desdeñable, mayor gravedad genera cuando se trata de edades marcadas por un vertiginoso proceso evolutivo.⁽²⁷⁾ Por ello debemos convenir con Gómez Rivero, que haciéndose eco de las propuestas del Grupo de Estudios de Política Criminal, el límite para las medidas en cuestión no debería sobrepasar los tres años de duración y cuando de medidas de internamiento se tratase el término máximo debería ser de dos años.

2. Internamiento terapéutico (art. 7.1. d, ley 5/2000)

Se refiere a aquellas personas que padezcan anomalías o alteraciones psíquicas, un estado de dependencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, sustancias psicotrópicas o alteraciones en la percepción que determinan una alteración grave de la conciencia de la realidad, de modo que para estos sujetos su internamiento en un centro terapéutico hará que se realice una atención educativa especializada o un tratamiento específico para dichas personas.

La propia Exposición de motivos de la ley 5/2000 nos habla de la necesidad, en estos casos anteriormente citados, de la realización de una programación terapéutica y, además, será necesario que no se den en el menor o en su entorno las condiciones idóneas para el tratamiento

tres de libertad vigilada, si se trata de menores de dieciséis. De igual manera la medida puede prolongarse hasta los diez años si el sujeto es mayor de dieciséis o hasta los cinco si es menor de dicha edad, cuando fuera responsable de más de un delito, alguno de los cuales esté calificado como grave y sancionado con pena de prisión igual o superior a quince años de los delitos de terrorismo comprendidos en los arts. 571 a 580 C.P.

(27) Cfr. GÓMEZ RIVERO, M^a C., “La nueva responsabilidad penal del menor”, cit., pág. 23.

ambulatorio, aunque tampoco habrán de darse las condiciones de riesgo que exigirá la aplicación al menor del régimen cerrado.

El propio art. 7 en su apartado d) determina que dicha medida podrá aplicarse sólo o como complemento de otra prevista en el propia art. 7 ley 5/2000. Igualmente, si el interesado rechaza la medida de deshabitación, el Juez habrá de aplicar otra medida adecuada a sus circunstancias.⁽²⁸⁾

Todo parece indicar que esta medida de internamiento terapéutico suele ser una postura ecléctica, según la Exposición de motivos, entre el internamiento en régimen cerrado (porque el menor en dichas circunstancias, bajo los efectos del alcohol, drogas y disfunciones psíquicas, no presenta el riesgo necesario para dicho reclusión en régimen cerrado) y el tratamiento ambulatorio.

El tratamiento ambulatorio está previsto para menores con cierta problemática añadida ya que el tratamiento debe estar orientado a la superación de ciertos procesos adictivos o disfunciones psíquicas, de modo que se encuentra especialmente indicado para aquellos supuestos en los que el entorno desaconseja en dicho menor un tratamiento ambulatorio.⁽²⁹⁾

Pero esta medida tampoco ha estado exenta de críticas, así, debe señalarse que es ciertamente complicada la ejecución de la medida y ello porque son prácticamente inexistentes los centros de carácter específico de las distintas Comunidades Autónomas que habiliten la ejecución de dicha medida lo que ha obligado durante algún tiempo a recurrir a los servicios sociales y sanitarios generales.⁽³⁰⁾

(28) Cfr. DOLZ LAGO, M.J., *La Nueva responsabilidad penal del menor (Comentario a la ley orgánica 5/2000, de 12 de enero)*, cit., págs. 94 y 95. Cfr. ARCE, R., FRAGA, A., y NOVO, M., “Intervención con menores inadaptados”, en FARIÑA, F., y ARCE, R., (coords.), *Psicología jurídica al servicio del menor*, pág. 38.

(29) Cfr. LANDROVE DÍAZ, G., “Medidas aplicables a los menores infractores”, en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., y DIEGO DÍAZ-SANTOS, M^a R., (coords.), *Derecho Penal, sociedad y nuevas tecnologías*, pág. 72.

(30) *Loc. cit.*

La ley 5/2000 ha aumentado las expectativas de dicha medida frente a un mayor margen de población destinataria de la misma, lo que ha significado que las dificultades de tipo presupuestario acrecientan, de no ser así, la única solución sería enviar a los menores a otros centros masificados y sin especialización que cortan las perspectivas de dicha medidas de orden terapéutico puesto que poseen, estos centros, enfoques diferentes.⁽³¹⁾

3. Permanencia de fin de semana (art. 7.1. g, ley 5/2000)

Esta medida se correspondía con la que en la ley 4/ 1992 que se denominaba internamiento por tiempo de uno a tres fines de semana y que planteó ciertos problemas interpretativos.⁽³²⁾

Las personas sometidas a esta medida permanecerán en su domicilio o en un centro destinado al efecto durante 36 horas que pueden ser desde la tarde o noche del viernes hasta la noche del domingo, a excepción de las tareas socio-educativas asignadas por el Juez.

(31) Se echa de menos el que la ley hable de centros de carácter público como privado e incluso hubiera podido ser interesante el hecho de la ejecución de un plan individual a cargo de los funcionarios competentes en el que se observara entre otras cuestiones el hecho de realizar un diagnóstico previo que permita establecer el tipo y el grado de dependencia a las drogas; la relación entre esta dependencia y la comisión de delitos; el hecho de que el sujeto haya estado sometido a otros tratamientos de desintoxicación; la conveniencia de mantener los vínculos familiares y, por último las condiciones económicas. Estas observaciones si se han previsto en legislaciones como la costarricense. Con mayor amplitud este tema se trata en TIFFER, C., y LLOBET, J., *La sanción penal juvenil y sus alternativas en Costa Rica*, San José C.R, 1999, pág. 194. Desde la perspectiva de la ley 5/2000 quizá todo ello diera lugar a buscar alguna otra medida que ante este problema pudiera solventar la cuestión de la no existencia de centros de carácter específico en las Comunidades Autónomas.

(32) Resultaba discutible si se refería al internamiento en un centro o a la modalidad de arresto domiciliario. La Instrucción 1/1993 de la Fiscalía General del Estado se pronunció en el sentido de dar luz verde a ambas posibilidades. La nueva ley 5/2000 se ha pronunciado claramente al establecer de forma expresa una y otra opción. Sobre este particular, cfr. Cfr. GÓMEZ RIVERO, M^a C., “La nueva responsabilidad penal del menor”, cit., pág. 21.

La Exposición de motivos señala que esta medida está fundamentalmente indicada para los menores que cometen actos de vandalismo o agresiones leves los fines de semana. Del mismo modo, se señala que es una medida que combina elementos del arresto de fin de semana y de la medida de tareas socio-educativas o de prestaciones en beneficio de la comunidad.

Landrove Díaz observa cierta desarmonía entre la Exposición de Motivos y el articulado de la Ley 5/2000 y ello porque en dicha Exposición de Motivos se dice que el menor permanecerá en su hogar desde la tarde o noche del viernes hasta la noche del domingo, mientras que en el articulado se habla de que permanecerá en el domicilio o centro los mismos días señalados *supra*.⁽³³⁾

La medida de permanencia de fin de semana integra el breve internamiento que sería ejecutado en la forma y en el lugar que el Tribunal estimare conveniente, sin precisar el límite máximo y mínimo del cumplimiento que conlleva cierta inseguridad jurídica.

El hecho de que la ley no dijera nada sobre el asunto, se entendió como que el internamiento de fin de semana se cumpliera en instituciones de la Comunidad Autónoma respectiva o en el propio domicilio del menor donde la Administración adecuaría un sistema de vigilancia. De otro lado, debe señalarse que el exceso de la medida hizo que se propusiera que su cumplimiento se llevase a cabo en semanas alternativas y nunca en periodos de semana santa, navidad o puentes.

En la práctica los internamientos de fin de semana se cumplían en los propios domicilios familiares y no en los centros correspondientes al cumplimiento de susodichas medidas, necesitando el acuerdo de los padres para las actividades que realizaran los menores.⁽³⁴⁾

(33) Cfr. LANDROVE DÍAZ, G., “Medidas aplicables a los menores infractores”, en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., y DIEGO DÍAZ-SANTOS, M^a R., (coords.), *Derecho Penal, sociedad y nuevas tecnologías*, pág. 75. El autor argumenta que tal disparidad debe resolverse a favor de la concepción más amplia.

(34) Cfr. LANDROVE DÍAZ, G., “Medidas aplicables a los menores infractores”, en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., y DIEGO DÍAZ-SANTOS, M^a R., (coords.), *Derecho Penal, sociedad y nuevas tecnologías*, pág. 76.

La ley 5/2000 señala que las personas permanecerán en su domicilio o centro hasta un máximo de 36 horas entre la tarde y la noche del viernes y la noche del domingo a excepción del tiempo dedicado a las tareas socio-educativas impuestas por el Juez (art. 7.1.g).

No debemos obviar que existe cierto paralelismo de la medida de permanencia con la de arresto de fin de semana (art. 37 C.P) y ello porque se pretende evitar el desarraigo familiar, social y laboral del delincuente junto con la influencia corruptora del medio carcelario.

En cuanto a las diferencias existentes entre la medida de permanencia y la pena de arresto de fin de semana se podrán establecer las siguientes:

- a) La medida puede ser cumplida en un centro o en el domicilio del menor, cuestión que no puede darse en la pena de arresto de fin de semana, ya que en esta última no se admite el cumplimiento en domicilio habitual.
- b) La medida de permanencia incorpora ciertas tareas socio-educativas asignadas por el Juez de menores, subrayándose exigencias de prevención especial que no aparecen en la pena puesto que esta última debe cumplirse en régimen de aislamiento, con absoluta separación del resto de los detenidos, presos o penados que pudiesen hallarse en el mismo centro penitenciario o, en su defecto, depósito municipal.
- c) La ley 5/2000 se muestra más rígida a los efectos de los días de cumplimientos, de manera que la permanencia en el centro o el domicilio habitual es hasta de 36 horas entre la tarde o noche del viernes hasta la noche del domingo. Por su parte, en el arresto, en principio, tendrá lugar los viernes, sábados o domingos, pero por motivos de las características del arrestado se permiten que se cumplan en otros días de la semana, siempre de acuerdo con el reo y oído el Ministerio Fiscal. Parece intuirse que la finalidad de que la permanencia se cumpla siempre en fin de semana es la de evitar los actos violentos que se producen, por ejemplo, en los espectáculos deportivos que se celebran en tales días, en definitiva, actos de vandalismo o agresiones leves que se producen los fines de semana.⁽³⁵⁾

(35) Sobre el particular, Cfr. LANDROVE DÍAZ, G., “Medidas aplicables a los menores infractores”, en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., y DIEGO DÍAZ-SANTOS, M^a R., (coords.), *Derecho Penal*,

La LJPJ de Costa Rica, por su lado, establece en su Título IV lo referente a las sanciones penales juveniles, las cuales podrán ser básicamente de 3 tipos:⁽³⁶⁾

a) **Sanciones Socio-Educativas**, dentro de las cuales se establecen las siguientes:

1. **Amonestación y advertencia**; la cual es definida como una llamada de atención que el juzgador realiza de forma oral a la persona menor de edad, estimulándolo para que en el futuro siga las normas familiares y de convivencia social deseables.⁽³⁷⁾ Igualmente, cuando proceda, la amonestación o advertencia se dirigirá igualmente a los padres, tutores o responsables del imputado, a fin de que puedan colaborar en lo tocante a su posición de autoridad en referencia a la persona menor de edad. Definitivamente deberán ser totalmente claras y directas, a fin de que sean plenamente entendidas, en especial en cuanto al contenido ilícito de los hechos cometidos.

2. **Libertad asistida**; Dice la LJPJ, que esta sanción consiste en otorgar la libertad al menor, quien pese a ello, queda obligado a cumplir con programas educativos y recibir orientación y seguimiento del juzgado, con el apoyo de los profesionales de la dirección general de los especialistas de la Dirección General de Adaptación Social, del Ministerio de Justicia. Además tiene una duración máxima de 2 años.⁽³⁸⁾

3. **Prestación de servicios a la comunidad**. Es la llamada de atención que al administrador de justicia de forma oral señala al menor de edad, estimulándolo a que en el futuro tienda hacia “las normas de trato familiar y convivencia social”. Además el juez también puede advertir a los padres, tutores o responsables del sancionado acerca de

sociedad y nuevas tecnologías, págs. 76 y 77. Cfr. GÓMEZ RIVERO, M^a C., “La nueva responsabilidad penal del menor”, cit., pág. 21. No obstante, la autora señala una posible crítica hacia esta medida que viene de la mano de considerar que su breve duración reduce considerablemente sus posibilidades educativas.

(36) Artículo 121 de la LJPJ.

(37) Artículo 124 de la LJPJ.

(38) Artículo 125 de la LJPJ.

la conducta seguida por la persona menor de edad, haciéndoles ver su responsabilidad en cuanto a colaborar para que aquel respete las normas legales y sociales establecidas. Deberán ser claras y directas, de manera que sean plenamente comprendidas así como la ilicitud de los hechos cometidos. Art. 124 LJPJ.

4. Reparación de los daños a la víctima. El artículo 127 de la LJPJ, señala que la reparación de los daños a la víctima es una prestación directa del trabajo del menor a favor de la víctima, con el fin de resarcir o restituir el daño causado por el delito. Se requerirá del consentimiento de la víctima y también del menor de edad, además de la aprobación del tribunal correspondiente. La pena podrá ser sustituida de común acuerdo entre las partes por una suma de dinero fijada por el juez, la cual no podrá exceder de la cuantía de los daños y perjuicios ocasionados por el hecho delictivo, y se considerará cumplida la pena cuando el juez determine efectivamente que el daño ha sido reparado en la mejor forma posible.

b) **Órdenes de Orientación y Supervisión** dentro de las cuales se contemplan las siguientes:

1. Instalarse en un lugar de residencia determinado o cambiarse de él;
2. Abandonar el trato con determinadas personas;
3. Eliminar la visita a bares y discotecas o centros de diversión determinados;
4. Matricularse en un centro de educación formal o en otro cuyo objetivo sea enseñarle alguna profesión u oficio;
5. Adquirir trabajo;
6. Abstenerse de ingerir bebidas alcohólicas, sustancias alucinógenas, enervantes, estupefacientes o tóxicos que produzcan adicción o hábito;
7. Ordenar el internamiento del menor de edad o el tratamiento ambulatorio en un centro de salud, público o privado, para desintoxicarlo o eliminar su adicción a las drogas antes mencionadas.

MEDIDAS RESTRICTIVAS DE LIBERTAD

Dentro del epígrafe medidas restrictivas de libertad pueden configurarse tres de las medidas a las que hace alusión la ley 5/2000: la

medida de tratamiento ambulatorio; la de asistencia a un centro de día y la de libertad vigilada.

La medida de tratamiento ambulatorio aparece en el art. 7.1. e) de dicho cuerpo legal y viene a señalar que las personas sometidas a dicha medida restrictiva de libertad deberán asistir al centro asignado con la periodicidad requerida por los facultativos que les atiendan y seguir las pautas fijadas para el adecuado tratamiento de la anomalía o alteración psíquica, adición al consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o alteraciones en la percepción.

El propio art. 7.1.e) indica que esta medida puede aplicarse sola o como complemento de alguna otra de las que aparecen en la ley 5/2000. Igualmente, continúa el precepto, cuando el interesado rechace el tratamiento de deshabituación, el Juez deberá aplicar otra medida acorde a sus circunstancias.⁽³⁹⁾

En lo que se refiere a las características de esta medida la Exposición de Motivos advierte que el tratamiento ambulatorio es una medida destinada a los menores que disponen de las condiciones adecuadas en su vida para beneficiarse de un programa terapéutico que les ayude a superar los procesos adictivos o disfunciones psíquicas. Para que los menores puedan superar su dependencia al alcohol, a las drogas y que, en su mejor interés, puedan ser tratados en la comunidad se podrán combinar diversas medidas de asistencia médica o psicológica. A dicha situación se ha llegado porque las estadísticas que se han realizado sobre las causas de delincuencia destacan la importante relación causa- efecto que tiene el fenómeno de la droga y la necesidad de combatirlo con programas de rehabilitación y de reinserción de los drogodependientes que, todavía en mayor medida, tiene su importancia cuando de menores estamos hablando.⁽⁴⁰⁾

(39) Cfr. LANDROVE DÍAZ, G., “Medidas aplicables a los menores infractores”, en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., DIEGO DÍAZ SANTOS, M^a. R., (coords.), *Derecho penal y nuevas tecnologías*, Madrid, 2001, pág. 73. Cfr. ARCE, R., FRAGA, A., NOVO, M., “Intervención con menores inadaptados”, en FARIÑA, F., y ARCE, R., (coords.), *Psicología jurídica al servicio del menor*, Barcelona, 2000, pág. 38.

(40) Cfr. MAGRO SERVET, V., “La prevención de la delincuencia juvenil”, *Actualidad Jurídica Aranzadi* n^o 481 (2001), pág. 4. En este trabajo el autor analiza, a la hora de hablar de las medidas aplicadas a los menores, el desarrollo de programas específicos de rehabilitación y de reinserción de menores drogodependientes junto con el análisis del problema del alcohol en los jóvenes.

En una primera aproximación, la medida de tratamiento ambulatorio se puede entender como una tarea socio-educativa, según lo expuesto por la Exposición de motivos, pero debe observarse en esta medida una diferenciación con la medida de tareas socio-educativas, medida ésta a la que aludiremos con mayor profusión *infra*, ya que esta última pretende lograr una capacitación, un aprendizaje empleando una metodología no tanto clínica sino de una mayor orientación socio-educativa.

La medida de tratamiento ambulatorio apareció con la reforma de 1992 como alternativa al ingreso en un centro de carácter terapéutico ya que era suficiente la asistencia de los facultativos, el seguimiento de la Administración y la implicación de la familia del menor sin que sea necesario sustraerlo de su propio entorno.⁽⁴¹⁾

La doctrina científica ha entendido que la medida de tratamiento ambulatorio junto con la de internamiento terapéutico son las dos únicas que revisten los caracteres de auténticas medidas de seguridad ya que en ellas se encuentran de forma exclusiva intereses preventivo-especiales de recuperación y tratamiento del menor infractor.⁽⁴²⁾ Sin embargo, no deben pasarse por alto ciertas dificultades en este ámbito como es la necesidad de contar con la voluntad del infractor, ya que de su persona depende cualquier intervención de corte terapéutico; asimismo, no pueden ignorarse las dificultades que también son comunes a otras medidas como son las de no poder contar con centros que permitan la individualización del tratamiento del menor y su seguimiento.⁽⁴³⁾

(41) Cfr. LANDROVE DÍAZ, G., “Medidas aplicables a los menores infractores”, en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., DIEGO DÍAZ SANTOS, M^a. R., (coords.), *Derecho penal y nuevas tecnologías*, Madrid, 2001, pág. 73.

(42) Cfr. GÓMEZ RIVERO, M^a C., “La nueva responsabilidad penal del menor”, *Revista penal. La ley* nº 9 (2001), pág. 22. Con dichas medidas, indica la autora, lo que se pretende es atender una minusvalía o alteración psíquica o psicológica, algo para lo que únicamente pueden venir en consideración los intereses de dicho menor infractor.

(43) Cfr. GÓMEZ RIVERO, M^a C., “La nueva responsabilidad penal del menor”, *Revista penal. La ley* nº 9 (2001), pág. 22.

La segunda de las medidas que hemos ubicado dentro del grupo de las restrictivas de libertad es la de asistencia a un centro de día que es una novedad de la ley 5/2000 con respecto a la ley del 92.

El objetivo de esta medida como pone de relieve la Exposición de motivos de la ley es el de proporcionar al menor un ambiente estructurado durante buena parte del día, en el que se lleven a cabo actividades socio-educativas que puedan compensar las carencias del ambiente familiar de aquél.

Las personas sometidas a esta medida residirán en su domicilio habitual y acudirán a un centro “plenamente integrado en la comunidad” a realizar actividades de apoyo, educativas, formativas, laborales o de ocio.⁽⁴⁴⁾

Por su parte, lo característico del centro de día es que es en ese lugar donde toma forma el proyecto socio-educativo del menor, si bien puede también asistir también a otros lugares para hacer uso de otros recursos de ocio o culturales.⁽⁴⁵⁾

La doctrina ha entendido que esta medida de asistencia a centro de día se podía haber unificado con las de libertad vigilada y la de realización de tareas socio-educativas, pues su diferenciación es más terminológica que de concepto.⁽⁴⁶⁾ Sin embargo, ya alguna iniciativa prelegislativa intentó la refundición de las medidas citadas con anterioridad, de modo que se habla de “asistencia en libertad” que se consideraba como una intervención socio-educativa que pretendía

(44) Cfr. LAGO, F., “De la atenuante de menor edad hacia una regulación independiente”, en FARIÑA, F., Y ARCE, R., (coords.), *Psicología jurídica al servicio del menor*, Barcelona, 2000, pág. 25. Cfr. LANDROVE DÍAZ, G., “Medidas aplicables a los menores infractores”, en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., DIEGO DÍAZ SANTOS, M^a. R., (coords.), *Derecho penal y nuevas tecnologías*, Madrid, 2001, pág. 74.

(45) Cfr. LANDROVE DÍAZ, G., “Medidas aplicables a los menores infractores”, en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., DIEGO DÍAZ SANTOS, M^a. R., (coords.), *Derecho penal y nuevas tecnologías*, Madrid, 2001, pág. 74. Asimismo, el sometido a esa medida puede continuar residiendo en su hogar, en el de su familia o en el establecimiento de acogida.

(46) *Loc. cit.*

combinar la asistencia del menor por personal especializado con el control de la observancia de reglas de conducta que el Juez de menores podía imponer al mismo.

La expresión “ambiente estructurado durante buena parte del día” utilizada en la Exposición de Motivos de la ley 5/2000 no resulta excesivamente explícita para abordar las actividades socio-educativas que compensen las carencias de ámbito familiar del menor que resulta, igualmente, decisiva a la hora de adoptar la medida de la convivencia con otra persona, familia o grupo educativo.⁽⁴⁷⁾

La tercera de las medidas restrictivas de libertad es la de libertad vigilada que se recoge en el art. 7. 1. h) de la ley 5/2000.

La Exposición de motivos la cataloga como aquella medida que trata de la realización de un seguimiento de la actividad de la persona sometida a dicha medida, además de su asistencia a la escuela, al centro de formación profesional o al lugar de trabajo, procurando ayudar a aquella a superar los factores que determinaron la infracción cometida.

Si bien esta medida ya aparecía en la Ley 4/1992, debe destacarse que frente al Proyecto de Ley inicial presentado por el Congreso (3 de noviembre de 1998) que diferenciaba entre supervisión intensiva, entendiendo por tal aquella que imponía el seguimiento de las pautas socio-educativas señaladas por la entidad pública o el profesional encargado de su seguimiento de acuerdo con el programa de intervención elaborado y aprobado por el Juez de menores, y la libertad vigilada simple que se limitaba a hacer un seguimiento de la persona sometida a la misma y de la asistencia a la escuela, centro de formación profesional o lugar de trabajo, se va a pasar en la actual Ley 5/2000 a referirse de manera amplia a la libertad vigilada que permite, a su vez, condensar bajo un mismo concepto las distintas formas en las que puede presentarse.⁽⁴⁸⁾

Por tanto podemos señalar que esta medida implica una vigilancia y supervisión del menor por parte de personal especializado durante el tiempo que se haya establecido en la sentencia del Juez.

(47) *Loc. cit.*

(48) Cfr. GÓMEZ RIVERO, M^a C., “La nueva responsabilidad penal del menor”, *Revista penal. La ley* nº 9 (2001), págs. 19 y 20.

De otro lado, cabe decir que la imposición de libertad vigilada puede ir acompañada de una supervisión intensiva y la obligación, por parte del menor, de cumplimentar un programa socio-educativo adaptado a sus principales carencias relacionadas con la conducta problema; dicha supervisión suele realizarse cuando los sujetos han cometido delitos graves o cuando presentan numerosos feactores de riesgo para reincidir.⁽⁴⁹⁾

La persona que es sometida a dicha medida está obligada a mantener las entrevistas necesarias establecidas en el programa y a cumplir una serie de reglas de conducta impuestas por el Juez:

- a) En el caso de que el interesado esté en el periodo de enseñanza básica obligatoria, existe la obligación de asistir con regularidad al centro docente correspondiente y, asimismo, deberá acreditar ante el Juez la asistencia regular o justificar las ausencias cuando fuese requerido para ello.
- b) Obligación de someterse a actividades de tipo formativo, cultural, educativo, profesional, laboral, de educación sexual, de educación vial u otras similares.
- c) Prohibición de acudir a determinados lugares, establecimientos o espectáculos.
- d) Prohibición de ausentarse del lugar de residencia sin autorización judicial previa.
- e) Obligación de residir en un lugar determinado.
- f) Obligación de comparecer ante el juzgado de menores o profesional que se designe para informar de las actividades realizadas y justificarlas.
- g) Cualesquiera otras obligaciones que el Juez, de oficio o a instancias del Ministerio Fiscal, estime convenientes para la reinserción social del sentenciado, siempre que no atente contra su dignidad como persona.⁽⁵⁰⁾

(49) Cfr. ARCE, R., FRAGA, A., NOVO, M., “Intervención con menores inadaptados”, en FARIÑA, F., y ARCE, R., (coords.), *Psicología jurídica al servicio del menor*, Barcelona, 2000, págs. 36 y 37.

(50) A mayor abundamiento sobre estas medidas, cfr. ARCE, R., FRAGA, A., NOVO, M., “Intervención con menores inadaptados”, en FARIÑA, F., y ARCE, R., (coords.), *Psicología jurídica al servicio del menor*, Barcelona, 2000, págs. 36 y 37. Cfr. DOLZ LAGO, M.J., *La nueva responsabilidad penal del menor* (Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero), Valencia, 2000, pág. 96.

De lo anterior cabe señalar que la medida de libertad vigilada como señala Gómez Rivero, combina dos aspectos: de un lado, el hecho de permitir un seguimiento individualizado del menor que tenga en cuenta sus necesidades, deficiencias personales y socio- familiares desde una perspectiva integral; de otro lado, el dato de que respeta su libertad con el consiguiente aumento de posibilidades de que se integre de nuevo en la sociedad.⁽⁵¹⁾

Debe señalarse que si bien es cierto que la libertad vigilada no es nueva (ya aparecía en la ley de 25 de noviembre de 1918) si se establece alguna circunstancia novedosa como es la incorporación a la misma de las reglas de conducta antes aludidas entre las que no se encuentra la “prohibición de salidas nocturnas” que sí aparecía en algún texto prelegislativo, quizá por entenderse demasiado aflictiva en virtud de las costumbres de la juventud española.⁽⁵²⁾

La eficacia de esta medida depende no sólo de la actitud del menor, sino de la familia y de la existencia en las Comunidades Autónomas de los correspondientes equipos de libertad vigilada y del adecuado control judicial.

Referente importante con respecto a la medida de la libertad vigilada es la figura del asistente del menor (la Ley Catalana lo nombra como “delegado asistencial del menor”) que basa su efectividad en tres aspectos: el primero, basado en la necesidad de que el profesional se encuentre, desde el punto de vista geográfico, lo más cerca posible del menor; el segundo, indica que la eficacia de la institución dependerá en buena medida de la cualificación exigida a quienes realicen el seguimiento del menor (educadores, sociólogos y psicólogos habilitados por el título correspondiente); el tercero, es el aspecto funcional, que interesa la acción coordinada de los distintos profesionales entre sí y,

(51) Cfr. GÓMEZ RIVERO, M^a C., “La nueva responsabilidad penal del menor”, *Revista penal. La ley* nº 9 (2001), págs. 20. La autora apunta que esto es lo que le permite desarrollar no sólo aspectos individuales relativos a la propia concienciación de sus actos y de su responsabilidad por los mismos, sino ante todos relacionados con su entorno, como la adquisición de habilidades sociales que le permitan su participación en la sociedad.

(52) Cfr. LANDROVE DÍAZ, G., “Medidas aplicables a los menores infractores”, en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., DIEGO DÍAZ SANTOS, M^a R., (coords.), *Derecho penal y nuevas tecnologías*, Madrid, 2001, pág. 78.

junto a ellos, la coordinación con otras instituciones asistenciales a nivel local, provincial o regional que en definitiva conlleven un acercamiento del sujeto a la sociedad.⁽⁵³⁾

Así pues, una cuestión muy importante de la medida de libertad vigilada es la de que se cumpla en los propios núcleos de socialización del menor que hace que no se produzca el desarraigo del mismo en su entorno familiar centrándose la intervención socio-educativa y de control en ayudarle a superar los factores que determinaron la infracción cometida.

Del mismo modo, también esta medida ha tenido sus detractores que han cuestionado tanto la utilidad como la justicia de esta medida al considerar que la libertad precoz del menor infractor, aunque sea vigilada, repercute negativamente en la seguridad ciudadana, entendiéndose como una absoluta impunidad.⁽⁵⁴⁾

La imposición de la medida suele recomendarse a aquellos menores que presentan carencias escolares, educativas, familiares y personales que necesitan una intervención prolongada en el tiempo ya que a dicha medida se opta por la valoración jurídica de los hechos, personalidad del delincuente, las circunstancias familiares o sociales, el interés del propio menor etc.

La colaboración del menor infractor en la medida será importante a efectos del éxito o el fracaso de la misma, aunque quizá no debiera utilizarse esta medida como único recurso ante la imposibilidad de ingresar al menor en un centro adecuado al efecto.⁽⁵⁵⁾

(53) Cfr. GÓMEZ RIVERO, M^a C., “La nueva responsabilidad penal del menor”, *Revista penal. La ley* nº 9 (2001), págs. 20. Con este diseño formal se pretende, con el acercamiento del profesional al menor, de intentar algo tan ansiado, en materia de delincuencia juvenil como es una acción educadora y normalizadora en el propio ámbito social del menor.

(54) Cfr. LANDROVE DÍAZ, G., “Medidas aplicables a los menores infractores”, en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., DIEGO DÍAZ SANTOS, M^a R., (coords.), *Derecho penal y nuevas tecnologías*, Madrid, 2001, págs. 78 y 79.

(55) Cfr. LANDROVE DÍAZ, G., “Medidas aplicables a los menores infractores”, en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., DIEGO DÍAZ SANTOS, M^a R., (coords.), *Derecho penal y nuevas tecnologías*, Madrid, 2001, pág. 79.

En cuanto a la Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica, las sanciones privativas de libertad pueden ser de 3 tipos:

1. **Internamiento domiciliario**; es el arresto del menor de edad en su casa de habitación, con sus familiares, o bien, por razones de conveniencia o imposibilidad se podrá practicar en otra casa de algún familiar o en una vivienda o ente privado de responsabilidad comprobada y que cuente con “solvencia moral”, siempre que se cuente con el consentimiento del menor. No debe afectar el cumplimiento del trabajo ni la asistencia al centro educativo, todo lo cual deberá ser verificado por un trabajador social del departamento de menores de la dirección general de adaptación social, y su duración máxima será de un año.

2. **Internamiento durante tiempo libre**; es una modalidad de privación de libertad que se cumple en un centro especializado, durante el tiempo libre de que disponga el menor de edad en el transcurso de la semana. Su duración máxima no puede exceder de un año, y para estos efectos se considerará tiempo libre el que no interfiera con el trabajo ni la educación de la persona menor de edad.

3. **Internamiento en centros especializados**. Debe ser excepcional y podrá ser aplicada solamente:

- a) Cuando se trate de delitos dolosos sancionados en el código penal o leyes especiales, para mayores de edad con pena de prisión superior a seis años;
- b) Cuando haya incumplido injustificadamente las sanciones socio-educativas o las órdenes de orientación y supervisión impuestas. Y su duración, como ya se ha dicho puede llegar hasta los 10 años de prisión en el caso de imputados que se encuentren entre los 12 y 15 años, o bien, hasta los 15 años de prisión, si el sujeto activo del delito cuente entre 15 y 18 años.

Para la determinación de la sanción el juez, de conformidad con lo establecido en el artículo 122 LJPJ, deberá de tomar en consideración:

- a) La vida del menor de edad antes de la conducta punible;
- b) La comprobación del acto delictivo;
- c) La comprobación de que el menor de edad ha participado en el hecho delictivo.

- d) La capacidad para cumplir la sanción, y la proporcionalidad, racionalidad e idoneidad de esta;
- e) La edad del menor y sus circunstancias personales, familiares y sociales;
- f) Los esfuerzos del menor de edad por reparar los daños causados.

CONVIVENCIA CON OTRA PERSONA, FAMILIA O GRUPO EDUCATIVO

Esta medida, que ya se contemplaba en la Ley 4/1992,⁽⁵⁶⁾ determina que la persona sometida a la misma debe convivir, durante el periodo de tiempo que establezca el Juez, con otra persona, con una familia distinta a la suya o grupo educativo, correctamente seleccionado en aras de una orientación hacia la resocialización del menor, de modo que la función de la precitada medida es el desarrollo de pautas socioafectivas y psicosociales en el menor, mediante la inserción del chico en un ambiente de socialización positivo.⁽⁵⁷⁾ Se trata, por tanto, de un alejamiento del menor de su entorno y la convivencia de otro más adecuado y distinto al propio, en aras de favorecer su proceso de socialización en un contexto menos despersonalizado y estigmatizante⁽⁵⁸⁾ que el tradicional recurso a las instituciones cerradas.⁽⁵⁹⁾

(56) Cfr. GÓMEZ RIVERO, M^a C., “La nueva responsabilidad penal del menor”, *Revista penal. La ley* n^o 9 (2001), pág. 19. Se denominaba el acogimiento por persona o núcleo familiar; no obstante, la nueva intitulación de la medida obedece a las dificultades interpretativas que se habían planteado en la anterior regulación y que determinaron que la Fiscalía General del Estado tuviera que pronunciarse al respecto declarando en la Instrucción 1/1993 que el núcleo de acogida podía ser también de carácter no familiar.

(57) Cfr. ARCE, R., FRAGA, A., NOVO, M., “Intervención con menores inadaptados”, en FARIÑA, F., y ARCE, R., (coords.), *Psicología jurídica al servicio del menor*, cit., pág. 37.

(58) Sobre este efecto estigmatizante debe observarse que puede ser perjudicial para el menor puesto que la reacción frente al hecho delictivo, hace que dicho efecto contamine todo lo que se haga con el menor, así, debe elegirse para contrarrestar lo anterior entre reaccionar contra el hecho delictivo del menor o no reaccionar contra el mismo, confiando en que el sistema educativo al que pertenece junto a otros chicos hará que desaparezca la peligrosidad evidenciada en la realización del delito

Desde un punto de vista histórico, la legislación de 1948 se configuraba como una colocación del menor bajo la custodia de otra persona, familia o de una sociedad tutelar. En la reforma de 1992 se optó por el “acogimiento” por parte de otra persona o núcleo familiar. Por su parte, la Ley 5/2000 habla de “convivencia” con otra persona, con familia e incluso añadiendo el grupo educativo como posible ámbito de cumplimiento de la medida.

En lo que se refiere a la convivencia, debe decirse que se ha utilizado poco en nuestro país y ello debido a la propia Administración por no abordar con diligencia y seriedad la relación de las personas o familias que debían ocuparse de los menores. De otro lado, en los sistemas anglosajones, esta medida se utiliza con frecuencia, con seguimiento y control judicial de su ejecución y una cierta profesionalización de las familias o personas acogedoras debido al hecho de que su colaboración es retribuida.⁽⁶⁰⁾

En la actualidad, la Ley española exige que la persona, familia o grupo educativo deben ser “adecuadamente seleccionados” para que, como apunta la Exposición de Motivos de la Ley 5/2000, se proporcione al menor infractor un ambiente de socialización positivo. Es cierto que la eficacia de esta medida debe estar condicionada por el consentimiento y colaboración tanto del menor como de las familias, la de origen y la de acogida. Así, en cuanto al menor, el hecho de que no se cumpla la medida en una institución sino en el ámbito familiar puede convertir en una experiencia traumática por cuanto se puede generar un sentimiento de alienación al realizar su vida familiar con personas extrañas a su círculo parental. En lo que se refiere a la familia de origen

sin que sea necesaria la intervención específica sobre el mismo. Sobre este particular, vid., CUELLO CONTRERAS, J., *El nuevo Derecho penal de menores*, Madrid, 2000, págs. 30 y 31.

(59) Cfr. LANDROVE DÍAZ, G., “Medidas aplicables a los menores infractores”, en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., DIEGO DÍAZ SANTOS, M^a. R., (coords.), *Derecho penal y nuevas tecnologías*, Madrid, 2001, pág. 79.

(60) Cfr. LANDROVE DÍAZ, G., “Medidas aplicables a los menores infractores”, en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., DIEGO DÍAZ SANTOS, M^a. R., (coords.), *Derecho penal y nuevas tecnologías*, Madrid, 2001, pág. 80.

cabe decir que de nada serviría la separación del menor de dicho entorno si posteriormente vuelve a integrarse en el mismo tal cual lo abandonó. En lo que se refiere a la familia de acogida se exigirá como requisito un clima proclive al desarrollo de una tarea educativa sobre dicho menor.⁽⁶¹⁾

En suma, lo que se pretende es que el menor salga de su entorno y conviva con una persona o grupo de personas que cumplan la función de la familia y le orienten en su proceso de resocialización; la convivencia será limitada por el Juez y junto a ello debe decirse que la medida no puede suponer una radical ruptura de vínculos entre el menor y su familia.

PRESTACIONES EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD

La Exposición de Motivos de la Ley 5/2000 argumenta que la prestación en beneficio de la comunidad consiste en realizar una actividad durante un número de sesiones previamente fijado que puede servir para el beneficio de la comunidad en su conjunto o para las personas que se encuentren en situación de precariedad por cualquier motivo. Además, se advierte que se buscará relacionar la naturaleza de la actividad en que consista esta medida con la de los bienes jurídicos afectados por esta medida.

La medida que estamos estudiando debe relacionarse con el art. 25.2 de la Constitución Española que, a su vez, indica la imposibilidad de realizar trabajos forzados y, por ende, es necesario para la aplicación de la medida el consentimiento del menor.

El legislador entiende que lo importante de la medida es que el menor mientras que la realice comprenda que la colectividad o ciertas personas han sufrido de manera injustificada ciertas consecuencias negativas, de modo que lo importante es que el menor se de cuenta de su comportamiento incorrecto y que merece el reproche formal de la sociedad, entendiéndose que la prestación del trabajo es una reparación justa frente a ese daño realizado.⁽⁶²⁾

(61) Sobre este planteamiento, cfr. GÓMEZ RIVERO, M^a C., “La nueva responsabilidad penal del menor”, *Revista penal. La ley* nº 9 (2001), pág. 19.

(62) Además de que en ningún caso podrá imponerse con carácter forzoso (art. 25.2 Constitución Española), debe añadirse que nunca podrá

Desde el punto de vista histórico ya se apuntaba esta medida en la reforma de 1992, pero en su favor debe señalarse que existen programas en las Comunidades Autónomas y que se da sobre ella una generalizada aceptación ya que además del beneficio social aparece cierto abaratamiento en los costes de ejecución con lo que los especialistas vislumbran la consolidación de la medida.⁽⁶³⁾

Las prestaciones en beneficio de la comunidad se consideran idóneas para los menores que cometen infracciones patrimoniales como pudieran ser las constitutivas de daños y suelen considerarse prestaciones las siguientes: la limpieza del hospital, establecimientos psiquiátricos o de asilos; la reparación o el mantenimiento de iglesias o escuelas; reparación de los desperfectos en medios de transporte, mobiliario urbano, edificios públicos o propiedades particulares, mantenimientos de bosques, jardines o parques.⁽⁶⁴⁾

Se ha puesto de manifiesto que la medida de prestaciones en beneficio de la comunidad posee una doble utilidad:

- a) Ayuda al menor a adquirir unos conocimientos específicos y a descubrir el sentido junto con la utilidad social que tienen

suponer una interferencia en la actividad escolar y educativa del menor, de tal modo que se deberá respetar el derecho y la obligación de dicho menor infractor a asistir a las clases y centros propios de la enseñanza que le correspondan conforme a su edad (Ley 1/1998, de 20 de abril de la Comunidad Autónoma Andaluza). Sobre esta cuestión, cfr. GÓMEZ RIVERO, M^a C., “La nueva responsabilidad penal del menor”, *Revista penal. La ley* nº 9 (2001), pág. 18.

(63) Cfr. LANDROVE DÍAZ, G., “Medidas aplicables a los menores infractores”, en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., DIEGO DÍAZ SANTOS, M^a R., (coords.), *Derecho penal y nuevas tecnologías*, Madrid, 2001, pág. 81.

(64) Cfr. LANDROVE DÍAZ, G., “Medidas aplicables a los menores infractores”, en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., DIEGO DÍAZ SANTOS, M^a R., (coords.), *Derecho penal y nuevas tecnologías*, Madrid, 2001, pág. 81. Todas estas actividades se adaptarán a la edad y capacidades del menor, sin interferir en su actividad escolar o formativa y que, a su vez, estarán relacionadas con la naturaleza de los hechos cometidos. Cfr. AGUIRRE ZAMORANO, P., “Las medidas”, en GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, E., (coord.), *Justicia de menores: una justicia mayor. Comentarios a la Ley reguladora de la Responsabilidad Penal de los menores*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, pág. 91.

- determinados servicios a relacionarse de forma positiva con los mismos y a responsabilizarse de los propios actos.
- b) Se logra implicar a la comunidad en aquellos conflictos que se generan en su seno y, asimismo, la acerca a la problemática juvenil.

1. Realización de tareas socio-educativas

La exposición de Motivos de la Ley 5/2000 habla de que esta medida consiste en que el menor lleve a cabo actividades específicas de contenido educativo que faciliten su reinserción social.

Dos son las formas, que aporta la Exposición de Motivos, que puede presentar esta medida: de un lado, puede ser una medida de carácter autónomo, que pretende satisfacer necesidades concretas del menor percibidas como limitadoras de su desarrollo integral; de otro lado, puede formar parte de otra más compleja.

También esta medida puede suponer la asistencia y participación de un menor a un programa ya existente en la comunidad o bien creando uno ad hoc por los profesionales encargados de ejecutar la medida.

Entre los ejemplos más característicos sobre esta medida se encuentran: asistir a un taller ocupacional, a un aula de educación compensatoria o a un curso de preparación para el empleo; participar en actividades estructuradas de animación socio-cultural; asistir a talleres de aprendizaje para la competencia social, entre otras.⁽⁶⁵⁾

AMONESTACIÓN

Sobre la medida de la amonestación la Exposición de Motivos de la Ley 5/2000 apunta que el Juez, en sede judicial, manifiesta al menor

(65) Cfr. LANDROVE DÍAZ, G., “Medidas aplicables a los menores infractores”, en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., DIEGO DÍAZ SANTOS, M^a. R., (coords.), *Derecho penal y nuevas tecnologías*, Madrid, 2001, pág. 82. Cfr. ARCE, R., FRAGA, A., NOVO, M., “Intervención con menores inadaptados”, en FARIÑA, F., y ARCE, R., (coords.), *Psicología jurídica al servicio del menor*, cit., pág. 39.

de modo concreto y claro las razones que hacen socialmente intolerables los hechos cometidos; junto a esto le expone las consecuencias que han tenido o que podían haber tenido tales hechos tanto para la víctima como para él y le formula las correspondientes recomendaciones para el futuro.

Esta medida aparece en la ley vigente en el art. 7.1. 1) aunque ya existía en la antigua ley del 92. Asimismo puede señalarse que dicha medida convivió con la pena de reprensión, pública o privada, que se hacía por la autoridad judicial al reo para que se abstuviese de delinquir en el futuro y que aparecía ya en el C.P de 1822. La Ley Orgánica de 21 de junio de 1989 eliminó la reprensión privada que hasta entonces estaba destinada como pena leve a algunas faltas. Sin embargo, la reprensión pública sobrevivió hasta el C.P de 1995 pese a que hasta entonces como ha subrayado la doctrina no era más que un mero trámite burocrático.⁽⁶⁶⁾

Esta medida de amonestación compete al Juez de menores a quien de forma expresa se le atribuye su ejecución material y no sólo el control de la misma (art. 7.1. 1, Ley 5/2000). De tal manera, que es una medida de posible adopción por los jueces de menores cuya ejecución se sustrae a las Comunidades Autónomas y a las ciudades de Ceuta y Melilla.

Pese a ser considerada como una medida de carácter leve, los jueces la han utilizado mucho por cuanto la carencia de infraestructuras para adoptar otras medidas de mayor entidad y dicha situación ha sido debida a la falta de imaginación por parte de los citados jueces.⁽⁶⁷⁾

Puede decirse que esta medida se ha cuestionado en demasía y su pérdida de protagonismo ha sido debida, entre otras razones, a la

(66) Cfr. LANDROVE DÍAZ, G., “Medidas aplicables a los menores infractores”, en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., DIEGO DÍAZ SANTOS, M^a. R., (coords.), *Derecho penal y nuevas tecnologías*, Madrid, 2001, pág. 82.

(67) Cfr. LANDROVE DÍAZ, G., “Medidas aplicables a los menores infractores”, en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., DIEGO DÍAZ SANTOS, M^a. R., (coords.), *Derecho penal y nuevas tecnologías*, Madrid, 2001, pág. 83.

coexistencia con otras medidas más ambiciosas y se ceñirá a aquellos supuestos en los que la misma resulte suficiente.

La medida de la amonestación, valorada con cierto entusiasmo por psicólogos y asistentes sociales, deja en manos del Juez de menores la búsqueda de ese delicado equilibrio, del que hablaba la Fiscalía General del Estado, entre la privatización de aquel acto y una publicidad perjudicial para el menor.⁽⁶⁸⁾ Se apunta a la conveniencia de que se encuentre presente el representante del equipo técnico y del menor, igualmente del Fiscal y del Letrado defensor y es que se hace preciso señalar que la amonestación dirigida al joven pueda ser de gran interés para quienes componen su unidad de convivencia.

Los criterios que debe seguir el Juez a la hora de impartir la amonestación deben ser de carácter pedagógico más que paternalista a la hora de hacerle comprender al menor infractor lo dañino de su conducta frente a la sociedad en la que se encuentra inmerso, utilizando un lenguaje propio para su edad y su nivel cultural a la hora de hacerle entender con cierta precisión la conducta ilícita que ha realizado.

Ahora bien, la posible eficacia de dicha amonestación dependerá de la receptividad del menor ante el mensaje judicial, entendiéndose que la sensibilidad y profesionalidad de cada uno de los jueces darán un sesgo diferenciado a sus amonestaciones.

En definitiva, para la correcta realización de la amonestación se debe utilizar, independientemente de la cordialidad del juzgador, unos conceptos que no puedan ser tildados de lesivos para la dignidad y el honor de los menores.⁽⁶⁹⁾

(68) Cfr. LANDROVE DÍAZ, G., “Medidas aplicables a los menores infractores”, en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., DIEGO DÍAZ SANTOS, M^a. R., (coords.), *Derecho penal y nuevas tecnologías*, Madrid, 2001, pág. 83.

(69) Cfr. LANDROVE DÍAZ, G., “Medidas aplicables a los menores infractores”, en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., DIEGO DÍAZ SANTOS, M^a. R., (coords.), *Derecho penal y nuevas tecnologías*, Madrid, 2001, pág. 83.

2. Privación del permiso de conducir ciclomotores o vehículos de motor o del derecho a obtenerlo o de las licencias administrativas para caza o para cualquier tipo de armas

La Exposición de motivos señala que se trata de una medida accesoria que se podrá imponer en aquellos casos en los que el hecho cometido tenga relación con la actividad que realiza el menor y que ésta necesite una autorización administrativa.

Es importante señalar a colación del estudio de esta medida que cuando se impone como principal no requiere que el hecho delictivo haya estado relacionado con su uso, exigencia que sólo rige cuando se impone como consecuencia accesoria de otra principal.⁽⁷⁰⁾

Si bien en parte esta medida ya existía en la reforma de 1992 donde se hablaba de privación del derecho a conducir ciclomotores o vehículos de motor, su aplicación era prácticamente nula por la falta de idoneidad de los menores, desde el punto de vista administrativo, para lograr los permisos y licencias.⁽⁷¹⁾

El marco se amplía en la ley 5/2000 frente a la normativa anterior cuando también se habla de licencias de caza o para cualquier uso de armas.

En el art. 47 C.P se encuentra su parangón en penas privativas de derechos y de las medidas de seguridad no privativas de libertad (art. 96.3, 2ª y 3ª), por ello en algún texto prelegislativo se ha indicado que tienen el contenido y efectos previstos en el art. 47 C.P.⁽⁷²⁾

(70) Cfr. GÓMEZ RIVERO, M^a C., “La nueva responsabilidad penal del menor”, *Revista penal. La ley* nº 9 (2001), pág. 18.

(71) Cfr. LANDROVE DÍAZ, G., “Medidas aplicables a los menores infractores”, en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., DIEGO DÍAZ SANTOS, M^a. R., (coords.), *Derecho penal y nuevas tecnologías*, cit., pág. 84.

(72) Cfr. LANDROVE DÍAZ, G., “Medidas aplicables a los menores infractores”, en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., DIEGO DÍAZ SANTOS, M^a. R., (coords.), *Derecho penal y nuevas tecnologías*, cit., pág. 83.

Quizá esta medida sea muy importante para erradicar lo que se ha dado en llamar la “era del automóvil” en la que se ofrece una abundante delincuencia para los más jóvenes, así, conducir un vehículo o ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes o bebidas alcohólicas, por la velocidad o, en su caso, por la legítima utilización de los mismos que sea constitutiva de robo o hurto (igualmente el tirón desde una motocicleta).

Debe orientarse en la Ley esta medida como de carácter general, al menos en lo que se refiere a determinados vehículos y en general a la licencia de armas, a los sujetos que pueden acceder o estar en posesión de las mismas, esto es, los mayores de 18 años.

Esta medida debe ser ejecutada por el propio juzgador de menores sin intervención de la Administración Autonómica (igual que la amonestación) y la forma de realizarla conllevará la retirada del permiso o licencia, oficiándose por la Dirección General de Tráfico para que no lo expida durante el tiempo de cumplimiento de la medida y para que el menor, igualmente, no pueda obtenerlo durante ese tiempo.

Por lo que se refiere al permiso de armas, se indica en el Reglamento de armas que dichas licencias sólo podrán ser expedidas a españoles o extranjeros con residencia en España, mayores de 18 años. Sin embargo, se prevén autorizaciones especiales de uso de armas para menores, que tendrán validez hasta la mayoría de edad de sus titulares sin necesidad de obtener renovaciones, y son concedidas por el Director General de la Guardia Civil. Estas autorizaciones especiales están dirigidas a la permisividad de las actividades cinéticas o competiciones deportivas, que exigen, entre otros requisitos que acompañe al menor un adulto que se comprometa a vigilarlo en cada cacería o acto deportivo y debe apuntarse que tal autorización se puede obtener desde los 14 años de edad.⁽⁷³⁾

(73) Cfr. LANDROVE DÍAZ, G., “Medidas aplicables a los menores infractores”, en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., DIEGO DÍAZ SANTOS, M^a. R., (coords.), *Derecho penal y nuevas tecnologías*, cit., pág. 85. Asimismo, debe indicarse que la adquisición y tenencia de armas blancas sólo es para mayores de edad.

INHABILITACIÓN ABSOLUTA

Esta medida no se contemplaba en el articulado de la Ley 5/2000, siendo incorporada por la reforma de la Ley precitada de fecha 22 de diciembre, Ley 7/2000 en relación a la responsabilidad de los menores respecto de los delitos de terrorismo.

Esta medida, de conformidad con lo previsto en la disposición adicional 4ª de la Ley 7/2000, produce la privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos sobre el que recayere, aunque sean electivos, así como la incapacidad de obtener los mismos o cualesquiera otros honores, cargos o empleos públicos y la de ser elegido para cargo público durante el tiempo que dure la medida.

Sobre esta medida no aparece la interpretación auténtica que sobre las demás medidas existe en la Exposición de Motivos ya que esta se introduce, como expusimos anteriormente en la reforma de diciembre de 2000.

Es por ello que cuando se trate de delitos de terrorismo (arts. 571 a 580 C.P) el Juez, sin perjuicio de otras medidas que pueda establecer dentro de la Ley Orgánica 5/2000, puede imponer a los menores de 18 años la medida de inhabilitación absoluta por un tiempo superior entre cuatro y quince años al de duración de la medida de internamiento en régimen cerrado impuesta, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, al número de los cometidos y a las circunstancias que concurran en el menor (Disposición Adicional 4ª letra c, Ley 7/2000).

Se trata de una medida de contenido material idéntica a la de la pena homónima del art. 41 C.P, la más grave de las privativas de derechos y viene a refrendar el hecho de que los que cometen determinados delitos no merecen honores, empleos, ni cargos públicos ni siquiera el hecho de recuperarlos una vez cumplidas las medidas, aunque el delito no guarde relación con los honores, cargos o con los empleos inhabilitados; no obstante, se podrá acceder a ellos por vía de oposición.⁽⁷⁴⁾

(74) Cfr. LANDROVE DÍAZ, G., “Medidas aplicables a los menores infractores”, en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., DIEGO DÍAZ SANTOS, Mª. R., (coords.), *Derecho penal y nuevas tecnologías*, cit.,, págs. 86 y 87. Cfr. GÓMEZ RIVERO, Mª C., “La nueva responsabilidad penal del menor”, *Revista penal. La ley* nº 9 (2001), págs. 17 y 18.

RÉGIMEN DE APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS

Una de las novedades importantes de la Ley 5/2000 en relación con la Ley 4/1992 es el establecimiento de unas reglas específicas para la determinación de las medidas, que no existían anteriormente.

El régimen de aplicación de medidas aparece en el art. 9 de la Ley 5/2000 y puede clasificarse en los siguientes apartados:

- a) Tratamiento de las faltas (art. 9.1.a): cuando los hechos cometidos sean constitutivos de faltas las medidas a imponer serán de amonestación, permanencia de fin de semana hasta un máximo de cuatro, prestaciones en beneficio de la comunidad hasta un máximo de cincuenta horas y de privación del permiso de conducir o de otras licencias administrativas.
- b) Procedencia del internamiento cerrado (art. 9.2.a): la medida de internamiento en régimen cerrado se impondrá cuando de la descripción y calificación jurídica de los hechos se establezca en su comisión violencia o intimidación o se haya actuado con grave riesgo para la vida o la integridad física de las mismas.⁽⁷⁵⁾ Sobre esta medida se ha planteado el hecho de que atente contra el art. 17 de la Constitución Española, en cuanto que desproporcionada e innecesaria, ni la previsión de imposición de una sanción penal consistente en una medida privativa de libertad, ni su cuantía máxima, conforme a la Ley 7/2000, de hasta ocho años, sobre todo cuando es perfectamente disminuable a lo largo de su ejecución por el uso de las facultades de modificación, suspensión o sustitución de la medida, algo que es totalmente novedoso y digno de destacar conforme a la extensión y posibilidades concedidas a los órganos judiciales en la nueva reglamentación para los menores sometidos a la Ley Orgánica 5/2000.⁽⁷⁶⁾

(75) Entre las críticas que se le han realizado al internamiento cerrado cabe destacar tanto el hecho de ser un límite excesivo al fin resocializador perseguido por la Ley 5/2000 como también que debe ser aplicada con cierto criterio restrictivo por parte de los tribunales, además de comprobar por parte de éstos que la medida sea impuesta no sólo por la naturaleza violenta o peligrosa sino también porque dicha medida sea la más aconsejada. En este sentido, cfr. CUELLO CONTRERAS, J., *El nuevo Derecho penal de menores*, Madrid, 2000, págs. 61 y 62.

(76) Sobre esta problemática, vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, sec 1ª, 5 de junio de 2001, rec. 1/2001. Parece señalarse en el documento que el legislador al ampliar el plazo de duración de esta

- c) Límites a la duración de las medidas: dicha duración no puede ser mayor a dos años, computándose a estos efectos el tiempo ya cumplido por el menor en la medida cautelar conforme a los dispuesto en el art. 28.5 de la Ley 5/2000.⁽⁷⁷⁾ La medida de prestaciones en beneficio de la comunidad no podrá superar las cien horas. La medida de permanencia, a su vez, no podrá superar los 8 fines de semana.

El número 4.a) del art. 9 indica que si la persona hubiera cumplido dieciséis años en el momento de la comisión de los hechos, el plazo de la duración de la medida podrá alcanzar hasta un plazo máximo de cinco años, siempre que el delito haya sido cometido con violencia o intimidación en las personas o con grave riesgo para la vida o la integridad física de las mismas y el equipo técnico en su informe aconseje la prolongación de la medida. En estos supuestos, la medida de prestaciones en beneficio de la comunidad podrá alcanzar hasta doscientas horas y la permanencia de fin de semana hasta dieciséis fines de semana.

Si los supuestos previstos en la regla anterior revistieran extrema gravedad, apreciada en la sentencia, el Juez habrá de imponer una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a cinco años de duración y deberá ser complementada sucesivamente por otra medida de libertad vigilada con asistencia educativa con un máximo de hasta cinco años. Sólo se podrá hacer uso de esta situación en lo dispuesto en los artículos 14 y 51.1 de la Ley 5/2000 una vez transcurrido el primer año efectivo de la medida de internamiento.

medida para delitos sancionados en el C.P con prisión igual o superior a quince años, con el objeto de conciliar los principios inspiradores de la citada Ley (7/2000 en referencia a la 5/2000), no se trata de una opción desproporcionada ni tampoco traspasa el límite de la arbitrariedad, bastando con remitirnos a la potestad exclusiva del legislador para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo.

- (77) El art. 28.5 Ley 5/2000 señala que el tiempo de cumplimiento de las medidas cautelares se abonará en su integridad para el cumplimiento de las medidas que se puedan imponer en la misma causa o, en su defecto, en otras causas que hayan tenido por objeto hechos anteriores a la adopción de aquellas. El Juez, a propuesta del Ministerio Fiscal y oídos el Letrado del menor y el equipo técnico que informó la medida cautelar, ordenará que se tenga por ejecutada la medida impuesta en aquella parte que estime razonablemente compensada por la medida cautelar.

El art. 14 habla de la modificación de la medida impuesta; de esta forma, el Juez, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o del Letrado del menor, previa audiencia de éstos e informe del equipo técnico y, en su caso de la entidad pública de protección o reforma de menores, podrá en cualquier momento dejar sin efecto la medida impuesta, reducir su duración o sustituirla por otra, siempre que la modificación redunde en el interés del menor y se exprese suficientemente a éste el reproche merecido por la conducta. En estos casos el Juez resolverá por auto motivado sobre el que se podrán interponer los recursos previstos en la presente Ley. Por su parte, el art. 51.1 del mismo cuerpo legal señala que durante la ejecución de las medidas, el Juez de menores que las haya impuesto podrá de oficio o a instancias del Ministerio Fiscal, del Letrado del menor o de la Administración competente, y oídas las partes, así como el equipo técnico y la representación de la entidad pública de protección o de reforma de menores, dejar sin efecto aquéllas o sustituirlas por otras que se estimen más adecuadas de entre las previstas en esta Ley por tiempo igual o inferior al que reste para su cumplimiento.

La medida de libertad vigilada deberá ser ratificada mediante auto motivado, previa audiencia del Ministerio Fiscal, del letrado del menor y del representante de la entidad pública de protección o reforma de menores, al finalizar el internamiento, y se llevará a cabo por las instituciones públicas encargadas del cumplimiento de las penas conforme al art. 105. 1 C.P.

A los efectos del art. 9 de la Ley 5/2000 se entenderán de extrema gravedad aquellos supuestos en los que se aprecie reincidencia (último párrafo del nº 5). Igualmente, se indica en el precepto que las medidas de internamiento en régimen cerrado no podrán aplicarse a las acciones u omisiones imprudentes (nº 6).

Por último, el art. 9 Ley 5/2000 preceptúa que en la postulación dictada por el Ministerio Fiscal o en la resolución dictada en el procedimiento se aprecie alguna de las circunstancias establecidas en el art. 5.2 Ley 5/2000 sólo podrán aplicarse las medidas terapéuticas descritas en el art. 7.1, letras d) y e) de la misma Ley comentada.⁽⁷⁸⁾

(78) Art. 5.2 Ley 5/2000: “No obstante lo anterior, a los menores en quines concurren las circunstancias previstas en los números 1º, 2º y 3º del vigente Código Penal, les serán aplicables, en caso necesario, las medidas terapéuticas a las que se refiere el art. 7.1 d) y e), de la presente Ley”.

Finalmente, en cuanto a la Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica, el objetivo de la ejecución de las sanciones penales juveniles, conforme lo dispone el artículo 133 LJPJ, es el de fijar y desarrollar las acciones necesarias que le permitan a la persona menor de edad su permanente desarrollo personal y la reinserción en su familia y la sociedad, así como el desarrollo de sus capacidades, lo cual coincide a su vez con los principios rectores de la ley establecidos en el artículo 7, e incluso se plantea la necesidad de contarse con un plan de ejecución de la sanción impuesta (artículo 134 LJPJ), que deberá ser vigilado en su ejecución por el Juzgado de Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles (artículos 135 y 136 LJPJ).

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV., “Intervención con menores inadaptados”, en FARIÑA, F., y ARCE, R., (coordinadores.), *Psicología jurídica al servicio del menor*, editorial Cedecs, Barcelona, 2000.
- AGUIRRE ZAMORANO, P., “Las medidas”, en GIMÉNEZ- SALINAS I COLOMER, E., (coord.), *Justicia de menores: una justicia mayor. Comentarios a la Ley reguladora de la Responsabilidad Penal de los menores*, Manuales de formación continuada 9, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001.
- BURGOS MATA, A., “Ley Orgánica de la Jurisdicción Penal Juvenil”. Ediciones Jurídicas, San José, Costa Rica, 1995.
- CUELLO CONTRERAS, J., *El nuevo Derecho penal de menores*, editorial. Civitas, Madrid, 2000.
- DOLZ LAGO, M.J., *La nueva responsabilidad penal del menor (Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero)*, editorial. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- GÓMEZ RIVERO, M^a C., “La nueva responsabilidad penal del menor”, *Revista penal*, La ley nº 9 (2001).
- LAGO, F., “De la atenuante de menor edad hacia una regulación independiente”, en FARIÑA, F., y ARCE, R., (coordinadores), *Psicología jurídica al servicio del menor*, editorial. Cedecs, Barcelona, 2000.

LANDROVE DÍAZ, G., “Medidas aplicables a los menores infractores”, en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., DIEGO DÍAZ SANTOS, M^a. R., (coordinadores), *Derecho penal y nuevas tecnologías*, editorial Cóllex, Madrid, 2001.

MAGRO SERVET, V., “La prevención en la delincuencia juvenil”, *Actualidad jurídica Aranzadi* nº 481 (2001).

TIFFER, C. “Ley de Justicia Penal Juvenil”. San José, Costa Rica.

TIFFER, C., y LLOBET, J., *La sanción penal juvenil y sus alternativas en Costa Rica*, ILANUD, San José de Costa Rica, 1999.

TRATADO DE LIBRE COMERCIO Derecho, economía e ideología

Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez^(*)

Catedrático de Derecho Económico Internacional
Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas
Sociólogo

Es hipócrita pretender ayudar a los países subdesarrollados obligándolos a abrir sus mercados a los bienes de los países industrializados y al mismo tiempo proteger los mercados de éstos, porque hace a los ricos cada vez más ricos y a los pobres cada vez más pobres.

JOSEPH E. STIGLITZ (págs. 18 y 33, 2002)

Premio Nobel de Economía, 2002
Ex-Vicepresidente del Banco Mundial
Ex-asesor económico del Gobierno de Bill Clinton

(*) e-mail: jorgerp@hotmail.com; y, jorgerp9@yahoo.com.
Telfax (506) 250-1160; y, (506) 259-4844
Apartado postal 1264 Y Griega 1011, San José Costa Rica

SUMARIO:

Resumen

Abstract

Introducción

1. Economía y derecho
2. ¿Qué son los tratados de libre comercio?
3. Ideología
4. Consenso de Washington
5. Pensamiento único
6. Globalización o mundialización
7. Neoliberalismo
8. Neoconservadurismo

Conclusión

Bibliografía

SIGLAS:

BM Banco Mundial

FMI Fondo Monetario Internacional

OCDE Organization for Economic Cooperatives and Development
Organización para la cooperación y el desarrollo.

ONU Organización de Naciones Unidas

USA United States of America

Toda decisión económica tiene implicaciones distributivas; los “técnicos” también emiten juicios de valor y tienen intereses propios e ideas preconcebidas de cómo deben ser las cosas. Juan Manuel Villasuso, *Economista contra la democracia*. La República, 12, III, 2005).

RESUMEN

Los acuerdos comerciales del área de Centro América tienen como referencia inmediata el NAFTA, North American Free Trade Agreement. Estos acuerdos tienen un marco o contexto ideológico que responde a la ideología propia del sistema capitalista actual, dominado por el G-7 (países más ricos del mundo) y sus megacorporaciones. Obviamente, la ideología se expresa por medio de las normas jurídicas; y, de las políticas económicas, financieras y comerciales respectivas.

ABSTRACT

The commercial agreements of Central the American area have an immediate reference in the NAFTA, North American Free Trade Agreement. These agreements have a mark or ideological context that it responds to the ideology characteristic of the current capitalist system, dominated by the G-7 (richer countries of the world) and their megacorporations. Obviously, the ideology is expressed by means of the juridical norms and of the respective economic, financial and commercial politics.

Palabras claves: acuerdos comerciales, mercado común, área de libre comercio, unión aduanera, unión económica, ideología, consenso de Washington.

Key words: trade agreements, common market, free trade zone, economic union, ideology, Washington consensus.

INTRODUCCIÓN

El convenio o acuerdo comercial, en el amplio sentido del término, tiene su marco o contexto ideológico dentro del cual cobra sentido y significado.

Este contexto es esencial para comprender esta amplia propuesta comercial.

La base de esa propuesta debe ser expuesta y conocida, no solo por ser el fundamento de la oferta, sino también porque sus efectos son más fáciles de entender.

La política comercial, entre otras, contiene ingredientes ideológicos que integran el corazón o la médula de lo que esa política propone.

Se ha insistido en los diversos aspectos que integra este convenio comercial, pero en lo que respecta a sus elementos ideológicos el análisis también debe ser analizado.

De ahí que desarrollaremos aquí esos ingredientes, que conforman la ideología de este acuerdo o que configuran el contexto ideológico en el cual se inserta la propuesta de los *acuerdos comerciales preferenciales*.

Estos tratados de libre comercio, que son acuerdos comerciales, son llamados por economistas que asistieron a la conferencia del FMI sobre Comercio Exterior: “*acuerdos comerciales preferenciales*”.

Por ello, en lugar de acuerdos de libre comercio sería más acertado denominarlos “*acuerdos preferenciales*”, pues sólo reducen las barreras comerciales entre los países suscriptores. Además señalan que una conclusión fundamental sobre las políticas de *comercio preferencial*—ya sean *acuerdos comerciales* o reducciones arancelarias para exportaciones de los países en desarrollo— no equivalen a una liberalización del comercio (Stephen Tokarick, Robert Lawrence en el Boletín del FMI del 15 de noviembre y 20 de diciembre del 2004, Conferencia del FMI del 19 de octubre del 2004, sobre Comercio Exterior, organizada por su Departamento de Estudios).

Agregando Tokarick que, en esa Conferencia del FMI, se concluyó que las políticas de *comercio preferencial* no siempre son beneficiosas. De hecho, podrían perjudicial a los países que las adoptan (*idem*).

Estos convenios o acuerdos no son – ni pretenden ser– modelos de desarrollo económico, sino mecanismos para integrar mercados y mejorar las condiciones de acceso a entre ellos y para crear plataformas comerciales con reglas más claras, conocidas y transparentes que reduzcan los costos de transacción. Por sí solos, estos acuerdos, no están diseñados para combatir la pobreza y eso tiene que estar muy claro (Ricardo Artavia, en Lizano y López, 2004 a, p. 66).

El énfasis reside en los flujos de inversión extranjera y el acceso a los mercados internacionales dentro de procesos de liberalización comercial (Angel Gurría, en Lizano y López, 2004 b, p. 179).

En este estudio la palabra *comercial* significa lo relativo al comercio de bienes y servicios. Los bienes o mercancías son conceptos que abarcan el objeto mismo del acuerdo comercial. Es una concepción amplia del vocablo *comercial*, que equiparamos a negocio (*business*).

Yo quiero votar el TLC

Juan Manuel Villasuso. 2/4/2005. LA REPÚBLICA. San José, Costa Rica.

El Tratado de Libre Comercio (TLC) de Costa Rica con Estados Unidos es un instrumento jurídico para la administración del intercambio de bienes, servicios y factores de producción entre los dos países.

En lo fundamental, el TLC incluye dos categorías de acuerdos: Una primera categoría incorpora aquellas disciplinas relacionadas directamente con el comercio y las inversiones, es decir, las normas que regulan de manera específica el acceso a los mercados: aranceles, cuotas, procedimientos aduaneros, medidas sanitarias, etc.

En la *segunda categoría* están los acuerdos que tienden a modificar las relaciones de producción y las estructuras de mercado, que tienen características propias en cada país y se desarrollan dentro de un determinado marco institucional: política económica, propiedad intelectual, estándares laborales y ambientales, etc.

La razón por la que se incluye esta *segunda dimensión* de acuerdos es porque el comercio se ve afectado por las especificidades de las estructuras productivas y por la forma en que funcionan los mercados. Esas particularidades se reflejan tanto en el precio de los bienes y servicios como en la mayor o menor participación que puedan tener en la oferta y la demanda de un país las empresas y personas del otro país.

Desde luego, los acuerdos para modificar las estructuras productivas y el marco institucional de los mercados también alteran los esquemas distributivos del ingreso y la riqueza en los países. Es por ello que se señala, con toda propiedad, que el *TLC no es neutro, sino que redefine ganadores y perdedores.*

Si eso es así y la estructura productiva, el marco institucional y el esquema distributivo de Costa Rica se verán modificados por el TLC, entonces resulta fundamental poder evaluar adecuadamente las ventajas y desventajas de esos cambios. ¿En qué nos benefician y en qué nos perjudican?

Desafortunadamente, existen grandes dificultades conceptuales para poder evaluar "objetivamente" el TLC con Estados Unidos. Dos de esas dificultades tienen que ver con el ámbito de referencia de la evaluación y con la ponderación que se les conceda a los aspectos positivos y negativos.

Así, no es lo mismo un *análisis sectorial* que tome en cuenta los intereses empresariales, que una valoración desde el punto de vista macroeconómico que considere el efecto del TLC sobre las cuentas fiscales, la balanza de pagos, el crecimiento y el empleo.

Aun en la *dimensión sectorial-empresarial*, ¿cómo apreciar y comparar correctamente los beneficios esperados en una actividad con las pérdidas posibles en otra rama productiva? ¿Cómo juzgar las ganancias de los textiles o los azucareros en relación con los quebrantos de los arroceros o los porcicultores?

Los resultados también podrían ser diferentes si la evaluación no solo examina los aspectos económicos, sino también el impacto social y distributivo, especialmente si se considera que mayores inversiones y exportaciones no necesariamente se reflejan en menor pobreza y reducción de la desigualdad.

Finalmente, ¿cómo valorar la apertura del mercado de telecomunicaciones y de seguros? ¿Es positivo porque permitiría mayor competencia o es negativo porque pone en riesgo una historia solidaria de servicios de acceso universal?

Si a estas dificultades conceptuales para evaluar “objetivamente” el TLC añadimos la insuficiencia de información básica, la distorsión y manipulación interesada de cifras, la carencia de estudios razonable-mente serios sobre impacto económico y social y la incertidumbre respecto al futuro de acuerdos comerciales actualmente vigentes con Estados Unidos, verdaderamente nos enfrentamos a una situación nebulosa en que la decisión sobre el TLC se sustentará en concepciones ideológicas, intereses y sentimientos y no en criterios sólidos y consistentes.

Ante esa realidad, yo quiero votar el TLC. Exijo que se me permita hacer uso del derecho que me otorga la Constitución Política de votar el Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos en un referendo. No quiero delegar esa responsabilidad, que compromete el presente y el futuro de los míos, a 57 diputados cuyo voto no será objetivo sino ideológico e interesado y que, además, sobre este tema no me dijeron absolutamente nada en la anterior campaña electoral.

Si el TLC constituye un hito para el desarrollo futuro de nuestro país, debemos ser todos y cada uno de los costarricenses los que, por la vía democrática del voto, decidamos en un referendo nuestro futuro.

Por eso, señalo hoy e insistiré mañana, yo quiero votar el TLC.

1. ECONOMÍA Y DERECHO

En este enfoque se pueden dar varias vías de análisis:

- 1) El derecho debe ser eficiente (*tesis normativa*).

- 2) Dado que las personas son agentes racionales, se puede usar la teoría económica para predecir cómo se comportarán en función de los incentivos y desincentivos generados por las normas jurídicas (*tesis predictiva*).
- 3) Propuesta de determinado sistema jurídico como eficiente (*tesis descriptiva*).
- 4) Tendencia del derecho a adoptar normas eficientes (*tesis evolucionista*).

La *eficiencia*, puede ser:

- *Productiva*: la economía produce tantos bienes y servicios como le es posible.
- *Asignativa*: una asignación de recursos cumple el óptimo de Vilfredo Pareto (1848- 1923), cuando no es posible que algunos individuos mejoren su posición sin empeorar al mismo tiempo la de alguien.

En un sentido, se puede entender eficiencia como riqueza. Así, por ejemplo, se recurre a un juez para que resuelva una cuestión de asignación de derechos, cuando el mercado no puede solucionarla.

De acuerdo con el *teorema de Coase* (Ronald Coase, 1910-):

En ausencia de costos de transacción y de interacción estratégica, una demarcación precisa de derechos de propiedad transferibles, asegura la obtención de la solución eficiente, sin importar a quien asigna esos derechos.

En la óptica del *análisis económico del derecho*, interesa la asignación eficiente de los recursos escasos. Este análisis aprovecha el modelo de acción racional de la ciencia económica para predecir las conductas que provocarán las normas jurídicas.

El *análisis económico del derecho* es un modelo para formular las consideraciones relativas a los efectos de diversas soluciones jurídicas de un modo preciso y confiable, aprovechando el conocimiento económico disponible (Spector, 2004, pp. 7 a 25).

Mark Tushnet, miembro de *The Critical Legal Studies Movement* (Movimiento de los estudios de la crítica jurídica), sostiene que el derecho es un instrumento del dominio social, económico y político tanto en el sentido de apoyar los intereses concretos de los dominadores, así como en el de legitimar el orden social existente (Roemer, 1994, p. 75). De aquí su vertiente *conservadora*, como herramienta del *status quo*.

2. ¿QUÉ SON LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO?

- **Concepto y formas de la integración económica**

Balassa (1964), en su obra clásica nos define la integración económica como un proceso y como una situación de actividades económicas.

Como un *proceso*, se encuentra acompañada de medidas dirigidas a abolir la discriminación entre unidades económicas pertenecientes a diferentes naciones. Como una *situación de los negocios*, se caracteriza por la ausencia de varias formas de discriminación entre economías nacionales.

Debemos distinguir claramente entre integración y cooperación; esta diferencia es tanto de carácter *cualitativo* como *cuantitativo*.

Mientras que la *cooperación* involucra acciones encaminadas a disminuir la discriminación, el proceso de integración económica implica medidas encaminada hacia la supresión de algunas formas de discriminación.

Por ejemplo: los acuerdos internacionales sobre *política comercial* pertenecen al campo de la cooperación internacional, mientras que la remoción de las barreras al comercio es un acto de integración económica.

Al distinguir entre *cooperación* e *integración*, situamos las principales características de ésta –la abolición de discriminación dentro de un área– dentro de un campo mas preciso, y damos al concepto un significado definido, sin diluirlo innecesariamente con la inclusión de diversas acciones en el campo de la cooperación internacional.

La integración económica, puede adoptar varias *formas* que representan los grados diversos de integración.

Esas *formas* son:

área o zona de libre comercio

unión aduanera,

mercado común

unión económica e

integración económica total.

En un *área de libre comercio*, las tarifas (y las restricciones cuantitativas) entre los países participantes son abolidas, pero cada país mantiene sus propias tarifas frente a los países no pertenecientes al área.

El establecimiento de una *unión aduanera* trae aparejada, además de la supresión de discriminación a los movimientos de mercancías dentro de la unión, la equiparación de tarifas en el comercio con países no miembros.

Una forma superior de *integración económica* se logra con el *mercado común*, que no se limita a suprimir las restricciones al comercio, sino también las que dificultan el movimiento de los factores.

Una *unión económica*, diferente a un *mercado común*, combina la supresión de restricciones al movimiento de mercancías y factores, con un cierto grado de armonización de las políticas económicas nacionales, con objeto de eliminar la discriminación resultante de las disparidades de dichas políticas.

Finalmente, la *integración económica total*, presupone la unificación de las políticas monetaria, fiscal, social y anticíclica, además de requerir el establecimiento de una autoridad supranacional, cuyas decisiones sean obligatorias para los Estados miembros.

De acuerdo con la definición dada, la *teoría de la integración económica* se interesará en los efectos económicos de la integración en sus diversas formas, y con los problemas generados por las divergencias en las políticas nacionales de orden monetario, fiscal y otras diversas.

La *teoría de la integración económica* involucraría también ciertos elementos de *teoría de la localización*.

La integración de países adyacentes equivale a la eliminación de las barreras artificiales que obstruyen el flujo permanente de la actividad económica a través de las fronteras nacionales; a su vez, la consiguiente relocalización de la producción y las tendencias regionales de aglomeración y disgregación no pueden ser adecuadamente discutidas sin hacer uso de los instrumentos del análisis de la *teoría de la localización* (Balassa, 1964, págs. 1 a 3).

3. IDEOLOGÍA

Toda ciencia estaría de más, si la forma de manifestarse las cosas y la esencia de éstas coincidieren directamente (Marx, 1965, T. III, p. 757).

La forma de pensar de los “que mandan” es anteponer *la forma fenoménica, inmediata de las relaciones que se reflejan, y no de las relaciones internas. Por lo demás, si este fuera el caso, ¿para qué serviría entonces una ciencia?* (carta de Marx a Engels, 27 de junio de 1867, pp. 133, 134, 1968).

Las ideas de la clase dominante son las ideas dominantes en cada época. O dicho en otros términos, la clase que ejerce el poder material dominante en la sociedad es, al mismo tiempo, su poder espiritual dominante. La clase dominante presenta su interés como el de todos los miembros de la sociedad. Las ideas dominantes no son otra cosa que la expresión ideal de las relaciones materiales dominantes, las mismas relaciones materiales dominantes concebidas como ideas. Por lo tanto, las relaciones que hacen de una determinada clase, la clase dominante son también las que confieren el papel dominante a sus ideas (Marx-Engels, *La ideología alemana*, 1968, pp. 50, 51 y 677).

Desde los tiempos de Antoine Louis Claude Destutt de Tracy (1754-1836), autor de *Los elementos de ideología* (1801-1815), al presente el concepto de ideología ha tenido un trayecto variado, como vocablo histórico que es. En su origen, este filósofo francés, lo definió como teoría o ciencia de las ideas (Lenk, 1971).

La *ideología*, como estudio de las ideas, desde el ángulo de su funcionalidad, se puede dividir en:

Legítimamente, lo cual quiere decir que las ideas legitiman o validan situaciones, relaciones o estructuras referidas a la sociedad.

Erosionante, o sea, aquellas ideas que impugnan o critican (deslegitiman, invalidan) situaciones, relaciones o estructuras referidas a la sociedad.

En este sentido, se puede decir, que son *ideas legitimantes* de las políticas de comercio exterior y acuerdos comerciales, producidas y ejecutadas por los países ricos, sus organismos financieros internacionales y sus megacorporaciones, aquel conjunto de supuestos, creencias, valores, hipótesis y axiomas que validan esas políticas y acuerdos mercantiles.

Precisamente, nos referimos a aquellas *ideas* que se han desarrollado y ejecutado, respecto de las políticas económicas de los organismos financieros internacionales y por los países desarrollados (los más ricos del mundo) del G-7 (Canadá, Italia, Inglaterra, Estados Unidos, Francia, Alemania y Japón), divulgadas como *neoliberalismo*, *neoliberalismo*, *neoliberalismo* y *Consenso de Washington*.

Son las *ideas dominantes*, oficialmente apoyadas por los Estados más fuertes del orbe, por las megatransnacionales que en número de 560 se reparten el gran mercado del mundo, entre ellas –obviamente– las enormes redes – digitales y materiales– de los medios de comunicación colectivos (medios de manipulación y desinformación colectiva) de su propiedad.

Sus *think tanks* (*tanques del pensamiento*) han bautizado esas *ideas dominantes y oficiales* de los enormes centros de poder, como el *pensamiento único*, pues se terminó la historia y no habrá más ideologías al futuro.

Francis Fukuyama, filósofo estadounidense, 1952- : al llegar al final de la historia no quedan ya competidores ideológicos serios para la democracia liberal, 1992, p. 289).

Edward Shils (1911-) en 1955, *Daniel Bell* (1919-) en 1960, *Seymour Martin Lipset* (1922-), en 1960, entre otros, ya habían escrito sobre el *fin de las ideologías*, de tal modo que no es un tema nuevo planteado por Fukuyama.

De ahí, que las prácticas, políticas y acciones de dominación en el mercado mundial, de los países ricos y sus megacorporaciones, son envueltas con el ropaje de la ideología del mercado, libre comercio e inversión, en el plano teórico; mientras que en el plano de la realidad, estamos ante un mercado globalizado, mundializado, en manos de monopolios y *cartels*.

La *ideología*, se puede indicar –entre otras formas de hacerlo– desde la epistemología (teoría del conocimiento) o de la sociología del

conocimiento (relaciones entre las formas del conocimiento y la realidad social) como el sistema de ideas, creencias y opiniones describe y explica la situación de un grupo, sociedad, personas –físicas o jurídicas–, al tiempo que orienta y justifica sus acciones sociales.

4. CONSENSO DE WASHINGTON

Esta expresión la acuñó John Williamson del *Institute for International Economics*, con sede en Washington DC, en 1989.

Williamson nos dice que enumeró 10 reformas de política económica para *América Latina* (Washington DC: FMI, *Finanzas y desarrollo*, setiembre del 2003).

Ellas son las siguientes:

1. Disciplina fiscal

Los grandes déficits fiscales conducen a una crisis en la balanza de pagos, además del problema de la inflación. Lo pertinente es aplicar la disciplina fiscal y presupuestaria.

2. Reordenación de las prioridades del gasto público

Se sugirió redistribuir el gasto público en beneficio del crecimiento y los pobres.

3. Reforma tributaria

Combinar una base tributaria amplia con tasas marginales moderadas.

4. Liberalización de las tasas de interés

Liberalización financiera con una prudente supervisión.

Los tipos de interés vengan determinados por el mercado y sean positivos en términos reales (*Estefanía*, 2001, pp. 69 a 89).

5. Tipo de cambio competitivo

Preferí el tipo de cambio competitivo, pero el Gobierno de USA, se inclinó por un tipo de cambio fijo o dejarlo flotar “limpiamente”.

6. *Liberalización del comercio*

Esto se debería hacer, lo que estaba por definir era la velocidad de esa liberalización.

7. *Liberalización de la inversión directa extranjera*

No se trataba de la liberalización general de las cuentas de capital.

8. *Privatización*

Podría favorecer la corrupción para transferir activos a una élite privilegiada. Bien entendida y ejecutada podría ser beneficiosa, regulada apropiadamente.

Su fundamento ideológico consiste en la tesis de que la empresa privada es más eficiente que el Estado (*Estefanía*, 2001, p. 73).

9. *Desregulación*

Distender las barreras al ingreso y a la salida, para favorecer la competitividad.

10. *Derechos de propiedad*

En el mercado los derechos de propiedad deben estar firmemente establecidos y garantizados (*Estefanía*, 2001, p. 73).

Estas *diez tesis* se divulgaron, desatándose un debate de muy diversa naturaleza. Surgieron interpretaciones variadas y corrientes que las defendieron y otras las atacaron.

El propio Williamson expresa que la frase “*el consenso de Washington*” adquirió un grado tal de ambigüedad que entorpece la claridad del pensamiento. Permitan, en cambio, que el programa (de las 10 tesis) sea evaluado por sus méritos, como contribución a un necesario debate, el cual deberá ser el derrotero de la reforma económica (Washington DC: FMI, *Finanzas y desarrollo*, setiembre del 2003).

El hecho es que han tenido un gran impacto e importancia. Siendo necesario citarlas como parte de ese contexto ideológico de los acuerdos comerciales citados.

Stiglitz (2002) ha señalado lo siguiente:

El *Consenso de Washington* se ha considerado como la única vía para el crecimiento y el desarrollo. El efecto neto de las políticas estipuladas por este consenso ha sido favorecer a la minoría a expensas de la mayoría, a los ricos a expensas de los pobres. En muchos casos los valores e intereses comerciales han prevalecido sobre las preocupaciones acerca del medio ambiente, la democracia, los derechos humanos y la justicia social.

Las políticas de este consenso se fundan en el modelo simplista de la economía de mercado, el modelo de equilibrio competitivo, en el cual la mano invisible de *Adam Smith* (1723-1790) opera y lo hace a la perfección.

El mercado funciona bien y el Estado funciona mal.

Lo relevante de este *consenso*, es que los organismos financieros internacionales impusieron a los países subdesarrollados este consenso del *fundamentalismo del mercado*, mediante las gafas que la ideología suministra para ver la realidad. Se trata de un conjunto de creencias tan firmemente sostenidas que uno apenas requiere confirmación empírica. La evidencia que refute esas creencias es sumariamente descartada. Para los creyentes en los mercados libres y sin trabas era *obviamente* deseable. No era menester ninguna evidencia que propiciara el crecimiento.

Esta *ideología del libre mercado* debe ser reemplazada por análisis basados en la ciencia económica, con una visión más equilibrada del papel del Estado, a partir de una comprensión de los fallos del mercado como del Estado.

De este modo, el FMI con sus estrategias de desarrollo devastaron a los pobres y a las clases medias, y sólo enriquecieron a un puñado de opulentos, sobreestimando los beneficios de sus políticas fundamentalistas de mercado.

Por ello, es necesario que se de una *globalización* con rostro humano, preocupada por la equidad, el bienestar y la justicia social. (Stiglitz, 2002, págs. 50, 114, 127, 274, 302, 346 a 348).

El economista suizo Ziegler (1934-) nos informa que la revista *The Economist* (29 setiembre del 2001) indicó que los antiglobalizadores consideran al *Consenso de Washington* como una conspiración destinada a enriquecer a los banqueros. De hecho, no andan del todo desencaminados (2004, p. 63).

5. PENSAMIENTO ÚNICO

El economista francés *Jean Paul Fitoussi* lo califica de la *ideología del mundo* (2004), incluyendo el citado *Consenso de Washington* de 1989.

Tendencia ideológica que se da en el último cuarto del siglo xx, consistente en una mezcla de conservadurismo político y moral, y de liberalismo económico. El *pensamiento único* interpreta la realidad social en clave economicista, identifica la democracia con el mercado, convierte a la solidaridad en subsidiaria del valor superior de la eficacia, y reduce al ciudadano, en muchas ocasiones, a mero recurso humano. Es la ideología que ha predicado el fin de las ideologías. Es la ideología dominante, que se presenta a sí misma como natural e irracional; como tal, aspira a ser única y se exhibe como indiscutible v como entorno en el que no pueden participar más que los expertos.

El *pensamiento único*, se proclama como el políticamente correcto. A pesar de su base económica sería un error reducirlo a términos estrictamente economicistas, pues intenta ser la representación global de una realidad que define, en sustancia, que el mercado es el que gobierna, y el gobierno quien administra lo que dice el mercado. El pensamiento único es la traslación al cambio del milenio de la *weltanschauung* de la revolución conservadora de los años ochenta.

Se manifiesta abrumadoramente en lo cotidiano en los informes que elaboran los organismos multilaterales tipo FMI, OCDE o BM, los servicios de estudio de las entidades financieras o las patronales, en muchas universidades, en bastantes gobiernos, en los laboratorios de ideas más conservadoras, o en diversos medios de comunicación cuya característica es que se difunden e influyen en el mundo entero.

El *pensamiento único* es, también, la mitología dominante, y las mitologías nacen no sólo para explicar (y legitimar) los orígenes más o menos sagrados de lo que ocurre, sino para fundamentar los distintos pensamientos absolutistas. Muchos defensores del *pensamiento único* en el ámbito académico –que no se reconocerían públicamente como tales a pesar de su función– osan equipararlo con el orden natural de las cosas: es la única política económica posible, el único orden social posible, la única razón posible y, en definitiva, la primera y única instancia de lo posible.

El intelectual francés *Sami Nair* (1946-) ha escrito que:

«en realidad, estamos asistiendo al advenimiento de una auténtica conciencia de clase a escala internacional, no del proletariado –que jamás ha existido– sino de las élites dirigentes del proceso de mundialización: agrupaciones financieras, ecofines, grupos políticos dirigentes, fabricantes de opinión pública en los grandes medios de comunicación, etcétera, que tienen en común una convicción y un reflejo casi pavloviano. La convicción es la de que la dictadura de los mercados financieros moderniza las sociedades y crea riqueza; el reflejo pavloviano, la aplicación de la fórmula TINA en el momento en que se emite cualquier crítica contra el sistema. TINA, es decir: There is no alternative! Éste es el cemento armado ideológico que une a las élites mundializadas de hoy».

Ivan Pavlov (1849-1936, fisiólogo ruso, 1926: obra sobre los reflejos condicionados).

Existen discusiones sobre la paternidad del concepto de *pensamiento único*. Unos lo remiten al siglo XIX y al nombre de uno de los padres de la novela realista: *Honoré de Balzac*. Balzac habría acusado a los críticos de *La Comedia Humana* de utilizar, en general, idénticos argumentos: una especie de pensamiento único de la crítica.

En resumen, el decálogo que describe al *pensamiento único* es el siguiente:

1. Achicar el Estado, es agrandar la civilización.
2. Se acabó la Historia: la sociedad será siempre capitalista y liberal.

3. El *liberalismo económico* lleva siempre, inexcusablemente, a la democracia. La economía social de mercado, por mucho que figure en las Constituciones de los diferentes países, forma parte ya del pasado.
Hay que ser pragmático, pues, ya pasó la época de las ideologías (*Francis Fukuyama, USA 1952-, El fin de la historia y el último hombre*).
4. El mercado lo resuelve todo del mejor modo posible.
5. Corrupción siempre habrá. Con el liberalismo económico será marginal; con el estatismo, será estructural.
6. Está en la *naturaleza humana* que siempre existan desigualdades.
7. *Tesis del derrame, filtración o goteo (trickle down effect)* cuando los ricos estén colmados, lo que sobre se les dará a los pobres, mediante el goteo, la filtración o el derrame.
8. *Globalización o mundialización*: el dominio o el imperio de las transnacionales en el mundo es positivo e imposible de detener. Los nuevos sujetos de la historia son las transnacionales, porque controlan la producción, circulación y las empresas a escala planetaria (Nair, *El país*, España, 26-11- 2003).
9. *El capital extranjero* es consustancial al sistema económico, por ello hay que desregular para que penetre sin límites y no ponerle obstáculos. Las limitaciones se deben poner a las personas; no, al capital ni a las mercancías y servicios.
10. *Privación*. Se debe privatizar, ya que la empresa privada es más eficiente que el Estado. Los monopolios estatales deben ser eliminados (Estefanía, 2001, pp. 283 a 291).

6. GLOBALIZACIÓN O MUNDIALIZACIÓN

Este concepto fetiche puede ser definido de diversas maneras, pues se trata de un concepto indeterminado.

En la historia de la humanidad este proceso no es nuevo (pensemos en lo que produjo el descubrimiento de América por los europeos) pero sí lo es la modalidad y las características propias del fenómeno actual.

Se trata de un proceso en el cual las economías nacionales se integran progresivamente en la economía internacional.

Se intensifican los flujos de intercambio de tecnologías, capitales, símbolos y comunicaciones que fortalecen la ampliación del sistema capitalista. Siendo las transnacionales actores de primera fila en este proceso.

Este *globalismo* del sistema capitalista tiende a ser holístico, integral, en todas las áreas de la vida. La postura ideológica que le sirve de base es el *neoliberalismo*. Por ello se enuncia como un globalismo neoliberal en lo económico; y, *neoconservador*, en lo político.

En este mundo globalizado, se puede indicar esta información ilustrativa por toda la que ya se ha publicado por los organismos internacionales de las naciones Unidas:

El 20% más pobre de la población mundial, recibe sólo el 1% del ingreso global.

El 20% más rico de la población mundial, recibe el 80% del ingreso global.

Mil millones 200.000 personas “viven” con menos de un \$ dólar US al día.

La mitad de la población del mundo “viven” con menos de dos dólares US diarios.

Stiglitz (2002, pág. 33) afirma que con razón los críticos de la globalización acusan a los países occidentales de hipócritas, pues, forzaron a los pobres a eliminar las barreras comerciales, pero ellos mantuvieron las suyas e impidieron a los países subdesarrollados exportar productos agrícolas. Estados Unidos fue uno de los grandes culpables y el asunto me tocó muy de cerca, como Presidente del Consejo de Asesores Económicos del Presidente Clinton.

Este economista indica que la globalización es enérgicamente impulsada por las corporaciones internacionales que mueven capital, bienes y tecnologías a través de las fronteras (idem, p. 37).

7. NEOLIBERALISMO

Se puede definir como la doctrina que propugna la reducción del papel del Estado en la vida económica y social. Sostiene que la libertad,

en el terreno económico, es fundamental en la producción, distribución y consumo de bienes y servicios. El padre fundador es *Adam Smith* (1723-1790), en su versión clásica. Ludwig von Mises (1881-1973), Friedrich Hayek (1899-1992) y Milton Friedman (1912-), divulgaron una versión actualizada y enriquecida del liberalismo clásico.

Supuestos del neoliberalismo

Económicos:

* *Economía libre de mercado:*

En este espacio hay libertad para todos los actores (consumidores, ahorrantes, inversionistas, productores, empleadores, empleados etc). Se da la libre concurrencia o competencia entre dichos actores.

Algunas de las notas de esta posición son:

- La libertad es un valor supremo.
- El mercado es el espacio en el cual la libertad y la racionalidad se ejercen. Así se instituye la sociedad de mercado.
- En el mercado se cumple el principio de “*a cada uno de acuerdo a su contribución al mercado*”. Los otros principios no cuentan: “*a cada uno según su necesidad*”, “*de cada uno según su capacidad*”.
- La eficiencia es el criterio de la elección racional del agente económico en tanto *homo aeconomicus*. Este es un ser instrumentalmente racional y calculador, buscador de satisfacción de sus preferencias, maximizador de utilidades.
- Los aspectos de justicia social y equidad están fuera del mercado. Son extraeconómicos.
- El Estado debe actuar lo menos posible respecto del sistema económico, ya que de lo que se trata es de evitar las distorsiones.

El Estado no debe intervenir en el libre funcionamiento del mercado.

Básicamente las funciones del Estado capitalista son:

- Garantizar y proteger la vida de las personas, la propiedad privada y el cumplimiento de los contratos. Es la visión del *Estado mínimo*. Posteriormente, se le bautizó como la tesis del *Estado complementario o subsidiario*: el Estado puede intervenir en la economía en aquellos campos en que la empresa privada no lo hace, no quiere o no le resulta rentable.
- La ética del mercado es el sistema de valores y normas necesarias para la subsistencia del mercado.

La principal crítica que se le puede hacer a esta tesis consiste en afirmar que las grandes transnacionales (alrededor de unas 550) se reparten el mundo, formando un gigantesco *cartel*. El mundo no ha conocido la competencia perfecta ni la competitividad. El *cartel* y los monopolios es lo que se da en la realidad.

Soberanía racional del consumidor:

El *consumidor* es el soberano en el mercado, pues él decide racional y libremente las decisiones que se toman en este lugar, pues tiene la información completa sobre los bienes y servicios que están en el mercado. El sistema de precios le da al consumidor la información en el mercado.

Evidentemente, esta afirmación es falsa, pues el agente económico, en su rol de consumidor, está aprisionado por la red enorme de la propaganda o publicidad para manipularlo. Esta propaganda es fundamental para entender el mundo del consumo de hoy (consumismo).

Consumismo: tendencia inmoderada a adquirir, gastar o consumir bienes y servicios no siempre necesarios.

- *Homeostasis*:

En el sistema económico se da el equilibrio homeostático, pues no hay desequilibrios que quiebren el sistema, ya que éste contiene los mecanismos para obtener otro punto de nuevo equilibrio.

La *mano invisible de Adam Smith* moldea el sistema económico de tal manera que los desajustes y desequilibrios que en él se dan, son corregidos automáticamente por el propio sistema.

Smith señaló que el individuo al perseguir su propio interés a menudo propicia el de la sociedad de manera más eficaz que cuando en verdad trata de favorecerla, guiado por una *mano invisible*, para favorecer un fin público que no formaba parte de su intención (*La riqueza de las naciones*, 1776, volumen II, p. 191).

Este supuesto plasma el organicismo biológico spenceriano (*Herbert Spencer*, 1820-1903, filósofo inglés) del Siglo XIX, que partía de la homologación del comportamiento de la sociedad a la de un ser viviente (animal o vegetal).

Ninguna idea ha sido más poderosa que la de la *mano invisible* de Adam Smith, la de los mercados sin restricciones conducen, como guiados por una *mano invisible*, a resultados eficientes; que cada individuo, en la búsqueda de sus propios intereses, hace que avancen los intereses generales. Los noventas y sus repercusiones demostraron que los presidentes de las empresas, al perseguir sus propios intereses, no fortalecieron la economía de Estados Unidos, e incluso, que mientras ellos obtenían su propio beneficio, otros pagaban el precio. Los directivos de las empresas se enriquecieron a sí mismos a costa de otros (Stiglitz, 2003, pp. 318 a 321).

La historia de las crisis de México y de la Argentina, con su grave crisis política, económica y social (por la aplicación de las políticas neoliberales de los organismos financieros internacionales en un contexto de corrupción de la cúpula de poder pública y privada), pone de manifiesto lo absurdo de este supuesto.

Empleo pleno de los recursos:

Se supone que todos los recursos, están en empleo pleno en el sistema económico.

Este supuesto es falso en la realidad, tanto en los países ricos como –por supuesto– en los países empobrecidos. Precisamente, en el campo laboral, las políticas neoliberales aplicadas por la empresa privada han derivado en la destitución masiva de miles de trabajadores de grandes empresas internacionales, bajo el pretexto de mantener su posición en el mercado o de no disminuir las ganancias.

En el mundo hay 120 millones de desocupados, de los cuales 35 millones pertenecen a los países industrializados, 18 millones a Europa. En 1996, en Francia habían 3.5 millones sin trabajo (*Forrester*, pág. 10, 2001; pág. 92, 2000).

- *Falacia de la composición:*

Lo que es bueno para las grandes transnacionales y los países ricos es bueno para los países subdesarrollados.

Hay una frase célebre que pronunció el ingeniero Charles Erwin Wilson (1890-1961), quien fue Secretario de la Defensa de los Estados Unidos en la administración de Dwight David Eisenhower (1890-1969) y también ex Presidente de la General Motors, que se divulgó bastante:

lo que es bueno para la General Motors (GM) es bueno para los Estados Unidos. (Stiglitz, 2003, p. 321).

Esta clase de razonamiento *falacia de la composición* (lo que es bueno para la parte es bueno para el todo), también lo usan los ideólogos de la globalización y de los acuerdos de comercio exterior:

Lo que es bueno para el comercio exterior, es bueno para el país y para toda la población.

Los beneficios de la globalización y de los flujos del comercio internacional, favorecen a las grandes transnacionales, que monopolizan grandes sectores del mercado mundial.

La propuesta del *derrame, goteo o filtración* hacia los sectores mayoritarios y pobres de la población, queda en una mera frase, pues los envases que recogen las gigantescas ganancias de las megacorporaciones van creciendo en su tamaño conforme crecen esos inmensos beneficios.

- *Estado mínimo:*

El Estado debe intervenir lo menos posible en la economía, ya que el mercado es el que se encarga de estructurar las relaciones económicas.

El Estado es ineficiente, despilfarrador y corrupto.
La empresa privada es eficiente.

La falsedad de este argumento se comprueba cuando se sabe que después de los actos de terrorismo del 11 de setiembre del 2001 en los Estados Unidos, el Estado Federal actúa en la economía fuertemente: baja sustancialmente las tasas de interés, se disminuyeron los impuestos para

las empresas, se incrementó de modo gigantesco el presupuesto militar y se interviene mediante otras formas directas en el sistema económico.

Durante el embate del neoliberalismo, lo que se ha reforzado es el *Estado de Bienestar* para las empresas y los sectores ricos de la sociedad en el mundo. Lo que sí ha disminuido es la inversión social en educación, salud, empleo, vivienda para los grupos pobres de la sociedad. Es decir, se debilita el *Estado del bienestar* para los sectores pobres de la sociedad. Es el bienestar para los ricos y el malestar para los pobres.

- *Privatización:*

El Estado debe reducir su tamaño vendiendo al sector privado las empresas públicas, dado que los políticos y funcionarios públicos son corruptos y malos administradores, lo cual hace que las empresas estatales sean deficitarias.

Otro argumento falaz, ya que las transnacionales muestran su interés en comprar las empresas públicas eficientes y con superavit. Lo cual prueba que en el sector estatal empresarial hay empresas que se manejan eficientemente.

Los organismos financieros internacionales hay tenido que reconocer que la corrupción gigante se desbocó en la venta de empresas públicas al sector privado internacional, enriqueciendo a los políticos que manejaron esas ventas millonarias en dólares, como se comprueba en los casos de Argentina, Brasil y México.

En Costa Rica, las empresas transnacionales tienen un marcado interés en adquirir: seguros, telecomunicaciones, etc., que producen ganancias excelentes, en virtud de un manejo eficiente de parte del Estado.

También, en este país la corrupción en la cúpula política se ha hecho evidente, con efectos de deslegitimación del sistema político.

- *Monetarismo:*

Se parte del supuesto elaborado por *Milton Friedman* (1912-): los problemas de la economía se resuelven a partir de las recetas impuestas desde la oferta de dinero.

Este enfoque unilateral es parcial y por ende no resuelve las patologías o distorsiones del sistema económico de carácter estructural, ligadas a las grandes variables macroeconómicas.

Psicológicos

* *Egoísmo*: la acción humana debe ser guiada por el provecho personal e individual del egoísmo, dada la naturaleza insaciable de las personas.

Principios de la convivencia social como la solidaridad, fraternidad, cooperación, son aspectos desechables de la conducta humana, dada la naturaleza egoísta del ser humano.

* *Agresividad*: según el criterio del etólogo y zoólogo *Konrad Lorenz* (1903-1989, premio Nobel de Medicina en 1973), la agresividad es un pretendido mal, ya que sirve para la defensa del espacio vital y la sobrevivencia. Por ello, la agresividad se convierte en una virtud.

Los neoliberales lo aplican a la conducta del ser humano en el mercado y en la sociedad. Para triunfar, hay que ser agresivo y destruir a los competidores, con el fin de sobrevivir y obtener beneficios o ganancias. Se trata del *homo aeconomicus*.

Es una de las versiones del darwinismo social (Charles Robert Darwin, 1809-1882) de la sobrevivencia de los más aptos y la desaparición de los más débiles.

* *Tesis del mínimax*: en el esquema *costo / beneficio* de lo que se trata es de obtener la máxima ganancia con el mínimo costo.

Esta acción humana, en el mercado, no debe tomar en cuenta aspectos éticos, religiosos o morales. En el mercado todo está permitido, él nada sabe del honor. En los negocios y en la guerra todo se vale.

8. NEOCONSERVADURISMO

Edmund Burke (1729-1797) es la figura relevante en esta corriente ideológica de la derecha con su obra *Reflexiones sobre la Revolución Francesa*, 1790, en la cual hace un ataque frontal a este proceso de cambio.

En toda sociedad compuesta por diferentes clases de ciudadanos, es necesario que una de esas clases sea superior a las demás. Es por ello que los niveladores no hacen sino cambiar y pervertir el orden natural de las cosas (Burke, p. 129).

El Estado debe confinarse a lo que concierne al Estado, lo que es propiamente público: paz, seguridad, orden y propiedad pública (Nisbet, 1995, p. 59).

Esta posición ideológica es refractaria a cambios en la organización social que pongan en peligro la dominación de quienes la ejercen.

A partir de la posición conservadora original de *Burke*, se han desarrollado corrientes que actualizan esta visión de la sociedad.

CONCLUSIÓN

Los aspectos ideológicos, las creencias, supuestos, axiomas y postulados de acciones, estrategias, programas, convenios, políticas, etc., son dejados a un lado frecuentemente en los análisis respectivos.

Hemos tratado de presentar, a propósito de convenios comerciales internacionales, algunos aspectos relevantes de esos acuerdos (con sus contenidos económicos y su ropaje jurídico), y su vinculación directa con los elementos ideológicos que los integran y explican.

Utilizando la herramienta analítica de la *ideología*, se puede penetrar en la frondosidad de las normas jurídicas que le dan cuerpo y forma a los acuerdos comerciales internacionales para entender la finalidad y el destino de los contenidos financieros, económicos y mercantiles de tales convenios.

Por esa razón, ese *análisis ideológico* es vital en esa tarea de comprensión de dichos acuerdos.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguilar, Bernardo. *Paradigmas económicos y desarrollo sostenible* (San José: EUNED, 2002).
- Aguilar, Carlos, compilador. *Los (mal) tratados de libre comercio* (San José: Dei, 2003).
- Aimone, Enrique. *Derecho Económico Internacional* (Valparaíso: ediciones universitarias de Valparaíso 1980).
- Alcántara, Carlos; Manuel Ahijado. *Diccionario de la unión europea* (Madrid: Pirámide, 2000).
- Ariño, Gaspar. *Principios de Derecho Público Económico* (Granada: Comares, 1999).
- Ashford, Nigel; Stephen Davies (directores) *Diccionario del pensamiento conservador y liberal* (Buenos Aires: Nueva Visión, 1992).
- Ayala, José. *Instituciones y Economía* (México: Fondo de Cultura Económica, 2000).
- Bach, David. *1001 Financial Words* (New York: Oxford, 2003).
- Balassa, Bela et al. *Toward Renewed Economic Growth in Latin America* (Washington DC: Institute for International Economics, 1986).
- Teoría de la integración económica* (México: Uteha, 1964).
- Bannock, Graham et al. *Dictionary of Economics* (New Jersey: Bloomberg Press, 2003).
- Bell, Daniel. *El fin de las ideologías* (Madrid: Tecnos, 1964).
- Borrego, Salvador. *Neoliberalismo* (México: Tipografías editoriales, 1996)
- Brito, Javier. *Derecho Internacional Económico* (México: Trillas, 1982).
- Bulmer-Thomas, Víctor; A. Douglas Kincaid. *Centroamérica 2020: hacia un Nuevo modelo de desarrollo regional* (San José: cuadernos de ciencias sociales, No. 121, Flacso, 2001).

- Berman, Harold. *La formación de la tradición jurídica de occidente* (México: Fondo de Cultura Económica, 1998).
- Bunge, Mario. *Las ciencias sociales en discusión* (Buenos Aires: Ed. Sudamericana, 1999).
- La ciencia: su método y su filosofía* (Buenos Aires: Ed. Sudamericana, 1999).
- La relación entre la sociología y la filosofía* (Madrid: Edad, 2002).
- La investigación científica* (Barcelona: Ariel, 1983).
- Seudo ciencia e ideología* (México: Alianza, 1986).
- Burke, Edmund. *Reflexiones sobre la Revolución Francesa* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1978).
- Camacho, Edna. *Costa Rica: una economía frente al desafío fiscal* (San José: Academia de Centroamérica, 2002)
- Capela, John; Stephen Hartman. *Dictionary of International Business Terms* (New York: Barron's, 2000).
- Carbaugh, Robert. *Economía Internacional* (México: Thompson, 2004).
- Castillo, Elizabeth. *El libre comercio entre Centroamérica y los Estados Unidos: estrategias y amenazas* (San José: Editorial Universidad de Costa Rica, 2005), 2004).
- Chacholiades, Miltiades. *Economía internacional* (México: McGrawHill, 1988).
- Clinton, Bill et al. *TLCAN: diez años después* (México: Foreign Affairs, en español, No. 1, 2004).
- Coloma, German. *Análisis económico del Derecho*. (Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2001).
- Conhn-Bendit, Daniel; Olivier Duhamel. *Pequeño diccionario del euro* (Barcelona: Anagrama, 1998).
- Cooter, Robert; Thomas Ulen. *Derecho y Economía* (México: Fondo de Cultura Económica, 2001).
- Corrales, Carlos. *Derecho y Economía* (Badajoz: Universidad de Extremadura, 1998).
- Cruz, Rodolfo. *El TLC: controversias, soluciones y otros temas conexos* (México: McGrawHill,

- Cuevas, Guillermina (coordinadora). *Diccionario básico de libre comercio* (México: Secretaría de Comercio y Fomento Industrial. Porrúa, 1994).
- Dalla, Alberto. *Estudios sobre Constitución y Economía* (México: UNAM, 2003).
- De Laubaudere, André. *Droit Public Economique* (Paris: LGDJ, 1976).
- Di Giovan, Ileana. *Derecho Internacional Económico* (Buenos Aires: Desalma, 1992).
- Estefanía, Joaquín. *Diccionario de la nueva economía* (Madrid: Planeta, 2001).
- Ferrer, Juan. *Apuntes de Derecho Público Económico* (Madrid: Dykinson, 1992).
- Fischer, Stanley et al. *Economía* (México: McGrawHill, 1990).
- Fitoussi, Jean-Paul. *L'idéologie du monde. Chroniques d' économie politique* (Paris: Aube, 2004).
- La démocratie et le marché* (Paris: Grasset et Fasquelle, 2004)
- Forero, Yamile. *Estado y política en la economía internacional* (Bogotá: Temis, 1979).
- Forrester, Viviane. *Una extraña dictadura* (Barcelona: Anagrama, 2000).
- El horror económico* (México: Fondo de Cultura Económica, 2000).
- Fukuyama, Francis. *El fin de la historia y el último hombre* (Barcelona: Planeta, 1992).
- George, Susan. *Otro mundo es posible si...* (Barcelona: Icaria, 2003).
- El informe Lugano* (Barcelona: Icaria, 2001).
- Gitli, Eduardo. *La iniciativa de las Américas y sus implicaciones para las negociaciones latinoamericanas* (Heredia: UNA, 1991).
- Gómez, Ricardo. *Neoliberalismo globalizado* (Buenos Aires: Eds. Macchi, 2003).
- Gómez, Alonso; Jorge Witker. *Diccionario de Derecho Internacional* (México: UNAM, Porrúa, 2001).

- González Yamileth. (Presentación) El tratado de libre comercio con Estados Unidos (San José: Instituto de Investigaciones Sociales. Universidad de Costa Rica, 2004).
- Govaere, Velia. *Introducción al Derecho Comercial Internacional* (San José: Euned, 2002).
- Gray, John. *Falso amanecer. Los engaños del capitalismo global* (Barcelona: Paidós, 2000).
- Gudiño, Patricia. *Norteamérica y su proceso de integración* (Heredia: Euna, 1994).
- Guerra-Borges, Alfredo et al. *I encuentro centroamericano sobre tratados de libre comercio e integración regional* (San José: EUNED, celebrado en Guatemala del 29 al 30 de setiembre del 2003).
- Gutiérrez, German. *Ética y economía en Adam Smith y Friedrich Hayek* (San José: DEI, 1998).
- Harrod, Roy. *Economía Internacional* (Madrid: Sociedad de estudios y publicaciones, 1963).
- Helol, David et al *Transformaciones globales* (México: Oxford, University Press, 2002).
- Herdegen, Matthias. *Derecho Económico Internacional* (Medellín: Ed. Diké, 1998).
- Hilkelman, Edward; Alexandra Wozninck (eds.) *Dictionary of International Trade* (USA: World Trade Press, 2002).
- Howse, Robert; Michel Trebilcock. *The regulation of International Trade* (London: Routledge, 2001).
- Jacquet, Jean-Michel; Philippe Delebecque. *Droit du Commerce International* (Paris: Dalloz, 1999).
- Jackson, John. *The Jurisprudence of GATT and the WTO: Insights on Treaty Law and Economic Relations* (London: Cambridge Press University, 2000).

World Trade Organizations: Constitution and Jurisprudence (USA: Thompson Learning, 1998).

The World Trading System: Law and Policy of International Economic Relations (Boston: MIT Press, 1997). *Restructuring the GATT System* (London: Pinter Publishers, 1990).

et al. *International Economic Relations* (Minnesota: West Group, 2002). Jiménez, Manrique. *Análisis jurídico sobre el Tratado de libre comercio y algunas de sus implicaciones en la actividad del Estado costarricense* (San José: Universidad de Costa Rica, Instituto de Investigaciones Sociales, 2004; y versión e-mail de mayo del 2004; Roces constitucionales del TLC (CA- USA), con otros autores, Universidad La Salle, 2004).

Kenen, Peter. *Economía internacional* (México: Uteha, 1968).

Kuczynski, Pedro-Pablo; John Williamson. *After the Washington Consensus* (Washington DC: Institute for International Economics, 2003).

Krugman, Paul; Maurice Obstfeld. *Economía internacional* (Madrid: McGraw-Hill, 1995).

Lenk, Kurt. *El concepto de ideología* (Buenos Aires: Amorrortu, 1974).

Linotte, Didier; Alexandre Graboy. *Droit Public Economic* (Paris: Dalloz, 2001).

Lipset, Seymour Martin. *El hombre político* (Buenos Aires: Eudeba, 1968).

Lipse, Richard; Patricio Meller. *Nafta y Mercosur* (Santiago, Chile: Cieplank 1996).

Lizano, Eduardo; Anabel González. *El tratado de libre comercio entre el istmo centroamericano y los Estados Unidos de América*. (Buenos Aires: BID - INTAL, www.iadb.org, 2003).

Lizano, Eduardo; Grettel López (editores). *Ordenamiento jurídico y libertades económicas* (San José: Academia de Centroamérica, 2004 a).

Economía costarricense y tratado de libre comercio con los Estados Unidos de América (San José: Academia de Centroamérica, 2004 b).

Lowenfeld, Andreas. *Internacional Economic Law* (New York: Oxford, 2003).

- Martín Mateo, Ramón. *El marco público de la economía de mercado* (Madrid: Trivium, 1999).
- Derecho público de la economía (Madrid: Ed. Ceura, 1985) y Francisco Sosa. *Derecho Administrativo Económico* (Madrid: Pirámide, 1977).
- Martos, Isabel. *Breve diccionario de la moneda única* (Madrid: Política exterior, 1998).
- Marx, Karl. *El capital* (México: Fondo de Cultura Económica, 3 tomos, 1965) y Federico Engels. *La ideología alemana* (Montevideo: Eds. Pueblos Unidos, 1968).
- Marx-Engels. *Cartas sobre El Capital* (Barcelona: Edima, 1968).
- McLellan, David. *Ideología* (México: Nueva Imagen, 1994).
- Millán, Julio. *La cuenca del Pacífico* (México: Fondo de Cultura Económica, 1992).
- Moreira, Héctor, coordinador. *Entendiendo el TLC* (México: Fondo de Cultura Económica, 1995).
- Marcuse, Robert. *Diccionario de términos financieros y bancarios* (Bogotá: Ecoe ediciones, 2002).
- Nair, Sami. *El imperio frente a la diversidad del mundo* (Madrid: Círculo de lectores, 2003).
- Nisbet, Robert. *Conservadurismo* (Madrid: Alianza, 1986).
- Olivera, Julio. *Derecho Económico* (Buenos Aires: Eds. Macchi, 1981).
- Olloquí, José, coordinador. *Jornadas sobre México y los Tratados de Libre Comercio* (México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003).
- Pacheco, Filiberto. *Derecho de la integración económica* (México: Porrúa, 1998).
- Requeijo, Jaime. *Economía mundial* (Madrid: McGrawhill, 2002).
- Rivero, Ricardo. *Introducción al Derecho Administrativo Económico* (Salamanca: Ratio Legis, 1999).
- Rodríguez, Oscar et al. *Rocas constitucionales del TLC (CA-USA)* (San José: U. La Salle, 2004).

- Rodríguez, Patricia. *¿Con quién negociamos? la estrategia comercial de los Estados Unidos en los últimos 20 años* (San José: Funpadem, 2003).
- Roemer, Andrés. *Introducción al análisis económico del derecho* (México: Fondo de Cultura Económica, 1994).
- (compilador) *Derecho y Economía* (México: Fondo de Cultura Económica, 2002).
- Romero Pérez, Jorge Enrique. *La crisis de la deuda externa en América Latina* (San José: Ed. Universidad de Costa Rica, 1993).
- La deuda interna. Aspectos jurídicos.* (San José: Ed. UNED, 1998).
- Rosenberg, Jerry. *Dictionary of International Trade* (New York: John Wiley, 1997).
- Salvatore, Dominick. *Economía internacional* (Bogotá: McGrawHill, 1995).
- Samuelson, Paul; William Nordhaus. *Economía* (México: McGrawHill, 1986).
- Savy, Robert. *Droit Public Economic* (Paris: Dalloz, 1972).
- Scott, David. *Wall Street Words* (New York: Houghton, 2003).
- Secretaría de Comercio. *Texto oficial del Tratado de libre comercio de América del Norte.* (México: Porrúa, 1993).
- Shils, Edward. *The end of Ideology* (USA: Encounter, No. 5, nov. 1955).
- Shim, Jae; Joel Siegel. *Dictionary of International Investment Terms* (New York: Barron's, 2001).
- Smith, Adam. *Riqueza de las naciones* (Barcelona: Bosch, 3 volúmenes, 1956).
- Spector, Horacio. *Elementos de análisis económico del derecho* (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004).
- Spencer, Milton. *Economía contemporánea* (Madrid: Reverté, 1983).
- Steger, Manfred. *Globalization* (New York: Oxford University Press, 2003).
- Stiglitz, Joseph. *El malestar de la globalización* (Madrid: Taurus, 2002).
- Los felices 90* (Madrid: Taurus, 2003).
- El papel económico del Estado* (Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1993).

- Tacsan, Rodolfo. *Comercio internacional* (San José: EUNDED, 2003).
- Thurmond, Molly et al. *World Trade Almanac* (USA: World Trade Press, 2002).
- Twomey, Michael. *Las corporaciones multinacionales y el tratado de libre comercio de América del Norte* (México: Fondo de Cultura Económica, 1996).
- Uña, Octavio; Alfredo Hernández. *Diccionario de Sociología* (Madrid: Universidad Rey Juan Carlos, 2004).
- Valenzuela, José. *Crítica al modelo neoliberal* (México: UNAM, 1991).
- Vidales, Leonel. *Glosario de términos financieros* (México: Universidad Autónoma de Baja California, 2003).
- Safra, Jacob et al. *Encyclopedia Britannica Almanac 2005* (Printed in USA).
- Villalobos, Daniel; José Peraza. *Los actores sociales costarricenses frente al Tratado de libre comercio, Costa Rica/México* (Heredia: Euna, 2002).
- Villasuso, Juan; Marlon Yong. *La propiedad intelectual y el libre comercio en Centroamérica* (San José: Fedepri, 1993).
- Viner, Jacob. *Comercio internacional y desarrollo económico* (Madrid: Tecnos, 1966).
- Weisleder, Saúl. *Tratado de Libre Comercio Centroamérica-Estados Unidos. Proceso y resultados* (San José: EUNED- BCIE, 2004).
- Williamson, John, editor. *Latin American Adjustment: How Much Has Happened?* (Washington DC: Institute for International Economics, 1990).
- Witker, Jorge, coordinador. *Aspectos jurídicos del Tratado de libre comercio* (México: UNAM, 1992).
- Curso de Derecho Económico* (Madrid: UNAM, 1989).
- y, Gerardo Jaramillo. *El régimen jurídico del comercio exterior de México* (México: UNAM, 1991).
- Ziegler, Jean. *Los nuevos amos del mundo* (Barcelona: Destino, 2004).

NATURALEZA JURÍDICA DEL NOTARIO COSTARRICENSE

Máster Gustavo Adolfo Infante Meléndez^()*

(*) Profesor de la cátedra de Derecho Notarial y Registral y de obligaciones de la Universidad de Costa Rica.

SUMARIO:

- a) Análisis socio-legal de la naturaleza de la función notarial
- b) Naturaleza jurídica de la función notarial
- c) Naturaleza del notario costarricense
- d) Justificación legal y consecuencias de la aplicación de la tesis de la “munera pubblica” al notario

Bibliografía

El presente trabajo investigativo intenta determinar, con fundamento doctrinal y jurídico, la verdadera naturaleza del notario costarricense. Esta es una interrogante bastante importante, porque no sólo se refiere a la definición conceptual que se realice al respecto, sino que, sobretodo, debe considerarse para analizar los efectos y alcances del ejercicio de la función notarial.

Por un lado se sostiene que el notario es un funcionario público, por lo tanto, su actividad presenta todas las características de tal; por otro, se afirma que el notario no lo es, por lo que la inaplicabilidad del régimen jurídico establecido para los funcionarios públicos, es su directa consecuencia.

Lastimosamente, estas afirmaciones se han realizado sin analizar la realidad del notario costarricense. Se ha comparado la labor de nuestro notario, llegando a conclusiones apresuradas por no tomar en cuenta la normativa costarricense en la materia. El principal objetivo de este trabajo es dilucidar si el notario es funcionario público o no, pero comparando detalladamente las características de uno y de otro, para así llegar a una conclusión razonada.

Previo a realizar el análisis antes descrito es necesario conocer más acerca de la función del notario. Sus efectos socio-legales y la naturaleza de la función notarial, para concluir con la naturaleza del notario costarricense, determinando el régimen jurídico aplicable al ejercicio de esta función, los alcances de la misma y su relación con el Estado.

A) ANÁLISIS SOCIO-LEGAL DE LA NATURALEZA DE LA FUNCIÓN NOTARIAL

Primero que todo, debe realizarse un análisis socio-legal de la naturaleza de la función notarial, para poder determinar la verdadera naturaleza del notario costarricense, es decir, cual es el régimen que se aplica a su ejercicio profesional.

La armonía social es una tarea de todos los días, el Derecho se presenta como un medio para la consecución de la misma, por ende, el notariado o mejor dicho, la función notarial, también la busca, al ser una especie del género Derecho.

Se afirma que en nuestro país, existe una nueva visión, moderna y más seria del notariado, por varios aspectos, pero los más importantes están dirigidos a la ética notarial y a las nuevas funciones y deberes del notario. Estas fueron establecidas a partir de la promulgación del nuevo Código Notarial, Ley N° 7764 del dos de abril de 1998, que vino a derogar la Ley Orgánica de Notariado, N° 39 del 5 de enero de 1943.

Con este nuevo cuerpo normativo se busca amparar de una manera más efectiva los bienes jurídicos que deben protegerse con la función notarial, como lo son la *fe pública*, la *seguridad jurídica* y el *orden público*, por medio de los cuales se logra agilizar el tráfico jurídico.

Esta nueva visión de la función notarial, puede resumirse en la innovación o reforzamiento de las funciones del notario. Estas son: las obligaciones éticas, el principio de imparcialidad, el deber de asesorar y el deber de adecuar la voluntad de los usuarios al Ordenamiento Jurídico.

En cuanto a la ética, la Directriz N° 004-01, del 13 de diciembre del 2001, dictada por la Dirección Nacional de Notariado, nos indica las actuales líneas a seguir en este campo, de acuerdo a las nuevas exigencias del Derecho Notarial. Estas se pueden sintetizar en:

1. Tener conciencia de la naturaleza jurídica de la función pública ejercida privadamente.
2. Cumplir y observar rigurosamente las disposiciones legales notariales respecto al ejercicio de la función notarial.
3. Velar por brindar un servicio dentro de la más correcta formación y expresión legal de la voluntad en los actos jurídicos notariales que realicen.
4. Intervenir con conciencia de las implicaciones inherentes a los requisitos, condiciones y deberes del Notario en el ejercicio de la función, respecto de la normativa específica necesaria para el desempeño profesional
5. Actuar de manera imparcial y objetiva en relación con todas las personas que intervengan en los actos o contratos otorgados en su presencia.

6. Vigilar porque sus actuaciones estén guiadas por los valores de integridad, coherencia, honestidad, honradez y transparencia.
7. Mantener constancia en la actualización de las nuevas doctrinas y cambios que afectan el ejercicio de la función notarial.

El contenido de estas normas nos demuestra que la actividad notarial se regula tomando en cuenta aspectos de la libertad del individuo, del carácter especial de la profesión, de la práctica profesional. Sin embargo, a la vez es especulativa porque pueden estar sujetas a un análisis de la moral individual de cada notario.

De acuerdo a las viejas funciones reforzadas y las nuevas funciones y deberes del notario, se debe entender al notario no como un simple profesional liberal, sino como un servidor y a las personas que ruegan su servicio como usuarios y no como clientes, ya que el notario ejerce una función pública.

El inciso a) y el inciso f) del artículo 34 del Código Notarial revolucionan la profesión notarial, pues ahora el notario no sólo elabora o cartula lo que a ruego le solicita el usuario, sino que debe asesorar al mismo, indicándole si lo que va a realizar es legal. Además debe explicarle si es la mejor figura que se puede utilizar para lo que realmente quiere.

Esta visión moderna del notario hace que dicho profesional deba prepararse adecuadamente para poder realizar esa doble función adecuadora-asesora, que como deber le establece el nuevo Código Notarial, en los puntos ya indicados.

Otro aspecto de la modernización de la profesión notarial, lo encontramos en el refuerzo, pues ya existía, de la imparcialidad de la actuación notarial, establecida en el artículo 35 del Código Notarial, debido al carácter de fedatario público que goza el notario. Se afirma que ya existía este deber, aunque era de manera indirecta, ya que la Ley Orgánica de Notariado, ya mencionada, en su artículo 16, sólo establecía impedimento de actuar en cuanto a los familiares del notario en relación a los testigos instrumentales.

Los Magistrados de la Sala Constitucional, han dejado claro que las funciones del abogado y del notario son distintas, ha establecido que los elementos esenciales de esa diferenciación son los siguientes:

“Del Notario debe exigirse, entonces, contrariamente a lo que sucede en caso del abogado, que sea neutral, objetivo, y que actúe dando fe de lo que en su presencia se acordó en beneficio de las partes que comparecen ante él y no de una sola de ellas”.⁽¹⁾

Se pueden resumir en cuatro las fases de la actuación del notario, establecidas por nuestro Código de Notariado:

Fase asesora o directiva: En esta fase, el notario debe recibir, interpretar y dar forma a la voluntad de las partes. Se es consejero, asesor jurídico de quienes ruegan su servicio. Se debe instruir, con sus conocimientos legales, sobre las posibilidades legales, condiciones y consecuencias de la relación que quieren establecer. En esta etapa se recepciona la información brindada por las partes, al momento de rogar el servicio, inmediatamente se da el dictamen sobre lo solicitado, se indica los pasos que deben seguir los usuarios. Luego de esto, prosigue una etapa denominada “docencia” o “instrucción”, que se refiere a dar a conocer a las partes las distintas figuras y los efectos que pueden derivar de la decisión tomada por los usuarios, en estrecha relación con lo recomendado por el notario. Por último, si fuera necesario, el notario debe procurar la conciliación de los usuarios, sin que tengan que recurrir a las vías judiciales, así, el notario colabora con la paz social.

Fase formativa y legitimadora: En esta fase se legitiman los actos y negocios jurídicos, es decir, dota a la voluntad de las partes de la forma jurídica requerida para que surtan efectos. Se da la función calificadora, admisión, redacción o formulación, es decir, moldea el acto jurídico al realizar el instrumento.

Fase autenticadora: Comprende las dos anteriores, el notario infunde certeza, imparte la fe pública a todas aquellas actuaciones, hechos y actos jurídicos ocurridos en su presencia, o que le han sido sometidos para impartir fe de autenticidad.

Fase ejecutiva: El notario continúa su labor, la que finaliza con el hacer posible que los actos acordados por las partes y otorgados ante

(1) *Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.* Voto N° 649-93 de las 14:45 horas del 9 de febrero de 1993.

él, surtan efectos en la sociedad, realiza, de ser necesario, cualquier diligencia que se tenga que cumplir, de acuerdo con nuestro Ordenamiento Jurídico, como las diferentes inscripciones registrales.

Esto nos lleva a la obligación de analizar la principal función del notario, en que se fundamentan las anteriores fases del ejercicio profesional del notario, ya desarrolladas, *el alcance y la importancia de la fe pública*, a nivel de nuestra sociedad.

Como se estableció anteriormente, si se analiza la fe pública, conceptualmente, se llega a la conclusión, que quien tiene *fe*, tiene certeza, seguridad o confianza de algo, hay una relación de verdad entre lo que se dice y el hecho ocurrido. Si a esta certeza se le confiere cierta oficialidad, estamos en presencia de la *fe pública*.

En ese sentido, se puede definir la fe pública, como:

“la presunción legal de veracidad respecto a ciertos funcionarios a quienes la Ley reconoce como probos y verdaderos, facultándoles para darla a los hechos y convenciones que pasan entre los ciudadanos”.⁽²⁾

Tal es el sentido de la definición anterior, donde no es simplemente que un particular confía o cree en otro particular, sino, que es toda la sociedad la que cree en algunos de los actos externos, signos y formas, a los que el Estado les atribuye un *valor jurídico*. Si no existiera lo anterior, sería más difícil mantener el orden social y la celeridad requerida de las transacciones comerciales y civiles.

Un valor fundamental, extraído de la concepción de fe pública es *la confianza*, ya que la sociedad confía plenamente en esos instrumentos utilizados por el Estado para que la convivencia sea posible, tal como las monedas, timbres, documentos públicos y privados, es esa *fe colectiva y pública*, y no solamente subjetiva, por ser creencia de todos. Por lo tanto, la fe pública es certeza jurídica, y el Estado la tutela porque sin ella desaparecería el Ordenamiento Jurídico.⁽³⁾

(2) DE LAS CASAS, (Gonzalo), citado por GIMENEZ-ARNAU, (Enrique), *Derecho Notarial*. Editorial Universidad de Navarra, S.A. Pamplona, 1976, p. 36.

(3) MAGGIORE, (Giuseppe). *Derecho Penal*. Vol. II. Parte Especial. Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1985, p. 507.

Al respecto nuestra jurisprudencia ha indicado:

“En términos generales, la función notarial consiste en anotar lo que los otorgantes le indican y de ello, es precisamente, de lo que se da fe. Además, la fe pública, por medio de la cual se da autenticidad a actos realizados en presencia de un funcionario de esta naturaleza, ha sido definida como “Veracidad, confianza y autoridad legítima atribuida a notarios (...) acerca de actos, hechos y contratos realizados o producidos en su presencia; y que se tienen por auténticos y con fuerza probatoria mientras no se demuestre su falsedad (...)” (Guillermo Cabanellas. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Editorial Heliasta, 1989. Tomo IV. Pág. 37).”⁽⁴⁾

Socialmente, la fe pública es necesaria para comprobar la existencia de los hechos jurídicos y de los derechos que de ellos dimanen, por eso deben existir órganos públicos que ofrezcan esa certeza. Ni las leyes, ni las sentencias, ni los documentos notariales podrían ser eficaces para la sociedad, si a cada instante se cuestiona la legitimidad o autenticidad de su contenido.

La certeza que produce la fe pública, produce armonía y por ende estabilidad social, pues estas manifestaciones externas son garantía para la vida social y jurídica de los ciudadanos y debe constituir plena prueba ante todos y contra todos.

Es por esto, que quien atenta contra dicha certeza, reemplazando lo verdadero por lo falso, viola en su fin fundamental la fe pública, esa confianza que ha tenido la comunidad civil genera así, que el instrumento del que se vale el derecho para mantener su orden social, sea malversado y constreñido a intereses particulares.

La fe pública tiene una misión preventiva, es un soporte de la verdad, una verdad oficial. El notario es el profesional al que el Estado seleccionó, vía legal, para gozar de la facultad de la *Dación de Fe*, con la que se pretende un mejor convivio social.

(4) *Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda del II Circuito Judicial de San José*. Sentencia N° 320-2001 de las 11:15 horas, del 5 de octubre del 2001.

De los análisis anteriores, se puede deducir que la fe pública notarial tiene diversos efectos sociales:

“... por una parte es una función pública, por cuyo conducto los actos jurídicos privados y extrajudiciales sometidos a su amparo adquieren autenticidad legal, y por el otro, es una función técnica, porque su ejercicio requiere de personas dotadas de especiales conocimientos en diversas materias jurídicas”.⁽⁵⁾

Para la sociedad el instrumento notarial produce confianza y prueba, gracias a la facultad de Dación de Fe del notario.

Después de haber analizado la importancia social de la función notarial, es menester analizar la naturaleza jurídica de la función notarial.

B) NATURALEZA JURIDICA DE LA FUNCION NOTARIAL

En cuanto a ésta, se dan tres tesis importantes, la *funcionarista*, la *profesionalista* y la *ecléctica*, que a continuación se analizarán, sin perder el objetivo principal de este análisis, que es el determinar el régimen legal aplicable al notario, en consecuencia con su verdadera naturaleza jurídica.

B.1-Tesis Funcionarista: De acuerdo a esta tesis, la función notarial es una función pública ejercida por el notario *como funcionario público independiente*, remunerado por los particulares a quienes proporciona sus servicios.

El notario es un funcionario público que actúa en nombre del Estado. Este ha delegado en aquél el poder fehaciente para que intervenga en la confección de los instrumentos públicos, en los que se expresa la voluntad de las partes que intervienen en la realización del acto, negocio o contrato, manteniéndose en una posición muy particular dentro de la organización jurídica y administrativa del Estado.

(5) HERNANDEZ VALLE, (Rubén) y SALAS MARRERO, (Oscar), *Apuntes del Derecho Notarial, Costa Rica*. Editorial Facultad de Derecho, Tomo I, San José, 1970, p. 6.

En esta tesis se dan tres caminos o posiciones, que ubican a la función notarial en el ámbito del:

- a) **Poder Ejecutivo:** Ya que la función notarial hace realidad efectiva el derecho privado, pues da forma jurídica a los actos y contratos de los particulares.
- b) **Poder Judicial:** Se fundamenta en la jurisdicción voluntaria, pues otorga forma y fuerza jurídica a los actos consensuales privados o de carácter bilateral, unilateral o de otra naturaleza, mediante el respaldo del Estado, siempre y cuando no exista contención entre las partes.
- c) **Actividad Autónoma:** Se admite un número mayor de poderes que los tres tradicionales, por lo que la función notarial no está necesariamente adscrita a ninguno de los tres poderes tradicionales.

B.2-Tesis Profesionalista: Esta tesis sostiene que tanto el servicio prestado como el sujeto que lo facilita tienen carácter profesional y que la función del notario no es pública, es técnica, profesional y que por ser tal, el Estado no posee la facultad de delegarla. Dar fe es certificar y esta cualidad no es inherente a la calidad de funcionario público, por lo que debe aplicarse la máxima jurídica que establece que *nadie puede delegar facultades que no posee*.

B.3-Tesis Ecléctica: Acepta elementos de las dos tesis anteriores, pues establece que la función pública es ejecutada por un profesional en Derecho, es decir, a cargo de un profesional privado, no de un funcionario público asalariado.

De aquí se desprende, como lo afirma el jurista Oscar Salas Marrero, que el notario es a la vez un profesional libre y un funcionario público, *entendiéndose esto último solamente en el sentido de que desempeña una función pública y no como dependiente directo de autoridad administrativa o de otro orden*.⁽⁶⁾

De las tesis indicadas anteriormente, se derivan dos corrientes doctrinales importantes sobre la naturaleza jurídica, ya no de la función notarial, sino más bien de la figura del notario.

(6) HERNANDEZ VALLE, (Rubén) y SALAS MARRERO, (Oscar), *op. cit.*

La Doctrina Notarialista: Es la que califica al notario como un funcionario público. Al notario se le inviste con el cargo de funcionario público, por delegación del poder público, la capacidad de dación de fe pública.

La Doctrina Administrativista: Utilizando la figura llamada "*Munera Publicca*", que se refiere al ejercicio privado de funciones públicas, sostiene que:

“el particular que ejerce funciones públicas o presta servicios públicos no es un funcionario público ni un órgano público, sino precisamente un particular extraño a la organización pública”.⁽⁷⁾

Es distinto al funcionario de hecho, ya que este tipo de funcionario presta su servicio a nombre y por cuenta del Estado, en cambio que estos servidores privados, que ejercen una función pública, lo hacen en nombre y por cuenta propia. Con esta explicación, también queda claro que los servidores privados que ejercen una función pública tampoco son un agente público común. Este último actúa de una manera más clara, a nombre y por cuenta del Estado, es decir, su actuación, es la propia del Estado.

Los actos del notario no son subjetivamente administrativos, por lo que es inadmisibles intentar contra ellos, los remedios posibles contra los actos de la Administración. Esto porque el notario realiza una actividad de particular, en nombre propio, de tal manera que los efectos derivados de la misma, no recaen sobre la Administración Pública. Sus actos sólo implican responsabilidad personal y privada del notario.

Con el fin de comprender mejor el régimen jurídico de este fenómeno tan particular denominado "*munera publica*", siguiendo lo establecido por la Licenciada Maureen Jiménez Gómez, en su tesis de graduación, analizaremos dos perspectivas diferentes para abordar su estudio: -la posición jurídica del particular que ejerce la función pública frente a la Administración- y la posición de ese mismo particular frente al resto de particulares.⁽⁸⁾

(7) ORTIZ ORTIZ, (Eduardo). *Tesis de Derecho Administrativo*, San José, Tomo I, Editorial Stradtman, Primera Edición, 1998, p. 387.

(8) JIMENEZ GOMEZ, (Mauren). *El Régimen Disciplinario del Notario*. Tesis para optar por el grado de Licenciada en Derecho de la Universidad de Costa Rica, San José, 1999.

En cuanto a la primera perspectiva, el particular que ejerce la función pública tiene:

- a) La obligación de ejercer la función o prestar el servicio público, salvo que renuncie a esa actividad profesional.
- b) Sujeción a contralores administrativos, para asegurar que se logre el fin público perseguido, de conformidad con las modalidades y formas establecidas.
- c) Sujeción a potestad disciplinaria de la Administración.
- d) Sujeción a órdenes y directrices de la Administración.
- e) Derecho frente a la Administración Pública de prestar el servicio o de ejercer la función atribuida.

En cuanto a la segunda perspectiva, el particular que ejerce la función pública tiene:

- a) Naturaleza objetivamente administrativa de los actos del particular, (el notario).
- b) Obligación de ejercer la función o prestar el servicio a todo el que lo solicite.

De acuerdo al análisis anterior, el notario es considerado como un particular encargado del ejercicio profesional de la función pública de certificación, en forma independiente, por un interés personal, a su propio riesgo y beneficio, descartándosele por completo de la categoría de funcionario público.

En síntesis, se puede afirmar, junto con el Dr. Ortiz Ortiz, que el “munera pubblica”, es un particular al servicio de la comunidad, pero con la calidad de particular y no con la de ente ni agentes públicos.⁽⁹⁾

(9) ORTIZ ORTIZ, (Eduardo). *Op. cit.*

C) NATURALEZA DEL NOTARIO COSTARRICENSE

De la lectura del artículo 111 de la Ley General de la Administración Pública se deduce lo que debe entenderse por funcionario o servidor público:

“Es servidor público la persona que presta servicios a la Administración o a nombre y por cuenta de ésta, como parte de su organización, en virtud de un acto válido y eficaz de investidura, con entera independencia y de carácter imperativo, representativo, remunerado, permanente o público de la actividad respectiva”.⁽¹⁰⁾

Correlacionando esta definición de servidor o funcionario público, con la definición de notario, se deduce lo siguiente:

La *representabilidad* no se le aplica, pues el notario no forma parte de la Administración, actúa por cuenta y riesgo propio, sin que sus actuaciones comprometan al Estado. Por eso cuando el notario comete una irregularidad, el estado no es solidaria ni subsidiariamente responsable con él, ya que el notario no es considerado representante del Estado.

El *imperio* es el poder del Estado, quien a través de sus servidores, dicta actos que se imponen a los destinatarios obligatoriamente. Tampoco se aplica al notario, ya que no impone mandatos a las personas que acuden ante él, sino por el contrario actúa a petición o a ruego de parte.

La *remuneración* es el pago que el Estado realiza a quien presta un servicio en su nombre. Es incompatible con el notario, ya que no hay un régimen de empleo público, que convierta a aquél en asalariado del gobierno, pues los honorarios que percibe los recibe de los particulares que le rogaron el servicio.

La *designación* del servidor se da mediante un acto válido y eficaz de investidura, que se adquiere por nombramiento o elección. El notario no es nombrado ni electo, sino que ingresa a cumplir con una

(10) *Ley General de la Administración Pública*. Artículo 111.

función pública, a través del acto administrativo llamado habilitación. Este es conocido como la autorización para el ejercicio de una función pública, en este caso el notariado, como bien se señala en el artículo 2° del Código Notarial:

“el notario público es el profesional en derecho, especialista en derecho notarial y registral, habilitado legalmente para ejercer la función notarial”.

Como puede observarse, del análisis anterior, no se puede catalogar al notario como un funcionario público. Incluso, esta afirmación ha sido ratificada por nuestros jueces en materia administrativa, y quiénes mejor que ellos para determinar la naturaleza de funcionario público o no de un profesional en el ejercicio de su profesión:

“El notariado es ejercicio privado de la función pública, por lo que *los notarios no son funcionarios públicos*, aunque si tengan una especial relación de sujeción por ese motivo”.⁽¹¹⁾ (El enmarcado no es del original).

A pesar de lo anterior, la directriz número 004-2000, del 20 de julio del 2000, dictada por la Dirección Nacional de Notariado, establece que:

“el notario público está aceptado como un funcionario público dentro de un régimen especializado. Se le señala o define como funcionario público, por cuanto ejerce privadamente una función pública, con uso de un poder público, a través de la fe pública. Es un funcionario público por delegación”.

Sin embargo, en esta misma directriz se afirma que:

“el notario está obligado a tener oficina abierta y *no puede ser funcionario público*, salvo las únicas excepciones contenidas en los incisos a y b del artículo 5° del Código Notarial”.

(11) *Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera del II Circuito Judicial de San José.* Sentencia N° 293-2001 de las 10:30 horas, del 19 de setiembre del 2001.

Parece un poco contradictoria, pues de acuerdo a la primera afirmación, el notario ya es funcionario público, lo que se le impediría realmente es realizar otra función pública.

El mismo Código Notarial establece, en su artículo 1º, que el notariado público es una función pública ejercida privadamente. Luego afirma que el funcionario habilitado asesora a las partes. Como bien se puede notar *no hay duda que el notario ejerce una función pública, pero en ningún momento se afirma que es un funcionario público, aunque sí le llame funcionario, pero en relación al cumplimiento de una función.*

Asimismo, en el artículo 2º del Código Notarial, al definir al notario público, no se afirma que es un funcionario público. Más bien se afirma que es el profesional en Derecho, especialista en Derecho Notarial y Registral, habilitado legalmente para ejercer la función notarial.

Incluso la jurisprudencia afirma que la incompatibilidad que se da, misma a la que se refiere la Directriz 004-2000:

“es un conflicto entre ser funcionario público y simultáneamente ejercer otra función –que también es pública– como es la del notario”.⁽¹²⁾

La misma Sala Constitucional ha sostenido que:

“Debe tenerse presente la naturaleza de la función notarial, que la Sala entiende como el ejercicio privado de una función pública... Es una función que se ejerce por delegación y con supervisión del Estado”.⁽¹³⁾

Como se puede notar del tratamiento legal, jurisprudencial y sobretodo doctrinal, al notario público no se le puede considerar un funcionario público, pero a la vez es claro que ejerce una función pública. De ahí que fácilmente algunas personas o entes, como la

(12) *Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia*. Voto N° 1483-2001 de las 15:30 horas del 21 de febrero del 2001.

(13) *Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia*. Voto N° 1749-2001 de las 14:33 horas del 7 de marzo del 2001.

Dirección Nacional de Notariado, considere al notario como un funcionario público. Si se considerara funcionario público, el Estado sería responsable por sus actuaciones, situación que no se da en nuestro Ordenamiento.

Del análisis anterior se desprende que el notario es un profesional que ejerce una función pública de manera privada, pero que no es un funcionario público. Es dirigido, controlado, evaluado, tiene responsabilidad administrativa, no puede negarse a brindar el servicio, etc, no por ser funcionario público, sino por la función pública que ejerce.

La anterior afirmación no impide el control estatal de la función notarial, ni la responsabilidad administrativa por ésta, pero sí podría darse la interrogante de si al aplicar las agravantes en los delitos penales, por supuestamente ser funcionario público, es una correcta interpretación del Derecho. De ahí la afirmación, para algunos errada, de: “somos funcionarios pero no públicos”; sin embargo, como se ha expuesto, no está lejos de la realidad jurídica costarricense.

Diferente es el caso de los notarios consulares, porque este sí es un funcionario público, ya que en él si se dan las características ya analizadas, como lo son la representatividad, la potestad de imperio, la remuneración y la designación. Por esta razón, es que en Costa Rica a estos funcionarios no se les debería llamar “notarios”, sino seguir la legislación española, que les denomina “funcionarios públicos con funciones notariales”, pero este tema podría dar origen a otro trabajo de investigación.⁽¹⁴⁾

D) JUSTIFICACION LEGAL Y CONSECUENCIAS DE LA APLICACIÓN DE LA TESIS DE LA “MUNERA PUBBLICA” AL NOTARIO

Tomando en cuenta el análisis de las diferentes tesis sobre la naturaleza de la función notarial y del notario mismo, se debe analizar si es legalmente aplicable la tesis de la “Munera Publicca”, al ejercicio de la profesión natural.

En síntesis, se puede afirmar sin problema ni posición contraria alguna, que el notario ejerce una función pública. También, que *el*

(14) PAU PADRON, (Antonio). *Legislación Notarial*. Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1995, p. 218.

notario es un profesional que ejerce su función de manera privada. El dilema es si se considera un funcionario público o no. De acuerdo a la doctrina administrativista, no se le debería considerar como tal; la cual es seguida por los jueces administrativistas y un grupo importante de notarios públicos, especialmente los que realizan su especialización. De acuerdo a la doctrina notarialista, sí se le debe considerar un funcionario público, teoría seguida por la Dirección Nacional de Notariado y los jueces en material penal de nuestro país. Un ejemplo de lo anterior, es lo sostenido por la Sala III:

“El autor de los delitos de falsificación de documento público y uso de documento falso, según la descripción contenida en los artículos 357, en su forma simple, y 363 del Código Penal, no necesariamente debe ser un funcionario público... Al tenerse por demostrado que el imputado es abogado y notario público y que prevaleciéndose de su condición de notario público, según el título que lo acreditó como tal, utilizando el protocolo que le otorgó por esta razón, la Corte Suprema de Justicia, aun suponiendo que estaba suspendido al momento de sus actuaciones, realizó varias escrituras de contenido falso, es claro que el imputado actuó prevaleciéndose de su condición de funcionario público y de los instrumentos que al efecto tenía por ostentar la calidad de Notario Público.”⁽¹⁵⁾

Sin embargo, nuestro Código Notarial y la misma Sala Constitucional, no han determinado al notario como un funcionario público, pues nunca lo ha llamado de tal forma. En todo caso, sería un funcionario público de carácter especial, ya que por ejemplo, en derecho penal, sí se le aplican las agravantes en los delitos cometidos por funcionarios públicos, pero en material civil, el Estado no es solidariamente responsable con el notario, cuando éste comete una falta. Ejemplos como el anterior, son los que hacen dudar sobre la naturaleza del notario.

(15) *Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.* Voto 475-f-93 de las 08:50 horas del 27 de agosto de 1993.

El no considerar al notario como funcionario público, solamente produciría en cambio sustancial en nuestro ordenamiento; ésta es la inaplicabilidad de la agravante en los casos de delitos de falsedad, la cual es aplicada a los funcionarios públicos.⁽¹⁶⁾ Este cambio no afectaría a los notarios consulares, pues como se indicó anteriormente, éstos si son funcionarios públicos. No se quiere afirmar con esto, que no debería existir la agravante; pues de acuerdo a la magnitud de la importancia de la función notarial, ésta debería protegerse con los mejores mecanismos legales. Sin embargo, con la normativa vigente, la agravante establecida para los funcionarios públicos que comentan delitos contra la fe pública, no es aplicable al notario.

El Dr. Eduardo Ortiz Ortiz ha afirmado que es posible la tutela penal reforzada del particular, de manera expresa, que es la misma que protege a los que ejercen funciones o servicios públicos como órganos de la Administración. En nuestro país esta característica no se desprende de nuestro Código Penal.

De acuerdo al Derecho Penal, no se puede aplicar la analogía, con fundamento en el artículo 1º del Código Penal, lo que haría imposible aplicar la agravante aplicada a los funcionarios públicos en los delitos de falsedad, por la razón de realizar una función pública. No es lo mismo realizar una función pública que ser funcionario público.

Esta diferencia, puede significar en el pensamiento de algunas personas, que se estaría desprotegiendo la Fe Pública, analizada anteriormente, sin embargo, ésta sigue protegida, pues el delito persiste. Lo que desaparece es la agravante por la investidura de funcionario público que tiene el actor de la falsedad, sin embargo, como ya se estudió antes, el notario carece de la misma.

La relación del notario con los entes públicos de la Administración, no se vería afectada por la aplicación de la tesis administrativa de la *“Munera Publica”*, antes estudiada, pues la especial

(16) *El artículo 357 del Código Penal* se refiere a la falsificación de documentos públicos y auténticos, el cual señala que: “Será reprimido con prisión de uno a seis años, el que hiciere en todo o en parte un documento falso, público o auténtico, o alterare uno verdadero, de modo que pueda resultar perjuicio. *Si el hecho fuere cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, la pena será de dos a ocho años*”. El enmarcado no es del original.

distensión entre las partes se encuentra en si la función notarial puede ser regulada por un ente público o no. Como se estudió antes, bajo esta teoría se mantienen los siguientes aspectos, propios del ejercicio de la función notarial:

- a) La obligación de ejercer la función o prestar el servicio público, salvo que renuncie a esa actividad profesional, en el caso de los notarios estamos frente al principio de rogación, contenido en el artículo 36 del Código Notarial.
- b) Sujeción a contralores administrativos, para asegurar que se logre el fin público perseguido, de conformidad con las modalidades y formas establecidas, en el caso de los notarios, se establece en todos los incisos contenidos en el artículo 24 del Código Notarial.
- c) Sujeción a potestad disciplinaria de la Administración, en el caso del ejercicio de la función notarial, nos referimos a la potestad disciplinaria de la Dirección Nacional de Notariado, contenidas en el inciso e) del artículo 24 del Código Notarial.
- d) Sujeción a órdenes y directrices de la Administración, en el caso en particular, potestad otorgada a la Dirección Nacional de Notariado, por el inciso d) del artículo 24 del Código Notarial. Incluso, así determinado por la Sala Constitucional:

“La Dirección Nacional de Notariado, como dependencia del Poder Judicial y rectora de la actividad notarial en todo el país, tiene la potestad de emitir directrices (con jerarquía de orden reglamentario, según se dijo antes) de acatamiento obligatorio para los notarios públicos y las instituciones públicas que se encargan de recibir y tramitar los documentos notariales. La inobservancia de las directrices, lineamientos y exigencias de esta Dirección, motiva la aplicación del régimen disciplinario sobre los notarios públicos.”⁽¹⁷⁾

- e) Derecho frente a la Administración Pública de prestar el servicio o de ejercer la función atribuida, el cual constituye el único derecho establecido por el Código Notarial a favor de los notarios, regulado en los artículos 10 y 11 del Código Notarial.

(17) *Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia*. Voto N° 8197-99 de las 15:42 horas del 27 de octubre de 1999.

En cuanto a la relación del notario con los usuarios, tampoco se ve afectado por esta tesis, ya que la naturaleza de los actos otorgados ante el notario siguen siendo de carácter público. Si bien no por ser efectuados por un funcionario público, por ser producto del ejercicio de una función pública.

Además, se mantiene la obligación, objetiva y ya no subjetiva, del notario de brindar el servicio a quien se lo solicite, salvo las excepciones de carácter legal, posibilidad contenida en el artículo 36 del Código Notarial.

Podría afirmarse, que si se aplica la tesis de la “*Munera Publica*” no se afecta la función de ningún ente estatal, especialmente de la Dirección Nacional de Notariado. La única diferencia sería la inaplicabilidad de la agravante de los delitos penales cometidos por funcionarios públicos al notario, pues en realidad no lo es, como se ha demostrado a lo largo de esta exposición.

En conclusión, el notario ejerce una función pública, a pesar de ser un profesional de carácter privado, es decir, sin relación de jerarquía con respecto al Estado. No puede ser considerado como funcionario público, ya que no cumple con las características propias de tal servidor, por lo que el efecto de sus actuaciones no son iguales.

Sin embargo, al aplicarse la tesis de la “*Munera Publica*”, que es la más ajustada al ejercicio profesional del notario, éste siempre está sujeto al control y disposiciones tomadas por la Dirección Nacional de Notariado. Pues si bien no es un funcionario público, realiza una función pública.

La aplicación de esta tesis, nos explica varios aspectos, pero sobretudo nos daría un lineamiento de igual aplicación en todos los casos en que se presente una relación entre el Estado, el notario y los usuarios. Con base en esta tesis, podemos entender varios aspectos, como por ejemplo, por qué razón el notario no tiene respaldo del Estado en la responsabilidad de sus actuaciones, por qué estamos sujetos a un control y fiscalización de un ente adscrito al Poder Judicial, como lo es la Dirección Nacional de Notariado. También por qué razón al notario, no se le deben aplicar las agravantes penales, que están dirigidas al funcionario público, en los tipos en que se protege la fe pública.

BIBLIOGRAFÍA

- GIMÉNEZ-ARNAU, (Enrique). *Derecho Notarial*. Editorial Universidad de Navarra, S.A. Pamplona, 1976.
- HERNÁNDEZ VALLE, (Rubén) y SALAS MARRERO, (Oscar). *Apuntes del Derecho Notarial*, Costa Rica. Editorial Facultad de Derecho, Tomo I, San José, 1970.
- JIMÉNEZ GÓMEZ, (Mauren). *El Régimen Disciplinario del Notario*. Tesis para optar por el grado de Licenciada en Derecho de la Universidad de Costa Rica, San José, 1999.
- INFANTE MELÉNDEZ, (Gustavo Adolfo). *Excelencia de la Calidad Notarial y su Debida Información*. Proyecto de Investigación para optar por el posgrado de Maestría en Derecho Notarial y Registral de la universidad de Costa Rica, San José, 2003.
- MAGGIORE, (Giuseppe). *Derecho Penal*. Vol. II. Parte Especial. Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1985.
- ORTIZ ORTIZ, (Eduardo). *Tesis de Derecho Administrativo*. San José, Editorial Stradtman, Tomo I y II, Primera Edición, 1998.
- PAU PADRÓN, (Antonio). *Legislación Notarial*. Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1995.
- Dirección Nacional de Notariado*. Directriz N° 004-2000 del 20 de julio del 2000.
- Dirección Nacional de Notariado*. Directriz N° 004-2001 del 13 de diciembre del 2001.
- Ley General de la Administración Pública*. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., San José, 1992.
- Ley Orgánica de Notariado*. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., San José, 1992.
- Código Notarial*. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., San José, 1992.
- Código Penal*. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., San José, 2001.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia*. Voto N° 649-93 de las 14:45 horas del 9 de febrero de 1993.
- Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia*. Voto 475-f-93 de las 08:50 horas del 27 de agosto de 1993.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto N° 8197-99 de las 15:42 horas del 27 de octubre de 1999.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto N° 1483-2001 de las 15:30 horas del 21 de febrero del 2001.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto N° 1749-2001 de las 14:33 horas del 7 de marzo del 2001.

Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera. II Circuito Judicial de San José. Sentencia N° 293-2001 de las 10:30 horas, del 19 de setiembre del 2001.

Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda. II Circuito Judicial de San José. Sentencia N° 320-2001 de las 11:15 horas, del 5 de octubre del 2001.

**LA AXIOMÁTICA INTERACCIÓN
ENTRE LOS ACUERDOS MULTILATERALES
MEDIOAMBIENTALES
Y LAS REGULACIONES DEL SISTEMA
DE LIBRE COMERCIO**

M.Sc. Vanessa Retana

SUMARIO:

- I. El contexto de un conflicto de dimensiones crecientes
 - A. La precariedad de la gestión gubernamental como fundamento del libre comercio
 - B. Las reservas a los principios de trato igualitario y de prohibición de la discriminación en la OMC: la oportunidad contingente de introducir regulaciones ambientales inconsistentes con el sistema
- II. La evolución de la interacción en el foro de la OMC: un acuerdo político débil y difuso
 - A. Doha: un mandato restringido
 - B. El fundamento de las restricciones comerciales en los AMUMAs
- III. La sugerente evolución de las decisiones de los paneles de solución de diferencias
 - A. La resolución de los casos relativos a la protección a ciertas especies animales: la reticencia hacia la aceptación de las medidas comerciales unilaterales
 - 1. El Caso Atún-Delfines: El problema de la discriminación unilateral fundamentada en el proceso de producción
 - 2. Caso Estados Unidos-Camarones: la aceptación de una medida unilateral gubernamental destinada a proteger una especie animal
 - 3. Caso Camarón-Tortugas: ¿La reversión concluyente de la jurisprudencia?
 - B. El escrutinio de las medidas gubernamentales de protección a la salud
- IV. La consolidación internacional del principio precautorio
 - A. El caso comunidades europeas/hormonas: la apatía de la OMC por el principio precautorio

Conclusiones

I. EL CONTEXTO DE UN CONFLICTO DE DIMENSIONES CRECIENTES

La relación entre los acuerdos multilaterales medioambientales (AMUMAs) y el Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (*General Agreement on Tariffs and Trade*, GATT) y sus acuerdos conexos de la Organización Mundial del Comercio (OMC)⁽¹⁾ ha despertado interés, incertidumbre e inquietud. Existen numerosos acuerdos comerciales regionales o bilaterales que pueden también ser discutidos, como el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), sin embargo, la mayoría de los principios fundamentales se encuentran en el contexto de la OMC. Entre los principales cuestionamientos que se suscitan se encuentran los efectos de las regulaciones del libre comercio en el ambiente, así como la eventual imposición de restricciones encubiertas al comercio internacional, disfrazadas de medidas ambientales.⁽²⁾ Sendas políticas, las comerciales y las ambientales, inciden en el aprovechamiento de recursos naturales, no es entonces motivo de asombro que interactúen.

A la pregunta de qué constituye puntualmente un conflicto en este ámbito, se ha señalado que tal no existe a menos que haya un tratado que requiera un accionar determinado que sea prohibido por otro instrumento o que este último demande justamente proceder en sentido inverso.⁽³⁾ La incompatibilidad surge cuando una Parte ratifi-

(1) La OMC es la institucionalización del GATT que se logró gracias a los Acuerdos de Marrakech de 1994. El GATT es actualmente un Anexo, en conjunto con el resto de acuerdos negociados.

(2) Estas disposiciones, en opinión de algunos analistas, con frecuencia no reciben la debida atención en los procesos de negociación. Sobre el tema, Amy ANGEL señala que “la proliferación de las medidas no-arancelarias condiciona la efectividad de los acuerdos comerciales, sobretudo en la distribución de beneficios, ya que presentar desafíos difíciles de superar para los países en desarrollo”, en “Sobre Tratados y Tratamientos: Más Allá del Acceso Arancelario”, en *Puentes: Entre el Comercio y el Desarrollo Sostenible*, Heredia, CINPE, Volumen V, No. 2, Marzo-Abril 2004, pp. 4, 6.

(3) BRACK (Duncan) & GRAY (Kevin), *Multilateral Environmental Agreements and the WTO-Report*, The Royal Institute of International Affairs & International Institute for Sustainable Development, septiembre del 2003, p. 18.

cadora de ambos acuerdos no puede cumplir con las obligaciones contraídas bajo ambos instrumentos en forma simultánea sin violentar los compromisos adquiridos.

El número de AMUMAs es creciente, en consecuencia, aumentan también la legislación y políticas que se desarrollan para implantarlos. En muchas ocasiones, tales regulaciones y políticas tienen, además, el potencial de enlazarse con la normativa que rige las relaciones comerciales en varios espacios. Las disposiciones comerciales abarcan áreas cada vez más amplias de las políticas públicas y, análogamente, los acuerdos ambientales también inciden en ámbitos de la actividad económica, verbigracia, el Protocolo de Kyoto sobre Cambio Climático y el Protocolo de Cartagena sobre Bioseguridad.

Debe considerarse que la estructura institucional existente para la gobernabilidad ambiental ha demostrado ser ineficiente, lo cual se revela en el incremento de los problemas ambientales a escala global a pesar que existen más de 250 AMUMAs.⁽⁴⁾ En efecto, el sistema no se encuentra integrado de forma funcional confluyendo en ocasiones la duplicidad de funciones entre los organismos internacionales, aspecto que no permite responder con la idoneidad requerida a estos desafíos. Asimismo, el mandato de los acuerdos ambientales, con relación a su competencia y potestad de implementación de sus regulaciones, es débil. En fin, se trata de un contexto jurídico laxo, fragmentado y que con frecuencia carece de recursos y apoyo político.

En contraste, la OMC es una institución internacional sólida con personalidad jurídica, con un mecanismo de solución de diferencias operativo y emisor de decisiones vinculantes para sus Miembros -aunque con un nivel de cumplimiento un tanto inconstante-, y que está logrando homogeneizar a nivel internacional la normatividad en temas comerciales y tópicos diversos. Sin embargo, aunque el establecimiento de la OMC constituyó una mejoría significativa, su situación institucional aún enfrenta serios problemas como la aceptación de nuevos miembros, particularmente aquellos con estructuras económicas diferentes, el problema de asistencia a los países en desarrollo, el tratamiento diferenciado a países con disparidades estructurales económicas y culturales, la

(4) Inclusive, los AMUMAs más recientes toman prestado el lenguaje del GATT al describir su enfoque a las restricciones comerciales.

disonancia en temas de política sobre la competencia, y la congruencia con las políticas ambientales.⁽⁵⁾

Especialmente después de la Conferencia de Río sobre Ambiente y Desarrollo, celebrada en 1992, la OMC ha asumido compromisos en materia ambiental, especialmente con el desarrollo sostenible, epítome del foro. Justamente, en el preámbulo del Acuerdo de Marrakech que estableció esta institución, se afirmó su compromiso con el desarrollo sostenible,⁽⁶⁾ apuntando a su vez un ligamen sólido con el derecho internacional general y, particularmente, con el derecho internacional ambiental. De la misma forma, en la Decisión sobre Comercio y Medio Ambiente, acordada en Marrakech el 15 de abril de 1994, la institución manifiesta su preocupación por el tema e instauró el Comité de Comercio y Medio Ambiente. En el preámbulo de este instrumento se declara que “no debe haber, ni es necesario que haya, contradicción política entre la defensa y salvaguardia de un sistema multilateral de comercio abierto, no discriminatorio y equitativo, por una parte, y las medidas de protección del medio ambiente y la promoción de un desarrollo sostenible, por otra (...).”⁽⁷⁾ En igual sentido se pronunció la

(5) Ver JACKSON (John H.), “Las normas del comercio mundial y las políticas ambientales: ¿Congruencia o conflicto?”, en *Comercio y Ambiente: Derecho, Economía y Política*, México D.F., Instituto Nacional de Ecología, Centro Mexicano de Derecho Ambiental, CIEL, p. 43.

(6) El preámbulo del *Acuerdo por el que se establece la OMC*, dispone lo siguiente: “Las *Partes* en el presente Acuerdo, *Reconociendo* que sus relaciones en la esfera de la actividad comercial y económica deben tender a elevar los niveles de vida, a lograr el pleno empleo y un volumen considerable y en constante aumento de ingresos reales y demanda efectiva y a acrecentar la producción y el comercio de bienes y servicios, permitiendo al mismo tiempo la utilización óptima de los recursos mundiales de conformidad con el objetivo de un desarrollo sostenible y procurando proteger y preservar el medio ambiente e incrementar los medios para hacerlo, de manera compatible con sus respectivas necesidades e intereses según los diferentes niveles de desarrollo económico [...]”.

(7) Parte del mandato del Comité de Comercio y Ambiente, según esta Decisión, consiste en “establecer la relación existente entre las medidas comerciales y las medidas ambientales con el fin de promover un desarrollo sostenible; [...] ocuparse de las disposiciones del sistema multilateral de comercio con respecto a la transparencia de las medidas comerciales utilizadas con fines ambientales y las medidas y prescripcio-

Declaración de Doha, acordada en la cuarta Conferencia Ministerial de la OMC celebrada en noviembre del 2001, al afirmar que un sistema multilateral abierto y no discriminatorio y las gestiones a favor del de la protección del ambiente y del desarrollo sostenible deben apoyarse mutuamente.⁽⁸⁾

La Agenda 21, el programa de acción firmado en la Conferencia de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992, también señala que un sistema de comercio abierto y multilateral, apoyado por la adopción de políticas ambientales acertadas, tendría un impacto positivo en el ambiente y contribuiría al desarrollo sostenible.⁽⁹⁾ En concordancia, algunos analistas han afirmado que los objetivos de la liberalización económica y la protección ambiental deberían ser completamente compatibles.⁽¹⁰⁾ Aún, otros han manifestado que el problema de esta interacción no es tan difícil de resolver como otros dilemas del contexto internacional,⁽¹¹⁾ no obstante, la realidad es que no se han logrado avances importantes y menos un acuerdo político al respecto.

Especialmente en el foro de la OMC, los progresos en las Conferencias Ministeriales de Doha y Cancún son exiguos. Las resoluciones de los órganos designados para la solución de diferencias han señalado, sin embargo, una orientación sugerente para lograr una

nes ambientales que tienen efectos comerciales significativos; la relación entre los mecanismos de solución de diferencias del sistema multilateral de comercio y los previstos en los acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente [...].” *Decisión sobre Comercio y Medio Ambiente*, OMC.

- (8) *Declaración Ministerial de la OMC*, 20 de noviembre del 2001, párrafo 6.
- (9) Conferencia de las Naciones Unidas sobre Ambiente y Desarrollo, *Agenda 21*, Capítulo II, Sección B.
- (10) Duncan BRACK y Thomas BRANCZIK agregan que ambos aspiran a la optimización de la eficiencia en el uso de los recursos, ya sea desde la perspectiva de maximizar las ganancias desde las ventajas comparativas de los países a través del comercio o asegurando que el desarrollo económico sea ambientalmente sostenible. *Trade and Environment in the WTO: after Cancun-Briefing Paper*, The Royal Institute of International Affairs, febrero del 2004, p. 1.
- (11) Con esta posición, ver CHARNOVITZ (Steve), “*Expanding the MEA Mandate in the Doha Agenda*”, *Global Environment & Trade Study*, p. 2, en <http://www.gets.org/pages/harmony>

conciliación que permita gozar de seguridad jurídica en esta materia, aunque sería prematuro, en nuestro criterio, calificarlas aún como prometedoras. La decisión que se tome con relación al reclamo interpuesto por Estados Unidos contra la Unión Europea (UE) por la moratoria de facto, emitida por la UE, contra la aprobación y comercialización de productos derivados de la biotecnología, es decisiva para el desenlace de esta discusión.

En este marco, los requerimientos técnicos que comprenden disposiciones relativas a la sanidad e inocuidad de los alimentos, incluyendo el empaque y etiquetado de los productos, son cubiertos por el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (OTC), y los estándares de salud humana, animal y vegetal por el Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (MSF). Estos instrumentos persiguen la equivalencia internacional de los estándares de los productos procurando evitar, a la vez, su utilización como medidas proteccionistas. No obstante, los países en desarrollo a menudo se quejan porque estas medidas constituyen condiciones difíciles de cumplir para ellos y pueden funcionar como barreras no arancelarias al libre comercio.

En los foros ambientales, la posición de los países en desarrollo es poco receptiva pues afirman que la adopción de medidas comerciales, aún en el marco de los AMUMAs, tiene impactos económicos negativos al restringir el acceso a los mercados, y que los costos de cumplir con estas disposiciones son desfavorables con relación a los beneficios ambientales y de desarrollo que se percibirían con su implementación. Ciertamente los AMUMAs deberían orientarse más a las preocupaciones de estos países ofreciendo mayores facilidades mediante las que se confieran asistencia financiera, transferencia de tecnología y otros incentivos que allanen las dificultades de implementación.⁽¹²⁾ Sin embargo, la realidad es diametralmente opuesta, los ofrecimientos de ayuda financiera son a menudo evadidos por los países desarrollados. De la misma forma, los mecanismos de transferencia de tecnología no han sido lo eficientes que los países en desarrollo demandan. Por su parte, la transferencia de tecnología de punta constituye un tema de difícil conciliación, pues se trata de invenciones protegidas por regímenes de propiedad intelectual que los países en desarrollo consideran decisivas para su progreso. En fin, el compromiso asumido con

(12) Con esta perspectiva, ver BRACK (Duncan) & GRAY (Kevin), *op. cit.*, p. 40.

el desarrollo sostenible, al cual lógicamente aspiran los países en desarrollo ha sido relegado.⁽¹³⁾

En fin, el debate no puede circunscribirse a los aspectos ambientales, las preocupaciones relativas al desarrollo constituyen un eje fundamental que no debería pasar inadvertido. Al respecto, la OMC no es la única institución internacional que debe preocuparse por el tema, urge la revitalización del papel de organizaciones como la Organización para la Cooperación, el Comercio y el Desarrollo (OCDE) y del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) en temas como la exigua acción gubernamental requerida por el libre comercio en contraste con las gestiones a menudo necesarias para cumplir los compromisos adquiridos en los AMUMAs.

A. La precariedad de la gestión gubernamental como fundamento del libre comercio

Los acuerdos de libre comercio están concebidos para garantizar el acceso a los mercados mundiales y la libertad de movimiento de bienes, no siempre de personas físicas, y, recientemente, de servicios. Evidentemente, la experiencia demuestra holgadamente que tales acuerdos no son categóricamente de *libre* comercio, sino que más bien regulan el intercambio entre dos o más partes procurando en principio condiciones más beneficiosas de acceso a sus productos que las imperantes. Para cumplir con este objetivo, estos acuerdos equiparan el comercio liberalizado a la ausencia de la intervención gubernamental en el mercado en la forma de, por ejemplo, tarifas, subsidios o regulaciones legales.

La evolución del régimen de comercio multilateral, comprendiendo tanto al Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (*General Agreement on Tariffs and Trade*, GATT) como a la OMC, demuestra una orientación hacia la extensión del ámbito de este esfuerzo a campos novedosos como los subsidios a las exportaciones, las barreras no arancelarias y los derechos de propiedad intelectual, tópicos que van más

(13) Acerca de la relación entre libre comercio, protección ambiental y desarrollo, como ejes del desarrollo sostenible, ver GAINES (Sanford E.), "International Trade, Environmental Protection and Development Triangle", en *RECIEL*, Volumen 11, No. 3, 2002, pp. 1-16.

allá de las tarifas. La eficacia del régimen de comercio internacional puede ser explicado, en gran medida, por la simplicidad del mensaje central: una escasa intervención gubernamental promueve el libre comercio.

El objetivo político del GATT, desde su instauración, ha sido liberalizar el comercio que cruza las fronteras nacionales y perseguir los beneficios descritos en la teoría económica como “ventajas comparativas”, que se relacionan parcialmente con las teorías de las economías de escala. La teoría de las ventajas comparativas postula que cuando las naciones se especializan se convierten en más eficientes en la elaboración de un producto, y posiblemente también de un servicio, y de esta forma pueden intercambiar para satisfacer sus necesidades no cubiertas. Las normas internacionales están diseñadas para restringir la interferencia gubernamental con ese comercio beneficioso.⁽¹⁴⁾

Desde esta perspectiva, la regulación ambiental, constituye, más o menos por definición, una subcategoría de requisitos emanados del gobierno que pueden actuar como barreras al comercio internacional. La estructura operativa de los acuerdos de libre comercio refleja esta perspectiva articulando las obligaciones en las que un Estado Parte acepta no llevar a cabo ciertas acciones pues se consideran requisitos regulatorios injustificados. Por el contrario, los programas y políticas ambientales internacionales y domésticas requieren la implementación de acciones de gobierno “afirmativas”, que normalmente implican el deber asumido de hacer, sea legislación o políticas. En efecto, esta contradicción fundamental explica el choque entre las obligaciones de libre comercio y la acción gubernamental necesaria para asegurar la calidad ambiental. Un régimen, el ambiental, procura facilitar la implementación de medidas gubernamentales afirmativas, y el otro, el del libre comercio, pretende precisamente consolidar su ausencia.⁽¹⁵⁾

(14) Sobre el tema, ver JACKSON (John H.), *op. cit.*, pp. 4-5.

(15) Conviene aclarar que este tipo de disyuntiva es sólo uno de los temas ambientales en la agenda de la OMC. Steve CHARNOVITZ afirma que los principales asuntos, ligados a la Declaración de Doha, son:

- a. La relación entre las reglas de la OMC y las obligaciones comerciales específicas en los AMUMA y los procedimientos de intercambio de información y condición de observador con los secretariados de estos acuerdos.

Como dificultad adicional, la congestión de tratados ambientales y la gran cantidad de instituciones y secretariados creados exceden, a menudo, la capacidad administrativa de los Estados. Es en el nivel nacional donde muchas veces reside la capacidad política, administrativa y económica para ejecutar los compromisos adquiridos. Para los países en vías de desarrollo esta implementación representa a menudo una erogación importante. No obstante, los mecanismos financieros existentes que podrían proveer respaldo financiero a los gobiernos nacionales, especialmente aquéllos de los países en desarrollo, son insuficientes. Los esfuerzos por mejorar dichos mecanismos de financiamiento y, conjuntamente, divulgar las mejores prácticas ambientales y transferir tecnología, no han sido apropiados.⁽¹⁶⁾

-
- b. La reducción o eliminación de las barreras arancelarias y no arancelarias a los bienes y servicios ambientales.
 - c. Las regulaciones de la OMC en materia de subsidios a las pesquerías y la necesidad de aclaración y mejoramiento.
 - d. El efecto de las medidas ambientales que impiden el acceso a los mercados y aquéllos situaciones en las que la eliminación de restricciones y distorsiones beneficiarían el comercio, el ambiente y el desarrollo.
 - e. Los requisitos de etiquetado para propósitos ambientales.
 - f. La relación entre el Acuerdos sobre los Derechos de Propiedad Intelectual relativos al Comercio (ADPIC) y el Convenio de Diversidad Biológica.
 - g. La revisión de los aspectos ambientales y de desarrollo de las negociaciones con el objetivo de considerar adecuadamente el desarrollo sostenible.
 - h. La cooperación entre la OMC y las organizaciones internacionales ambientales y de desarrollo.
 - i. Negociaciones agrícolas donde se tomen en cuenta las denominadas preocupaciones no ambientales.

En Doha se discutieron principalmente los aspectos relativos a los puntos “a”, “b”, “c” e “i”. En la Conferencia Ministerial de la OMC celebrada en Cancún se discutieron, sin ningún avance, los asuntos “d”, “e” y “f”. En general, con relación a estos tópicos, poco se ha logrado en estas rondas de negociación. Ver WTO and the Doha Agenda: Reform of Trade Rules and Environmental Mechanisms and Rules, Global Environment & Trade Study, p. 1.

En <http://www.gets.org/pages/harmony>

- (16) Al respecto, ver ETSY (Daniel C.), *Strengthening Global Environmental Governance: A Critical Counterpart to a Vibrant International Trading System*, Global Environment & Trade Study, 2003.

En <http://www.gets.org/pages/harmony/>

B. Las reservas a los principios de trato igualitario y de prohibición de la discriminación en la OMC: la oportunidad contingente de introducir regulaciones ambientales inconsistentes con el sistema

Las obligaciones centrales derivadas de los acuerdos GATT/OMC, así como los principios que se aplican a las regulaciones ambientales y de salud pública, incluyen:

- El Artículo I del GATT, relativo al principio de la nación más favorecida (NMF), que postula la ausencia de discriminación que debe aplicarse a los productos “similares” importados sobre la base de su origen nacional, sea entre miembros de la OMC o entre productos nacionales y foráneos.
- El requerimiento de trato nacional, estipulado en el Artículo III, es una obligación complementaria que establece la ausencia de discriminación entre productos foráneos y domésticos con relación a impuestos y regulaciones internas.
- Una tercera disciplina fundamental del régimen GATT/OMC es la prohibición de la restricción cuantitativa para importaciones y exportaciones, contenida en el Artículo XI.

Considerados en conjunto, podría argumentarse que la premisa esencial es una cláusula de protección igualitaria que implica otorgar un trato justo y equitativo a los productos nacionales y extranjeros y la interdicción de la discriminación con base en la proveniencia del bien.

El GATT permite, sin embargo, la aplicación de restricciones comerciales unilaterales bajo circunstancias particulares, incluyendo la protección de la salud y del medio ambiente. El Artículo XX del GATT constituye uno de estos casos y contempla una serie de excepciones para categorías específicas de disposiciones y regulaciones nacionales. De particular importancia en los campos de medio ambiente y salud pública se encuentran las dos reservas admitidas en el Artículo XX del GATT 1994, relativas principalmente a la protección de la vida humana, animal o vegetal, o la salud y a la conservación de los recursos naturales no renovables.⁽¹⁷⁾

(17) El Artículo XX del GATT 1994 establece: “A reserva de que no se apliquen las medidas enumeradas a continuación en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los

Como el medio ambiente fue un tema de política pública muy poco apreciado cuando el GATT se redactó, en 1947, las regulaciones ambientales deben ser tratadas, en principio, bajo alguna de estas dos provisiones. Si fueran aplicables, el efecto del Artículo XX es permitir al Estado mantener una medida que, de otra forma, sería inconsistente con los principios básicos citados. Disposiciones destinadas a la protección ambiental, con respaldo científico y de carácter temporal, pueden en principio ser establecidas por las Partes de la OMC para resguardar los fines contemplados en las reservas citadas y en los Acuerdos sobre OTC y MSF. La cuestión del soporte científico, según lo comentaremos más adelante, es ampliamente debatida en la actualidad pues un sector de los observadores internacionales considera que debe ser suplantado, cuando proceda, por el principio de precaución ya reconocido en instrumentos internacionales diversos.

No obstante, el Artículo XX resulta insuficiente para la protección del medio ambiente, objetivo sin lugar a dudas más amplio tanto si se aplica a un país en particular como a las preocupaciones globales en esta materia. Este es un aspecto decisivo para la definición de la interacción entre los AMUMAs y el GATT. MURASE opina que las deficiencias de la normativa del GATT con relación a las medidas

países en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta al comercio internacional, ninguna disposición del presente Acuerdo será interpretada en el sentido de impedir que toda parte contratante adopte o aplique las medidas:

[...] *b)* necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales;

[...] *d)* necesarias para lograr la observancia de las leyes y de los reglamentos que no sean incompatibles con las disposiciones del presente Acuerdo, tales como las leyes y reglamentos relativos a la aplicación de las medidas aduaneras, al mantenimiento en vigor de los monopolios administrados de conformidad con el párrafo 4 del artículo II y con el artículo XVII, a la protección de patentes, marcas de fábrica y derechos de autor y de reproducción, y a la prevención de prácticas que puedan inducir a error;

[...] *g)* relativas a la conservación de los recursos naturales agotables, a condición de que tales medidas se apliquen conjuntamente con restricciones a la producción o al consumo nacionales; [...],” en *Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio-Acuerdo de Marrakech*, Anexo 1A, OMC.

comerciales relativas al medio ambiente son muy obvias. Agrega además que la historia legislativa del Artículo XX no revela preocupación por el medio ambiente, excepto en las áreas limitadas de las MSF para la protección de la salud humana y de plantas y animales, referentes a las medidas aduaneras aplicadas en frontera.⁽¹⁸⁾

Este autor efectúa una clasificación comprensiva de los conflictos entre el GATT y los AMUMAs: (a) un conflicto de principios constitucionales básicos, (b) un conflicto de métodos de regulación, (c) un conflicto originado en los medios adoptados para la implementación doméstica de los AMUMAs y, (d) finalmente, un conflicto derivado de los mecanismos para asegurar la efectividad de los AMUMAs.⁽¹⁹⁾ Hasta ahora, han sido los dos primeros aspectos los que han suscitado mayores conflictos en el foro de la OMC.

II. LA EVOLUCIÓN DE LA INTERACCIÓN EN EL FORO DE LA OMC: UN ACUERDO POLÍTICO DÉBIL Y DIFUSO

No existe hoy en día un consenso acerca de cómo conducir esta relación conflictiva entre dos conjuntos de instrumentos internacionales y se anticipa un largo e intenso debate. Por su parte, el número de AMUMAs está en constante crecimiento y las actividades políticas y legislativas existentes en este ámbito continúan evolucionando rápidamente, aumentando así su riesgo de interacción con los acuerdos de la OMC. Distintos ámbitos donde se aplican las políticas gubernamentales son concernidos por esta concurrencia.

A. Doha: un mandato restringido

El intento más significativo de dilucidar la relación entre las existentes reglas de comercio y los AMUMAs es la Conferencia Minis-

(18) MURASE (Shinya), *WTO/GATT and the MEAS: The Kyoto Protocol and Beyond*, Global Environment & Trade Study, p. 4.
En <http://www.gets.org/pages/harmony>

(19) MURASE (Shinya), *op. cit.*, p. 5. Duncan BRACK y Thomas BRANCZIK efectúan otra clasificación señalando tres áreas en las que los conflictos pueden surgir: (a) con relación a los estándares de productos determinados internacionalmente; (b) cuando los procesos, y no los productos, causan daño ambiental; (c) y con la implementación de los AMUMAs, *op. cit.*, p. 5.

terial de Doha, que inaugura una nueva ronda de negociaciones y donde la clarificación de esta relación es una prioridad. La Declaración de Doha invoca la realización de negociaciones donde exista transferencia de información y una condición de observador entre los Comités de la OMC y los secretariados de los AMUMAs, así como una correspondencia definida entre las reglas existentes de la OMC y los AMUMAs.

Sin embargo, Doha ha limitado el alcance de estas negociaciones al requerir que no perjudiquen los derechos y principios de ningún miembro de la OMC que no sea parte del AMUMA en cuestión, ni que agreguen o limiten derechos y obligaciones de los miembros bajo los acuerdos de la OMC existentes. El mandato se encuentra restringido, en consecuencia, a medidas de comercio específicas entre Estados signatarios de los AMUMAs. Se trata de una limitación peculiar que no se encuentra en otros mandatos de negociación de la OMC y, para analistas como CHARNOVITZ, si se la respeta dogmáticamente podría significar que no se generará ningún cambio en las reglas de la OMC.⁽²⁰⁾

La agenda de la Ronda de Doha no abarca, en consecuencia, los temas difíciles, como los Estados que no son Parte de los AMUMA y sí son Miembros de la OMC, o las medidas no específicas.⁽²¹⁾ Con este escenario y las dificultades adicionales que enfrentan las conversaciones iniciadas en Doha, hoy en día parece difuso el resultado de esta iniciativa. Por el momento las negociaciones se han concentrado en las definiciones y, en cuanto a este aspecto, no se ha alcanzado tampoco un avance notable. Analistas como Duncan BRACK y Thomas BRANCIK precisan que no sería de extrañar que, especialmente ante el fracaso de la Conferencia Ministerial de Cancún, que se celebró en septiembre del 2003, todo el ámbito de comercio y medio ambiente sea retirado de las negociaciones de la Ronda de Doha y que los negociadores se inclinen por alcanzar acuerdos en un rango más pequeño de tópicos, “tradicionales” del libre comercio.⁽²²⁾

(20) CHARNOVITZ, *WTO and the Doha Agenda: Reform of Trade Rules and Environmental Mechanisms and Rules*, op. cit., p. 2.

(21) Por ejemplo, este tipo de medidas pueden ser aquéllas no comerciales como la incluida en la Convención de Wellington sobre Traínas que sugiere, pero no exige, la implementación de acciones para prohibir la utilización de traínas para la pesca.

(22) BRACK (Duncan) y BRANCIK (Thomas), *op. cit.*, p. 10.

La inclusión de los párrafos de medio ambiente y comercio en la Ronda de Doha fue una iniciativa atribuida totalmente a la insistencia de la UE, apoyada sólo por otros países desarrollados que fueron sus aliados en la promoción de esta iniciativa. Sin embargo, la legitimidad de las posiciones de la UE es a menudo socavada por su arraigo a los subsidios existentes a la agricultura y a las pesquerías, actividades reputadas dañinas para el medio ambiente. Los Estados Unidos normalmente contemplan cualquier desarrollo de las reglas multilaterales como una inhibición potencial a su predilección por la adopción de medidas comerciales unilaterales. Los países en desarrollo, en su conjunto, también tienden a ser hostiles a las propuestas comercio-ambiente impulsadas por el Norte, temiendo que el surgimiento de restricciones comerciales, justificadas en medidas medioambientales, como los estándares laborales o de bienestar animal, conduzcan potencialmente a nuevas barreras al libre comercio. Este tema iba a ser discutido en Cancún, empero, fue totalmente relegado cuando los negociadores se concentraron en temas prominentes como agricultura e inversiones. No obstante, la negociación de estos tópicos se caracterizó por el recrudescimiento del conflicto Norte-Sur.

La lentitud de estas negociaciones se debe, en gran parte, a la carencia de experiencia en materia ambiental de los negociadores comerciales, a la falta de transparencia de la OMC, y a asumir un único punto de vista en el que las preocupaciones ambientales se cambian fácilmente por otro tipo de intereses durante la negociación.⁽²³⁾ Sobre el tema, CHARNOVITZ ha recomendado efectuar un cambio al Entendimiento de solución de diferencias, proponiendo que todos los paneles de la OMC tengan la experiencia necesaria para los asuntos a resolver.⁽²⁴⁾ Daniel ETSY agrega que la eficacia y legitimidad de la OMC se ve disminuida cuando la organización se ve obligada a asumir casos

(23) Al efecto, ver el documento *The Relationship between MEAs and WTO Rules and EU Trade Policy Making-Policy Brief*, Seminario para suscitar la conciencia de temas de libre comercio en la sociedad civil, Ecologic-Institute for International and European Environmental Policy, Szentendre, 10 de mayo del 2004, p. 3.

(24) Tal provisión podría ubicarse, con relación a los servicios, en el Párrafo 4 del Anexo de Servicios Financieros del GATS. CHARNOVITZ (Steve), *WTO and the Doha Agenda: Reform of Trade Rules and Environmental Mechanisms and Rules*, op. cit., p. 3.

y tomar decisiones que van más allá del ámbito de su mandato comercial formal y de su experiencia.⁽²⁵⁾ Y John H. JACKSON, acota que “hasta cierto punto, los conflictos derivan de ciertas ‘diferencias culturales’ entre los expertos en política comercial y los expertos en política ambiental.”⁽²⁶⁾

En este sentido, se ha cuestionado la legitimidad de la OMC como foro para discutir estos temas, por el álgido conflicto Norte-Sur que se suscita normalmente y que inhibe la aplicación de principios del derecho internacional. En opinión de algunos analistas, el tema de los AMUMAs no es de difícil solución, mas sí lo es su negociación en la OMC.⁽²⁷⁾ En efecto, con los límites discutidos del mandato de Doha es casi imposible alcanzar una solución integral y respetuosa del contexto internacional comercial y ambiental.

B. El fundamento de las restricciones comerciales en los AMUMAs

Casi 30 de los AMUMAs vigentes imponen medidas comerciales, restricciones al comercio de sustancias particulares o de productos, ya sea entre las Partes del Tratado o entre Estados que son Parte y aquéllos que no lo son. Las razones por las que las restricciones comerciales se han incorporado a los AMUMAs son básicamente tres: (a) para proveer un medio de monitorear y controlar el intercambio de los productos cuando el comercio incontrolado entre productos condujera o contribuyera al daño ambiental; (b) para proporcionar un mecanismo que facilite la aplicación del AMUMA, prohibiendo el comercio entre países no Parte o Partes que incumplen el acuerdo; y (c) para suministrar una estructura que permita cumplir con los requerimientos del AMUMA.⁽²⁸⁾

(25) ETSY (Daniel C.), *op. cit.*, p. 2.

(26) JACKSON, *op. cit.*, p. 30.

(27) Con esta postura, ver CHARNOVITZ (Steve), “*Expanding the MEA Mandate in the Doha Agenda*”, *Global Environment & Trade Study*, *op. cit.*, p. 1.

(28) El Protocolo de Montreal contiene ejemplos de los tres casos. Considerando la primera categoría, un sistema de licencias de importación y

La norma básica del GATT es el principio de trato igual y no discriminación, admitiendo sólo excepciones en casos específicos. Por el contrario, los AMUMAs están basados en el principio de responsabilidad común pero diferenciada, según la cual los países desarrollados ostentan una responsabilidad especial, mientras que la especial situación y necesidades de las naciones en desarrollo tienen especial prioridad.

Una cantidad de acuerdos multilaterales en medio ambiente, incluyendo la Convención Internacional sobre el Tráfico de Especies en Peligro de Extinción (*Convention on International Trade in Endangered Species*, CITES)⁽²⁹⁾ y la Convención de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de Desechos Peligrosos y su Disposición,⁽³⁰⁾ regulan el comercio de sectores sensibles u objetos peligrosos. Otros, como el Protocolo de Montreal sobre Sustancias que dañan la Capa de Ozono, utilizan las medidas comerciales como instrumentos clave para lograr los objetivos del acuerdo.

La Convención de Basilea ostenta además la peculiaridad de ser impulsada en gran medida por los países en desarrollo, usualmente reacios a la negociación de AMUMAs. La razón se debe a que estos

exportación fue introducido en 1997 principalmente para controlar el comercio ilegal, a través de la Enmienda de Montreal. En cuanto a la segunda distinción, los países han utilizado una variedad de políticas, como impuestos y cuotas, para limitar las importaciones y exportaciones y, de esta forma, cumplir sus obligaciones para controlar el consumo de CFCs y otras sustancias fiscalizadas. En cuanto a la tercera clasificación, el Protocolo requiere que las Partes prohíban las importaciones de sustancias que merman la capa de ozono de Estados no Parte y, potencialmente, de Partes que no cumplan, como una medida de ejecución. BRACK (Duncan) y Gray (Kevin), op. cit. pp. 7-12.

- (29) El fundamento de CITES es el requisito de contar con permisos de exportación para el comercio de las especies en peligro de extinción incluidas en los Apéndices del acuerdo y, adicionalmente, de permisos de importación para aquellas especies del Apéndice I, que son las que se encuentran en mayor riesgo.
- (30) La Convención de Basilea contiene la obligación de notificación previa y un mecanismo de consentimiento acordado para los cargamentos de desechos peligrosos que involucra tanto a los Estados importadores, como a aquéllos exportadores y de tránsito; cada cargamento con este material debe contar con un documento justificativo del movimiento.

Estados tienen una estructura gubernamental insuficiente para tratar el problema del movimiento transfronterizo de desechos y se suscitaron graves casos de depósito de desechos peligrosos en estos países, algunas veces incluso sin el consentimiento del receptor de la contaminación.

Por su parte, sin las medidas comerciales, el Protocolo de Montreal crearía incentivos considerables para que los países no signatarios se convirtieran en paraísos de contaminación, y de esta manera se tornarían en una fuente de emisión de clorofluorocarbonos (CFC) y continuarían utilizando tecnologías ambientalmente dañinas, afectando a los países que sí han asumido sus obligaciones bajo este acuerdo ambiental. Efectivamente en este caso se trata de un daño ambiental de efecto global. Las disposiciones del Protocolo revierten este tipo de incentivos nocivos permitiendo el comercio entre las Partes pero autorizando restricciones en la cantidad de CFC, productos que contengan CFC y productos fabricados con CFC con Estados que no son miembros. Con esas restricciones comerciales, el Protocolo crea incentivos para que los Estados no miembros acepten las obligaciones del acuerdo y elimina los estímulos para los países que permanezcan fuera del ámbito de aplicación del acuerdo, mas se trata de medidas comerciales claramente discriminatorias. No obstante, su instauración ha revelado ser sumamente eficaz para atraer signatarios, al día de hoy prácticamente no existen países no Parte contra quienes se puedan establecerse restricciones comerciales.

Si dos Estados son miembros de un AMUMA y, simultáneamente, lo son también de la OMC, el AMUMA podría operar como ley especial o como una derogación acordada de las leyes derivadas del sistema GATT/OMC, las cuales en consecuencia no aplican a esta situación concreta.⁽³¹⁾ Disposiciones como las del Protocolo de Montreal tienen el potencial de reñir abiertamente con las reglas GATT/OMC porque tales medidas discriminan entre las Partes y los Estados que no forman parte

(31) Algunos analistas han propuesto, desde hace más de una década, la aplicación del principio general del derecho en virtud del cual un AMUMA podría prevalecer sobre la OMC por ser una regla específica. No obstante este enfoque aún no ha sido respaldado por la OMC. Desde 1991 esta máxima fue avanzada por James CAMERON & Jonathan ROBINSON. "The Use of Trade Provisions in International Environmental Agreements and Their Compatibility with the GATT", *Yearbook of International Environmental Law*, Oxford University Press, No. 3, 1991.

del acuerdo ambiental, mas todos podrían a la vez ser miembros de la OMC. No se ha presentado aún una disputa en la OMC por este acuerdo ni por otro AMUMA, pero la posibilidad que el Artículo XX se aplique es mayor que en el caso de una medida unilateral avanzada por un gobierno, de acuerdo a las decisiones que hasta ahora han adoptado los paneles habilitados por la OMC para la resolución de conflictos comerciales.

Las medidas comerciales no específicas, sea aquellas que se pueden aplicar para implementar un AMUMA pero que no son específicamente descritas o requeridas por el Tratado mismo,⁽³²⁾ resultan de especial relevancia para la implementación del Protocolo de Kyoto sobre cambio climático. La aplicación de los impuestos a la utilización de la energía o del carbón y cómo estos se aplican a los productos importados, que sin duda alguna tendrán un impacto en amplios espectros de la economía, podría llevar a mayores controversias y potencialmente a disputas en el seno de la OMC. Otras Partes del Protocolo también han aplicado regulaciones no específicas como los requisitos de etiquetado, impuestos indirectos y prohibiciones de importación para cumplir con sus obligaciones de eliminar progresivamente el consumo de las sustancias que dañan la capa de ozono.

CHARNOVITZ ha sugerido que la Ronda de Doha apruebe una Interpretación del Artículo XX(b) y (g) del GATT, estableciendo que las obligaciones comerciales específicas asumidas bajo los AMUMA sean juzgadas compatibles con los citados párrafos (b) y (g), y que el gobierno disconforme asuma la carga de probar que la medida comercial es una violación del este Artículo. Una conclusión análoga se ha avanzado también para el Artículo XIV (b) del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (*General Agreement on Trade in Services*, GATS), agregando incluso que ninguna disputa bajo el marco de la OMC puede ser invocada hasta que la Parte reclamante agote cualquier procedimiento de resolución de disputas contemplado en el AMUMA, si existiese.⁽³³⁾ Tales recomendaciones requerirían, en nuestro criterio, no respetar el mandato de Doha emitido para negociar estos aspectos, lo cual podría suceder pues la Declaración de esta Conferencia no es vinculante, de manera que las Partes podrían acordar cambios a las reglas de la OMC.

(32) Se trata de la categoría (b) de previa cita.

(33) CHARNOVITZ, Steve, *op. cit.*, p. 3.

Idóneamente el comercio internacional y los regímenes de los AMUMA deberían apoyarse mutuamente mejorando la gobernabilidad del desarrollo sostenible. Ambos cuerpos, en las áreas de legislación y política, no deberían minarse uno al otro, y las instituciones relevantes idóneamente se comprometerían a cooperar en forma efectiva durante todo el proceso de elaboración de políticas, toma de decisiones, ejecución, monitoreo y solución de diferencias.⁽³⁴⁾ De la misma forma, la sociedad civil cada vez gestiona más espacios en estos procesos, circunstancia que es de crecimiento especialmente notable en la UE.

Los informes finales emitidos por los órganos designados para resolver disputas en la OMC se revelan, en todo caso, más concluyentes para dilucidar esta discusión que los foros ministeriales.

III. LA SUGERENTE EVOLUCIÓN DE LAS DECISIONES DE LOS PANELES DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS

Una de las preocupaciones iniciales de la comunidad internacional durante las negociaciones de la Ronda de Uruguay fue bloquear y contener las medidas unilaterales, por las que Estados Unidos y otros países con peso en el comercio internacional tienen reconocida preferencia. Desde esta perspectiva, el nuevo mecanismo de solución de diferencias de la OMC ha logrado un avance significativo hacia un régimen autónomo.⁽³⁵⁾

Las disputas entre miembros de la OMC, relativas a medidas comerciales particulares, son decididas de acuerdo a un procedimiento de dos etapas establecido en el Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias. En la primera fase, el Grupo Especial emite un informe, después de haber recopilado evidencia y los argumentos de todas las partes. Dicho informe puede ser impugnado, en cuyo caso el Órgano de Apelación sigue el mismo procedimiento. El mandato de los paneles y de los Órganos de Apelación es interpretar y aplicar la legislación existente. La decisión del Órgano de Apelación es final y vinculante a menos que los Miembros de la OMC acuerden unánimemente no adoptarla.⁽³⁶⁾ En la

(34) *The Relationship between MEAs and WTO Rules and EU Trade Policy Making-Policy Brief*, op. cit., p. 2.

(35) MURASE (Shinya), *op. cit.*, pp. 1-3.

(36) En el GATT (1948-94) se completaron seis procedimientos de grupos especiales en los que se examinaron medidas ambientales o

actualidad la utilización del Acuerdo relativo a la solución de diferencias de la Ronda Uruguay hace también que sea imposible que el país que pierda un caso obstruya la adopción de la resolución. El anterior procedimiento del GATT disponía que las resoluciones únicamente pudieran adoptarse por consenso, lo que significaba que una sola objeción podía bloquear la decisión. Actualmente la aprobación de la resolución es automática salvo si existe consenso para rechazarla; es decir, si un país desea bloquear la resolución tiene que lograr que compartan su opinión *todos* los demás Miembros de la OMC, incluido su adversario en la diferencia.

No obstante, el proceso de solución de conflictos ha sido acusado de ser poco transparente, y se han urgido reformas en los procedimientos de resolución de disputas del sistema de comercio mundial. En este sentido, sectores ambientalistas afirman que la participación de las organizaciones en la resolución de conflictos debe consolidarse, aparejada de reglas de transmisión de documentos, aporte de información y evidencia.⁽³⁷⁾

A. La resolución de los casos relativos a la protección a ciertas especies animales: la reticencia hacia la aceptación de las medidas comerciales unilaterales

1. El Caso *Atún-Delfines*: El problema de la discriminación unilateral fundamentada en el proceso de producción

La reclamación presentada por México y otros países contra los Estados Unidos en el GATT (*Caso Atún-Delfines*) representa la primera ocasión en que se suscitó el debate “comercio-medio ambiente” a nivel

relacionadas con la salud de las personas en función del artículo XX del Acuerdo General, relativo a las excepciones generales a las normas GATT/OMC por determinados motivos relacionados con el medio ambiente, la salud y otros temas. De los seis informes, tres no han sido adoptados. En 1995 el procedimiento de solución de diferencias del GATT fue sustituido por el de la OMC, desde entonces se han completado tres procedimientos; se trata de los casos “Estados Unidos-Pautas para la gasolina reformulada y convencional”, “Estados Unidos-Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos de camarón”, “Comunidades Europeas-Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto”.

(37) Ver JACKSON (John H.), *op. cit.*, p. 44.

mundial. El informe del Grupo Especial fue distribuido en 1991, pero no fue adoptado, por lo que no tiene el carácter de interpretación autorizada de las normas del GATT.⁽³⁸⁾

Estados Unidos, con el propósito de proteger los delfines, tomó medidas que prohibían las importaciones de atún capturado por pescadores mexicanos en alta mar. El panel del GATT estimó que se trataba de una aplicación extra-jurisdiccional de la legislación ambiental doméstica que debía ser rechazada por el GATT pues significaba socavar el sistema multilateral de comercio, concluyendo que tales medidas no eran congruentes con las regulaciones del GATT.⁽³⁹⁾ La

(38) Los Estados Unidos y México llegaron a una solución “extrajudicial”.

(39) La Ley de los Estados Unidos de Protección de los Mamíferos Marinos prohibía el hostigamiento, la caza, la captura o la matanza de mamíferos marinos, o la tentativa de estos actos, y su importación a los Estados Unidos sin autorización expresa. En particular, regulaba la captura de mamíferos marinos atrapados incidentalmente en las redes de los pescadores de atún aleta amarilla en el Pacífico tropical oriental, una zona donde se sabe que los delfines nadan por encima de los bancos de atunes. La ley equivalía a prohibir la importación comercial de pescado o de productos del pescado capturado con técnicas de pesca comercial que provocaban que las muertes y las heridas graves incidentales de mamíferos marinos fueran superiores a las establecidas por las normas estadounidenses. En particular, se prohibió la importación de atún aleta amarilla pescado con redes cerqueras en el Pacífico tropical oriental (prohibición aplicable a la nación directamente exportadora), salvo si las autoridades estadounidenses competentes establecían lo siguiente:

- i) que el gobierno del país pesquero había adoptado un programa de regulación de la captura incidental de mamíferos marinos comparable al de los Estados Unidos; y
- ii) que la tasa media de capturas incidentales de las embarcaciones del país pesquero era comparable a la tasa media de las embarcaciones de los Estados Unidos.

La tasa media de las capturas incidentales (es decir, el número de delfines matados incidentalmente cada vez que se echan las redes cerqueras) realizadas por la flota atunera de ese país no debía ser más de 1,25 veces la tasa media de las embarcaciones estadounidenses en ese mismo período. También se prohibieron las importaciones de atún procedentes de países que lo compran a un país sometido a la prohibición aplicable a naciones directamente exportadoras (prohibición aplicable a las naciones intermediarias). Sobre el particular, consultar:

http://www.wto.org/spanish/tratop_s/envir_s/edis04_s.htm

medida comercial estadounidense se concentraba en el proceso de elaboración del producto. El asunto que se consideró medular en este caso fue establecer si el país importador está facultado para tomar una medida relacionada con el proceso de producción de un bien bajo las normas del trato nacional de la no discriminación, o en base a las excepciones del Artículo XX, que no requieren la aplicación estricta de este principio. En este sentido, JACKSON señala que la preocupación de los expertos en política comercial es que si se admite que las características de los procesos sean la base para una medida restrictiva del comercio internacional, se abriría una caja de Pandora que inauguraría una brecha en el GATT.⁽⁴⁰⁾

En este caso el panel llegó a la conclusión que la legislación nacional estadounidense, emitida con el propósito de proteger a los mamíferos marinos afectados por la captura del atún aleta amarilla en el Pacífico tropical oriental, infringía los Artículos III (relativo al trato nacional en materia de tributación y reglamentación interiores) y XI (que limita el uso de las prohibiciones o restricciones de la importación) y que sus disposiciones no se encontraban justificadas por las excepciones del Artículo XX.⁽⁴¹⁾ Las consideraciones ambientales no fueron ponderadas con un peso suficientemente concluyente para estimar que fueran apropiadas y adecuadas a las excepciones del Artículo XX.

El informe del Grupo Especial indicó que Estados Unidos no había agotado todos los otros esfuerzos disponibles bajo el derecho internacional para proteger a los delfines, particularmente la negociación de AMUMAs. Este razonamiento sugiere que las acciones

(40) JACKSON (John H.), *op. cit.*, p. 39.

(41) México sostenía que la prohibición de las importaciones de atún aleta amarilla y de productos del atún era incompatible con los artículos XI, XIII y III del Acuerdo General. Los Estados Unidos pedían que el Grupo Especial constatará que la prohibición aplicable a la nación directamente exportadora era compatible con el Artículo III y, en caso alternativo, que estaba justificada por los apartados b), d) y g) del Artículo XX. El Grupo Especial constató que la prohibición de las importaciones en ambos casos no era una reglamentación interna en el sentido del Artículo III, era también contraria a lo dispuesto en el párrafo 1 del Artículo XI y no quedaba amparada por las excepciones de los apartados b) y g) del Artículo XX. Además, la prohibición aplicable a los países intermediarios no estaba amparada por el apartado d) del Artículo XX.

estadounidenses podrían haberse ponderado en forma distinta si se hubieran adoptado en cumplimiento de un AMUMA. En consecuencia, la aplicación del Artículo XX hubiera eventualmente gozado de mayor legitimidad si se hubiera realizado dentro del contexto proporcionado por un instrumento internacional ambiental.

Confirmando esta tendencia, en 1995 el recién instaurado Comité de Comercio y Ambiente inició la discusión del tema, y el consenso creció acerca de la inconveniencia de las medidas unilaterales, en criterio de la OMC, extra-jurisdiccionales. En fin, este tipo de medidas, no basadas en AMUMAs, se han percibido, en forma consistente, como no conformes con el GATT.

Por segunda vez, la Unión Europea establece una reclamación contra Estados Unidos por la misma ley. El informe del Grupo Especial fue distribuido en 1994, pero tampoco fue adoptado. El Grupo Especial consideró nuevamente, entre otros aspectos, que las prohibiciones no estaban protegidas por las excepciones establecidas en los apartados b), g) o d) del Artículo XX del Acuerdo General.

La cuestión a dilucidar sería definir si ciertas medidas comerciales, como la restricción de importaciones o la imposición de altas tarifas, adoptadas en función de un AMUMA serían en este caso consideradas congruentes con el GATT. En esta coyuntura, se establecería también la decisiva cuestión de cuál de las dos normatividades prevalecería, la del GATT o la del AMUMA.

2. *Caso Estados Unidos-Camarones: La aceptación de una medida unilateral gubernamental destinada a proteger una especie animal*

Dentro de los casos presentados después de la Ronda de Uruguay, el informe del Órgano de Apelación en el caso de la importación de camarones y sus productos a Estados Unidos cuya pesca no se efectuaba con la tecnología DET para la protección de las tortugas marinas (*Caso Estados Unidos-Camarones*), está impulsando y esbozando la idea que las medidas comerciales discriminatorias, no basadas en los AMUMAs, pueden soportar el escrutinio de los órganos que resuelven diferencias de libre comercio. Debe subrayarse que los delfines y las tortugas en cuestión no eran especies protegidas por los

tratados⁽⁴²⁾ y que las redes y el equipo utilizados para la pesca no se encontraban prohibidos por el comercio internacional.

Esta decisión revirtió la jurisprudencia existente, que señalaba que no podían imponerse restricciones comerciales por medio de impuestos o regulaciones basadas en el proceso por el cual un producto es elaborado, a menos que el método afecte el producto de forma directa, por ejemplo, su inocuidad. Igualmente, se estimó que la medida calzaba dentro de las excepciones del Artículo XX que permiten infringir en circunstancias determinadas el principio de no discriminación entre productos similares, el corazón del sistema multilateral de comercio. Para algunos analistas, la resolución dejó abierta la puerta para otras medidas semejantes en el futuro, con los costos adicionales potenciales para los países exportadores.⁽⁴³⁾

La decisión le brindó mayor importancia al compromiso con el desarrollo sostenible, incluido en el preámbulo del Acuerdo de Marrakech que instauró la OMC, al citarlo como una justificación aceptable. En efecto, el procedimiento de solución de diferencias de la OMC constató la legitimidad de la medida unilateral impuesta por Estados Unidos, aunque precisó que deben continuar los esfuerzos por alcanzar un acuerdo multilateral en esta materia.⁽⁴⁴⁾ Nuevamente los

(42) Las tortugas sí se encuentran tuteladas por CITES, no obstante, éste es un instrumento que restringe el *comercio internacional* de estas especies y no regula su protección *in situ*.

(43) Consultar, por ejemplo, ANGEL (Amy), *op. cit.*, p. 5.

(44) El Órgano de Apelación de la OMC instaurado al efecto estableció: “Nos parece [...] que *condicionar el acceso al mercado interno de un Miembro a que el país exportador cumpla o adopte una política o unas políticas unilateralmente prescritas por el Miembro importador puede ser en cierto sentido un aspecto común de las medidas que entran dentro del ámbito de alguna de las excepciones a) a j) del artículo XX*. Los párrafos a) a j) incluyen medidas que están reconocidas como excepciones a obligaciones sustantivas establecidas en el GATT de 1994, porque se ha reconocido un carácter importante y legítimo a la política interna implícita en esas medidas. No es necesario suponer que exigir a los países exportadores el acatamiento o la adopción de ciertas políticas (aunque en principio estén cubiertas por alguna de las excepciones) prescritas por el país importador imposibilita a priori la justificación de una medida al amparo del artículo XX. Una interpretación de ese tipo

paneles de solución de diferencias de la OMC insisten en la conveniencia de lograr un AMUMA, sobre la imposición de disposiciones unilaterales de los Estados.

3. Caso Camarón-Tortugas: ¿La reversión concluyente de la jurisprudencia?

La última decisión sobre el tema, la constituye la reclamación establecida por la India, Malasia, Pakistán y Tailandia contra los Estados Unidos (*Caso Camarón-Tortugas*). En esta ocasión se impugnó La Ley de Especies Amenazadas de 1973, que exigía la utilización de los dispositivos DET cuando se pescara camarón en áreas donde existía la posibilidad de encontrar tortugas marinas.⁽⁴⁵⁾ Nótese que, tanto en el Caso Atún-Delfines como en *Camarones-Tortugas*, no se discute disconformidad alguna con el atún o los camarones como productos, pues en principio cumplían las normas sanitarias.

inutiliza la mayoría de las excepciones del artículo XX, si no todas, resultado que repugna a los principios de interpretación que estamos obligados a aplicar.” OMC, informe del Órgano de Apelación, WT/DS58/AB/R, adoptado el 6 de noviembre de 1998, párrafo 89.

En la resolución de la apelación de Malasia, el Órgano de Apelación agregó que “la constatación del Grupo Especial, que figura en el párrafo 6.1 de su informe de que el artículo 609 de la *Public Law* 101-162, tal como ha sido puesto en vigor por las Directrices Revisadas de 8 de julio de 1999 y según la aplicación realizada hasta la fecha por las autoridades de los Estados Unidos, está justificado a tenor del artículo XX del GATT de 1994 siempre que se sigan cumpliendo las condiciones que figuran en las constataciones del presente informe, en particular los esfuerzos serios y de buena fe en curso, destinados a lograr un acuerdo multilateral.” OMC, informe del Órgano de Apelación, WT/DS58/AB/RW, adoptado el 22 de octubre de 2001, párrafo 153.b.

- (45) La Ley de Especies Amenazadas de 1973 de los Estados Unidos, enumeraba cinco especies de tortugas marinas amenazadas o en peligro que se encuentran en aguas estadounidenses y prohibía su “captura” en los Estados Unidos, en sus aguas territoriales y en alta mar; entendiéndose por captura el hostigamiento, la caza, la matanza de tortugas y su captura, o la tentativa de hacerlo. De conformidad con la Ley, los Estados Unidos exigían que los arrastreros dedicados a la pesca del camarón utilizaran unos dispositivos para excluir a las tortugas (“DET”) en sus redes cuando pescaran en zonas donde había una probabilidad considerable de encontrar tortugas marinas.

Por su parte, el artículo 609 de la Public Law 101-102, ya impugnada en el *Caso Estados Unidos-Camarones*, exigía, para la importación del camarón, la certificación que había sido pescado con tales dispositivos, a no ser que se acreditara que la nación en cuestión contaba con un programa regulatorio y una tasa de capturas incidentales comparable a la de los Estados Unidos, o que el entorno particular de la pesca en esa nación no representaba ninguna amenaza para las tortugas marinas.

Los informes del Grupo Especial y del Órgano de Apelación fueron adoptados en 1998. El Grupo Especial consideró que la prohibición impuesta por los Estados Unidos era incompatible con el Artículo XI del Acuerdo General y no podía ampararse en el Artículo XX por ser discriminatoria. En efecto, Estados Unidos ofrecía a los países del hemisferio occidental, principalmente del Caribe, asistencia técnica y financiera y unos períodos de transición más largos para que sus pescadores empezaran a utilizar los dispositivos para excluir a las tortugas. Por el contrario, no ofrecía las mismas ventajas a los cuatro países asiáticos (la India, Malasia, Pakistán y Tailandia) que presentaron la reclamación en la OMC.

En este sentido, conviene destacar que la OMC ha sido enfática en destacar que “los Estados Unidos perdieron el caso, no porque pretendieran proteger el medio ambiente sino porque discriminaban a algunos Miembros.”⁽⁴⁶⁾ En su informe, el Órgano de Apelación afirmó que, de conformidad con las normas de la OMC, los países tienen derecho a adoptar medidas comerciales para proteger el medio ambiente (en particular, para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales, y para proteger a las especies amenazadas y los recursos agotables).⁽⁴⁷⁾ La OMC no tiene que

(46) Ver http://www.wto.org/spanish/tratop_s/envir_s/edis08_s.htm

(47) “[...] la protección y conservación de especies altamente migratorias de tortugas marinas es decir, el mismo objetivo de política ambiental de la medida, exige esfuerzos de concertación y colaboración por parte de los muchos países cuyas aguas son atravesadas reiteradamente con ocasión de las migraciones de tortugas marinas. La necesidad y conveniencia de tales esfuerzos han sido reconocidas dentro de la propia OMC, así como en un número importante de otros instrumentos y declaraciones internacionales.” Párrafo 124 del informe del Órgano de Apelación WT/DS58/AB/RW (*Caso Camarón-Tortugas*) del 22 de octubre de 2001

“atribuirles” este derecho, declarándose la compatibilidad de la medida de aplicación con el párrafo g) del Artículo XX del GATT de 1994 pero no con su preámbulo que prohíbe la implementación de medidas discriminatorias.

Malasia argumentó que Estados Unidos debió haber logrado concluir un AMUMA antes que una restricción comercial pudiera imponerse. No obstante, el Órgano de Apelación consideró que no existía un requerimiento absoluto de que los países tuvieran que asumir negociaciones multilaterales antes que se les permitiera aplicar medidas comerciales. En consecuencia, aunque las disposiciones unilaterales son en principio permisibles, dependiendo de cómo estén diseñadas, las regulaciones comerciales adoptadas en el contexto de un AMUMA deberían ser más fácilmente justificables ante la OMC. La OMC claramente prefiere, en las decisiones de los paneles designados para la solución de conflictos, este tipo de disposiciones, sin embargo para algunos las medidas unilaterales son deseables en ciertos contextos.⁽⁴⁸⁾

El Órgano de Apelación consideró entonces que esta discriminación entre productos similares podría estar justificada bajo el Artículo XX, a pesar de esta autorización en su criterio Estados Unidos aplicó el embargo contra todas las exportaciones de camarones de un país, aunque éste pudiera demostrar que adoptó medidas de protección a las tortugas marinas comparables a aquéllas de Estados Unidos.⁽⁴⁹⁾ El

e informe del Órgano de Apelación, WT/DS58/AB/R (*Caso Estados Unidos-Camarones*), adoptado el 6 de noviembre de 1998, párrafo 89.

Los instrumentos y declaraciones internacionales ambientales citados son el Principio 12 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, el inciso i) del párrafo 2.22 del Programa 21, artículo 5 del Convenio sobre la Diversidad Biológica, el Apéndice I de la Convención sobre la Conservación de las Especies Migratorias de Animales Silvestres, la Convención Interamericana sobre para la Protección y Conservación de las Tortugas Marinas. Ver Informe del Órgano de Apelación, párrafo 168, WT/DS58/AB/R (*Caso Camarón-Tortugas*) del 12 de octubre de 1998.

(48) Por ejemplo, SRINIVAS (K. Ravi), “Turtles, Trade and Unilateral Measures: Reframing the Debate”, en *Economic and Political Weekly*, 8 de febrero del 2003, en <http://www.epw.org.in>

(49) Con motivo de la apelación, el Órgano señalado al efecto constató que la medida en cuestión reunía las condiciones para acogerse a las dispo-

proceso de certificación país por país, instaurado por Estados Unidos, no satisfizo tampoco las condiciones del preámbulo del Artículo XX.⁽⁵⁰⁾

Como consecuencia de esta resolución, Estados Unidos reformó su legislación en varios aspectos, incluyendo permitir la importación del camarón recolectado por embarcaciones comerciales particulares, que utilizan instrumentos de protección a las tortugas similares en efectividad a aquéllos requeridos por este país.

En la segunda disputa del caso ante la OMC, en el 2001, el Grupo Especial y el Órgano de Apelación resolvieron que las nuevas medidas diseñadas por Estados Unidos eran compatibles con el GATT, por lo que continúan vigentes hoy en día. La resolución "*Camarones-Tortugas*" contiene una innovación fundamental que revirtió lo sucedido en casos anteriores al declarar que los grupos especiales de la OMC pueden

siciones del apartado g) del Artículo XX, como justificación provisional, pero no cumplía los requisitos del preámbulo (párrafo introductorio) del Artículo XX. Por consiguiente, el Órgano de Apelación concluyó que la medida estadounidense no estaba amparada por el artículo XX del Acuerdo General: "[...] aunque la medida de los Estados Unidos objeto de la diferencia sometida a esta apelación cumpla un objetivo de protección medioambiental reconocido como legítimo en virtud del apartado g) del Artículo XX del GATT de 1994, esta medida ha sido aplicada por los Estados Unidos en forma que constituye una discriminación arbitraria e injustificable entre Miembros de la OMC, en contra de lo prescrito en el preámbulo del artículo XX." Párrafo 186 de la resolución del Órgano de Apelación en WT/DS58/AB/R (Caso Camarón-Tortugas) del 12 de octubre de 1998.

- (50) Al efecto, conviene señalar lo no resuelto por el Órgano de Apelación: "Al llegar a estas conclusiones, deseamos subrayar aquello que no hemos decidido en esta apelación. No hemos decidido que la protección y preservación del medio ambiente no tenga importancia para los Miembros de la OMC. Evidentemente la tiene. *No* hemos decidido que los países soberanos que son Miembros de la OMC no puedan adoptar medidas eficaces para proteger las especies amenazadas, tales como las tortugas marinas. Evidentemente pueden o deben hacerlo. Y *no* hemos decidido que los Estados soberanos no deban actuar conjuntamente en forma bilateral, plurilateral o multilateral, en el marco de la OMC o en otros foros internacionales, para proteger a las especies amenazadas o proteger de otra forma al medio ambiente. Evidentemente, deben hacerlo y de hecho lo hacen." Párrafo 185 del informe del Órgano de Apelación, en WT/DS58/AB/R (Caso Camarón-Tortugas) del 12 de octubre de 1998.

aceptar intervenciones de “amicus curiae” de las ONG o de otras partes interesadas.⁽⁵¹⁾ La apertura hacia sectores no implicados directamente en la controversia contribuirá, en nuestro criterio, a incrementar la transparencia en este foro.

Para Duncan BRACK y Thomas BRANCZIK, el *Caso “Camarón-Tortugas”* demuestra que una regulación, con un objetivo cuidadosamente delineado y destinada a excluir productos determinados, tomada sobre la base de la forma en que bienes específicos son producidos –sin considerar el país o la compañía de la que provienen–, pueden ser compatibles con el GATT. No obstante, agregan que, en virtud de la complejidad del debate, cuando el daño ambiental está confinado a la localidad del proceso de producción, las medidas ambientales no son fáciles de justificar. Las distintas locaciones geográficas difieren en su capacidad de asimilar la contaminación, dependiendo de factores como el clima, la densidad de la población, los niveles de polución y las preferencias de riesgo prevalentes. Las regulaciones ambientales elaboradas para los países industrializados, con altas densidades de población y ambientes que han sido sujetos a contaminación por los últimos 200 años, pueden devenir totalmente inapropiadas para los países en vías de desarrollo, con densidades de población y niveles de contaminación heredados a menudo mucho menores. Aún así, las medidas comerciales fundamentadas en el procedimiento de producción del bien pueden pretender imponer estándares más altos. Llevado a un extremo, este razonamiento podría negar la base de la ventaja comparativa, que descansa en la premisa que los países poseen distintas estructuras de costo para la producción de bienes diversos. Por este motivo no es sorprendente que muchos países en desarrollo conciban como proteccionistas los motivos de aquéllos que buscan introducir los procesos de producción de los bienes en el debate.⁽⁵²⁾

El panorama es otro, sin embargo, cuando se trata de daño ambiental transfronterizo o global, pues el impacto del procedimiento de manufactura del producto no se encuentra confinado, en cuanto a

(51) SRINIVAS considera que la participación de las ONG en el mecanismo de solución de diferencias de la OMC debería ser bienvenida pues realza la legitimidad de esta institución incorporando los enfoques, voces e intereses de aquellos excluidos del proceso, *op. cit.*

(52) Ver Duncan BRACK y Thomas BRANCZIK, *op. cit.*, p. 7.

sus efectos, al país de origen. Particularmente en los casos en que el uso de la energía se encuentra implicado, como en efecto se halla en casi todos los procesos productivos, la contaminación es el resultado del procedimiento y no del bien. Las tentativas de reducir energía con el objetivo de mitigar el cambio climático a través de, por ejemplo, impuestos a la utilización de la energía o al carbón, suelen ser aplicadas a los procesos productivos.

Los esquemas de eco-etiquetado y los enfoques del ciclo de vida tienen también la atención concentrada en la forma en que tales productos son manufacturados, cultivados o recolectados, así como en las características del bien como tal. Justamente, la idea subyacente al eco-etiquetado es proveer información acerca de las diferencias en las características entre productos similares. Vale preguntarse qué sucedería si fuera impugnada en la OMC la medida, propuesta por los Países Bajos, que exige el eco-etiquetado para los productos de madera. Nótese que se trata de disposiciones que son adoptadas normalmente por países de mayores ingresos y cuya implementación significa normalmente erogaciones significativas para los países en desarrollo.

Tradicionalmente se ha afirmado que el GATT descarta cualquier discriminación fundamentada en la forma en que los productos son manufacturados, capturados o cultivados, sin embargo, contrario a la creencia general, en otras áreas tal discriminación es permitida. Tanto el Acuerdo sobre Subsidios y Medidas Compensatorias y el Acuerdo sobre los Derechos de Propiedad Intelectual relativos al Comercio, regulan algunos aspectos relativos a cómo son producidos los bienes, permitiendo a los países importadores discriminar contra las mercancías si se manufacturan utilizando subsidios excesivos o propiedad intelectual indebidamente obtenida.⁽⁵³⁾ De la misma forma, el Artículo XX del GATT, nuevamente, permite discriminar contra los artículos producidos con mano de obra penitenciaria.

B. El escrutinio de las medidas gubernamentales de protección a la salud

Uno de los primeros casos planteados en la OMC, fue iniciado por una reclamación de Venezuela, y posteriormente Brasil, contra los

(53) Al respecto, ver BRACK (Duncan) y BRANCZIK (Thomas), *op. cit.*, pp. 6-7.

Estados Unidos por su Ley de Protección de la Calidad del Aire y la Reglamentación sobre Gasolinas, conocido como “*Estados Unidos-Pautas para la gasolina reformulada y convencional*”. En esta oportunidad, el tema en discusión fue determinar si esta normativa contenía medidas discriminatorias contra la gasolina importada favoreciendo las refinerías nacionales. De la misma forma, el informe del Grupo Especial sí fue adoptado en 1996, teniendo como consecuencia la emisión de nueva legislación estadounidense en agosto de 1997. El Órgano de Apelación determinó, en última instancia, que la gasolina importada y doméstica químicamente idénticas eran productos similares, sin reparar en los estándares ambientales de los productores.⁽⁵⁴⁾

En el caso de las regulaciones relativas a productos de amianto y sus derivados, Canadá desafió la prohibición total de estos productos, contenida en el Decreto No. 96-1133 del gobierno francés, arguyendo que los materiales de construcción que contuvieran amianto y aquéllos que no lo tuvieran deberían ser tratados como productos similares. Las Comunidades Europeas (CE), en representación de Francia, asumieron la defensa argumentando que el amianto es un cancerígeno que ocasiona la muerte de más de 2,000 personas, solamente en Francia y que, bajo el régimen de la OMC, tenían el derecho de establecer sus propios estándares de seguridad. El Órgano de Apelación, determinó que sí se infringía el párrafo cuarto del Artículo III, no obstante, que tal tratamiento estaba justificado en su aplicación por constituir una excepción de acuerdo al apartado b) del Artículo XX y la adecuación a las disposiciones de la introducción general del Artículo XX del GATT de 1994.⁽⁵⁵⁾

(54) El Grupo Especial constató que la Reglamentación sobre Gasolinas era incompatible con el Artículo III, y no podía ampararse en los apartados b), d) o g) del Artículo XX. Con posterioridad, el Órgano de Apelación observó, en el procedimiento de apelación contra las constataciones del Grupo Especial sobre el apartado g) del Artículo XX, que las normas de establecimiento de las líneas de base que contenía la Reglamentación sobre Gasolinas estaban incluidas en el ámbito del apartado g) del Artículo XX, pero no cumplían las prescripciones del “preámbulo” (párrafo introductorio) del Artículo XX. Recuérdese que dicho preámbulo se refiere a la imposibilidad de imponer medidas que constituyan una discriminación arbitraria o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta al comercio internacional.

(55) Se determinó que la parte del Decreto relativa a las “excepciones” queda incluida en el ámbito de de aplicación del Acuerdo sobre Obstáculos

Con respecto a los objetivos de salud pública de Francia presentados por las CE, el Grupo Especial llegó a la conclusión de que las CE habían aportado un principio de prueba de que no existe una alternativa que esté razonablemente al alcance de las partes a la prohibición del crisotilo y los productos de crisotilo-cemento y al recurso a los productos sustitutivos. Canadá no rebatió la “presunción”

Técnicos al Comercio, mas no la sección correspondiente a la “prohibición”. No obstante, como Canadá no formuló ninguna alegación acerca de la compatibilidad de la parte del Decreto relativa a las excepciones con el Acuerdo de la OMC, el Grupo Especial se abstuvo de llegar a una conclusión al respecto. Párrafo 9.1.a. De la misma forma, al calificar como reglamento técnico al Decreto francés, el Grupo Especial estableció: “A nuestro juicio, no se puede determinar la naturaleza jurídica exacta de la medida en litigio a menos que se examine la medida en su conjunto. El artículo 1 del Decreto contiene amplias prohibiciones generales del amianto y de los productos que contienen amianto. Sin embargo, el alcance y la generalidad de esas prohibiciones sólo pueden entenderse a la vista de las excepciones a ellas, excepciones que, aunque durante un plazo limitado, *permiten*, entre otras cosas, la utilización de determinados productos que contienen amianto y, principalmente, de productos que contienen fibras de amianto crisotilo. Por consiguiente, la medida es una prohibición *total* de las fibras de amianto, porque también incluye disposiciones que *permiten*, durante un plazo limitado, la utilización de amianto en ciertas situaciones. Así pues, si se califica a la medida simplemente de prohibición general, y si se la examina como tal, se hace caso omiso de las complejidades de la medida, que incluyen elementos tanto prohibitivos como permisivos. Además, observamos que las excepciones establecidas en la medida no tendrían significado jurídico autónomo si no hubiera prohibiciones. En consecuencia, concluimos que la medida en cuestión ha de examinarse como un todo integrado, teniendo en cuenta, según sea procedente, los elementos prohibitivos y permisivos que forman parte de ella. (...) Considerando la medida como un todo integrado, vemos que en ella se establecen las “características” de todos los productos que pueden contener amianto, y vemos también que en ella se establecen las “disposiciones administrativas aplicables” a ciertos productos que contienen fibras de amianto crisotilo y que se excluyen de las prohibiciones establecidas en la medida. En consecuencia, constatamos que la medida es un “documento” en el que “se establecen las características de un producto [...], con inclusión de las disposiciones administrativas aplicables, y cuya observancia es obligatoria”. Por estas razones, concluimos que la medida constituye un “reglamento técnico” a los efectos del *Acuerdo OTC*. Párrafos 64 y 75 del informe Órgano del Apelación, WT/DS135/AB/R del 12 de marzo de 2001.

establecida por las CE. El Órgano de Apelación estimó, además, que los comentarios de los expertos consultados durante el procedimiento confirmaron la posición de las CE,⁽⁵⁶⁾ llegando a la conclusión de que el Decreto satisfacía las condiciones enunciadas en el preámbulo del Artículo XX.⁽⁵⁷⁾

En este caso, el Órgano de Apelación designado revirtió gran parte de lo resuelto por el Grupo Especial. En particular estableció que el decreto impugnado en su integralidad sí constituía una regulación técnica bajo el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio. En esta instancia también se consideró que debían considerarse los riesgos asociados con fibras de crisotilo, al estudiar la similitud bajo el Artículo III.4 del GATT 1994. En criterio de este Tribunal, Canadá no satisfizo su carga de la prueba demostrando que estas fibras y los productos basados en el crisotilo-cemento fueran equivalentes. En efecto, en el informe inicial del Grupo Especial, la definición de “productos similares”, de acuerdo al Artículo III del GATT fue interpretado ampliamente, por el contrario, el Artículo XX (b) fue objeto de una interpretación restrictiva. Aún con estas restricciones hermenéuticas, el Decreto francés fue eximido de la aplicación de los principios prevalentes del GATT en este informe.

La conclusión del Órgano de Apelación determinó que aún cuando dos productos son juzgados como similares bajos los términos del Artículo III del GATT, pueden ser tratados en forma distinta a través de una regulación mientras esto no lleve a una discriminación sistemática contra las importaciones. Mientras las regulaciones relevantes sean imparciales y equitativas entre los productos importados y los domésticos, y enfocadas en objetivos apropiados –en el caso del amianto tales fines constituían los impactos en la salud del producto–, entonces serían congruentes con la OMC. El litigio reviste particular importancia pues se trata de la primera ocasión, en la historia del GATT y la OMC, en que se consideró que una violación a los principios generales de esta institución era legítima pues se adecuaba a las excepciones del Artículo XX (b) en materia sanitaria y de protección de la vida humana.

(56) Párrafo 162 del informe del Órgano de Apelación en WT/DS135/AB/R del 12 de marzo del 2001.

(57) Párrafo 192 f) del informe del Órgano de Apelación en WT/DS135/AB/R del 12 de marzo del 2001.

Una vez que se conoció el reporte del Órgano de Apelación, las opiniones más optimistas afirmaron que el caso ha cimentado las percepciones de la capacidad de la OMC para adecuarse a las preocupaciones de desarrollo sostenible domésticas e internacionales, particularmente con relación a la salud pública. Las decisiones finales del Grupo Especial levantaron, no obstante, el recelo de organizaciones ambientales y de salud, pues estimaron que no se le confirió suficiente importancia a la naturaleza, dañina para la vida humana, del amianto y de las fibras de amianto. En contraste, los razonamientos del Órgano de Apelación recibieron una aprobación cautelosa por parte de estas comunidades. Otros, aún, creen que el informe del Órgano de Apelación puede estar basado implícitamente en un enfoque precautorio, y demuestra la utilidad de este debatido principio como una herramienta que asista en la toma de decisiones con relación a las medidas económicas relativas a objetivos de salud y sociales.⁽⁵⁸⁾

Efectivamente, aún en el caso *Comunidades Europeas/Medidas que afectan la carne y productos cárnicos (Hormonas)*, el Órgano de Apelación designado consideró que no se trata de un principio reconocido del derecho internacional. Al efecto, el informe de este Órgano dispuso que “la condición del principio precautorio en el derecho internacional continúa siendo objeto de debate entre los académicos, los practicantes del derecho, los funcionarios y los jueces. El principio precautorio es concebido como un principio internacional del derecho de la costumbre internacional ambiental. Su aceptación por los Miembros de la OMC como un principio general o de la costumbre del derecho internacional es menos que clara. Consideramos, sin embargo, que es innecesario y probablemente imprudente, que el Órgano de Apelación en esta decisión tome una posición acerca de esta pregunta importante pero abstracta. Señalamos que el Grupo Especial no llegó a una conclusión definitiva con relación a la condición del principio precautorio en el derecho internacional, el cual, al menos fuera del ámbito del derecho internacional ambiental, aún espera por una formulación vinculante.”⁽⁵⁹⁾

(58) Con esta posición, ver CORDONIER SEGGER (Marie-Claire) y GEHRING (Markus W.), “The WTO and Precaution: Sustainable Development Implications of the WTO Asbestos Dispute”, en *Journal of Environmental Law*, Oxford University Press, Volumen 15, Número 3, 2003, p. 291.

(59) Ver WT/DS26/AB/R y WT/DS48/AB/R del 16 de enero de 1998, párrafo 123.

Los casos citados demuestran que el argumento de la distinción entre el proceso de producción y el bien como tal ha evolucionado totalmente a través de la resolución de disputas y no mediante las negociaciones políticas en la OMC. Incluso, el tema no figura del todo en las negociaciones de la Ronda de Doha.

IV. LA CONSOLIDACIÓN INTERNACIONAL DEL PRINCIPIO PRECAUTORIO

En nuestra opinión, el arraigo de este principio debe aún cimentarse con más resoluciones en el ámbito de la OMC, sin embargo, las pistas hacia este afianzamiento están dadas. En efecto, por una parte, se ha argumentado que se trata de un principio aún demasiado nuevo e indefinido para guiar apropiadamente a los tomadores de decisiones o para ser ponderado por la ley. Los Estados Unidos y Australia son los países, con peso categórico en el comercio internacional, que insistentemente se han opuesto al reconocimiento del principio precautorio como un precepto vinculante dentro de la costumbre internacional.

El principio precautorio se encuentra en la Declaración de Río sobre Ambiente y Desarrollo.⁽⁶⁰⁾ Aunque esta Declaración es un instrumento internacional de naturaleza no vinculante, el principio precautorio ha ganado aceptación en años recientes en el derecho internacional de los tratados. Justamente, el Principio 15 de la Declaración de Río se reproducen en forma casi idéntica en el preámbulo del Convenio de Diversidad Biológica de 1992; en el artículo 3, relativo a los principios, de la Convención Marco de Cambio Climático, también del año 1992; en la Convención de París sobre la Protección del Ambiente Marino del Atlántico Noreste del mismo año; y en la Protocolo de Bioseguridad de Cartagena del 2000, negociado en el marco de la Conferencia de las Partes del Convenio de Diversidad Biológica. En este último instrumento, relativo a la transferencia, manejo y utilización segura de los organismos vivos modificados mediante la biotecnología,

(60) El Principio 15 declara: “Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”, *Declaración de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo*, 1992.

se ha confirmado la función esencial del “enfoque precautorio”, como se le denominó, evidenciando la polémica que siempre suscita y que se resiste a conferirle la categoría de principio. El artículo 10, párrafo sexto, establece que la ausencia de certeza científica, debida a información científica relevante insuficiente y al escaso conocimiento relativo a la extensión de los efectos adversos potenciales en la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica, en la Parte importadora, tomando en cuenta también los efectos adversos sobre la salud humana, no puede prevenir a esta Parte de tomar una decisión apropiada con relación a la importación del organismo vivo modificado en cuestión. Este instrumento contribuye a cimentar la condición del principio precautorio como fuente del derecho internacional, lo cual podría incidir en la resolución de disputas de la OMC.⁽⁶¹⁾

En efecto, para algunos analistas, este instrumento podría proporcionar el primer terreno de prueba para el choque entre los AMUMAs y el régimen de la OMC.⁽⁶²⁾ Conviene ser realista y no pretender que el principio precautorio sea el remedio legal por excelencia o que pueda ser utilizado en todas las situaciones. No obstante, es una herramienta útil para proveer una respuesta sistemática al problema de la incertidumbre científica en la toma de decisiones en materia ambiental y sanitaria. En este sentido, el principio precautorio reviste dos etapas distintas. En primer lugar, se encuentra la decisión política de actuar o de no actuar, que se encuentra indefectiblemente ligada a los factores que desencadenan el recurso al principio precautorio. En esta etapa, es necesario identificar los efectos potencialmente negativos de la acción, para lo cual se requiere usualmente de una investigación científica. Y, una vez que los efectos potenciales son identificados, debe realizarse una evaluación del riesgo. Si no fuera posible llevar a cabo una evaluación de riesgo integral, deben efectuarse todos los esfuerzos por evaluar la información científica disponible.⁽⁶³⁾ Por último, si se adopta una acción, el principio precautorio

(61)

(62) Ver BRACK (Duncan) y BRANCZIK (Thomas), *op. cit.*, p. 9.

(63) Sobre el particular ver CORDONIER SEGGER (Marie-Claire) y GEHRING (Markus W.), *op. cit.*, pp. 292-293. Los autores agregan que la incertidumbre científica es normalmente el resultado de cinco características del método científico: la variable escogida, las medidas realizadas, las muestras tomadas, los modelos utilizados y la relación causal empleada.

debe guiar tal medida. Empero, la respuesta no siempre significa que deben acordarse acciones, bien puede decidirse no llevar a cabo precaución alguna. La expresión apropiada es entonces el resultado de una decisión política que determina el nivel de riesgo que es aceptable para la sociedad en que se impone. En el mismo sentido, el recurso al principio precautorio no significa necesariamente la adopción de instrumentos designados a producir efectos legales sujetos a revisión judicial.

Un aspecto importante es que los legisladores y los tomadores de decisiones, en virtud del principio de precaución, pueden revertir la carga de la prueba requiriendo que las sustancias cuestionadas sean catalogadas como peligrosas hasta que se demuestre lo contrario, y que el sector empresarial y comercial lleve a cabo investigaciones científicas que evalúen el riesgo. Mientras el riesgo para la salud humana, vegetal o animal no se evalúe con suficiente seguridad, no se podría autorizar el uso de estas sustancias salvo excepcionalmente para propósitos de prueba.

En la Unión Europea el principio precautorio se encuentra generalmente aceptado y es particularmente importante para la protección ambiental y la salud humana, animal y vegetal. Este reconocimiento se ha alcanzado no sólo a nivel legislativo, sino también en el contexto judicial europeo y de políticas gubernamentales.⁽⁶⁴⁾ Valga al efecto rescatar los artículos 6, 95.3, y 152 primer párrafo del Tratado de las Comunidades Europeas que establecen obligaciones para la Comisión, el Parlamento y el Consejo con el objetivo de garantizar la protección de la salud, seguridad y protección ambiental, con un enfoque de desarrollo sostenible. Normalmente, las medidas se determinan de acuerdo con una base científica satisfactoria, sin embargo, cuando existe un grado de preocupación por los peligros potenciales que pueden afectar el medio ambiente o la salud humana, animal o vegetal y, paralelamente, no existe suficiente información disponible para una evaluación del riesgo detallada, el principio precautorio ha sido aceptado políticamente como una estrategia de manejo del riesgo en diversos campos.⁽⁶⁵⁾

(64) Para un estudio concerniente a los textos legislativos, la jurisprudencia europea de la Corte de Justicia y la Corte de Primera Instancia, así como de los enfoques precautorios en las políticas gubernamentales de esta región, ver CORDONIER SEGGER (Marie-Claire) y GEHRING (Markus W.), *op. cit.*, pp. 299-304.

(65) CORDONIER SEGGER (Marie-Claire) y GEHRING (Markus W.), *op. cit.*, p. 304.

En el contexto actual, con la reciente emisión del Protocolo de Bioseguridad y la aplicación consuetudinaria a nivel europeo del principio precautorio, es de suma importancia la resolución que la OMC adoptará por la reclamación que presentaron en mayo del 2003 Argentina, Canadá y Estados Unidos contra la moratoria de facto, instituida por la UE, impuesta a la aprobación y comercialización de los productos biotecnológicos, la cual está sujeta al etiquetado y a la trazabilidad de los organismos genéticamente modificados (OGM) y de los productos que contengan OGM. Estados Unidos alega que esta medida es inconsistente con el Acuerdo sobre MSF, el Acuerdo sobre OTC, el Acuerdo sobre Agricultura y el GATT mismo. Se trata, sin duda alguna, de una disputa álgida y controversial, que tratará el tema de la aceptación de los productos genéticamente modificados, hacia el cual el público y el gobierno europeo tienen una alta sensibilidad y reticencia, contrario a lo que sucede con sus homólogos estado-unidenses.⁽⁶⁶⁾

Referencias más tenues a este principio, pueden encontrarse en el preámbulo del Acuerdo que instauro la OMC, donde se señala el compromiso con el desarrollo sostenible. De aquí también se puede derivar la responsabilidad de tomar en cuenta el principio precautorio en el contexto GATT/OMC pues, de acuerdo a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el objeto y propósito de un tratado puede deducirse en parte consultando su preámbulo.

En el contexto de la OMC, la evaluación del riesgo se encuentra también integrada en el Acuerdo sobre MSF y en el Acuerdo sobre OTC. No puede afirmarse, empero, que el principio precautorio se encuentre taxativamente contemplado.⁽⁶⁷⁾ No obstante, ciertas previsiones incorporan nociones del principio precautorio, aunque las medidas que se adopten en un contexto de evidencia científica inadecuada deben respetar determinadas condiciones.⁽⁶⁸⁾ Aunque estas condiciones se insertan únicamente en el marco del Acuerdo MSF, la naturaleza

(66) Se espera que las decisiones del Grupo Especial y del Órgano de Apelación se encuentren listas para finales del 2004 o durante el 2005.

(67) En criterio de BRACK y BRANCZIK, se trata de una versión débil del principio precautorio, op.cit., p. 6.

(68) Por ejemplo, el Artículo 5.7 del Acuerdo MSF dispone: "Cuando los testimonios científicos pertinentes sean insuficientes, un Miembro podrá

específica de otros ámbitos más amplios, como el medio ambiente o las políticas de salud, pueden requerir que se apliquen preceptos distintos.

Bajo el párrafo 2.2 del Acuerdo sobre OTC, las regulaciones técnicas no pueden ser más restrictivas de lo necesario para asegurar un objetivo legítimo.⁽⁶⁹⁾ Duncan BRACK y Thomas BRANCZIK precisan que se ha interpretado que esta disposición incluye las regulaciones ambientales que actualmente comprenden el control de la contaminación atmosférica y de los químicos peligrosos, aunque no se ha clarificado el significado de “más restrictivas de lo necesario” e “innecesario obstáculo al comercio” en este Acuerdo.⁽⁷⁰⁾ Hasta el momento, no se existe casi experiencia con relación a la forma en que un procedimiento de solución de diferencias solucionaría la interpretación de estas frases.

A. El caso comunidades europeas/hormonas: la apatía de la OMC por el principio precautorio

En el *Caso Comunidades Europeas/Hormonas*, las CE prohibieron la venta de ganado que ha crecido con la asistencia de infusiones de hormonas artificiales, asunto acerca del cual el consumidor europeo

adoptar provisionalmente medidas sanitarias o fitosanitarias sobre la base de la información pertinente de que disponga, con inclusión de la procedente de las organizaciones internacionales competentes y de las medidas sanitarias o fitosanitarias que apliquen otras partes contratantes. En tales circunstancias, los Miembros tratarán de obtener la información adicional necesaria para una evaluación más objetiva del riesgo y revisarán en consecuencia la medida sanitaria o fitosanitaria en un plazo razonable.” Ver *Acuerdo sobre MSF*.

(69) El Artículo 2.2 del Acuerdo sobre OTC establece: “Los Miembros se asegurarán de que no se elaboren, adopten o apliquen reglamentos técnicos que tengan por objeto o efecto crear obstáculos innecesarios al comercio internacional. A tal fin, los reglamentos técnicos no restringirán el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo. Tales objetivos legítimos son, entre otros: los imperativos de la seguridad nacional; la prevención de prácticas que puedan inducir a error; la protección de la salud o seguridad humanas, de la vida o la salud animal o vegetal, o del medio ambiente. Al evaluar esos riesgos, los elementos que es pertinente tomar en consideración son, entre otros: la información disponible científica y técnica, la tecnología de elaboración conexa o los usos finales a que se destinen los productos.” Ver *Acuerdo sobre OTC*.

(70) BRACK y BRANCZIK, *op. cit.*, p. 5.

es muy susceptible. Estados Unidos alega que el método mediante el que aplican las hormonas es totalmente seguro para la ingestión humana y que las CE no tienen base científica para la reglamentación, lo que perjudica las exportaciones estadounidenses a la UE. Las CE respondieron que no tenían la obligación de dar una justificación científica. El informe del Órgano de Apelación estableció que la evaluación de riesgo se encontraba incorporada al Artículo 5.7 del Acuerdo MSF.⁽⁷¹⁾ Lo mismo podría aplicarse para el párrafo sexto del preámbulo y al Artículo 3.3 de este Acuerdo, pues ambos reconocen el derecho de las Partes a determinar el nivel que juzguen apropiado de protección sanitaria, el cual podría ser más alto que el contemplado en los estándares, guías y recomendaciones internacionales existentes; generalmente las regulaciones internacionales son más exigentes que las domésticas, especialmente para los países en desarrollo.

En esta disputa, la evaluación del riesgo respaldada por la certeza científica fue el factor fundamental a considerar para la resolución del caso. El Órgano de Apelación decidió que la prohibición de importar carne con las hormonas en cuestión podría justificarse mientras la UE proveyera evidencia científica convincente sobre su peligro para la salud humana. Cuando la UE no presentó la prueba en el plazo previsto, la OMC autorizó a Estados Unidos a imponer tarifas a categorías específicas de exportaciones europeas. Como precisamos, el Órgano de Apelación no consideró que el principio de precaución estuviera ya consolidado como un principio general del derecho internacional. Esta conclusión significa que “habrá una oportunidad para los países exportadores de desafiar las normas de los países importadores y requerir al país importador para que justifique la norma sobre la base de ‘ciencia compatible’, [lo cual] hace surgir miedos substanciales de que los paneles del GATT tenderán a regular contra las normas que vayan más allá del común denominador más bajo de las normas ambientales nacionales en el sistema GATT/OMC.”⁽⁷²⁾

Este caso no se trataba sobre discriminación, pues la UE también prohíbe a sus propios productores utilizar las hormonas controvertidas. Se suscita entonces la pregunta de cómo pueden establecer

(71) Ver *Comunidades Europeas/Hormonas*, párrafo 120, Informe del Órgano de Apelación. WT/DS26/AB/R y WT/DS48/AB/R del 16 de enero de 1998.

(72) JACKSON (John H.), *op. cit.*, p. 35.

apropiadamente estándares en esta materia en las ocasiones en que no existe conocimiento científico certero. Aún si una norma no es discriminatoria en el lenguaje y en la práctica, surgen las discusiones acerca de los estándares mínimos. ¿Debe considerarse en estos casos la aplicación del principio precautorio, familiar para los instauradores de políticas ambientales, particularmente cuando los costos de las acciones son bajos y los riesgos de la inacción altos?

No obstante, el principio precautorio se reconoce en el informe del Órgano de Apelación del caso “*Estados Unidos-Camarones*”, donde se citan principios internacionales, convencionales y de la costumbre como asistencias relevantes para la interpretación. En opinión de Marie-Claire CORDONIER y Markus W. GEHRING, el Órgano de Apelación designado debería utilizar los principios del derecho internacional del desarrollo sostenible, incluyendo al principio precautorio, como una guía para interpretar los Acuerdos de la OMC en el desarrollo de su jurisprudencia.⁽⁷³⁾

La OMC, como cualquier sistema o subsistema legal, no puede abstraerse de la ampliación de las fuentes del derecho internacional público.⁽⁷⁴⁾ Para MURASE, los artículos del GATT deberían interpretarse no sólo de acuerdo a su texto e historia legislativa, sino también ponderando la “práctica subsiguiente” de los Estados, de conformidad con el Artículo 31 párrafo tercero de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.⁽⁷⁵⁾ Efectivamente, en el comentado caso “*Estados Unidos-Pautas para la gasolina reformulada y convencional*”, el Órgano de Apelación indicó que el sistema de la OMC, como cualquier otro subsistema legal, no podía ser construido en aislamiento del resto de las fuentes del derecho internacional público.⁽⁷⁶⁾ Se ha propuesto, entonces, que cuando ciertas circunstancias no estén

(73) CORDONIER SEGGER (Marie-Claire) y GEHRING (Markus W.), *op. cit.*, p. 307.

(74) Ya en la *Decisión sobre Ambiente y Desarrollo* de 1994, la Conferencia Ministerial “toma nota” de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo y del Programa 21, *op. cit.*

(75) MURASE (Shinya), *op. cit.*, p. 4.

(76) Artículo 31.1 del informe del Órgano de Apelación, ver WT/DS2/9 del 20 de mayo de 1996.

específicamente contempladas con el Acuerdo MSF, la OMC debería, aún así, aplicar el principio precautorio cuando sea pertinente.

CONCLUSIONES

Los intentos por tratar “el problema de los AMUMAs” no han sido del todo exitosos. Por ejemplo, la Comisión de Comercio y Medio Ambiente de la OMC no ha podido lograr una solución “legislativa”. Y, por su parte, el Artículo XX del GATT, la regulación que permite la exención, y el artículo 104 del TLCAN constituyen soluciones menos que satisfactorias. Desde que este tema comenzó a preocupar a los funcionarios encargados del diseño de políticas y al público en general, nuevos acuerdos que suscitan “el problema de los AMUMAs” han sido negociados, principalmente la Convención de Róterdam acerca del Consentimiento Previo Informado en el Comercio Internacional para Ciertos Químicos y Pesticidas Peligrosos y el Protocolo de Cartagena sobre Bioseguridad. Para David A. WIRTH, del Boston College Law School, la persistencia “del problema de los AMUMA” tiene el potencial de generar un “efecto congelante” en medidas comerciales necesarias y efectivas en los nuevos acuerdos ambientales por negociar,⁽⁷⁷⁾ como aquéllas incluidas en el Protocolo de Montreal.

La amplia agenda de negociación de la OMC tiene impactos contundentes en varias áreas de política gubernamental. Asimismo, existe un número creciente de AMUMAs que contemplan medidas comerciales y, paralelamente, una cantidad importante de países que deciden no ratificar estos acuerdos. Desde una perspectiva ambiental, la jurisprudencia de la OMC ha evolucionado de forma más receptiva a preocupaciones ambientales y sanitarias. Sin embargo, las decisiones del panel de solución de diferencias pueden ser revertidas pues los antecedentes no obligan a los árbitros. En consecuencia, el “efecto congelante” continúa teniendo un efecto negativo en las negociaciones de los AMUMA. La necesidad de una solución legal que proporcione seguridad jurídica resulta vital en esta esfera.

(77) WIRTH, David A., *Multilateral Environmental Agreement in the Trade and Environment Debate*, Seminario para suscitar la conciencia de temas de libre comercio en la sociedad civil, Ecologic-Institute for International and European Environmental Policy, Szentendre, 10 de mayo del 2004, p. 3.

La Comisión Europea y otros miembros de la OMC realizan esfuerzos para consolidar la posición de los AMUMAs, no obstante, se requiere que tales afanes sea secundados por más actores, incluyendo los sociales. Al respecto, se han avanzado varios resultados derivados de las negociaciones en curso:

- La codificación de las reglas existentes, sin condicionar la posibilidad de asumir negociaciones en otros foros.
- Aumentar las sinergias y mejorar la coherencia entre los Secretariados de los AMUMAs. Debe recordarse que estos acuerdos son cuerpos legales autosuficientes con Partes, objetivos y estructuras institucionales distintas. Aunque un enfoque común al comercio podría ser beneficioso, las ventajas específicas de los acuerdos existentes, como la flexibilidad y la innovación, no deberían ser obviados o comprometidos.
- Integración profunda del desarrollo económico y los objetivos ambientales. En cuanto a esta propuesta, en general los países en desarrollo temen que las regulaciones ambientales signifiquen una pérdida del acceso a los mercados. Aunque no existe una solución única a este problema, se ha sugerido una participación más decisiva de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD por sus siglas en inglés) en las discusiones, lo cual podría aumentar el grado de credibilidad. De la misma forma, las iniciativas podrían fundarse en los proyectos existentes entre el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y la UNCTAD.⁽⁷⁸⁾

(78) *The Relationship between MEAs and WTO Rules and EU Trade Policy Making-Policy Brief*, Seminario para suscitar la conciencia de temas de libre comercio en la sociedad civil, Ecologic-Institute for International and European Environmental Policy, Szentendre, 10 de mayo del 2004, p. 4.

Reseñas bibliográficas a cargo de Jorge Enrique Romero Pérez

Haba, Enrique Pedro; y, José Francisco Barth. **Los principios generales del derecho, según la doctrina internacional y en los tribunales costarricenses** (San José: Investigaciones Jurídicas S.A., 362 páginas, 2004).

El contenido de esta importante obra se divide de la siguiente manera:

Primera parte: ¿qué son y cómo funcionan los principios generales del derecho? (Elementos generales de análisis doctrinario).

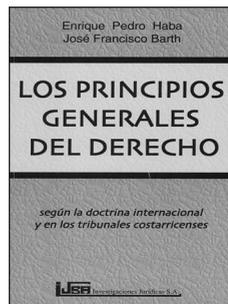
Dr. Enrique Pedro Haba.

- I. La problemática
 - II. Qué son (y, qué no son)
 - III. Procedimientos para desentrañar principios
 - IV. Relaciones entre estos principios y las fuentes del derecho
 - V. Funciones discursivas de los principios
 - VI. La “lógica” de los principios
 - VII. Conclusiones fundamentales
- Excurso: una clasificación más

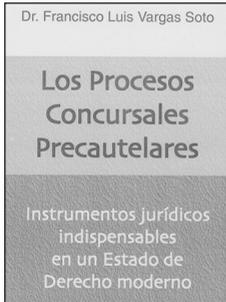
Segunda parte: principios generales del derecho y la jurisprudencia costarricense (de la doctrina internacional a los tribunales costarricenses). Profesor José Francisco Barth.

- I. La posición tradicional de la dogmática jurídica
 - II. La nueva “edad de oro” de los principios
 - III. La posición no esencialista
 - IV. “Principios generales de derecho” en la jurisprudencia costarricense
 - V. Discrepancias judiciales al aplicar los “principios”
- Conclusiones generales.

Este libro es un valioso aporte de expertos en esta materia fundamental.



Vargas Soto, Francisco Luis. **Los procesos concursales precautelares: Instrumentos jurídicos indispensables en un Estado de Derecho moderno** (San José: Investigaciones Jurídicas S. A., 94 páginas, 2004).



Esta publicación es el Discurso académico de incorporación del Dr. Vargas a la Academia Costarricense de Derecho.

Los temas que trata este Discurso son:

1. Orígenes del derecho concursal y su evolución.
 2. Desarrollo moderno del instituto precautelar.
- Conclusiones.

Bien señala el autor que las regulaciones de una nueva legislación deben tener en cuenta que las empresas no deben ser examinadas únicamente bajo consideraciones micro-económicas, sino macro o socio-económicas, que envuelven intereses múltiples y diversos que van más allá de la suerte y de los aportes personales de los accionistas o del empresario (p. 84).

González Ballar, Rafael. **Valores, realidades y fundamento del Derecho Ambiental en Costa Rica** (San José: ediciones Chico, 2003, 286 páginas).

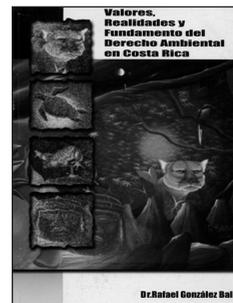
En la *Introducción*, el Dr. González Ballar, nos afirma que con el presente libro nos permitimos ofrecer al lector un esfuerzo por evidenciar lo que para nosotros son los principales valores del Derecho Ambiental, las realidades a las que se enfrentan en nuestra sociedad capitalista y un aporte a como se debe priorizar el fundamento jurídico de esta nueva rama del derecho.

Su contenido es el siguiente:

Título I. Las contradicciones que se producen entre algunos aspectos valorativos y fácticos que han influenciado al Derecho.

Capítulo I. La concepción del mundo, la cultura y la educación moldean un valor vida contradictorio para el derecho.

Capítulo II. Políticas y estilos de desarrollo que multiplican las contradicciones sobre el tratamiento de la vida y el equilibrio de los ecosistemas.



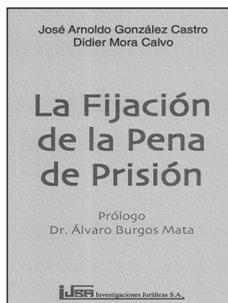
Capítulo III. Las contradicciones se hacen más evidentes sobre las formas irracionales de explotación de los Recursos Naturales y los niveles de contaminación.

La contradicción en la apreciación de los valores se hace evidente en lo sociológico y ecológico.

Título II. Los fundamentos del Derecho Ambiental en nuestro ordenamiento jurídico, distribuido en los capítulos que se indican:

- I. Un fundamento valorativo para el Derecho Ambiental. El interés público ambiental
 - II. El aporte de la Ley Orgánica del Ambiente
 - III. Participación ciudadana
 - IV. Educación e investigación ambiental
 - V. Impacto ambiental
 - VI. Ordenamiento territorial
 - VII. Areas silvestres protegidas
 - VIII. Recursos marinos, costeros y humedades
 - IX. Diversidad biológica
 - X. Recurso forestal
 - XI. Aire
 - XII. Agua
 - XIII. Suelo
 - XIV. Recursos energéticos
 - XV. Contaminación
 - XVI. Producción ecológica
 - XVII. Organización administrativa
 - XVIII. Financiamiento
 - XIX. Sanciones
 - XX. Contralor ambiental
 - XXI. Tribunal ambiental administrativo
 - XXII. Disposiciones finales
- Bibliografía

Esta valiosa obra es una importante contribución al Derecho Ambiental.



González Castro, José Arnoldo; y, Didier Mora Calvo. ***La fijación de la pena de prisión*** (San José: Investigaciones Jurídicas S. A., 211 páginas, 2004).

En el *Prólogo* el Dr. Alvaro Burgos Mata indica que los autores presentan una investigación de calidad, con rigurosa proyección de análisis estadístico sobre muestras representativas de datos con el fin de darle soporte al tema de la fundamentación de la pena (p. 13).

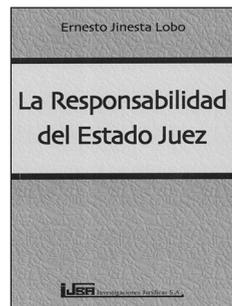
Su contenido está dividido en capítulos:

- I. La fundamentación
 - II. La función y el fin de la pena
 - III. Fundamentación de la individualización del monto de la pena privativa de libertad
 - IV. Resultados de la investigación empírica
- Generalidades
Conclusiones
Bibliografía

Jinesta Lobo, Ernesto. **La responsabilidad del juez** (San José: Investigaciones Jurídicas S. A., 142 páginas, 2004).

Su contenido lo divide en capítulos:

- I. Fundamento y alcance constitucionales de la responsabilidad del Estado-juez.
- II. Distinción entre el servicio público administración de justicia y la función jurisdiccional.
- III. Responsabilidad del Estado-juez por las medidas cautelares ordenadas en un proceso penal.
- IV. Recurso extraordinario de revisión en sede penal y responsabilidad del Estado-juzgador.
- V. Proceso para demandar la responsabilidad personal de los jueces en el Código Procesal Civil y responsabilidad subsidiaria del Estado por los delitos cometidos por el juez.
- VI. Responsabilidad del Estado-juzgador por violación del derecho fundamental a una justicia pronta o a un proceso en un plazo razonable.

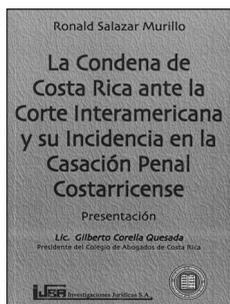


Bibliografía

Bolaños Céspedes, Carlos et al. **Ley forestal y su reglamento. Síntesis de jurisprudencia constitucional, agraria, penal y administrativa, comentada y concordada** (San José: Investigaciones Jurídicas S. A., 245 páginas, 2004).

El Dr. Carlos Bolaños Céspedes, en la *Presentación* de esta obra, informa que la presente obra es el fruto de una investigación realizada por los estudiantes del Posgrado en Derecho Agrario y Ambiental de la Universidad de Costa Rica, correspondiente al grupo de los años 2003-2004, dentro del *Seminario sobre Desarrollo Rural Sostenible*, dirigido él y el Máster Jorge Cabrera Medaglia. La coordinación estuvo a cargo del Dr. Bolaños.

Salazar Murillo, Ronald. ***La condena de Costa Rica ante la Corte Interamericana y su incidencia en la Casación Penal costarricense*** (San José: Colegio de Abogados, Investigaciones Jurídicas S. A., 241 páginas, 2004).



El Presidente del Colegio de Abogados, Lic. Gilberto Corella Quesada, en la *Presentación* afirma que esta institución cumpliendo con uno de sus fines más importantes, cual es el desarrollo de las ciencias jurídicas, la formación de sus agremiados y el fortalecimiento del Estado Democrático de Derecho, tiene el agrado de presentar este libro del Dr. Salazar Murillo.

Esta relevante obra se divide en capítulos:

- I. La casación penal y su aplicación en el sistema costarricense.
- II. Acusación de Costa Rica ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- III. Consecuencias para el Estado y reformas a la Casación.

Conclusiones

Bibliografía

El Dr. Salazar afirma que debemos reconocer que sí lleva razón la sentencia de la Corte Interamericana, en lo relativo a los requisitos de admisibilidad, los cuales constituyen una importante limitante para el ejercicio del derecho, el otro es relativo a la imparcialidad del juez, en que evidentemente el sistema ha autorizado al juzgador a conocer algunos casos sobre los que ha permitido pronunciamiento, aunque sea en forma colateral o de forma (p. 231).

Revista de la Judicatura. No. 1. Diciembre 2004. Colegio de Abogados. Asociación Costarricense de la Judicatura. Poder Judicial. Costa Rica.

Esta importante revista, tiene como su Directora-Editora a la Licda. Iliana Arce Umaña.

Su contenido es:

Presentación: Lic. Alejandro López Mc Adam y Licda. Iliana Arce Umaña

Editorial: Juez Abel Jiménez Obando

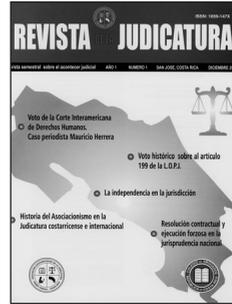
Historia del asociacionismo en la judicatura costarricense e internacional
Juez Alejandro López Mc Adam

El principio de independencia de la jurisdicción
Juez Carlos Picado

*Resolución contractual y ejecución forzosa en la
jurisprudencia nacional*
Juez Luis Fernando Fernández

*Nuevo enfoque de la casación penal costarricense.
Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*
Dr. Ronald Salazar Murillo

*Voto histórico sobre el artículo 199 de la Ley Orgánica
del Poder Judicial*
Información:



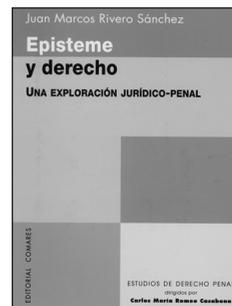
Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Resolución de las 9 hs. 5 mins.
del 23 de abril del 2004.

Nuevo acceso a la información para abogados y abogadas
Estatuto universal del juez

En la *Presentación*, bien se señala que esta revista sale a la luz gracias a la suscripción del convenio de Cooperación entre el Colegio de Abogados de Costa Rica y la Asociación Costarricense de la Judicatura. Poder Judicial. Costa Rica.

Rivero Sánchez, Juan Marcos. ***Episteme y Derecho***. Una exploración jurídico-penal (Granada, España: Comares, 296 páginas, 2004).

En el *Prólogo* el profesor Dr. Winfried Hassmer de la Johann Wolfgang Goethe-Universitat, afirma que esta obra es fascinante en la audacia, con la cual el Dr. Rivero relaciona tradiciones que de manera usual se perciben como islas lejanas y separadas, como lo son la legitimación democrática comunicativa del derecho y la autopoiesis del derecho. Estimulante y útil, sin la menor duda, es el poderoso y metafórico lenguaje del libro, el cual permanece al mismo tiempo claro y limpio desde la perspectiva conceptual.



Su autor, en la *Introducción* indica que ante la pérdida de credibilidad y legitimación del sistema penal, se buscan nuevas formas de reorganizar la administración de la justicia penal. Se crean “*megadespachos*”; se introducen

“malls” de justicia, se ofrecen “combos” (similares por su forma a las ofertas de restaurantes de comidas rápidas), de soluciones alternativas con penas formales, se pone una fe ciega en las estadísticas... Con todo, el intento está condenado al fracaso: el producto que ofrece la administración de justicia no es la Coca Cola (p. 11).

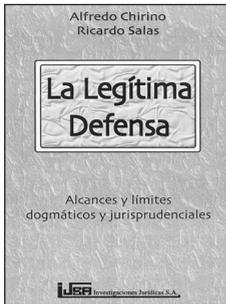
El contenido de esta sugestiva y provocadora obra es:

Introducción

0. El ensamblaje de un modelo
1. Un modelo clásico para la más afilada espada del control estatal
2. Teoría de los desplazamientos
3. El modelo de un Derecho Penal eficaz
4. Hombres, mujeres y niños en el Derecho penal
5. Bases para una dialéctica del desencanto
6. Miserias, peligros y trampas de los discursos penales bien intencionados
7. Las estrategias artificiales de reducción de la complejidad
8. El desafío de la teoría de los sistemas
9. El Derecho penal en el laberinto de los sistemas
10. Entre la rebeldía y el derecho

Bibliografía

Chirino, Alfredo; Ricardo Salas. **La legítima defensa. Alcances y límites dogmáticos y jurisprudenciales.** San José: Investigaciones Jurídicas S. A., 313 páginas, 2004).



Esta valiosa obra se divide en dos partes:

Primera: la legítima defensa: alcances y límites dogmáticos

Segunda: la legítima defensa: alcances y límites jurisprudenciales

En la *Presentación*, el Dr. Daniel González, expresa que el tema de la legítima defensa es una de esas instituciones jurídicas clásicas, que nunca pierden actualidad, por la vital trascendencia que tiene en las relaciones sociales de cualquier comunidad.

Los autores en la *Introducción*, indican que la legítima defensa es una facultad esencial del individuo en sociedad, como un último medio de proteger un bien jurídico propio ajeno.

INDICE

	<i>Pág.</i>
<i>Presentación</i>	8
Ensayos:	
Derecho a la tutela efectiva <i>Dr. Oscar Ugalde Miranda</i>	11
Limitaciones de los derechos fundamentales <i>Máster César Hines</i>	33
La acción cambiaria de regreso <i>Prof. Carlos M. Gómez Rodas</i>	57
Las sanciones aplicables a las personas menores de edad en la Ley de Responsabilidad del Menor de España y en la Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica <i>Profs. Álvaro Burgos Mata, José Manuel Ríos Corbacho</i>	97
Tratado de libre comercio: Derecho, economía e ideología <i>Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez</i>	141
Naturaleza jurídica del notario costarricense <i>Máster Gustavo Adolfo Infante Meléndez</i>	175
La axiomática interacción entre los acuerdos multilaterales medioambientales y las regulaciones del sistema de libre comercio <i>M.Sc. Vanessa Retana</i>	197
Reseñas bibliográficas <i>Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez</i>	241

INDICE

	<i>Pág.</i>
<i>Presentación</i>	9
Ensayos:	
Derecho a la tutela efectiva <i>Dr. Oscar Ugalde Miranda</i>	11
Limitaciones de los derechos fundamentales <i>Máster César Hines</i>	33
La acción cambiaria de regreso <i>Prof. Carlos M. Gómez Rodas</i>	57
Las sanciones aplicables a las personas menores de edad en la Ley de Responsabilidad del Menor de España y en la Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica <i>Álvaro Burgos Mata, José Manuel Ríos Corbacho</i>	97
Tratado de libre comercio: Derecho, economía e ideología <i>Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez</i>	141
Naturaleza jurídica del notario costarricense <i>Máster Gustavo Adolfo Infante Meléndez</i>	175
La axiomática interacción entre los acuerdos multilaterales medioambientales y las regulaciones del sistema de libre comercio <i>M.Sc. Vanessa Retana</i>	197
Reseñas bibliográficas <i>Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez</i>	241

Impreso por
Litografía e Imprenta LIL, S.A.
Apartado 75-1100
San José, Costa Rica
379359