

BLANCA

Revista de Ciencias Jurídicas
Universidad de Costa Rica
Facultad de Derecho
Colegio de Abogados
No. 100 - Cuatrimestral
enero - abril - 2003 - 336 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:

Máster Christian Hess Araya (*Vocal 1º*)
Dra. Rosa María Abdelnour Granados (*Secretaria*)
Lic. Wilberth Arroyo Alvarez (*Prosecretario*)

POR LA FACULTAD DE DERECHO:

Dr. Alfredo Chirino Sánchez
Lic. Jorge Sáenz Carbonell
Lic. Federico Sosto López

Director y Editor

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO

COLEGIO DE ABOGADOS

100
REVISTA
DE
CIENCIAS JURIDICAS

SAN JOSE, COSTA RICA
2003
ENERO - ABRIL

JUNTA DIRECTIVA
COLEGIO DE ABOGADOS

2003

Presidente:

Dr. Manuel Amador Hernández

Vicepresidente:

Dr. José Manuel Arroyo Gutiérrez

Secretaria:

Dra. Rosa María Abdelnour Granados

Prosecretario:

Lic. Wilberth Arroyo Alvarez

Tesorero:

Dr. Paul Rueda Leal

Fiscal:

Licda. Dunia Chacón Chavarría

Vocal 1:

Máster Christian Hess Araya

Vocal 2:

Lic. Pablo Duncan Linch

Vocal 3:

Licda. Amira Suñol Ocampo

Vocal 4:

Lic. Fabio León Zárate

Vocal 5:

Licda. Patricia Madrigal Cordero

AUTORIDADES
UNIVERSITARIAS

Rector:

Dr. Gabriel Macaya Trejos

Directora Consejo Universitario:

Dra. Olimpia López Avendaño

Vice-Rector de Docencia:

Dr. Ramiro Barrantes Mesén

Vice-Rectora de Investigación:

Dra. Yamileth González García

Vice-Rectora de Acción Social:

Dra. Leda Muñoz García

Vice-Rectora de Vida Estudiantil:

Máster Alejandrina Mata Segreda

Vice-Rector de Administración:

Máster Jorge Badilla Pérez

Decano Facultad de Derecho:

Dr. Rafael González Ballar

Vice-Decano Facultad de Derecho:

Lic. Wilberth Arroyo Alvarez

Director Instituto de Investigaciones Jurídicas

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez

Decana Sistema de Estudios de Posgrado:

Dra. María Pérez Yglesias

Coordinador de la Comisión Editorial:

Dr. Fernando Durán Ayanegui

BLANCA

CENTÉSIMO EJEMPLAR DE ESTA REVISTA

Dr. Manuel Amador Hernández

Presidente del Colegio de Abogados
de Costa Rica

En el año de 1963 la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica tuvo la feliz idea de impulsar una revista dedicada a la difusión del pensamiento jurídico. Surgió así, en el seno de la Decana Escuela de Derecho del País, la Revista de Ciencias Jurídicas.

Su primer director fue el Dr. Eduardo Ortiz Ortiz. A él se unió, posteriormente, aunque por poco tiempo, el Lic. Rolando Soto Jiménez. Después de ellos, desde hace casi treinta años, la Revista se encuentra bajo la dirección del Dr. Jorge Enrique Romero Pérez.

Por la época en que don Jorge Enrique asumió dicha tarea, la Junta Directiva del Colegio de Abogados, integrada por los licenciados Rodrigo Odio, Alvaro Pinto, Alejandro Galva, Mario Barrantes, Fernando Valerio, Mario Ramírez, Rafael Villegas, Mario Herrera, Rodrigo Montenegro y Walter Antillón, dispuso fundir la Revista del Colegio con la de Ciencias Jurídicas y, a partir de ese momento, el Colegio dejó de publicar la suya propia.^(*)

Pues bien, el tiempo ha transcurrido y celebramos hoy la centésima publicación de esta revista. El hecho nos llena de regocijo, pues son pocas las revistas jurídicas en América Latina que han llegado a ese número de ejemplares. Por lo demás, el hecho no es casual. Si la Revista de Ciencias Jurídicas se ha mantenido durante tanto tiempo, ello se debe al tesón de su director actual y a la circunstancia de que a lo largo de su historia, la obra se ha convertido en un bastión del pensamiento jurídico nacional.

El Colegio de Abogados, por consiguiente, a la vez que felicita a la Revista de Ciencias Jurídicas y a su Director, los impulsa para que sigan dando a la comunidad jurídica, muchos ejemplares más de fructífera labor.

(*) Debemos aclarar, sin embargo, que desde el año pasado la Institución edita una revista denominada "El Foro". Se trata, empero de una revista dedicada a la información de interés gremial y a artículos de opinión breves y no necesariamente profundos.

NÚMERO CIENT DE LA REVISTA

Dr. Rafael González Ballar

Decano Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

En 1963, se fundó la Revista de Ciencias Jurídicas siendo el Decano de la Facultad, el abogado Rogelio Sotela, encargando como primer director de esta publicación al Profesor Eduardo Ortiz, recién llegado de efectuar sus estudios en Italia, en el campo del Derecho Público.

En 1974, esta revista se fusiona con la del Colegio de Abogados, manteniéndose el nombre de Revista de Ciencias Jurídicas.

A la revista madre que fue la *Revista de la Universidad de Costa Rica*, le sucedieron los pocos números de la *Revista de Ciencias Jurídico Sociales* y luego fueron editándose otras en campos especializados. Actualmente, en la Universidad de Costa Rica hay más de 20 revistas a cargo de expertos en su correspondiente ramo.

La Revista de Ciencias Jurídicas ha sido parte de ese proceso de diversificación y de ampliación de perspectivas en el terreno científico.

Al llegar a su número, cien, esta revista jurídica se ha consolidado y presenta en su haber una gran cantidad de especialistas que han investigado y publicado para fomentar el desarrollo del pensamiento jurídico del país.

Es meritoria esta oportunidad para agradecer al catedrático Dr. Jorge Enrique Romero Pérez por haber dirigido la revista durante los últimos 29 años.

PRESENTACION

Este es el número cien de la revista cuando se cumplen sus 40 años de existencia (1963-2003).

Han pasado años para consolidar esta publicación a lo largo de este centenar de ediciones, en donde han escrito juristas expertos (nacionales e internacionales), en sus respectivos campos, produciendo pensamiento jurídico de vanguardia. Con ello han contribuido significativamente en la construcción de un derecho latinoamericano moderno y actual, en unión con el notable y valioso esfuerzo de las revistas jurídicas hermanas que tiene el país.

Desde que en 1963, don Rogelio Sotela, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica y don Eduardo Ortiz (primer Director de la revista) profesor de esta universidad, fundaron este medio de comunicación jurídica, pasando por la visión de don Rodrigo Odio, Presidente del Colegio de Abogados en 1974 (para que esta revista fuera fruto del esfuerzo conjunto de dicha universidad y de este colegio), han transcurrido estos cien números, de los cuales a partir del 24 representan esa colaboración conjunta de las citadas instituciones.

Este emblemático número cien, contiene ensayos de abogados y abogados especialistas en sus respectivos campos.

Deseamos dejar constancia de nuestro agradecimiento a la Universidad de Costa Rica, al Colegio de Abogados y a todos aquellos que han hecho posible, con su apoyo decisivo, valioso e importante la realización de este proyecto editorial.

El director y editor
Dr. Jorge Enrique Romero Pérez

BLANCA

**ALGUNOS NUEVOS RETOS DEL DERECHO AMBIENTAL
EN EL SIGLO XXI**

Dr. Rafael González Ballar
Decano Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

SUMARIO:

Introducción

- I. La autonomía del Derecho Ambiental
- II. Las Agendas Perdidas
- III. La aplicación y ejecución del D.A.
 - a) La enseñanza del Derecho
 - b) La aplicación del D.A. (enforcement), el perfeccionamiento de los nuevos instrumentos económicos, técnico-científicos
 - c) La justicia ambiental

Conclusiones

Bibliografía

Conferencias

Cursos

INTRODUCCIÓN

Hemos sido testigos del nacimiento, y del desarrollo que en su infancia ha tenido el Derecho Ambiental (D.A.). La década de los años setentas permitió ver con gran expectación, como la criatura empezaba a tomar forma. Intuimos que esta nueva criatura del derecho tenía un papel importante que jugar, pues para unos, en su concepción original su objeto esencial u objetivos estaba destinado a equilibrar, por medio de la protección del ambiente, la naturaleza, los recursos naturales, la biosfera. Para otros, incluso, considerando solo algunos recursos naturales (R. Martín Mateo). Los procesos que nuestras sociedades hasta el momento habían aplicado como normales, es decir: la falta de planificación y de elaboración de políticas y/o estrategias, el consumismo, la explotación irracional de los recursos naturales, la contaminación hicieron sentir la necesidad de un tipo de legislación que detuviera estos procesos descontrolados. Por último, desafiando las principales leyes de nuestro sistema capitalista se empieza a hablar y a establecer que el desarrollo debe ser sustentable o sostenible.

Hoy, unos treinta años después, entendemos que el D.A. está entrando en una etapa de madurez, pero donde existen interrogantes para las cuales tenemos que encontrar respuesta y una serie de aspectos que necesitamos redefinir o perfeccionar. Sin tener la intención de agotar el tema, he querido plantear tres aspectos importantes para el D.A. del siglo XXI: (I) su autonomía, (II) las agendas perdidas, y (III) los problemas de su aplicación o ejecución.

I. LA AUTONOMÍA DEL DERECHO AMBIENTAL

Si me permiten soñar les diría que quisiera ver al derecho ambiental del siglo XXI como un derecho con vocación planetaria, pero donde cada país, asegure el equilibrio de todos los ecosistemas y un estado de salud de todas las especies del planeta que los compartimos.

La mayoría de las ramas del derecho toman tiempo en buscar y madurar su objeto, fuentes y principios propios que le permitan considerar su autonomía con respecto al resto de las ramas del derecho. Este problema que podría parecer únicamente un aspecto doctrinario sin mayor importancia adquiere gran relevancia cuando queremos que el D.A. se convierta en la rama del conocimiento jurídico que nos ayude a nivel nacional, regional e internacional a manejar un solo idioma,

instrumentos jurídicos e institucionales con la intención de convertirlo en un derecho planetario para el equilibrio de los ecosistemas. Hemos criticado el proceso seguido por la doctrina, que se han conformado a lo largo de la instancia del D.A, con dar definiciones incluyendo unos más, unos menos, recursos naturales o bienes ambientales dentro del supuesto objeto de regulación del mismo. Hemos dicho, que es necesario recurrir a la teoría tridimensional del derecho y a la epistemología jurídica para ayudarnos a unificar doctrinalmente un idioma común en cuanto al objeto del mismo. Esto va a resolver el problema teórico y otro práctico. Por ende, el beneficio irá en una mejor concepción, redacción y ejecución del derecho ambiental. Asimismo, nos ayuda a encontrar solución a situaciones del método, la interpretación, las fuentes y posible autonomía del mismo tema al cual la doctrina no le ha dedicado mayor desarrollo. Recordemos, en lo que respecta a la teoría tridimensional que esta divide el fenómeno de lo jurídico en una triple dimensión: la fáctica, la valorativa y la normativa. El derecho ambiental por sus peculiaridades veremos que tiene un objeto que es hecho, valor y norma.

La epistemología jurídica, por su lado, considera que el objeto de cualquier rama de derecho se desdobra en dos: el objeto material y el objeto formal. El objeto material en el derecho ambiental es el equilibrio ecológico que si lo mantenemos nos lleva a la salud del hombre y de todas las especies en el planeta, lo cual es *hecho* pero a su vez va a ser *valor*, el fin (el equilibrio ecológico de los ecosistemas que permite la salud y la calidad de vida de las especies), o sea el objeto material, tiene un sentido social pero a la vez técnico y científico y es evidente que es susceptible de tratamiento axiológico. Además, tanto la *salud* que se ve afectada por los procesos productivos y contaminantes y también el *equilibrio ecológico*, entran sin duda en la categoría de derechos subjetivos, vistos individualmente, o bajo el criterio de los derechos colectivos y para algunos el ambiente llega a ser un derecho humano. El objeto formal del derecho ambiental lo conforma las normas, y en donde dicho sentido se amplía para ver el criterio de norma de una manera amplia incluyendo políticas y estrategias y las reglas de la ciencia y técnica, la lógica, la conveniencia, la justicia y la seguridad de los bienes que asegura el D.A.; en este aspecto adquiere importancia el hecho técnico y el hecho político que ayudan al proceso de interpretación de las mismas.

Los que hemos vivido la infancia del D.A., sabemos que en la etapa de su maduración necesitamos cambios importantes. En primer lugar que el *objeto* más importante del mismo es el equilibrio de los ecosistemas (en cada país y por ende a nivel planetario). Incluso de

nuestro ecosistema social que está integrado con los ecosistemas naturales. En segundo lugar, que para equilibrar o amortiguar el proceso de globalización económica el D.A. es el mensajero y el guerrero de que “hoy la civilización o es ecológica o no es civilización” (A. Betancor 2002) todo ello como lo vamos percibiendo cada vez más en el derecho internacional. Tercero, que del D.A. sea el puente que permita una regulación más integral o una convergencia entre la economía y la ecología partiendo de la idea de que ambas son disciplinas de límites. Necesitamos poner énfasis en un Derecho ambiental económico.

Lo anterior, nos ayudaría a orientar reformas y proyectos para conseguir lo propuesto por (Serrano Moreno, 1992), a saber 1. Interiorización de los bienes e intereses ambientales. 2. Judicialización de los intereses colectivos o derechos ambientales como derechos de tutela judicial efectiva. 3. Interiorización de la entropía o regulación integral de la producción, el consumo. 4. La justicia distributiva. 5. Insuficiencia y necesidad del D.A. de una programación más abierta para citar solamente algunos. Sin embargo, lo más importante es empezar a hablar de un idioma común de parte de la doctrina que permita empezar a reafirmar la serie de principios generales que ya han aparecido, incluso antes de que se tenga bien definido cuál es su objeto. El método de interpretación se perfecciona cuando existe claridad del objeto y de sus fuentes propias. No tenemos duda, de que en el D.A. por el objeto que señalamos párrafos atrás, tenemos que utilizar un método realista, sociológico, evolutivo (incluye lo sistemático). Lo anterior, pues la realidad (aspectos fácticos) a los que debe aplicarse es diversa, difusa y cambiante. Pero sobretodo pues el anterior proceso ayudará a consolidar su autonomía y esto es necesario a su vez para entender y lograr mejor su aplicación y ejecución.

II. LAS AGENDAS PERDIDAS

La publicación en 1987, del informe de la Comisión Brundtland, llevó a que la mayoría de los países reconocieran, oficialmente, la relación entre pobreza y medio ambiente como un punto de agenda importante para el bienestar futuro de la humanidad.

En la conferencia de Río en 1992, (CNUED) la comunidad internacional se comprometió a atacar el problema. La lógica del sistema implicaba que a mayor pobreza, sobretodo en el medio rural, llevaría a una presión sobre los recursos naturales sobre el medio ambiente en

general. La Agenda 21 y los Convenios firmados son testimonio del compromiso adquirido por los países que los firmaron.

Sin embargo, en la misma década de los noventas, las reformas y recetas promovidas por el Fondo Monetario y el Banco Mundial, y la evolución de la economía a nivel planetario obligaron a que se modificaran las estrategias de desarrollo en nuestros países. Teniendo en cuenta lo anterior, en Latinoamérica todos conocemos la serie de cambios producidos por el fenómeno de globalización en nuestros países, a nivel social, ecológico y económicos. Impactos de los cuales aún no nos recuperamos. Lo anterior ha desencadenado el fenómeno de omisiones por parte de nuestros gobiernos y acciones amparados a una legitimación del mismo sistema que provoca impunidad en ciertos hechos y a su vez daños al ambiente. La explotación de recursos naturales, la desaparición de los bosques, acciones para evitar la contaminación se han potenciado y a la vez mediatizado por medidas económicas que de una u otra forma provienen del fenómeno de globalización o de una mal entendida globalización económica por parte de nuestros países.

Algunos autores ya lo han manifestado (Wym Dierckxens) en el sentido de que va a ser difícil que la economía mundial resuelva el problema de la relación pobreza y medio ambiente vía un crecimiento económico con inclusión a nivel mundial de nuestros países en vías de desarrollo, ya que en nuestras economías, seguimos con un PIB (producto interno bruto) no mide la riqueza por su contenido, y por consiguiente no toma en cuenta la riqueza natural existente, por lo tanto le resta importancia a lo que es el deterioro del medio ambiente.

Entonces el PIB toma la extracción de lo que son los recursos naturales únicamente como creación de riqueza ingreso y no como una simultánea pérdida de recursos y de riqueza, lo anterior lo que hace es empeorar las cosas porque lo hace incluso cuando se trata de recursos no renovables.

La lógica es que el PIB entonces no considera lo que es el deterioro de la salud de la población como una pérdida, más bien calcula como ingreso parcial la recuperación o reparación de la pérdida de la salud.

El PIB ha crecido en nuestros países a expensas de los recursos naturales.

¿Qué compromisos implica lo anterior para el Derecho Ambiental? Creemos que hay dos agendas que recuperar:

Un estimable profesor mejicano afirmaba que la mejor Política Ambiental es la Ley. Pensando que teníamos que lograr que en su formulación, la regulación ambiental, fuera un verdadero ejemplo de toda una política estatal hacia un sector específico.

Por ello nos atrevemos a decir, que un primer reto que tiene el Derecho Ambiental, o una agenda que tiene que recuperar en el siglo XXI, es lograr incentivar la formulación de Políticas, Estrategias o Programas hacia el ambiente o constituirse ella misma en un ejemplo claro de una forma de planificación que rescate la relación pobreza-ambiente.

Si la economía nos gana la batalla y ella sigue teniendo prioridad no habremos logrado cumplir nuestros cometidos. Sugerimos algunas formas en que el Derecho Ambiental puede ayudar a ello a saber:

- Lograr un lenguaje común en lo que significa desarrollo sostenible. Hoy en día lo que les interesa entender a los países desarrollados y a los subdesarrollados muchas veces es diferente. Lograrlo entre lo que entiende el nivel político, el nivel operativo o de gestión y los alcances que a veces tiene para la población civil y las ONG también es diferente.

Ante esta incertidumbre es fácil ver por qué la economía predomina. En la agenda de Johannesburgo se tendrá que discutir qué se ha hecho desde Rio 92. Uno de los reclamos es que la mayoría de nuestros países no han podido implementar todo lo que en esa ocasión se discutió y firmó debido a que la mayoría de nuestros países no cuentan con estructuras administrativas y de gestión que den seguimiento real a lo que se firma y discute a nivel internacional. Es decir, nuestros países dejan perdidas muchas de sus agendas y compromisos.

Todo esto es parte de lo que está haciendo casi imposible la aplicación del derecho ambiental en nuestro país.

III. LA APLICACIÓN Y EJECUCIÓN DEL D.A.

Una positiva aplicación y ejecución del D.A. es un reto importante que solo lo vamos a conseguir, cuando podamos en calidad y cantidad, mejorar la enseñanza del mismo (a). Por otra parte, es importante mejorar la utilización de nuevos instrumentos económicos y técnico científico

para su aplicación (b). Y por último mejorar la justicia ambiental (c). Lo anterior va a significar como mínimo lo siguiente:

a) La enseñanza del Derecho

Debemos buscar que la enseñanza del D.A. en nuestras Universidades, no solo lo podamos tener como un curso obligatorio a nivel de la licenciatura, sino que los programas tengan una estructura y un contenido que le permita a los estudiantes tener una visión intradisciplinaria e interdisciplinaria del mismo. En los estudios que hemos realizado para estructurar una Maestría en Derecho Ambiental, en nuestra Facultad de Derecho, encontramos en varias Universidades Europeas y Norteamericanas la relación derecho y gestión sin olvidar su integración con los aspectos económicos.

El otro aspecto que tenemos que fomentar son los cursos comparativos entre Universidades con formación en derecho distinta una de otra. Ej. Derecho Ambiental Anglosajón y Romano Germánico que permita compartir la jurisprudencia, los instrumentos jurídicos, los proyectos para que estudiantes y profesores generen a su vez soluciones comunes para problemas diversos. El mejor ejemplo de lo anterior lo tenemos en la Universidad de Costa Rica con la Universidad de Florida en un intercambio anual donde estudiantes, profesores de U.S.A., Costa Rica y otros países latinoamericanos comparten la enseñanza interdisciplinaria en contenidos, discusión de casos y proyectos.

b) La aplicación del D.A. (enforcement), el perfeccionamiento de los nuevos instrumentos económicos, técnico-científicos.

Si nuestros países no han logrado todos desarrollar formas de aplicación, políticas y estrategias para el ambiente, el D.A. es una de las formas que se ha señalado pueden permitir ser el instrumento que nos señale algunas políticas (R. Brañes, A. Azuela). Esto significa, que sus regulaciones deben permitir delimitar claramente los elementos sobre los sistemas de gestión ambiental, es decir, algunos puntos de políticas ambiental, objetivos y finalidades de la aplicación, dentro de ese programa de gestión especificando responsabilidades, recursos, los límites de tiempo para su realización. Algunos mecanismos para la implementación de programas de gestión, algunos de los procedimientos para las acciones de vigilancia y corrección que permitan la efectividad de estos sistemas de gestión.

- Identificar las situaciones y determinar cuáles instrumentos de gestión para combatir la contaminación o el uso adecuado de los recursos naturales permitiría lograr mejores resultados, sea por medio de regulaciones, instrumentos de mercado, etc.
- Ejemplo: en relación costo-efectividad los instrumentos de mercado están ganando confianza y aceptación en los medios políticos.

Los aspectos antes mencionados ayudarán a:

- Los países que carezcan de capacidad institucional y recursos necesarios para que las regulaciones en algún sector ambiental funcionen, debe ponerse atención a que el D.A. busque formas de cooperación entre el sector público o privado, que mejoren el cumplimiento de objetivos por parte de las industrias.
- Las agencias o Ministerios ambientales (planificadores, tomadores de decisiones) deberán enfocarse en un marco amplio de prioridades e instrumentos y lograr que se delegen las responsabilidades a nivel regional-local.
- La aplicación tiene que ser monitoreando diversos niveles de gobierno o administrativos para que se corrijan las violaciones e inducir a una verdadera aplicación.
- Retardar la aplicación de sanciones o la ejecución de medidas puede hacer perder credibilidad en los programas y en la aplicación de la legislación misma.
- Fortalecimiento de experiencias de gestión ambiental local, intercambio y capacitación a municipalidades y actores locales en el tema. Impulso de reformas legales requeridas para una gestión descentralizada en materia ambiental.
- Necesidad de alianzas fuertes entre ONGs. Y el gobierno, así como entidades locales.

c) La justicia ambiental

El hecho de que el D.A. haya nacido tan ligado al derecho público, esencialmente al administrativo ha obligado en nuestros países a que la

justicia, tanto a nivel administrativo como judicial permanezca vinculada a procedimientos, términos y recursos de los que utiliza el derecho administrativo. Se impone un nuevo reto al D.A. y es el desarrollo de procedimientos tanto administrativos como los judiciales comunes adaptados a sus necesidades. Incluso, adentrarse más aún en los procesos alternativos de resolución de conflictos. Por último, aunque necesita profundizarse mucho más por su costo y viabilidad, y como quedó consignado en un proyecto de ley para Costa Rica, una posible jurisdicción especial ambiental.

Los principios aplicables a los procedimientos, la legitimación, las medidas cautelares, la ejecución de las resoluciones todo ello con un nuevo paradigma en donde no se trata de procedimientos o garantías para el equilibrio entre potestades de la Administración y derechos de los administrados, sino entre estos últimos y las obligaciones que tenemos para que se garantice el mantenimiento del equilibrio de los ecosistemas y la salud del planeta y del hombre por ende.

CONCLUSIONES

Los retos que enfrenta el Derecho Ambiental son amplios y abarcan muchos de ellos los aspectos que aquí hemos analizado. Sin embargo, creemos muy importante el hecho de que por medio del perfeccionamiento de su autonomía necesariamente vamos a lograr un lenguaje común en la doctrina y entre países desarrollados y subdesarrollados. El lenguaje a lo interno de nuestros países y a nivel internacional, y lo anterior para que conforme a ese lenguaje común, podamos hablar de un Derecho Ambiental Económico, y tengamos como ir enfílándonos a que nuestra civilización sea prioritariamente ecológica. Por último, el Derecho Ambiental enfrenta nuevos retos, para convertirse en un verdadero instrumento de las políticas del Estado, perfeccionando el uso de nuevos instrumentos económicos y técnico-científicos.

Es importante rescatar además, que el Derecho Ambiental puede servir de puente común para que nuestros gobiernos, y la sociedad civil, logren metas comunes a nivel jurídico-institucionales y sociales. Existe una cantidad de ellos que podrían lograr eso, de los cuales señalamos algunos como son: ordenamiento territorial común para el área centroamericana, gestión integrada de recursos hídricos, reforzar gestión local del ambiente, un cambio de paradigma para la justicia ambiental y la verdadera participación ciudadana.

BIBLIOGRAFÍA

BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés. *Instituciones de Derecho Ambiental*, Tomo I, La Ley, España, 2001.

BRAÑES, Raúl. *Manual de Derecho Ambiental Mexicano*, Fondo de Cultura Económica, México 2000.

DIERCKYSENS, WYM. *Del Neoliberalismo al Poscapitalismo*, Editorial Departamento Ecuménico, 2000.

FINDLEY, Roger W., FABER, Daniel A. *Environmental Law in a Nutshell*, West Group, Fifth Edition, EE. UU.

GONZÁLEZ BALLAR, Rafael. *Temas de Derecho Ambiental*, Investigaciones Jurídicas S.A., primera edición, 2001.

Jurisprudencia Constitucional sobre medio ambiente. (Principios, análisis evolutivo y de la jurisprudencia). Alvarez Molina, Mairanella, Aragón Cambroner, Jennifer Flores Staviak, Solís Vega, Gustavo, Investigaciones Jurídicas S.A., primera edición, 2000.

ORDÓÑEZ CHACÓN, Jaime. *Neotribalismo y Globalización, Estudios para el futuro*, UCCP: UCR: FLACSO, 2002.

ZELEDÓN ZELEDÓN, Ricardo y otros. *Derecho Agrario del Futuro*, primera edición, Guayacán, 2000.

CONFERENCIAS

Mark A. Cohen. *Monitoring And Enforcement of Environmental Policy*, august 1998.

Conferencia Internacional sobre Aplicación y Cumplimiento de la Normativa Ambiental en América Latina.

Aplicación de la Legislación Ambiental en América Latina y El Caribe, Gil Nolet, Washington, octubre 1998.

Desarrollo sostenible en América Latina. La sinergia entre el financiamiento y las políticas. CIDI.

CURSOS

Curso Virtual. Aplicación y cumplimiento de la normativa ambiental en Latinoamérica. UNED, La Red Global de Educación del Banco Mundial.

BLANCA

EDUCACIÓN EN DERECHOS HUMANOS (COSTA RICA)

*Dr. Enrique Pedro Haba M.
Dr. Hugo Alfonso Muñoz Q.^(*)*

Recordemos, antes que nada, que esa educación para el porvenir se opone, en todo respecto, a la enseñanza de un dogma. La educación para la democracia y los derechos humanos no tiene, en definitiva, otra posibilidad de resultar exitosa que estando sólidamente enraizada en la vida social. Importa que déis prueba de un máximo de realismo. En efecto, cuanto más ambicioso es el objetivo, tanto más la aproximación ha de ser pragmática.

F. MAYOR ⁽¹⁾

(*) Los autores, Catedráticos en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, elaboraron este informe en 1995 para un libro que UNESCO había proyectado publicar sobre la educación en derechos humanos en distintos países; esa obra, finalmente, no llegó a ser editada.

(1) “Rappelons tout d’abord que cette éducation pour l’avenir s’oppose à tous égards à l’enseignement d’un dogme. [...] L’éducation à la démocratie et aux droits de l’homme n’a en définitive de chance de réussir que si elle est solidement enracinée dans la vie sociale. [...] Il importe ... que vous fassiez preuve d’un maximum de réalisme. En effet, plus l’objectif est ambitieux, plus l’approche doit être pragmatique” (Mayor 1993: 2, 5 y 6).

SUMARIO:

- I. Generalidades
- II. Condiciones para un enjuiciamiento realista
- III. Bases en el ordenamiento público:
 - 1. marco político-institucional general
 - 2. derechos consagrados positivamente
 - 3. bases programáticas de la política educativa.
- IV. Enseñanza formal de derechos humanos
 - a) Tres niveles:
 - 1. enseñanza primaria
 - 2. enseñanza secundaria
 - 3. enseñanza universitaria
 - Conclusión
- V. b) Entidades especiales:
 - 1. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
 - 2. Universidad para la Paz
 - 3. Comisión Costarricense de Derechos Humanos
- VI. Repercusión de órganos estatales no docentes:
 - 1. Sala Constitucional
 - 2. Defensor de los Habitantes
- VII. Enseñanza pública difusa
- VIII. Conclusiones generales:
 - a) evaluación de las políticas y estrategias nacionales
 - b) enseñanza de derechos humanos en distintos niveles de la educación
 - c) ciertas particularidades de la educación en derechos humanos
 - d) educación informal en derechos humanos; actores/participantes en ella
 - e) evaluación de las necesidades, elaboración de las estrategias y recomendaciones

Referencias bibliográficas

I. GENERALIDADES

Un informe sobre *educación en materia de derechos humanos* (EDH) puede hacerse atendiendo a dos grandes centros de interés. La primera clase de informes da cuenta sobre todo de lo que dicen unos documentos al respecto, emanados de tales o cuales fuentes institucionales: ya sea sus propias cartas programáticas (declaraciones de objetivos, contenidos establecidos en unos currículum, etc.), principalmente en organismos de la enseñanza pública que se refieran a tal enseñanza, ya sea proyectos para incorporar nuevos programas a estas instituciones. La otra clase, no tan común, está constituida por aquellos estudios que, siendo muchísimo menos prolijos en recoger múltiples detalles de dicha literatura programática, se preocupan por sacar a luz las grandes líneas que *en la práctica* se abren paso como precipitado real de las tareas llevadas a cabo en esta materia.

Por supuesto, no solo es cierto que estos dos tipos no son excluyentes entre sí, sino que, más aún, el segundo depende asimismo, en algún grado, también de lo que se presente en el primer renglón, en la medida en que este logre tener efectos prácticos realmente sensibles. De ahí la importancia capital que reviste aquello que, en materia derechos humanos (DH), se logre hacer en cuanto a su ENSEÑANZA justamente. En efecto:

“No olvidemos tampoco que los derechos humanos son respetados en la medida en que son conocidos, y que son conocidos en la medida en que son enseñados” (F. Mayor).⁽²⁾

Mas la verdadera cuestión es: ¿qué CLASE de enseñanza hace falta para obtener TALES efectos justamente?

Lo cierto es que también la enseñanza al respecto puede ser llevada a cabo de acuerdo, en lo esencial, ya sea con una u otra de las dos clases de orientaciones señaladas. Ahora bien, el panorama que aquí presentaremos trata de responder sobre todo a la segunda de dichas direcciones: nos importa señalar las grandes líneas de los alcances *reales*

(2) “N’oublions pas non plus que les droits de l’homme son respectés dans la mesure où ils sont connus, et qu’ils sont connus dans la mesure où ils sont enseignés” (Mayor 1993: 2).

de la EDH en Costa Rica, antes bien que recoger pormenores de proyectos, declaraciones y curricula, por más interesantes que ellos puedan ser para algún plano de la dilucidación teórica. Asimismo prescindiremos de las discusiones en torno al contenido de la noción misma de “derechos humanos”⁽³⁾, presupondremos la siguiente definición estipulativa: denominamos *derecho humano* a cualquiera de las prerrogativas de los particulares frente a toda otra persona, y sobre todo frente al aparato estatal⁽⁴⁾, tratándose de las identificadas como tales “derechos” en el texto de la Constitución costarricense y, aun a falta de mención allí, si están consagradas en la Declaración Universal de 1948⁽⁵⁾.

* * *

La EDH se lleva a cabo por dos grandes tipos de vías, que *grossomodo* podemos calificar respectivamente de: formas intencionales y formas difusas.

Las vías INTENCIONALES están a cargo sobre todo de instituciones de enseñanza públicas o privadas. También hay otros órganos estatales que pueden desempeñar un papel en tal sentido, en ocasión de cumplir ciertas funciones que no pertenecen a la educación formal misma. Además, está lo que en relación con la materia ofrecen los medios de difusión pública en general.

Por el otro lado, hay también –y esto es tan o más importante que lo anterior– una enseñanza DIFUSA de esos derechos. Esta última obra por “contagio” espontáneo, a través del “clima” general que se vive en el

(3) “La notion de ‘droits de l’homme’ est aussi rarement élucidée que fréquemment utilisée” (Mourgeon 1978: 4). “... ‘los derechos del hombre’ es una expresión muy vaga. ¿Hemos intentado definirlos alguna vez? ¿Y si lo hemos hecho, cuál ha sido el resultado? La mayor parte de las definiciones son tautológicas: ‘Derechos del hombre son aquellos que corresponden al hombre en cuanto tal’ ” (Bobbio 1982: 120).

(4) “En résumé, les droits de l’homme (‘libertés publiques’) se définissent comme *étant les prérogatives, régies par des règles, de la personne dans ses relations avec les particuliers et avec le pouvoir*” (Mourgeon 1978: 8).

(5) Para una definición más detallada, y donde se tiene especialmente en cuenta la problemática planteada por la interpretación de esos derechos, cf. Haba 1986e, vol. I: v. esp. el § 11, y allí las definiciones presentadas en el apartado VII. Cf. también los sitios indicados *infra* en la nota 21.

medio social. Son cosas que la gente *vive* como su propia experiencia. Es lo que todos conocen, lo consabido en ese medio, en cuanto a las posibilidades reales de ejercer ciertos derechos básicos, y sobre todo de poder obtener una protección real al respecto llegado el caso. Es verdad que esto último resulta también, hasta cierto punto, de lo que se produce en la primera vía, pero de ninguna manera se agota en ella. Esta misma no basta para “marcar” verdaderamente el espíritu de las personas, alcanzar unos efectos prácticos como los producidos por aquello que la gente toma “naturalmente” (por así decirlo) del medio social.

Dado que el presente no es un estudio de tipo sociológico, no vamos a examinar propiamente el segundo rubro. Sin embargo, no se debe olvidar, en ningún instante, que él es por lo menos tan decisivo como todo lo que será detallado aquí. La enseñanza intencional de DH logra un respaldo que es fundamental, en la psicología popular, cuando parte de un *clima* social favorable en tal sentido. En el caso de Costa Rica, puede decirse que esta condición, insustituible, ciertamente se da, en función de la historia política del país. Ello hace que ahí la EDH esté en condiciones de partir de bases muy favorables para llegar a la población, si se llevara a cabo en forma adecuada y suficientemente amplia.

Sobre todo el término “democracia” cuenta en Costa Rica con un tremendo poder de adhesión y de sugestión sobre la mentalidad de la gente, se impone como ideología política en forma prácticamente indiscutible. En la manera como tal palabra es entendida ahí por todo el mundo, conlleva asimismo el reconocerle gran importancia al reconocimiento de todo aquello que se pueda presentar como comprendido en la categoría “derechos humanos”, de modo que también esta expresión disfruta de mucha fuerza como *topos* (“lugar”, argumento) del discurso público. Y si bien por “derechos humanos” ahí suele entenderse, primordialmente, los de la *primera generación*, no resultaría difícil, por medios educativos, ampliar la esfera de actitudes favorables suscitadas por dicha expresión a aspectos fundamentales de las otras “generaciones”.

* * *

Nosotros vamos a detenernos sobre todo, como dijimos, en los medios educativos que llamamos *intencionales*. En materia de EDH cabe distinguir tres grandes rubros que son “intencionales” en forma expresa y directa: 1) enseñanza oficial formal, principalmente la primaria y secundaria, ya sea a cargo de entidades estatales o de entidades privadas legalmente reconocidas para tales efectos; 2) otros tipos de enseñanza formal, brindada por organismos no oficiales diferentes de los incluidos

en el rubro anterior; 3) efectos educativos que surgen de la actuación de órganos estatales que llegan a ocuparse expresamente de cuestiones que tocan en forma directa ciertos derechos fundamentales, si bien la finalidad directa de tales actuaciones no es de orden pedagógico propiamente dicho.

Pero tan o más importante que esos tres ítems resulta ser, en la práctica: 4) una educación *difusa* que surge, indirectamente, de mensajes implícitos contenidos en mucho de cuanto presentan las principales vías de difusión pública. Entre estas, especialmente los medios (TV, radio, prensa, etc.) ofrecen pautas de conducta que, si bien no obedecen principalmente a motivos pedagógicos, empero repercuten poderosamente también sobre los comportamientos en materia de DH. Tales pautas pueden coadyuvar a reforzar el prestigio de estos derechos o, en cambio, más bien a sugerir comportamientos que van contra ellos.

Es decisivo asimismo, en especial respecto a los tres primeros rubros, la *manera* como la enseñanza en cuestión se lleve adelante. Los efectos prácticos serán probablemente muy débiles, cuando no inexistentes, si se trata de una enseñanza de esos derechos que los enfoque predominantemente en forma *normativista*. En cambio, si fuese encarada en forma realista-crítica (caso que, lamentablemente, es mucho menos habitual), entonces los resultados *prácticos*, es decir, el grado en que tal enseñanza consiga “prender” en la psique de los destinatarios, y sobre todo en sus conductas mismas, podría ser mucho más considerable. Por otro lado, también cuenta, naturalmente, cuáles sean los grandes lineamientos institucionales generales que intervienen como marco general para tales actividades educativas, sobre todo en cuanto a las de carácter oficial.

En los numerales que siguen examinaremos los puntos que fueron señalados. Primero (II) se hará una breve referencia a ciertas fundamentales condiciones metodológicas de orden general, ya que es indispensable tenerlas muy en cuenta para poder juzgar los alcances *prácticos* reales de cualquier tarea educativa en esta materia (II); y a continuación (III) dejaremos indicado también el marco jurídico básico que para ella se encuentra establecido en Costa Rica. Luego señalaremos cuáles son los rasgos generales que caracterizan de modo predominante, en ese país, lo que se ofrece respectivamente en cada uno de los tres grandes rubros de medios educativos que hemos denominado “intencionales” (IV-VI), y también se dirá algo sobre la educación “difusa” (VII). Por último (VIII) extraeremos unas conclusiones generales.

II. CONDICIONES PARA UN ENJUICIAMIENTO REALISTA

Cualquier cosa que se diga sobre EDH, sea en el nivel que sea y encarando el aspecto que fuere de la múltiple problemática a que ellos dan lugar, inevitablemente se basa en ciertos presupuestos metodológicos, unos u otros. *Cuáles* sean estos es decisivo en la materia, tanto para lo que se dice como para lo que no se dice, así como para lo que eventualmente se hará y lo que no se hará al respecto. Tal elección ejerce influencia capital para decidir el contenido mismo de la enseñanza en cuestión. Si bien, por lo general, esos presupuestos están más implícitos que explícitos en los informes, en el que presentamos acá tratamos de ponerlos a la luz del día, pues de ellos depende mucho, si no todo, lo que pueda tener importancia *práctica* destacar sobre la enseñanza “viva” de DH.

Hay cuatro circunstancias fundamentales que se imponen ahí, quiérase o no (y dígase o no), en el PLANO DE LA REALIDAD. *Primero*: el inevitable desfase –máxime en una materia como esta– entre *law in books* y *law in action* (Pound)⁽⁶⁾; por eso se plantea la opción básica, también al tratar acerca de tales derechos, entre los enfoques fundamentalmente *normativistas* (“platonismo de las reglas”)⁽⁷⁾ y una visión más *realista* del Derecho (Haba)⁽⁸⁾. *Segundo*: el hecho de que “los dere-

(6) Esta precisión de Roscoe Pound es tomada como base por Llewellyn en su célebre estudio de 1930.

(7) Aquí los términos *normativismo* y *normativo* se usan para hacer referencia a ese tipo de aproximación que domina entre los juristas al cual Frank denominó “conceptualism”, “legal platonism”, “legal fundamentalism”, “legal absolutism”, “rule-fetichism”, etc. (1970: esp. Part One, caps. VI y VII). “Conceptualism may perhaps be said to have is chief modern stronghold in the law. Many lawyers are still infected with that scholasticism which *converts abstractions into independent entities* having an ‘out-there’ character” (Frank 1970: 342). “General ideas [p. ej., las disposiciones constitucionales o las de pactos internacionales sobre DH] thus come to be regarded as the subjective counterpart of actually existing substances endowed with powers which are interpreted as the forces behind and above individual things... The products of thought are hypostasized and *actual reality despised...*” (Hans Vaihinger, cit. *ibíd.*: 342-343). Significa que tal concepción, muy característica del pensamiento profesional de los juristas (pero no solamente de este), corresponde a una especie de “platonismo de las reglas”: v. Haba 1997 (cap. II: su punto 6 y el Apéndice). Un enfoque típicamente normativista acerca de los DH es, por ejemplo, el de los trabajos reunidos por el IIDH 1986.

(8) Una aproximación de ese tipo es la que persigue justamente el *Tratado* señalado en la nota 5, *supra*; a ella responde, asimismo, el tratamiento

chos humanos no constituyen una categoría homogénea” (Bobbio)⁽⁹⁾, sino que –en la práctica– “interfieren” unos con otros (Vaz Ferreira)⁽¹⁰⁾, en mayor o menor medida según las situaciones en juego; ellos están constituidos, íntimamente, por una “combinación de tendencias antagónicas” (Mourgeon)⁽¹¹⁾, de modo que la realización de algunos de esos

dato a las variadas cuestiones examinadas en Haba 2003. Y para explicaciones más detalladas sobre las líneas de guía fundamentales de una metodología que persiga tratar de manera *realista* las cuestiones jurídicas en general, v. Haba 2001b y 2002. [De manera general para cuestiones básicas concernientes a la enseñanza universitaria del derecho, *a fortiori* la de DH, v. Haba (1997: esp. la sec. B del Epílogo).]

- (9) “Además de mal definible y variable, la clase de los derechos del hombre es también heterogénea. Entre los derechos comprendidos en la misma declaración hay exigencias muy diversas entre sí y, lo que es peor, incluso incompatibles” (Bobbio 1982: 123; v. también *infra* nota 21). “Es necesario partir de la afirmación obvia de que no se puede instituir un derecho en favor de una categoría de personas sin suprimir un derecho de otras categorías de personas. [...] En la mayoría de las situaciones en que se trata de un derecho del hombre ... sucede que dos derechos igualmente fundamentales se enfrentan y no se puede proteger incondicionalmente a uno sin convertir al otro en inoperante” (*ibíd.*: 151).
- (10) “Lo esencial: *que en la aventura humana cada vez se agregan más ideales* (...) Todos esos ideales no son conciliables sino en parte, en parte interfieren. En los afectos, en los sentimientos, el ideal de vida personal, el ideal de la familia, el ideal de la humanidad, son en parte concordantes pero en parte interferentes; en parte hay que sacrificar uno a uno. Los ideales científicos y los ideales artísticos en parte interfieren. Los ideales de trabajo y los ideales de goce; los ideales de bienestar material y los ideales de perfeccionamiento espiritual, son en parte interferentes, en parte conciliables, los ideales de razón y los de sentimiento; el bien de los más, de la mayoría como un ideal; pero la conservación y el perfeccionamiento de los seres superiores... en parte esos ideales luchan, no se concilian. [...] Y es que la humanidad se ha ido creando así un tipo de moral *conflictual*. Es decir: que muy pocos problemas morales pueden resolverse de una manera completamente satisfactoria; y que, si se sienten todos los ideales, generalmente hay que sacrificar en parte algunos de ellos o todos” (Vaz Ferreira 1963b: 155-157).
- (11) “Il ne s’agit pas seulement d’oppositions occasionnelles et circonscrites (par exemple, la liberté de manifestation des uns gênant la liberté de circulation des autres), mais d’incompatibilités profondes et durables: les droits d’un groupe qui restreignent ceux de ses membres; les revendications des uns contestant les droits des autres; le besoin d’égalité

derechos va en perjuicio de otros de ese género⁽¹²⁾, y esto es tanto más así cuanto más crece la lista de su enunciación (sucesivas “generaciones”)⁽¹³⁾. *Tercero*: la circunstancia de que, por lo anterior y en general por su origen histórico, las declaraciones de DH no constituyen enunciados científicos (Freund)⁽¹⁴⁾; son, ante todo y por encima de todo, unos “juegos de lenguaje” cuya enseñanza resulta exitosa sólo en tanto en cuanto estos consigan, a pesar de todas sus contradicciones, traducirse *realmente* en “formas de vida” (Wittgenstein)⁽¹⁵⁾ hasta cierto punto, en mayor o menor medida. *Cuarto*: en virtud de los tres extremos señalados, resulta que la EDH, para ser exitosa, esto es, no simplemente libresca, depende decisivamente del “clima” social general que exista en la sociedad respectiva y que, con base en este, esa enseñanza se lleve a cabo por medios cuyo énfasis central sea mucho menos teórico-abstracto que práctico-“fermental” (Vaz Ferreira)⁽¹⁶⁾.

menaçant les plaisirs de la liberté; et, par-dessus tout, la volonté de liberté se heurtant au droit à la sécurité: autant de conflits ouverts ou latents... (Mourgeon 1978: 10-11). “[L]a problématique des droits et leur politique ... est une tentative permanente de combinaison des tendances antagonistes à la revendication des droits et à la organisation des droits, des besoins simultanées et contraires de liberté et de Pouvoir...” (*ibid.*: 20).

- (12) Cf. también Haba 1984b (esp. 177-181 y 189-192) y 1993.
- (13) Lo cual no quiere decir, por supuesto, que no existan igualmente, en gran parte, consensos en ese dominio. En efecto: “Il ne faut pas dramatiser l’incompatibilité des valeurs. Il existe depuis longtemps un accord relativement poussé entre individus appartenant à des sociétés différentes sur ce qui est juste et ce qui ne l’est pas, sur ce qui est bien et ce qui est mal. [...] Toutefois, même lorsqu’un consensus sera réalisé, des tensions subsisteront. Des principes s’opposeront les uns aux autres et il y aura des difficultés considérables à les concilier” (Isaiah Berlin, *The Crooked Timber of Humanity*, Londres, Murray, 1990; cita extractada de UNESCO 1993, p. 10).
- (14) Cf. Freund 1972. Además, *vid.* Haba 1986e (esp. §§ 4 y 9) y 1993 (esp. § VIII). Sin embargo, a pesar del carácter no-científico que tienen los derechos humanos en sí mismos, eso no quita que, acaso, puedan ser objeto de un *tratamiento científico* en otros discursos, p. ej. de tipo sociológico, antropológico, etc. Y tal podría ser el caso hasta para unos discursos de la técnica jurídica, a condición, eso sí, de adoptar ciertas precauciones metodológicas para su elaboración (lo cual no es habitual): cf. Haba 1976 (esp. II.3 y III) y 1981 (esp. §§ 9-11).
- (15) Cf. Haba 1993: esp. 41 ss.
- (16) En cuanto a ese carácter práctico y de “fermento”, el único capaz de brindar a la enseñanza de este género de cosas un alcance que prenda en

Quiere decir que no basta con unas declaraciones de principios recitadas en variadas ocasiones de oratoria y contenidas en documentos oficiales (por ejemplo, en la Constitución o en Instrumentos internacionales), como así también en múltiples otros textos. Todos rinden pleitesía en público a esos enunciados ampulosos (“dignidad eminente de la persona humana”, “igualdad de derechos”, etc.), pero... Sea como sea, las declaraciones no sirven para asegurar, ni muchísimo menos, que sean esas ideas –¿bajo qué interpretaciones?– los móviles que *realmente* inspiran la conducta de las autoridades o de la gente en general, en la práctica. Tales conductas dependen, en muy alto grado, de que consigan entrar ahí en juego otros factores: todo cuanto conforme el “fuera-del-texto” (Debray) que condiciona, esencialmente, la manera como unos textos –por ejemplo, los de DH– lograrán (¡o no!) influir en la realidad social misma⁽¹⁷⁾.

En cuestiones como la del “compromiso” con unos DH, sobre todo debe tenerse muy presente que ello consiste en internalizar ciertas *disposiciones* mentales capaces de hacer que el sujeto esté *dispuesto realmente a ACTUAR* –¡fenómenos volitivos!– de acuerdo con ciertos valores éticos fundamentales. Es tal inclinación de su conciencia lo que le conducirá a reaccionar justamente en ese sentido ante casos donde unos derechos son atacados y en general a conducirse EN LA PRÁCTICA siguiendo dicho modelo, lo que al fin de cuentas constituye una ética. Esa *disposición* no es algo que se pueda hacer anidar en la gente mediante ciertas enseñanzas de tipo intelectual propiamente. Semejantes orientaciones, como asimismo otras que van en sentido contrario, corresponden principalmente al plano emocional y volitivo de la conciencia. A diferencia de lo que sostenía Platón, tal cosa no es, en la práctica, ante todo cuestión de poseer ciertos saberes teóricos, sino que en lo fundamental depende de *actitudes*, adquiridas de otras maneras que por la vía de libros académicos, de conferencias magistrales, etc. Mucha razón tenía Vaz Ferreira en subrayar que:

“Difícilmente la enseñanza puede crear, propiamente crear, sentimientos morales; pero en cambio puede –además, naturalmente de aumentarlos y robustecerlos en algo–, puede, sobre todo, enseñarnos a

lo propiamente vivo de las conductas, v. las agudas observaciones que sobre enseñanza de la moral en general ofrece el libro de Vaz Ferreira (1963a) al respecto.

(17) Cf. Debray 1981: Livres premier, Section première, N° 16.

hacer un mejor uso de los que *ya existen en nosotros*.
[...] [L]a enseñanza moral es utilísima y produce generalmente efectos positivos y fáciles cuando se trata simplemente de *aprovechar bien* los sentimientos morales que se tienen [ya]...”⁽¹⁸⁾.

Aplicado eso a la EDH, sobre todo para niveles de enseñanza como el de primaria y secundaria, y en general para la que no es de tipo académico, significa que el punto neurálgico no es venir a *enseñar* (propriadamente) estos derechos a la gente, como si se tratara de hacer adquirir unos conocimientos de geografía o de historia a quien no sabe nada de eso. De lo que se trata, antes bien, es sobre todo de ayudar a *desarrollar con más claridad*, en los destinatarios de esa enseñanza, algo que, en lo fundamental, “ya está ahí” en su mente. Podemos dar por supuesto que acerca de eso ya tienen cierta noción esencial básica, pues en un país como Costa Rica son ideas dominantes en el medio social. Si bien es útil enseñar que hay ciertos instrumentos jurídicos que establecen tales o cuales DH, no debemos olvidar que lo decisivo, en *cuanto a la realidad social*, es hacer ver qué consecuencias tiene aquello en la vida misma de gente común. Lo fundamental es que en la enseñanza pasen al primer plano, no las meras declaraciones sobre esta materia, sino cuáles son y a qué se deben las DIFICULTADES a que se enfrenta la realización *práctica* de unos u otros derechos en la vida cotidiana. Para ello se requiere que la enseñanza en cuestión sea predominantemente realista, no conformarse con planear en el cielo de un conjunto de textos prestigiosos.

Por tanto, para Costa Rica no menos que respecto a cualquier otro país, lo que ahí es la educación *real* en DH no puede aquilatarse sino teniendo siempre a la vista aquellas cuatro condiciones básicas (*a-d*). El lector deberá tener en cuenta que, aun sin mencionarlas una y otra vez al ofrecerle la información que será presentada aquí, el sentido mismo de esta debe leerse a la luz de tales premisas. Por eso, si bien de ninguna manera cabe desconocer la importancia de contar con unas adecuadas formulaciones institucionales explícitas para dirigir las actividades en la materia, no creemos que valga la pena dedicarnos esencialmente a efectuar aquí el recuento de las respectivas colecciones de documentos. El panorama que deseamos presentar, aunque elemental, quiere ser REALISTA. Trataremos de no olvidar que:

“Juzgar una institución por sus programas es no juzgarla, sino enjuiciar unos papeles” (Láscaris 1976: 150-151).

(18) Vaz Ferreira 1963a: 20 y 72 (cursivas añadidas aquí).

III. BASES EN EL PLANO INSTITUCIONAL

En este plano importa tener en cuenta tres puntos claves: 1) el tipo de organización político-institucional global del país, 2) qué DH están consagrados expresamente por el Derecho positivo vigente, 3) ciertos principios básicos que el Estado establece de manera general en materia educativa. De que ese marco sea propicio, o cuando menos no impeditivo, para fomentar la EDH, depende en buena medida lo que pueda llegar a realizarse efectivamente en esta materia, en caso de que estén dadas también otras condiciones fundamentales.

1) Marco político-institucional general

La organización político-institucional de Costa Rica es del tipo democrático-representativo, siguiendo las características básicas generales de este modelo; no será necesario, pues, detallarlas aquí. Sin embargo, tenerlo presente es de la más alta importancia para aquilatar las posibilidades educativas respecto a DH. Esa constituye la clase de organización política que, por lo menos en principio, resulta más favorable para una EDH. Aun cuando, por supuesto, su sola presencia no es garantía en tal sentido, en todo caso es probable que entonces no haya trabas institucionales que impidan u obstaculicen seriamente llevar a cabo dicha educación. Si puede contarse con los medios económicos, humanos y de organización resueltos a tomar en sus manos semejante tarea, al menos no se chocará con severas prohibiciones estatales que impidan organizarse para llevar a cabo tal finalidad.

Democracia política y DH, aun cuando no son la misma cosa ni constituyen cada uno de ellos una simple consecuencia del otro, empero se hallan, en la práctica, muy interconectados:

“¿El respeto por los derechos humanos es suficiente para establecer la democracia [y viceversa]? Por cierto que no. Pero la democracia está estrechamente ligada al ejercicio de los derechos humanos” (Mayor) ⁽¹⁹⁾.

Costa Rica tiene la ventaja de contar con tal base y, todavía más, esta se encuentra reforzada por la circunstancia –tan excepcional– de que el país

(19) “Le respect des droits de l’homme suffit-il à établir la démocratie [et vice-versa]? Certainement pas. Mais la démocratie est étroitement liée à l’exercice des droits de l’homme” (Mayor 1993: 3).

no soporta la carga de mantener un ejército. (Doble carga, pues representa no solo un lastre que pesa agobiantemente sobre la economía en los demás países, sino que, por añadidura, siempre constituye un peligro latente para las libertades públicas.)

2) **Derechos consagrados positivamente (Constitución, etc.)**

Las normas básicas del derecho positivo costarricense para marcar las orientaciones fundamentales sustantivas del país en materia de DH se hallan establecidas en su Constitución política, y aparecen luego desarrolladas en cuerpos específicos de leyes. Lo fundamental al respecto en la normativa constitucional son sus disposiciones acerca del respeto a la vida y a la libertad. Esta última aparece ahí considerada en sus distintas manifestaciones, a saber: tanto las libertades individuales en sentido estricto (de pensamiento, de opinión, etc.; y las garantías del proceso penal), como así también las de ejercicio colectivo (de reunión y de asociación); libertades políticas; protección de la propiedad privada y libertades económico-sociales (incluido el derecho a la huelga y al paro). Hay un conjunto de garantías constitucionales respecto a todo eso, pero no siempre la realidad y aun la legislación secundaria se corresponden plenamente con las enunciaciones de principios: por ejemplo, la situación en las prisiones es prácticamente dantesca⁽²⁰⁾ (pero no más que en la generalidad de los países) y está vigente una ley que reglamenta el derecho de huelga de manera tal que somete su ejercicio a condiciones que lo hacen casi siempre ilegal (pero de hecho las huelgas son generalmente toleradas).

No entraremos en detalles respecto a la legislación, pero normas fundamentales de protección a distintos derechos individuales se encuentran, claro está, en cuerpos específicos de regulaciones: Código Penal, Código de Familia, Código Laboral, Código Electoral, etc. Estas materias son objeto de una enseñanza formal en la carrera universitaria de Derecho, principalmente, y algún grado de conocimientos al respecto logra extenderse incluso a la población en general. En efecto, no hay que olvidar que, por haber una red de formas jurídicas de ese tipo que se aplican en la vida cotidiana, cierta parte de las garantías existentes para el ejercicio de derechos fundamentales llega *grosso modo* a conocimiento de los ciudadanos. Así es como también por esa vía opera una educación general “difusa”, intuitiva si se quiere, acerca de tales derechos, por lo

(20) Para un breve panorama de la situación en las prisiones costarricenses, v. Muñoz Quesada 1986 (caps. VIII y IX).

menos de aquellos más corrientemente invocados. Además, Costa Rica se ha caracterizado por mantener una importante tradición de respeto al asilo político, que permitió proteger la vida de líderes latinoamericanos cuando eran perseguidos por gobiernos militares; asimismo su política en materia de refugiados ha sido muy abierta, lo cual ha podido apreciarse especialmente ante conflictos armados y dictaduras en los países vecinos, e incluso frente a circunstancias de países americanos más distantes (Argentina, Chile, etc.).

Este país ratificó la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (Pacto de San José, 1969) y es parte también en otros convenios internacionales de Derechos Humanos. Todos esos instrumentos internacionales tienen, de acuerdo con la propia Constitución costarricense, “autoridad superior a las leyes” del derecho interno (art. 7).

3) Bases programáticas de la política educativa

Por lo que se refiere específicamente a las políticas educativas, los lineamientos fundamentales se hallan establecidos en el artículo 2 de la Ley Fundamental de Educación (Nº 2160, 25 de setiembre de 1953), donde se establece (entre otras cosas):

“Son fines de la educación costarricense:

- a) La formación de ciudadanos amantes de su patria, conscientes de sus deberes y de sus *libertades fundamentales*, con profundo sentido de responsabilidad y de respeto a la dignidad humana;
- b) Contribuir al *desenvolvimiento pleno* de la *personalidad humana*;
- c) Formar ciudadanos para una *democracia* en que se concilien los intereses del individuo con los de la comunidad”

[los énfasis mediante cursivas se añaden aquí].

Y el artículo 10 agrega:

“Todas las actividades educativas deberán realizarse en un ambiente democrático, de respeto mutuo y de responsabilidad”.

Los dos primeros incisos del art. 2 tienen que ver directamente con la materia de los DH; el tercer inciso y el art. 10 refuerzan eso al proponer para la *práctica* misma de la enseñanza, que ella ha de ajustarse a “un ambiente democrático”. Si bien allí no se usa la expresión “derechos humanos”, de todos modos tal materia constituye, patentemente, el eje de los objetivos señalados. Lo evidencia el empleo de giros como los que hemos subrayado en ese texto: “libertades fundamentales” y “respeto a la dignidad humana”, “desenvolvimiento pleno de la personalidad humana”, “democracia”, etc.

Por tratarse de una declaración de objetivos, se usan conceptos que son bastante indeterminados. Sin embargo, esto no sería un impedimento, pues tal cosa es igualmente muy común, en general, en las formulaciones constitucionales e internacionales de DH⁽²¹⁾. Desde luego, esas formulaciones no ofrecen ninguna garantía sobre la manera como serán (¡o no lo serán!) llevadas a la práctica. Pero también es verdad que si determinadas instancias del aparato estatal se proponen realmente actuar en tal sentido y otras fuerzas sociales no lo impiden, tales textos pueden, de todos modos, brindar un importante punto de apoyo argumentativo para defender el respeto de unos DH si, como en Costa Rica, el clima social del país les es favorable (*supra* nota 16). Significa que esa Ley podría muy bien ser tomada como base para programar, ya en detalle, una participación sensible de la EDH dentro de la enseñanza en general, esto es: establecer materias especiales con tales contenidos, o bien, en todo caso, integrarlos como parte verdaderamente importante de materias ya vigentes en los curricula de las instituciones de enseñanza costarricenses. Esto depende, al fin de cuentas, no de dicha Ley en sí

(21) Esa vaguedad, que es consustancial a buena parte de la terminología en materia de derechos humanos, se debe sobre todo al hecho de que las declaraciones al respecto, “cuando se añade [en ellas] alguna referencia al contenido, no se puede evitar introducir términos de valor... [y resulta que estos] son interpretables de modo diverso según la ideología del intérprete: en efecto, ¿en qué consiste el perfeccionamiento de la persona humana o el desarrollo de la civilización? La pregunta es objeto de variadas, apasionantes e insolubles polémicas. El acuerdo se logra, por lo general, cuando los participantes en la discusión, después de muchas concesiones recíprocas, consienten en aceptar una fórmula genérica que oculta, sin resolver, la diferencia de pareceres...” (Bobbio 1983: 120). Sobre el papel clave que juegan los conceptos indeterminados en los discursos jurídicos de derechos humanos, cf. Haba 1986e: esp. cap. III. Del mismo autor, véase también 1984a, 1984c y 1993 (en este último estudio, v. esp. sus apartados V y VI).

misma, sino de que las autoridades competentes *decidan* establecer una programación semejante. En efecto:

“Serán, pues, los contenidos curriculares [mismos, *i.e.* lo que resuelvan las autoridades al respecto] los que en definitiva determinarán el grado de desarrollo de la enseñanza de los Derechos Humanos o las técnicas y estrategias destinadas a fortalecer o mejorar esa enseñanza” (IIDH 1986: 227).

Sin embargo, hasta ahora esas autoridades han aprovechado poco o nada las posibilidades que dicha Ley les abre para incluir unos verdaderos planes de EDH en los programas oficiales de la enseñanza.

IV. ENSEÑANZA FORMAL DE DERECHOS HUMANOS: A) TRES NIVELES

En Costa Rica hay cuatro grandes niveles para la educación pública y en la privada asimilada a aquella: educación preescolar oficial (un año), educación escolar (seis años), educación general básica (tres años), educación diversificada (dos años) y educación superior (universitaria y parauniversitaria). Los tres primeros niveles son gratuitos (en la educación pública) y obligatorios: art. 78, inc. primero, de la Constitución. La *Ley Fundamental de Educación* (Nº 2160, 25 de setiembre de 1951) establece los lineamientos generales, tanto en el orden institucional como en cuanto a grandes tipos de contenidos, de esa enseñanza. Ella queda bajo la dirección general de un Consejo Superior de Educación, al cual compete autorizar los planes de enseñanza, excepto para el nivel universitario (este es autónomo⁽²²⁾). Pasaremos a indicar cuál es, en esencia, el sitio que ocupa lo relativo a la EDH dentro de ese esquema institucional⁽²³⁾. El sitio es, como veremos, bastante escaso.

1) Enseñanza primaria

En Costa Rica, esa enseñanza corre a cargo de escuelas estatales y escuelas privadas. También estas últimas están supervisadas, en alguna

(22) Sobre la autonomía de las universidades en Costa Rica, cf. Muñoz Quesada 1979.

(23) Estos aspectos se encuentran expuestos con amplitud de detalles en el capítulo consagrado a Costa Rica de IIDH 1986: 223-255. Aquí nos limitamos a subrayar, por nuestra cuenta, unas conclusiones que nos parecen fundamentales.

medida, por el Ministerio de Educación Pública, por lo menos en cuanto a que se impartan en ambos tipos de escuelas unos currículos bastante similares. Las diferencias se dan sobre todo por la atención central brindada a la enseñanza de una segunda lengua, generalmente el inglés, en las instituciones privadas. Tampoco puede desconocerse que, por lo general, en estas últimas la calidad misma de la enseñanza suele ser menos precaria que en las escuelas pertenecientes al Estado, aunque más no sea por el hecho de que los recursos económicos de que disponen estas últimas son mucho más limitados. Sin embargo, no se aprecia mayor diferencia por lo que hace señaladamente a la EDH: en ambos sectores es poco menos que inexistente. En todo caso, ella suele quedar limitada a algunas escasas nociones sobre “derechos”, ubicadas como parte de la materia denominada “Estudios Sociales”. Por lo demás, como la enseñanza practicada en Costa Rica es casi solo de tipo memorístico, difícilmente pueda allí hacerse conciencia sobre la *problemática* de los derechos en cuestión.

Recientemente ha recibido cierta atención pública la *Convención de Derechos del Niño*. Pero el tema no se aborda en forma realmente adecuada, pues la manera como ello es presentado hace que al respecto los alumnos únicamente piensen en “derechos”, sin considerar también la cuestión –no menos importante!– de cumplir con sus deberes y de conducirse en general con responsabilidad.

2) Enseñanza secundaria

El panorama es más o menos el mismo que el señalado para la enseñanza primaria. Hay una materia denominada “Educación cívica”, pero al fin de cuentas resulta ser apenas como una gota en el océano; por lo demás, se imparte en forma esencialmente dogmático-normativista. También se suele enseñar algo sobre DH en cursos de historia: es presentado como uno más entre los acontecimientos de la Revolución Francesa, de manera muy insuficiente y bien superficial.

Podría mencionarse también ciertas otras actividades de la enseñanza donde llegan a encararse los DH, pero son escasas y, en la práctica, no tienen posibilidades de alcanzar resultados verdaderamente significativos. Por ejemplo, están las escuelas talleres de la UNESCO, pero cumplen una tarea poco extendida en el país, aunque el esfuerzo resulta interesante.

3) Enseñanza universitaria

El tema “derechos humanos” se toca en las Facultades de Derecho, desde luego, especialmente en la parte consagrada al estudio de los derechos fundamentales en Derecho Constitucional. En la Universidad de Costa Rica, la principal universidad estatal, ello se ve dentro del curso III de esa materia. Es abordado allí en óptica que es fundamentalmente normativista, como si se tratara principalmente (por no decir: exclusivamente) de un asunto de “técnica” jurídica, esto es, como una manera de *darle forma* al discurso profesional para ciertos tipos de casos. Se entiende, pues, que basta con encarar la letra de la Constitución, y sus paráfrasis corrientes (jurisprudencia, doctrina), simplemente en cuanto *discurso*, o sea, prácticamente sin desflorar las cuestiones más vivientes de la *realidad* cotidiana de esos derechos para el hombre de la calle. Algunos aspectos que se hallan en relación con esos derechos pueden aparecer también, de paso, en algunos otros cursos de la misma Facultad: por ejemplo, en la materia Introducción al Derecho (donde son enfocados sobre todo como cuestión de “derecho natural”) y eventualmente en Derecho Internacional o en Filosofía del Derecho. En el posgrado de esa Facultad hubo años atrás un curso sobre Derecho Internacional de los Derechos Humanos; pero este, que por lo demás duraba apenas un semestre y no era sino uno más al lado de otros cursos estimados mucho más importantes, pronto fue suprimido, para que el tiempo consagrado a él pudiera ser empleado en materias que, según se entendió (y se sigue entendiendo!), revistan verdadera “utilidad” para ejercer la profesión...

En las Universidades privadas, el espacio otorgado a la enseñanza de DH es, si cabe, todavía más reducido. Los currículos de estas instituciones persiguen sobre todo ofrecer a los estudiantes unos conocimientos estrictamente rentables y, sobre todo, permitirles aprobar la carrera de derecho en tiempo mucho menor que el requerido en la Universidad estatal.

Conclusión

En la manera como la enseñanza formal es llevada a cabo en Costa Rica, en todos sus niveles, por lo general no se da un real compromiso con la cuestión de los DH. No se percibe allí una orientación dirigida a obtener una formación, propiamente, en lo sustancial de esos derechos. En los currículos de las instituciones de enseñanza oficiales, y

ni qué hablar de las privadas habilitadas para esos efectos, la EDH ocupa un sitio muy reducido. Y cuando es impartida, se hace fundamentalmente con base en modelos de enseñanza abstracto-normativistas.

Sin embargo, pensamos que no es imposible cambiar ese estado de cosas –claro está, si en las autoridades hubiese verdadera voluntad en ese sentido–. En virtud de lo dispuesto en el art. 2 de la Ley antes mencionada, sería muy factible, si el Consejo Superior de Educación se resolviese a hacerlo así, ampliar considerablemente tal esfera. Tanto más es así cuanto que ello es enteramente compatible con lo que a texto expreso dice el art. 9 de dicha ley:

“...Esos planes y programas serán flexibles y variarán conforme lo indiquen las condiciones y necesidades del país y el progreso de las ciencias de la educación y serán revisados periódicamente por el propio Consejo”.

V. ENSEÑANZA FORMAL DE DERECHOS HUMANOS: B) ENTIDADES ESPECIALES

En este rubro incluimos la labor de ciertas instituciones que se ocupan especialmente de una EDH, pero con independencia de los ciclos normales de la educación formal señalados en el número anterior: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Universidad para la Paz, Comisión Costarricense de Derechos Humanos. Los dos primeros son organismos internacionales, cuya naturaleza (por sus fuentes de financiación) hace que el tipo de educación que imparten tenga que ser fundamentalmente normativista, esto es, lo suficientemente abstracta como para no incomodar a los gobiernos. La tercera, en cambio, se comporta forzosamente de manera beligerante frente al gobierno local, pues ella trata de defender a las personas ante violaciones concretas de DH efectuadas o toleradas por instancias estatales, que aquella denuncia públicamente; por eso se ha ocupado asimismo de promover programas educativos al respecto, de acento decididamente realista. Naturalmente, esta última organización no tiene la simpatía de las autoridades estatales ni del cuerpo diplomático internacional⁽²⁴⁾, y por supuesto no puede contar con la clase de financiamiento de que se benefician las dos señaladas antes.

(24) “... le Pouvoir est simultanément le pourvoyeur et le fossoyeur des droits de l’homme, et davantage ceci que cela” (Mourgeon 1978 : 11).

1) Instituto Interamericano de Derechos Humanos

Las actividades de esta entidad, radicada en Costa Rica, se enfocan sobre todo al plano internacional, pero hay también algunas destinadas a esferas locales. En San José, realiza anualmente un curso de DH, de dos o tres semanas, el cual se llama “interdisciplinario” pues incluye también algunas conferencias sobre aspectos que no son jurídico-normativistas; ese curso está dedicado principalmente a visitantes provenientes del extranjero, mas también se halla abierto a participantes locales. Otras actividades de institución han sido: unos talleres de discusión con base en experiencias sobre la vigencia de esos derechos, se han estudiado temas específicos como la situación de grupos indígenas, la situación de la mujer y otros tópicos de intereses concretos. De todos modos, en el ámbito local es poca la aportación del Instituto a la EDH. En la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica se imparte un curso opcional sobre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, de óptica normativista, en coordinación con ese Instituto.

En definitiva, ya que las actividades de esta institución se dirigen fundamentalmente a destacar la presencia de los organismos internacionales en la materia, y porque el contenido de sus programas es fundamentalmente normativista, su alcance queda limitado, en lo fundamental, a esos mismos planos.

2) Universidad para la Paz

El tipo de actividades que desarrolla esta institución, en lo que se refiere de modo más específico a nuestra temática, por su orientación general es básicamente de índole similar a las del Instituto antes mencionado. Organiza seminarios, talleres sobre temas que necesariamente implican también referirse a cuestiones de DH. Parte de la base de que donde se transgreden esos derechos, se crean las condiciones para la violencia y la guerra. Por eso ha promovido actividades concernientes a temáticas como la situación de los refugiados, el papel del ejército y de la policía, la comunicación sobre DH y la paz, investigaciones sobre los desaparecidos en América Latina. Sin embargo, dicha Universidad no tiene prácticamente protagonismo en el ámbito nacional; su actividad se ha orientado esencialmente hacia un trabajo internacional o regional.

3) Comisión Costarricense de Derechos Humanos (CODEHU)

A diferencia de la generalidad de las instancias educativas indicadas hasta aquí, esta entidad desarrolla programas de EDH que *no*

se confinan a planos teórico-normativistas. Contrariamente a lo que es más habitual en la enseñanza formal de DH, su esfuerzo educativo está centrado en llamar la atención sobre dificultades. De ahí que el tipo de educación promovido por dicha institución, aun cuando parte, como no puede ser menos, de *informar* cuáles sean esos derechos, tiene el singular mérito de ir mucho más allá: nunca deja de colocar inmediatamente en relación las afirmaciones abstractas con los *obstáculos* a que esos derechos se encuentran sometidos en condiciones sociales dadas. Se pone el acento en hacer ver la relación que existe, en la práctica, entre unos u otros de tales derechos y la realidad nacional. Por cuanto su objetivo central es prevenir y luchar contra violaciones corrientes de ellos, no deja de señalarlas en concreto, sin eufemismos. Para eso, la enseñanza correspondiente es manejada con ayuda de folletos ilustrativos sencillos de entender, ilustrados con dibujos muy gráficos y siempre poniendo el asunto en relación inmediata con ejemplos concretos, en forma tal que su alcance pedagógico es de lo más directo; también ha hecho uso de programas radiales, orientados de la misma manera.

Esa entidad ha brindado, sobre todo, cursos de DH dirigidos a grupos especiales, como por ejemplo: a núcleos y corresponsales creados por CODEHU misma para defender los DH en diferentes zonas del país, a comunidades indígenas, apoyo a programas de vivienda, capacitación de tipo humanista para policías, etc. Lamentablemente, por tratarse de un organismo que no cuenta –¡ya dijimos por qué!– con apoyo financiero de origen gubernamental o en general de organizaciones económicas poderosas, su ámbito de actuación no consigue tener la amplitud que sería de desear. No obstante, si un ejemplo puede señalarse de cómo debería realizarse una educación formal *efectiva* en materia de DH, la experiencia de CODEHU ofrece el mejor ejemplo disponible entre los que han conseguido desarrollarse en Costa Rica. Por lo demás, ello reafirma el papel, tan importante, que pueden desempeñar las organizaciones no gubernamentales en la enseñanza y en general la promoción de esta causa.

VI. REPERCUSIÓN DE ÓRGANOS ESTATALES NO DOCENTES

Dos órganos de creación relativamente reciente en Costa Rica ofrecen, en la actualidad, señalada importancia para difundir conocimiento público en materia de DH. Las actuaciones de estos órganos pueden alcanzar verdadera trascendencia en la opinión pública, pues a menudo son objeto de información y hasta de comentarios en los medios

masivos de difusión; de esa manera la gente toma un conocimiento particularmente “vivo” de unos DH que esos órganos amparan. Puede decirse que, en realidad, para la EDH eso alcanza mucho mayor impacto real que la enseñanza llevada a cabo en el rubro mencionado antes (tanto más si se consideran las carencias señaladas).

1) Sala Constitucional

Este Tribunal Constitucional fue creado en 1989; aunque apenas cuenta con diez años de labores, ya ha dictado alrededor de 30.000 resoluciones. En ellas no sólo defiende DH –tal su función, además de imponer la supremacía de sus interpretaciones del texto constitucional–, sino que realiza, indirectamente, una tarea muy beneficiosa de difusión, promoción y enseñanza informal de esos derechos. Las repercusiones de sus fallos en la vida institucional y su difusión en los medios han hecho que se tome mayor conciencia de algunos derechos consagrados en la Constitución Política y en Convenciones Internacionales que estaban en el completo olvido; a menudo eran prácticamente desconocidos por parte de los ciudadanos, y sobre todo de las autoridades públicas.

La popularidad de esta instancia juega a favor de la divulgación de sus fallos, de esa manera contribuye a un conocimiento generalizado de las principales cuestiones allí resueltas. La Sala IV, como se le conoce popularmente, ocupa frecuentemente la atención de periódicos, radios, televisión (... y en ocasiones, ¡hasta de programas humorísticos!). De ese modo, la difusión de sus sentencias “populariza” el conocimiento de los DH aludidos en ellas.

2) Defensor de los Habitantes

Así se denomina el *ombudsman* en Costa Rica. Esta institución fue establecida allí en 1992, bajo la configuración legal de constituir un auxiliar del parlamento costarricense. El Defensor de los Habitantes tiene como tarea reforzar el respeto de los derechos en general de las personas frente a conductas de las autoridades que atentan contra ellos. En tal condición, también se ocupa de denunciar públicamente violaciones a los DH. Así contribuye a hacer conciencia de esos derechos en la ciudadanía y también –lo que no es menos importante– instruye acerca de mecanismos legales de defensa para protegerse de las violaciones. De ello resulta una educación *práctica* de la más alta importancia al respecto⁽²⁵⁾.

(25) Para detalles acerca de esta institución, cf. Muñoz Quesada 1993.

En el informe anual de 1994 de la Defensoría ante la Asamblea Legislativa, el Defensor señaló que entre las funciones generales de esa institución le corresponde:

“Desarrollar actividades, realizar estudios, investigaciones, preparar informes, publicaciones y campañas con el propósito de hacer conciencia en los diversos sectores de la población sobre la importancia de estos derechos (fundamentales)” y “Divulgar la existencia, funcionamiento y programas de las instituciones y organismos que trabajan en la protección, promoción y tutela de esos derechos”⁽²⁶⁾.

Afortunadamente, esas palabras no constituyen una simple *declaración* de objetivos. La propia conducta de ese organismo muestra, por sus numerosas intervenciones contra casos de abusos o de perjudicial inactividad de las autoridades, su compromiso *práctico* con la defensa de los DH. De tal manera, la institución Defensor-de-los-Habitantes significa una verdadera fuente de EDH⁽²⁷⁾.

VII. ENSEÑANZA PÚBLICA DIFUSA

Junto con lo aportado por las dos instituciones señaladas en el párrafo anterior, posiblemente una educación difusa produce los efectos más sensibles para conformar actitudes, sean positivas o negativas, hacia los DH. En esta materia, ese tipo de educación es el que tiene efectos más generales sobre la población. Ello surge de lo que se presenta, sobre todo, en la televisión, pero también tienen influencia concomitantemente la radio y la prensa. En efecto:

“Hoy no es solo la escuela quien conforma los valores y el comportamiento de los niños y de los adolescentes. Ella tiene que contar con un poderoso

(26) Defensoría de los Habitantes 1994: 17-18. Para esos efectos, el organismo cuenta con una Dirección de Promoción, Divulgación y Capacitación, dedicada a fomentar el conocimiento, el estudio y la protección de los derechos e intereses de los habitantes, y que además divulga las principales acciones, programas y actividades de dicha institución.

(27) Para una descripción más detallada de esta institución, v. Muñoz Quesada 1986 (cap. II) y 1993.

rival: los medios en general, y la televisión en particular, gravitan pesadamente en el balance de las elecciones que los jóvenes hacen en el mundo moderno, y nunca la necesidad de una alianza entre la educación y los medios ha sido tan grande” (F. Mayor)⁽²⁸⁾.

Asimismo cuenta lo que se ofrece en el renglón de los espectáculos públicos, sobre todo por parte del cine y el fútbol. También tiene su importancia, por otro lado, la influencia que ejerce —en otro sentido, que en general es mucho más favorable a los DH— la prédica de las religiones.

1. En la actualidad el liderazgo dentro de este rubro lo ejerce, por supuesto, la televisión. Sin embargo, difícilmente pueda decirse que tenga lugar una “alianza” en el sentido indicado por el Director de UNESCO en las líneas transcritas. Excepto en algún que otro comentario incluido en noticieros, o indirectamente en algunas de las noticias (por ejemplo: reclamaciones de derechos por parte de ciertos sectores, breves entrevistas al Defensor de los Habitantes, etc.), no es fácil hallar en los programas televisivos algo que pueda contabilizarse como favorable a la EDH. Ahí se transmiten, claro está, muchas cosas que son indiferentes para tales efectos, pero también hay buen número de programas (películas de violencia, ciertos aspectos en telenovelas, etc.) que constituyen más bien influencias nefastas, por el contagio que así ejercen sobre la mente del televidente unos modelos de pensamiento y de conducta que van precisamente en sentido contrario a la afirmación de DH.

En cuanto a los periódicos, los hay de tres tipos. Uno de los más vendidos, es de crónica roja (*Extra*): los comentarios huelgan sobre la influencia negativa que eso tiene para promover una mentalidad favorable a los DH. En el otro extremo, está el periódico de opinión más difundido (*La Nación*). Si bien la lectura de este armoniza en general con la orientación en favor de DH, principalmente (¿o únicamente?) los de la primera generación, empero dicho medio está bastante alejado de ajustarse él mismo a patrones básicos de la orientación democrática. Su

(28) “L'école n'est plus seule aujourd'hui à façonner les valeurs et le comportement des enfants et des adolescents. Elle doit compter avec un puissant rival: les médias en général, et la télévision en particulier, pèsent lourd dans la balance des choix que font les jeunes dans le monde moderne, et la nécessité d'une alliance entre éducation et médias n'a jamais été aussi grande” (Mayor 1993: 5).

propia conducta ofrece más bien un ejemplo distinto, pues allí se ejerce fuerte censura en cuanto a qué opiniones sea permitido ofrecer por su intermedio a la opinión pública; en la práctica, solo a personas que cuentan con la simpatía de los editores, o buenos medios de presión sobre ellos, les son abiertas las páginas para informar u opinar. Este periódico constituye, de hecho, un obstáculo muy serio a la existencia de un auténtico pluralismo de la opinión pública en Costa Rica, puesto que, *en la práctica*, es él la única tribuna de opinión que cuenta con audiencia amplia; ejerce, de hecho, poco menos que un monopolio en la materia. Otro de los periódicos de opinión (*Universidad*) es mucho más abierto, pero llega a un público sensiblemente más reducido y es sólo un semanario. Hay algunos otros periódicos con buena difusión que constituyen como una tercera categoría, están en escalas intermedias entre los dos extremos señalados: no son tan exagerados como *Extra* y son menos “intelectuales” que *Universidad* o *La Nación*, mas su orientación ideológica no registra diferencias sensibles con respecto a este último medio.

2. Aunque no se trate de una realización tan tremenda de sadismo como las corridas de toros⁽²⁹⁾, el fútbol-espectáculo, esto es, como fenómeno de masas, viene a ser, en cierta medida, más bien una escuela de anti-concordia. Despierta, más que nada, egoísmos y odios recíprocos: el lema de sus participantes –directivos, jugadores, espectadores– es triunfar a cualquier precio... El tipo de mentalidad que tiende a crear entre sus fanáticos es, básicamente, de intolerancia. Para la enorme mayoría de los aficionados, el fin (ganar) justifica los medios (puntapiés o lo que sea). Programas radiales y televisivos que se ocupan de resaltar esa actividad contribuyen, así sea indirectamente, a apoyar tal mentalidad⁽³⁰⁾.

(29) Este denigrante espectáculo de torturas en público existe también en Costa Rica, aunque sólo para determinadas ocasiones festivas y sometido a reglas menos sádicas que en España, México, etc. Hay también, en una clandestinidad habitualmente tolerada, las peleas de gallos, actividad particularmente sangrienta pero menos popular que el circo de toros.

(30) Valga una aclaración. Nos estamos refiriendo, como dijimos, al fútbol-espectáculo: el *comercio* levantado en torno a tal actividad y las pasiones que contribuye a suscitar. En cambio, la práctica del fútbol en calidad de deporte propiamente dicho, no menos que la de otras actividades deportivas si se llevan a cabo simplemente como tales, puede ser de lo más sana y, desde luego, para nada contribuye a crear modelos de conducta que resulten perjudiciales en materia de derechos humanos.

3. Las religiones realizan, en buena medida, una labor de EDH. Predicar el amor al prójimo, y eventualmente referirse incluso a aspectos negativos en la situación social del país (así lo hacen, a veces, especialmente representantes de la Iglesia Católica), son instrumentos difusos de enseñanza de los derechos en cuestión. Ellas proliferan en Costa Rica, pero la Iglesia Católica es religión oficial del Estado y es profesada por la mayoría de la población. En general, todas las religiones propician la armonía en las relaciones con los semejantes y señalan valores coincidentes con los DH.

Es cierto que históricamente la intolerancia religiosa ha jugado papel capital en la violación de derechos fundamentales: y también es verdad que la Iglesia católica, aunque en la actualidad ha moderado considerablemente sus exigencias en cuanto a prohibición y persecución de ideas, no ha renunciado del todo a esto, continúa pidiendo censuras y también oponiéndose a otras libertades individuales importantísimas (derecho a disponer del propio cuerpo y a morir sin tener que soportar horribles sufrimientos, autocontrol de la natalidad, enseñanza sexual verdaderamente científica, etc.). Por otro lado, hay abusos por parte de los líderes de algunos grupos o sectas, especialmente por el carácter singularmente ruidoso con que llevan a cabo sus actividades (en perjuicio del derecho al sueño para el vecindario).

Sin embargo, cabe reconocer que en general el discurso y aun el trabajo práctico de las congregaciones religiosas representa una fuerza de impulso para el respeto de los DH. Sobre todo con respecto a los de la primera generación, pero también otros. En la IV. Conferencia General del Episcopado Latinoamericano (Santo Domingo, 1992) es dable leer:

“Los derechos humanos se violan no solo por el terrorismo, la represión, los asesinatos, sino también por la existencia de condiciones de extrema pobreza y de estructuras económicas injustas que originan grandes desigualdades. La intolerancia política y el indiferentismo frente a la situación del empobrecimiento generalizado muestra un desprecio a la vida humana concreta que no podemos callar. Merecen una denuncia especial la violencia contra los derechos de los niños, la mujer y los grupos más pobres de la sociedad: campesinos, indígenas y afro-americanos...”⁽³¹⁾.

* * *

(31) Cita tomada de IIDH 1986.

En síntesis.— La enseñanza pública difusa en Costa Rica, por un lado, no es muy favorable a la mentalidad humanista, ya sea porque omite promover esta misma o por fomentar impulsos de antitolerancia (crónica roja, censura, batallas futbolísticas, etc.). Por otro lado, sin embargo, el clima general de apoyo a la ideología democrática logra abrirse camino asimismo en los medios de difusión; de ellos puede decirse que también contribuyen, en cierta medida, a conservarlo vigente. Además, la presencia de las religiones contribuye, si no (tal vez) al pensamiento democrático mismo, pero en todo caso a fomentar actitudes contra la violencia en general: ocasionalmente, aquellas llegan incluso a apoyar la reivindicación de ciertos derechos económicos para los sectores más necesitados.

VIII. CONCLUSIONES GENERALES

Para terminar, ofrecemos una síntesis de nuestras principales conclusiones sobre la situación general de la EDH en Costa Rica.

a) Evaluación de las políticas y estrategias nacionales

En verdad, el sitio acordado en Costa Rica a la EDH en las políticas nacionales de educación, legislación y en general dentro de las estrategias de desarrollo (especialmente los programas de “reforma del Estado”) es bastante escaso. Por lo habitual, tal educación no aparece ni siquiera mencionada bajo ese rótulo específico, “derechos humanos”, en los planes de estudios de la enseñanza primaria y secundaria; sin embargo, en algunos puntos del programa de ciertos cursos, de paso se hace alusión a estos derechos. Tal carencia no obsta a que quienes ocupen los más altos cargos públicos subrayen, en ocasión de tomar la palabra en tal o cual ceremonia, el compromiso del país con los “derechos humanos”; mas esas declaraciones no han tenido, hasta el presente, prácticamente ningún efecto sobre los contenidos de la enseñanza pública. Las autoridades responsables de delinear los programas de la enseñanza primaria y secundaria no han extraído consecuencias de tales declaraciones para otorgar a la EDH un verdadero sitio en los currícula.

No existen casi investigaciones universitarias acerca de esos derechos, salvo algunas tesis presentadas en la Facultad de Derecho sobre temas relacionados con ellos (pero se trata, en general, de estudios muy mediocres, simplemente destinados a cumplir con la formalidad de presentar algún trabajo de graduación que permita obtener el título de

abogado). En cuanto a las investigaciones efectuadas en el marco de instituciones internacionales con sede en el país (Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Universidad para la Paz, etc.), no tienen prácticamente efecto alguno en la realidad nacional.

En resumen: los programas de EDH en Costa Rica son escasos; y aquellos con los que, así y todo, es dable encontrarse, por lo general se llevan adelante tratando el asunto bajo una óptica esencialmente abstracto-normativista.

b) Enseñanza de derechos humanos en distintos niveles de la educación

La enseñanza y la investigación sobre ese tema en el nivel de la educación superior corresponde sobre todo a la preparación profesional brindada en las Facultades de Derecho. En efecto, allí podrá encontrarse algunos estudios sobre qué es el Estado de Derecho, los procedimientos y las instituciones democráticos, la ciudadanía y las libertades fundamentales, etc. Sin embargo, no sólo el sitio acordado a tales conocimientos en los currícula es muy reducido y por lo general se imparten en un plano puramente normativista, sino que, por añadidura, esa enseñanza aparece muy poco (o nada) puesta en relación con la mayoría de las materias de esa carrera; además, tales contenidos no alcanzan a formar ni siquiera la totalidad de una materia (de las obligatorias). No puede ser más sintomático, por ejemplo, que hasta un pequeño curso consagrado específicamente a DH que durante dos años formó parte del el postgrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, prontamente fue suprimido, y en la actualidad ni siquiera para la especialidad en Derecho Público se incluye algún curso semejante.

En los establecimientos de enseñanza primaria y secundaria, la difusión de los instrumentos jurídicos internacionales de DH (Declaración Universal, Pactos, etc.) es prácticamente nula. Sin embargo, ciertos contenidos (¡escasos!) proporcionados en una de las materias de la enseñanza secundaria, la que lleva como nombre “educación cívica”, hacen referencia a la sustancia de algunos DH.

c) Ciertas particularidades de la educación en derechos humanos

El lugar otorgado en la educación a la protección de los derechos de los grupos vulnerables, los derechos de las minorías y la educación sin discriminación, ello es muy escaso, por no decir inexistente. Sin

embargo, en los últimos tiempos se ha hablado de los derechos de los niños, de la cuestión del género y de la problemática ecológica.

No es que la educación nacional esté dirigida en sentido propiamente contrario a esos derechos, pero habitualmente se pasan en silencio tales cuestiones, salvo para pronunciar algunas palabras ceremoniales en ocasiones especiales (“El día de ...”, el “Congreso Mundial de ...”, etc.). Por ejemplo, en la educación falta un verdadero sitio acordado a la no discriminación racial; sin embargo, aunque tal discriminación exista de hecho en alguna medida (ciertamente menor que en muchos otros países, aun entre los más desarrollados económicamente), no puede decirse que esté apoyada por la educación pública misma ni por la política de los organismos estatales en general.

d) Educación informal en derechos humanos: actores/participantes en ella

El papel y la capacidad de los medios de difusión pública para promover la educación (¡...o la antieducación!) en DH adopta dos direcciones opuestas entre sí. Por un lado, es evidente que los medios contribuyen de manera positiva a la difusión de normas jurídicas y en general de ideas pertenecientes a la teoría de los DH. El contenido de buen número de informaciones señala hechos que conciernen a ese campo y ellas generalmente aparecen presentadas ahí bajo una óptica favorable a esos derechos. De tal manera los medios se adaptan a la ideología dominante en este país, donde la palabra “democracia” tiene a su favor un prestigio prácticamente indisputable; e inclusive los “espacios de opinión”, es decir, unos comentarios que los medios agregan por su propia cuenta, habitualmente se hacen eco de dicha posición. Sin embargo, por el otro lado, no puede negarse que esos medios, sobre todo la televisión, son lugares donde encuentra un sitio de privilegio lo que se destaca como violencia, así como en general contribuyen poderosamente a promover la sociedad de consumo. Esta visión del mundo, donde el ideal por excelencia es la obtención de dinero y en general de posiciones privilegiadas, perseguibles a cualquier precio, es así inculcada, y hasta con singular énfasis, en el gran público, con lo cual se provocan conductas que van en sentido muy contrario de las formas de vida favorables al respeto de dichos derechos. Y tal orientación no carece de consecuencias, evidentemente, sobre cuanto pasa en el ejercicio tanto de la función pública (corrupción, tendencia a cierto autoritarismo en el cumplimiento de esas tareas, o cuando menos la falta de un verdadero interés humano en la manera de llevarlas a cabo) como en la sociedad civil (deshonestidad, crímenes, etc.).

En el marco de la enseñanza pública oficial, prácticamente no hay centros encargados especialmente, o en señalada medida, de la formación en el dominio de los DH. Sin embargo, dos o tres organizaciones no gubernamentales hacen algo de eso, entre las cuales CODEHU es la mejor orientada hacia una enseñanza de alcance verdaderamente práctico; pero dado el endeble soporte económico de esta última, esas actividades suyas no están en condiciones de alcanzar sino a sectores muy reducidos de la población.

e) Evaluación de las necesidades, elaboración de estrategias y recomendaciones

Las recomendaciones de la 44ª sesión de la Conferencia Internacional de Educación (Ginebra, octubre de 1994) han hallado poco eco en los poderes públicos encargados de organizar la enseñanza en Costa Rica. Así, y dado que en los currícula de la enseñanza pública el lugar otorgado al tema DH es tan débil, no es extraño que no sea dable encontrar mayor cosa como material educativo al respecto: es escasa la producción y difusión de manuales, guías, audiovisuales, etc. que estén centrados en ese tema, o en todo caso son muy poco usados. Es verdad que CODEHU ha elaborado materiales de ese género, pero como el Estado no brinda apoyo económico a esta institución, ella no ha podido producirlos masivamente ni ponerlos al alcance más que de pequeños sectores.

Los procesos de socialización para una integración efectiva de los DH a la vida cotidiana, en la medida en que efectivamente tales procesos se dan, resultan más bien del “clima” político nacional –democracia, espíritu pacifista, etc.– y no de una enseñanza formal. La cooperación regional y de proveniencia internacional para desarrollar la enseñanza nacional de DH, prácticamente no se hace notar. Por lo que se refiere al apoyo económico, en la medida en que existe, las contribuciones financieras internacionales prefieren volcarse hacia instituciones mas bien inocuas (esto es, poco incómodas para las autoridades), no hacia una entidad verdaderamente militante como CODEHU.

* * *

¿Cuáles son las insuficiencias y las necesidades principales de Costa Rica para realizar los objetivos del Decenio de las Naciones Unidas para la enseñanza de los DH (1995-2005)? Hemos tratado de responder a esa pregunta a lo largo del presente informe, pero para finalizar resumámoslo aún:

- 1) Antes que nada, sería necesario que las autoridades de la enseñanza pública en general, y especialmente ciertos centros en particular (p. ej., las Facultades de Derecho), revean su posición en cuanto a esa enseñanza, para darle un verdadero sitio en los currícula y en la formación misma de los docentes.
- 2) Además, para que tal enseñanza sea de alcances verdaderamente prácticos, se debería –y esto no es lo menos importante!– cambiar fundamentalmente su orientación habitual; es decir, no contentarse de brindar un saber de orden dogmático-normativista, sin “pulso” en la realidad social, sino abordar esas cuestiones de manera fundamentalmente *realista*-crítica.
- 3) Se debe estudiar qué medidas puedan adoptarse –tal vez unas de carácter indirecto: económicas, etc.– para obtener la colaboración posible de los medios enfocada a la EDH; y sobre todo es necesario establecer una legislación adecuada que impida a las emisoras de televisión ofrecer espectáculos que violentan gruesamente el “espíritu” de esos derechos: limitación de programas de violencia, etc.
- 4) El Estado debería brindar cierto apoyo económico a aquellas organizaciones no gubernamentales, como CODEHU, que ofrecen una enseñanza *práctica* de DH que esté en condiciones de alcanzar verdaderamente los sectores populares.
- 5) Por último, siempre resulta de la más grande importancia el ejemplo dado por las propias autoridades del Estado. Si ellas dan prueba de un buen grado de austeridad personal (honestidad en general, falta de grandes privilegios y remuneraciones exorbitantes, etc.) como asimismo de verdadera transparencia en sus decisiones (sumisión a los mecanismos democráticos de control del poder, etc.), semejante modelo práctico no dejaría de hallar eco en la conducta de los ciudadanos en general relativa al respeto de los DH.

Semejantes medidas no son, en sí mismas, muy complicadas. Pero Costa Rica no es el único país que tiene necesidad de realizarlas en forma más comprometida, ciertamente en medida muchísimo más amplia que en la actualidad. Tal el destino propio de los derechos humanos: ¡nos piden, siempre, hacer más y mejor que lo alcanzado hasta el presente!

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BOBBIO (1982): Norberto Bobbio, *El problema de la guerra y las vías de la paz* (trad. Jorge Binaghi). Barcelona, Gedisa, 203 p.
- DEBRAY (1981): Régis Débray, *Critique de la raison politique*. París, Gallimard.
- DEFENSORÍA DE LOS HABITANTES (1994): Defensoría de los Habitantes de la República, *Informe anual 1993-1994* (presentado a la Asamblea Legislativa de Costa Rica el 7 de junio de 1994). San José, Defensoría de los Habitantes, 373 p.
- FRANK (1970): Jerome Frank, *Law and the Modern Mind*, Gloucester (Mass.), Peter Smith, xxi-404 p.
- FREUND (1972): Julien Freund, «Sociologie et Méthodologie». Institut International des Droits de L'homme (ed.), *René Cassin-Amicorum discipulorumque liber IV. Méthodologie des droits de l'homme*, pp. 151-172. París, A. Pedone.
- HABA (1977-2003): Enrique Pedro Haba, *Estudios sobre derechos humanos* [véase *infra*: COMPLEMENTO].
- HABA (1997): Id., *Pedagogismo y "mala fe". De la fantasía curricular (y algunas otras cosas) en los ritos de la programación universitaria*. San José (C.R.), Investigaciones Jurídicas, 246 p. [Se publicará próximamente la 2ª ed. de este libro, ampliamente reelaborada.]
- HABA (2001b): Id., «Normativismo y realismo como opciones del juez (De la Razón práctica amputada a la racionalidad jurídica integral)», *Curso de Capacitación sobre Razonamiento Judicial y Argumentación jurídica*, pp. 39-161. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia (Serie Eventos N° 3).
- HABA (2002): Id., «Metodología realista-crítica y ética del razonamiento judicial (Realismo jurídico como alternativa práctica al discurso normativista de los jueces)»; *Doxa-25* (2002), Universidad de Alicante, en prensa.
- IIDH (1986): Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *1er Seminario Interamericano: Educación y Derechos Humanos*. San José (C.R.), IIDH/Libro Libre, 365 p.
- LÁSCARIS (1976): Constantino Láscaris, *Palabras*. San José, Editorial Costa Rica, 173 p.
- MAYOR (1993): Federico Mayor, «Rapport final», en UNESCO, *Congrès international sur l'éducation aux droits de l'homme et à la démocratie* (Montréal, Canadá, 8-11 marzo de 1993), *Annexe V* (Discours du

- Directeur général), pp. 1-6. Documento de distribución limitada, Division des droits de l'homme et de la paix (SHS 93/Conf.402/LD.2), París, 9 de agosto de 1993.
- MOURGEON (1978): Georges Mourgeon, *Les droits de l'homme*. París, Presses Universitaires de France (Que sais-je? 128), 127 p.
- MUÑOZ QUESADA (1979): Hugo Alfonso Muñoz Quesada, «La autonomía universitaria en Costa Rica», *La Autonomía Universitaria en América Latina*, vol. II, pp. 189-205. México, Universidad Nacional Autónoma de México.
- MUÑOZ QUESADA (1986): Id., *Los Derechos Humanos desde el Ministerio de Justicia*. San José (C.R.), Ministerio de Justicia, 205 p.
- MUÑOZ QUESADA (1993): Id., «El Defensor de los Habitantes», *Revista Parlamentaria*, vol. 1/nº 2 (septiembre 1993), pp. 19-34 . San José, Asamblea Legislativa/República de Costa Rica.
- LLEWELLYN (1930): Karl N. Llewellyn, «A Realistic Jurisprudence – The Next Step», *Columbia Law Review*, nº 30 , pp. 431-465.
- UNESCO (1993): Organisation des Nations Unies pour l'Education, la Science et la Culture, *Un sentiment d'appartenance. Principes directeurs pour l'éducation aux valeurs destinée à promouvoir la dimension humaniste et internationale de l'éducation*. Document d'Unesco, sin fecha (aprox. 1993), 26 p.
- VAZ FERREIRA (1963a): Carlos Vaz Ferreira, *Moral para intelectuales*. Montevideo, Homenaje de la Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay (Obras de Carlos Vaz Ferreira, vol. III), 1963 (ed. or. 1909), 225 p.
- VAZ FERREIRA (1963b): Id., *Algunas conferencias sobre temas científicos, artísticos y sociales*. 1ª Serie. Montevideo, Homenaje... (vol. XI), 1963 (ed. or. 1956), 401 p.

COMPLEMENTO

(Estudios del Dr. Enrique Pedro Haba relativos a la temática de los derechos humanos)

- [1976] LA IDEA DE TOTALITARISMO Y LA LIBERTAD INDIVIDUAL. *Autopsia de una noción mistificadora* (Prólogo de León Cortiñas-Peláez); Temis, Bogotá, 1976, xxxiv + 256 pp.
- [1977] DERECHOS HUMANOS, LIBERTADES INDIVIDUALES Y RACIONALIDAD JURÍDICA (Algunas observaciones de orden metodológico); *Revista de Ciencias Jurídicas*, Nº 31 (enero-abril 1977), pp. 159-180, Universidad de Costa

- Rica (Facultad de Derecho)/Colegio de Abogados, San José; también publ. en *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 40/Nos 1-2-3 (enero-diciembre 1976), pp. 243-265, Lima, ed. 1978. Versión francesa: DROITS DE L'HOMME, LIBERTES INDIVIDUELLES ET RATIONALITE JURIDIQUE (Quelques remarques méthodologiques); *Archives de Philosophie du Droit*, t. 25 (1980), pp. 325-344, Sirey, París.
- [1981] ¿DERECHOS HUMANOS O DERECHO NATURAL? (Metacrítica de una crítica iusnaturalista a la noción de “derechos humanos”); *Revista de Ciencias Jurídicas* (Univ. de C.R.), Nº 45 (setiembre-diciembre 1981), pp. 105-128; publ. también en *Anuario de Derechos Humanos 2* (marzo 1983), pp. 203-229, Universidad Complutense/Facultad de Derecho-Instituto de Derechos Humanos, Madrid.
- [1984a] DROITS DE L'HOMME, CONCEPTS MOUVANTS, IDEOLOGIES; *Archives de Philosophie du Droit*, t. 29 (1984), pp. 323-339, Sirey, París.
- [1984b] DOCTRINA IDEAL Y DOCTRINA REAL DE LA SEGURIDAD NACIONAL; en *Los derechos humanos y su protección por parte del Estado. Memoria del Primer Congreso Mundial de Derechos Humanos* (1982), vol. IV, pp. 153-203, Imprenta Nacional, San José (Costa Rica), 1984.
- [1984c] CONCEPTOS INDETERMINADOS, DERECHOS HUMANOS Y SEGURIDAD NACIONAL; *Revista de Filosofía de la Universidad de Costa Rica*, vol. XXII/Nº 55-56 (diciembre 1984), pp. 3-30. También publicado con el título: INTERPRETACIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS. EL PROBLEMA DE LOS CONCEPTOS INDETERMINADOS Y LA DOCTRINA DE LA SEGURIDAD NACIONAL, EN EL CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO; *Anuario de Derechos Humanos 3*, pp. 89-135, Universidad Complutense/Facultad de Derecho-Instituto de Derechos Humanos, Madrid, 1985. Las Partes I y II de ese estudio pasan a ser desarrolladas de modo mucho más amplio en el cap. III de [1986e]; la Parte III coincide con la Parte I de [1984b].
- [1984d] INTERPRETACIÓN JUDICIAL, POLÍTICA Y DERECHOS HUMANOS; *Revista de la Procuraduría General de la República* de Costa Rica, Año XIII/Nº 15-16 (agosto de 1984), pp. 21-31; publ. también en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Apéndice/Tomo V, pp. 434-442, Driskill, Buenos Aires, 1986.
- [1985] DIMENSIONES CONSTITUCIONALES DE LOS DERECHOS HUMANOS EN AMÉRICA LATINA: (I) PROTECCIÓN JUDICIAL DE LOS DERECHOS HUMANOS; *Revista Judicial*, Año X/Nº 35 (diciembre 1985), pp. 53-71, Corte Suprema de Justicia, San José (Costa Rica).
- [1986a] DIMENSIONES CONSTITUCIONALES...: (II) ESTADOS DE EXCEPCIÓN; *Ibíd.*, Nº 36 (marzo 1986), pp. 81-100.
- [1986b] DIMENSIONES CONSTITUCIONALES...: (III) LIBERTADES DE EXPRESIÓN; *Ibíd.*, Nº 37 (junio 1986), pp. 65-89.

- [1986c] DIMENSIONES CONSTITUCIONALES...: (IV) DERECHOS ECONÓMICOS; *Ibid.*, Año XI/Nº 38 (setiembre 1986), pp. 79-92.
- [1986d] DIMENSIONES CONSTITUCIONALES...: (V) INCIDENCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL SOBRE EL DERECHO INTERNO; *Ibid.*, Nº 39 (diciembre 1986), pp. 91-102.
- [1986e] TRATADO BÁSICO DE DERECHOS HUMANOS, *con especial referencia al Derecho Constitucional Latinoamericano y al Derecho Internacional. Examen realista-crítico* – tomos I (Conceptos Fundamentales) y II (Indicadores Constitucionales); Juricentro, San José (C.R.), xivi + 970 pp.
- [1988] CONSTITUCIÓN Y EMERGENCIA (Apuntes en torno al proceso constituyente de Nicaragua); *Sistema. Revista de Ciencias Sociales*, Nº 85 (julio de 1988), pp. 109-126, Madrid; publicado también en *Revista de Ciencias Jurídicas* (Univ. de C. R.), Nº 63 (mayo-agosto 1989), pp. 21-42.
- [1992] RETÓRICA DE “LA” LIBERTAD CONTRA LAS LIBERTADES (Control sobre las libertades, por medio de “la” Libertad como ideología); *Revista de la Facultad de Derecho* Nº 2 (enero-junio 1992), pp. 129-167, Montevideo; publ. también, con leves correcciones, en *Revista de Ciencias Jurídicas* (Univ. de C.R.), Nº 75 (mayo-agosto 1993), pp. 113-158. Versión corregida y muy ampliada de un estudio aparecido previamente en otros sitios.
- [1993] DEFINITIONS, INTERPRETATIONS ET PRATIQUE DES DROITS DE L'HOMME. De la “grammaire” aux “formes de vie” dans la rhétorique des droits de l'homme; *Revue Internationale de Sémiotique/International Journal for the Semiotics of Law*, vol. VI/Nº 16 (1993), pp. 3-44, Association Internationale de Sémiotique Juridique/International Association for the Semiotics of Law, Deborah Charles Publications, Liverpool. Exposición corregida y ampliada de las tesis expuestas en el § 11 de [1986d].
- [1995-1996-2002] MAGIA VERBAL, REALIDADES Y SENTIDO FERMENTAL DE LOS, ASÍ LLAMADOS, “DERECHOS” ECONÓMICOS; *Sistema. Revista de Ciencias Sociales*, Nº 125 (marzo 1995), pp. 59-74, Madrid. El texto levemente revisado de este estudio se publicó después en *Revista de Derecho Público*, Nº 1-1996, pp. 17-29, Universidad Autónoma de Centro América, San José (C.R.); una versión algo corregida, definitiva, aparecerá en *Revista Colombiana de Derecho Constitucional*, Nº 9.
- [2000] TOTALITARISMO; en *Diccionario Electoral*, t. II, pp. 1211-1217, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José (C.R.), 2000.
- [2001a] ¿DE QUÉ VIVEN LOS QUE HABLAN DE DERECHOS HUMANOS? (Tres tipos de discursos-DH: “de”, “para”, “con”); *Senderos. Revista de Ciencias Religiosas y Pastorales*, Año XXIII, Nº 67 (enero-abril 2001), pp. 53-77, ITAC Instituto Teológico de América Central Intercongregacional, San José (C.R.).

- [2003] EN TORNO A LAS FORMAS DE DISCURSEAR SOBRE EL TALISMAN “DERECHOS HUMANOS”.
Un compendio de observaciones poco edificantes respecto a maneras de decir mucho y no decir nada; en Roque Carrión Wam (editor, compilador), *Derechos humanos/Direitos humanos*. (De las diversas maneras de atraer a los hombres al conocimiento y crítica de sus derechos humanos), Centro Latinoamericano de Investigaciones Jurídicas y Sociales (CELIJS). Facultad de Derecho-Universidad de Carabobo, Valencia, Venezuela, 2003 (en prensa).
- [xxxx] TRATADO BÁSICO DE DERECHOS HUMANOS, tomo III (Líneas prospectivas, Índices); pendiente de publicación.

**LOS INCONVENIENTES
DEL “FORUM NON CONVENIENS”**

Dr. Víctor Pérez Vargas
Catedrático Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

SUMARIO:

- I. La doctrina del “forum non conveniens” en el Derecho Comparado
- II. Los inconvenientes de la doctrina del “forum non conveniens”
- III. La doctrina de “forum non conveniens” frente al Derecho Costarricense
 - a) Derecho Internacional
 - b) Derecho Internacional Privado
 - c) Derecho Constitucional
- IV. Doctrinas Federal del “forum non conveniens”
- V. Doctrinas estatales del “forum non conveniens”

Anexo

I. LA DOCTRINA DEL “FORUM NON CONVENIENS” EN EL DERECHO COMPARADO

El Derecho Comparado conoce diversos sistemas de Derecho en el mundo, dentro de los cuales sobresale, el llamado “Common Law” o Derecho Anglosajón por un lado y el Derecho de tradición romano-canónica llamado “Civil Law”, que es el de América Latina en general.

La doctrina del “*FORUM NON CONVENIENS*” es una excepción procesal inexistente en la tradición Romano-Latinoamericana. El tema que nos ocupa es parte de un fenómeno más amplio que juristas como Catalano, Schipani en Italia, Fernández Sessarego en Perú, e Hinestrosa en Colombia, han denominado “Factores de penetración del Common Law vs. Elementos de resistencia del Sistema Latinoamericano”.

Ambos sistemas difieren en varios aspectos y uno de ellos es la regla relativa al domicilio del demandado como *criterio general* de determinación de la competencia.

En el Ordenamiento estadounidense, perteneciente al sistema de Common Law, el juez tiene un gran margen de subjetividad, arbitrariedad y hasta facultades de discriminar a los extranjeros. Esto es inaceptable en el “Civil Law”.

En efecto, en nuestra tradición, desde el antiguo Derecho Romano, el domicilio era el criterio básico de fijación de la competencia. El mismo Código de Justiniano⁽¹⁾ establecía “*Ubi dom icilium reus ha bel ... ibi tantum eum coniveniri potest*”. El criterio de la competencia era fundamentalmente “*ratione domicilii*”.

En su libro Derecho Romano, Arias Ramos, nos dice: “Salvo acuerdo entre las partes (Forum prorogatum) el magistrado competente está determinado por el lugar de origen o de residencia (Forum domicilii) del demandado” (p. 165, tomo 1).

Este criterio se transmitió a América Latina por medio particularmente de las obras del Rey Alfonso X el Sabio, El Fuero Real y Las Partidas, muchos de cuyos textos continuaron teniendo vigencia en

(1) Libro III, Título XIII, L. 2.

Costa Rica aun con posterioridad a la independencia, como ocurre con las Ordenanzas de Bilbao.⁽²⁾ En el Fuero Real se lee: “*si ficriere demanda... le demande o es morador aquel a quien demanda*”.⁽³⁾

La regla (que se viola con esta doctrina del “*forum non conveniens*”) es prácticamente universal en el sistema romano a que pertenece Costa Rica. Es un principio universal que la importancia práctica del domicilio es la de determinar la competencia de los tribunales.⁽⁴⁾

Este criterio de tradición romana se encuentra finalmente, en nuestro propio Código Procesal Civil que en su artículo 47 dice que es competente el Juez costarricense, cuando el demandado cualquiera sea su nacionalidad, estuviere domiciliado en Costa Rica. El artículo 48 es todavía más radical el establecer que la demanda presentada ante un Juez extranjero no produce litispendencia.

El hecho de que la doctrina del “*forum non conveniens*” sea admisible en los Estados Unidos, no dice nada sobre su aceptabilidad en otros ordenamientos. Está en juego el orden público y también la misma soberanía.

El fallo Abarca Abarca vrs Shell y otros es claro : “El hecho de que aquella autoridad considere de mayor conveniencia para los actores tramitar el proceso en otro foro, aún contra la voluntad expresa de estos, no es un dato relevante... “la jurisdicción es fruto de la soberanía, por lo cual no se puede exportar ni someterse a sacrificio (Arguedas).

La vigencia y validez de una institución dentro del sistema anglosajón (o del Common Law) no conlleva su automática admisibilidad

(2) V. al respecto SÁENZ CARBONELL, Jorge. *Historia del Derecho*. Juritexto, San José, 1997, pp. 65 y 167.

(3) Título I, Libro 2, Fuero Real, Alfonso X.

(4) Así RIPERT Y BOULANGER, *Tratado de Derecho Civil*, tomo 11, vol 1, p. 68; MAZEÁ UD MAZEA UD, *Lecciones de Derecho Civil*, parte 1, vol. II, p. 160 y 161; CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones de Derecho Civil español*, p. 222; PLANIOL, Marcel, *Traité élémentaire de Droit Civil*, Tome Premier, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, París, p. 168; SANTORO PASSARIELL J. *Doctrinas generales del derecho Civil*, p. 8 y muchos otros más como RUGGERO, CANDÍAN, MESSINEO, BRENES CORDOBA, etc.

en un país del sistema romano. Más bien, muchas instituciones anglosajonas son inadmisibles dentro de nuestra tradición jurídica. Se trata de la confrontación entre dos modos diferentes de ver el Derecho. Abundan las muestras en el Derecho Comparado, por ejemplo en relación con la amplitud en la interpretación de las cláusulas arbitrales, en materia de revocación unilateral de contratos de distribución, en materia de excesiva onerosidad sobreviniente de la prestación, y en muchos otros campos donde las dos perspectivas difieren radicalmente. De ahí que no existe motivo, desde el punto de vista del Derecho Comparado para que ningún juez extranjero tenga legitimación para realizar una imposición de estas doctrinas.

II. LOS INCONVENIENTES DE LA DOCTRINA DEL “FORUM NON CONVENIENS”

a. La arbitrariedad y la existencia de soluciones contradictorias.

El mayor inconveniente de esta doctrina es la subjetividad de las soluciones. Es curioso observar como la propia doctrina jurisprudencial norteamericana, curándose en salud, ha dicho que esta discrecionalidad no es arbitrariedad...⁽⁵⁾. Decía Gracián que “el que se excusa se acusa”. La mejor evidencia de esta arbitraria “discrecionalidad” es que hay soluciones contradictorias a casos iguales (como ocurre con los trabajadores bananeros) según la posición de los “Justices” de turno a quienes corresponda decidir. De hecho en la práctica es algo arbitrario.

b. Puede prestarse para favorecer el oportunismo

El otro gran inconveniente de esta doctrina que se quiere imponer a nuestro ordenamiento soberano es que tras una aparente juridicidad se esconde el oportunismo. Lo que hay detrás de esta supuesta “defensa” es un interés económico, un querer *pagar más barato*, o no pagar del todo, los daños.

(5) “In applying forum non conveniens, the courts are comparing the relative convenience of two or more available forums, each of which may well be authorized to exercise jurisdiction under constitutional doctrine” SCOLES, 263. BLACK’S Law Dictionary, p. 589 y SCOOLES y H. Conflict of Laws, West Publishing Co.

c. Es una doctrina claramente discriminatoria

Finalmente, en relación directa con el tema que nos ocupa, la doctrina del “*forum non conveniens*” es algo inaceptable porque es *discriminatoria contra los residentes extranjeros (en los Estados Unidos)*.

En diversas Convenciones internacionales se ha definido la *DISCRIMINACIÓN* como “toda distinción, exclusión o preferencia..., que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de personas”. Así por ejemplo en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial y en la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación fundadas en la Religión o las Convicciones).

Conviene explicar por qué afirmo que la *doctrina del “forum non conveniens” ES UNA DOCTRINA DISCRIMINATORIA contra las víctimas* y cuáles son los fundamentos doctrinarios, jurisprudenciales y legislativos de mi aseveración:

1. La DOCTRINA norteamericana admite que es discriminatoria.

Que esta es una teoría discriminatoria, lo admite la propia doctrina jurídica norteamericana, que ha explicado que la Corte Suprema de Justicia de ese país ha aprobado una “distinción” entre demandantes residentes y demandantes extranjeros. (Las comillas no son del original).⁽⁶⁾ En COSTA RICA tal discriminación es inadmisibile.

2. La propia JURISPRUDENCIA (U.S.A.) ha sido discriminatoria en la aplicación de la doctrina:

La Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, en abierta contradicción con los tratados internacionales ratificados por ese país y en contra del principio universal de igualdad, sobrepasando los lineamientos originales del año 1947 de la comentada doctrina,⁽⁷⁾ de conformidad con el cual *sólo excepcionalmente* debería perturbarse la

(6) V. SCOLES HAY, *Conflict of Laws*, West Publishing, St. Paul, 198, p. 366.

(7) Caso 330 US 501, 67S CT 836 de 1947, *op. cit.*, p. SCOLES, p. 365. Opinión señera dictada en el caso Piper Aircraft Co y. Reyno -.US, 102 S. Ci 252, 2 65-66 del año 1981. Cit.p. SCOLES HAY, *op. cit.*, p. 366.

escogencia de foro hecha por el actor, posteriormente *llegó a admitir en 1981 esa discriminación* diciendo que “cuando se escoge el foro del propio domicilio es razonable suponer que esta escogencia ha sido conveniente... Cuando, en cambio, el demandante es extranjero, sin embargo, esta presunción es mucho menos razonable. Dado que el propósito central de cualquier determinación de *“forum non conveniens”* es asegurar la conveniencia del proceso, *la escogencia hecha por un demandante extranjero merece menos respeto*” (traducción y destacado en cursiva del autor). Lo anterior, aunque parezca increíble, es la opinión de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América.⁽⁸⁾ Estas palabras del famoso fallo PIPER fueron citadas literalmente en los Casos ABARCA y PATRICKSON.⁽⁹⁾

En COSTA RICA jamás podría decirse que la escogencia de un demandante extranjero merezca menor respeto.

3. La LEGISLACION (U.S.A.) que ha “consagrado” esta doctrina es discriminatoria:

En el propio Estado de Texas se ha llegado a dictar legislación discriminatoria (además de violatoria del derecho internacional por otros motivos adicionales) legitimando la arbitrariedad de esta doctrina discriminatoria de los extranjeros.

En efecto, el “Civil Practices and Remedies Code”, en su artículo 71.051, párrafo a) determina las pautas para aplicar esta doctrina y, en contra del más elemental principio de igualdad, “en relación con un demandante que no sea residente legal de los Estados Unidos” determina una posición menos favorable y establece una regulación separada en confrontación con un demandante que sea residente en USA. Es lamentable observar que el referido texto se introdujo en la legislación tejana, después de el caso DOW CHEM. CO. y ALFARO,⁽¹⁰⁾ caso en el que

(8) “The Supreme Court approved a “distinction between resident or citizen plaintiff and foreign plaintiffs. When the home forum has been chosen, it is reasonable to assume that the choice is convenient. When the plaintiff is foreign, however, the assumption is much less reasonable. Because the central purpose of any *forum non conveniens* inquiry is to ensure that the trial is convenient, a foreign plaintiff’s choice deserves less deference” *Fiacco v. United Technologies Corp.*, 524 F. Supp 858 (S.D.N.Y. 1981).

(9) *V. TREJOS*, p. 18.

(10) 786 5. W. 2 d. 674, 679 decidido en Texas en 1990.

en 1990 actores costarricenses obtuvieron una indemnización por daños debidos al producto DI3CP. En otras palabras, esta ley es *específicamente discriminatoria* contra los residentes lesionados en su salud por las compañías extranjeras.

Ha dicho Martin Wolf: “Es claro esta actitud de discriminación en favor de los propios nacionales es incompatible con la obligación de todo estado de tener en cuenta la meta de una armonía internacional de leyes”.⁽¹¹⁾

III. LA DOCTRINA DE “FORUM NON CONVENIENS” FRENTE AL DERECHO COSTARRICENSE

He podido revisar diversas sentencias nacionales donde se ha declarado que la teoría del *“forum non conveniens”* “no es conocida ni aplicable en COSTA RICA”, “que es competente, en acciones personales, el Juez del domicilio del demandado”, “que el criterio de conveniencia de un juez norteamericano no puede afectar nuestra soberanía”. Todo esto ha sido confirmado por la Corte Suprema de Justicia en COSTA RICA. En el llamado “caso Abarca”, por ejemplo, el juez extranjero, en aquel momento, había puesto como condición para ejercer su jurisdicción que “en el evento que la más alta corte de cualquier país extranjero (en ese caso Costa Rica) finalmente confirme el descargo por falta de jurisdicción..., puede (el grupo de actores costarricenses) regresar a esta corte” (en USA). Para los actores era necesaria una resolución de la Corte Suprema de Justicia, la cual finalmente les dio la razón.

Realmente asombra pensar que un juez norteamericano, siendo competente,⁽¹²⁾ se atreva a decir: “sí, soy competente, pero hágase cargo del caso Usted, Señor Juez de Costa Rica”. En Costa Rica un juez, que tiene plena competencia para resolver una cuestión, no tiene facultades para dejar de ejercerla, por considerar que el juicio se desarrollaría con mayor conveniencia en otro país. Esta teoría no cabe en nuestra

(11) Cit. p. TOVAR.

(12) “...even though a court may have jurisdiction over the parties to a lawsuit on a transitory cause of action, considerations of justice and convenience to all concerned may lead the court in its discretion to refuse to exercise the jurisdiction and *force* the plaintiff to sue the defendant in a more appropriately available forum” SCOLES 363.

mentalidad y en la de ningún país latinoamericano de tradición romana. “La exportación de esta doctrina del *“FORUM NON CONVENIENS”* causa “enorme violencia institucional en el segundo país” (así TREJOS, Gerardo, Casos de Forum non conveniens en Costa Rica, Revista IUSTITIA, 164-165, agosto-setiembre 2000, p. 17).

Este tipo de *demandas obligadas* es aborrecido por el Derecho costarricense. En COSTA RICA de conformidad con Código Procesal Civil: “Nadie podrá ser obligado a demandar”; tampoco un Juez tiene facultades para ordenar al actor entablar un proceso idéntico en otro país. En Costa Rica, “los artículos 122 y 477 del Código Procesal Civil clarifican que sólo en la acción de jactancia pueden admitirse demandas obligadas” (V. TREJOS, p. 17).

La mejor prueba de que estamos ante demandas obligadas se encuentra en el propio texto de la sentencia dictada por el Juez Lake, en cuya página 99 se establece que “Cualquier demandante deseando tener tal acción lo hará dentro de los 30 días siguientes después de la entrada de este memorándum y orden. Es nada menos que una orden con un plazo corto de cumplimiento y con sanciones, como la pérdida total del derecho de accionar de nuevo en los Estados Unidos.

En COSTA RICA resulta inaceptable este tipo de demandas obligadas con plazos de caducidad fijados por el Juez.

En Costa Rica un juez *no* tiene facultades para imponer al actor las condiciones a que debe someterse al interponer su demanda en otro país, por ejemplo, como ha ocurrido, condiciones como la de no mencionar la existencia de las mismas condiciones, como la de no mencionar que demanda por imposición de un juez extranjero,⁽¹³⁾ como la de apelar cualquier resolución de incompetencia (con violación del derecho de apelación), como la prohibición para el actor de solicitarle al segundo Juez que se declare incompetente y como la fijación del plazo de caducidad para presentar tal demanda. (Sobre estas condiciones v. TREJOS, p. 16).

(13) Por ejemplo en Ecuadorean Shrimp Litigation, el tribunal del 17 Distrito Judicial en Broward County de Florida, por resolución de 24/9/99 sancionó a los actores ecuatorianos pues en un caso de *“FORUM NON CONVENIENS”*, en el que habían sido enviados a replantear la demanda en Ecuador, hicieron “lobby” en Ecuador, a pesar de la existencia del derecho constitucional de petición en ese país. V. TREJOS, p. 18.

Tampoco existe en Costa Rica existe la “sumisión con reserva”, esto es la sumisión de las demandadas a la jurisdicción de otro país, con reserva de impugnar lo que se resuelva con base en las normas del propio país y en éste. Tal sumisión con reserva se dió en el caso ABARCA de 1995 y en el caso PATRIKSON de 1998 (V. TREJOS, p. 17).

a. Derecho Internacional

La doctrina del foro conveniente⁽¹⁴⁾ es contraria al Derecho Internacional (público y privado).

-
- (14) Formulada así: “The United States Supreme Court, in the leading case *Gulf Oil Corp. V. Gilbert*, stated the considerations underlying the doctrine of *forum non conveniens* as follows: “In the combination and weight of factors requisite to given results are difficult to forecast or state, those to be considered are not difficult to name. An interest to be considered, and the one likely to be most pressed, is the private interest of the litigant. Important considerations are the relative ease of access to sources of proof ; availability of compulsory process for attending the unwilling, and the cost of obtaining attendance of willing witnesses ; possibility of view of premises, if view would be appropriate to the action ; and all other practical problems that make trial of a case easy, expeditious and inexpensive. There may also be questioned as to the enforceability of a judgement if one is obtained. The court will weigh relative advantages and obstacles to fair trial. It is often said that the plaintiff may not, by choice of an inconvenient forum, “vex”, “harass”, or “opress” the defendant by inflicting upon him expense or trouble not necessary to his own right to pursue his remedy. But unless the balance is strongly in favor of the defendant, the plaintiff’s choice of forum should be rarely disturbed. Factor of public interest also have place in applying the doctrine. Administrative difficulties follow for courts when litigation is piled up in congested centers instead of being handled at its origin. Jury duty is a burden that ought not to be imposed upon the people of a community which has no relation to the litigation. In cases which touch the affairs of many persons, there is reason for holding the trial in their view and reach rather than in remote parts of the country where they can learn of it by report only. There is a local interest in having localized controversies decided at home. There is an appropriateness, too, in having the trial of a diversity case in a forum that is at home with the state law that must govern the case, rather than having a court in some other forum intangle problems in conflict of laws, and in law foreign to itself” (330. U.S., 501, 67, S.Ct. 839, 843 (1947). Lo mismo en *Piper Aircraft Co. V. Reyno*. Us. 102 S. Ct. 262 (1981).

a. La doctrina del “*forum non conveniens*” es contraria al Derecho Internacional Público que rige en COSTA RICA:

a.1. La doctrina del “*forum non conveniens*” es inaceptable en Costa Rica por ser una doctrina contraria e irrespetuosa de la soberanía de nuestro país, al intentar reducir la aplicación de principios procesales nacionales de orden público y al imponer al Juez Nacional una competencia, en contra de la decisión del actor.

a.2. La doctrina del “*forum non conveniens*” es inaceptable en Costa Rica por transgredir los términos de Tratado correspondiente suscrito entre Costa Rica y los Estados Unidos (*Tratado de Amistad, Comercio y Navegación de 1851*) el cual establece el libre acceso a los tribunales de Justicia de ambos países (art. VII : “Los ciudadanos de las altas partes contratantes... tendrán libre y fácil acceso a los tribunales de Justicia en los referidos países, respectivamente, para la prosecución y defensa de sus justos derechos...”). La doctrina del “*FORUM NON CONVENIENS*” es la negación de este Tratado pues precisamente cierra tal acceso.

La posibilidad de que un Juez norteamericano, competente para el caso y, además ubicado en el domicilio del demandado (USA, por ejemplo, en el caso que nos ocupó), decida declarar que aunque él es competente, otro debe encargarse del caso, choca con los principios del tratado bilateral citado firmado por nuestro país y por los Estados Unidos, puesto que el tratado otorga a los domiciliados en Costa Rica el derecho de demandar en los Estados Unidos, país donde está el domicilio del demandado, sus bienes, sus documentos, país donde *se causó* el daño aunque sus consecuencias se vieron en Costa Rica.

a.3. La doctrina del “*forum non conveniens*” es inaceptable por ser, como se explicó ya, al comentarse sus inconvenientes, una doctrina que *discrimina a los extranjeros* y, en particular, a quienes no tengan su domicilio en los Estados Unidos de América, por lo cual es inaceptable, dado que va en contra de las Convenciones antes citadas sobre eliminación de diversas formas de discriminación.

a.4. La doctrina del “*forum non conveniens*” es inaceptable en Costa Rica por ser una doctrina contraria al *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. El Comité de Derechos Humanos ha criticado las discriminaciones contra los extranjeros en el goce y ejercicio de sus derechos, en diversas formas. La doctrina del “*forum non*

conveniens” es contraria al artículo 26 de este Pacto que establece el principio de igualdad lo mismo que a su artículo 2, puesto que éste obliga a los Estados a “respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentran en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en el presente Pacto”. Una cosa es la diferencia racional en el trato que puede estar justificada, otra cosa muy diferente e inaceptable es la DISCRIMINACION.⁽¹⁵⁾ Pareciera que sobra recordar que la discriminación, que en el fondo se basa en el origen nacional, está expresamente prohibida por el artículo 2 de la Declaración Universal, el artículo 2 del Pacto Internacional sobre derechos civiles y políticos y la Convención Americana.

a.5. La doctrina del “*forum non conveniens*” no es admisible en Costa Rica por ser violatoria de la *Convención sobre la Condición Jurídica de los Extranjeros*, *producta* de la Sexta Conferencia Internacional de la Habana de 1928, ratificada por los Estados Unidos⁽¹⁶⁾ y por Costa Rica.⁽¹⁷⁾

a.6. En su aplicación por los jueces norteamericanos, la doctrina del “*forum non conveniens*” en Costa Rica sería violatoria de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Conferencia de las Naciones Unidas sobre Derecho de los Tratados)*,⁽¹⁸⁾ que establece la obligatoriedad de los tratados para las partes y la imposibilidad de oponer las normas de derecho interno a los pactos internacionales (art. 27: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un Tratado”). Esta jerarquía está claramente expresada en nuestro ordenamiento, que en su Constitución Política establece que los tratados internacionales debidamente ratificados por la Asamblea Legislativa tienen autoridad superior a las Leyes.

La doctrina del “*FORUM NON CONVENIENS*” como norma jurisprudencial interna norteamericana jamás puede sobreponerse a lo dispuesto en un Tratado Internacional.

(15) V.O. ‘DONNEL, Daniel, Protección Internacional de los Derechos Humanos, IIDH, Lima, 1989, p. 387.

(16) V. Instituto Interamericano de Estudios Jurídicos Internacionales, El sistema Interamericano, Instituto de Cultura Hispánica, Madrid, 1966, anexo, 7 de mayo de 1930, ratificada el 21 de mayo de 1930 por USA.

(17) Ley 40 de 20 de diciembre de 1932, aprobada por D. 11 de mayo de 1933.

(18) 23-III, 24-V, 1968 y 9-22-V-1969.

b. Derecho Internacional Privado

En el Derecho Internacional Privado se toman en consideración –en expresión de Wolf– ciertas circunstancias que pueden servir como criterios útiles a la hora de establecer el Derecho aplicable. Estas circunstancias se denominan FACTORES DE CONEXIÓN, PUNTOS DE CONTACTO y FACTORES DE RELACIONAMIENTO, precisamente porque por medio de ellos se vinculan las personas, cosas y relaciones jurídicas con un determinado ordenamiento jurídico.

Un buque de bandera norteamericana, propiedad de norteamericanos, dado como garantía de una obligación contraída en Estados Unidos, para ser pagada en Estados Unidos, por sujetos residentes ese país, que se encuentre incluido dentro de un patrimonio sujeto a lo que se denomina reorganization (chapter eleven), no podría ser embargado en Costa Rica por otro acreedor norteamericano, simplemente porque se encuentre en ese momento en el puerto de Limón. Sobre el tema ya ha habido pronunciamientos judiciales.

Del ejemplo anterior se observa que los factores que vinculan el objeto a un Ordenamiento son de muy variada índole. Siguiendo las ideas de el autor español Miaja de la Muela, estos factores pueden ser PERSONALES (nacionalidad –que, por cierto, el nuevo Código Civil peruano excluye como punto de contacto–, domicilio, residencia habitual, etc.), REALES (lugar de situación de un bien “lex rei sitae”, pabellón de una nave o aeronave, etc), RELATIVOS A ACTOS (lugar de realización “locus regis actum”, lugar de cumplimiento de una obligación, lugar de tramitación de un proceso “lex fori”) y VOLUNTARIOS (elegido por las partes).⁽¹⁹⁾

Cabe destacar que el nuevo Código peruano ha eliminado la ilógica discriminación que contenía el Código Civil de 1936, que distinguía entre peruanos y extranjeros utilizado diversos factores de conexión para unos y otros.⁽²⁰⁾

Veamos ahora por qué la doctrina del “*FORUM NON CONVENIENS*” es contraria al derecho Internacional Privado:

(19) V. TOVAR GIL *et al.* Derecho Internacional Privado. Fundación M.J. Bustamante De La Fuente, Lima 1987, p. 56.

(20) V. TOVAR, *cit.*, p. 57.

b.1. Por un lado, es contraria a principios universales, como la competencia del tribunal del domicilio del demandado en el ejercicio de acciones personales contra éste. Esto ya lo he comentado dentro de la tradición romana.

b.2. Por otra parte, esta doctrina es particularmente contraria al Código Bustamante o *Código de Derecho Internacional privado* que rige en Costa Rica, el cual en su artículo 323 confirma el principio del derecho romano y costarricense de que el actor tiene el derecho de entablar sus acciones personales *ante los tribunales del domicilio del demandado* (si bien es cierto que Estados Unidos no ha ratificado este Tratado ‘americano’ pero lo mismo ha ocurrido con los principales instrumentos sobre Derechos Humanos, que este país tampoco ha ratificado, lo cual no significa que sus jueces puedan despreciar o violar estos derechos, cuando los afectados son extranjeros). Se trata de principios de reconocimiento prácticamente universal.

c. Derecho Constitucional

La doctrina del *“forum non conveniens”* es contraria a nuestro Derecho Constitucional:

La utilización por las compañías demandadas de este subterfugio del *“forum non conveniens”* es, en la práctica, una actuación que persigue atrasar el pago o no pagar nunca a los damnificados contraria a *principios básicos del Derecho Constitucional* y del Derecho Procesal costarricense (v. TREJOS, p. 17):

- a. En Costa Rica, es violatoria del principio constitucional por el cual ocurriendo a las leyes todos han de encontrar reparación y justicia pronta y cumplida (artículo 41).
- b. En Costa Rica, es violatoria del principio de igualdad (artículo 33 de la Constitución Política), sobre todo si pensamos en la situación recíproca, pues en nuestro país es impensable que un juez competente rechace una demanda de un ciudadano extranjero diciendo que hay otro más conveniente que él. La igualdad y reciprocidad de trato deriva igualmente del Derecho Internacional. Los derechos procesales de orden constitucional de nuestros ciudadanos no pueden ser afectados de esta forma por ningún juez extranjero.

Expresa la Constitución costarricense : “Todo hombre es igual ante la Ley y no podrá hacerse discriminación alguna contraria a la dignidad humana”.

- c. En Costa Rica, es violatoria, igualmente, de la soberanía legislativa, pues dejando de lado los principios formulados en las leyes, así como en los tratados internacionales, se impone la competencia a los jueces costarricenses, a sabiendas de la lentitud e ineficiencia de nuestros procesos. Para el autor Gerardo Trejos: “Los Tribunales de Costa Rica carecen de competencia para adjudicarse casos que llegan por la vía del “FORUM NON CONVENIENS” (TREJOS, p. 17).

El grado de adhesión a la doctrina del forum non conveniens es variable de un estado a otro, dentro de U.S.A. (MILLER, Laurel E., 1369 Forum non conveniens and state control of foreign plaintiff access to u.s. courts in international torts actions, University of Chicago Law Review, Fall, 1991, 1).

En el Caso Dow Chemical Co vs. Alfaro la Corte de Texas se apartó del standard sobre el Forum non conveniens, al sostener que esa doctrina no existía en Texas en procesos por muerte o lesiones personales, lo que abrió entonces, en ese Estado el acceso a las víctimas para acudir a las cortes de Texas (Miller, 1).

Frente a esta diversificación, ya se han dado los cuestionamientos sobre esta doctrina y su aplicación por los tribunales federales y se han planteado dos opciones: o abolirla o hacerla vinculante (Miller, 1).

IV. DOCTRINA FEDERAL DEL FORUM NON CONVENIENS

En las Cortes Federales se aplica la doctrina solamente en el contexto de los litigios internacionales (Miller, 2)

Pasos para la determinación del forum conveniens

En el Caso Gulf Oil Corp vs. Gilbert (FN16) la Suprema Corte estableció dos pasos para decidir sobre el tema: primero, la Corte debe determinar si existe un foro alternativo. Segundo, si tal foro existe, la Corte debe decidir en cuál de los foros se servirían mejor los intereses privados de los litigantes y los intereses públicos del foro (Miller, 2).

Factores a considerar y balance de factores

En el Caso Gulf Oil Corp vs. Gilbert (FN16), también se establecieron criterios para considerar los referidos intereses privados, entre ellos, factores como: acceso a las fuentes de prueba y testimonios, disponibilidad de proceso, posibilidad de examen de las instalaciones, ejecutividad de los fallos y todos los demás problemas prácticos que permitan que el caso sea más expedito y económico. En cuanto a los intereses públicos, este fallo fija criterios como facilidades administrativas y el interés local de que las controversias se decidan “en casa”. Se declaró que “a menos que el balance de factores favorezca fuertemente al demandado, una Corte raramente debería perturbar la escogencia hecha por el demandante. Se deja la determinación de la aplicación de la doctrina al Tribunal de juicio, cuya decisión es revisable solamente cuando se produce un claro abuso de discreción” (Miller, 2).

V. DOCTRINAS ESTATALES DEL FORUM NON CONVENIENS

Pocas Cortes han establecido “standards” que se desvían de los federales.

Las Cortes en Texas y Lousiana han sostenido que la doctrina no existe.

La Corte de California se ha negado a seguir la doctrina del caso PIPER.

Florida la ha permitido solamente bajo limitadas circunstancias fácticas (Miller, 3).

ANEXO

RESUMEN CASO ABARCA ABARCA CONTRA SHELL OIL COMPANY Y OTRAS

A. El 7 de agosto de 1995, La Licenciada Susana Chaves Sell, actuando conjuntamente con los Licenciados Alvaro Montero Vega, Bernardo Chinchilla Ch y Patricia Ramón Con, como apoderados de las personas que se citan en el Anexo A presentó demanda ordinaria contra las empresas SHELL OIL COMPANY, domiciliada en 600 Travis Street,

suite 3300, Houston, texas 77002; DOW CHEMICAL COMPANY, domiciliada en 1001 Fannin Street, Suite 2500, Houston, Texas 77002-6760 ; STANDARD FRUIT COMPANY, domiciliada en 2300 Trammel Crow center, 2001 Ross Avenue, Dallas, Texas 75201; STANDARD FRUIT STEAMSHIP COMPANY, domiciliada en 2300 Trammel cro Center 2001 Ross Avenue, Dallas Texas 75201; DOLE FRUIT COMPANY, INC. DOMICILIADA EN 2300 Trammel Crow center, 2001 Ross Avenue, Dallas, Texas 75201; CHIQUITA BRANDS INC. domiciliada en 1301 McKinney, Suite 5100, Houston, Texas 77010-3095; CHIQUITA BRANDES INTERNATIONAL INC. domiciliada en 1301 McKinney, Suite 5100, Houston, Texas 77010-3095; DEL MONTE FRESH PRODUCE, N.A., domiciliada en 1221 McKinney, Houston, Texas, 77010; DEL MONTE TROPICAL FRUIT COMPANY domiciliada en 1221 McKinney, Houston, Texas, 77010; AMVAC CHEMICAL CORPORATION, domiciliada en 199 West Loop South, N. 1300, Houston, texas, 77027 ; DEAD SEA BROMINE CO. LTD., domiciliada en 3700 First City Tower, Houston, Texas, 77002-6797; AMERIBROM, domiciliada en 3700 First City Tower, Houston, Texas, 77002-679; y BROMINE COMPOUNDS, LTD. Domiciliada en 3700 First City Tower, Houston, Texas, 77002-6797, todas de Estados Unidos de América.

B. Los actores hicieron reserva especial de ampliar la demanda contra EL ESTADO DE ISRAEL (accionista), DEAD SEA BROMINE CO. LTD., AMERIBROM, BROMINE COMPOUNDS LTD.

C. La demanda se basó en los siguientes *hechos*, los cuales resumo:

1. Las demandadas SHELL OIL COMPANY; DOW CHEMICAL COMPANY, DEAD SEA BROMINE CO. LTD.; AMERIBROM, BROMINE COMPOUNDS, LTD. Y AMVAC CHEMICAL CORPORATION participaron en la elaboración de los plaguicidas FUMAZONE y NEMAGÓN, fabricados a base del agente químico DIBROMOCLOROPROPANO, que responde a la fórmula 1,2-dibromo-3-cloropropano, conocido con la abreviación DBCP.
2. Las demandadas STANDARD FRUIT COMPANY, STANDARD FRUIT STEAMSHIP COMPANY, DOLE Food COMPANY, INC. CHIQUITA BRANDS INC.; CHIQUITA BRANDS INTERNATIONAL INC.; DEL MONTE FRESH PRODUCE, N.A., y DEL MONTE TROPICAL FRUIT COMPANY porque distribuyeron y utilizaron FUMAZONE y NEMAGON en las plantaciones bananeras en las regiones de Río Frío de Heredia, Guápiles, Pococí y Valle de la

Estrella de Limón y Palmar Norte, Palmar Sur, Coto y Golfito de Puntarenas en los años 1965 a 1985.

3. Desde setiembre de 1977 la autoridad americana de protección al ambiente, ENVIRONMENTAL PROTECTION AGENCY, suspendió el uso de estos plaguicidas en el territorio estadounidense, por riesgos de cáncer y esterilidad (según documento N° 8).
4. En febrero de 1978 los fabricantes y las empresas bananeras, no obstante la prohibición en U.S.A. continúan las exportaciones a Costa Rica. En este momento se pacta que si los fabricantes son demandados las empresas bananeras pagarán las indemnizaciones del caso (anexo 9).
5. Los citados plaguicidas siguieron usándose sin explicarse a los usuarios los riesgos y sin dárseles protectores. Los estañones de FUMAZONE y NEMAGÓN no traían ninguna advertencia.
6. Como resultado de la exposición a los nematocidas, los trabajadores bananeros costarricenses quedan estériles y sufren graves problemas de salud, descendencia con deformaciones y daños de orden moral de diverso tipo.
7. Los actores de esta demanda presentaron otra análoga ante los Tribunales de Texas.
8. Los actores eligieron ese foro con base en los artículos 24 y 46 del Código Procesal Civil Costarricense, tomando en cuenta que la producción del pesticida y las decisiones para su distribución en Costa Rica se tomaron en U.S.A.
9. Los actores consideraron que Texas era la jurisdicción que correspondía.
10. La demanda fue planteada en Texas bajo el amparo de diversos Tratados Internacionales.
11. En U.S.A. está el domicilio de los demandados, quienes no cuentan con bienes en Costa Rica.
12. En el proceso en Texas los demandados opusieron la doctrina del FORUM NON CONVENIENS, desconocida en Costa Rica.

13. El 11 de junio de 1995 el Juez federal estadounidense Sim Lake, emitió el fallo respectivo, aplicando la doctrina del *forum non conveniens* y ordenando a los actores la presentación de las demandas en Costa Rica.
14. Los actores voluntariamente escogieron demandar en U.S.A. y ahora, constreñidos por la orden del juez estadounidense, se presentan ante el Juzgado costarricense.
15. La orden del juez Sim Lake establece que las demandadas deben durante 90 días proporcionar prueba a los actores mediante el sistema de “accelerated discovery” para que sea aceptada en Costa Rica.
16. El fallo del Juez Lake además establece que si la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica decreta la incompetencia de los tribunales locales, entonces él reasumirá su jurisdicción y lo tramitará como si nunca hubiese salido de su conocimiento.

Como consideración y resolución previa se solicitó al Juzgado evaluar y determinar la competencia o incompetencia respectiva.

Los actores fundamentaron su demanda (Derecho) en el artículo 43 del Código Procesal Civil de Costa Rica, solicitando previo y especial pronunciamiento sobre la competencia.

En su PETITORIA, los actores solicitaron:

1. Que se determine, de previo y especial pronunciamiento y por economía procesal, si existe o no jurisdicción internacional de los tribunales costarricenses en esta causa.
2. Que se tenga presente la reserva de incluir al estado de Israel como parte demandada.
3. Que eventualmente, en caso de existir competencia nacional, se dé lugar a la demanda en todas sus partes, condenándose a las demandadas a pagar una indemnización a cada uno de los actores por el daño físico y moral derivado de la esterilidad, impotencia, problemas genéticos y riesgo de cáncer y otras enfermedades causado por su exposición al DBCP (Nemagón y Fumazone), fabricado y distribuido por las demandadas.

4. Que se condene a las demandadas al pago de ambas costas de esta acción.

EL JUZGADO CUARTO CIVIL, mediante resolución de las 17 hs. Del 1 de setiembre de 1995 resolvió el asunto:

CONSIDERANDOS:

1. Antes que nada, EL JUZGADO CUARTO CIVIL, consideró necesario determinar si concurrían los presupuestos procesales formales necesarios para cursar la demanda.
2. En segundo lugar, entró a determinar si entraba dentro de su ámbito de competencia material. Concluyó que se trataba de una demanda civil para reclamar la responsabilidad extracontractual del fabricante y distribuidor de un producto y no de un asunto laboral contra el patrono, por no ser la causa de la pretensión una relación laboral.
3. Luego tomó en cuenta los antecedentes: la decisión del Honorable Sim Lake, basada en la doctrina del Forum non Conveniens, desarrollada en los Estados Unidos en el año 1947 (caso Gulf Oil Corp. Vs Gilbert). Dijo: “se trata de un supuesto de abstención del ejercicio de la competencia, por razones de conveniencia para las partes y para el Tribunal y de un instituto inexistente tanto en el derecho procesal costarricense, como en los tratados internacionales suscritos por el país en materia de competencia internacional”... “dicho instituto es ajeno a nuestro derecho y a las reglas de competencia internacional suscritas por Costa Rica”... “la figura no es de conocimiento ni aplicable en nuestro medio, por lo cual no puede ser el fundamento jurídico para resolver sobre la competencia”... “la determinación de la competencia del juez costarricense ha de resolverse de conformidad con las normas de derecho vigente para nuestro medio y no en atención a lo resuelto por el juez extranjero” (folios 37 y 38 del expediente).
4. Posteriormente, pasó a analizar las reglas de competencia aplicables al proceso, tomando en cuenta los criterios de vinculación (“connecting factors”) objetivos (como el territorio donde ha ocurrido el hecho de donde se originó la relación) y subjetivos (entre ellos, el domicilio).

El Juez analizó la aplicabilidad de los artículos 318 y siguientes del Código Bustamante y los artículos 46 a 58 del Código Procesal Civil, para llegar a la conclusión de que “la responsabilidad reclamada es contra las empresas que fabricaron y distribuyeron los plaguicidas Fumazone y Nemagón, por lo que son esos hechos o actos los que han de determinar la competencia del foro. Si las empresas accionadas no realizaron actos en Costa Rica, ni fabricaron aquí los productos en discusión, entonces el proceso para exigirles indemnización no se ajusta al criterio de vinculación que establece el artículo 46 inciso 3) del Código Ritual”... “La causa del proceso radica fuera de nuestro territorio y es ajena a los criterios de vinculación de la legislación nacional. En consecuencia, puede concluirse con claridad que la norma aplicable al caso es el artículo 323 del Código bustamante y que los actores actuaron conforme a Derecho al entablar sus demandas en las Cortes del Estado de Texas, domicilio o residencia de las demandadas”.

5. Dijo también el Juez: “Los actores han ejercido válidamente su facultad de demandar en el foro que expresamente les señale la ley, de acuerdo con el tipo de pretensión que se está ejercitando... el asunto no se enmarca dentro de... los tribunales nacionales y ni siquiera calza dentro de los criterios de vinculación de nuestra ley procesal interna. Con fundamento en el Código de Derecho internacional privado (Bustamante), el Tribunal competente resulta ser el del domicilio o residencia de los demandados, que no es Costa Rica... Así las cosas, lo procedente es declinar expresamente del conocimiento y tramitación del proceso, por no ser de los que corresponden al juez costarricense, según los criterios de vinculación de competencia nacional e internacional vigentes en nuestro ordenamiento.

POR TANTO:

“En vista de que el presente proceso no es de los que corresponden al juez costarricense, según los criterios de vinculación de competencia nacional e internacional vigentes en nuestro ordenamiento, el Juzgado declina expresamente de su conocimiento y tramitación”.

D. Los actores solicitaron elevar la resolución dicha a consulta de la SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, subsidiariamente apelaron para el caso de que el Juzgado decidiese que no correspondía tal consulta.

E. Mediante resolución de 15 hs del 13 de setiembre de 1995 el Juzgado resolvió:

“se admite el recurso de apelación” (folio 41).

F. Los actores, dentro del término del emplazamiento, se presentaron ante el Superior a sustentar la apelación (folio 42), comentando las diferencias entre el derecho procesal costarricense y el estadounidense.

G. El Juzgado, a las 11 hs del 25 de setiembre de 1995 rechazó por extemporáneo un recurso del licenciado Raven Odio apoderado de SHELL (folios 46 y ss).

H. Los actores gestionaron la pronta solución de la controversia (folio 52).

I. El Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Segunda, mediante resolución de 9 hs 25 minutos del 31 de octubre de 1995, declaró mal admitido el recurso.

J. Del Monte Fresh Produce N.A. Inc. y Del Monte Tropical Fruit Company, demandadas, se apersonaron (folio 55).

K. Los actores ejercitaron ante los Jueces Superiores los “recursos” de revocatoria, solicitud de aclaración y adición, solicitud de elevación de expediente a la SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA por disconformidad (escrito de 17 de noviembre de 1975).

L. Los actores se presentaron ante la SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, presentando recurso de apelación, pidiéndole pronunciamiento sobre la competencia.

M. EL TRIBUNAL SUPERIOR SEGUNDO CIVIL, a las 9 hs 20 m del 31 de octubre de 1995 declaró mal admitido el recurso de apelación.

N. EL TRIBUNAL SUPERIOR SEGUNDO CIVIL, a las 9 hs 35 m del 28 de noviembre de 1995 resolvió : “Por haberse interpuesto recurso de casación según consta en el oficio anterior de la sala primera de la Corte Suprema de Justicia se emplaza a las partes para que dentro de tercero día comparezcan ante la citada Sala de Casación (folio 74).

O. Los actores presentaron el recurso de casación ante la SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

P. La SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. A las quince horas, quince minutos del veintiuno de febrero de mil novecientos noventa y seis, resolvió:

“En el proceso ordinario establecido en el Juzgado Cuarto Civil de San José, por Carlos Luis Abarca Abarca y otros contra Shell Oil Company y otras, la Licda. Susana Chaves Sell, apoderada de los actores, plantea recurso, de apelación por inadmisión y de casación contra la resolución dictada por el Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Segunda, a las 9:20 horas del 31 de octubre de 1995, que declaró mal admitido el recurso de apelación interpuesto contra la resolución del Juzgado, en que éste se declaró incompetente para conocer del proceso; y,

CONSIDERANDO:

I.- Conforme lo establece el artículo 583 del Código Procesal Civil, “el recurso de apelación por inadmisión deberá presentarse ante el superior correspondiente, y procederá contra las resoluciones que denieguen ilegalmente un recurso de apelación”. De modo que, como este Tribunal no es de segunda instancia o de apelación sino de casación, el recurso de apelación por inadmisión que se plantea resulta inadmisibile.

II.- En cuanto al recurso de casación interpuesto contra la resolución del Tribunal Superior que deniega la apelación por inadmisión, también debe rechazarse de plano, pues el recurso de casación, como extraordinario que es, sólo procede en los casos expresamente señalados por la ley, en ninguno de los cuales se encuentra el de autos (artículos 591 y siguientes, ibídem).

III.- Lo expuesto significa que quedó firme la resolución del Juzgado Cuarto Civil de San José, Nº 353-95 dictada a las 17 horas del 1º de setiembre de 1995, que dispuso que el presente proceso no corresponde conocerlo a un juez costarricense; (folios 541 a 545).

POR TANTO: Se rechazan de plano los recursos de apelación por inadmisión y el de casación. Tómese nota de lo expresado en el Considerando N. III.

Edgar Cervantes Villalta, Ricardo Zamora C., Hugo Picado Odio, Rodrigo Montenegro T., Ricardo Zeledón Z.

DE LO EXPUESTO, en relación con el caso ABARCA ABARCA vs SHELL y otros, QUEDA CLARO:

1. *Los actores cumplieron con la orden del Juez norteamericano de presentar la demanda en Costa Rica y de presentar los recursos necesarios:* recursos de apelación por inadmisión y de casación contra la resolución dictada por el Juzgado y por el Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Segunda, a las 9:20 horas del 31 de octubre de 1995, que declaró mal admitido el recurso de apelación interpuesto contra la resolución del Juzgado, en que éste se declaró incompetente para conocer del proceso.
2. Quedó firme, expresamente, la resolución del Juzgado Cuarto Civil de San José, N° 353-95 dictada a las 17 horas del 1º de setiembre de 1995, que dispuso que el presente proceso no corresponde conocerlo a un juez costarricense (*“quedó firme la resolución del Juzgado Cuarto Civil de San José, N° 353-95 dictada a las 17 horas del 1º de setiembre de 1995, que dispuso que el presente proceso no corresponde conocerlo a un juez costarricense”* dice el fallo de la SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA).
3. Los criterios utilizados por el Juez hacen referencia puntos de conexión (“connecting factors”) como, domicilio de la demandada, lugar desde el cual se distribuyó el producto, lugar donde se produjo.
4. El Juez aplicó adecuadamente las normas de Derecho Internacional que rigen la materia (Código Bustamante).

**LA REFORMA DEL PODER JUDICIAL.
LA SUPERVIVENCIA DE UN IDEARIO AUTORITARIO**

Dr. Fernando Cruz Castro
Abogado costarricense

SUMARIO:

- I. El diseño constitucional del sistema judicial costarricense.
Comentarios y sugerencias
- II. Garantías que deben reconocerse a la Administración de Justicia
- III. El autogobierno Judicial. Las insuficiencias de la reforma del 93
- IV. El nombramiento de los miembros de la cúpula judicial
- V. Proceso disciplinario
- VI. Proceso de selección de los jueces. La indefinición constitucional
- VII. Las funciones auxiliares de la función Judicial. (Ministerio Público, Policía Judicial, Defensa Pública y el Instituto de Ciencias Forenses)

I. EL DISEÑO CONSTITUCIONAL DEL SISTEMA JUDICIAL COSTARRICENSE. COMENTARIOS Y SUGERENCIAS

El modelo constitucional costarricense, requiere una profunda revisión. Hemos avanzado en algunos temas importantes como la Sala Constitucional, el proceso penal; estos avances no han sido fáciles, pero la estructura organizacional del Poder Judicial sigue respondiendo a un modelo socio-político que tiene muy poca relación con las aspiraciones de Estado social y democrático. Esta miopía no es más que un reflejo de la indefinición que los partidos políticos han tenido sobre el tipo de Poder Judicial que requiere el país. El viejo modelo constitucional del Poder Judicial del siglo XIX, de corte napoleónico, vertical, se mantiene incuestionable en la Constitución de 1949.⁽¹⁾

La Constitución vigente contiene pocas reglas que permitan trazar una clara definición jurídico-material sobre la función judicial en una sociedad democrática. El artículo 154 contempla una delimitación que define, en parte, la independencia funcional del sistema judicial, refiriéndola al Poder Judicial como institución, que sólo "...está sometido a la Constitución y la ley...", desconociendo, por otra parte, que son los jueces, sin importar su rango, los que sólo están sometidos a la Constitución y las leyes.⁽²⁾

Todo el capítulo sobre el Poder Judicial ignora al juez como sujeto protagonista de la función jurisdiccional, refiriéndose, exclusivamente, a la institución o a los miembros de la cúpula judicial. La norma comentada no incide en la independencia interna de los jueces, ni tampoco tiene un efecto determinante respecto a su estructura orgánica.

(1) Por una serie de factores histórico-sociales, siempre han existido razones ideológicas y coyunturales que explican la invisibilidad política del tema judicial. Nunca se ha entablado un verdadero debate sobre el modelo judicial. Los partidos conservadores no tienen ningún interés en el tema y las agrupaciones políticas más progresistas, se ocupan de otros problemas. Prevalece una imagen imprecisa sobre un juez "aséptico" al que el poder le pasa sin rozarle, porque no lo protagoniza. Zaffaroni, E.R. *"Estructuras Judiciales"*. Ediar, Argentina, 1994, pp. 22 y ss.

(2) La Constitución italiana señala que los jueces sólo están sometidos a la ley (art. 101); similar disposición contempla el apartado primero del artículo 117 de la Constitución española.

En cuanto al artículo 155 de la C.P., tampoco contempla una definición trascendental. Esta disposición pretende fortalecer la potestad jurisdiccional de cada juez, asegurando que sólo éste puede conocer y resolver una causa sometida a su conocimiento, sin embargo, no es un hecho que requiere una definición constitucional, porque un funcionario que asuma el conocimiento de una causa pendiente ante otro, podría incurrir en el delito de prevaricato. Bastaría una disposición legal para resolver esta disfunción. La norma comentada no es una disposición que tenga un efecto decisivo en el diseño constitucional de un Poder Judicial democrático. La misma observación puede hacerse respecto de la posibilidad de solicitar los expedientes *ad effectum videndi*. Estas disposiciones se refieren a problemas que pueden resolverse en el ámbito legislativo. A pesar de que se trata de normas constitucionales muy detalladas y recargadas, se omite mencionar un concepto tan importante como el origen democrático de la justicia, tal como sí lo hace la Constitución española e italiana.⁽³⁾ En todo Estado democrático el poder emana del pueblo, que fue una de las preocupaciones cardinales de la Revolución Francesa, al arrebatarse tal control al poder absoluto del Monarca. Esta omisión fortalece una visión aséptica y burocrática de la Justicia.⁽⁴⁾

(3) El artículo 101 de la Constitución Política Italiana reconoce que “La justicia se administra en nombre del pueblo. Los jueces están sujetos únicamente a la ley”. De igual forma, el apartado primero del artículo 117 de la Constitución Política española establece que “La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la Ley.”

(4) El juez aséptico lo satiriza muy bien Griffith, en su obra sobre política y política en Inglaterra, cuando lo define como la persona que cuando se apresta a juzgar, debe actuar como un “...eunuco político, económico y social, y desinteresarse del mundo fuera del tribunal. Esta imagen aséptica guarda perfecta consonancia con la estructura bonapartista y vertical que se mantiene vigente en Costa Rica, concepción que le permitió a Carl Schmitt construir su concepto sobre la “inimputabilidad política de los jueces”. El juez no puede, de ninguna manera, responder a los mandatos o consignas de una agrupación política, pero lo que resulta insostenible es pretender que un juez no tenga, como ciudadano, una cosmovisión socio-política. El juez “eunuco político” de Griffith es una ficción absurda, una imagen que no es compatible con la realidad. *Ob. cit.*, Zaffaroni, pp. 108-109.

La Constitución omite definir algunas garantías fundamentales que requiere el proceso, como la publicidad. Quizás el artículo 155 de la Constitución refleja, en mayor o menor medida, la idea inconsciente que ha predominado en nuestra cultura judicial, al considerar al expediente como sinónimo de juicio o de proceso. La opacidad que provoca el juicio escrito le da sustento a una inadmisibles homologación entre expediente y proceso. No es el expediente el que define el modelo constitucional del enjuiciamiento. En este punto, la norma constitucional comentada por lo menos define, claramente, los límites sobre el conocimiento público de los expedientes judiciales.

El artículo 156 de la C.P. refleja, como ya lo mencioné, el modelo tradicional vertical y de concentración de poder en la cúpula. La visión de un Estado social y democrático de Derecho no ha llegado al Poder Judicial. Predomina una inconveniente concentración de poder que le era muy grato a la visión autoritaria napoleónica,⁽⁵⁾ que no se ajusta con las aspiraciones democráticas de un Estado en el siglo XXI. La verticalidad y un sistema de controles y sanciones sobre los jueces ajenos a la cúpula judicial, sigue siendo la herencia napoleónica que sobrevive en medio de una cultura constitucional que lentamente toma conciencia de los guetos autoritarios que contradicen valores democráticos fundamentales.

La disposición sobre la reelección tácita de los Magistrados, según lo previsto en el artículo 158 de la C.P., es de un gran valor, porque la independencia del juez no sólo la define la forma en que es electo, sino, y con mayor razón, la forma en que se mantiene en el cargo, según decía

(5) Napoleón influyó en la estructura del Poder Judicial, imprimiéndole una orientación vertical; supuso su dependencia del Poder Ejecutivo. En el senado-consulta del 18 de mayo de 1804, "...la Constitución imperial creó una alta corte de justicia, con composición aristocrática y que funcionaba en el propio senado. Todos los tribunales perdieron su nombre republicano y pasaron a llamarse "cortes" y sus presidentes eran nombrados vitaliciamente por el emperador... La ley napoleónica sobre la organización judicial data del 20 de abril de 1810 y se conoce como la "gran ley". La selección de los magistrados se centraba en el ejecutivo, no había calificación técnica previa y tampoco una "carrera", sino que todo dependía del "superior" y del "gobierno...". El modelo napoleónico debilita la independencia del juez; el poder judicial deja de serlo, se desvincula de la ciudadanía, pierde independencia frente al poder legislativo, desembocando en una clara dependencia frente al ejecutivo, instituyendo un modelo de juez burocratizado, inserto en una fuerte estructura jerarquizada de tipo militar, con un severo y arbitrario sistema de sanciones. Zaffaroni. *Ob. cit.*, pp. 55-56.

Cappelletti. El independencia que exige la judicatura, en algunas ocasiones ejerciendo su función como un poder contramayoritario,⁽⁶⁾ exige la inamovilidad en el cargo, de lo contrario, quedará sujeto a las reacciones impredecibles del poder político o de los grupos de presión. Esta es una disposición que fortalece la independencia de la magistratura. Curiosamente, hasta hace poco tiempo, la inamovilidad o el nombramiento vitalicio, no se aplicó en Costa Rica para los jueces de rango inferior, limitándose su nombramiento a cuatro años y abriendo la posibilidad que, injustificadamente, la Corte no los reeligiera, como ocurrió en algunos casos.⁽⁷⁾ El artículo 158 de la C.P. reconoce, tácitamente, la inamovilidad del juzgador, aunque lo refiere, exclusivamente, a los miembros de la Corte Suprema de Justicia,⁽⁸⁾ manteniendo la invisibilidad del resto de los integrantes de la judicatura.

El artículo 167 C.P. fortalece significativamente la independencia externa del Poder Judicial, al darle absoluta preponderancia al criterio de

-
- (6) El término es polémico, tal como lo analiza muy bien Roberto Gargarella, porque puede tener una connotación “elitista” y conservadora. (ver del autor citado: *“La Justicia frente al Gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial”*. Ed. Ariel. España, 1996, pp. 48 y ss.) El juez, como responsable de la salvaguarda de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, debe asumir posiciones que quizás no respondan al criterio mayoritario, resolviendo por encima de “razones de Estado” más o menos encubiertas. El juez no puede responder a las demandas mayoritarias que vacían de contenido los derechos fundamentales y las libertades públicas. En este sentido, el papel del juez sí puede ser contramayoritario. Ver Movilla Alvarez. *“Independencia del Juez y Derechos Humanos”*. Edición especial de la revista **Berbiquí**. Colombia, 2000, p. 106.
- (7) Conforme al artículo 19 de la Ley Orgánica del Poder Judicial derogada (vigente hasta 1993), el límite temporal de cuatro años a la designación de los jueces, fue una negación absoluta de la independencia judicial. Esta disposición se derogó hasta el año 1993. Algunos jueces no fueron reelectos por aplicar criterios que sus “superiores” consideraron inadmisibles; fueron víctimas de la arbitrariedad y la insolidaridad, porque ante el temor a las represalias, todos los jueces mantuvimos un reprochable silencio. Este es un capítulo triste de la variada crónica de la arbitrariedad y la indefensión.
- (8) El artículo 158 de la C.P. no reconoce realmente la inamovilidad de los jueces de la Suprema, tal como sí lo hace el artículo 107 de la Constitución Política italiana y el 117 de la Constitución Política española. En las dos disposiciones citadas se establece que los magistrados, sin importar su rango, son inamovibles.

la Corte frente a cualquier reforma. No es extraño, tal como ocurre con la mayor parte de los países, que los jueces resistan los cambios, tal como ocurrió, con la Jurisdicción Constitucional. Si los Partidos Políticos no poseen una clara definición sobre lo que debe ser el Poder Judicial, el cambio sólo surgirá en el seno de la judicatura, situación que es riesgosa, pues el tradicional conservadurismo de la judicatura puede convertir al Poder Judicial en una institución vetusta, distante y obsoleta. Lo ideal sería que tanto los Partidos Políticos, como los jueces, promovieran una discusión abierta sobre el Poder Judicial, impulsando los cambios que permitan convertirlo en una institución que sintonice fácilmente las aspiraciones políticas y sociales de la comunidad, respondiendo con eficacia y rapidez a los retos que dramáticamente se le plantean.

El capítulo constitucional sobre el Poder Judicial no brinda un marco satisfactorio que asegure la independencia sustancial de los jueces. No hay un reconocimiento pleno de todas las condiciones que definen una justicia democrática.

II. GARANTÍAS QUE DEBEN RECONOCERSE A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

La constitución debería incluir algunas disposiciones en las que se reconozcan las siguientes garantías:

1.- Es importante afirmar que la justicia emana del pueblo. Esta visión republicana no puede ignorarse. La función de los jueces, también emana del pueblo, no en virtud de su nombramiento, como los diputados, sino en virtud de la función de garante que cumple el juez respecto a los derechos individuales y sociales.

2.- También debe establecerse una disposición que asegure la inamovilidad de todos los jueces. En cuanto a este objetivo, el párrafo primero del artículo 107 de la Constitución Política italiana, define muy bien que los "...Magistrados son inamovibles. No pueden ser dispensados o suspendidos del servicio ni destinados a otras residencias o a desempeñar otras funciones, sino mediante decisión del Consejo Superior de la Magistratura, adoptada, bien por los motivos y con las garantías de defensa establecidos por el ordenamiento judicial, bien con el consentimiento de los interesados...". La inamovilidad de todos los jueces es una garantía de primer orden en el diseño de los poderes constitucionales. La Constitución vigente en Costa Rica, desconoce esta exigencia.

3.- Debe establecerse, claramente, que la justicia es gratuita, asegurando, en todo caso, que tal gratuidad se debe asegurar para quienes acrediten insuficientes recursos para litigar. Este es un tema que plantea importantes retos. El acceso a la justicia se ve absolutamente limitado por la pobreza de alguna de las partes. La desigualdad social se reproduce en los procesos, cuando una de las partes, a causa de su ignorancia y pobreza, no puede acceder realmente a la justicia. Este es uno de los retos fundamentales que tiene el Poder Judicial costarricense. La actividad de la Defensa Pública en el proceso penal ha fortalecido el principio de acceso a la Justicia, sin embargo, en el resto de las materias, los interrogantes son preocupantes. La desigualdad real en el proceso, se convierte en una negación absoluta de justicia. En el proceso laboral, en muchos litigios civiles, la desigualdad conculca el acceso a la justicia. El beneficio de litigar como pobre, es insuficiente y contiene una alta dosis estigmatizante que poco resuelve. Debe contemplarse también, como principio, la posibilidad que se reconozca a las partes la posibilidad de intervenir en el proceso sin intervención de abogado. En este punto, el artículo 119 de la Constitución Política española puede brindar un marco de referencia interesante, al establecer que "...La Justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley y, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar...". Se trata de una fórmula flexible que permite adaptar su vigencia a las particularidades de cada rama del ordenamiento.

4.- En cuanto a los procesos, para el siglo XXI se debe establecer la garantía de la publicidad y la oralidad, pero no sólo en lo penal. Aquí los partidos políticos deben definir qué tipo de justicia quieren en materia laboral, por ejemplo. La oralidad y publicidad posibilitan el control ciudadano sobre la Administración de Justicia, impidiendo la nefasta delegación de funciones que propicia el modelo procesal escrito, que es el que predomina en todas las materias, excepto en la penal. Es importante establecer como principios constitucionales: a) La publicidad de las actuaciones judiciales, con las excepciones que imponga la naturaleza del proceso y los derechos del enjuiciado; b) El procedimiento debe ser oral, público y contradictorio.

5.- Otra garantía debe ser la obligación de motivar las resoluciones y de dictarlas en audiencia pública. Aunque ya en este campo la Sala Constitucional ha hecho una labor muy importante, sin embargo, es conveniente incluir una disposición constitucional que imponga a la judicatura la obligación de motivar todas sus disposiciones, como lo dispone el artículo 111 de la Constitución italiana.

6.- Debe incluirse una disposición sobre la obligación de indemnizar por los errores judiciales; esta es una previsión que fortalece la función garantista del sistema judicial. En este sentido, el artículo 121 de la Constitución española es un buen modelo, cuando establece que “..Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán lugar a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley...”. Esta previsión es interesante, porque contempla el concepto de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, que significa el reconocimiento a una responsabilidad objetiva o estructural, hipótesis que permite resolver muchos problemas en que no hay una culpa subjetiva de alguna persona, sino que el error proviene de condiciones estructurales.

III. EL AUTOGOBIERNO JUDICIAL. LAS INSUFICIENCIAS DE LA REFORMA DEL 93

El autogobierno judicial, es un tema que no se ha discutido satisfactoriamente. No ha sido una prioridad política, porque no parece ser una necesidad visible del usuario. La buena atención, la prontitud, son objetivos importantes, pero también lo es la democratización del sistema judicial que permita fortalecer la independencia real de cada uno de los jueces. Existe la idea arraigada que el tema de la independencia sólo interesa a la institución y a los miembros de la cúpula judicial. La independencia del resto de los jueces, no ha sido un objetivo político importante. Existen pocas voces dentro o fuera del Poder Judicial que señalen la necesidad de introducir una reforma estructural del Poder Judicial que reduzca su verticalidad y propicie una mayor participación de todos los sectores de la judicatura.⁽⁹⁾ El modelo vigente en la Ley Orgánica Judicial no responde a los objetivos fundamentales de ese propósito. Es un planteamiento que ha tenido gran transcendencia en países que han sufrido un gobierno autoritario, como España e Italia, que son los modelos más interesantes. Pero el autogobierno judicial a través de los Consejos de la Judicatura, puede significar una ruptura del modelo napoleónico vertical que ha imperado en nuestros países y que se mantiene vigente en la constitución política. Se trata de un tema sobre el

(9) En Julio del año 2002, la Corte Suprema de Justicia ha discutido un proyecto de reforma estructural del sistema judicial. Tal vez esta inquietud sea el inicio de una importante e histórica modificación de la estructura del sistema judicial costarricense.

que tradicionalmente se ha mantenido un prudente silencio; no parece que exista una voluntad política clara sobre la necesidad de pasar de una estructura judicial vertical a una estructura horizontal que asegure una participación pluralista de la judicatura y de la sociedad civil.⁽¹⁰⁾

El autogobierno judicial asegura la independencia interna de los jueces, es decir, la del juez frente a la jerarquía interna de la estructura judicial. Como bien lo señala Zaffaroni, en la práctica, la lesión a la independencia interna suele ser de mayor gravedad que la violación de la independencia externa. Sobre este tema, es oportuno citar textualmente al autor recién mencionado, cuando asevera que “en las estructuras verticalizadas, los cuerpos colegiados ejercen una dictadura interna, en la que se solazan aterrorizando a sus colegas, abusando, cotidianamente, de su poder...”. A través de este poder vertical satisfacen sus rencores personales, que cobran en los jóvenes sus frustraciones, reafirman su titubeante identidad, desarrollan su vocación para las intrigas, despliegan su egolatría, etc, mortificando a quienes por el mero hecho de ser jueces de diferente competencia son considerados sus “inferiores”. De este modo se desarrolla una increíble red de pequeñeces y mezquindades vergonzosas, de las que participan los funcionarios y auxiliares sin jurisdicción. La maledicencia se convierte en la moneda corriente, hace presa de todos y sustituye a las motivaciones racionales de los actos jurisdiccionales: las sentencias no se confirman, revocan o anulan por razones jurídicas, sino por simpatía, antipatía, rencor, celos con el colega. Si los operadores de un poder judicial verticalizado decidiesen un día dejar de practicar la maledicencia respecto de sus colegas, reinaría en los edificios de sus tribunales más silencio que en los templos. La presión sufrida por los jueces por lesión a su independencia externa, en un país democrático es realmente neutralizable, por vía de la libertad de información y de expresión y crítica, pero la que lesiona su independencia interna es mucho más continuada, sutil, humanamente deteriorante y éticamente degradante que ésta. Cuanto menor es el espacio de poder de una magistratura, es decir, cuanto menor independencia externa tiene, mayor parece ser la compensación que buscan sus cuerpos colegiados en el ejercicio tiránico de su poder interno. En una magistratura con estos vicios es casi imposible que sus actos sean racionales. La independencia

(10) Deben constituirse diversos órganos colegiados, a nivel provincial y nacional, integrado por jueces de todas las categorías y representantes de la sociedad civil, que serían los encargados de ejercer las funciones de gobierno y administración del Poder Judicial. Bergalli, Roberto. *Estado democrático y cuestión Judicial*. Ed. Depalma. Argentina, 1984, p. 119.

interna sólo puede ser garantizada dentro de una estructura judicial que reconozca igual dignidad a todos los jueces, admitiendo como únicas diferencias jurídicas las derivadas de la disparidad de competencias. Este modelo horizontal constituye justamente, la estructura opuesta a la verticalizada bonapartista, cuya máxima expresión fue la judicatura fascista. Justo es decir que el modelo fascista está ampliamente superado por algunos disparates vernáculos latinoamericanos...”.⁽¹¹⁾ Aunque la cita no es totalmente aplicable a Costa Rica, sí lo es en su esencia. La concentración de poder excesiva, la verticalidad, debilita, notablemente, la independencia de todos los jueces de la República. La naturaleza de la función jurisdiccional exige una estructura mucho más horizontalizada, tal como se refleja, por ejemplo, en el apartado cuarto del artículo 107 de la Constitución Política italiana, cuando establece que: *Los Magistrados se distinguen entre sí solamente por la diversidad de sus funciones*. El paradigma del autogobierno es el modelo italiano. Es un tema que exige una aguda valoración, analizando los errores y desviaciones que la práctica ha provocado en otros países. Una función que exige por definición, la independencia, exige que los jueces no se vean sometidos a una estructura administrativa de gobierno que limite su independencia. Además, es importante integrar otros sectores en la administración del sistema judicial, como los docentes universitarios y los abogados litigantes. La integración pluralista evita las graves disfunciones que provoca el autismo institucional.

El modelo costarricense se quedó a medio camino. La reforma orgánica que se introdujo en 1993 no superó la estructura orgánica vertical que ha caracterizado al Poder Judicial costarricense desde el siglo XIX; la orientación democrática y pluralista no ha llegado al sistema judicial costarricense. Es indispensable reformar el artículo 156 de la Constitución Política, que es la disposición que recoge la esencia del modelo napoleónico, al establecer que “...La Corte Suprema de Justicia es el tribunal superior del Poder Judicial, y de ella dependen los tribunales, funcionarios y empleados en el ramo judicial, sin perjuicio de lo que dispone esta Constitución sobre el servicio civil...”. La reforma de la estructura orgánica del noventa y tres no alcanzó los objetivos que pretendía, al mantenerse inalterable el capítulo constitucional sobre el Poder Judicial. Por desgracia, no fue una reforma estructural. El Consejo Superior del Poder Judicial, como instancia administrativa, no ha tenido un efecto democratizador, porque es un órgano subalterno de la Corte

(11) Zaffaroni. *Ob. cit.*, pp. 104-105.

Suprema de Justicia, pues ésta designa a sus miembros y también puede, cuando lo juzgue conveniente, avocarse el conocimiento de los asuntos de competencia del Consejo. En algunos puntos se logró un avance importante, pues pasamos de un modelo empírico-primitivo a uno tecnoburocrático, según la tipología que propone Zaffaroni,⁽¹²⁾ sin embargo, la vetusta estructura autoritaria y vertical, se mantuvo intacta. Nos falta alcanzar el modelo democrático.

El Consejo Superior no se ha convertido en una institución democratizadora del Poder Judicial, solo propicia un “reparto de la arbitrariedad”.⁽¹³⁾ Existen una serie de condiciones y presupuestos que impiden que el Consejo sea una instancia de poder importante. Las razones que sustentan esta afirmación son:

- a) Desde el punto de vista constitucional, la Corte Suprema de Justicia, sigue concentrando todas las competencias. (ver como se expuso, el artículo 156 de la C.P.). El Consejo tiene escasa trascendencia político-institucional.
- b) La Corte Suprema de Justicia designa, con absoluta discrecionalidad, a los integrantes del Consejo, que en todo caso, siempre ejerce una competencia delegada, pues la Corte puede conocer, por vía de avocamiento y sin mediar petición expresa de un tercero, cualquier asunto que haya resuelto el Consejo. (artículo 83, apartado once del art. 59, ambos de la L.O.P.J.). Es decir, que aunque el Consejo tiene competencia para resolver una serie de asuntos administrativos, (art. 81 de la L.O.P.J.) tal competencia puede asumirla, cuando lo estime conveniente, la Corte Suprema. Se trata de una competencia delegada que no le da ninguna exclusividad al Consejo.

Realmente el Consejo no ejerce ninguna competencia exclusiva y el origen de su nombramiento lo convierte, sin la menor duda, en un órgano subalterno de la Corte Suprema. Su funcionamiento no ha provocado una mayor democratización del Poder Judicial, ni

(12) Ver capítulos seis y siete de la obra de Zaffaroni. *Ob. cit.*, pp. 147 ss.

(13) El reparto de la arbitrariedad no reduce la arbitrariedad. El reparto del poder en una estructura vertical y autárquica como la que presenta el Poder Judicial costarricense, no reduce la arbitrariedad ni propicia la horizontalización. Ver Zaffaroni. *Ob. cit.*, p. 161.

tampoco ha variado la verticalidad que caracteriza la estructura orgánica del sistema judicial.

En este sentido los partidos políticos, los jueces, la cúpula judicial, tienen la palabra. La función del Consejo puede convertirse en el espacio en el que se ejerce, conforme a principios democráticos, la dirección administrativa del sistema judicial.

La verticalidad de la estructura orgánica del Poder Judicial, es la fuente más importante de interferencia en el desarrollo de una judicatura realmente independiente. El fortalecimiento de la independencia interna de los jueces es una de las asignaturas pendientes en el fortalecimiento de la independencia judicial costarricense. En temas como la carrera judicial, el control disciplinario, los salarios y la participación en el gobierno judicial, los jueces no tienen ni voz ni voto. Son los miembros de la Corte Suprema de Justicia los que resuelven, vitaliciamente, sobre las materias recién citadas. En ninguna actividad pública o privada la administración es vitalicia, excepto en el Poder Judicial.⁽¹⁴⁾

Las desviaciones y excesos que provoca la inconveniente concentración de poderes, se sintetiza muy bien en el informe sobre la independencia judicial en Centroamérica, destacando que "...Al interno del poder judicial, la jerarquía ha realizado verdaderas persecuciones, no por razones político partidistas sino de política institucional, afectando con ello la independencia de los jueces: un inventario muy general incluye los siguientes casos graves: 1.- Suspensión de nombramientos de jueces propietarios, al punto de tener un poder de la República interino en más de un cincuenta por ciento; 2.- establecer sistemas de cuotas de trabajo, por encima de la importancia y complejidad de las causas y del respeto a las partes en la contienda judicial (materia laboral); 3.- perseguir, por medios contrarios a la ética más elemental, a los funcionarios con criterio independiente, con traslados, suspensión de nombramientos,

(14) La Corte Suprema (que son veintidós magistrados, que integran las diversas Salas de Casación y la Sala Constitucional) controla el nombramiento, remoción y disciplina del Consejo Superior del Poder Judicial, del Ministerio Público, la defensa pública, la policía judicial y del tribunal de la Inspección Judicial. En muchos de estos casos la Corte ha delegado estas atribuciones, especialmente algunas funciones de nombramiento, disciplina e inspección, sin embargo, tales potestades las puede ejercer directamente, porque todos los órganos especializados del Poder Judicial ejercen una competencia delegada por la Corte Plena.

revelación de datos personales confidenciales (dictámenes psiquiátricos sobre depresión y otros) a los medios de comunicación colectiva para afectar el prestigio de los jueces (caso del juez Alberto Porras que incluso cambió de domicilio a los Estados Unidos); 4.- órdenes de investigación violatorias del debido proceso, cuyo informe, constitutivo de un libelo infamante, llega a la prensa anónima e ilegalmente (caso de investigación sobre la docencia universitaria); 5.- órdenes a los jueces, de carácter inquisitorial, de someterse a dictámenes psiquiátricos para afectar su estabilidad laboral (caso de las juezas Judy Madrigal y Mallita Ramón); 6.- e intromisiones inconstitucionales en la vida privada de los funcionarios judiciales, como tratar de averiguar todas las actividades económicas de cada uno, pidiendo un informe a ese respecto...”.⁽¹⁵⁾ A estos excesos, debe agregarse la posibilidad de que algunos miembros de la cúpula judicial, puedan ejercer presiones impropias sobre otros jueces con el fin de que algunos casos se resuelvan conforme a criterios de “conveniencia”.⁽¹⁶⁾

IV. EL NOMBRAMIENTO DE LOS MIEMBROS DE LA CÚPULA JUDICIAL

Respecto a la designación de los Magistrados, tema debatido hasta el cansancio, sólo quiero hacer algunas observaciones. La legitimidad de la designación del Juez no la determina su designación inicial, que en este caso sería la Asamblea Legislativa, como representante del pueblo. La designación parlamentaria puede provocar otras consecuencias muy negativas. La función del juez no se legitima por el nombramiento

(15) Ver *“Libro Blanco sobre la Independencia del Poder Judicial y la eficacia de la Administración de Justicia en Centroamérica”*. Apartado del informe de Francisco Dall’Anese Ruiz, p. 22.

(16) En un sistema fuertemente jerarquizado y con los poderes concentrados en la cúpula, que posee un régimen de juzgamiento de sus miembros privilegiado y permisivo, es muy difícil que los jueces de inferior rango denuncien las presiones que reciben de miembros de la Corte Suprema; esta situación la destacó el magistrado Fernández Silva, cuando señaló que ha recibido cuatro denuncias “...de jueces sobre las presiones que han recibido de algunos magistrados, pero no han querido dar nombres para comenzar las acciones jurídicas correspondientes...”. Ver información del periódico **La Prensa Libre** del doce de abril del 2000, titulada: *“Jueces anónimos son unos cobardes”*, p. 3.

legislativo, como se afirma en muchas ocasiones. Este argumento no responde muchos interrogantes, como lo que ocurre, por ejemplo, con la designación de los jueces que no integran la cúpula judicial. Como bien lo señala Gimeno Sendra, la legitimidad del juez proviene del proceso mismo, de las funciones que representa, especialmente su función pacificadora. Es la naturaleza misma de la función y su desempeño lo que legitima la función judicial y no el origen del nombramiento. El proceso cumple una función de desmembración social y de absorción de las protestas. El punto de partida de la legitimación de la actividad judicial es la Constitución. En la medida que ésta refleje la soberanía popular, se legitima el ejercicio jurisdiccional como “potestad consentida” que refleja los valores y principios aceptados por todo el pueblo. La legitimación de la actividad judicial reside en su sumisión a la Ley y en su independencia.⁽¹⁷⁾

La designación parlamentaria de los Magistrados de Casación tuvo su origen histórico en el control que el Ejecutivo y el Parlamento ejerció sobre la judicatura después de la Revolución Francesa.⁽¹⁸⁾ A pesar de su lejanía geográfica y temporal, el modelo sigue teniendo plena vigencia en Costa Rica. La designación parlamentaria de los jueces, no tiene justificación. En las relaciones entre los poderes del Estado debe imperar el principio de que el poder es tanto menos despótico cuanto más dividido

(17) Gimeno Sendra, José Vicente. *“Poder Judicial, potestad jurisdiccional y legitimación de la actividad judicial”*. **Revista de Derecho Procesal Iberoamericana**. Números dos y tres, 1978, pp. 335-336.

(18) El famoso sistema judicial que implantó la Revolución Francesa en la Constitución de 1791, sólo tuvo una vigencia de tres años. Desde la Constitución del 25 de diciembre de 1799 desapareció el “Poder Judicial” francés. En el senado-consulta de la Constitución de 1802, la sujeción del poder judicial, era evidente. Los miembros del tribunal de casación eran nombrados por el senado a propuesta del primer cónsul. En el senado -consulta del 18 de mayo de 1804, la Constitución imperial creó una alta corte de justicia, de composición aristocrática y que funcionaba en el propio Senado. Todos los Tribunales perdieron su nombre republicano y se substituyó por el término monárquico: “cortes”. El tribunal de Casación surge en Francia como un tribunal de control del legislativo sobre el judicial; posteriormente se le denomina “Corte de Casación”, convirtiéndose en el centro del gobierno judicial, dependiente del Ejecutivo, imponiendo verticalmente su criterio jurisprudencial a todos los tribunales de menor rango, reprimiendo y excluyendo a los que no admitían la domesticación. Zaffaroni, E. *Ob. cit.*, pp. 55 y siguientes.

y si se trata de la judicatura, es conveniente la diversidad y especificidad de las fuentes de su legitimación frente a otras instancias de poder. Estas exigencias no se cumplen cuando la designación de los jueces la asume, discrecionalmente, el poder legislativo. En razón de estas paradojas y contradicciones, el querido y recordado profesor, Eduardo Ortiz Ortiz, considera que frente a una función tan especializada como la Casación,⁽¹⁹⁾ no se justifica una designación política, sino que deben nombrarse mediante concurso, dejando al Parlamento el nombramiento de los magistrados de la Sala Constitucional, cuya función política es indiscutible.⁽²⁰⁾

V. PROCESO DISCIPLINARIO

El régimen disciplinario acusa una serie de deficiencias que debilitan la independencia de los jueces. Las deficiencias más notables son: I.- El Tribunal disciplinario no tiene una verdadera independencia, pues sus integrantes tienen un nombramiento limitado temporalmente (seis años) y son en realidad empleados de confianza de la Corte Suprema de Justicia, quien puede removerlos cuando lo estime conveniente. En una materia que provoca consecuencias tan graves como la suspensión y la destitución, el principio de imparcialidad e independencia del juez es una garantía de ineludible cumplimiento. La creación de una Comisión de magistrados que intervino, durante dos años, aproximadamente, la Inspección Judicial, es un hecho que evidencia, sin la menor duda, la sujeción del tribunal disciplinario a la Corte.⁽²¹⁾ El Tribunal que juzga a los jueces requiere las condiciones y garantías que aseguren su imparcialidad e independencia. II.- No es conveniente que

(19) Tanto en España como en Italia, la designación de los Jueces, de cualquier nivel, se hace mediante concurso.

(20) Ver Diario **La Gaceta**, número once del 16 de enero de 1991. El artículo 135 de la Constitución Política italiana, así como el 159 de la Constitución Política española, contemplan la intervención del parlamento en la designación de los jueces constitucionales. Su régimen de nombramiento es diferente al de los jueces de Casación.

(21) En sesión extraordinaria de la Corte (5-2000), en su artículo XIII se resolvió disolver la Comisión de enlace entre la Corte y el Tribunal de la Inspección Judicial. Esta Comisión funcionó durante año y medio o dos años, aproximadamente. Según lo expuso el Magistrado Castro Monge,

el proceso mantenga la típica dinámica inquisitorial, al autorizar que uno de sus integrantes sea el que instruye la causa; igual comentario debe hacerse respecto a la posibilidad de que el tribunal, de oficio, inicie una investigación. III.- El procedimiento no respeta el principio de legalidad, al permitir que "...Cualquier infracción o negligencia en el cumplimiento de deberes propios del cargo, no prevista en los artículos anteriores, será conocida por los órganos competentes, a efecto de examinar si constituyen falta gravísima, grave o leve, con el objeto de aplicar el régimen disciplinario. Para ello, se tomarán como referencia las acciones señaladas en los artículos anteriores.." (art. 194 de la L.O.P.J.) Esta disposición erosiona totalmente la vigencia del principio de legalidad. El párrafo segundo del artículo 199 de la L.O.P.J. contiene una disposición que lesiona garantías básicas del proceso, al permitir que "...en caso de retardo o errores graves e injustificados en la administración de justicia, el Tribunal de la Inspección Judicial, sin más trámite deberá poner el hecho en conocimiento de la Corte Plena, para que esta, una vez hecha

durante el tiempo en que funcionó dicha Comisión de enlace entre la Corte y la Inspección Judicial, se reunieron periódicamente con los Inspectores, con el fin de conversar sobre el manejo del régimen disciplinario. Sobre este tema, el Lic. Castro aseveró que: "...cuando se conformó esta Comisión de enlace, se habló en esa época de que la Corte no tenía un medio de comunicación que fuera eficiente con el Tribunal de la Inspección Judicial, porque a veces no se sabía qué era lo que estaba pasando ahí y a su vez que los Inspectores Judiciales decían que a ellos les hacía falta contar con la posibilidad de poder acceder a esta Corte por intermedio de la comunicación con alguno o varios de los Magistrados, de manera que pudiera conocer sus inquietudes y a la vez ellos nutrirse de los lineamientos o directrices que esta Corte quisiera girar, en relación con la administración del régimen disciplinario en la institución. Eso fue lo que motivó que se creara la comisión con los magistrados citados (Magistrados Zeledón, Van der Laat y Castro) y desde ahí han venido conversando con los Inspectores; a veces tratando de hacerles cambiar de alguna manera de ver las cosas en la administración del régimen disciplinario, haciéndoles ver qué es lo que la Corte piensa en relación con determinado tema y preocupándose –en alguna medida– por todas las circunstancias que hay en torno a esta clase de asuntos...". Las apreciaciones del Magistrado Castro, demuestran, claramente, que la Inspección Judicial no es un tribunal independiente, sino que es una instancia administrativa integrada por funcionarios de confianza que deben seguir la política disciplinaria que dicta la Corte Suprema. Realmente no juzgan, sino que aplican una determinada política de control. (Ver artículo XIII de la Sesión extraordinaria de la Corte número 5-2.000- treinta y uno de enero del dos mil).

la investigación del caso, resuelva sobre la permanencia, suspensión o separación del funcionario...”. Esta disposición contraviene principios constitucionales reconocidos en los artículos 154 y 155 de la Constitución Política y el apartado primero del artículo ocho de la Convención Americana de Derechos Humanos. La independencia del juez no sólo requiere una serie de garantías que neutralicen la injerencia de poderes externos, sino que también exige condiciones estructurales e institucionales que impidan la inconveniente injerencia de los propias órganos de gobierno del Poder Judicial; se debe asegurar la independencia de los miembros de la judicatura frente a los órganos de gobierno del sistema judicial, principio que no se garantiza con los conceptos indeterminados que contiene el párrafo segundo del artículo 199 de la L.O.P.J. La lesión a la independencia interna del juez suele ser de mayor gravedad que los atentados provenientes de poderes o agentes externos al Poder Judicial. Como bien lo señala Zaffaroni, el ejecutivo y los diferentes operadores políticos suelen tener interés en algunos conflictos, en general, bien individualizados y aislados (salvo excesos de corrupción muy generalizados, o sea, de modelos extremadamente deteriorados), pero los cuerpos colegiados que gobiernan el Poder Judicial, pueden ejercer, con pocos límites, una serie de controles y potestades indeterminadas que conculcan una garantía tan importante como la independencia judicial.

El párrafo segundo del artículo 199 de la L.O.P.J. contiene conceptos indeterminados cuya aplicación lesiona la independencia judicial y el principio de legalidad. Los errores graves o injustificados, según lo prevé el artículo 199 de la L.O.P.J., son conceptos indeterminados que se convierten en una “norma penal en blanco” que no fija ningún límite razonable a la potestad de control y represión que ejerce la Corte Plena al aplicar el régimen disciplinario. El error grave o injustificado no permite establecer una delimitación razonable entre una interpretación legítima de la norma jurídica, como le corresponde a un Juez independiente, y una interpretación que contiene un error grave o injustificado. Al igual que no es posible determinar, en abstracto, cómo debe ejercerse la libertad de pensamiento, salvo que se legitime una censura previa, de igual forma, no puede admitirse como una categoría conceptual que defina la legitimidad o ilegitimidad de un criterio jurisdiccional, parámetros tan indeterminados como el error grave o injustificado. Estos conceptos requieren una mayor precisión. Esta indeterminación conceptual legítima, sin mayores limitaciones, que cualquier criterio jurisprudencial disidente o polémico, lo califique el juez disciplinario, en este caso, los miembros de Corte Plena, como un error grave o injustificado.

La posibilidad de valorar el acierto o el error de una resolución judicial, no puede admitirse fuera del ámbito estrictamente jurisdiccional, que posee sus sistema complejo de frenos, controles y contrapesos.

El respeto a la independencia judicial, la jerarquía de este principio exige que las normas que le dan sustento al control disciplinario, sean claras y precisas, pues de lo contrario, la independencia del juez se conculca o se pone en grave riesgo.

El artículo 199 de la L.O.P.J. también contraviene el principio de juez natural, porque un órgano colegiado que en muchas ocasiones le corresponde supervisar, por la vía del recurso de Casación, las decisiones de la mayor parte de los jueces de la República, cuenta con un instrumento con el que puede imponer sus conceptos al resto de los jueces, ya que los criterios disidentes o contrarios a la jurisprudencia oficial, podrían considerarse como erróneos o injustificados. La imparcialidad subjetiva exigida a cualquier juzgador, no se asegura cuando la autoridad jurisdiccional concentra dos funciones cuyo contenido y función es contradictoria, pues la potestad disciplinaria contradice el respeto a la decisión de otros jueces.

Los tribunales disciplinarios sólo deben ejercer las potestades de juzgamiento. La acumulación de potestades (disciplinarias, jurisdiccionales y administrativas) tal como ocurre con la Corte Plena, lesiona, según se expuso, el principio de juez natural. El principio de frenos y contrapesos exige que las funciones represivas, jurisdiccionales y administrativas no se concentren en el mismo órgano.

VI. PROCESO DE SELECCIÓN DE LOS JUECES. LA INDEFINICIÓN CONSTITUCIONAL

La designación mediante un procedimiento objetivo y la inamovilidad en la designación de los miembros de la judicatura, se introduce en Costa Rica hasta el año 1993, sin embargo, en la práctica, los jueces han tenido una gran estabilidad, tal como lo demuestra una investigación en la que se determinó que entre 1948 y 1972, el noventa y cinco por ciento de los jueces se mantuvieron en sus puestos.⁽²²⁾ La estabilidad de

(22) Gutiérrez, Carlos José. *“El funcionamiento del sistema jurídico”*. Costa Rica. Ed. Juricentro, 1979, pp. 188-189.

los jueces en un marco normativo como el que existió hasta 1993, no garantiza, como corresponde a un Estado de Derecho, la independencia de la judicatura; su nombramiento temporal, cuatro años hasta 1993, pone en una situación de vulnerabilidad extrema a los miembros de la judicatura, tal como se evidencia en algunos casos en que no se prorrogó su nombramiento por motivos que no tenían relación con la corrección y eficiencia en el desempeño del cargo. La potestad incontrolada de nombramiento, se puede convertir en un instrumento de control ideológico sobre los miembros de la judicatura. Aunque exista una disposición Constitucional que establezca que el Poder Judicial sólo está sometido a la Ley y la Constitución, (art. 154 de la C.P.), tal declaratoria no es suficiente; debe asegurarse la independencia del Juez frente a las jerarquías internas. En el caso de Costa Rica se introdujo el nombramiento por concurso, pero el eventual control ideológico sobre los jueces se puede ejercer mediante la aplicación de una disposición disciplinaria tan imprecisa como la que prevé el artículo 199 de la L.O.P.J.

Los jueces costarricenses se seleccionan mediante concurso de antecedentes y de oposición,⁽²³⁾ aunque en la práctica el procedimiento de selección no ha dado los resultados esperados. En el años dos mil, el cincuenta y cinco por ciento de los jueces, aproximadamente, ocupaban sus puestos interinamente; esta grave deficiencia se ha superado, sin embargo, pareciera que el régimen de nombramiento presenta una grave debilidad, pues en algún momento es posible acumular porcentajes inadmisibles de jueces interinos.⁽²⁴⁾

La calificación de los antecedentes del candidato y la superación de una prueba, son los parámetros mediante los cuales se elabora el escalafón que corresponde a cada categoría. Cuando se produce una vacante, debe escogerse al titular dentro de una lista de tres candidatos (terna) que hayan obtenido las mejores calificaciones. El respeto a esta

(23) El artículo 66 del Estatuto de Servicio Judicial establece que la Carrera Judicial pretende asegurar la idoneidad y el perfeccionamiento en la Administración de Justicia. La misma norma señala que el ingreso, los traslados y los ascensos de los funcionarios que administran justicia se hacen mediante concurso de antecedentes y de oposición.

(24) Según informes del año dos mil, que más del cincuenta por ciento de los jueces en ejercicio, ocupan el cargo interinamente. Ver *“Libro blanco sobre la Independencia del Poder Judicial y la Eficacia de la Administración de Justicia Centroamericana”*, Costa Rica, 2000, p. 30.

regla ha sufrido, en la práctica, un grave quebranto, porque la Corte Suprema, en una decisión “contra legem”, resolvió que la lista de los candidatos al puesto no era de tres, sino de seis, decisión que debilita aún más la función y propósito del concurso de méritos.⁽²⁵⁾ Esta ampliación ilegal de la lista se agrava en caso de que dentro de los seis candidatos, pues se incluye un séptimo candidato cuando éste ha ocupado, interinamente, el puesto por un período de dos años y ha obtenido una nota mínima de siete. A pesar de que la ley sólo admite en la lista a los tres oferentes que hayan obtenido las más altas calificaciones, la Corte admitió, en algunos casos, una lista de siete candidatos.⁽²⁶⁾ Esta práctica inconveniente e ilegal, la ha corregido la Sala Constitucional al resolver algunas acciones de amparo.⁽²⁷⁾ El nombramiento mediante concurso es un requisito importante en el diseño de una magistratura independiente, por esta razón debe reconocerse constitucionalmente, tal como lo hace la Constitución italiana (art. 106).

El concurso de méritos debe responder a la lógica de la meritocracia, es decir, que debe designarse a la persona que obtenga la calificación más alta en el concurso, tal como ocurre en España y Alemania. Sólo podría rechazarse al candidato que haya obtenido la más alta calificación, cuando exista un motivo fundado que lo justifique y en esta hipótesis la exclusión del aspirante debe hacerse mediante resolución fundada.⁽²⁸⁾ Es incomprensible que la cúpula judicial quiera

(25) El artículo setenta y siete del Estatuto del servicio judicial establece que “...Cuando se produzca una vacante, la Secretaría de la Corte Suprema de Justicia o del Consejo Superior del Poder Judicial, en su caso, lo comunicarán de inmediato al Consejo de la Judicatura, para que envíe, dentro de los cinco días siguientes, *una terna de los elegibles que hubieran obtenido las mejores calificaciones...*”.

(26) Esta decisión de dudoso fundamento legal, la adoptó la Corte Plena en sesión número 50-99.

(27) Ver voto 2001-05927 que resolvió acción de amparo planteada por Javier Llobet Rodríguez.

(28) El numeral once del artículo 313 de la Ley Orgánica del Poder Judicial español establece que: “El Consejo podrá de forma motivada rechazar a un candidato previa audiencia, pese a la propuesta favorable del Tribunal calificador, siempre que, con posterioridad a la misma, se haya tenido conocimiento de alguna circunstancia que suponga un demérito incompatible...”. No se excluye al candidato mediante la aplicación de un criterio inconfesable e incontrolado, como ocurre en Costa Rica. La exclusión del que obtiene el primer lugar en el concurso, debe ser por un motivo fundado.

mantener una discrecionalidad incontrolada, eligiendo, sin ninguna justificación, entre tres candidatos y peor, según se expuso, entre siete candidatos. No puede justificarse el ejercicio de una potestad incontrolada que realmente se convierte en un ejercicio inmune del poder.

La garantía de inamovilidad es muy importante, pero es insuficiente, como ocurrió en Italia a partir de 1859, pues a pesar de la inamovilidad, esta condición se convirtió en un simple artificio a causa de los poderes y controles que mantuvieron las jerarquías internas y el Poder Ejecutivo.⁽²⁹⁾ En el caso de Costa Rica, la excesiva concentración de poderes que reconoce el artículo 156 de la Constitución Política no aseguran, satisfactoriamente, la independencia de todos los jueces de la República. La independencia sustancial de la judicatura requiere la democratización interna del sistema judicial, aboliendo su verticalidad y el nombramiento vitalicio de sus administradores, tal como ocurre actualmente, ya que la norma constitucional recién citada homóloga, impropia, las potestades administrativas y jurisdiccionales que ejercen los miembros de la cúpula judicial.⁽³⁰⁾

VII. LAS FUNCIONES AUXILIARES DE LA FUNCIÓN JUDICIAL. (MINISTERIO PÚBLICO, POLICÍA JUDICIAL, DEFENSA PÚBLICA Y EL INSTITUTO DE CIENCIAS FORENSES)

Los interrogantes que plantea la inclusión de funciones auxiliares a la Justicia dentro del Poder Judicial, tal como ocurre con el Ministerio

(29) Ferrajoli, Luigi. *"Derecho y Razón"*. Ed. Trotta. España, 1995, p. 588. Es hasta después de la década de los años sesenta del siglo veinte, que los jueces italianos alcanzarán una sustancial independencia.

(30) La independencia sustancial de la judicatura italiana se alcanza cuando se "...Cambia, sobre todo con el artículo 101 de la Constitución de 1948, el sujeto en cuyo nombre se ejerce el poder judicial: ya no es el rey, sino el pueblo de quien la función judicial obtiene legitimación, inmediatamente, sin mediaciones representativas. La magistratura es además reconocida, en el art. 104 de la Constitución, como un –orden autónomo independiente de cualquier otro poder– y cuyo autogobierno se confía a un Consiglio Superiore della Magistratura, elegido en sus dos tercios por los jueces y un tercio por el Parlamento e instituido en 1956. A la clásica garantía de la inamovilidad, prevista en el art. 107, inciso primero, se añadió en el art. 106 la del reclutamiento de los jueces por concurso... Finalmente, mediante una larga serie de leyes promulgadas durante los años sesenta y setenta, fue suprimida toda forma de carrera y jerarquía entre magistrados...". (Ferrajoli. *Ibid*, pp. 588-589).

Público, la Policía Judicial, la Defensa Pública y la prueba científica (ciencias forenses), son múltiples. Se requiere un enfoque político, jurídico y económico para encontrar soluciones. Las fórmulas son variadas, sin embargo, el grave inconveniente que actualmente enfrenta el sistema judicial requiere la evaluación de dos variables esenciales: concentración de poder en la cúpula, que tiene una excesiva e imprecisa injerencia sobre todos los entes auxiliares de la Administración de Justicia;⁽³¹⁾ la segunda variable tiene relación con los recursos económicos que se le asignan al Poder Judicial. Con esta hipertrofia de funciones, el seis por ciento del Presupuesto Nacional es una asignación insuficiente. Concentración, desconcentración, controles, sistema de pesos y contrapesos, evaluación política de las alternativas, son los temas que deberán valorarse para definir el nuevo rumbo que debe dársele al sistema judicial costarricense. La prudencia, el conocimiento de las reglas informales del sistema político, la transparencia, el equilibrio de poderes, deben ser las coordinadas sobre las que podría construirse un nuevo modelo judicial, asumiendo, quizás, que no es un sistema que deba integrarse, exclusivamente, con los jueces.

Las relaciones entre Ministerio Público y Policía Judicial exigen una definición constitucional. No es un problema estrictamente técnico. Es un tema que se ha mantenido en la penumbra⁽³²⁾ y que exigiría una clara definición, tal como se ha hecho en el derecho constitucional italiano y español.⁽³³⁾

(31) Un viejo estudio hecho por Caj - Fiu - Ilanud a mediados de la década del ochenta, señala que el "...control y la presión que ejerce la Corte Suprema sobre las instituciones dependientes de ella en lo que respecta a cualquier crítica hacia el supremo organismo judicial del país...". Aunque la actitud de los miembros de la Corte, se ha modificado, las condiciones jurídico institucionales que propiciaron tales excesos, se mantienen intactas. Ver Rico, Salas, Cruz y Gutiérrez. *"La Justicia Penal en Costa Rica"*. Educa. Costa Rica, 1988, p. 199.

(32) La función de la policía judicial no es un tema instrumental o "exterior" a la actividad judicial. Las imprecisiones sobre las funciones policiales en el proceso, provocan la inconveniente "policialización" del proceso penal, como ocurre en la Argentina. Es conveniente prestarle mucha atención a la dialéctica policía-justicia. Bergalli, *ob. cit.*, p. 120.

(33) Según lo prevé el artículo 109 de la Constitución italiana, la autoridad judicial dispone directamente de la policía judicial; el artículo 126 de la Constitución española establece que la policía judicial depende de los Jueces, de los Tribunales y del Ministerio Fiscal en sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, en los términos que la ley establezca.

BLANCA

**TENDENCIAS A NIVEL INTERNACIONAL
SOBRE LOS SISTEMAS DE FISCALIZACIÓN
Y CONTROL DE LAS COOPERATIVAS^(*)**

Dra. Roxana Sánchez Boza^()*

Profesora Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

(*) Documento basado en la ponencia presentada en actividad organizada por el Cooperativismo uruguayo, a través de su organismo superior CUDECOOP, el 20 de agosto de 2002, denominada Jornadas de Legislación cooperativa, Régimen de contralor y fiscalización de las cooperativas. Controles económicos, financieros y sociales.

SUMARIO:

Antecedentes

- A. Identidad cooperativa
- B. Control y supervisión en las cooperativas
- I. Control y supervisión estatal
 - I.1. La supervisión estatal especializada en asuntos cooperativos y la supervisión de cooperativas con actividades financieras
 - I.2. Supervisión auxiliar
- II. Control interno en la cooperativa
- III. Balance y auditoría social

ANTECEDENTES

De una revisión del nacimiento de la organización cooperativa, principalmente en el Siglo XIX, no encontramos el tema de la fiscalización y control en las cooperativas.⁽¹⁾ Más bien, los temas recurrentes se ubican en la búsqueda de la identidad cooperativa –que con acierto rescató la Alianza Internacional Cooperativa en 1995– y en la diferenciación de los entes cooperativos frente a otras formas de organización social, dirigidas a la producción de beneficios para sus miembros, sean sociedades mercantiles, mutuales, fondos de empleados, por mencionar algunos ejemplos en que se introducen los valores de mutualidad, solidaridad y ayuda mutua.

También encontramos que las cooperativas nacen gracias a la decisión de grupos de trabajadores por mejorar su condición socio-económica, dado que las formas de gobierno de esas épocas, no prestaban ninguna atención a la clase trabajadora y a sus precarias condiciones de vida. Eso nos indica que las cooperativas nacen del seno de la sociedad, separadas del Gobierno y por lo tanto, con una organización autónoma frente a éste.

Con el transcurso del tiempo y el ingreso al Siglo XX, ya avanzado éste, la posición del Cooperativismo cambia frente a los Estados y a las organizaciones internacionales y mundiales.⁽²⁾ Principalmente en Europa y América, se impulsan políticas públicas dirigidas a apoyar el desarrollo de cooperativas. Esto porque se les reconoce su rol de organizaciones creadoras de fuentes de empleo, además de ofrecerles varios apellidos a su nombre de *cooperativas*, tales como organizaciones promotoras del

(1) FAUQUET, G. *El sector cooperativo y la protección al consumidor*, ed. INTERCOOP EDITORA COOPERATIVA LIMITADA, Venezuela, p. 8, en una precisión de la naturaleza de las cooperativas y de sus miembros, nos da una luz sobre el origen del control en esas organizaciones, cuando apunta: “El contraste profundo no está entre la adhesión facultativa, esto es voluntaria, y la afiliación obligatoria, sino entre el miembro indiferente y el cooperador activo, que se siente obligado frente a sus asociados y frente a la empresa común y que obra por lo tanto con voluntad continua y perseverante”.

(2) El Cooperativismo está presente en la OEA, en la ONU, por medio de diferentes comisiones así como entes permanentes de estas organizaciones, pensemos en la FAO.

establecimiento de standards de precios por influencia de las cooperativas de consumo;⁽³⁾ participan en los movimientos que buscan proveer vivienda a las clases menos privilegiadas, o bien, sin agotar la larga lista que nos hace la Organización Internacional de Trabajo, las cooperativas se han caracterizado por su perfil de escuelas de democracia.⁽⁴⁾

Y ha sido por la extensión que ha logrado el Movimiento cooperativo con su incursión en todas las actividades económicas de la sociedad y su contribución al desarrollo social de la misma, que se han dado acuerdos de trabajo conjunto entre los entes cooperativos de representación y defensa y los gobiernos que han reconocido su potencial en la evolución de la humanidad. Parte de esos acuerdos han tenido algunos contenidos económicos a favor de cooperativas con problemas de financiamiento o posible extinción por falta de capital de trabajo; en otros casos se han abierto vetas de participación política dentro de la estructura administrativa estatal, como ha sido el caso de representaciones en diversas instituciones públicas.

Como una de las consecuencias de esa relación Estado-Cooperativismo, pese al origen de entidades de Derecho Privado, se inició la costumbre de introducir en las normas jurídico-cooperativas, ciertas disposiciones dirigidas a legitimar el control estatal dentro de estas organizaciones. Y los ejemplos son abundantes y parecen ser parte del Derecho Natural Cooperativo, como lo podemos ver en Latinoamérica, en la propuesta de la Ley Marco de Cooperativas de América, dentro del cual la Organización de Cooperativas de América, introduce como un aparte importante lo que se denomina la *Autoridad de aplicación*.

Es así que en el desarrollo de la vida del Cooperativismo, encontramos diversos tipos de control. Uno de origen estatal como hemos indicado, pero otros provienen de las fuerzas económicas dentro de las cuales se desarrollan las cooperativas, que esencialmente son empresas participantes en la economía nacional, regional y mundial, donde por un lado están los intereses de los consumidores, dentro de los cuales los y las cooperativistas participan en esos grupos y por otro lado,

(3) Una gran parte de los escritos dedicados a la doctrina cooperativa comprenden la referencia al JUSTO PRECIO, ver más adelante a FAUQUET, G.

(4) 2.4. The role of cooperatives in the public life and civil society, in Report of ILO, July 2002, Promotion of Cooperatives, Geneve.

se encuentran representantes de los detentadores de los recursos financieros, quienes como proveedores de capital de trabajo, han venido estableciendo una serie de disposiciones de aplicación internacional y aceptación tácita, pues ni siquiera es necesario redactar y aprobar tratados internacionales para su aplicación en la legislación nacional de nuestros países, me refiero a las imposiciones provenientes de los Grupos económicos internacionales que han redactado BASILEA I, BASILEA II,⁽⁵⁾ PERLAS,⁽⁶⁾ entre otros instrumentos que se aplican a las entidades dedicadas al negocio bancario e intermediación financiera.⁽⁷⁾

(5) Este documento se encuentra bajo el título *El nuevo acuerdo de capital de BASILEA*, en la página [www del BID](http://www.bid.org), en su introducción menciona el ámbito de aplicación p. 36: “1. El nuevo acuerdo de capital de Basilea (El nuevo acuerdo) se aplicará en forma consolidada a los bancos internacionalmente activos, siendo esta la mejor manera de preservar la integridad del capital en bancos con filiales, eliminando el doble apalancamiento de capital. 2. El ámbito de aplicación del Acuerdo será extendido para que incluya, en forma totalmente consolidada, a las sociedades de cartera o de inversiones que son las sociedades matrices de grupos bancarios, asegurando de esta manera que todos los riesgos del grupo bancario estén comprendidos dentro de dicho ámbito. Los grupos bancarios son grupos que se dedican, de modo predominante, a actividades bancarias y en algunos países, pueden ser registrados como bancos. 3. El Acuerdo se aplicará también y en forma totalmente consolidada, a todos los bancos internacionalmente activos de cada nivel del grupo bancario...Los países en los que la subconsolidación total no es actualmente un requisito tendrán un período de transición de tres años para completarla. 4. Además, como uno de los principales objetivos de la supervisión es proteger a los depositantes, el capital reconocido en las medidas e suficiencia de capital deberá estar fácilmente a disposición de los depositantes. En este sentido, los supervisores deberán comprobar que cada banco esté suficientemente capitalizando en tanto que la entidad independiente”.

(6) Esta es herramienta de administración ejecutiva creada por Consejo mundial de cooperativas de ahorro y crédito, se encuentra en www, el autor es Richardson, David C. Sistema de monitoreo PERLAS, junio 2001, en p. 1 y siguientes explica su función, primero veamos su significado: “Cada letra de la palabra PERLAS mide un área clave de operaciones de CAC-explicamos nosotros que se refiere a las cooperativas de ahorro y crédito: Protección, Estructura financiera eficaz, Calidad de Activos, Tasas de Rendimiento y costos, Liquidez y Señales de crecimiento”. Como herramienta de administración ejecutiva: ofrece: “El monitoreo del rendimiento de la cooperativa de ahorro y crédito es el uso más importante del

En el medio de ese panorama, también existen controles internos dentro de las cooperativas. Gracias a ese apellido que indicábamos que entre muchos entes, la OIT le ha otorgado al Cooperativismo, *de ser escuela de democracia*. En la estructura organizacional de las cooperativas no puede faltar el Comité de Supervisión o de Vigilancia. También es posible que a los otros órganos sociales tales como la Asamblea de Socios(as), el Consejo de Administración y el mismo gerente les interese establecer sistemas de autocontrol de sus actividades y resultados, para lo cual contratan auditores internos o externos e introducen sistemas para evaluar la contribución social de su actividad tanto dentro de la comunidad cooperativa que forman los socios y las socias, así como de la comunidad en que se desarrolla la cooperativa. Me refiero al Balance y la auditoría sociales.

Control y fiscalización de cooperativas es un tema muy amplio, quienes me antecieron han tratado muchos de los temas que lo integran. En una parte nos debemos referir al control y fiscalización de

sistema PERLAS. Está diseñado como una herramienta de administración que va más allá de la mera identificación de los problemas. Ayuda a la gerencia a encontrar resoluciones significativas para deficiencias institucionales serias. Por ejemplo, el sistema PERLAS es capaz de identificar una cooperativa de ahorro y crédito con una base de capital débil, y también puede identificar las causas probables (por ejemplo, ingreso bruto insuficiente, gastos operativos excesivos o grandes pérdidas por morosidad)". También entre las ventajas de esta herramienta de administración, el autor lo compara con el sistema CAMEL, p. 3, donde indica que "El hecho de que el sistema CAMEL no evalúa la estructura y el crecimiento financiero es indicativo de su aplicación actual en los Estados Unidos. CAMEL fue creado como una herramienta supervisoría, no es una herramienta de administración. La meta principal de los ratios de CAMEL es proteger la solvencia de la institución y la seguridad de los depósitos de los socios. No fue diseñado como una herramienta para el análisis de todas las áreas claves de las operaciones de cooperativas de ahorro y crédito".

- (7) Estas normas se aplican a las cooperativas que han incursionado en la intermediación financiera. Cuando muchas cooperativas deciden incluir la actividad de intermediación financiera dentro de sus actividades, se ven obligadas a cambiar y reducir sus objetivos sociales, en el tanto que el Principio de especialidad, que se inserta en las leyes cooperativas de intermediación financiera, lleva a que desaparezcan las cooperativas de servicios múltiples, que en muchas comunidades pequeñas venían prestando excelentes servicios no ofrecidos por el Estado.

las cooperativas en sentido amplio, en el tanto que el Cooperativismo participa en la mayoría de las actividades económicas de los países y regiones donde se desarrolla este Movimiento. En otra parte reduciremos el tratamiento a las cooperativas de intermediación financiera y volveremos a ampliar el panorama cuando nos refiramos al control social que se debe dar en nuestro Cooperativismo, como una herramienta importantísima de defensa de la identidad cooperativa y que atañe a todas las cooperativas.

Antes de ingresar al tema que nos ocupa, dejaremos planteadas algunas preguntas relacionadas con el tema de las cooperativas, su regulación, la vida de la cooperación, que sirvan de base a los aspectos de control, supervisión y fiscalización de los entes cooperativos.

En primer lugar debemos preguntar en que consiste la identidad cooperativa. ¿Qué es la cooperación dentro de una cooperativa, aunque parezca esto una reiteración o tautología?

¿Qué es el control, la supervisión y la fiscalización en los entes cooperativos? ¿Cuál es el origen de la aplicación de tales figuras jurídicas?

Y finalmente, por cual razón debe aplicarse alguna o todas esas figuras de control en los entes cooperativos, a pesar de que viven dentro de un esquema de Derecho Privado, donde se desarrolla el principio de que todo lo que no es prohibido es permitido.

A. IDENTIDAD COOPERATIVA

La actual posición socioeconómica ocupada por las cooperativas ha sido recientemente reconocida y reforzada, así como reformulada en la RECOMENDACIÓN 127 DE LA OIT, en Ginebra junio 2002, cuando se considera la importancia de su potencial en relación con los servicios económicos y sociales que proveen.⁽⁸⁾

La ubicación de las cooperativas en el Derecho Privado y su contribución al mejoramiento de la calidad de vida de sus miembros, que forman un importante segmento de la población mundial se indica en el informe denominado PROMOCION DE LAS COOPERATIVAS, de la OIT, junio 2002:

(8) Consultar el capítulo I de la Recomendación 127.

“COMPETITIVENES

We need to appreciate that cooperatives are private self-help organizations and that in order to be competitive and provide long-term economic and social advantages, they have to be simultaneously efficient in three different areas:

- Towards their clients-/members, i.e. they must deliver the envisaged services,
- Institutionally, i.e. they must be both economically viable and socially effective:
- Towards their (external and member) financiers, because unless they also satisfy their interests”.⁽⁹⁾

La cooperativa es una empresa caracterizada por el principio de identidad. La empresa nace cuando un grupo de individuos asume el riesgo y la responsabilidad de una empresa con la intención de usar los servicios económicos que de ella provengan. Los y las miembros aportan y a la vez que son o clientes o proveedores de la empresa, como socios de la cooperativa. El grupo de los socios y la explotación cooperativa constituyen la cooperativa, cuya característica de identificación es entonces el “principio de identidad”.⁽¹⁰⁾

Precisa Fuaquet: “Pero cada sociedad tiene una doble naturaleza, porque cada sociedad está constituida por un lado por individuos, que aportan, y por el otro por una empresa comunitaria, una empresa gestionada conjuntamente quienes aportan. Sólo la característica de la identidad de quienes aportan y clientes o proveedores de una empresa diferencian a la cooperativa de otras sociedades”.⁽¹¹⁾

La cooperativa está formada por personas humanas, que forman su capital intelectual en palabras de Tulio Rosemburg, quien atrae la atención en una de las particularidades de la empresa cooperativa, como es: “El valor del socio es el principal capital intelectual de la cooperativa

(9) *Ibid*, p. 32.

(10) ESCHENBURG, Rolf. *Teoría económica de la cooperación*. Ed. Departamento de Estudios cooperativos de la Universidad Católica Boliviana. Ediciones INTERCOOP, Buenos Aires, Argentina, 1979, p. 34.

(11) *Ibid*, pp. 36-37.

(intangible asset) y su *protección, permanencia, estímulo* implica la debida satisfacción económica, social y personal de los intereses que se pretenden. *La conservación, reintegración y recuperación del capital (humano) intelectual* aparece, entonces, como una referencia insoslayable en términos de valor cooperativo”.⁽¹²⁾

La cooperativa actúa por medio de actos cooperativos, definidos como los actos realizados por sus miembros con ésta y de ésta con otros entes cooperativos. Pero como vemos, lo importante es conocer el contenido de esos actos, el cual está formado por una serie de valores: de ayuda mutua, de solidaridad, de recíproca colaboración, cuyo cumplimiento debe ser controlado en aras de lograr una verdadera acción cooperativa.⁽¹³⁾

No hay duda acerca de los objetivos de cada socio cuando ingresa a una cooperativa. El o ella desean aumentar al máximo su propia ventaja, la cual encuentra límites en la naturaleza de la empresa cooperativa y en los valores que dan base al acto cooperativo. Un importante ingrediente del control de las cooperativas guarda relación con la responsabilidad de las decisiones colectivas de los socios.⁽¹⁴⁾

(12) ROSEMBURG, Tulio. *El valor del socio en la cultura cooperativa*, ensayo publicado en **Revista de la Economía Social y de la empresa**. Publicación trimestral, año 2001, N. 38. Universidad de Deusto, Bilbao, España, resumen p. 2.

(13) FAUQUET, G. p. 37, expresa el contenido de las relaciones intercooperativas cuando escribió: “A la inversa, cuando se establecen relaciones intercooperativas, reaparecen elementos de orden moral, en una medida variable pero siempre de cierto valor. A todo lo largo de la cadena cooperativa establecida por esfuerzos comunes, los bienes transmitidos no son ya simples valores económicos, mercancías despojadas de toda humanidad. Operadores de ciudades y de aldeas se hacen cargo de los lazos que los ligan. Entre unos y otros, se establece una comunidad de sentimientos que tiende a hacer prevalecer en sus relaciones las normas de una equitativa solidaridad, el respeto recíproco de sus condiciones de vida y trabajo. Las relaciones intercooperativas dan así una vida nueva a las viejas nociones morales de “justo precio” y del “justo salario”; ellas contribuyen, igual que todo movimiento creciente de la cooperación, a restablecer el predominio de lo social sobre lo económico”.

(14) *Ibid.*, p. 46.

B. CONTROL Y SUPERVISION EN LAS COOPERATIVAS

El control y supervisión de las cooperativas, en forma general, sin entrar a considerar la tipología de las mismas, goza de una amplia flexibilidad a nivel mundial, según lo informa la OIT y se manifiesta en tres formas:

- El reconocimiento legal de las organizaciones que operan conforme los principios cooperativos sin ser organizaciones con una infraestructura total de la conocida sociedad cooperativa. La ley se refiere a “simples estructuras”.
- Se dan especiales previsiones para cooperativas pequeñas en cuanto su contabilidad, auditoría externa y administrador. La sociedad cooperativa pequeña no necesita un manager a tiempo completo, un sistema elaborado de cuentas, un contabilista ni auditor. Ejemplo reciente es Madagascar 1999.
- Se dan previsiones del gobierno para permitir la conversión de cooperativas en compañías. Esto ha dado lugar a ciertas discusiones en los países donde las cooperativas han llegado a obtener cierto tamaño.⁽¹⁵⁾

I. CONTROL Y SUPERVISION ESTATAL⁽¹⁶⁾

Las nuevas leyes separan la promoción de las funciones de control y prevención por parte de la administración pública en el campo de los negocios internos de las cooperativas, excepto en los casos donde el interés público está presente. Muchas leyes nuevas contienen normas destinadas a descentralizar y acelerar procedimientos administrativos para establecer requisitos estatutarios.

(15) *Ibid* 3.3.3. Flexibility with regard to the cooperative structure and organization, p. 89.

(16) En el informe de la OIT antes mencionado, encontramos algunos de los problemas que tienen las cooperativas por los erróneos conceptos formados en torno a su papel dentro de la sociedad: “1.2. Developing countries. 1.2.1. The changing role of the State. In a time of rapid change due to structural adjustment programmes, cooperatives are seen as organizations capable of cushioning the adverse social effects of some adjustment measures”.

La importancia del rol del Estado en cuanto al desarrollo cooperativo depende del tamaño del movimiento cooperativo en el país correspondiente. Hay una gran influencia de políticas liberales que tienden a disminuir el número de oficiales responsables de la supervisión cooperativa, y en algunos casos desaparecen en forma completa las estructuras administrativas.

La participación de las cooperativas en la mayoría de las actividades económicas de un país, nos lleva a identificar una gran cantidad de controles de su actividad comercial o mercantil. Una cooperativa de transporte público estará sometida a las normas sobre esa materia, en las cuales el interés público será la base de su contenido de normas de protección de los usuarios, que podrían ser únicamente los miembros de la cooperativa, o bien, se podrían extender a la comunidad donde se ofrece el servicio.

En una cooperativa de producción lechera, las normas de protección al consumidor relacionadas con los productos perecederos, tendrán influencia directa en su actividad. Así como las normas de calidad ISO 9000, o de control de respeto al ambiente ISO 14000.

Según la actividad comercial de la cooperativa, podríamos identificar diferentes controles provenientes de la normativa que dio nacimiento y determina el funcionamiento de diferentes instituciones públicas.

De importancia capital son los controles provenientes de las entidades de supervisión bancaria, conocidas generalmente como superintendencias, cuando se trata de cooperativas de intermediación financiera o bancos cooperativos, dirigidas a controlar la captación e inversión de recursos financieros de sus miembros. Estos entes llegan a tener tal influencia en la vida de las cooperativas que ante un mal funcionamiento de aquéllas, podrían intervenirlas y hasta decretar su extinción.

The major obstacles to the development of cooperatives in developing countries include: misconceptions among policy-makers and planners of what cooperatives are and how they work; unrealistic expectations of what cooperatives can actually accomplish; the establishment of cooperatives irrespective of whether or not the minimum requirements for successful cooperative development are met; and the artificial acceleration of cooperative growth”, p. 15.

I.1. LA SUPERVISIÓN ESTATAL ESPECIALIZADA EN ASUNTOS COOPERATIVOS Y LA SUPERVISIÓN DE COOPERATIVAS CON ACTIVIDADES FINANCIERAS

En forma general, los Estados controlan las cooperativas⁽¹⁷⁾ por medio de la legislación especial que establece la existencia de un ente estatal supervisor, que funciona a través de una oficina especializada.

Este ente controla la actividad económico-social de las cooperativas y en algunos casos puede intervenir en su actividad democrática, cuando la ley le permite convocar a Asambleas o bien, asistir a las mismas con voz.⁽¹⁸⁾

Cuando la actividad supervisada se refiere a la aplicación de las normas generales del cooperativismo como entidades económico-sociales, caracterizadas por tener una normativa jurídica propia, generalmente el Estado se ha provisto de un ente u órgano, ubicado en la sección descentralizada del Estado, como en el caso de Puerto Rico⁽¹⁹⁾ y Costa Rica. O bien, dentro de un Ministerio, como en el caso español, en donde la Dirección de trabajo también rige los asuntos relacionados con las cooperativas.⁽²⁰⁾

(17) Cuando hablamos de cooperativas nos referimos tanto a las de cooperativas de base como las de ulterior grado, sea cooperativas de cooperativas, sean uniones, federaciones, centrales.

(18) Una voz que tiene más influencia que el mismo voto de los miembros de las cooperativas, por su carácter oficial, y en algunos casos coercitivo.

(19) En este país, la legislación cooperativa cuenta con elementos del Derecho anglosajón y del Derecho romano germánico.

(20) Deseo resaltar el papel preponderante, reconocido a las cooperativas, como entes creadores de fuentes de empleo, por parte del Estado español. Este hecho ha determinado que históricamente el Estado español ha dado múltiples incentivos a las cooperativas. En el caso del país vasco, el gobierno local ofrece en Bilbao varios subsidios para apoyar ciertas cooperativas, ejemplo, las cooperativas de Salud; también la Dirección de cooperativas de la región autónoma de Euskadi (País vasco) apoya la educación cooperativa, entre sus manifestaciones está el subsidio de la Asociación internacional de Derecho Cooperativo, que le permite editar el interesante Boletín especializado en temas de Derecho y empresa cooperativa.

Aparte de la supervisión de las cooperativas en asuntos cooperativos, el hecho de que éstas incurrieren en actividades reguladas internacionalmente por entes supranacionales financieros, ha determinado que se impulse en cada país, sin que en muchos sea aceptado pacíficamente, una serie de normas dirigidas a supervisar y fiscalizar la actividad financiera que ejecutan.

En relación con la supervisión de actividades cooperativas, en Puerto Rico, nos encontramos que la Ley Nº 50 de 4 de agosto de 1994, conocida como Ley General de Sociedades Cooperativas que cuenta con varias leyes complementarias, indica que a la Oficina del Inspector de Cooperativas adscrito al Departamento de Hacienda como componente autónomo, le corresponde:

“Reglamentar, supervisar y fiscalizar el funcionamiento de las cooperativas organizadas bajo el amparo de esa ley, para que logren y cumplan con los propósitos para los que se crearon y proteger las inversiones de los socios”.

La Oficina debe cumplir con una auditoría total de las cooperativas para determinar si funcionan adecuadamente y conforme a la ley. Y su supervisión y fiscalización debe ser justa, eficiente y efectiva. La realiza por medio de:

- Intervenciones y exámenes de las funciones de todas las cooperativas *excepto las de Ahorro y Crédito y las de Seguro, las cuales siguen la normativa establecida por los Estados Unidos para esas actividades.*
- Debe velar porque las sociedades cooperativas cumplan con las disposiciones legales, reglamentos, cláusulas de incorporación; así como los fines y propósitos para los cuales fueron organizadas, y desarrollar un movimiento cooperativo sólido.

Para lograr la efectividad de su supervisión, en aras del desarrollo del Cooperativismo, no deja las solas, pues les ofrece asesoramiento legal y financiero, evalúa y realiza análisis económicos dirigidos a advertir oportunamente las tendencias por sectores.

En Costa Rica corresponde al INFOCOOP llevar a cabo la más estricta vigilancia de las asociaciones cooperativas, con el exclusivo propósito que estas funcionen ajustadas a las disposiciones legales. Esa

función se divide en inspección y vigilancia. Fundamentalmente el control se ejerce a través de los siguientes informes de los entes cooperativos al ente estatal:

- Tener los libros de ley legalizados por el INFOCOOP.
- Presentar los informes que el ente estatal requiera para controlar su funcionamiento.
- Informar sobre cambios ocurridos en la integración de los cuerpos sociales o de las reformas a los estatutos.

A partir de 1994, con la promulgación de la Ley de cooperativas de ahorro y crédito en actividad de intermediación financiera, la Superintendencia de entidades financieras del Banco Central de Costa Rica, atiende todo lo relacionado con tal actividad. El INFOCOOP conserva su competencia en cuanto a asuntos meramente cooperativos.

Sin embargo, en muchos sectores del Cooperativismo, se consideró que la supervisión de entidades cooperativas de intermediación financiera debería contar con una normativa que tomara en cuenta las características definidas en la Declaración de identidad cooperativa, los Principios y Valores dados por la Alianza Cooperativa Internacional.

Es así que en los últimos dos años, se ha venido conformando un Sector de Economía Social, más allá de la Asamblea de trabajadores y trabajadoras del Banco Popular y de Desarrollo Comunal,⁽²¹⁾ dentro del cual se ha planteado la necesidad de introducir en su normativa las bases de una supervisión diferenciada para el Sector.

La pugna por lograr una supervisión diferenciada también se ha dado en otros países. Por ejemplo en Honduras, la Confederación Hondureña de Cooperativas y el Instituto Hondureño de Cooperativas se oponen a la propuesta de la Federación de Cooperativas de Ahorro y Crédito de Honduras, FACACH, para que la Comisión de Bancos los evalúe a través de un procedimiento de evaluación internacionalmente

(21) Este Banco es un ente público no estatal que cuenta entre sus órganos con una Asamblea de trabajadores y trabajadoras integrada por delegados y delegadas que representan organizaciones sociales del país: cooperativas, sindicatos, maestros, artesanos, solidaristas, comunales y trabajadores independientes.

reconocido y especializado denominado PERLAS, diferente al que se aplica a los bancos, compañías de seguros y compañías financieras, en el tanto que los organismos hondureños de supervisión no pudieron atender las crisis del sistema cooperativo.⁽²²⁾

En República Dominicana, desde 2000, existe oposición del Cooperativismo para evitar que el Código monetario y financiero establezca la supervisión de las cooperativas. Se propone una Superintendencia⁽²³⁾ de cooperativas que contemple sus características particulares.

En COLOMBIA la Ley N° 3.593 establece que el Estado debe dictar las normas necesarias para establecer la intervención regulatoria, tomando en cuenta *la naturaleza específica de las instituciones financieras cooperativas*.

Esa ley establece en forma clara que el Gobierno no podrá DESCONOCER la naturaleza y principios propios de las entidades cooperativas autorizadas para desarrollar la actividad financiera, aseguradora o cualesquiera actividades que se relacione con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público, SIN PERJUICIO de las normas de regulación.

También indica que las normas de INTERVENCIÓN Y REGULACIÓN deberán tener en cuenta la NATURALEZA ESPECIAL de esta clase de entidades con el fin de facilitar la aplicación de los PRINCIPIOS COOPERATIVOS, proteger y promover el desarrollo de las instituciones de la economía solidaria y, especialmente, promover y extender el crédito social.

En ese país está bien definida la estructura del Sistema financiero, dentro de la cual encontramos las cooperativas financieras, a las cuales se les aplica las normas de regulación prudencial según recomendaciones de Basilea con las restricciones antes mencionadas.⁽²⁴⁾

(22) La Prensa on the Web, 6 de mayo de 2002, Comisión de Bancos aplicará supervisión a cooperativas.

(23) Ver Aclaración pública en Webb: <http://supervisión/Federación> regional de cooperativas del Cibao, documento htm, 8 de marzo del 2000. Esta situación permanece al día de hoy.

(24) Por Fernando Silva García.

“ESTRUCTURA DEL SISTEMA FINANCIERO: compuesta por las instituciones financieras, establecimientos de crédito:

Bancos, corporaciones financieras, corporaciones de ahorro y de vivienda, compañías de financiamiento comercial, cooperativas financieras, sociedades de servicios financieros –sociedades fiduciarias, sociedades generales de depósito, sociedades A.F.P.C.–, sociedades de capitalización. Los tipos de supervisión se dan *in situ* y *extra situ*.⁽²⁵⁾

En relación con la experiencia colombiana, Dupont Cruz establece la necesidad de un adecuado marco legal para el desarrollo de la actividad financiera de las cooperativas, fundado en:

- La autorización para el desarrollo de la actividad financiera y permanente supervisión.
- La existencia de poderes para exigir el cumplimiento de las leyes y aspectos de seguridad, solvencia y protección legal para los supervisores.
- Los acuerdos para compartir información entre entes de control y confidencialidad de la misma.

Todo el sistema de supervisión de las entidades financieras está basado en la norma fundamental, pues desde la Constitución Colombiana se dan las bases jurídicas para su existencia y legitimación. Dupont Cruz hace un resumen de los principales artículos:⁽²⁶⁾

“Art. 334: Dirección general de la economía a cargo del Estado. Este intervendrá en producción, distribución, utilización y consumo de bienes y servicios públicos y privados para racionalizar la economía con el fin del mejoramiento de la vida de los habitantes, distribución equitativa de oportunidades y preservación de un ambiente sano.

Corresponde al Congreso hacer las leyes y entre las mismas debe dictar normas para regular las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier

(25) Verlo en RAMÍREZ, Luis Humberto, en www.aycempresarial.com

(26) *Ibid.* Diapositiva 9.

otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público.

Según Artículo 189: Corresponde al Presidente de la República, inciso 24) Ejercer la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público. Así mismo, sobre las entidades cooperativas y las sociedades mercantiles”.⁽²⁷⁾

La necesidad de reconocer la naturaleza de las entidades que integran el Sector de economía social,⁽²⁸⁾ y la autonomía de las instituciones dedicadas al manejo del dinero,⁽²⁹⁾ sean públicas o privadas, a la vez de conservar la potestad de la supervisión a partir de su naturaleza de responsabilidad pública, dado que ahí está el ahorro, el sacrificio y el futuro de las familias, ha llevado a una revisión de las normas prudenciales, de sus alcances y límites y dar una mayor libertad de acción a tales grupos de entidades financieras. En un último reporte ofrecido por el Dr. Pedro Lassa encontramos la visión más reciente de la supervisión en estas palabras:

“(en la) ... revisión de Basilea I, donde la auto-crítica es que era demasiado uniformista, no daba capacidad de incorporación de la gestión interna del banco para generar su propia calidad de valor y de gestión. Por eso ha venido el Basilea II, que básicamente se centra en lo siguiente: partiendo de

(28) Indicamos su compasión en la nota relacionada con el Banco Popular y de Desarrollo Comunal de Costa Rica.

(29) LASSA, Pedro, en su intervención en el Foro de Banca y Desarrollo. Necesidad y posibilidad de una Banca de desarrollo, organizado por el Banco Popular y de Desarrollo Comunal y el Estado de la Nación del PNUD, denominada “La banca de desarrollo a través de las la Banca y las Normas Prudenciales, realizado 7 y 8 de marzo de 2002, San José, Costa Rica, p. 36 nos aclara la función del dinero cuando dice: “...el dinero es importante, no para hacer dinero sino para generar riqueza. En ese sentido es fundamental como una herramienta de grandísima calidad”.

que el éxito de la gestión financiera en cualquiera de las actividades, es un equilibrio entre riesgo y recuperación, ¿quién es el que debe saber mejor que nadie cuál es el riesgo que está asumiendo?: Hay una sola respuesta: la entidad financiera.

Entonces el gran cambio de las normas de Basilea II, para mí está en el siguiente aspecto: Siguiendo con lo que debe ser el apalancamiento patrimonial y todos los demás aspectos, la normativa indica que ahora quien tiene que ser capaz de definir sus riesgos internos y darles un precio, es la propia institución. No se trata de saber si la entidad puede o no puede. Lo importante es cuánto le cuesta asumir ese riesgo y que lo valore, porque si la superintendencia le dice que el riesgo es cien y el banco dice que cien no puede pagar y quiere que su riesgo sea cincuenta, tiene que ser capaz de demostrar que ese riesgo es cincuenta. Y probablemente la entidad puede o no puede. Lo importante es cuánto le cuesta asumir ese riesgo y que lo valore, porque si la superintendencia le dice que el riesgo es cien y el banco dice que cien no puede pagar, y quiere que su riesgo sea cincuenta, tiene que ser capaz de demostrar que ese riesgo es cincuenta. Y probablemente la entidad tenga la razón y las superintendencias deben de venir a velar y examinar que eso es correcto”.

I.2. SUPERVISIÓN AUXILIAR

Otra posibilidad de supervisión diferenciada, no por medio de una superintendencia cooperativa para entidades financieras cooperativas, sino dentro del mismo esquema de la superintendencia general de entidades financieras, es la denominada supervisión auxiliar. Figura de supervisión existente en Alemania y que fue normada en la legislación costarricense, en la Ley de intermediación financiera de cooperativas de ahorro y crédito, en 1994.

El artículo de Alvaro Durán denominado “*La supervisión auxiliar en las cooperativas de ahorro y crédito de Costa Rica*”, de octubre de 1999, encontramos la referencia a la forma en que trabajó tal modelo:

“El modelo costarricense de supervisión auxiliar fue el primero en desarrollarse y tener éxito en América Latina. Este modelo –tomado como base del desarrollado modelo alemán– significó un gran cambio en el pensamiento de las entidades fiscalizadoras estatales, al permitir que una entidad privada pudiera realizar la tarea especializada de la supervisión auxiliar, o supervisión delegada por parte de la Superintendencia”.⁽³⁰⁾

La extinta Federación de cooperativas de ahorro y crédito, FEDECREDITO R.L., promotora de la ley especializada en intermediación financiera de cooperativas de ahorro y crédito, creó un ente cooperativo especial para realizar la supervisión auxiliar, con el nombre de Audicoop

-
- (30) En cuanto a la función de la supervisión financiera, en p. 2, el autor indica: "Una de las particularidades de la supervisión financiera eficaz es que la institución estatal especializada garantice un sistema financiero sólido y solvente con el fin de salvaguardar los intereses de los depositantes, y sobre todo en un mercado que existe protección –a excepción de la banca estatal que cuenta con garantía explícita por parte del Estado–. Sin embargo la supervisión no significa una garantía de que la institución no fallará. Pero si existe mayor garantía de solidez cuando el trabajo que realiza este ente es efectivo, así como la existencia de una legislación moderna que permita lograr esa meta". El mismo autor convencido de la importancia de la supervisión ofrece un resumen de sus oportunidades: OPORTUNIDADES DE LA SUPERVISIÓN.

Existencia de una ley de regulación específica de la actividad de ahorro y crédito.

La supervisión ofrece herramientas que las cooperativas pueden usar para medir su propio progreso y comportamiento financiero.

La posibilidad de operar con fondos de liquidez que generan un rendimiento.

Una mayor penetración en el mercado a través de nuevos productos y servicios, o de crecimiento en la participación del mismo.

Integración al sistema financiero formal.

Obliga a la disciplina, teniendo una cultura hacia el control y divulgación de la información.

Evaluación periódica del riesgo de cartera e inversiones y la constitución de estimaciones adecuadas para cubrir la morosidad, por lo cual las cooperativas tendrán una cartera más sana.

Fomentar procesos de fusión logrando economías importantes.

Formar parte de un sistema integrado como la red financiera privada más importante del país".

R.L. Este ente debía rendir informes a la Superintendencia de entidades financieras SUGEF. Durán nos refiere:

“El informe de supervisión elaborado por AUDICOOP estaba basado en el que utilizan las federaciones de auditoría en Alemania con la particularidad de que está totalmente automatizado, lo cual ayuda a que el trabajo del supervisor fuera más fácil, eficiente y la remisión tanto a las autoridades estatales como a la misma cooperativa fuera casi inmediato. La ventaja de esta herramienta radica en que el informe se encuentra prerredactado, en donde el inspector sólo debe –de acuerdo con su trabajo de campo y evidencias– ir modificando frases que más se ajustan a la información obtenida y a la situación financiera de la cooperativa. Esto, sin embargo, no significa que se le quite creatividad real inspector o que se le encierre en algo predefinido, sino que el inspector puede ampliar su informe siempre y cuando la apreciación que vaya a incluir ya no esté tomada en cuenta en el informe.

Por otra parte, el informe no sólo se restringe a aspectos de auditoría simple, si no más bien se lograba determinar claramente la posición financiera de la cooperativa a la fecha de corte y comparando la información con períodos anteriores, logrando de esta manera que el inspector tuviera la suficiente evidencia para determinar si la entidad era solvente o no.

Otra particularidad del informe –como lo mencioné– es que es integral y que se analiza la empresa desde el punto de vista de la gestión analizando desde el Consejo de Administración hasta la Gerencia, en donde el inspector podía determinar la calidad de los cuerpos administrativos.

La remisión del informe a la SUGEF se hacía en los primeros cinco días de finalizada la inspección al Departamento de Cooperativas donde se analizaba y se le solicitaba a la cooperativa los planes de

acción para mejorar los indicadores financieros o aspectos que pusieran duda la solvencia de la entidad. A la cooperativa se le enviaba en el mismo plazo, y contaban generalmente con diez días para emitir su respuesta la cual era comunicada por SUGEF”.

II. CONTROL INTERNO EN LA COOPERATIVA

El control interno cooperativo requiere que toda cooperativa tenga establecidos sistemas adecuados de toma de decisiones, control financiero, asesoría y seguimiento de acuerdos. El hecho de buscar el fundamento legal para las cooperativas en las sociedades mercantiles, llevó a la inclusión de un órgano fiscalizador dentro de la estructura organizativa de las cooperativas. Su nombre cambia de un país a otro. Así como la forma de funcionamiento de tal órgano. Algunas veces funciona sólo y en otras se le apoya en otros entes o en funcionarios especializados.

En la experiencia costarricense se incluyó la reforma legal de sustituir el órgano social de vigilancia, nombrado por la Asamblea de socios(as) por una Auditoría interna, con lo cual la fiscalización de los aspectos sociales no existe.

Un reconocido autor costarricense cita la experiencia alemana como de uno de los ejemplos más interesantes, en el tema de control de cooperativa: “Los cooperativistas alemanes descubrieron que había que adaptar la estructura democrática de sus empresas a una sana política administrativa. Planteaban que los problemas que se detectaron no eran causados por la ineficiencia que le achacaban a las organizaciones cooperativas, sino a debilidades fácilmente superables con el adecuado control. Los problemas partían en gran parte, no por la estructura de capital o de su funcionamiento como entidad económica, sino a la escasa preparación o conocimiento de aquellos que ocupaban posiciones de dirección”.⁽³¹⁾

Hoy en día está ampliamente reconocido que los socios de las cooperativas deben tener a su disposición un mecanismo permanente,

(31) VARGAS CHACÓN, Ricardo. *Control cooperativo autónomo*, citado por CRISTIÁ, Félix y ROSARIO, Benjamín en **Manual para Comités de Supervisión**. Liga de cooperativas de Puerto Rico, 1990.

ágil, eficiente y efectivo para asegurarse que los cooperativistas electos por ellos, y las personas contratadas por la Junta de Directores o bajo su autoridad, están cumpliendo con sus funciones y deberes adecuadamente.

La mayoría de las leyes cooperativas establecen la forma de integración, el número de miembros y los aspectos que controlará el Comité de vigilancia o supervisión de una cooperativa, sin embargo, el aspecto subjetivo, relacionado con la ética de sus miembros, no está incorporado en esas leyes. Por ello es importante el ejemplo que tenemos en Puerto Rico. Los comités de supervisión tienen mucho que ver con el llamado control cooperativo.

Obviamente, los socios de las cooperativas están sumamente interesados en una eficiente administración de las empresas de las que son dueños. Cualquier anomalía o manejo inadecuado de la gerencia y fondos de la cooperativa puede significar una pérdida en su cuenta de patrimonio (capital) o una disminución de las sumas que le son acreditadas. Pero también una deficiente administración puede significar que no se realicen los excedentes o sobrantes que le puedan beneficiar al final de las operaciones anuales.

De igual manera, una desacertada coordinación del funcionamiento de los diferentes cuerpos y componentes de la cooperativa puede significar dificultades internas que incidan en los aspectos financieros que anteriormente se han anotado.⁽³²⁾

El control cooperativo por parte de los socios es condición necesaria para que exista la confianza de éstos de modo que no sientan temor de invertir y hacer negocios con la empresa democrática de la que son dueños. Sería iluso que los socios, aunque sean los propietarios de la empresa, que inviertan o depositen fondos si supieran que los van a perder.

El control interno de una cooperativa se puede realizar por alguno de estos órganos o medios:

- Controles del órgano social de supervisión de la cooperativa.
- Ejercido por un tercero fuera de la cooperativa Auditoría externa.
- Ejercido por un tercero dentro de la cooperativa: auditoría interna
- Controles recíprocos plasmados en planes estratégicos y planes operativos, aplicados por los órganos sociales de la cooperativa:

(32) CRISTIÁ, Félix y ROSARIO, Benjamín, en **Manual para Comités de supervisión**. Liga de cooperativas de Puerto Rico, 1990, p. 6.

asamblea de socios(as), Consejo de Administración, Comité de Vigilancia, otros comités creados por estatutos.⁽³³⁾

- Control de los socios y las socias, en las asambleas y durante el tiempo en que no están reunidos en asambleas por medio del acceso a la información, sea a través de boletines, reuniones periódicas, ejercicio de la democracia electrónica.

Lo anterior nos lleva a determinar que existen diferentes niveles de control:

Asambleas de asociados
Consejo de administración⁽³⁴⁾
Gerencia y nivel ejecutivo
Monitoreo⁽³⁵⁾
Estructura organizacional⁽³⁶⁾

(33) Un ejemplo de un sistema de control integral lo encontramos en el llamado SISTEMA DE AUTOCONTROL INTEGRADO DE GESTIÓN: este sistema funciona con la participación del Consejo de administración, comités y gerencia para apoyar la toma de decisiones y requiere la participación activa de los otros órganos de la Cooperativa. El Director, el administrador y el funcionario de la cooperativa deben ser capaces de evaluar y controlar su propio trabajo, su gestión de tal manera que debe estar involucrado y comprometido en conocer sus deberes y responsabilidades, lo que se espera de cada quien y tener un alto grado de motivación que le lleve a mejorar sus destrezas y a capacitarse más.

(34) Verlo en RAMÍREZ, Luis Humberto, en *www.aycempresarial.com*; cuadro 8, el autor menciona los controles en relación con el CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN: a) requisitos de calidad y experiencia, conformación inhabilidades, prohibiciones e incompatibilidades; b) Independencia frente a la Gerencia (políticas en beneficios de los consejeros, parentesco, vínculos o afinidades), c) Conformación y misión de los comités.

(35) MONITOREO

- a) Coordinación entre los entes responsables del monitoreo.
- b) Seguimiento a los hallazgos y recomendaciones.
- c) Aprobación y seguimiento a los planes de trabajo.
- d) Informes al Consejo sobre el plan y hallazgos y asistencia a consejos.

(36) ESTRUCTURA ORGANIZACIONAL

A) ¿apoya los objetivos institucionales?

Información que se produce y se suministra a las áreas claves

Número apropiado de gente para las áreas claves

Políticas y prácticas de recursos humanos

Normas operacionales y procedimientos para las áreas de gestión y para productos

Generalmente, los asociados y las asociadas acceden a la información sobre el ciclo de vida de la cooperativa cuando asisten a las asambleas. En algunos países, los comités distritales o regionales de socios y socias, mantienen informados a sus miembros. Sin embargo, el costo de la información y la divulgación de la vida de la cooperativa puede ser alto. Pero el mantener la calificación de escuelas de democracia que la OIT ha otorgado a las cooperativas, crea un deber de cumplimiento de tal control.

Por ello, consideramos importante tomar en cuenta la legislación española, donde la Ley vasca es pionera y el seguimiento que el Cooperativismo costarricense hace en su proyecto de Ley General de Cooperativas, cuando regula dentro de los derechos de los asociados(as), este derecho. Transcribimos el inciso 3 del artículo 16 del proyecto:

“3. Los asociados ejercerán el derecho de información en los términos previstos en la Ley, en el Estatuto o en el Reglamento interno asociativo y tendrán derecho a:

- a) Solicitar por escrito y recibir información sobre la marcha de la cooperativa en los términos previstos en el Estatuto y en particular sobre la que afecte sus derechos económicos y sociales. El Consejo de Administración deberá facilitar la información solicitada en un plazo no mayor de treinta días. Cuando se considere que el asunto es de interés general, la información se brindará en la Asamblea General, más próxima a celebrarse, para lo cual incluirá el punto en el Orden del día.*
- b) Libre acceso en el domicilio de la Cooperativa, al Registro de Asociados, al Libro de Actas de la Asamblea General, y al del Consejo de administración, cuando lo soliciten, el cual deberá proporcionar cuando sea el caso copias certificadas de los Acuerdos adoptados en ese órgano o en las Asambleas generales.*
- c) Solicitar por escrito, con anterioridad a la celebración de una asamblea, o verbalmente en el*

transcurso de ésta, la ampliación de cuanta información considere necesaria en relación con los puntos del orden del día.

- d) *Examinar en el domicilio de la cooperativa durante el lapso de la convocatoria, la información relacionada con los resultados del ejercicio económico que habrá de conocer la asamblea general, incluidos los informes de las auditorías externas.*
- e) *Recibir copia del estatuto y de los reglamentos.*

El Consejo de Administración sólo podrá negar la información solicitada, cuando el proporcionarla ponga en grave peligro los legítimos intereses de la Cooperativa o cuando la petición constituya una obstrucción reiterada o abuso manifiesto por parte del Asociado solicitante. Procederá en todo caso a brindarse la información denegada por el Consejo de Administración, cuando la Asamblea General apoye la solicitud de información denegada por más de la mitad de los votos presentes”.⁽³⁷⁾

Otro mecanismo de control que tienen derecho los socios y las socias está relacionado con la calidad y precio de los productos y servicios que su cooperativa les ofrece. La idea es que los Socios y las socias de una cooperativa pueden escoger para comprar los servicios que requieren entre la cooperativa y los competidores de la misma. Esta idea no es ninguna novedad y es parte del fundamento de la existencia del cooperativismo, por ello retomamos las palabras de Fauquet, quien explica claramente esas razones:

“El que los socios puedan comprar a los competidores de la cooperativa, incluye la necesidad de la información sobre las condiciones de la competencia: los socios, por lo tanto, deben conocer los precios de la competencia. Lo que importa entonces, es que cada socio tenga la posibilidad subjetiva de elección entre la cooperativa y sus competidores. El

(37) Expediente legislativo N° 14282, Asamblea Legislativa de Costa Rica, p. 6.

mecanismo de control actúa por medio de las comparaciones de precios que hacen los socios; es decir, la pregunta si el precio de la cooperativa es adecuado o no, se responde en base al precio de la competencia. Pero el precio de la competencia es un criterio confiable sólo si entre la cooperativa y sus competidores no existe una competencia desleal (tipo dumping) de precios.⁽³⁸⁾

Hay dos posiciones bien definidas en cuanto a la ejecución de las funciones del Comité de Vigilancia. Una que considera que tiene amplias facultades y debe atender toda la actividad realizada por la cooperativa. Aquí ubicamos a Puerto Rico y Costa Rica, cuya legislación y la interpretación de sus respectivas autoridades de aplicación es exhaustiva al respecto.

En otra parte, encontramos una posición bien limitada, como es el caso de Perú, donde se considera que la función del Comité de Vigilancia se enmarca en el “control de legalidad”.

Veamos algunos de los aspectos interesantes de las leyes cooperativas de Puerto Rico y Costa Rica:

En la ley cooperativa portorriqueña se establecen requisitos para formar parte del Comité de supervisión de las cooperativas de ahorro y crédito:

1. No haber sido convictos por delito grave o menos grave que implique fraude, abuso de confianza o depravación moral.
2. No deben poseer interés económico, directo o indirecto, en cualquier empresa pública o privada, con o sin fines pecuniarios, cuyos negocios estén en competencia con los negocios de la cooperativa.
3. Deben acreditar su capacidad para ejercer el cargo como miembro del comité cumpliendo con todos los otros requisitos que se establezcan en el reglamento general de la cooperativa.

(38) FAUQUET, *op. cit.*, p. 255.

4. Deben ser elegibles para estar cubiertos por una fianza de fidelidad para las cooperativas.
5. No deben haber sido separados de alguna posición como miembros de la Junta de Directores o de los comités de crédito o de supervisión o como funcionario ejecutivo de cualquier cooperativa por las causas establecidas por la ley.
6. Deben estar al día en el pago de sus obligaciones y deudas con la cooperativa.
7. No pueden ser funcionarios ejecutivos ni empleados de la cooperativa.
8. Deben cumplir con el reglamento que adopte el inspector para preservar la integridad y evitar los conflictos de interés en las cooperativas.

El Comité de supervisión tiene una responsabilidad más amplia y no tiene las limitaciones de tiempo o de enfoque que tiene el auditor. Lo que quiere decir que el comité si puede ir a analizar los puntos específicos que puedan ser de su interés.⁽³⁹⁾ Existe un control cruzado con la Oficina del Inspector de Cooperativas, que fortalece la función fiscalizadora del Comité, en el tanto que éste debe enviar una copia por correo certificado de su informe, de modo que no pueda alegarse que el documento se comunicó a cuando en realidad tal hecho no hubiese ocurrido.

En Costa Rica, el INFOCOOP ha establecido en forma exhaustiva, las funciones del Comité de vigilancia, como se llama en nuestra actual legislación:

- Elaborar un programa de trabajo que sirva de guía para un adecuado desempeño de sus funciones y definir el presupuesto requerido para tal fin.

(39) CRISTIÁ, Félix y ROSARIO, Benjamín, en *Manual para Comités de supervisión*, Liga de cooperativas de Puerto Rico, 1990 indican que: El Comité también puede hacer sondeos periódicos, como los arquezos de caja o verificación de que los procedimientos administrativos se realizan según las normas. Esta es una diferencia con el trabajo del auditor, que se programa para cierto tiempo específico para analizar cierto período en particular, por lo general, el año económico.

- Verificar que las actuaciones de los directores y empleados de las cooperativas se ajusten a la ley, el Estatuto Social, los reglamentos internos y las resoluciones de la Asamblea General.
- Velar porque se respeten los derechos de los asociados.
- Revisar con regularidad los libros de actas del consejo y demás comités para verificar que ese encuentren al día. Asimismo, solicitar, cuando lo considere necesario y fundamentado, audiencia a dichos órganos para apersonarse.
- Convocar por medio del Gerente a Asamblea General, cada vez que existan asuntos cuya relevancia lo justifique.
- Analizar los estudios e informes económicos concienzudamente y determinar si en el Consejo de administración se discute sobre los alcances y proyecciones de éste.
- Controlar que los libros de contabilidad establecidos sean conservados diligentemente para así proteger a la cooperativa de errores y fraudes.
- Verificar si se preparan las conciliaciones bancarias mensualmente y si se deja evidencia de ellas.
- Supervisar las solicitudes de admisión con el propósito de comprobar si éstas se han tramitado adecuadamente.
- En el caso de las cooperativas de ahorro y crédito, examinar las operaciones crediticias (montos, garantías, plazos, etc).
- Hacer pruebas para verificar la conciliación de los registros auxiliares con la cuenta del libro mayor (cooperativas de ahorro y crédito).
- Examinar los desembolsos para determinar si los fondos de la cooperativa se utilizan de conformidad con los gastos e inversiones autorizadas.
- Recibir inquietudes de los asociados y, cuando fuere procedente, actuar con base en ellas.
- Rendir informes periódicos de su gestión a la Asamblea General.
- Asumir las demás atribuciones que le confiera el Estatuto Social o los reglamentos de la cooperativa.

En la otra posición, la ley cooperativa peruana se limita al control técnico-legal sobre la forma en que actúa la administración, independientemente de la gestión misma, pues la efectividad y eficacia de los actos del Consejo de administración serán juzgados por la Asamblea general. Según lo manifiesta el La Ley general de cooperativas, en su artículo 31 limita las funciones del órgano fiscalizador a tres funciones básicas de control:

- a) El control de la legalidad.
- b) El control de la veracidad de las informaciones proporcionadas a los asociados.
- c) El control de la seguridad de los bienes de la asociación.⁽⁴⁰⁾

III. BALANCE Y AUDITORÍA SOCIAL

Recordemos que el inicio de este ensayo sobre fiscalización y supervisión de cooperativas hizo referencia a la Identidad cooperativa. Una parte importante de esa identidad es el aspecto social, pues va ligada al adecuado balance entre sus mandatos sociales y los negocios que ejecutan. El perfil social que ha sido dejado de lado en cuanto a la búsqueda de herramientas apropiadas para medir el cumplimiento de metas sociales de una cooperativa y por lo tanto, tener criterios de evaluación y dar recomendaciones ya sea para alcanzarlo o aplicarlo.

Establecer un adecuado balance social en las cooperativas, ha sido preocupación de la ACI, dado que considera que estas organizaciones carecen de instrumentos paralelos de gestión específicamente cooperativa:

“Ciertamente las cooperativas desarrollan una importante labor social con sus asociadas-asociados y con su comunidad, pero en muchas ocasiones tal labor carece de un instrumental de gestión que permita a la cooperativa garantizar la mejor utilización de sus recursos en todos los campos de su actuación. Y el futuro de cada cooperativa está

(40) *Boletín Legal del Estudio*, TORRES Y TORRES LARA en:
<http://www.asesor.com.pe/teleley/index.htm>

condicionado a la pervivencia de su espíritu propio, que reafirma en cada miembro su voluntad de permanencia.

El Balance social como instrumento de medición del campo social de las cooperativas le ofrece la posibilidad de autoevaluarse, animándola a planificar y controlar su dimensión social junto con su dimensión económica, lo que supone necesariamente implicar a la Asamblea y a los órganos rectores en el establecimiento de prioridades de todos estos objetivos”.⁽⁴¹⁾

La ACI ha creado un modelo base para obtener esa información y plantea un segundo objetivo: permitir la intra-evaluación en cada cooperativa, y se ha convertido en un instrumento de gestión social integrada. Cada una de las organizaciones cooperativas debe repasar su funcionamiento, objetivos y resultados, tanto en sus aspectos empresariales como en sus aspectos sociales. La ACI plantea la siguiente vocación del balance económico social de una cooperativa: “Los objetivos sociales deben ser gestionados con igual grado de profesionalidad que los económicos”.⁽⁴²⁾ La forma de introducir esta herramienta es incorporándola al planeamiento estratégico general en cada organización cooperativa.⁽⁴³⁾

Pero cómo comprobar el cumplimiento de la vocación social de una cooperativa. En VANCITY, Vancouver, Canadá, encontramos varios ejemplos, están en su Memoria 2001:⁽⁴⁴⁾

Ambiente laboral: presenta un cambio de porcentaje del año 1999 (62%) a 2001 (81%) en cuanto a los empleados que recomiendan la cooperativa como lugar de trabajo.

(41) Balance social, ACI, p. 2.

(42) *Ibid*, p. 3.

(43) Otro documento importante de consulta es el denominado IMPACTO DE LAS COOPERATIVAS EN LA COMUNIDAD.

(44) Vancouver City Savings. Credit Union 2001. Annual report.

Atención de sus miembros en cuanto a los servicios para lograr y financiar sus metas. Mide el grado de satisfacción de los miembros en la atención de sus necesidades y ofrece nuevos servicios.

Liderazgo en el uso de sus recursos y experiencia para lograr efectos positivos en sus comunidades:

- Tiene política de control de emisiones CO.
- Uso alternativo de transporte en el traslado de sus empleados.
- Inversiones de sus miembros-propietarios en fondos especiales de Vancity destinados a las comunidades.

Brinda oportunidades a sus miembros-propietarios para acceder a puestos de dirección en la cooperativa.⁽⁴⁵⁾

Otra de las interesantes aplicaciones que encontramos de la herramienta de medición del compromiso social de las cooperativas, es la revisión del proceso de operacionalización de los Principios cooperativos que ofrece Mugarra, quien presentó su planteamiento en el I Congreso sobre Cooperativismo en España, quien basada en Lazarsfeld, P, demuestra a través de un ejemplo, cómo son aplicados en forma dispar los principios cooperativos en una cooperativa, pese a que en la declaración de la ACI (Alianza Cooperativa Internacional), 1995, se indicó por Ian MacPherson, en su preámbulo: “Las cooperativas no deben juzgarse sobre la base de un solo principio; por el contrario deben evaluarse de acuerdo con el bien que observan los principios como un todo”.⁽⁴⁶⁾

(45) Esto no es muy común en la mayoría de las organizaciones cooperativas del mundo.

(46) MUGARRA ELORRIAGA, Aitziber, *El balance social cooperativo hoy: manos a la obra*, documento presentado en el I Congreso sobre cooperativismo español, Sevilla, 2000, págs. 8 y 17. En p. 8 cita LAZARSELD, P. *De los conceptos a los índices empíricos*, en BOUDON, R y LAZARSELD, P, *Metodología de las Ciencias Sociales*, Tomo I, Conceptos e índices, Ed. Laia, Barcelona, 1973, págs. 36 a 45.

CONCLUSIONES GENERALES

Como hemos visto la supervisión y fiscalización de las cooperativas y los entes cooperativos de segundo y ulterior grado está determinada al interno como al externo de esos entes. Al interno, por el control que en primer lugar deben ejercer sus socios(as), ya sea en la participación directa en los órganos sociales, o bien, con su participación consciente en la vida de su empresa cooperativa.

Al externo, se encuentran muchas manifestaciones de control. Entre la más antigua y de mayor importancia, está todo control relacionado con la protección del usuario de la cooperativa, que actualmente se ubica en el derecho de protección al consumidor. Por otro lado, hemos visto que los organismos internacionales, sobre todo en el campo de los negocios de intermediación financiera establecen normas que deben ser seguidas por las cooperativas que trabajan en ese campo.

Asimismo, según si existe un pacto o negociación entre el Estado, mejor dicho el gobierno de turno en cada país, y el cooperativismo, de tal modo que este último reciba ciertos apoyos económicos, políticos y sociales, entonces existirá un control proveniente de una o más oficinas gubernamentales, según sea la actividad económica de la cooperativa, además de la fiscalización de la propia actividad cooperativa, según los objetivos, valores y principios cooperativos que debe seguir.

Lo más importante es que ante la tensión que se genera entre el Cooperativismo nacional o mundial por todas las fuerzas tendientes a su control y fiscalización, es no olvidar su IDENTIDAD COOPERATIVA, que sirvió de punto de partida a nuestra exposición. Pueden existir muchos intereses por controlar al Cooperativismo, pero sus miembros (as) no debemos olvidar que tenemos la obligación de seguir construyéndolo sobre las bases sólidas que ofrecen los valores y principios cooperativos como guías de acción.

Para finalizar cito las palabras de Virginia Guzmán, quien nos da un elemento del norte que debe seguir cualquier ser humano, en este mundo globalizado y que podemos aplicar sin lugar a dudas en nuestra experiencia cooperativa con el fin de defender la identidad cooperativa:

“Las oportunidades, los peligros, las ambivalencias de las biografías que antes podían sobre-llivarse dentro de un grupo familiar; de la

comunidad y del pueblo y que se apoyaban en unas reglas y unas clases sociales bien establecidas, ahora tienen que definir las los individuos. Son ellos quienes deben montar y dar sentido a sus propias biografías. Es una vida viajera, en el sentido literal y metafórico, que debilita asociaciones entre lugar, comunidad y sociedad”.⁽⁴⁷⁾

(47) GUZMÁN, Virginia. *Las relaciones de género en mundo global*, en Series Mujer y Desarrollo, CEPAL ONU, Santiago de Chile, abril 2002, p. 19.

BIBLIOGRAFÍA

- Alianza Internacional Cooperativa. Balance Social*, año 2002.
- ACI, documento *Impacto de las cooperativas en la comunidad*, 2002.
- BID, BASILE II. *El nuevo acuerdo de capital de Basilea*, doc. 2002.
- Boletín Legal del Estudio Torres y Torres Lara en:
<http://www.asesor.com.pe/teleley/index>.
- CRISTIÁ, Félix y ROSARIO, Benjamín, en *Manual para Comités de supervisión*, Ed. Liga de cooperativas de Puerto Rico, 1990.
- ESCHENBURG, Rolf. *Teoría económica de la cooperación*. Ed. Departamento Estudios Cooperativos en la Universidad Católica Boliviana, Ediciones INTERCOOP, Buenos Aires, Argentina 1979.
- FAUQUET, G. *El sector cooperativo y la protección al consumidor*, en INTERCOOP COOPERATIVA LIMITADA, Venezuela.
- GUZMÁN, Virginia. *Las relaciones de género en mundo global*, en Series Mujer y desarrollo, CEPAL-ONU, Santiago de Chile, abril 2002, p. 19.
- LASSA, Pedro. *La Banca de desarrollo a través de la banca y normas prudenciales*, en **Foro de Banca y Desarrollo**. Banco Popular y de Desarrollo Comunal, 7 y 8 de marzo de 2002. San José, Costa Rica.
- MUGARRA ELORRIAGA, Aitziber. *El balance social cooperativo hoy: manos a la obra*, documento presentado en el I Congreso sobre cooperativismo español, Sevilla, 2000.
- Organización Internacional de Trabajo*. Promotion of Cooperatives, Geneve, julio, 2002.
- Proyecto de Ley general de cooperativas*. Expediente legislativo N° 14282, Asamblea Legislativa de Costa Rica.
- RAMÍREZ, Luis Humberto, doc. En: www.aycempresarial.com
- Richardson, David C. *Documento del Consejo mundial de cooperativas de ahorro y crédito*. Sistema de monitoreo PERLAS, Serie herramientas técnicas, junio 2001.
- ROSEMBURG, Tulio. *El valor del socio en la cultura cooperativa*, ensayo publicado en **Revista de la Economía Social y de la empresa**. Publicación trimestral, año 2001, N. 38, Universidad de Deusto, Bilbao, España.
- Vancouver City Savings. Credit Union 2001. Annual report.

LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

Máster Alejandra Castro Bonilla^()*

(*) La autora de este artículo es costarricense, Licenciada en Derecho, Notaria Pública y Máster de la Universidad de Costa Rica. Especialista en Derechos de Autor (Ginebra, Suiza). Máster en Informática y Derecho y Doctoranda en Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid. Asesora Legal de la UNED de Costa Rica. Socia de ACTIVE-LEX.
Email: acastro@derecho.net o alecastro_cr@yahoo.com

SUMARIO:

- I. Introducción
- II. La nueva sociedad de la información e Internet
- III. La sociedad de la información o la era digital
- IV. Beneficios de la automatización de la información
- V. Conclusión

I. INTRODUCCIÓN

Resulta paradójico hablar de *nuevas tecnologías* a principios del siglo XXI, pues se trata de tecnologías generadas en la segunda mitad del siglo pasado, que lograron iniciar transformaciones en una sociedad que hoy nos toca vivir. Esa nueva sociedad es la denominada sociedad de la información que analizaremos en estas líneas. La inmediatez del cambio, sin embargo, nos impide reflexionar con la objetividad que quisiéramos y el distanciamiento necesario de toda investigación, sobre las consecuencias de la convergencia de tecnologías⁽¹⁾ entendida como la unificación de las telecomunicaciones y la informática para generar nuevos medios de comunicación; en donde la información ha surgido como materia prima y producto principal.

En la práctica, la sociedad de la información ha variado el ámbito de acción del derecho, precisamente en virtud de la convergencia de las nuevas tecnologías. El reto, por tanto, es ajustar la doctrina jurídica a esa nueva sociedad de la información y generar un derecho dinámico acorde con los tiempos en los que nos corresponde vivir; sin olvidar los logros conseguidos hasta la fecha.

Los intereses jurídicos y sociales siguen siendo los mismos: proteger los derechos del individuo y los derechos sociales para procurar una convivencia humana estable, bajo sistemas políticos justos y democráticos. Sin embargo, el ámbito de aplicación de los derechos que hemos conocido ha variado e incluso me atrevería a adelantar que nuevos ámbitos han surgido que exigen la conformación de un nuevo planteamiento legal para la protección del individuo a partir del crecimiento y consolidación de la denominada Sociedad de la Información.

Efectivamente estamos ante una nueva sociedad de cambios. En el ámbito político internacional, el orden cosmopolita al que alude Habermas en su obra, *La inclusión del otro*,⁽²⁾ ha logrado introducir

-
- (1) Las tecnologías de la información no se reducen a la informática o a Internet, sino que engloban la microelectrónica, la informática (hardware y software), la optoelectrónica y las telecomunicaciones. También dentro de esta convergencia se deben incluir la ingeniería genética, la biotecnología, la nanotecnología y la biología molecular. Todas ellas crean una especie de interfaz común a través de un lenguaje digital que permite englobarlas en información universal que se produce, almacena, se procesa, se recupera y comunica en diversos medios de comunicación.
 - (2) HABERMAS, Jürgen. *La inclusión del otro, estudios sobre teoría política*. Editorial Paidós, Barcelona, 1999.

variantes que obligan a las sociedades a adoptar nuevas medidas para la convivencia mundial a través incluso de la ampliación de los límites de la acción internacional. Los problemas del mundo ya no afectan a un sector de la sociedad sino que nos afectan a todos, e incluso la amenaza de la guerra se ha globalizado.

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

En virtud de esas variantes, existen teorías que empiezan a esgrimir los nuevos derechos humanos de la sociedad de la información. Dentro de esta gama de derechos podríamos citar el derecho de acceso a la informática, el derecho a acceder al espacio que supone la nueva sociedad de la información en condiciones de igualdad y de no discriminación, el derecho a acceder a la línea o punto de conexión (línea, satélite, cable...), el derecho de acceder a hardware o equipo físico, el derecho de acceder a un *Software* (condiciones técnicas que permitan la conexión), el derecho al *Freeware* cuando posibilite o instrumentalice el derecho a gozar de educación, información y cultura, el derecho a formarse en las nuevas tecnologías, el derecho a la autodeterminación informativa (en la manipulación de mis datos personales, mi intimidad e imagen en el ciberespacio), el derecho al *Habeas Data*, el derecho a la limitación del uso de la informática para garantizar los derechos fundamentales, la seguridad digital (en defensa de bienes personales, morales y patrimoniales), etc. Este último punto incluiría la defensa contra el terrorismo digital o informático (desde la actividad de *hackers* y *crackers*, hasta la utilización de nuevas formas de invasión de la persona a través de la informática).

Pese a la actual inexistencia de una persona física, jurídica o política que regule las relaciones de Internet, es importante tener presente que también el poder público universal tiene un deber de hacer

en lo que respecta a facilitar la sociedad de la información (y por ende los instrumentos de los que ésta se sirve para transmitir conocimientos), por cuanto debe garantizar la gratuidad (cuando corresponda), el acceso democrático o universal a la educación, la comunicación, la información y el conocimiento. De hecho, la nueva sociedad de la información podría estar en la actualidad exigiéndole al Estado una adecuación jurídica de sus actuaciones no para impedir o controlar sino para garantizar el acceso al conocimiento por medio de las facilidades que brindan las nuevas tecnologías.

En efecto el acceso al conocimiento generaría una nueva economía que reduce los costos de acceso a los medios educativos, informativos y de comunicación, hace que la información llegue a todos los rincones del planeta y facilita un proceso real de democratización de la educación; entendiéndose que se deben cumplir previamente las facilidades de acceso primario a un soporte de *hardware* y *software* que permita al sujeto comunicarse adecuadamente e ingresar en esta sociedad virtual, como un derecho correspondiente a la nueva gama de derechos humanos derivados de este nuevo espacio virtual.

No puede imponérsele al usuario una limitación al acceso a la sociedad de la información pues podrían generarse monopolios de control sobre la información, la educación, el conocimiento y la cultura. Esta situación estaría completamente ajena a la intención de las redes de comunicación y específicamente a los objetivos sociales de Internet, pero sobre todo podría constituir una violación a los derechos fundamentales de las partes involucradas en esa transferencia de relaciones.

Los ciudadanos como titulares del derecho a la educación y de otros derechos fundamentales como el derecho a la información y a la cultura, deben ser garantizados de un acceso legítimo, gratuito o por lo menos accesible a los bienes y servicios de la sociedad de la información. Los contenidos de interés público no podrían limitarse, prohibirse o monopolizarse. Recordemos además que el acceso a esos bienes facilitaría la formación de una sociedad de conocimiento, lo que constituye un bien común real.

II. LA NUEVA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN E INTERNET

La Nueva Sociedad de la Información, concebida bajo ese nombre propio que me permite la utilización de mayúsculas, es ya una entidad

autónoma reconocida en el ámbito internacional como una organización social virtual generada por las innovaciones de la informática y la comunicación en la convergencia de ambas tecnologías.

Se trata de un nuevo orden social derivado de la revolución tecnológica de finales del siglo XX y principios del siglo XXI, así como de la expansión de Internet producida en el último decenio del siglo XX. Durante ese periodo se evidencia la aceleración del proceso de globalización con el desarrollo de las nuevas tecnologías de la información vinculadas a la revolución de las telecomunicaciones. Por ello no se puede hablar de la Sociedad de la Información sin el fenómeno de Internet, donde la información es precisamente el bien más cotizado.

La legislación avanza de forma lenta y cuando se han precipitado la toma de decisiones, el derecho lo que ha producido son trabas en el desarrollo de esa actividad generadora de comunicación y conocimientos que nace a partir de la difusión de información que propicia Internet.

La falta de unidad de criterio a escala internacional para la protección de los derechos ha provocado que legalmente existan muchos vacíos en torno a la regulación de ciertos aspectos a los que día a día nos enfrentamos; sobretodo porque ha imperado la tendencia a la autorregulación o la regulación regional a partir de la promulgación de mínimos legales obligatorios, que resultan insuficientes ante un sistema informático desarrollado para el plano universal y utilizado por una comunidad virtual heterogénea (la denominada *aldea global* o *ciberespacio*).

Los derechos del ser humano efectivamente se han visto afectados por la industria de la tecnología y las telecomunicaciones, de manera que para la protección de esos derechos inalienables, muchos autores consideran que resulta imprescindible –al ser derechos universales y tener una subjetividad reconocida en el ámbito internacional– crear organismos y mecanismos ejecutivos, administrativos y judiciales a escala mundial que sirvan de protectores a esa gama de derechos especiales. No se trata de ceder al juego de la globalización, sino de enfrentar la realidad de un derecho cambiante al que se deben generar respuestas prontas y eficaces con miras a un bien común. No obstante, lejos de que se estén generando acuerdos universales coincidentes en el ámbito jurídico, se estipulan a nivel estatal regulaciones internas bajo derechos mínimos regionales.

¿Pero cuál es esa sociedad a la que se alude como una sociedad informatizada? Precisamente es hasta ahora que denominamos como la

sociedad de la información a una nueva etapa de la evolución humana, en la cual la vida está regida por el desarrollo tecnológico; una sociedad en donde se constatan cambios que hacen obsoletas las innovaciones del día anterior.

Superada la era de la sociedad industrial, se empieza a generar en los años setenta la teoría de la existencia de un nuevo modelo social. Las nuevas formas de producción coinciden en un denominador común que será el manejo de la información y la convergencia de las tecnologías, lo que definirá una nueva economía desde los países desarrollados.

El término de “Sociedad de la Información” se consolida en Europa con la Conferencia Internacional celebrada en 1980 en donde la Comunidad Económica Europea aglutina a un grupo de expertos para que analicen el futuro de una nueva sociedad que denominan de tal forma. A esta inquietud le sucedieron Directivas especializadas en regular la libertad de los servicios de la sociedad de la información y las medidas para la implementación de mecanismos de comunicación que le permitieran a los Estados miembros de la Unión Europea estar informados y tener acceso a los bienes y servicios facilitados por las TIC.⁽³⁾

Las TIC son una expresión que se refiere a las tecnologías de la información, comunicación y las de la telemática, que incluyen y utilizan de forma convergente innovaciones como la fibra óptica, la comunicación satelital, la telefonía celular, el auge de los sistemas informáticos, los computadores (sus componentes de *hardware* y *software*), la televisión digital y en general la digitalización de la información en cuanto a su producción, procesamiento, almacenamiento, obtención y distribución.

Por ello en la sociedad de la información coinciden las comunicaciones (entendidas como la transmisión de información entre dos o más sujetos) y las tecnologías de la información (como transferencia de datos y obras a través de los sistemas informáticos). Igualmente valga distinguir el producto de tal interacción como la sociedad del conocimiento, dedicada a la producción intelectual que a partir del acceso a la información, ha posibilitado la nueva sociedad en la que convivimos dentro de esta evolución social.

(3) Tal es el caso de las Directivas 83/189/CEE, 88/182/CEE, 94/48/CEE; entre otras.

En la *Ley de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico* de España⁽⁴⁾ se citan como servicios que distinguen a la sociedad de la información la contratación de bienes y servicios por vía electrónica, la organización y gestión de subastas por medios electrónicos o de mercados y centros comerciales virtuales, la gestión de compras en la Red por grupos de personas, el envío de comunicaciones comerciales, el suministro de información por vía telemática, el alojamiento de información, aplicaciones o servicios facilitados por el destinatario del servicio de alojamiento, el ofrecimiento de instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos, la transmisión de información por medio de redes de telecomunicaciones o el vídeo a la carta.

Lucas Marín, por su parte, resume las características de esa sociedad en cinco puntos medulares: 1. Se modifica la distribución de la fuerza de trabajo, con un crecimiento de profesionales dedicados al uso de la información y una disminución de trabajadores en la agricultura. 2. Disminuye la jornada laboral por la flexibilidad de horario y ubicación que ofrecen las nuevas tecnologías. 3. Se abandona la producción tradicional de bienes y servicios para manipular símbolos que crean y procesan información. 4. El poder se liga a la información y al conocimiento (no a la tierra ni a la industria), para generar innovación y producción eficiente y 5. Adquieren importancia las innovaciones tecnológicas en todos los ámbitos. Marín afirma que lo importante serán ahora las tecnologías que mediante la digitalización permiten un uso extensivo, permanente y sencillo del conocimiento acumulado.⁽⁵⁾

Esta nueva era ha consolidado el desarrollo de las computadoras (que es un proceso que aún sigue avanzando con velocidad), en cuanto a sus componentes de hardware y software. El desarrollo específico del hardware ha logrado definir la evolución de computadores en cuatro generaciones que permitieron la reducción del tamaño de las memorias de almacenamiento de datos, el aumento de capacidad de volumen de almacenamiento en memorias compactas, el aumento de la velocidad de acceso a la información y la disminución progresiva del coste de almacenamiento y recuperación de la información, así como la reducción

(4) LEY 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico publicada en el BOE 12/07/2002.

(5) Ver en este sentido a LUCAS MARÍN, Antonio. *La nueva sociedad de la información. Una perspectiva desde Silicon Valley*. Editorial Trotta, Madrid, 2000, pp. 36 y ss.

del coste de adquisición general de equipos que se empiezan a producir en masa a partir de la década de los noventa.

Pero una de las innovaciones más importantes en la sociedad de la información, paralela al desarrollo de las computadoras, es Internet; por haber posibilitado la comunicación interactiva desde cualquier parte del mundo, de forma económica, descentralizada, internacional y simultánea.

Internet es un espacio virtual sin personalidad jurídica por lo que ha sido una tarea imposible hasta la fecha definir su regulación específica o siquiera determinar si es necesaria o no una legalización de sus contenidos o normativizar su uso.

Internet es una Red de redes sin propietario exclusivo que facilita a sus usuarios el acceso a información y servicios de gran variedad y calidad, pero sobretodo inmediatos, eficientes y novedosos. Se trata de una red de computadores conectados entre sí mediante un protocolo de comunicación conocido como Transmission Control Protocol/Internet Protocol (TCP/IP). Ese TCP/IP es reconocido por el usuario mediante un sistema de designación de nombres de dominio que identifica a los equipos conectados a la Red.

El éxito de Internet consiste en ofrecer información a gran escala, permitir su intercambio e interacción entre varios usuarios en tiempo real y ofrecer plataformas de servicios con diversas herramientas y utilidades accesibles al público, dentro de las que destacan el correo electrónico, los grupos de noticias, los *mailing lists* o listas de distribución, los chats o IRC (comunicaciones en tiempo real o Internet Relay Chat), recuperación de información a distancia, comercio electrónico, etc.

El origen de Internet se remonta al año de 1969, cuando el Departamento de Defensa de los Estados Unidos creó una red denominada Advances Research Project Agency Network (conocida por su acrónimo de ARPANET),⁽⁶⁾ con el fin de facilitar la comunicación entre diversos centros militares y lograr que la transmisión de información (sobre todo durante conflictos bélicos/nucleares o amenazas de seguridad pública) fuese instantánea y mejorara con ello la defensa militar de la nación en una época en que la *Guerra Fría* aún era una amenaza a la seguridad internacional.

(6) Esta fue una idea de investigadores de la MIT que bajo la dirección de los investigadores Baranek y Neumann, pretendían crear un sistema de comunicaciones eficaces e inmediatas.

En ese esfuerzo por mejorar la industria militar estadounidense, el Departamento de Defensa contó con la colaboración de los departamentos de investigación de importantes universidades, dentro de las que cabe destacar la Universidad de Massachusetts. Esta universidad, a través del Massachusetts Institute of Technology (MIT) dirigido en la actualidad por Nicholas Negroponte (uno de los defensores de la Doctrina del *Fair Use* en el mundo), ha participado en la elaboración de los primeros computadores, la conexión de ARPANET y el desarrollo de hardware y software; sobretodo a través de su Laboratory for Computer Sciences (LCS).⁽⁷⁾

Dentro de la participación especial de instituciones académicas en el ulterior desarrollo de lo que hoy conocemos como Internet, también es necesario mencionar a la Universidad de Stanford,⁽⁸⁾ que desde hace muchos años viene propiciando el desarrollo de nuevas tecnologías al servicio de la sociedad de la información. Las primeras redes académicas intentaron optimizar recursos para la investigación a los finales de los ochenta con el financiamiento de la Fundación Nacional de la Ciencia (NSF: National Science Foundation), una agencia del gobierno de Estados Unidos.

Con el tiempo, las universidades desarrollaron nuevos usos para la antigua ARPANET con el fin de lograr una interconexión de redes de las universidades participantes del proyecto, que posibilitaban una agilización en sus labores de investigación, comunicación e incluso de enseñanza. Las labores de investigación militar fueron superadas para utilizar ARPANET como un medio para investigaciones de otra índole y se incorporaron al proyecto universidades como la de Santa Bárbara, la Universidad de Utah y la UCLA, entre otras que lograron establecer la primera red académica de computadoras en 1971.

Estas entidades universitarias pudieron comunicarse entre sí de forma más eficiente, sobre todo con la incorporación del correo electrónico en 1972, que –pese al incipiente uso en ese entonces– ya se perfilaba como una herramienta eficaz para sus fines que provocó finalmente que a principios de la década de los 80 se dividieran las funciones de uso de este gran medio de comunicación en dos redes:

(7) <http://www.lsc.mit.edu> (para acceder al LCS) o <http://www.mit.edu> (para acceder al campus virtual).

(8) <http://www.stanford.edu>. La Stanford University es considerada una de las más grandes productoras de tecnología del circuito de Silicon Valley con instancias dedicadas a la investigación y la implementación de NTI en la industria electrónica y la biotecnología.

- a. MILNET: que se dedicaría exclusivamente a la actividad militar que originó ARPANET; y
- b. ARPANET: que conservó la denominación original, pero que se dedicaría a ser un servicio exclusivo de interconexión de redes de la comunidad académica y científica.

Ambas redes estaban conectadas entre sí y supusieron desde entonces el origen de Internet como la Red de redes, pues a finales de la década de los 80, se permite la proliferación de redes personales y locales que impulsarían el uso económico de esta herramienta.

La plena irrupción del sector comercial en 1986, provocó finalmente la ruptura del monopolio de uso público por parte de Estados Unidos, cuando la National Science Foundation (NSF) se conectara a ARPANET con su propia dirección o protocolo TCP/IP. En 1990 a partir de las innovaciones que introdujo la NSF, se consolidó una nueva infraestructura de comunicación que reemplazó a ARPANET y se denominó NSFNET. Se desarrolló entonces un protocolo específico de comunicación denominado GOPHER que facilitó la comunicación en tiempo real.

Es a principios de los noventa que la Red adquiere el nombre de INTERNET como una alternativa universal, de libre acceso, fundada en diversas conexiones adheridas con el tiempo (tal como lo hiciera la NSF) y bajo el impulso de la actividad económica. Esto se fortalece con la participación del CERN (Centro Europeo de Investigación Nuclear) que inventó un protocolo específico para la transferencia gráfica de texto e imágenes en forma simultánea, situación que finalmente consolida la Web.

Desde sus orígenes militares para generar información inmediata sobre actividades bélicas, su posterior utilización exclusiva por parte de universidades estadounidenses para fines académicos y de investigación (cuando se denominaba ARPANET), y hasta el desarrollo universal logrado con la globalización del servicio en los años noventa y la inserción del mercado privado y comercial en el uso de esta herramienta, Internet se ha afianzado como el medio de comunicación con más proyección mundial.

Internet es la cara de esa sociedad virtual, de la sociedad de la información que ha sido gobernada por nadie, y controlada por órganos de gestión autónomos con orígenes jurisdiccionales generalmente

coincidentes en Estados Unidos, tales como la ISOC⁽⁹⁾ (Internet Society), el ICANN (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers), el IANA (Internet Assigned Number Authority),⁽¹⁰⁾ la IRTF (Internet Research Task Force) IESG (Internet Engineering Steering Group) o la IETF (Internet Engineering Task Force). Estos organismos privados son hasta hoy el único referente de organización y desarrollo de la actividad en la Red.

La ISOC es la entidad encargada de proponer tecnologías de interconexión en Internet y el crecimiento armónico de sus servicios mediante el intercambio global de información. La IRTF se encarga de analizar la implementación de nuevas tecnologías en Internet con experimentos sobre tecnología de redes, mientras que la IETF es una comunidad abierta de especialistas que ofrecen soluciones para Internet a partir de trabajos técnicos conjuntos divididos temáticamente sobre protocolos y arquitectura de la Red. Por su parte, el ICANN es la entidad encargada de designar los nombres de dominio, administrar el espacio de direcciones del Internet Protocol (IP) y coordinar cualquier tipo de conflicto en el tema, muchas veces basados en recomendaciones que ha emitido la OMPI (Organización Mundial de Propiedad Intelectual),⁽¹¹⁾ sobre todo en materia de propiedad intelectual de nombres de dominio. Los NIC (network Information Center), son órganos derivados que registran los nombres de dominio, los dominios y las direcciones de las redes que se conectan a Internet, en una función que originalmente fue realizada por la NSF (US National Science Foundation).⁽¹²⁾

Valga resaltar la naturaleza especial del ICANN, por cuanto si bien es una entidad sometida al derecho de Estados Unidos de Norteamérica (específicamente el del Estado de California), se ha constituido como una

(9) Accesible en <http://www.isoc.org>

(10) Antes de ser sustituido por una nueva entidad dependiente del ICANN, se dedicaba a gestionar los códigos de uso de Internet.

(11) Este organismo fue creado por el convenio que establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (Convenio de la OMPI), en Estocolmo, el 14 de julio de 1967, modificado en 1979. España es miembro de la OMPI desde el 26 de abril de 1970. (<http://www.OMPI.org> o <http://www.wipo.org>)

(12) Dato obtenido de la Conferencia presentada en el 7º Máster de Informática y Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, por el señor José Félix Díaz Lara, enero del 2002 sobre la Historia de Internet.

organización no lucrativa que no pertenece a ninguna nación o a persona física o jurídica. Es una entidad que en la actualidad cuenta con una representación muy equilibrada de los actores de Internet, contando entre sus colaboradores y en su administración central con organismos públicos, privados, personales, educativos, ONG's, etc. Si bien someterse a su jurisdicción crea recelo en los usuarios por su origen uni-estatal y porque aún no se ha consolidado como órgano de Derecho Internacional Público, no hay duda que en la actualidad es la entidad de Internet que más se acerca a conformar un órgano universal de gestión de la Red.

La lista de organismos es múltiple y requeriría de un estudio independiente para analizar detenidamente los alcances de sus competencias y sus orígenes, y sobre todo la legitimidad de sus actuaciones. En principio, sin embargo, Internet no contiene normas de regulación expresa sino que se basa en actividades libres controladas por las fuerzas abiertas y descentralizadas del mercado. Únicamente existe un conjunto de reglas que no adquieren un rango legal aunque vinculan a los participantes de Internet mediante mecanismos técnicos. Se trata de las Request for Comments⁽¹³⁾ (RFC) o solicitud de comentarios, que es el conjunto de recomendaciones para la comunidad de Internet. Dentro de las RFC se encuentra la conocida recomendación sobre el uso responsable de la red, denominada *Netiquette Guidelines*. No obstante, al no existir una jurisdicción específica ni criterios impositivos de cumplimiento o mecanismos sancionatorios, las RFC son fácilmente vulneradas con una importante regularidad.

Ninguna de estas entidades tiene carácter público, su origen muchas veces reside en alguna normativa estatal estadounidense en donde se suele recurrir para asuntos jurisdiccionales, están abiertas a la participación del público, tienen mecanismos no legales sino técnicos de cumplimiento, no suelen ser eficaces a nivel global y muchas veces podrían implicar condiciones leoninas para el usuario quien se ve limitado por la escasez de información y consecuente inseguridad jurídica en torno a los derechos de información y defensa que le podrían asistir con respecto a la actividad, alcances de competencias y jurisdicción de estas entidades.

Lo anterior se torna aún más complejo si consideramos que en el ámbito de Internet intervienen diversos participantes, desde operadores

(13) Accesibles en <http://www.ietf.org/rfc.html>

de telecomunicaciones que posibilitan la transmisión de datos y la conexión por línea telefónica, hasta los proveedores de acceso a Internet, los proveedores o suministradores de servicios o contenido en línea, los usuarios y los agentes que independientemente pueden llegar a ofrecer esos servicios en virtud de conocimientos profesionales que privilegian su posición en Internet.

Internet es el medio que ha posibilitado que se difunda ampliamente la información traducida al lenguaje binario (ceros y unos), pues se trata de una red digital cuya información es transmitida en la medida que sea digitalizada. Debemos considerar en este contexto, que Internet es solo uno de los medios en los que se proyecta la denominada sociedad de la información, pero como dijimos, las nuevas tecnologías superan tal ámbito.

3. LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN O LA ERA DIGITAL

Tal como mencionamos en el anterior apartado, la sociedad de la información se distingue, entre otras cosas, por incorporar el mecanismo de digitalización de la información. Por digitalización, entendemos la representación de la información a través de una forma numérica que se almacena bajo un sistema binario. Ese sistema binario⁽¹⁴⁾ es la base del formato digital, por cuanto implica un almacenamiento de la información en una memoria con dos estados posibles (binario) como representación mínima del contenido denominado bit. Un bit representa así un fragmento de la información. Ocho bits constituyen un byte (octeto) en el que se expresa una cantidad superior de información y los múltiplos de ese byte son unidades de almacenamiento de información que reconoce el lenguaje informático.⁽¹⁵⁾ Por ello, el objeto de la informática es el

(14) El precursor de la implementación de una teoría cuantitativa para el tratamiento de la información, fue Claude Shannon en 1948, con la publicación de su artículo *A Mathematical Theory of Communication*, a partir de la cual se inició el tratamiento de la información con sistemas matemáticos.

(15) El código ASCII es el código estándar más empleado de correspondencia de valores y sus combinaciones, aunque en la actualidad se ha desarrollado una norma internacional unitaria conocida como ISO 8859 que es de carácter más universal y a partir de la cual se han iniciado nuevas versiones de extensión que parten de este mismo código.

tratamiento automático de la información en forma digital, utilizando el proceso indicado de representación binaria para su ulterior almacenamiento en pequeños formatos con gran capacidad de memoria.

La digitalización, por tanto, se trata de una forma de representación de la información originalmente analógica, que se proyecta en un lenguaje binario que en la actualidad es traducido automáticamente por medio del soporte lógico de computadores (software). La información se representa en bits dentro de la memoria de una computadora. El formato interno de la representación digital no es visible para el usuario, aunque sí lo es para el informático o para quien ha digitalizado el material o puede acceder a él y transformarlo mediante el uso de la informática. Por eso, al estar la información representada internamente mediante el sistema binario, se suele hablar de una inmaterialidad del soporte, cuando en realidad el soporte existe por medio de la representación binaria que es trabajada y manipulada cuando así se desee.

El almacenamiento digital crea una memoria de acceso universal a mi juicio endosomática e invisible para el usuario, por cuanto la tangibilidad reside en el sistema informático interno y la representación binaria constante en formato electrónico o digital. De esta manera, pueden realizarse representaciones internas de información con el sistema digital (con símbolos binarios) tales como texto, estructuras de datos, números reales, números enteros, caracteres alfanuméricos, imágenes (dividiendo la imagen en puntos denominados pixels que representarán un mapa de bits), sonido, vídeo, etc.

Este proceso de representación (asignación de correspondencia de un valor digital a un valor analógico preexistente) consiste en una combinación de bits denominada codificación, que será almacenada en una memoria capaz de procesar los datos necesarios para la interpretación de la información.

La información que ha sido digitalizada mediante el sistema descrito, puede ser transformada con mucha facilidad. De ella se hacen reproducciones fácilmente, de forma económica y su comunicación es masiva e inmediata si se cuenta con la herramienta de Internet y servicios como el correo electrónico. La información almacenada en formato digital puede obtenerse sistemáticamente y puede ser tratada o transformada desde la propia computadora personal. La calidad del material digital que se reproduce es además muy alta, lo que contribuye al crecimiento del interés por la apropiación pública del mismo. Esta

circunstancia es la que ha dado lugar a que se considere que el material protegido por los derechos de autor, cuando se digitaliza, quede expuesto a un acceso universal que provoca una vulnerabilidad considerable por la falta de control en su reproducción, comunicación pública y distribución.

Lo que preocupa en el mercado de los bienes culturales, es por tanto la facilidad de copia y acceso a las obras. Pese a que la digitalización conlleva beneficios de los que también se sirven los titulares de la propiedad patrimonial de las creaciones intelectuales, como la reducción de costes de copia y distribución, y la posibilidad de poder extender ampliamente su difusión y distribución con inversiones mínimas; la inquietud se centra en el uso gratuito y no autorizado de tal material, por parte de terceros. Efectivamente la digitalización ha estimulado que las obras protegidas por el derecho de autor circulen por Internet en diversos formatos desde el MP3 y el video (con la novedad que importa el DVD), hasta el formato multimedia o el simple formato textual.

Los creadores gozan de la posibilidad de difundir sus obras de forma amplia pero la sociedad de la información ofrece mecanismos de difusión que no garantizan de forma idónea el control de la distribución del material en circulación.

A las facilidades de manipulación de la obra por parte de los usuarios, se suma una segunda problemática que incide en la fragilidad del derecho de autor o la vulnerabilidad en la que se encuentra ante el entorno digital. Se trata de que la propiedad intelectual ya no es de aprovechamiento exclusivo del autor, pues inciden en su control y en su actividad lucrativa, los intereses de mediadores de nuevas dimensiones tales como entidades de gestión colectiva, servidores de Internet, proveedores de servicios, editores, productores, entidades que ostentan los derechos patrimoniales en general.

4. BENEFICIOS DE LA AUTOMATIZACIÓN DE LA INFORMACIÓN

El interés de automatizar la información nace con la creación del American Documentation Institute en 1937, en su afición por la reproducción bibliográfica por medio del microfilm como una vía moderna del préstamo bibliotecario. Este instituto fue pionero en el tema, pues incluso pretendió solicitar a los autores la versión microfilmada de sus obras, con el fin de que los usuarios de diversas bibliotecas públicas

podiesen obtener copias de las mismas según lo exigieran sus necesidades formativas. Sobre la evolución de esa digitalización nos dice Sebastián:

“La Segunda Guerra Mundial hizo más extensivo el uso del microfilm, y por ende sus posibles aplicaciones en el ámbito documental. Pero es muy importante resaltar la puesta en marcha, con apoyo gubernamental, de unas aplicaciones técnicas que son el antecedente instrumental de la automatización: las tarjetas perforadas en equipos IBM y la indización de una colección fotográfica de la Farm Security Administration uniendo fichas del IBM y técnicas de microfilm”.⁽¹⁶⁾

Desde entonces, poco a poco tanto las entidades públicas como las empresas privadas comprendieron la importancia de hacer extensivo el nuevo desarrollo de la tecnología para el tratamiento de la información. Actualmente, el mundo científico ya no es una cuestión de pocos sino que se ha convertido en un asunto social que en el nuevo milenio ha facilitado la difusión de la información masiva. Esta transformación exige que se establezcan medidas para tal fin difusorio pero sobre todo para la ordenación de la gran cantidad de documentación e información que circula en el mundo y que se genera día a día en un proceso imparabile.

Como una solución a esa necesidad de control de la información surge la digitalización, específicamente como una solución para almacenar en pequeños formatos gran cantidad de información (sobre todo textual o bibliográfica). La aparición de la automatización en línea de material bibliográfico la ubica Reynolds en el siguiente contexto histórico:

“Entre finales de los sesenta y principios de los setenta, tres tendencias inciden en el desarrollo de los sistemas bibliotecarios en línea. La primera consistió en la iniciación de proyectos para uso interno en instituciones concretas. La segunda giraba alrededor de lo que se ha conocido como servicios

(16) SEBASTIÁN, Mercedes Caridad. *Fundamentos teóricos en documentación automatizada: programa y bibliografía*. PPU Editores, Barcelona, 1993, p. 17.

bibliográficos. La tercera tendencia fue la aparición de empresas privadas que elaboraron paquetes de sistemas automatizados para bibliotecas¹⁷.

Ante la explosión documental generada con la sociedad de la información, en donde lo que se genera es gran cantidad de documentación, se recurre al almacenamiento informático.

El almacenamiento informático es cada vez más una realidad tanto en el sector público como en el sector privado. Igualmente, el trasiego de documentos por medio de sistemas digitales ha contribuido a que las funciones profesionales y administrativas ordinarias se agilicen y a conservar un contacto más expedito entre los trabajadores y entre éstos y los usuarios de sus servicios independientemente de la naturaleza de empresa de la que se trata, así como entre particulares. Con ello se produce una serie de ventajas innegables para el mundo de la docencia, que cito sin ser para ello taxativa:

- Un único ejemplar puede ser puesto a disposición de varios usuarios de forma simultánea.
- Desaparece la exigencia de devolución de la obra, pues se facilita una copia idéntica de la misma.
- El estudiante tendrá a su disposición el material educativo y podrá en principio manipularlo, transformarlo y adecuarlo en un proceso activo de aprendizaje.
- El material educativo podrá ser más que textual, de índole audiovisual, sonoro o multimedia, de manera que facilite el proceso de aprendizaje y asimilación del conocimiento.
- El original de la obra queda conservado en un fondo editorial sin sufrir alteraciones materiales por el uso reincidente del mismo.
- El usuario puede acceder a la obra en un formato digital de forma rápida, eficaz e inmediata desde cualquier parte del mundo.
- Las copias digitales son de gran calidad, por lo que redundan en beneficio del usuario, no sólo porque ello facilita la lectura del material, pero también porque contribuye a que su vista no se deteriore (en el caso del microfilm, o de la copia ordinaria, por ejemplo, las reprografías suelen ser muchas veces ilegibles).
- La conservación histórica de la documentación queda mejor asegurada.

(17) REYNOLDS, D. *Automatización de bibliotecas*. Editorial Fundación Germán Sánchez Ruipérez, Madrid, 1989, p. 69.

- Hay una economía en la documentación que tradicionalmente manipulaban las universidades para hacer efectivo el préstamo (boletas, inscripciones, recibos, etc.).
- Hay un ahorro de espacio físico, con la digitalización, pues permite almacenar información en formato electrónico muy pequeño de memorias con gran capacidad de almacenamiento.

Efectivamente, retomando el último punto de este listado, el mundo digital está dando más que un equilibrio razonable y necesario, una respuesta efectiva al fenómeno de la explosión documental que hacía insuficientes las labores de almacenamiento tradicional de la información, con independencia del costo que este avance implica para el derecho.

La revolución tecnológica que conformó la sociedad de la información ha dado una acertada respuesta al almacenamiento y manipulación (incluyendo con ello el acceso) de toda la información que en las últimas décadas ha generado la sociedad post-industrial. Esto debemos valorarlo como un acierto puesto que ante el desafío de la tecnología debemos detenernos para analizar sus usos más adecuados en razón del impacto social favorable que puedan tener y de la posibilidad de generar respuestas y soluciones jurídicas que mejoren el progreso, no que lo detengan.

CONCLUSIÓN

Resulta necesario que los juristas entiendan el origen, funcionamiento y dinámica de la Sociedad de la Información y de Internet, con el fin de que adapten las leyes objetivamente al desarrollo tecnológico que enfrentamos, sin que se menoscabe ese progreso a través de decisiones jurídicas que resultan inaplicables al ámbito digital o bien que suponen un obstáculo para la dinámica propia de la sociedad virtual.

En la actualidad la aplicación del derecho a Internet se fundamenta en el debate entre la defensa de la autonomía, privacidad y anonimato del usuario individual y por otra parte la preocupación por el derecho de empresa a la libre actuación en Internet y a la defensa de la seguridad colectiva aún si ésta implica un menoscabo de la seguridad individual.

Si la pretensión es tener Internet como un mecanismo de comunicación global y de integración supranacional, se deben descartar

aquellas propuestas que partan de la supremacía de ciertas instancias autónomas de índole público o privado que únicamente han demostrado poner en jaque principios como el de jurisdicción, soberanía o el de *non bis in idem*.

Una buena propuesta que nace incluso de los debates regionales con respecto al poder y el derecho en Internet, surge con la intervención de una Organización Internacional que pueda plantear un sistema de mediación en Internet, basado en mecanismos preventivos y conciliatorios pero evitando que éstos sean coercitivos (con las salvedades de la detección de contenidos ilícitos). En este sentido, el organismo debe contar con representación universal conforme. Es decir, deberá estar integrado por representantes de cada Estado que puedan participar democráticamente en las decisiones que se adopten. Buscar la democracia en Internet, no es controlarle sino asegurar mecanismos de participación universal, aprovechando el ámbito de la globalización pero insertando esta vez a los países en vías de desarrollo y procurando la protección del usuario y del consumidor. La entidad internacional deberá tener competencias en el ámbito de Internet, capacidad normativa con mecanismos de obligación para los estados de adoptar los mínimos que se estipulen en convenios internacionales, tipificar conductas sobre todo en lo que respecta a contenidos ilícitos que pudiesen perjudicar a la infancia y principalmente contar con instrumentos que permitan una armonización de un derecho que pueda ajustarse a las TIC, un modelo que abandone el mundo analógico y se aventure a entender el espacio digital.

Recordando a Eduard Sagarra: *“Las fronteras no existen en la red y la jurisdicción de los Estados es una mera entelequia sino hay una eficaz cooperación y unas soluciones transnacionales”*.⁽¹⁸⁾

(18) SAGARRA, Eduard. *Internet: la necesidad de soluciones transnacionales y una regulación específica: La inadecuación de una visión parcial de los problemas*. En http://v2.vlex.com/es/suscripciones/rev_rce/detalle.asp?articulo=123407 (12/05/2002)

**EL TRASTORNO MENTAL SOBREVINIENTE
EN LA JURISDICCIÓN PENAL JUVENIL
DE COSTA RICA**

Dr. Alvaro Burgos Mata^(*)
Abogado costarricense

(*) Encargado de la Cátedra de Criminología de la Maestría en Ciencias Penales y Prof. de Derecho Penal Especial de la U.C.R.; Juez Superior Penal Juvenil y Penal de Juicio.

SUMARIO:

I. Principios rectores

1. Proporcionalidad
2. Idoneidad
3. Necesidad
4. Finalidad
- 4.i. Finalidad Genérica
- 4.ii. Finalidad Cautelar

II. La Detención Provisional en Materia Penal Juvenil en Costa Rica

1. Peligro de Fuga
2. Peligro de destrucción u obstaculización
3. Peligro para la víctima, denunciante o testigo
4. Reiteración Delictiva

Bibliografía

En aras de fijar un cuadro dialéctico de discusión primario, que redunde en una conceptualización de la imputabilidad, nos decantamos desde ya a visualizarla como un presupuesto de la culpabilidad, y frente a la idea tradicional del libre albedrío, que sostiene que el hombre es libre y elige cómo comportarse o, por el contrario, que no lo es, sino que se encuentra determinado, por diferentes factores: biológicos, genéticos, sociales, culturales, familiares, educativos, etc., hacemos nuestra la primera de las opciones, entre otros motivos, esto es, si concluimos que el ser humano se encuentra determinado, que es una mera marioneta predeterminada, una especie de robótico androide que circula por la vida bajo un norte preestablecido, en dichas circunstancias entonces huelga hablar de capacidad de motivación o de culpabilidad.

Ante dichas circunstancias, el silogismo que cabría formular sería el siguiente:

- a) Sólo puede afirmarse de alguien que es culpable si es libre (premisa mayor);
- b) Dado que esta es una afirmación no susceptible de verificación, presumimos que el ser humano es entonces fundamentalmente libre (premisa menor);
- c) El ser humano puede, en consecuencia, en ocasiones y bajo cierto tipo de circunstancias y procedimientos, ser declarado culpable (conclusión).

Debemos iniciar este estudio, expresando nuestra adhesión al pensamiento que Cobo del Rosal y Vives Antón exponen al abordar este tema y que no es otro que el de poner de manifiesto que la opción es clara: *“O se presupone que el hombre es libre y se le castiga por las infracciones de las normas que libremente comete, o se presupone que no lo es, y entonces hay que recurrir a esquemas causales para dirigir su conducta”*.⁽¹⁾

Compartimos también con los autores citados la idea de que produce cierto rechazo castigar “sobre la base de una indemostrable presuposición de libertad de la voluntad”⁽²⁾ del sujeto que se trate.

(1) COBO DEL ROSAL-VIVES, Antón. *Derecho Penal*, Parte General, p. 411.

(2) *Código Penal*. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 1995, págs. 27 y 28.

Pero dado que tanto la hipótesis de que el hombre es libre como la de que no lo es son indemostrables, al menos hasta ahora, resulta más consolador partir de la primera de estas hipótesis. De lo contrario, tendríamos que afirmar, si no queremos traicionar la lógica del razonamiento, que el Derecho sería inútil en una sociedad compuesta por hombres “determinados” a actuar.

Por lo que al concepto de imputabilidad respecta, Mezger consideraba que es imputable “el que posee al tiempo de la acción las propiedades personales exigibles para la determinación a título de culpabilidad”. Sin embargo, Cobo y Vives afirman que resulta impreciso, cuando menos, sostener que la imputabilidad ha de concurrir al tiempo del hecho, ya que el hecho tiene una fase ejecutiva, otra causal y otra efectual.

En el caso de la jurisdicción costarricense, el artículo 42 del código penal establece que inimputable es: “...*quien en el momento de la acción u omisión, no posea la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, a causa de enfermedad mental, o de grave perturbación de la conciencia sea ésta o no ocasionada por el empleo accidental o involuntario de bebidas alcohólicas o de sustancias enervantes*”. Por otro lado, el artículo 43 de ese mismo cuerpo legal, dispone que actúa con *imputabilidad disminuida* quien: “...*por efecto de las causas a que se refiere el artículo anterior, no posea sino incompletamente en el momento de la acción u omisión, la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión*”.⁽³⁾

La imputabilidad involucra entonces la capacidad de culpabilidad, es decir, de poder ser tenido como culpable dentro de un proceso equis, y esto como resultado del reproche personal derivado de la infracción de un deber jurídico, por el cual podrá ergo, sufrir el reproche correspondiente como una consecuencia de su incumplimiento, lo cual no involucra un problema de lo injusto, puesto que el desvalor de el accionar del individuo ocurre cuando se infringe la norma jurídica objetiva con absoluta independencia de que se tenga o no capacidad de ser objeto de reproche, es decir, tan lamentable es para el ordenamiento jurídico que el homicidio lo haya cometido un inimputable o haya sido realizado por un ciudadano “normal”.⁽⁴⁾

(3) *Código Penal*. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 1995, págs. 27 y 28.

(4) No debemos de olvidar que criminológicamente hablando, los criterios de normalidad o desviación son criterios no establecidos ni fijos, sino que lo

La definición de Mezger es puramente formal, ya que deja en el aire cuáles deben ser los criterios materiales para fundamentar que una persona sea o no considerada imputable.

Cobo y Vives aportan la siguiente definición de *imputabilidad*: “*Conjunto de requisitos psicobiológicos, exigidos por la legislación penal vigente, que expresan que la persona tenía la capacidad de valorar y comprender la ilicitud del hecho realizado por ella y de actuar en los términos requeridos por el ordenamiento jurídico*”.⁽⁵⁾ El concepto de imputabilidad es, como señalan Cobo y Vives, más específico que el de capacidad jurídico-penal.

Lo cierto es que las teorías contemporáneas psicológicas sostienen una genérica libertad de la voluntad que proporcionan al sujeto una especie de conciencia de ser libre, una sensación de libertad, que le hace tomar la última decisión en torno al paso al acto en contraposición a lo dictado por la norma penal, lo cual se considera suficiente para la fundamentación del juicio de reproche en que consiste la culpabilidad.

La imputabilidad sería entonces, la capacidad para conocer y comprender la antijuridicidad de la propia conducta y para autorregularse de acuerdo con esa comprensión.

Esa capacidad, efectivamente proyecta una forma de ser específica para un modo de actuar y depende de la madurez psicológica de cada cual,⁽⁶⁾ de posibles anormalidades psicósomáticas, es decir de su sanidad

desviado es definido por el contenido que le dé cada sociedad en cada lugar y momento histórico determinado, por lo cual el concepto no es ni será nunca absolutamente homogéneo de una manera universal, sino que variará según sea el grupo humano del que se trate, y el momento específico y ubicación geográfica de que hablemos.

- (5) COBO DEL ROSAL-VIVES Antón. *Derecho Penal*, Parte General, p. 432.
- (6) Nótese que no hablamos aquí de edad cronológica sino de madurez, porque no todos somos igualmente maduros o menos maduros conforme a un parámetro cronológico idéntico. En Costa Rica, por ejemplo, la Ley de Justicia Penal Juvenil, establece que únicamente los menores establecidos entre los 12 y los 18 años de edad serán sujetos de persecución penal juvenil, por lo cual deberíamos de afirmar que los menores de 12 años en nuestra legislación estarían peligrosamente, independientemente de su madurez, (esto es capacidad volitiva y cognoscitiva de comprender la magnitud de sus actos, de diferenciar entre el bien y el mal, y la posibilidad de elección entre lo uno y lo otro), destinados a gozar de una pseudo-inimputabilidad por decreto cronológico, en razón de su edad.

mental, e incluso de factores psico-sociológicos y culturales, relacionados con la valoración apropiada que haga el sujeto desde el punto de vista normativo.

El imputable debe ser capaz de conocer y comprender que con su actuar lesiona ilegalmente un perjuicio a otro sujeto, y pone en peligro bienes jurídicos tutelados que está obligado a respetar por obligación derivada de la ley.

Además, es importante también que el individuo pueda regular su propia conducta de acuerdo con dicha comprensión, y que pueda decidir si realiza o no la acción.

Siguiendo a Petrocelli, podemos decir que la capacidad jurídico-penal se halla constituida por la cualidad de la persona humana, la capacidad de entender y querer y la ausencia de causas especiales que excluyan la referibilidad de la norma al sujeto.

Muñoz Conde⁽⁷⁾ pone de manifiesto que el concepto tradicional de imputabilidad se basa en aquellas ideas de la filosofía escolástica que consideran al hombre como ser libre. Quizás sea más esperanzador pensar así. El concepto de imputabilidad, sin embargo, no puede ser entendido en abstracto, sino dentro de las coordenadas de un determinado contexto sociocultural. En opinión de Muñoz Conde,⁽⁸⁾ se llama *imputabilidad* al conjunto de facultades mínimas requeridas para considerar a un sujeto culpable de un hecho típico y antijurídico. Si no concurren tales facultades en una persona, se presupone que carece de libertad de voluntad. Pero, ¿cómo probar si efectivamente es así?. Resulta indemostrable determinar si un sujeto actuó libremente o no. Además, y en esto coincidimos plenamente con Muñoz Conde, las facultades intelectivas y volitivas no son las únicas que determinan una conducta, sino que en la capacidad de culpabilidad influyen también otros factores: psíquicos, socioculturales, etc..

La esencia de la imputabilidad es la capacidad de motivación individual ante los mandatos normativos.

(7) MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal*, Parte General, p. 387.

(8) MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal*, Parte General, p. 379.

El antiguo código español vigente hasta el año de 1995, en su art.8 declaraba quiénes están exentos de responsabilidad criminal y lo mismo hace el nuevo código español de 1995 en sus artículos 19 y 20.1, 2 y 3.

En esto se diferencia el Código hispano de otros, como el italiano o el alemán, que recogen definiciones materiales. Hasta ahora, y en adelante también, dado que el actual código penal hispano no introduce reformas a este respecto, la imputabilidad, para su concreción, tiene que ser objeto de una labor interpretativa “a contrario sensu”.

Las exenciones de responsabilidad criminal constituyen, en ocasiones, presunciones “iuris et de iure” que no admiten, por tanto, prueba en contra.

La doctrina y la jurisprudencia española señalan que la enajenación y el trastorno deben producir un *efecto psicológico* equivalente a la perturbación plena de las facultades cognoscitivas o volitivas o de ambas a la vez. Necesariamente dicha perturbación afectará a la comprensión de la ilicitud del hecho y a la capacidad de orientar la conducta conforme a esa comprensión.

Desaparece del actual Código Penal hispano el término “enajenación” que, junto con el de trastorno mental transitorio, fueron introducidos por iniciativa de Sanchís Banús en el Código Penal español de 1932 y que, a juicio de muchos, resultaba ya obsoleto.

Pone de manifiesto Muñoz Conde⁽⁹⁾ que en la doctrina penal española enajenación y trastorno mental transitorio han sido concebidos hasta ahora como dos estados idénticos, psicológicamente hablando, que se distinguen por su duración. El trastorno mental transitorio es considerado como una reacción del sujeto a una causa externa y, en definitiva, constituye una *reacción vivencial anómala*. Dentro de él podrían encuadrarse situaciones como la depresión reactiva, la reacción explosiva y en “corto-circuito”, la reacción histérica y las llamadas reacciones exógenas de Bonhoeff.⁽¹⁰⁾

En lo cognoscitivo la conducta no trastornada se caracteriza por lo que denominamos razón, argumentación, lógica, cordura, sentido común.

(9) MUÑOZ CONDE, F. *Ob.cit.*, p. 389.

(10) MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal*, Parte General. Edit. Tirant lo blanch. 2ª ed., p. 390.

La conducta trastornada por el contrario, se caracteriza por la irracionalidad, lo absurdo, lo inaudito, la locura.

Así conceptos como “perturbación de la conciencia” son empleados para referirse a conductas trastornadas, tanto permanentemente o transitoriamente.

En los aspectos volitivos hablamos de voluntad o libertad de escogencia, como conducta libremente desplegada por el sujeto activo en el caso específico.

Un sector doctrinal ha venido considerando necesario para poder apreciar la eximente por trastorno mental transitorio una base o fondo patológico previo a la reacción del individuo. Muñoz Conde⁽¹¹⁾ considera, creemos que con acierto, que la exigencia de tal requisito no es tan pacífica, en virtud de aspectos de tipicidad.

En opinión de Quintero Olivares⁽¹²⁾ el mantenimiento de la distinción entre anomalías psíquicas y trastorno mental transitorio en el nuevo Código Penal español, responde quizás a una reminiscencia de otras épocas en las que se establecían diferencias entre las enfermedades mentales en relación con su duración. Ahora bien, si antes tenía sentido la expresa mención al trastorno mental (puesto que, de no existir ésta, hubiesen tenido difícil encaje en la eximente los casos de “locura pasajera”) ya que el concepto de enajenación llevaba consigo el matiz de “permanencia”, hoy no se puede seguir afirmando que existen enfermedades temporales, sino como señala Quintero⁽¹³⁾ “enfermedades permanentes que se manifiestan sólo a veces”. Pese a todo, este autor no considera perturbadora la expresa referencia al trastorno.

No es muy consistente, sin embargo, la interpretación que sostiene que en el trastorno mental la duración es temporal y que la causa que determina el acceso, a diferencia de lo que ocurre con las alteraciones psíquicas, es exógena.

(11) MUÑOZ CONDE, F. *Ob. cit.*, p. 390.

(12) QUINTERO OLIVARES, G. *Curso de Derecho Penal*, Parte General, p. 423.

(13) QUINTERO OLIVARES, G. *Ob. cit.*, p. 423.

En el código español anterior, por ejemplo, la embriaguez plena debía ser incluida también entre los trastornos mentales transitorios. La atenuante 9.2 del anterior Código penal hispano estaba referida a “la embriaguez no buscada de propósito”. Un sector de la doctrina entendía que la atenuante se refería entonces a la embriaguez semiplena. Esta opinión doctrinal sin embargo no encontró siempre el beneplácito de los Tribunales.

Sin retornar a discusiones sempiternas sobre el libre albedrío tradicionalmente expuestas, podemos afirmar que la conducta del ser humano responde designarla como libre, no determinada en su sentido estricto, pese a que todos de alguna forma siempre estamos condicionados por pequeños o grandes estímulos, que precisamente nos hacen distintos y diferentes ante el conglomerado de nuestros semejantes.

Es por todo ello, que consideramos que el perito debe de valorar cuidadosamente el grado del trastorno y su influencia en los componentes cognoscitivos y volitivos de la conducta desplegada por el sujeto, principalmente en la conducta típica, esto es que la actividad del sujeto activo esté previamente conforme al principio de legalidad, establecida en una norma vigente y válida, y antijurídica, es decir que violente el ordenamiento jurídico como un todo y/o en alguna de sus partes, y que no se encuentre bajo la cobertura de alguna causa de justificación o exculpación que diluya su reprochabilidad, luego de lo cual el elemento culpabilidad, deberá de ser proyectado conforme a las características personales e individuales de cada cual.

No se trata solamente de un discurso meramente academicista o filosófico, sino que dependiendo de la valoración que se haga, y la efectividad del dictamen, el juez, quien no es ni fue testigo directo de los hechos, podrá llegar al convencimiento o no de la culpabilidad o inocencia del sujeto acusado, y tratándose de inimputables, tanto en el caso de Costa Rica como de otros países, incluyendo a España, la medida a imponer no podrá ser otra en estos casos que la de una Medida de Seguridad, lo cual es algo en las más de las veces difícil de entender por la mayoría de la población, que alentada por algún sector amarillista de la prensa, pareciera que le da igual que el elemento culpabilidad, esto es, la manifestación de la actividad del sujeto, sea a título de dolo, culpa o preterintención, esté presente o no, por lo cual debemos ser especialmente cautos con la aplicación de etiquetas o nomenclaturas psiquiátricas y/o psicológicas, en cuanto a lo pericial concierne, a fin de que solo en aquellos casos en que verdaderamente la inimputabilidad

sea manifiesta, se le pueda extraer al sujeto del juicio de reproche dentro del proceso que se lleva en su contra.

La concepción respecto a las medidas de seguridad, debe significar entonces, respecto del trastornado mental, un triple juego de posibilidades que debemos de tomar en consideración:

- 1) En el caso de trastornados mentales que no hayan delinquido, ya no es posible aplicar una medida de seguridad, sino la legislación administrativa psiquiátrica general y las normas del Código Civil, conducentes a su internamiento en un hospital o centro psiquiátrico para, mediante el tratamiento adecuado, lograr su curación o, de no ser ello posible, su mejor asistencia.

Se trata, por tanto de un problema civil y administrativo y no de un problema penal, represivo o preventivo, pues el núcleo de la cuestión ya no es la tutela de la sociedad y de sus individuos sino la del trastornado mental, y en igual caso para efectos de la ley de justicia penal juvenil costarricense se encuentran los menores de 12 años, cuyos actos delictivos pueden ser conocidos únicamente en vía administrativa por medio de la intervención del Patronato Nacional de la Infancia.⁽¹⁴⁾

- 2) Si, por el contrario, el trastornado mental comete un hecho punible, un delito, dada la apreciación de la inimputabilidad, se le somete a una medida de seguridad de las previstas en el código penal, a graduar por el Tribunal según la gravedad del trastorno mental y, en su caso, el riesgo para la comunidad que implique, porque aquí la sociedad tiene que hacer frente a la violación delictiva, si el sujeto es efectivamente “peligroso”, o si, con la misma medida, se debe hacer frente al “no peligroso” que, por ser inimputable no puede ser castigado, dentro del fin general de prevención perseguido. Esta medida debería tener la particularidad de ser impuesta por el propio Tribunal de instancia que conoció de la causa.
- 3) Pero el imputado que ha cometido un delito y deviene trastornado mental no se encuentra en la misma situación que el “demente no

(14) *Ley de Justicia Penal Juvenil*. Investigaciones Jurídicas S.A., San José, 1996, artículo 6, pág. 8.

delincuente”, o el demente que por causa de su enfermedad ha cometido un delito, sino que se encuentra en un estado de inimputabilidad sobreviniente, con lo cual no puede sufrir únicamente una medida civil y administrativa de prevención, tendiente a obtener su “curación” y a permitir la práctica de la prueba determinante de su “capitis deminutio” civil, porque ya ha cometido un ilícito penal por el cual se le investiga y se le pretende juzgar en caso de “curarse” o volver a un estado similar al que gozaba mentalmente hablando al momento de la comisión de los hechos, y para efectos de la aplicación de una medida de seguridad deberá de regir lo dispuesto en los artículos 388-390 del código procesal penal, referentes a los procedimientos para la aplicación de medidas de seguridad, puesto que aunque tiendan fundamentalmente a su curación, siempre son en principio sustitutivas de la pena, porque el trastorno mental sobreviniente no influye para nada en la comisión del delito, y, sin embargo, la curación del sujeto, su derecho a la salud, exigido por su dignidad de persona humana, deben anteponerse ante cualquier otro tipo de consideraciones.

En este mismo orden de cosas, el Tribunal Superior Penal Juvenil,⁽¹⁵⁾ por medio del Voto de las 13:30 horas del día 18 de julio del año 2002, se ha pronunciado acerca del procedimiento a seguir en razón de la incapacidad mental sobreviniente en la jurisdicción penal juvenil de Costa Rica.

Ahora bien, es importante recordar, que la jurisdicción penal juvenil en Costa Rica ha sufrido una metamorfosis que evidentemente representa un cambio de paradigma del sistema tutelar anteriormente utilizado en nuestro país (que bajo la aplicación de los principios de la Doctrina de la Situación Irregular proyectaba la anterior Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores) al sistema penal juvenil actual (que propugna una aplicación de los principios de la doctrina de la protección Integral), plasmado en la Ley de Justicia Penal Juvenil, vigente en Costa Rica desde el año de 1996, y que sin duda alguna ha tenido como punta de lanza el aspecto sancionatorio y cautelar, puesto que antes la

(15) El Tribunal Superior Penal Juvenil es el órgano del Poder Judicial encargado de conocer las apelaciones provenientes de todos los juzgados penales juveniles de todo el país, y fue creado por la misma Ley de Justicia Penal Juvenil de 1996. Véase Ley de Justicia Penal Juvenil, *op. cit.*, arts. 30 y 112, págs. 13 y 33.

privación de libertad era la regla y no la excepción, y además era impuesta bajo criterios paternalistas que en la mayoría de los casos representaban un “riesgo social”⁽¹⁶⁾ en la sentencia que decretaba la “medida de internamiento”, y no una necesidad real procesal cautelar y/o sancionatoria del joven o adolescente sometido a la ley penal juvenil. En este orden de ideas, y como paso fundamental para comprender la magnitud de la orientación penal juvenil costarricense, estableceremos a continuación algunos de los principios rectores y de los presupuestos del dictado de órdenes judiciales que en materia penal juvenil puedan coartar la libertad de jóvenes o adolescentes, tanto de manera preventiva o cautelar, como a nivel punitivo sancionatorio, haciendo en este último caso un rápido recorrido sobre la gama extensa de alternativas cautelares y sancionatorias con que cuenta el juez penal juvenil a la hora de la imposición de las mismas en los casos en que en concreto se le presente la oportunidad o la necesidad de hacerlo.

I. PRINCIPIOS RECTORES

Todo sistema sancionatorio establecido con apego al Debido Proceso Penal, debe responder a una serie de principios rectores, que proyecten la política criminal del estado en esta área, a continuación señalaremos algunos de los más representativos en cuanto a la materia penal juvenil.

1. Proporcionalidad

El Principio de Proporcionalidad en materia Penal Juvenil puede ser visto de manera genérica como una “prohibición de excesos”.⁽¹⁷⁾ Ahora bien, en sentido estricto, el Principio de Proporcionalidad significa el velar por una ponderación de intereses.

2. Idoneidad

En cuanto al Principio de Idoneidad, este tiene que ver con que la sanción o medida cautelar tenga una adecuación al fin que persigue, es decir que sea la vía útil para obtener la finalidad que se pretende obtener al utilizarla.

(16) BURGOS, Álvaro. *Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores*, Anotada y Concordada. Editorial Investigaciones Jurídicas, S.A. San José, 1995.

(17) Véase: TIFFER, Carlos y LLOBET, Javier. *La Sanción Penal Juvenil y sus Alternativas en Costa Rica*. UNICEF, San José, 2000, pág. 38.

3. Necesidad

El Principio de Necesidad tiene que ver con el denominado Principio de Intervención Mínima, el cual refleja la máxima de que el Derecho Penal debe ser la “última ratio” a la que se eche mano, y dentro del Derecho Penal debemos señalar que la privación de libertad sea esta provisionalmente ordenada o no, debe ser siempre la excepción y nunca la regla. En este mismo sentido, el artículo 59 de la Ley de Justicia Penal Juvenil, establece la excepcionalidad de la aplicación de la Detención Provisional que no podrá exceder de 2 meses prorrogables a otros 2 más.

4. Finalidad

La privación de libertad en materia Penal Juvenil puede tener una finalidad bien cautelar, o bien genérica.

4-i. Finalidad Genérica

La finalidad genérica de la privación de libertad en Penal Juvenil, está reflejada en lo dispuesto por el artículo 123 de la Ley de Justicia Penal Juvenil,⁽¹⁸⁾ el cual indica que “Las sanciones señaladas deberán tener una finalidad primordialmente educativa y aplicarse, en su caso, con la intervención de la familia y el apoyo de los especialistas que se determinen...”.

4-ii. Finalidad Cautelar

La finalidad cautelar en el campo Penal Juvenil está reflejada en torno a los requisitos.

II. LA DETENCIÓN PROVISIONAL EN MATERIA PENAL JUVENIL EN COSTA RICA

La Detención Provisional es el reflejo de la restricción de la libertad por razones cautelares, y esta, de conformidad con el artículo 58

(18) *Ley de Justicia Penal Juvenil*. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., San José, 1996, pág. 37.

de la Ley de Justicia Penal Juvenil, puede operar únicamente ya sea por un peligro de fuga, un peligro de destrucción u obstaculación de la prueba, o bien un peligro para la víctima, denunciante o testigo.

1. Peligro de Fuga

El artículo 58 a) de la Ley de Justicia Penal Juvenil señala que la Detención Provisional procederá cuando: "...Exista el riesgo razonable de que el menor de edad evada la acción de la justicia...". Esto es lo que se denomina "Peligro de Fuga".

2. Peligro de destrucción u obstaculación

El segundo presupuesto de la aplicación de la Detención Provisional, conforme al inciso b) del artículo 58 de la Ley de Justicia Penal Juvenil es que: "...Exista peligro de destrucción u obstaculación de la prueba...".

3. Peligro para la víctima, denunciante o testigo

El último de los presupuestos contemplados por el artículo 58 de la Ley de Justicia Penal Juvenil es el contemplado en el inciso c), el cual refiere que la Detención Provisional procederá cuando: "...Exista peligro para la víctima, el denunciante o el testigo...".

4. Reiteración Delictiva

Por reiterada jurisprudencia del Tribunal Superior Penal Juvenil, la Reiteración Delictiva no ha sido contemplada como un criterio justificativo de la aplicación de la Detención Provisional. Igualmente el tipo de delito *per se* no puede ser determinante para justificar la Detención Provisional, sino solo en los límites designados por el artículo 58 de la Ley de Justicia Penal Juvenil.

En el caso particular –primero que se conoce jurisprudencialmente sobre el tema–, que no se encuentra previsto expresamente en la legislación penal juvenil de nuestro país, se ventiló una apelación interpuesta por la Defensora Penal Juvenil del acusado menor de edad,

quien había sido acusado por los delitos de Incendio, Agresión con Arma y Daños, en perjuicio de varios ofendidos, al que el juzgado penal juvenil de primera instancia le había impuesto la medida cautelar de Detención Provisional por el plazo máximo previsto, sea de 2 meses, no obstante contarse con un dictamen médico legal que establecía el trastorno mental sobreviniente del menor imputado, quien incluso según la pericia psiquiátrica, había proyectado incluso tendencias autodestructivas y suicidas. El Tribunal Penal Juvenil en este caso, sostuvo que si bien la situación no estaba contemplada propiamente en la legislación penal juvenil costarricense, dentro del artículo 7 de la Ley de Justicia Penal Juvenil se recogen los denominados “Principios Rectores” de dicho cuerpo normativo, dentro de los que se encuentra desde luego el “*Interés Superior*” de la persona menor de edad, principio recogido además en diversos instrumentos tanto nacionales como internacionales como la Declaración de 1959, que por primera vez utilizó dicha nomenclatura, por la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual en su artículo 3 señala claramente que todas las medidas respecto de los niños, niñas, y adolescentes deben fundarse en la consideración del interés superior del mismo, correspondiendo al estado su aseguramiento, cuidado y protección, aún cuando los padres o encargados no puedan hacerlo o no lo hagan por alguna razón particular. En nuestro medio el código de la niñez y la adolescencia consagra en su numeral 5 el principio del Interés Superior, e indica que para su determinación se deberá considerar: a) su condición de sujeto de derechos y responsabilidades, b) su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales, c) Las condiciones socioeconómicas en que se desenvuelve, y d) la correspondencia entre el interés individual y el social. Además, rescata el Tribunal Penal Juvenil igualmente el hecho de que con la colaboración de la Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Administración de Justicia, se integró una comisión interdisciplinaria de especialistas nacionales, que redactó el instrumento denominado “Directrices para reducir la revictimización de las personas menores de edad en procesos penales”, en cual incluso fue adoptado y aprobado por la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica en su sesión IXX-02, del 6 de mayo del año 2002, y que define el Interés Superior como: “*el respeto de todos los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes, en procura de su pleno desarrollo integral*”. Establece el Tribunal en la citada resolución que el Interés Superior de la persona menor de edad no puede ni debe ser visto únicamente como una carta de buenas intenciones con un contenido absolutamente vacío o un “slogan” publicitario que se utiliza para atraer potenciales “clientes” o interesados, menos como un símbolo demagógico sin contenido real que

enarbolamos cada vez que queremos “utilizar” a los niños, niñas o adolescentes para nuestros propios fines, intereses o conveniencia, cuando en el fondo de lo último que nos preocupamos es precisamente de su Interés Superior, para lo cual frecuentemente ni siquiera los escuchamos ni les pedimos su opinión, algo sin duda colindante con las tantas veces demacrada y siempre cuestionada doctrina de la situación irregular, que sin embargo todavía prevalece como lamentable vivencia del día a día en muchas naciones del orbe, y en especial en nuestra realidad latinoamericana, y que de cuando en cuando emerge hasta en alguna postura manifiesta, criterio externado y hasta en resoluciones judiciales de nuestro contexto patrio. Lo cierto es que, teniendo como norte inspirador e interpretativo de la normativa costarricense de los niños, niñas y adolescentes, precisamente al Interés Superior, debemos en casos como este del trastorno mental sobreviniente, en que la normativa penal juvenil es omisa y no soluciona en todos y cada uno de los casos las situaciones particulares de multitud de situaciones no previstas en las situaciones concretas sometidas a examen dentro de la administración de justicia, que recurrir efectivamente, tanto a los denominados “Principios Rectores”,⁽¹⁹⁾ dentro de los que como ya se ha dicho se encuentra el del “Interés Superior” de la persona menor de edad. En este caso el Tribunal Penal Juvenil, tomando en cuenta que se trataba de un menor de 13 años de edad, que se encuentra acusado de una serie de supuestos delitos que ha cometido, e incluso que se encuentra investigado por una tentativa de suicidio, algo que quedó incluso pericialmente establecido, y pese a que originalmente esta modalidad de internamiento cautelar no se encuentra dentro de las modalidades de órdenes de orientación y supervisión, ni dentro de los tipos de internamiento previstos y que la Ley de Justicia Penal Juvenil establece en los artículo 87 in fine, 121 incisos b) y c), 128, y 129-131, lo cierto es que el mismo artículo 9 de la Ley de Justicia Penal Juvenil, permea la aplicación en este caso del artículo 262 del código procesal penal, el cual señala que: “...*El tribunal podrá ordenar la internación del imputado en un establecimiento asistencial, previa comprobación, por dictamen pericial, de que sufre una grave alteración o insuficiencia de sus*

(19) El artículo 9 de la Ley de Justicia Penal Juvenil, establece que “en todo lo que no se encuentre regulado de manera expresa en la presente ley, deberán aplicarse supletoriamente la legislación penal y el código procesal penal. Sin embargo, al conocer el caso concreto, el Juez Penal Juvenil siempre deberá aplicar las disposiciones y los principios del código penal, en tanto no contradigan alguna norma expresa de esta ley...”.

facultades mentales, que lo tornan peligroso para sí o para terceros...”, pero por supuesto, cuando como en el presente caso, se cuente con un indicio comprobado de delito conforme a los requerimientos del artículo 37 de la constitución política que involucra la obligación de contar con un indicio comprobado de delito, y además se presume que el imputado no se someterá al procedimiento o de alguna manera obstaculizaría la investigación, algo que es obvio ocurriría si llegara a concretar sus amenazas autodestructivas y terminara con su propia vida el acusado menor de edad. Por ello el Tribunal Penal Juvenil, concluye que el trastorno mental sobreviniente en materia penal juvenil en Costa Rica, se debe visualizar como una causal extraordinaria de internamiento, cuando ello fuere procedente, conforme a los parámetros previamente indicados, y que permite conforme al interés superior de la persona menor de edad, el mantener ligado al proceso al imputado en casos de supuesta inimputabilidad o imputabilidad disminuida, provenientes de un trastorno mental sobreviniente, que no se encontraba presente en el sujeto activo al momento de la realización de la actividad delictiva investigada en su contra, que evidentemente tendrán que ser valorados por el juzgador en caso de ser encontrado el menor acusado culpable posteriormente, a fin de la aplicación de la correspondiente medida de seguridad curativa. Por otro lado, la medida cautelar adoptada por el *a quo* se consideró apropiada y eficiente, además de proporcional y oportuna a los fines del proceso penal juvenil, por lo que el Tribunal Penal Juvenil procedió a confirmarla en todos sus extremos. Por lo anteriormente indicado, siendo que no nos enfrentamos a una medida cautelar no privativa de libertad, la cual vencería en materia penal juvenil en nuestro país, según lo dispone el artículo 87 in fine de la Ley de Justicia Penal Juvenil en un plazo máximo de 6 semanas no prorrogables, debemos entender que en casos como el presente, el juzgador de instancia contaría con los mismos plazos establecidos en el artículo 59 de la misma Ley de Justicia Penal Juvenil, sea de un término de 2 meses prorrogables hasta por un máximo de 2 meses más, además que para finalizar, considera el Tribunal Penal Juvenil que se deben aplicar en estos casos además lo respectivo al Título IV del Libro II referido a los Procedimientos Especiales, contemplado en el código procesal penal en los artículos 388 y siguientes de dicha normativa adjetiva penal de Costa Rica.

No faltará quien pueda señalar también que existen límites metodológicos de la Psicología y la Psiquiatría, y que ni estas ni otras ciencias humanas empíricas están en disposición absoluta de proporcionar datos definitivos sobre el comportamiento que permitan prescindir de factores subjetivos no siempre cognoscibles, permeando la

aparición de zonas oscuras, plagadas de inseguridad en donde se debe de operar con casi un principio de indubio contra reo, pero lo cierto es que la discusión aquí gira más en torno a la facultad de la comprobación del caso concreto que a la afirmación genérica de la libre expresión de la voluntad del sujeto.

Una última reflexión que queremos hacer, se dirige al establecimiento temporal del trastorno mental sobreviniente, puesto que es claro que cuando el psiquiatra o psicólogo forense tiene frente a sí a un individuo, se convierte en una tarea sumamente difícil de alcanzar el determinar su capacidad actual desde el punto de vista jurídico penal, puesto que no es tan fácil como el obtener una placa de rayos x de su psique, o el poder efectuar una especie de “psicostropía”, insertando una manguerita con video en la mente del paciente, sino que el terapeuta forense en este caso tiene que echar mano a pruebas psicométricas, a entrevistas, etc., para realizar su labor.

Pero algo que es todavía más difícil para el perito en mención es el tener que determinar si al momento de los hechos, es decir, meses, y a veces años después de ocurridos estos, el sujeto era plenamente capaz desde el punto de vista jurídico penal, para poderle tener como autor responsable de los hechos que se le vienen acusando. Esto sí que convierte a dicho profesional casi en un vidente o en un mago de lo psicológico o psiquiátrico, puesto que no existe absoluta seguridad, pese al uso incluso de hipnosis regresivas o de testimonios de otras personas, de que la valoración pericial en estos casos tenga un porcentaje de validez y efectividad tan alto como el que se quisiera eventualmente.

Aunado a lo anterior, están los casos de incapacidad mental sobreviniente y de disfunciones psicológicas que pueden presentarse, tanto antes de la sentencia, como incluso en la etapa de ejecución, luego de haberse ya condenado al sujeto, las respuestas legales y administrativas, en cuanto a la imposición de una sanción, o bien, a la ejecución efectiva de la sentencia tendrán que ser diferentes conforme al caso en concreto del cual hablemos, pero sin duda, aquí lo importante es el dejar expuesto sobre la mesa de discusión esta serie de inquietudes sobre las cuales ya la jurisprudencia comienza a manifestarse en algunos casos particulares, y en las que en otros, en un futuro próximo sin duda, nos veremos obligados a hacerlo los administradores de justicia, ojalá con un criterio técnico más claro y objetivo cada día.

BIBLIOGRAFÍA

COBO DEL ROSAL-VIVES, Antón. *Derecho Penal*, Parte General. 3ª edición. Valencia, 1990.

DEL ROSAL BLASCO, B. *Problemas de estado de necesidad e imputabilidad en un supuesto de síndrome de abstinencia*, en **La Ley**, 1983.

JESCHECK, H.H. *Tratado de Derecho Penal*, Parte General. 4ª edición corregida y ampliada. Edit. comares. Granada, 1993.

MUÑOZ CONDE-GARCÍA, Arán. *Derecho Penal*, Parte General. 2ª edición. Edit. Tirant lo blanch. Valencia, 1996.

QUINTERO OLIVARES (con la colaboración de Morales Prats y Prats Canut). *Curso de Derecho Penal*. Parte General. Edit. Cedes. Barcelona, 1996.

BLANCA

DERECHOS DEL CONSUMIDOR

Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez^()*

Catedrático de la Facultad de Derecho

Universidad de Costa Rica

Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas

Profesor de Derecho Económico Internacional

(*) Agradezco la invitación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Utrecht –Holanda–, a su Profesor el Dr. Henk Addink, para realizar labores de investigación durante el invierno europeo del 2002, como a la Universidad de Costa Rica por haberme dado el apoyo necesario para realizar esta tarea académica. El presente artículo es parte de las investigaciones realizadas durante este período. Los demás trabajos se publicarán próximamente.

(**) 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:

Introducción

- I. Contratos de adhesión
- II. Teorías en relación a los contratos de adhesión
 - Contractualista
 - Anticontractualista
 - Intermedia o ecléctica
- III. Contratos de adhesión y cláusulas abusivas o vejatorias
- IV. Derechos del consumidor
 - a) ¿Que relación tiene la publicidad respecto de los derechos del consumidor?
 - b) En el terreno del consumidor, es conveniente preguntarnos acerca de sus derechos
 - c) Derecho de retracto
 - d) ¿Por qué se puede indicar que la legitimidad procesal del consumidor está basada en los intereses difusos?
 - e) Principios en materia del consumidor

Conclusión

Bibliografía

INTRODUCCIÓN

El tema del derecho del consumidor ha cobrado una gran actualidad y vigencia, ante la masificación de los contratos en el sistema económico capitalista.

No hay duda que existen varias perspectivas posibles en el análisis de este tema. Por nuestra parte hemos elegido aquella que vincula el derecho del consumidor con los contratos de adhesión, cada vez más utilizados y en expansión permanente. Por este motivo se inicia este estudio con el tema de los contratos de adhesión y posteriormente se explicará lo relativo al derecho del consumidor, a propósito de estos convenios adherentes. Claro está, que la protección del consumidor no solo aparece en el campo de los convenios de adhesión (aunque, por supuesto, estos contratos han ampliado la necesidad de la vigencia de esa protección).

I. CONTRATOS DE ADHESIÓN

Realizaremos una breve reflexión acerca de estos contratos, dado que la mayoría de los que analizaremos son de este tipo, de ahí que sea conveniente efectuar las siguientes indicaciones.

Este contrato es aquel en el que una parte se ve precisada a aceptar el contenido del contrato redactado previamente por la otra, sobre la base de condiciones generales, para regular uniformemente determinadas relaciones convencionales.

II. TEORÍAS EN RELACIÓN A LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN

Podemos indicar ahora varias teorías que se han dado respecto de estos contratos.

- **Teoría contractualista**

Considera esta posición que en estos convenios está presente el acuerdo de las partes nacido del doble juego de las voluntades del estipulante y el adherente.

Además, se sostiene que el contrato de adhesión nace de un acto bilateral puesto que la voluntad del contratante no queda marginada por el simple hecho de que esté formado o instrumentado en base a formularios preelaborados o que sean de redacción compleja.

- **Teoría anticontractualista**

No hay contrato porque se elimina la eficacia del convenio, ya que la voluntad del adherente carece de relevancia jurídica, pues no hay igualdad entre las partes contratantes.

- **Teoría intermedia o ecléctica**

En una de sus vertientes, esta tesis señala que la ley no requiere la igualdad de las partes para contratar, ni el desequilibrio vicia el acto del convenio; tampoco, la desigualdad jurídica o económica era ajena al contrato clásico.

De tal modo, que esta teoría se enmarca dentro de la contractualista, pero señalando que hay caracteres específicos en estos contratos de adhesión, como por ejemplo: el mutarse el *contrato de adhesión* en uno *estándar*, propio de la evolución del capitalismo en donde juega o se desempeña como una técnica necesaria para las relaciones entre las empresas modernas y los consumidores.

¿Cuáles podrían ser esas observaciones acerca de los “contratos de adhesión”?

Se pueden indicar aspectos relevantes de la *contratación en masa* que se da en el sistema económico, la utilización también masiva de los *contratos de adhesión* o de clausulado genérico establecido por la parte más fuerte en la negociación; y el tema de la defensa del consumidor.

Metodológicamente, no se puede entrar de lleno en el estudio de los respectivos contratos de adhesión, sin antes informar al lector de las implicaciones que tiene para el respectivo contrato este fenómeno moderno de la *masificación de los convenios*, que se dan en el macro-sistema económico, el uso generalizado de tales contratos y su estrecha relación con los derechos del consumidor.

El enfoque o la perspectiva del análisis o de la presentación de la información (datos) que aquí expongo es una posible entre otras, pero es la que me parece adecuada.

Estos contratos de adhesión son relevantes en el sistema mercantil actual no sólo por su uso masificado sino además por el hecho de que su espectro se está ampliando, de acuerdo a las exigencias del capitalismo

de nuestros días, y de acuerdo con el comercio digital en expansión gracias al internet.

¿Cuáles son los rasgos sustanciales o notas caracterizadoras de los contratos de adhesión?

- * *La superioridad económica de uno de los contratantes, que “de facto” se sitúa en posibilidad de imponer condiciones a la otra parte.*

Se da aquí una disparidad del poder de negociación, generada por la superioridad económica del predisponente.

- * *El carácter unilateral de las cláusulas, cuidadosamente preparadas por el “potentior” (el fuerte) y concebidas en su exclusivo interés.*

El estado de compulsión en que se encuentra el adherente ante el contrato de adhesión, lo induce a que acepte esa única opción que le ofrece el predisponente (take it or leave it: tómelo o déjelo).

- * *La invariabilidad de las cláusulas, en cuanto constituyen un todo que se toma o se deja (son más susceptibles de adhesión que de verdadero consentimiento).*

- * Están dirigidos a una colectividad de potenciales consumidores, clientes o usuarios.

- * Es un acto unilateral en su confección.

- * No hay discusión entre las partes respecto del contenido del contrato.

- * Aparecen con más facilidad cláusulas abusivas (*abuso de derecho*): las que implican una ventaja exclusiva para una de las partes el empresario, un desequilibrio de derechos y obligaciones entre las partes.

- * Desigualdad entre las partes de la relación jurídica contractual, debido a que una de las partes impone los derechos y obligaciones a la otra.

- * Este contrato contiene cláusulas llamadas de condiciones generales, que son inamovibles, inmutables y estandarizadas.

¿Qué se podría indicar respecto de estos contratos de adhesión, cuyo uso se extiende cada vez más?

Esta realización de los contratos en masa (también para los *convenios administrativos públicos*, García de Enterría, T. I, *op. cit.*, p. 675, 1999, así lo ha afirmado) ha conducido a la plasmación de convenios o acuerdos prefabricados, configuradores de los *contratos de adhesión, que devienen en la regla de la negociación comercial actual, con las excepciones posibles.*

En los *contratos de adhesión*, una de las partes establece las condiciones del contrato (*predisponente*), dejando a la contraparte (*adherente*) en la situación de tomarlo o dejarlo (*ejemplos*: contratos de seguros, tiquetes de avión, contratos de transporte, etc.). Son convenios cuyas condiciones generales han sido predisuestas unilateralmente por una de las partes y deben ser adheridas en su totalidad por la otra parte contratante.

El *adherente* es el sujeto del *contrato de adhesión* que debe adherirse, en su totalidad, a las condiciones generales dispuestas unilateralmente por el *predisponente*. Este es el sujeto o la parte que dispone, por anticipado y unilateralmente, las condiciones generales a las que la otra parte (*adherente*) deberá prestar su *adhesión* total, si desean contratar (*Ley de promoción de la competencia y defensa del consumidor* No. 7472 de 1995, artículo 2, *definiciones*).

Por su parte, el *predisponente* es el sujeto que dispone, por anticipado y unilateralmente, las condiciones generales a las que la otra parte deberá prestar su adhesión total, si desea contratar (*Ley* No. 7472 de 1995, artículo 2, *definiciones*).

Cabalmente, la masificación de los convenios, en el mercado de bienes y servicios, imposibilita prácticamente a que la empresa haga un contrato para cada uno de sus clientes o usuarios, optando por confeccionar un contrato tipo para ser aplicado a la generalidad de ellos. En estos convenios, el consumidor no puede negociar ni modificar ninguna cláusula del contrato, pues éstos se realizan mediante un documento - convenio preestablecido por el empresario. El cliente o el usuario simplemente tiene la posibilidad de aceptar el contrato o de rechazarlo, pero no de modificarlo.

En estos *contratos de adhesión* hay una vinculación con la sociedad de consumo masivo. El tráfico económico se convierte en un tráfico en masa, acelerado y estimulado por las demandas de los consumidores.

Este *contrato de adhesión* nace como una expresión del desarrollo del sistema capitalista y de la contratación en masa, que significa la uniformidad de negociación de las empresas, cuyas condiciones y cláusulas redactadas previamente, se le presentan al adherente para su aceptación o rechazo, sin posibilidad de modificación alguna.

La sociedad de consumo (que favorece el consumismo) está íntimamente ligada con el mundo empresarial y la producción, cada vez mayor y más diversificada, de bienes y servicios.

Un esquema podría ilustrar ese círculo, en el cual se encuentran los contratos en masa:

Publicidad (propaganda) – consumidor – sociedad de consumo (demanda, consumismo) – contratos en masa – producción de bienes y servicios (oferta).

La explicación simplificada de este esquema sería la siguiente:

El volumen de propaganda sobre los consumidores genera en éstos una mayor propensión marginal y total al consumo (mayor demanda, configurando y potenciando la sociedad de consumo). Esta conducta consumista de las personas, también provoca una mayor cantidad de contratos en masa; lo cual hace que ese mayor consumo presione para una mayor producción de bienes y servicios (aumento de la oferta) en el mercado. Y, a su vez, esta mayor producción, provoca y estimula una mayor cantidad de propaganda o publicidad sobre las personas, autoperpetuando la circularidad.

Dentro de ese esquema del funcionamiento del mercado capitalista, se explica por qué en los contratos de adhesión la libertad contractual no se da plenamente, pues una voluntad depende del arbitrio de la otra parte negocial.

En este esquema se puede indicar que la globalización o mundialización, también implica, además esencialmente de los flujos

financieros, la estandarización de los bienes y servicios en el mercado capitalista, lo cual demanda la presencia de contratos en serie, masificados, de adhesión, que faciliten y aceleren los negocios.

En lo que concierne al momento contractual, relevante en esta clase de contratos, el mismo está fincado en la aceptación. La adhesión es un modo de aceptar la propuesta u oferta del predisponente. En estos contratos subsiste la igualdad y la libertad en el plano jurídico; pero, en la dimensión económica la igualdad y la libertad están desequilibradas.

La libertad contractual del adherente está limitada a aceptar la propuesta del proponente o a rechazarla, con la indicación de que cuando se trata de bienes imprescindibles que son ofrecidos en el mercado solo por convenios de adhesión, el adherente ni siquiera tiene esa libertad. Claro está que, se da un desplazamiento del principio de la libertad contractual y de la concepción clásica individualista de la formación del contrato.

¿En lo que corresponde a los elementos de estos contratos, cuáles podrían ser?

Indicaremos que los elementos de estos contratos son:

- *Partes*
- *Forma*
- *Causa*
- *Objeto*

Partes:

- *Adherente o sujeto pasivo*: persona que presta su consentimiento al contenido del contrato, redactado unilateralmente, por la contraparte o predisponente. Es la parte débil en la relación contractual.

Por ello, a nivel de los principios informadores (en el plano de la interpretación) en estos contratos, hay relevantes entre otros:

Los contratos de adhesión se interpretarán en contra de quien predispone el clausulado y en favor de quien se adhiere.

Desde la época del Derecho Romano, en el *Digesto* los juristas **Labeón** y **Paulo** sostuvieron que cualquier oscuridad o ambigüedad de

los convenios en el contrato de compraventa, debían interpretarse en contra del vendedor. De aquí se desprendieron los conocidos principios, que buscan proteger a la parte más débil en la relación jurídica:

Interpretatio contra stipulatorem = cuando en las cláusulas de un convenio se duda sobre ellas, las palabras han de ser interpretadas en contra del estipulante.

Favor debitoris = si hay una cláusula ambigua o dudosa, se interpretará a favor del deudor.

Las cláusulas manuscritas deben prevalecer sobre las impresas en caso de contradicción.

Aquí se puede indicar que se da un problema interesante, ya que de acuerdo al desarrollo de estos contratos y con la experiencia que han acumulado los *predisponentes*, el margen para las interpretaciones debidas a cláusulas oscuras y ambiguas, es cada vez menor, quedando en evidencia con claridad el clausulado perjudicial al cliente o *adherente*.

Las cláusulas abusivas son nulas.

– *Predisponente o sujeto activo*: es el que dispone por anticipado y unilateralmente el contenido del contrato de adhesión. Generalmente, se trata de una empresa de bienes y servicios que confecciona ese contrato de adhesión, de modo estandarizado y genérico, para ofrecérselo a sus clientes. Se considera que es la parte fuerte en la respectiva relación jurídica.

Evidentemente, las partes deben tener capacidad y manifestar su consentimiento para negociar.

Forma:

Es la manifestación por escrito del contenido del contrato. Se trata de una manifestación externa de la voluntad, por lo general en documentos pre-redactados por el predisponente, que se constituyen en “machotes” o formularios tipo, emitidos en serie para darle celeridad a los negocios.

Causa:

- Se refiere al porqué o razón jurídica de la obligación contractual.
- AtaÑe al motivo que determina que una parte contrate con otra.
- Debe ser lícita y estar conforme con el ordenamiento jurídico.

Objeto:

Se trata de la cosa material sobre la versa el convenio. Debe ser legítimo y cierto.

¿Cuáles son algunas desventajas del contrato de adhesión?

- * Una de las partes redacta el contrato y la otra se adhiere al mismo.
- * La parte que tiene la fuerza económica redacta y tiene una adecuada asesoría legal y financiera, mientras que la otra puede carecer de ella.
- * Las condiciones generales del contrato, hechas por la parte fuerte en la relación jurídica, contienen reglas laberínticas y oscuras, que aparecen en letra pequeña, todo lo cual perjudica a la parte débil de esa relación.
- * Parte de la redacción de las cláusulas contractuales se realiza pensando en supuestos de excepción, para favorecer a la parte fuerte de la relación jurídica.
- * Las empresas tienden a la concertación y a conformar modelos tipo (machotes) de contrato para proteger sus intereses frente al usuario o cliente.
- * La redacción de cláusulas contractuales técnicas, confeccionadas para favorecer al empresario, perjudican de entrada al cliente o usuario, dando lugar a las cláusulas abusivas.

¿Cuáles pueden ser algunas ventajas de la contratación de acuerdo a condiciones generales, de la negociación de adhesión?

- * Dichas cláusulas no se establecen solo para limitar la responsabilidad del empresario o para que éste obtenga ventajas injustificadas, sino también para regular una serie de cuestiones técnicas.
- * Los códigos son anticuados y el mismo legislador moderno carece de experiencia y de holganza para ocuparse de regulaciones tan detalladas como requieren las necesidades de cada rama del comercio.

- * Con las condiciones o cláusulas generales, se procura claridad y unidad en la interpretación y aplicación de los contratos.
- * Las limitaciones de las responsabilidades y obligaciones del empresario se compensan con la disminución del precio de la mercancía y con la posibilidad que le queda al cliente de cubrirse de riesgos mediante el seguro.
- * Las condiciones generales de los contratos se acomodan perfectamente a la realidad social y a las necesidades prácticas.
- * Se va preparando de una manera progresiva, sobre una base real, es la modernización de los ordenamientos positivos.
- * Colaboran con la unificación del Derecho Comparado relativamente a las relaciones contractuales a que se refieren, dada la aplicación sin límites de fronteras de muchos de sus modelos.
- * Hay ventajas incluso para el *adherente*, pues hay igualdad para cada uno de los *adherentes* con la empresa *predisponente*; no hay posibilidad de que un contratante obtenga mejores condiciones que otro.
- * Las *condiciones preimpresas* hacen posible una difusión y conocimiento de las *condiciones generales* en que se contrata, sin las cuales no se lograría en muchos casos. Además se facilita la contratación por categorías profesionales que se adecuan mejor a las exigencias del tráfico mercantil.

En cuanto al punto de la protección al consumidor, en ese contexto de la masificación de contratos y del uso indiscriminado de contratos de adhesión: ¿qué podríamos indicar al respecto?

La *masificación* en el uso de los *contratos comerciales modernos*, también ha conducido al establecimiento de normas jurídicas de protección al consumidor o a las contrapartes de esos *convenios de adhesión* que constituyen las partes débiles en la relación contractual.

Incorporemos aquí la definición de *consumidor* que nos da la Ley No. 7472 de 1995 (*Promoción de la competencia y protección efectiva del consumidor*), en su artículo 2:

Toda persona física o entidad de hecho o de derecho que, como destinatario final, adquiere, disfruta o utiliza los bienes o los servicios, o bien, recibe información o propuestas para ello. También se considera consumidor al pequeño industrial o artesano –en los términos definidos en el Reglamento de esta ley– que adquieran productos terminados o insumos para integrarlos en los procesos para producir, transformar, comercializar o prestar servicios a terceros.

Al respecto, se afirmó que “mal ha hecho el legislador con definir conceptos. La experiencia enseña que cuando eso sucede, se producen resultados contraproducentes. Las definiciones corresponden a la jurisprudencia y a la doctrina, mas no al legislador y son impropias si se les coloca en una ley que, como la 7472, tiene pretensiones de marco regulador general” (Cappella, p. 13, 1996).

Continuando con nuestra apreciación general sobre la pregunta que hemos planteado, evidentemente, como se ha debatido con mucha frecuencia, la concepción clásica del *contrato (derivada de la Roma antigua)* como acuerdo de voluntades, libremente expresada, en cosa y precio; se ha quebrado, pues el desarrollo de la economía con empresas transnacionales más fuertes que muchos Estados nacionales y una masificación millonaria en número de contratos, ha provocado e instaurado la realidad contractual de los negocios que se realizan mediante la *adhesión* de una parte o varias partes a la que propone el negocio mediante un documento que ella ha elaborado y al cual solicita su adhesión o consentimiento, desde una posición de poder o de privilegio que le permite imponer las condiciones negociales.

Se ha señalado que el tema de las *cláusulas abusivas*, en los *contratos de adhesión*, son parte de la temática que se analiza en el *Derecho del consumidor*. Efectivamente, el *contrato de adhesión* como instrumento de la contratación masificada (realizada mediante módulos, formularios o machotes) da lugar a los abusos en el uso del Derecho, lo que ha permitido el fortalecimiento de ese conjunto de normas jurídicas de protección al consumidor.

El tráfico moderno de los negocios sigue requiriendo el consentimiento de los contratantes, tanto la manifestación de voluntad del oferente, constituido ahora en estipulante de condiciones generales –*contrato estándar*–; como la del aceptante, constituido en adherente por su situación de sumisión y conocimiento de la intención del estipulante.

Esta situación del presente obliga a los actores del mercado jurídico-comercial ha tomar en cuenta esta realidad, protegiendo al consumidor (*in dubio pro consumidor*) que es la parte débil en la relación negocial.

III. CONTRATOS DE ADHESIÓN Y CLÁUSULAS ABUSIVAS O VEJATORIAS

Se sabe que respecto de los contratos, éstos –también pueden dividirse en *contratos de libre discusión* y de *adhesión*–. En estos convenios, se pone como protección del consumidor o adherente (según el caso), la limitación negocial representada por las cláusulas abusivas, espúreas, vejatorias, desleales; publicidad engañosa o la vigencia del principio de transparencia en la negociación. Precisamente, el artículo 39 de la Ley 7472 de 1995 (*Promoción de la competencia y protección del consumidor*) establece cuáles son las cláusulas abusivas y absolutamente (también indica las relativamente) nulas de las condiciones generales de los contratos de adhesión, civiles y mercantiles.

Artículo 39.-Cláusulas abusivas en los contratos de adhesión (Ley N° 7472 de 1995).

En los contratos de adhesión, sus modificaciones, anexos o adenda, la eficacia de las condiciones generales está sujeta al conocimiento efectivo de ellas por parte del adherente o a la posibilidad cierta de haberlas conocido mediante una diligencia ordinaria. (Así reformado este primer párrafo por el artículo 1°, inciso b) de la Ley N° 7854 de 14 de diciembre de 1998).

Son abusivas y absolutamente nulas las condiciones generales de los contratos de adhesión, civiles y mercantiles, que:

- a) Restrinjan los derechos del adherente, sin que tal circunstancia se desprenda con claridad del texto.*
- b) Limiten o extingan la obligación a cargo del predisponente.*
- c) Favorezcan, en forma excesiva o desproporcionada, la posición contractual de la parte predisponente o importen renuncia o restricción de los derechos del adherente.*

- d) Exoneren o limiten la responsabilidad del predisponente por daños corporales, cumplimiento defectuoso o mora.
- e) Faculten al predisponente para rescindir unilateralmente el contrato, modificar sus condiciones, suspender su ejecución, revocar o limitar cualquier derecho del adherente, nacido del contrato, excepto cuando tal rescisión, modificación, suspensión, revocación o limitación esté condicionada al incumplimiento imputable al último.
- f) Obliguen al adherente a renunciar con anticipación a cualquier derecho fundado en el contrato.
- g) Impliquen renuncia, por parte del adherente, a los derechos procesales consagrados en el Código Procesal Civil o en leyes especiales conexas.
- h) Sean ilegibles.
- i) Estén redactadas en un idioma distinto del español.
- j) Los que no indiquen las condiciones de pago, la tasa de interés anual por cobrar, los cargos e intereses moratorios, las comisiones, los sobrepagos, los recargos y otras obligaciones que el usuario quede comprometido a pagar a la firma del contrato. (*Así adicionado este inciso por el artículo 2º, inciso a), de la Ley N° 7854 de 14 de diciembre de 1998*).

Comentario:

A estas cláusulas abusivas *absolutamente nulas* se les conoce con el nombre de *lista negra*. Es decir, se enumeran los casos o supuestos que implican una nulidad absoluta de la respectiva cláusula abusiva, como es la enumeración que hace este numeral 39 citado.

A continuación indico la enumeración de cláusulas generales de los contratos de adhesión que:

Son abusivas y *relativamente nulas*, las cláusulas generales de los contratos de adhesión que:

- a) *Confieran, al predisponente, plazos desproporcionados o poco precisos para aceptar o rechazar una propuesta o ejecutar una prestación.*

- b) Otrorguen, al predisponente, un plazo de mora desproporcionado o insuficientemente determinado, para ejecutar la prestación a su cargo.
- c) Obliguen a que la voluntad del adherente se manifieste mediante la presunción del conocimiento de otros cuerpos normativos, que no formen parte integral del contrato.
- d) Establezcan indemnizaciones, cláusulas penales o intereses desproporcionados, en relación con los daños para resarcir por el adherente.

En caso de incompatibilidad, las condiciones particulares de los contratos de adhesión deben prevalecer sobre las generales.

Las condiciones generales ambiguas deben interpretarse en favor del adherente.

Comentario:

En esta enumeración se dice que hay casos o supuestos que implican una nulidad relativa en el contenido de la respectiva cláusula abusiva, conociéndoseles como *lista gris*.

Se señala que con o sin esas listas (*negra* o *gris*, respectivamente), este tema de las cláusulas vejatorias queda referida al Juez; y, por ello resultará de la propia jurisprudencia. (Alterini, cf. el libro *Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, bajo la dirección de Luis Diez-Picazo, 1996, pp. 90, 91, 119, 165, 166).

En cuanto al punto de las *condiciones generales ambiguas*, considero que también deben incluirse las oscuras, que podrá decirse que son ambiguas por carecer de claridad.

Cappella sostiene que este artículo 39 de la Ley 7472 ha derogado el numeral 1023, inciso dos del Código Civil (*op. cit.*, p. 15, 1996; *op. cit.*, p. 6, 1997); por su parte Baudrit afirma que ese numeral 39 de la Ley 7472 complementa y aclara el 1023, inciso dos del Código Civil, de tal modo que no hay derogatoria alguna (*op. cit.*, p. 10, 1995).

Considero que efectivamente hay una derogatoria tácita del numeral 1023, inciso dos del Código Civil, con base en que la Ley 7472

numeral 39 es posterior y especial, aplicándose los brocardos de que la *ley posterior deroga a la anterior*, y, de que la *ley especial deroga a la ley general*.

Interesa destacar la reforma hecha en 1998 al numeral 39 de la Ley 7472, primer párrafo (*mediante Ley N° 7854 del 14 de diciembre*):

En los contratos de adhesión, sus modificaciones, anexos o adenda, la eficacia de las condiciones generales está sujeta al conocimiento de ellas por parte del adherente o a la posibilidad cierta de haberlas conocido mediante una diligencia ordinaria.

Se da aquí una protección al adherente, en el sentido de que debe conocer –al menos– las modificaciones, anexos o adenda que se le haga al contrato de adhesión respectivo. A sabiendas, de que el adherente puede estar plenamente consciente del contenido de las condiciones predispuestas por el empresario, pero en todo caso es cierto que el contenido de esas cláusulas no se presta de parte del adherente a modificación alguna o a negociación, ya que el adherente solo tiene la opción de aceptar el contrato o de rechazarlo (Cappella, *op. cit.*, p. 17, 1996). Claro está, que ese conocimiento tanto del contrato de adhesión como de sus anexos, modificaciones o adenda, debe darse en lo que al adherente se refiere, dado que por supuesto el empresario que ha establecido ese convenio lo conoce.

Se enfatiza que uno de los mecanismos de defensa, en los contratos de adhesión, a la parte llamada adherente se ubica en las cláusulas abusivas.

Por eso se entiende que el Código Civil, en su numeral 1023, inciso tercero, mande:

Toda persona interesada u organización representativa de los consumidores, podrá demandar la nulidad de las cláusulas abusivas de los contratos tipo o de adhesión enumeradas en este artículo (inciso dos).

Esta norma es muy importante porque otorga legitimidad activa procesal a la *persona interesada* y a las organizaciones representativas de los consumidores para establecer procesos ante el Poder Judicial con el fin de *demandar la nulidad de las cláusulas abusivas* contenidas en los *contratos tipo* o de *adhesión*.

Agregando el inciso cuarto de ese mismo artículo que:

Para demandar la nulidad de una cláusula abusiva de un contrato tipo o de adhesión, quienes carecieren de asistencia legal y de recursos económicos para pagarla tienen derecho a ser asistidos por los defensores públicos (así reformado por Ley No. 6015 del 7 de diciembre de 1976).

Igualmente relevante es esta norma, pues le proporciona a quien carece de recursos económicos, la defensa pública necesaria.

Recordemos que, a propósito de la redacción de esas normas, el *contrato tipo* es aquel cuyas cláusulas han sido redactadas por personas que no son partes contratantes.

Merece recordarse ahora lo que manda el artículo 30, inciso c) de la Ley N° 7472 de 1995 (*sobre la competencia y el consumidor*):

En los términos establecidos en la presente ley, son funciones esenciales del Poder Ejecutivo fomentar y promover las organizaciones de consumidores y garantizar su participación en los procesos de decisión y reclamo, en torno a cuestiones que afectan sus intereses.

Es conveniente indicar el mandato constitucional del artículo 46, sobre este mismo aspecto:

Los consumidores y usuarios tienen derecho a la protección de su salud, ambiente, seguridad e intereses económicos, a recibir información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a un trato equitativo. El Estado apoyará los organismos que ellos constituyan para la defensa de sus derechos. La ley regulará esas materias (párrafo quinto y final).

¿Cuáles resoluciones del Poder Judicial se podrían citar respecto de los contratos de adhesión?

Se citarán varias Sentencias del Poder Judicial, que estimo ilustrativas de lo que he redactado acerca de los contratos de adhesión.

Resolución No. 582 del 24 de noviembre de 1992, Tribunal Superior Civil, Sección Primera:

En el contrato de adhesión –como lo es el contrato de seguro–, la posición de las partes en las operaciones que preceden a la perfección del contrato se encuentran en desequilibrio. Uno de los contratantes establece por sí solo las normas generales a las que se ajustará la convención, articula el contenido de la misma, establece sus cláusulas y la ofrece a los futuros contratantes.

Comentario:

– La sentencia afirma que en los contratos de adhesión, las partes se encuentran en desequilibrio. Indicaría, a propósito de esta resolución, que en estos contratos el desequilibrio es de doble naturaleza: jurídico y económico, ya que en el plano legal el contrato prefabricado por el proponente responde a sus intereses, como parte redactora del mismo –cuyo mecanismo de control se ubica en las llamadas cláusulas abusivas o vejatorias– y en lo económico, sin duda, el empresario tiene una posición de superioridad. Existe otra tesis que considera que el desequilibrio se ubica solo en el plano económico.

Resolución Nº 38 del 17 de febrero de 1986, Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Segunda:

Los contratos obligan a lo que en ellos está expresado, pero –asimismo– lo que la equidad, el uso o la ley determinan. Por ello, los juzgadores no pueden ser simples espectadores de la lucha que se presenta entre los intereses del libre juego –oferta y demanda– y que provocan fuertes tensiones sociales originadas por la pugna entre inquilinos y propietarios.

Comentario:

– En este caso hubo un enfrentamiento entre un inquilino y un propietario.

– Los Juzgadores consideraron que era de aplicación los artículos 1.022 y 1.023 del Código Civil, conjugando el principio de la autonomía de la voluntad con el de la obligación de cumplir con lo pactado, pero tomando en cuenta lo que la equidad, el uso y la ley determinan.

– Considero que esta sentencia mostró adecuadamente la participación activa del Juez en esa lucha de intereses en juego, la cual provoca fuertes tensiones sociales.

Resolución N° 130 del 21 de marzo de 1984, Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Primera:

La cláusula impresa en los tiquetes de estacionamiento o parqueos referidas a la eximente de responsabilidad es ineficaz, pues con ella se pretende rebuir las responsabilidades mínimas a que está obligado el sujeto que recibe un vehículo para cuidado y custodia en un estacionamiento, ya que la responsabilidad en caso de robo del automotor es básica o esencial y sobre el dueño del establecimiento gravitaría la carga de probar su falta de culpa en el caso.

Comentario:

– Esta sentencia es relevante en el plano social, ya que desde su origen este servicio de cuidado y vigilancia de vehículos en un lugar llamado “parqueo” o “estacionamiento”, partió de la cláusula, puesta por el dueño del “parqueo”, de que no tenía responsabilidad en el caso de robo o daño a los vehículos. Por supuesto, que esta cláusula es nula por abusiva o vejatoria. Se da un abuso del derecho.

–Aquí se da una responsabilidad derivada del antiguo principio romano: “*in vigilando*”.

Los clientes pagan el servicio de cuidado y vigilancia de sus autos dentro del parqueo y es obligación del dueño del “parqueo” tomar todas las medidas para que se cumpla con esa responsabilidad; so pena de pagar los daños que provoque su negligencia (omisión) o su acción directa.

En este campo de los parqueos, se cuenta con una ley y su reglamento.

Ley reguladora de los estacionamientos públicos.

No. 7717 de 4 de noviembre de 1997 (La Gaceta No. 224 de 20 de noviembre de 1997).

Artículo 1.–Objeto. *La presente ley regula la prestación de servicios de guarda y custodia de vehículos en estacionamientos públicos, edificios o lotes destinados a este fin.*

Artículo 2.–Responsabilidad. *Las personas, físicas o jurídicas, encargadas de prestar el servicio de estacionamiento público serán responsables y garantes de la guarda y custodia de los vehículos,*

mientras estos permanezcan dentro del estacionamiento. Deberán actuar con la mayor diligencia y buena fe posibles. Responderán del daño, menoscabo o perjuicio que se cause a los vehículos por dolo o culpa atribuible al prestatario del servicio o sus empleados, según el caso.

Artículo 3.–Responsabilidad de la administración. *La administración de los estacionamientos deberá velar por la seguridad de los vehículos, sus accesorios y los objetos que contengan. De cometerse delitos contra la propiedad, procurará aprehender a los responsables para ponerlos a las órdenes de los tribunales de justicia. En concordancia con la norma precedente, si los responsables no fueren aprehendidos o si habiendo sido aprehendidos, se comprobare que el estacionamiento faltó a los deberes de cuidado, la administración será responsable civilmente por la sustracción o daño al vehículo, sus accesorios o los objetos que se encuentren en el interior, lo anterior sin perjuicio de la responsabilidad penal que pueda haber a la gerencia del estacionamiento o sus empleados.*

Para enfrentar los reclamos por los daños o el robo de su vehículo dentro de un parqueo, este suscribirá obligatoriamente una póliza de seguros individual o colectiva.

Artículo 4.–Rótulo. *En los estacionamientos públicos deberá colocarse en un lugar visible el siguiente rótulo: “Por disposición de la Ley reguladora de los estacionamientos públicos, este negocio está obligado a garantizar la seguridad de los vehículos a su cargo, así como la de sus accesorios y objetos guardados en ellos. El incumplimiento de esta obligación autoriza al cliente para cobrar por daños y perjuicios, en la vía judicial. Toda renuncia, expresa o tácita, de esta obligación, se reputará como nula.”*

Esa leyenda también deberá imprimirse al dorso del recibo de cobro o de cualquier otro documento similar que se entregue al usuario.

Reglamento a la ley reguladora de estacionamientos públicos

Decreto No. 27789-MOPT de 8 de abril de 1999 (La Gaceta No. 76 de 21 de abril de 1999). Reforma: Decreto No. 28829-MOPT de 28 de julio del 2000. La Gaceta N°. 155 de 14 de agosto del 2000.

Artículo 1.–Ambito de aplicación. *El presente Reglamento regula la prestación de los servicios de guarda y custodia de los vehículos automotores en los edificios, lotes o inmuebles, en general, dedicados a*

tales propósitos, que se identifiquen como “estacionamientos públicos”, y en donde el carácter remunerativo constituye un aspecto esencial de la actividad.

Corresponderá a la Dirección de Ingeniería de Tránsito, con la colaboración de la Dirección de Policía de Tránsito, ambas del Ministerio de Obras Públicas y Transportes, la fiscalización de los estacionamientos públicos en cuanto a capacidad, demarcación, medida y uso de los espacios, al igual que la zona a destinar para el estacionamiento de motocicletas.

Artículo 2.–Responsabilidad^(*) *Las personas físicas o jurídicas encargadas de prestar el servicio de estacionamiento público serán responsables y garantes de la guardia y custodia de los vehículos, mientras éstos permanezcan dentro del estacionamiento.*

Deberán actuar con la mayor diligencia y buena fe posibles y responderán del daño, menoscabo o perjuicio que se causare a los vehículos por dolo o culpa atribuible al prestatario del servicio o a sus empleados, según sea el caso y de conformidad con las leyes vigentes.

Será obligación y responsabilidad de los propietarios o conductores de los vehículos que accedan a los estacionamientos a que se refiere el presente Decreto, reportar los objetos dejados dentro de los vehículos, con el propósito de que la administración del parqueo pueda tomar las medidas de precaución correspondientes.

A los efectos anteriores, cada estacionamiento podrá implantar el sistema que mejor estime conveniente para el adecuado control y seguridad de los objetos dejados dentro de los vehículos, como es el caso del uso de boletas de declaración que, firmadas por el conductor y por el administrador del parqueo o quien estuviere autorizado para ello, describieren los bienes u objetos dejados dentro del respectivo vehículo automotor y, correlativamente, la vigilancia que se considere óptima en atención al caso específico.

La administración de los estacionamientos deberá velar por la seguridad de los vehículos y sus accesorios, pero en ningún caso estará

(*) El presente artículo ha sido reformado mediante Decreto No. 28829-MOPT de 28 de julio del 2000. LG N° 155 de 14 de agosto del 2000.

en la obligación de asumir responsabilidad por el dinero en efectivo u otros valores al portador, incluyendo títulos valores, dejados dentro de los vehículos.

Con el fin de garantizar el mejor cumplimiento de sus obligaciones referentes a la custodia de los vehículos, sus accesorios y objetos que contengan, los estacionamientos estarán en la obligación de cercar o deslindar los terrenos dedicados a esta actividad, para impedir la libre circulación de personas o animales dentro de la zona de parqueo, en aras de la prevención de accidentes o de la comisión de delitos.

Artículo 9.–Responsabilidad de los prestatarios del servicio de estacionamiento público. *De conformidad con lo establecido por la Ley N^o 7717 del 4 de noviembre de 1997, las personas físicas o jurídicas que presten el servicio de estacionamiento público asumirán, por medio de sus empleados y dependientes, las siguientes obligaciones y responsabilidades:*

- a) Ser responsables y garantes de la guarda y custodia de los vehículos que permanezcan dentro del estacionamiento público.*
- b) Responder del daño, menoscabo o perjuicio que se cause a los vehículos dentro del estacionamiento por dolo o culpa atribuible o imputable al prestatario del servicio o a sus empleados, según corresponda.*
- c) Ejercer las medidas razonables que fueren necesarias para la aprehensión de los presuntos responsables y comunicar de inmediato a las autoridades respectivas, en los casos de comisión de delitos contra la propiedad y afectación a cualquiera de los automotores bajo su custodia.*
- d) Suscripción de una póliza de seguros, individual o colectiva, para enfrentar los eventuales reclamos originados en daños o robo de los vehículos automotores.*

Comentario

Las responsabilidades y demás régimen jurídico propio de esta clase de servicio, tiene esta normativa. Una pregunta que se puede hacer es: ¿qué ocurre cuando el uso del estacionamiento es gratuito, como sucede en algunos centros comerciales?

La respuesta a esta pregunta puede ir en el sentido de que los *parqueos* para vehículos pagados, tienen en la anterior normativa un régimen jurídico específico.

En lo que corresponde a *parqueos gratuitos*, por ejemplo en algunos centros comerciales, el precio por ese servicio ya está incorporado en los precios de los bienes y servicios que ofrecen esos *centros*; y, es así asumido por los comerciantes, como también es un incentivo a la clientela, para que visiten potenciales consumidores visiten dichos espacios comerciales.

En lo tocante al régimen jurídico que le corresponde a estos *parqueos gratuitos*, también reside en la normativa ya señalada (ley y reglamento *mutatis mutandis*).

Resolución Nº 1148 del 30 de octubre de 1980, Tribunal Superior Primero Civil:

Cuando se comprueba la existencia de cláusulas abusivas, los jueces, cuya función es hacer justicia, no pueden darse el lujo de ser simples espectadores de la contratación, pues cuenta a su servicio con los conceptos de equidad y buena fe.

Comentario:

– Se enfatiza que la función de los jueces es hacer justicia; y, no ser simples espectadores de la contratación.

– En esta función jurisdiccional los principios de equidad y buena fe son fundamentales para resolver un conflicto presentado ante los tribunales, *frente a la constatación, en el caso sub-examine, de la existencia de cláusulas abusivas.*

IV. DERECHOS DEL CONSUMIDOR

a) ¿Qué relación tiene la publicidad respecto de los derechos del consumidor?

El Juzgador español Rafael Saraza, nos informa que no puede tratarse el tema de la publicidad sin conectarlo con el modelo económico y cultural de la sociedad actual. Como nos recuerda el economista

norteamericano John Kenneth Galbraith (1908-), a medida que una sociedad se va haciendo más opulenta, van siendo creadas nuevas necesidades por el proceso que las satisface, de modo que un mayor nivel de producción se corresponde con un mayor nivel de creación de necesidades que, a su vez, requieren un nivel superior de satisfacción de las mismas.

Una de las consecuencias de este modelo es la creciente indefensión de los consumidores ante las constantes incitaciones de este proceso de elaboración de necesidades que adopta modalidades de auténtica agresión por una publicidad omnipresente, pensada más para influir sugestivamente que para informar.

En lo referente al Derecho del tráfico económico, la publicidad está directamente relacionada con el replanteamiento que se hace actualmente del *iter* formativo del contrato en un sistema de contratación en masa, en el que la contratación y el contrato de consumo resultan promocionados o promovidos mecánicamente y a distancia por medio de la publicidad.

Hoy la publicidad ha sustituido a los *tratos previos* de los que se ocupa el Derecho civil clásico, y ha alterado profundamente el proceso de formación del contrato. Del contacto personal e individualizado se ha pasado al contacto social mecanizado y anónimo de los mensajes publicitarios. De ahí que se reivindique que el Derecho se ajuste a la realidad económica y reconozca relevancia jurídica a la dimensión negocial de la publicidad, sujetándola a los deberes y responsabilidades precontractuales o *in contrahendo*.

En este sentido ya las Sentencias del Tribunal Supremo (de España) del 14 de junio de 1976 y de 27 de enero de 1977 declararon que las afirmaciones realizadas en la publicidad forman parte del posterior contrato y vinculan por lo tanto contractualmente a quien las hizo, principio éste incorporado a la legislación positiva, concretamente en el artículo 8 de la *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*. (Nº 26 de 19 de julio de 1984).

El enfoque que ha de hacerse de esta materia, desde el punto de vista del modelo constitucional del llamado Estado Social y Democrático de Derecho, parte de dos principios recogidos en la Constitución Española:

El de defensa de los intereses económicos de los consumidores y usuarios, consagrado en la Constitución en el artículo 51.1.

El del derecho a recibir información veraz por cualquier medio de difusión, consagrado en la Constitución, en los artículos 20.1º.d y 51.2.

Esto significa que no puede plantearse el tema de la publicidad como se viene haciendo normalmente, informando al potencial consumidor de las características más llamativas del producto o servicio que se oferta –el tipo de interés– en el caso de un préstamo, los metros cuadrados, calidades y facilidades de pago en una vivienda, etc., sino que se trata de poner en conocimiento del mismo todas las condiciones y características de la relación jurídica en que se pretende involucrarle de forma que pueda hacerse una idea de conjunto de la misma y no solo de alguno de sus aspectos; y, no se sorprenda de los problemas que puede tener en caso de que las cosas no transcurran como en un principio tenía previsto.

Esto es, que el potencial cliente sepa, con todas sus consecuencias, qué ocurrirá, por ejemplo, si se retrasa en el pago del préstamo: interés de demora, causas de resolución del contrato, obligaciones contraídas por los garantes de la operación; o, si no puede hacer frente a algún pago aplazado del apartamento (causas de resolución del contrato, pérdida parcial de las cantidades entregadas).

Es preciso una reorientación de la función económica y del contenido de la publicidad comercial, en el sentido de darle un carácter preponderantemente informativo y no persuasivo, de modo que la dosis disuasoria inherente a todo mensaje publicitario resulte racionalmente administrada.

Considero conveniente indicar que un papel estratégico y medular en el mercado, respecto de los consumidores, es el uso de la *propaganda* o *publicidad* para fomentar la posición en el mercado, aumentar las ventas y los beneficios o desplazar a competidores o sedimentar los monopolios.

La publicidad puede ser engañosa, abusiva; y, por tanto, perjudicial para los consumidores, que somos todos; ya que todos nosotros consumimos bienes y servicios.

La *publicidad engañosa* es la que induce al error o puede hacerlo.

La *publicidad abusiva* es la que atenta contra la dignidad de la persona o vulnera sus valores o derechos resultantes de la Constitución Política.

La propaganda o la publicidad, como mecanismo de posicionamiento en el mercado, responde a las tácticas y estrategias de la mercadotecnia o *marketing* (*todas las actividades llevadas a cabo por los sujetos que intervienen en los intercambios orientadas a prever, promover, facilitar y dar curso a transacciones de intercambio*).

Parte de los mitos del *liberalismo económico* consiste en que el consumidor es el soberano en el mercado; y, que por ello, induce la oferta. Se trata de la perspectiva según la cual la economía se ve desde el ángulo de la demanda; ésta induce la oferta; es decir, la producción de bienes y servicios (oferta) es provocada o inducida por la demanda, por los consumidores, lo cual es falso. Ciertamente es a la inversa: la oferta induce, provoca la demanda, para lo cual utiliza todos los mecanismos de la publicidad. Aquí estamos en el ángulo de la economía vista desde el ángulo de la oferta.

La prueba de ello está en la enorme cantidad de dinero que se invierte en publicidad. Lo cierto es que la oferta induce la demanda, genera consumidores. Ya lo dijo hace tiempo el economista francés Jean Baptiste Say (1767-1832) con su llamada *ley de las salidas*: la oferta crea su demanda, expuesta en su obra *Tratado de Economía Política*, 1803.

Ahora analizaremos otro aspecto que nos resulta importante: es el que atañe al punto relativo a la *constitucionalidad* de la libertad contractual.

La Sala Constitucional, en el ya clásico *voto 3495-92* afirmó que esta libertad tiene rango constitucional, aunque la Carta Magna no lo indique expresamente con base en este argumento.

Considerando XII

Partiendo del reconocimiento constitucional del principio de la libertad en general (artículo 28), del derecho a la propiedad privada (artículo 45) y de la libertad de empresa (artículo 46), se inscribe como principio constitucional, conditio sine qua non para el ejercicio de ambos, el de libre contratación, cuyo contenido esencial la Sala resume en cuatro elementos, a saber:

- a) La libertad para elegir al co-contratante.
- b) La libertad es la escogencia del objeto mismo del contrato y, por ende, de la prestación principal que lo concreta.
- c) La libertad en la determinación del precio, contenido o valor económico del contrato que se estipula como contraprestación.
- d) El equilibrio de las posiciones de ambas partes y entre sus mutuas prestaciones (...).

Comentario:

Efectivamente, no hay en la Carta Magna un artículo que expresamente se refiera a la *libertad contractual*, pero la Sala en su razonamiento (*voto 3495-92*) ha hecho bien en conjugar varios numerales de la Constitución para derivar de ellos esa libertad. No podría ser de otra manera dado que el sistema económico de nuestro país es el capitalista, protagonizando un papel sumamente importante las libertades económicas básicas en este sistema, como son la libertad de empresa, comercio, contratación y el derecho fundamental a la propiedad privada.

Respecto del *contrato de adhesión* considero que no es inconstitucional, ya que incluso desde la perspectiva de la teoría clásica del contrato no se requiere un debate o discusión previa a la formación del contrato. En este convenio hay un consentimiento tácito de parte del adherente.

b) En el terreno del consumidor, es conveniente preguntarnos acerca de sus derechos

El *derecho del consumidor* es un sistema global de normas, principios, instituciones y medios instrumentales consagrados por el ordenamiento jurídico para procurar al consumidor una posición de equilibrio dentro del mercado en sus relaciones con los proveedores de bienes y servicios en forma masiva. La evolución de este *Derecho del Consumidor* arranca con las medidas para tutelar la salud, la integridad física y psíquica de las personas en cuanto consumidores, pasando por el Tratado de Roma (1957), el mensaje del Presidente John Kennedy al Congreso de los Estados Unidos el 15 de marzo de 1962, en donde afirmó que “*consumidores somos todos*”.

A partir de la década de los sesenta, los principios y normas de este derecho se divulgan con más fuerza en Occidente, vinculando este desarrollo con la protección de los consumidores de aquellas cláusulas vejatorias, lesivas, abusivas o desleales para éstos y las medidas de prevención respecto de los abusos de la publicidad o la propaganda, principalmente mediante los mensajes subliminales. El lema divulgado es: un consumidor fortalecido implica un mercado más sólido y dinámico.

¿Cuáles son los derechos del consumidor?

Interesa destacar aquí el mandato de la Carta Magna en su numeral 46, párrafo quinto:

Los consumidores y usuarios tienen derecho a la protección de su salud, ambiente, seguridad e intereses económicos; a recibir información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a un trato equitativo. El Estado apoyará los organismos que ellos constituyan para la defensa de sus derechos. La Ley regulará esas materias (Ley Nº 7607 del 29 de mayo de 1996).

Este artículo 46, debe ser complementado por lo que afirma el párrafo segundo del artículo 50 constitucional:

Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por ello, está legitimada para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la reparación del daño causado.

El Estado garantizará, defenderá y preservará ese derecho.

La ley determinará las responsabilidades y las sanciones correspondientes. (Así reformado por el artículo 1º de la Ley Nº 7412 del 3 de junio de 1994).

Sin duda se trata de una cobertura importante para los consumidores, usuarios y habitantes de este país, en estas materias.

Por su lado, la Ley Nº 7472 de 1995, *Promoción de la competencia y defensa efectiva del consumidor*, manda en su artículo 29, cuáles son los derechos del consumidor.

Artículo 29: *Sin perjuicio de lo establecido en tratados, convenciones internacionales de las que Costa Rica sea parte,*

legislación interna ordinaria, reglamentos, principios generales de derecho, usos y costumbres, son derechos fundamentales e irrenunciables del consumidor, los siguientes:

- a) La protección contra los riesgos que puedan afectar su salud, su seguridad y el medio ambiente.*
- b) La protección de sus legítimos intereses económicos y sociales.*
- c) El acceso a una información veraz y oportuna, sobre los diferentes bienes y servicios, con especificación correcta de cantidad, características, composición, calidad y precio.*
- d) La educación y la divulgación sobre el consumo adecuado de bienes o servicios, que aseguren la libertad de escogencia y la igualdad en la contratación.*
- e) La protección administrativa y judicial contra la publicidad engañosa, las prácticas y las cláusulas abusivas, así como los métodos comerciales desleales o que restrinjan la libre elección.*
- f) Mecanismos efectivos de acceso para la tutela administrativa y judicial de sus derechos e intereses legítimos que conduzcan a prevenir adecuadamente, sancionar y reparar con prontitud la lesión de estos, según corresponda.*
- g) Recibir el apoyo del Estado para formar grupos y organizaciones de consumidores y la oportunidad de que sus opiniones sean escuchadas en los procesos de decisión que les afecten.*

Por su lado el artículo 30, b), de la Ley de promoción de la competencia y defensa efectiva del consumidor, N^o 7472 de 1995, establece como funciones del Poder Ejecutivo la de:

Formular programas de educación e información para el consumidor, con el propósito de capacitarlo para que pueda discernir y tomar decisiones fundadas acerca del consumo de bienes y servicios, con conocimiento de sus derechos.

Se trata de una obligación del Estado, en el sentido de capacitar y educar al consumidor para que actúe como tal en el mercado de bienes y servicios, teniendo muy en cuenta sus derechos.

c) Derecho de retracto o de arrepentimiento

El consumidor tiene un plazo corto para arrepentirse, retractarse, desdecirse, rectificarse.

El artículo 37 de la citada Ley del consumidor, manda que:

En las ventas a domicilio que se lleven a cabo fuera del local o el establecimiento del comerciante o el proveedor, siempre y cuando lo permita la naturaleza del bien, el consumidor, amparado al derecho de retracto, puede rescindir, sin su responsabilidad, el contrato en un plazo de ocho días contados a partir de su perfeccionamiento.

A su vez, el numeral 53 del reglamento a esta ley ordena las excepciones al *derecho de retracto*.

No habrá retracto:

- a) *Tratándose de bienes que, por su naturaleza, son consumibles, perecederos o que no pueden ser luego revendidos, una vez que hayan sido instalados, usados o sacados de su empaque.*
- b) *Cuando los bienes objeto del contrato deban ser confeccionados o alistados sobre medida, o importados por encargo especial de acuerdo a las necesidades propias del comprador, si el vendedor demuestra que –al recibir el aviso de rescisión– ya había confeccionado o alistado los bienes, o enviado la orden de compra irrevocable al proveedor extranjero.*
- c) *Si los bienes estuviesen en proceso de fabricación o alistado, o solo se hubieren realizado estas labores en forma parcial el comprador podrá ejercer el retracto pagando al vendedor el valor de lo hecho. Por su parte, si la orden de importación es revocable, el comprador deberá sufragar los gastos incurridos tanto en colocar como revocar el pedido.*

Los comerciantes que vendan este tipo de bienes deberán advertir al consumidor la limitación para ejercer el derecho de retracto dentro del contrato en caso de existir o en otro documento.

Comisión nacional del consumidor, voto 299-99

Considerando tercero: *en el caso concreto el derecho de retracto no le fue respetado al denunciante.*

Doctrina

El consumidor es abordado por el empresario o vendedor mediante una serie de prácticas que le dejan frecuentemente en una situación de inferioridad, de desinformación respecto al producto que se le ofrece o de posible toma de decisiones precipitadas. La preocupación por evitar que estos métodos agresivos de comerciales se conviertan en fuente de abusos y fraudes frente al consumidor (Barrantes y, Rivero, *op. cit.*, pp. 273-274; Klein, *op. cit.*, p. 259).

En algunas situaciones y convenios se ha establecido este principio a favor del consumidor frente a la posición dominante del comerciante. Se trata de una legítima revocación unilateral del consumidor, ya que se supone que en algunos convenios el adherente está sujeto a presión psicológica que lo induce a firmar, otorgándosele un corto período de tiempo para que pueda reflexionar y asegurarse de que efectivamente es su voluntad aceptar el convenio. Así por ejemplo, en el contrato de *timesharing* este principio debe respetarse (Parra, *op. cit.*, pp. 84 a 86, 172 a 176, 2002).

Comentario

Efectivamente, este derecho a retractarse de una operación mercantil, responde al criterio de que el consumidor, en determinadas circunstancias, recibe una presión de parte del vendedor, para que acepte un contrato dado. Por ello, goza de un corto período para hacer realidad la retractación y rechazar el convenio que había consentido.

d) ¿Por qué se puede indicar que la legitimidad procesal del consumidor está basada en los intereses difusos?

El interés de los consumidores trasciende el mero interés individual para caracterizarse como un *interés difuso*.

Los *intereses difusos* participan de una doble naturaleza, ya que son colectivos (por ser comunes a una generalidad) e individuales, pero pueden ser reclamados en tal carácter. Los intereses difusos en cuanto iguales y los mismos para un conjunto indeterminado, aunque determinable, de personas, quienes son sus titulares, todas y cada una de ellas como miembros de esa colectividad (*votos Sala Constitucional, SC, 3705-93, 1763-94, 4194-95, 80-1-96*).

El *interés difuso* es el interés propio, jurídicamente reconocido, de un grupo social o colectividad indeterminada de sujetos desprovista de una organización que los tome para sí enteramente y tenga capacidad para su defensa, cuya tutela jurisdiccional responde a eventuales iniciativas meramente individuales.

El interés de todos los consumidores está sujeto a una posibilidad permanente de conflicto social con los intereses globales de los empresarios, tendientes a maximizar los beneficios de su actividad.

e) Principios en materia del consumidor

- * Buena fe, confianza legítima y justo equilibrio.
- * Seguridad jurídica y protección efectiva a los particulares.
- * Protección efectiva al interés general, bien común, interés público.
- * Irrenunciabilidad de derechos.
- * Acceso a la más completa y mejor información.
- * Acceso efectivo a la justicia administrativa y judicial.
- * Posibilidad real del arrepentimiento o de retracto.

CONCLUSIÓN

Efectivamente, la gama de los derechos del consumidor se han desarrollado como una respuesta a los abusos de aquellos empresarios que, valiéndose de los contratos de adhesión y de la debilidad de los consumidores o usuarios, dañan los intereses de los que se adhieren a sus convenios.

La tutela del Estado, como garante del bien común –al tenor de las teorías del contrato social que intentan explicar el origen del Estado– implica la obligación del poder público de darle una protección efectiva a la parte débil de la relación jurídica contractual en la sociedad moderna.

En la práctica la lucha por la vigencia del Derecho y de hacer real la protección al consumidor o del usuario, es permanente, lo cual obligó a los consumidores y usuarios al establecimiento de organizaciones propias que defiendan sus intereses y derechos; ya nuestra Constitución política ha incorporado esas garantías de las personas y la obligación estatal de darle protección adecuada a ellas. El camino por recorrer es largo y lleno de obstáculos, sin embargo, la caminata ya comenzó.

BIBLIOGRAFÍA

- Alterini, Atilio. *Contratos civiles-mercantiles de consumo* (Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998).
- et al. *Derecho comercial contemporáneo* (Medellín, Ed. Diké, 1989).
- Arrubla, Jaime. *Contratos mercantiles* (Medellín, Diké, T. I, 1997; T. II, 1998).
- et al. *Evolución del Derecho comercial* (Medellín: Dické, 1997).
- Barrantes, Jaime; Juan Marcos Rivero. *Derecho y jurisprudencia en materia de competencia y defensa efectiva del consumidor* (San José: Eds. Jurídicas Areté, 1999).
- Baudrit, Diego. *Los contratos traslativos de dominio* (San José, Juricentro, 1984).
- Teoría general del contrato* (San José, Juricentro, 1990).
- Derecho civil* (San José, Juricentro, Vol. I, 1990).
- Comentarios a la nueva Ley de protección al consumidor* (San José, **Revista Iustitia**, N° 101, 1995).
- El principio general de la libertad de contratar* (San José, **Revista de Derecho Constitucional** N° 2, Poder Judicial, 1991).
- Barrón, José. *Ley sobre condiciones generales de la contratación* (Madrid, Dykinson, 1999).
- Bonfanti, Mario. *Derecho del consumidor y del usuario* (Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 2001).
- Brenes Córdoba, Alberto. *Tratado de los contratos* (San José, Juricentro, 4ª ed. revisada y actualizada por Gerardo Trejos y Martina Ramírez, 1992).
- Tratado de las obligaciones* (San José, Juricentro, 1977).
- Bruce, Oswald. *Comercio electrónico y derechos del consumidor* (San José: **Revista de Ciencias Jurídicas**, No. 99, 2002).

Cappella, Gino. *Observaciones generales en torno al tema de los contratos de adhesión* (San José, **Revista Iustitia**, N° 116-117, 1996).

Problemas procesales derivados del Derecho del consumidor (San José, **Revista Iustitia**, N° 128, 1997).

Carbonnier, Jean. *Derecho Civil*. El derecho de las obligaciones y la situación contractual (Barcelona, Bosch, T. II, Vol. II, 1971).

Carrasco, Angel (Director). *El Derecho de consumo en España* (Madrid: Ministerio de Sanidad y Consumo, 2002).

Clapp, James. *Dictionary of the Law* (New York: Random House Webster's, 2000).

Echegaray, Edgar. *Comercio electrónico y una necesaria regulación para la protección de los derechos del consumidor* (San José, tesis de licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2001).

Ellul, Jacques. *Propaganda. The Formation of Men's Attitudes* (New York, Vintage Books, 1973).

Farina, Juan. *Contratos comerciales modernos* (Buenos Aires: Astrea, 1997).

Defensa del consumidor y del usuario (Buenos Aires, Astrea, 2000).

García De Enterría, Eduardo. *Curso de Derecho Administrativo* (Madrid: Civitas, 2 tomos, 1999).

Guerra, Fermín et al. *Diccionario Profesional de Marketing* (Valencia, España: Ed. CISS, 1999).

Klein, Michele. *El desistimiento unilateral del contrato* (Madrid: Civitas, 1997).

Lupiac, Thierry. *Le contrat commercial* (París, Gualino ed., 2000).

Mazars, Jean et al. *Jurisdicción comercial especializada* (San José, Comisión de la Unión Europea et al. 1996).

Monteil Vidal, Cindy. *Cláusulas abusivas y contratos por adhesión en el comercio internacional* (San José, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1999).

Pérez, Víctor. *Contrato de franquicia comercial* (San José, **Revista Judicial**, N° 56, 1992).

Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas. (Madrid, Civitas, 1996, en el libro del mismo nombre a cargo del ponente general Luis Díez-Picazo).

Salas, Évelyn; Barrantes, Jaime. *La cláusula de intereses en un contrato de tarjeta de crédito* (San José, Mundo gráfico, 1997).

Código de Comercio de Costa Rica y jurisprudencia (Medellín, Diké-Universidad Autónoma de Monterrey, Costa Rica, 2001).

Código Civil de Costa Rica y Jurisprudencia (Medellín, Diké - *La casa de los riscos*, San José, 2002).

Stiglitz, Gabriel. *Protección jurídica del consumidor* (Buenos Aires: Depalma, 1990).

Stiglitz, Rubén; Stiglitz, Gabriel. *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor* (Buenos Aires, Depalma, 1985).

Vallespinos, Carlos. *El contrato por adhesión a condiciones generales* (Buenos Aires, Ed. Universidad, 1984).

BLANCA

**LA SUCESIÓN *MORTIS CAUSA*
ANTE NOTARIO PÚBLICO**

Lic. Wilberth Arroyo Alvarez^(*)
Abogado costarricense

(*) Profesor Catedrático, titular de Juicios Orales.
Vice-Decano de la Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica.

SUMARIO:

Resumen

Presentación

Capítulo I.—De la Intervención del Notario Público en Actividad Judicial No Contenciosa

I. De la Actividad Judicial No Contenciosa o Jurisdicción Voluntaria

II. La Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos

III. Antecedentes Legales del Sucesorio Extrajudicial

Capítulo Segundo.—Del Procedimiento Sucesorio Extrajudicial o ante Notario Público

IV. De las Críticas a la Legislación

V. Los alcances del artículo 130 CN

VI. La Competencia Notarial en Sucesiones

VII. Legitimación y Comparecencia

VIII. Inicio del Proceso y Expediente Sucesorio

IX. Acuerdo Unánime

X. Prueba de la Defunción

XI. Emplazamiento

XII. Aceptación y Declaración Sucesorias

XIII. El Albacea

XIV. El Inventario

XV. Avalúo

XVI. Partición

XVII. Valor de las Actuaciones Notariales

XVIII. Asuntos Pendientes en los Tribunales

XIX. Pérdida de la Competencia

XX. Honorarios

Bibliografía

Anexos

RESUMEN

El propósito del presente trabajo es hacer unas breves notas sobre el tema del **sucesorio notarial**, con la advertencia de que tanto el CPC al regular el “*Procedimiento Sucesorio Extrajudicial*” (arts. 945 ss) como el actual CN al referirse a la “Competencia en Actividad Judicial No Contenciosa” (arts. 129 ss) son ciertamente lacónicos, omisos, ambiguos y oscuros en varios aspectos, por lo que es de esperar que la experiencia notarial en asuntos tan delicados, así como la jurisprudencia y resoluciones, criterios y directrices que han de producirse desde la Dirección Nacional del Notariado (DNN), del Registro Nacional (RN) y del Archivo Judicial (AJ), ayuden en la labor de interpretación de esta nueva normativa.

Ahora bien, si la regulación del sucesorio extrajudicial en el CPC –precisamente por las fallas señaladas arriba– no motivó su uso intensivo entre los Notarios, sí parece que lo hará la nueva legislación sobre el tema en el CN, que, aunque contiene sus vacíos importantes, ha sabido mitigarlos en gran parte con una “*fórmula genérica*”, de la que se hará relación más adelante, que está permitiendo que se logre cierta uniformidad en la práctica a partir de las no pocas directrices de la DNN.

PRESENTACIÓN

El actual Código Notarial (CN), Ley No. 7764,⁽¹⁾ deja sin efecto la anterior legislación,⁽²⁾ la cual, pese a las modificaciones que sufrió en el transcurso de los años, hizo necesario una reforma total e integral que adaptara la actividad notarial a los muchos cambios producidos en la dinámica social, con motivo del fenómeno informático y el de la “aldea globalizada”. Nuevas relaciones y situaciones jurídicas; nuevos conceptos, figuras e institutos jurídicos implican quebrar paradigmas y presentar propuestas novedosas en muchos ámbitos del engranaje estatal, del que, sin duda, no escapa la intervención del Notario Público, importante protagonista en esta reingeniería social y jurídica.

(1) Publicada en *La Gaceta* No. 17 del 22 de mayo de 1998.

(2) Ley Orgánica del Notariado No. 39 del 5 de enero de 1943.

En 1985 fue presentado a la Asamblea Legislativa⁽³⁾ el Proyecto de ley que contenía el CN. Fue elaborado por la Comisión Revisora de la Ley Orgánica de Notariado y por la Comisión Interinstitucional, coordinada por la Unidad Nacional de Estudios Jurídicos.⁽⁴⁾

Entre otras innovaciones, el CN amplía la competencia notarial con el trámite de asuntos propios de la actividad judicial no contenciosa, incluyendo las sucesiones. No obstante, como se señalará adelante, desde 1989, en el Código Procesal Civil (CPC) ya se había regulado esta posibilidad tratándose del sucesorio testamentario, con testamento auténtico. Así, puede afirmarse que desde esa data Costa Rica se suma a las legislaciones que regulan esa materia.⁽⁵⁾

El propósito del presente trabajo es hacer unas breves notas sobre el tema del *Nuevo Sucesorio Extrajudicial*, con la advertencia de que tanto el CPC al regular el “*Procedimiento Sucesorio Extrajudicial*” (arts. 945 ss) como el actual CN al referirse a la “*Competencia en Actividad Judicial No Contenciosa*” (arts. 129 ss) son ciertamente lacónicos, omisos, ambiguos y oscuros en varios aspectos, por lo que es de esperar que

(3) Expediente No. 10.102.

(4) Expediente Legislativo 10.102, Tomo I, Folio 3-208.

(5) “... existen muchos sistemas donde la indivisión creada por la muerte del dueño de un patrimonio puede resolverse con la participación de un federatario (sic) público. El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, México, que se encuentra en vigencia desde el 1 de Octubre de 1932, contiene el capítulo VIII del Título XIV, denominado “JUICIOS SUCESORIOS” y “DE LA TRAMITACIÓN POR NOTARIOS” pudiendo tramitarse la sucesión testamentaria en forma completa ante Notario y parcialmente ab intestato, como en Costa Rica. En Guatemala, por su parte encontramos que desde 1977 (Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de asuntos de Jurisdicción Voluntaria No. 54-77), se tramitan en sede Notarial las sucesiones de todo tipo. Por su parte, en Argentina se conoce desde hace ya bastante tiempo, la llamada “Transmisión hereditaria por homologación notarial”. En estos sistemas, como en el nuestro, cuando se permite la sucesión en sede Notarial, se requiere que no exista controversia alguna. En España inclusive, se admite la participación privada hecha por partidores nombrados por el testador, antecedente éste de la derogada norma nuestra arriba citada” VARGAS SOTO, Francisco. “La Sucesión en Sede Notarial”, Temas de Derecho Procesal Civil, IJ, 1996.

la experiencia notarial en asuntos tan delicados, así como la jurisprudencia y resoluciones, criterios y directrices que han de producirse desde la Dirección Nacional del Notariado (DNN), del Registro Nacional (RN) y del Archivo Judicial (AJ), ayuden en la labor de interpretación de esta nueva normativa.

Ahora bien, si la regulación del sucesorio extrajudicial en el CPC –precisamente por las fallas señaladas arriba– no motivó su uso intensivo entre los Notarios, sí parece que lo hará la nueva legislación sobre el tema en el CN, que, aunque contiene sus vacíos importantes, ha sabido mitigarlos en gran parte con una “fórmula genérica”, de la que se hará relación más adelante, que está permitiendo que se logre cierta uniformidad en la práctica a partir de las no pocas directrices de la DNN.

CAPÍTULO I

DE LA INTERVENCIÓN DEL NOTARIO PÚBLICO EN ACTIVIDAD JUDICIAL NO CONTENCIOSA

I. DE LA ACTIVIDAD JUDICIAL NO CONTENCIOSA O JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

Podría decirse que la regla es que los asuntos sometidos a conocimiento jurisdiccional se ventilen por medio de un proceso, caracterizado por la *contraposición de intereses* de las partes litigantes, frente a los cuales se encuentra el órgano jurisdiccional, como garante de imparcialidad, seguridad jurídica y justicia, que pretende mantener la paz social de la colectividad, representada por el Estado.

Esa intervención tiene su fundamento en los arts. 35 y 41 constitucionales que señalan:

“Artículo 35.–Nadie puede ser juzgado por comisión, tribunal o juez especialmente nombrado para el caso, sino exclusivamente por los Tribunales establecidos de acuerdo con la Constitución”.⁽⁶⁾

“Artículo 41.–Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños

(6) Constitución Política, de 7 de noviembre de 1949, art. 35.

que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerse justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes.

De acuerdo con aquella premisa de la *diferencia de intereses* y la necesidad de que el Estado intervenga para mantener la paz social, la llamada actividad judicial no contenciosa, *por su misma naturaleza* no debería ser una cuestión que deba, necesariamente, tramitarse en los Tribunales de Justicia, precisamente por carecer de una verdadera litis (pleito) pues las pretensiones del o los interesados tienen fines comunes.⁽⁷⁾

Pese a lo anterior, existen asuntos en las que, aun *no existiendo conflicto*, se ha dispuesto, legalmente, que se sometan a conocimiento judicial por motivo de la complejidad o interés público de la materia o para el resguardo y protección que requiere, o, como se dijo antes, para garantizar y mantener la paz social. Por esta circunstancia los mismos son determinados taxativamente por la ley, atendiendo a su finalidad protectora (Ver Libro IV, “*Actividad Judicial no contenciosa y disposiciones Comunes*”, CPC).

De los actuales procesos que dentro del proceso civil se regulan –y que regulaba el viejo Código de Procedimientos Civiles– como actividad judicial no contenciosa, su principal característica es precisamente la inexistencia de contención entre las partes. Esa falta de contención hace que no se justifique la intervención de un juez en este tipo de asuntos, que son estrictamente de orden privado, aunque podrían proteger intereses públicos.⁽⁸⁾ Además, dado que lo que caracteriza a

(7) El antecedente histórico de la jurisdicción voluntaria o actividad judicial no contenciosa se encuentra en el Derecho Romano. En estos asuntos el Magistrado (juez) intervenía sin que existiera un litigio; lo que hacía era fingir la existencia de un proceso. *Omnes pro consules statim, quam urben egressi fuerint, habent iurisdictionem: sen non contentiosam, sed voluntariam, ut acce manumitti apud eos possunt tam liber, quam servi, et adoptiones fieri.* *Ponencias Presentadas por el Notario Español*, Gráficas MIRAYA S.A., Guadalajara, 1993, tomado de Marciano, recogido en D. 1.16.2 pre-I, pág. 90.

(8) La jurisdicción voluntaria fue definida por la Comisión como “asuntos en que intervienen los Tribunales para garantizar legitimidad, pero no hay contención, por ejemplo, el caso de una sucesión, cuando la persona

dichos procesos es la ausencia de litigio, cuando surgen conflictos, o sea *contención*, se hace necesario, como litigiosos, que sean resueltos en la vía plena, salvo, según el Código de rito civil,⁽⁹⁾ el divorcio, la separación judicial por acuerdo y las *sucesiones*.

II. LA COMPETENCIA NOTARIAL EN ASUNTOS NO CONTENCIOSOS

Al permitir el nuevo CN que *algunos asuntos no contenciosos* se tramiten en sede notarial, se consideran los beneficios para las partes y su ámbito privado, así como para los Tribunales de Justicia, al descargarse de asuntos que no necesitan estrictamente de su intervención, con lo que pueden dedicarse recursos y tiempo a los litigios propiamente dichos.

Los arts. 34.l y 129 CN le asigna *taxativamente* competencia al Notario Público para tramitar determinados asuntos no contenciosos, sin perjuicio de otras funciones que se señalan en otros cuerpos normativos.⁽¹⁰⁾

El artículo 129 CN dispone:

“Los notarios públicos podrán tramitar sucesiones testamentarias y ab intestato, adopciones, localizaciones de derechos indivisos sobre fincas

fallece y se abre la sucesión, hay que repartir los bienes entre los herederos, ahí se va tramitando y se hace el reparto final entre los herederos; ahí no hay por lo general contención” Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, Acta N° 6.

- (9) Art. 800 CPC.
- (10) “La intervención del notario en actividades de carácter judicial no contenciosa, y otros actos con trascendencia jurídica procesal, aparece desde hace muchos años en diferentes ordenamientos legales para mencionar algunos ejemplos podemos citar la institución de los notarios receptores de prueba, a quienes Jueces, de acuerdo con los artículos 138 de la Ley Orgánica del poder Judicial y 324 del Código de Procedimientos Civiles... comisionaban para recibir declaraciones de testigos... BLANCO QUIRÓS (Miguel) “Procedimiento Sucesorio Extrajudicial”. *Temas de Derecho Procesal Civil*, San José, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1996, p. 91.

con plano catastrado, informaciones de perpetua memoria, divisiones de cosas comunes, en forma material o mediante la venta pública, distribución del precio, deslindes y amojonamientos y consignación de pagos por sumas de dinero...”.

Se ha cuestionado si la ampliación de la competencia notarial en estas actividades judiciales no contenciosas desnaturaliza la función cartular. Al respecto, en el I Congreso Internacional de Notariado Latino de Buenos Aires, se definió al Notario Público como:

“... el profesional del derecho encargado de una función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin, confiriéndoles autenticidad, conservando los originales de éstos y expidiendo copias que den fe de su contenido. En su función está comprendida la autenticación de hechos”.⁽¹¹⁾

Por su parte el CN, art. 2, lo define como:

“... el profesional en derecho, especialista en Derecho Notarial y Registral, habilitado legalmente para ejercer la función notarial...”.

En un sentido teleológico podría sostenerse que la función notarial es “*conciliadora*” de intereses de las partes, siendo que la asesoría legal que se brinde ha de ser imparcial,⁽¹²⁾ y dentro de principios éticos del ejercicio profesional, constituyéndose en un medio para respetar el orden público, lograr la paz social y por ende la seguridad jurídica a cuyo servicio está llamado y por lo que juró.⁽¹³⁾ En otras palabras, el Notario, al igual que el juez, no debe representar los intereses de una de las partes, sino de todas los involucrados y por este motivo la imparcialidad es

(11) Ponencias presentadas por el Notario Español, *op. cit.*, pág. 16.

(12) El art. 168 del CN dice que los notarios prestarán juramento y jurarán respetar el orden público, ejerciendo sus funciones con honestidad, integridad e imparcialidad.

(13) *Ibid*, pág. 33.

esencial, y su asesoramiento debe ir encaminado a alcanzar la mayor satisfacción en sus intereses.

El artículo 1 CN establece que:

“El notariado público es la función pública ejercida privadamente. Por medio de ella, el funcionario habilitado asesora a las partes, sobre la correcta formación legal de su voluntad en los actos o contratos⁽¹⁴⁾ jurídicos y da fe de la existencia de los hechos que ocurran ante él”.⁽¹⁵⁾

El notario Público hará en su intervención control de legalidad, de forma tal que brinde seguridad a las partes de que el acto que realizan se encuentra acorde con los principios y prescripciones legales. Por ello el Código Notarial establece un régimen disciplinario más estricto que el sistema anterior, con el fin de que los notarios públicos den mayor profesionalidad y seguridad a quien solicite sus servicios; garantías que, obviamente, estarán presentes en aquellos asuntos de naturaleza no contenciosa que el 129 CN le autoriza ejercer.

Por último, se podría considerar que en estos asuntos no contenciosos, cuando sean de naturaleza patrimonial –como las sucesiones– el ordenamiento constitucional al dar sustento a *otros* medios de terminar un litigio, como es el caso previsto en el Artículo 43 constitucional,⁽¹⁶⁾ analógicamente resulta permisivo en situaciones donde exista la misma razón.

(14) *Código Notarial*, art. 1.

(15) *Código Notarial*, art. 1.

(16) “Toda persona tiene derecho a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, aún habiendo litigio pendiente”.

III. ANTECEDENTES LEGALES DEL SUCESORIO EXTRAJUDICIAL

Como se señaló arriba, el CN, arts. 34.L⁽¹⁷⁾ y 129,⁽¹⁸⁾ establece una importante reforma al ampliar la función notarial a ciertos asuntos de la actividad judicial no contenciosa. Entre otros, *podrá tramitar sucesiones testamentarias o ab intestato*.

No obstante, la regulación de las sucesiones en sede notarial no es desconocida en el ordenamiento jurídico costarricense.

Efectivamente, el vigente Código Procesal Civil⁽¹⁹⁾ regula lo que denomina “*Procedimiento Sucesorio Extrajudicial*”, cuyo ámbito de aplicación es muy reducido, pues sólo procede cuando exista un testamento abierto auténtico, entre otros requisitos.

El art 945 CPC dice:

“Cuando exista testamento abierto otorgado ante notario y todos los sucesores fueren mayores hábiles, el proceso sucesorio testamentario se podrá tramitar ante un notario, mientras no haya controversia alguna”.⁽²⁰⁾

Asimismo, en el art. 928 CPC también puede verse la aplicación de una “*figura intermedia*” de intervención notarial⁽²¹⁾ en la terminación

(17) “Art 34.—Compete al notario público... Tramitar los asuntos a que se refiere el título VI de este Código”.

(18) Los notarios públicos podrán tramitar sucesiones testamentarias y ab intestato, adopciones, localizaciones de derechos indivisos sobre fincas con plano catastrado, informaciones de perpetua memoria, divisiones de cosas comunes, en forma material o mediante la venta pública, distribución del precio, deslindes y amojonamientos y consignación de pagos por sumas de dinero”.

(19) Ley 7130 del 16 de agosto de 1989, publicado en La Gaceta 208 del 3 de noviembre de 1989.

(20) *Código Procesal Civil*, art. 945.

(21) Si se tratara de una sucesión ab intestato, en realidad lo único extraordinario que estaría haciendo el Notario es procediendo a hacer la

extrajudicial de un proceso sucesorio, cuando se regula la posibilidad de separarse del trámite judicial, para que los sucesores tomen los acuerdos partitorios respectivos.

Dice este artículo:

“Artículo 928.–Una vez firme la resolución en la que se declaren herederos y legatarios, si éstos son mayores hábiles, si estuviere satisfecho el interés del fisco, si lo hubiere, si estuvieren pagados los impuestos que correspondan y no hubiere controversia alguna entre los interesados, estos podrán adoptar, previa autorización del Tribunal, los acuerdos que crean convenientes para la terminación del sucesorio. La solicitud de autorización podrá ser hecha por el albacea.

Tratándose de bienes inscribibles en los registros públicos, la adjudicación se hará en escritura pública; en los demás casos podrá hacerse en un escrito que se agregará al expediente. Este acuerdo de adjudicación deberá notificarse al tribunal, mediante la presentación de una copia auténtica de la escritura en papel común, o el escrito, según el caso, con obligación del notario autorizante de suministrar dicha copia, de lo que dejará constancia en el original. Recibida esa copia o el escrito, el tribunal pondrá los bienes a disposición de los herederos, pero no dará por terminado el proceso hasta tanto no se aprueben las cuentas del albacea. Los interesados podrán relevarlo de esta obligación. A la adjudicación deberán concurrir todos los interesados. Si no se pudiere celebrar el acuerdo por cualquier causa, el albacea lo hará saber así al tribunal, para que continúe el procedimiento. Para

declaratoria de herederos, pues lo demás, como hemos visto, es posible que en la actualidad lo realice el notario en virtud de las normas examinadas, referentes a la autorización para la separación de la prosecución del juicio. Tal declaratoria de herederos, si se temiere por ella, será hecha igual que en el caso de sucesión judicial, es decir, sin perjuicio de terceros de mejor o igual derecho” VARGAS SOTO, *ob. cit.*, pág. 95.

los efectos de este artículo, se considerarán interesados los herederos, los legatarios, el albacea, el cónyuge sobreviviente y los acreedores”.

Existe también un antecedente importante en el numeral 558 del anterior CPC que decía:

“Artículo 558.—Las liquidaciones y particiones de las herencias hechas extrajudicialmente aunque lo hayan sido por contadores nombrados por el testador, deberán presentarse a la aprobación judicial, siempre que tenga interés en ella, como heredero, algún menor, incapacitado o ausente cuyo paradero se ignore.

No están comprendidas en las disposiciones de este artículo las particiones hechas por los mismos testadores, las cuales no necesitarán la aprobación judicial”.⁽²²⁾

Como se constata, existen importantes antecedentes legales sobre trámites sucesorios extrajudiciales, que, aunque tímidos, prepararon el terreno para la nueva legislación que amplía la opción que prevé el CPC en el art. 945 ss., con lo cual el Notario tendrá plena competencia en todo tipo de sucesorio.

CAPÍTULO II

DEL PROCEDIMIENTO SUCESORIO EXTRAJUDICIAL O ANTE NOTARIO PÚBLICO

IV. DE LAS CRÍTICAS A LA LEGISLACIÓN

Del procedimiento sucesorio extrajudicial existen aún muchas dudas pues, como se dijo al principio, la normativa, tanto del CPC como del CN, en este tema, es insuficiente en muchos aspectos y contiene importantes vacíos que sólo el devenir de la práctica notarial, así como las directrices que en su momento dicte la DNN, el RN o el AJ, así como la jurisprudencia en temas de sucesiones ante Notario, hará que se pueda ir integrando mejor esta normativa dentro del sistema sucesorio costarricense.

(22) V. VARGAS SOTO, *ob. cit.*, pág. 93.

No obstante, es de reconocer el gran paso dado con esta nueva vía procesal para tramitar un sucesorio y es de esperar que con el transcurrir del tiempo, la práctica notarial y registral ayuden a hacer de este instrumental la opción preferida por los herederos para dilucidar la liquidación patrimonial que se genera con motivo de la muerte de una persona.

Antes de la promulgación del CN se habían planteado⁽²³⁾ serias críticas al “Procedimiento Sucesorio Extrajudicial” regulado en el CPC, precisamente en cuanto a las profundas lagunas que tenía en su adecuada aplicación. No obstante, en criterio de algunos⁽²⁴⁾ no se aprovechó la nueva legislación para solucionar tan importante problema haciendo que la situación se agrave dada la amplitud en la materia, al permitirse ahora la intervención del Notario en sucesiones testadas y ab intestato. Se ha dicho que si con la normativa del CPC se hacía difícil resolver ciertas situaciones, con todo y que se podría pensar que por existir un testamento y ser auténtico éste, por su “fuerza de ley” llenaba algunos vacíos,⁽²⁵⁾ ahora que se incluye a la sucesión “*por disposición de ley*”⁽²⁶⁾ las dudas de su aplicación se agudizan. Además, se dice que la introducción de esta posibilidad procesal, primero en el CPC y ahora en el CN, es “tímida” pues no se permite en casos en que haya menores e incapaces.⁽²⁷⁾

A pesar de todo –se reitera– la legislación es bien intencionada y debe buscarse, con el tiempo y la práctica, ir integrando su normativa. En su interpretación sus operadores deberán atender su espíritu y finalidad, su *ratio legis*, pues no es sino con un criterio amplio que se logrará hacer de esta normativa un instrumento fundamental en la *desjudicialización* de _____ recargan innecesariamente la labor del juez y le impide hacer justicia, pronta y cumplida.

En resumen, las críticas que se hacen son el sentido de que la nueva legislación es tan omisa como el procedimiento para la sucesión

(23) V. VARGAS SOTO, *ob. cit.*, pág. 98

(24) VARGAS SOTO, “Manual de Derecho Sucesorio Costarricense”, ed. 1999, pág. 353 ss.

(25) Por ejemplo, el testador puede dejar nombrado el albacea.

(26) Arts. 522 y 572 CC.

(27) *Idem*, pág. 357.

extrajudicial que regula el CPC y dado que para algunos⁽²⁸⁾ éste último es el que debe aplicarse ahora a toda sucesión, testada o no, el problema antes que atenuarse se complicó aún más.

Tan lejos van las críticas que uno, o quizá el mayor crítico de la nueva (y vieja) legislación, el Dr. Francisco Vargas Soto, afirma que *“En cuanto a la forma judicial, es necesario decir que ésta será aplicable forzosamente cuando se trate de un sucesorio ab intestato, es decir, en ausencia de testamento, pero la inversa no es cierta, es decir, no en todo caso en que el causante hubiere otorgado un testamento, el trámite puede hacerse extrajudicialmente, a pesar de que el Código Notarial diga lo contrario, como veremos ”*.⁽²⁹⁾

Más adelante el Dr. Vargas centra el problema fundamental del nuevo CN:

“Aunque dicho Código admite que la sucesión pueda ser conocida por el Notario con independencia del hecho de existir testamento –en cualquiera de sus formas al no limitarla a ninguna en particular– y del hecho de que del todo no exista testamento, es decir, en el caso de la sucesión intestada, no desarrolla, acto seguido la normativa mediante la cual se pueda seguir uno u otro proceso...”.⁽³⁰⁾

“De esta forma no queda otra alternativa que aplicar supletoriamente el Código Procesal Civil, el cual, al no prever como posible sino la sucesión notarial basada en un testamento abierto auténtico, no contiene tampoco regulaciones concretas para el caso de una eventual sucesión ab intestato en sede notarial...”.⁽³¹⁾

(28) VARGAS SOTO, *ob. cit.*, págs. 353 ss.

(29) VARGAS SOTO, *ob. cit.*, pág. 11.

(30) VARGAS SOTO, *ob. cit.*, pág. 360.

(31) *Idem*, pág. 361.

Igualmente duda el Dr. Vargas que “...se apliquen por analogía las disposiciones contenidas en este último cuerpo de leyes (CPC) para los supuestos de la sucesión en sede judicial, salvo que hubiera norma expresa que así lo permitiera”.

Y en cuanto a la norma contenida en el art. 130 CN, dice que ella no puede ser esa “norma expresa”, “...puesto que más bien lo limita a lo expresamente previsto en la legislación y como ni este Código ni el Procesal Civil prevén el procedimiento sucesorio extrajudicial ab intestato, sino el procedimiento sucesorio extrajudicial testamentario, entonces podemos decir que el numeral 129 de aquel se convierte en una norma programática que requiere de una reforma del articulado del Código Procesal Civil, ya sea para que se establezcan normas particulares al proceso extrajudicial, ya sea para que se diga que tanto en el caso de la sucesión ab intestato como en la testamentaria, el Notario seguirá LOS MISMOS PROCEDIMIENTOS PREVISTOS PARA LA SUCESIÓN JUDICIAL” (sic).

V. LOS ALCANCES DEL ARTÍCULO 130 CN

En lo que interesa este artículo dice:

“Artículo 130.–Procedimiento... Las actuaciones de los notarios serán extraprotocolares...Para el trámite de los asuntos, las actuaciones notariales se ajustarán a los procedimientos y las disposiciones previstas en la legislación ...”.

No se puede compartir la opinión del Dr. Vargas Soto en cuanto afirma que la anterior es “una norma programática que requiere de una reforma del articulado”; pues, por el contrario, de acuerdo a lo que se expondrá, se considera, que el legislador al dictar esta regla lo que quiso fue, *precisamente*, dar fundamento, aunque en forma muy general, a la *aplicación de las normas del proceso sucesorio judicial, según el CPC y otras disposiciones de derecho sucesorio, del CC, al trámite sucesorio a cargo del Notario*. No otra cosa se puede deducir al analizar todo este Capítulo (Único del T. VI CN) *en su conjunto*, el que dice que el procedimiento que debe seguir el Notario en una *sucesión*, lo mismo que en los otros asuntos no contenciosos en los que se autoriza su intervención, como las *adopciones, las localizaciones de derechos indivisos, las informaciones para perpetua memoria*, entre otras, “se

ajustarán a los procedimientos y disposiciones previstas en la legislación”,⁽³²⁾ debiéndose entender por “ajustar” como *conformar, concordar, acomodar* el procedimiento realizado ante la Notaría, en estos casos, con el previsto por CPC y “*disposiciones previstas en la legislación*”. El que este último Código haya regulado en su momento el Sucesorio Extrajudicial limitado al testamentario (945) no implica que es a este procedimiento a que se refiere el 130 sino que, por el contrario, éste se debe tener por reformado tácitamente por el CN, como norma posterior de igual rango, e integrado al cuerpo normativo del CN que regula el tema del sucesorio extrajudicial y que lo remite, en cuanto a su procedimiento, al sucesorio judicial, con lo que, más bien, consecuente con las críticas que se le han hecho al CPC en punto al procedimiento extrajudicial, éste supera de esta forma los problemas de aplicación que tuvo. De ahí que, por ejemplo, al decir el CN que, salvo excepciones que señala, todas las actuaciones del Notario *serán extraprotocolares*, debe entenderse que en los casos que el CPC prescribe que algunas actuaciones dentro del sucesorio testado debían “*protocolizarse*”, ello fue reformado por el CN. O sea, no puede afirmarse lo contrario y decir que como el CPC dispone que esas protocolizaciones deben hacerse en ciertos casos dentro del sucesorio testamentario extrajudicial así debe hacerse ahora en un sucesorio *ab intestato*, tramitado de acuerdo al CN. Eso sería revertir el principio de derogabilidad de la norma anterior

(32) Así lo ha entendido muy bien la DNN: “II.- El artículo 130 del Código Notarial dispone que para el trámite de los asuntos, las actuaciones notariales se ajustarán a los procedimientos y las disposiciones previstas en la legislación. Dentro de estos procedimientos, se encuentra el dar audiencia a sujetos de derecho público o privado, sobre el particular, esta Dirección, en directriz número 009-99, de las diez horas del siete de abril de mil novecientos noventa y nueve, dispuso: “Todos aquellos notarios públicos ante quienes se tramiten asuntos dentro de la competencia en actividad judicial no contenciosa, al conceder audiencia a órganos o entes públicos, así como también a sujetos de derecho privado, señalarán expresa y claramente, la dirección exacta de la oficina en que deben ser enviados los documentos y apersonamiento de esos órganos o entes públicos, o deban dirigirse los sujetos de derecho privado, para atender el caso particular. Es entendido que si surgiera alguna modificación en el asiento de su oficina, el notario público deberá comunicarlo en forma inmediata a quienes se haya dado parte en el proceso, con indicación del número de expediente y tipo de asunto, para los fines consiguientes. Los notarios omisos en el cumplimiento de la presente directriz, podrán ser sujetos del régimen disciplinario vigente...”. DIRECTRIZ DNN No 99-010 diez horas del veintitrés de junio de mil novecientos noventa y nueve.

contraria a una posterior de igual rango, además de que tornaría sumamente complejo y costoso para las partes el trámite notarial. En breve, al decir el CN, en el art. 129, que el Notario puede tramitar, entre otros, sucesiones testamentarias y ab intestato, el “*Procedimiento Sucesorio Extrajudicial*” del art. 945 ss CPC fue derogado tácitamente en todo aquello que se le oponga a la nueva legislación. Además, con la norma del 130 CN el proceso sucesorio judicial y demás disposiciones de derecho sucesorio (CPC y CC), se aplican supletoriamente al sucesorio extrajudicial, testamentario o *ab intestato*.⁽³³⁾

Así las cosas, el procedimiento de una sucesión será un trámite fácilmente *ajustable* al caso y situación jurídica concreta que con prudencia y buena diligencia podrá llevar a buen término el Notario llamado a intervenir. Seguramente se presentarán casos que escaparán al trámite sencillo y que representará algún grado de dificultad, como, por ejemplo, la solicitud de un sucesorio basado en un testamento cerrado, privilegiado o abierto ante sólo testigos. En estos casos, *la norma del 130 deberá ser la guía para encontrar y aplicar la solución adecuada*. Se insiste que la normativa tiene sus bemoles pero igualmente se reafirma que la buena práctica y oportunos correctivos que se vayan instruyendo hará de este instrumental, el CN, uno de los mayores aciertos legislativos de los últimos tiempos.

A continuación se hará una breve exposición de algunos aspectos de tipo procesal referidos al trámite del sucesorio notarial, con la *advertencia* de que *se tomará la norma o normas aplicables, propias o por analogía, del CN, el CPC o el CC (de acuerdo al 130 ídem) por lo que se ha de presuponer la base conceptual propia de cada figura, procesal o sustantiva, propia del derecho sucesorio*.

(33) “...IX.—Que al analizar el caso específico de las sucesiones, en resolución número 0301-99, de las once horas treinta y cinco minutos del veintiuno de abril de mil novecientos noventa y nueve, esta Dirección, dejó sentado que el notario debe aplicar el procedimiento establecido en el Código Procesal Civil para el sucesorio extrajudicial, aplicando, en cuanto sea éste omiso y de forma supletorio, el procedimiento para sucesorio judicial...”.- DIRECTRIZ DNN No. 99-010 diez horas del veintitrés de junio de mil novecientos noventa y nueve.

VI. LA COMPETENCIA NOTARIAL EN MATERIA DE SUCESIONES

Los Notarios Públicos podrán tramitar, como actividad judicial no contenciosa, todo tipo de sucesiones, sin límite en su cuantía, dentro de todo el territorio nacional e incluso fuera de él, cuando surtan efectos en Costa Rica.

La DNN al respecto ha dicho:

“I.–La competencia material de los notarios públicos en actividad judicial no contenciosa, está destinada al trámite de sucesiones testamentarias y ab intestato, adopciones, localizaciones de derechos indivisos sobre fincas con plano catastrado, informaciones de perpetua memoria, divisiones de cosas comunes, en forma material o mediante la venta pública, distribución del precio, deslindes y amojonamientos y consignaciones de pago por sumas de dinero... ”.⁽³⁴⁾

VII. LEGITIMACIÓN Y COMPARECENCIA

Tienen legitimación todos los interesados en un sucesorio, a saber herederos, legatarios, cónyuge supérstite, acreedores y el albacea. En el caso de los sucesores deberán ser mayores y capaces (art.129 *in fine* CN).⁽³⁵⁾

(34) DIRECTRIZ DNN No. 99-010 diez horas del veintitrés de junio de mil novecientos noventa y nueve.

(35) Con relación a menores de edad y a quienes tengan una incapacidad volitiva o cognoscitiva, como impedimentos legales para tramitar el sucesorio en sede notarial, se considera que el legislador pudo haber otorgado mayor flexibilidad, permitiendo su tramitación, aún cuando los herederos no reunieran esas condiciones, con la intervención de su tutor y el Patronato Nacional de la Infancia o del curador y la Procuraduría General de la República, en caso del incapaz. “Creemos que la existencia de menores o incapaces no debería impedir que el proceso se tramitara ante notario. Si lo que existe es desconfianza respecto del notario, creo que el problema se solucionaría sometiendo a aprobación judicial la participación hecha ante Notario en el supuesto de haber sujetos involucrados como los indicados” VARGAS SOTO, *ob. cit.*, pág. 95.

En el caso de no existir testamento sobre la totalidad o parte de los bienes, son herederos quienes estén comprendidos dentro de los órdenes excluyentes del 572 CC.⁽³⁶⁾

En el caso del Estado (las Juntas de Educación), como heredero en el sexto orden del 572 CC, se podría considerar la posibilidad de que una sucesión a su favor se tramite por medio de la Notaría del Estado, a cargo de la Procuraduría General de la República. Obviamente ello supone que se de el trámite correspondiente del sucesorio, de modo que si se presentan herederos de mejor derecho, una vez declarados éstos, el Estado deja de tener legitimación para pretender una declaración tal.

Los órdenes de herederos legítimos son excluyentes entre sí. Se consideran interesados legítimos los que se presentan dentro de un mismo orden, siendo éstos los que deberán acordar todo lo relativo al trámite del sucesorio ante Notario.

Si se estuviera en el trámite de una testamentaria se estaría a lo que se disponga en el respectivo testamento, tanto en cuanto a herederos como a repartición de bienes y nombramiento de albacea, entre otros aspectos.⁽³⁷⁾

VIII. INICIO DEL PROCESO Y EXPEDIENTE SUCESORIO

Hay que recordar que el CN dispone claramente que el trámite de un sucesorio ante Notario es *optativo*.

Asimismo, los herederos, o legatarios, requerirán en forma personal la intervención de ese profesional y así se hará constar en un acta,

(36) “Los hijos, los padres y el consorte, o el conviviente en unión de hecho (con ciertas “advertencias”).

- Los abuelos y demás ascendientes legítimos. La madre y la abuela por parte de la madre, aunque sean naturales, se considerarán legítimas, lo mismo que la abuela natural por parte de padre legítimo.
- Los hermanos legítimos y los naturales por parte de la madre.
- Los hijos de los hermanos legítimos o naturales por parte de la madre; y los hijos de la hermana legítima o natural por parte de la madre.
- Los hermanos legítimos de los padres legítimos del causante y los hermanos uterinos no legítimos de la madre o del padre legítimo...”
Código Civil, 6a. Edición, San José, Editorial Porvenir, 1994.

(37) *Código Notarial*, art. 130.

con la que se iniciará proceso sucesorio. Esa acta encabezará el expediente respectivo y en ella se indicará el nombre y calidades de quien o quienes solicitan la intervención del Notario; de si el sucesorio es testamentario o ab intestato; quiénes son los herederos presuntivos, que todos son mayores y capaces y que están de acuerdo en el trámite ante el notario; que aceptan la herencia, si son herederos testamentarios, y manifestarán cualquier acuerdo sobre pagos a acreedores, la posible partición de los bienes, así como cualquier acuerdo que lleve a poner fin a la indivisión del haber sucesorio. En dicha acta se ordenará proceder con el emplazamiento y se dará traslado a la Procuraduría General de la República. El expediente deberá numerarse cronológicamente y una vez concluido el trámite se pondrá en depósito definitivo del Archivo Judicial.⁽³⁸⁾

IX. ACUERDO UNÁNIME

Siendo la *ausencia de controversia* lo que permite que un sucesorio se tramite ante Notario, el acuerdo unánime de todos los interesados se hace imprescindible, de modo tal que de haber tan sólo uno que manifieste un interés contrario, el asunto deberá ser sometido a conocimiento y decisión del juez.

(38) "...IV.- El relacionado Título VI, obliga al profesional tramitante, a la formación de un expediente, con observancia de todos los requisitos legales y de conformidad con el artículo 131 *ibidem*, una vez finalizado el asunto, éste deberá remitirse al Archivo Judicial para su custodia definitiva. En su necesaria relación, los artículos 19 y 20 de la ley 6723 "Ley del Registro y Archivos Judiciales", establecen que no podrán salir de esa dependencia del Poder Judicial (*sic*), los expedientes bajo su custodia, excepto cuando sean pedidos por los tribunales judiciales, por un período no mayor a treinta días, salvo si se tratare de continuar su tramitación, o para resolver gestiones de las partes. De conformidad con lo expuesto en el considerando anterior, y tomando en cuenta que los procesos tramitados en sede notarial no contenciosa pueden ser objeto de una eventual reapertura (vgr. los procesos sucesorios), y en virtud de que el Archivo Judicial no está autorizado legalmente a entregar al notario el expediente para que lo lleve consigo por su solo pedimento, se estima imprescindible la intervención de la Dirección Nacional de Notariado, la cual sí puede solicitar al Archivo que entregue al notario el legajo para los fines consiguientes, previa solicitud del profesional tramitante. DIRECTRIZ DNN No. 99-010 diez horas del veintitrés de junio de mil novecientos noventa y nueve.

X. PRUEBA DE LA DEFUNCIÓN

En el expediente debe constar la certificación de la defunción del causante o en su defecto y con vista de la inscripción en el Registro Civil, el notario dará fe en el acta.

En caso de muerte presunta, declarada judicialmente, se aportará certificación de la inscripción de la resolución judicial hecha en el Registro Civil. (art. 876.2 CPC)

XI. EMPLAZAMIENTO

El notario publicará las manifestaciones hechas en aquella solicitud, citará y emplazará a los interesados, por medio de una publicación que se hará por una vez en el Boletín Judicial⁽³⁹⁾ para que dentro del plazo de 30 días, comparezcan a hacer valer sus derechos. Se da traslado a la Procuraduría General de la República.

El emplazamiento a “interesados” se entenderá a “otros posibles interesados” además del o los petentes, como acreedores, cónyuge superviviente, herederos y legatarios que no comparecieron desde el inicio, por lo que es de comprender que, en caso de que haya alguna controversia, relativa al pago de un crédito, gananciales, o de herederos de igual o mejor derecho, el sucesorio debe suspenderse y pasarse a la vía judicial.

XII. ACEPTACIÓN Y DECLARACIÓN SUCESORIAS

Transcurrido aquel plazo, si no es que lo han hecho desde el inicio, los herederos aceptarán expresamente la herencia y el Notario los declarará herederos, sea legítimos o testamentarios, de acuerdo a lo dispuesto en la ley (572 CC) o en el testamento, respectivamente.⁽⁴⁰⁾

(39) *Ibid.*, art. 946.

(40) Si se tratara de una sucesión ab intestato, en realidad lo único extraordinario que estaría haciendo el Notario es procediendo a hacer la declaratoria de herederos...“ VARGAS SOTO, *ob. cit.*, pág. 95.

XIII. EL ALBACEA

Como en el Sucesorio Judicial, el cargo de albacea es fundamental para llevar adelante el proceso y administrar los bienes hasta que se hace la partición definitiva. Si existiera un albacea testamentario éste comparecerá junto con los herederos y legatarios a solicitar la intervención del Notario en el trámite del sucesorio. Si no fuera ese el caso, el Notario nombrará uno en carácter de provisional hasta que, habiéndose hecho la declaratoria de herederos, se nombre en forma definitiva. El Albacea comparecerá ante el Notario a aceptar el cargo.

El Albacea tendrá las potestades y obligaciones que lo tiene en un proceso judicial y actuará conforme a los acuerdos que tomen los herederos, y legatarios en su caso.

En cuanto a la posible remoción de albacea, si éste es a la vez heredero y si la misma planteara conflicto entre los sucesores, el trámite deberá suspenderse y pasarse a la vía judicial.

XIV. EL INVENTARIO

Este albacea deberá presentar al notario, por escrito, el inventario de bienes.⁽⁴¹⁾ Este se agregará al expediente para ser conocido y aprobado en la etapa de partición por los sucesores.

XV. AVALÚO

Para que proceda al avalúo de los bienes inventariados, el Notario nombrará un perito,⁽⁴²⁾ quien no podrá ser empleado ni allegado suyo o

(41) *Ibid*, art. 947.

(42) "...XI.-En cuanto al nombramiento de peritos, esta Dirección, en resolución de las dieciséis horas siete minutos del siete de enero de mil novecientos noventa y nueve, al tratar el tema del nombramiento de peritos en sede notarial, concluyó que lo correcto, es que el notario realice la designación, con apego a lo establecido en el derecho instrumental, siendo altamente conveniente, solicitar a la Dirección Ejecutiva del Poder Judicial, la recomendación de algún perito de las listas oficiales que ese despacho confecciona...". DIRECTRIZ DNN No. 99-010 diez horas del veintitrés de junio de mil novecientos noventa y nueve.

cónyuge, conviviente, ascendiente, descendiente, hermano, tío, sobrinos por consanguinidad o afinidad Además deberá ser persona idónea que reúna los requisitos dispuestos en el CPC y sus honorarios se les pagarán con base en las tarifas fijadas por la Corte Suprema de Justicia.⁽⁴³⁾ Este se agregará al expediente para ser conocido y aprobado en la etapa de partición por los sucesores.

XVI. PARTICIÓN

Constatado el activo con la aprobación del inventario y su avalúo por los sucesores; pagado el pasivo,⁽⁴⁴⁾ que incluye el haber satisfecho el interés del fisco, si lo hubiera, y pagados los impuestos, así como demás acreedores, incluyendo los honorarios del notario, albacea y perito, los sucesores determinarán la forma en que se efectuará la partición del haber sucesorio, del que los herederos manifestarán sus acuerdos de división y así constará por escrito en el expediente sucesorio.

Si se trata de bienes inscribibles en los registros públicos, la adjudicación se hace en escritura pública; en los demás casos basta que conste por escrito en el expediente y que para efectos de propiedad se expida una certificación al respecto. Aunque todas las actuaciones del Notario son extraprotocolares,⁽⁴⁵⁾ se hace la excepción en este caso, a tenor de lo dispuesto en el primer párrafo del art. 130 CN.

XVII. VALOR DE LAS ACTUACIONES NOTARIALES

Las actuaciones que practiquen los notarios en los asuntos de su competencia tienen el mismo valor que las realizadas por los funcionarios judiciales.

(43) *Código Notarial*, arts. 136, 7, c.

(44) Ver ARROYO ALVAREZ (Wilberth) “Partición de la Herencia y Pago de Acreedores”, en prensa, 2000.

(45) Art. 108 CN.

XVIII. ASUNTOS PENDIENTES EN LOS TRIBUNALES

Los asuntos pendientes en los tribunales, cualquiera sea la etapa en la que se encuentre, si lo piden por escrito todos los interesados y se cumplen los demás requisitos legales, pueden ser continuados y concluidos por el Notario que aquellos designen.

XIX. PÉRDIDA DE LA COMPETENCIA

De suma importancia es que el control del trámite en estos asuntos no contenciosos, recae en las mismas partes interesadas, desde una óptica del sujeto compareciente, pues basta que uno de ellos no esté de acuerdo en cualquier punto para que el asunto deba tramitarse judicialmente, por lo que la oposición, aparte de tener que hacerse por escrito, no requiere ser fundamentada.

El notario debe abstenerse de tramitar la sucesión, en los siguientes casos:

1. **Cuando algún interesado lo solicite y exista oposición escrita:** Dado que para que la sucesión pueda tramitarse por vía notarial todas las partes interesadas deben estar de acuerdo, en caso de que algún interesado lo solicite, oponiéndose por escrito, ello será suficiente para que el trámite deba continuarse en vía judicial.

Téngase presente que la ausencia de controversia implica que también los acreedores, si los hubiera, estén de acuerdo y por eso se les emplaza como a los demás interesados, de modo que si sólo uno de ellos planteara alguna oposición por escrito, el Notario deberá pasar el asunto a la vía jurisdiccional.

- 2.. **Cuando surja contención entre los interesados.** El haber accedido a la sede notarial implica que hay acuerdo de herederos, de modo que cuando el asunto pierde su característica de *unánime acuerdo* entre aquéllos, el asunto debe continuarse en sede judicial. Hay que subrayar que se impide el conocimiento de un sucesorio en sede notarial, por mínima que sea la controversia entre los interesados.

(46) En igual sentido VARGAS SOTO (Francisco). La Sucesión en Sede Notarial. *Temas de Derecho Procesal Civil*, San José, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1996, p. 93.

3. **En el caso de declinatoria** por parte del Notario, una vez iniciado el sucesorio, según su criterio de oportunidad o legalidad.
4. **Cuando el Tribunal respectivo lo disponga** a solicitud de parte interesada. Esta es una posibilidad de trascendental importancia, pues puede presentarse el caso de que pese a la oposición de alguna de las partes el notario insista en el trámite del sucesorio. En este caso el notario público podría incurrir en el delito de usurpación de autoridad.

Si se presentan las circunstancias señaladas arriba, al estar imposibilitado el notario de continuar tramitando el sucesorio, éste tiene la obligación de suspender todo trámite y pasar el expediente al Tribunal que corresponda, siendo que cualquier actuación o gestión realizada posteriormente son absolutamente nulas.

La ley no establece ninguna regulación en el caso de que los herederos decidan cambiar de notario público en el conocimiento del sucesorio. Pese a la inexistencia de norma expresa en tal sentido, de acuerdo al principio de autonomía de la voluntad no existe impedimento para que aquéllos puedan proceder de tal manera, sin perjuicio, claro está, de las reglas de ética notarial respecto del sustituto y pago de honorarios del sustituido.

XX. HONORARIOS DEL NOTARIO Y DEL ALBACEA

Los honorarios del Notario son los mismos que recibiría por realizar un trámite análogo en sede judicial.

Al respecto dice el artículo 941 CPC:

“Los honorarios del apoderado o del abogado director se calcularán sobre el valor dado a los bienes. Si el profesional dejare de serlo antes de finalizar el sucesorio, el tribunal fijará prudencialmente sus honorarios tomando en cuenta la labor realizada y el beneficio producido a la sucesión, y dejando un amplio margen para los sucesivos profesionales, de modo que en ningún caso puedan exceder de los honorarios totales”.

Por su parte el art. 950 CPC dispone que:

“Los honorarios del albacea y del Notario se registrarán por las que establezcan las leyes respectivas”.

Hay que entender que cuando en un trámite de esta naturaleza el Notario actúa lo hace en esta condición y no como “abogado de los tribunales”, por lo que deberá calcularse sus honorarios de acuerdo a eso, con base en el respectivo decreto ejecutivo.

En cuanto a los honorarios del Albacea, expresa el 557 CC que el albacea ganará por su trabajo los honorarios que le haya fijado el testador, y en caso de que no sea así y sea de nombramiento del Notario, los honorarios serán de 5% sobre los primeros 10.000.00 colones y 2,5% sobre esa cantidad y se pagarán al terminarse la *sucesión*.

BIBLIOGRAFÍA

PONENCIAS PRESENTADAS POR EL NOTARIO ESPAÑOL, Gráficas MIRAYA S.A., Guadalajara, 1993.

ARROYO ALVAREZ (Wilberth) “Partición de la Herencia y Pago de Acreedores”, en prensa, 2000.

BLANCO QUIRÓS (Miguel) “Procedimiento Sucesorio Extrajudicial”, en Temas de Derecho Procesal Civil, San José, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1996.

VARGAS SOTO (Francisco). “La Sucesión en Sede Notarial”. Temas de Derecho Procesal Civil, San José, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1996.

VARGAS SOTO (Francisco), “Manual de Derecho Sucesorio Costarricense”, ed. 1999.

EXPEDIENTE LEGISLATIVO No. 10.102.

NORMATIVA JURIDICA

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COSTA RICA, 7 de noviembre de 1949.

CÓDIGO NOTARIAL, Ley 7764, 22 de mayo de 1998.

LEY ORGÁNICA DEL NOTARIADO, No 39 del 5 de enero de 1943

CÓDIGO PROCESAL CIVIL, Nº 7130 del 16 de agosto de 1989.

CODIGO CIVIL, Nº XXX del 19 de abril de 1885.

ANEXO No. 1

CODIGO NOTARIAL
(Ley 7764 del 17 de abril de 1998)

“TÍTULO VI

De la competencia en actividad judicial no contenciosa

CAPÍTULO ÚNICO

Artículo 129.—**Competencia material**

Los notarios públicos podrán tramitar sucesiones testamentarias y ab intestato, adopciones, localizaciones de derechos indivisos sobre fincas con plano catastrado, (titulación de vivienda campesina),⁽⁴⁷⁾ informaciones de perpetua memoria, divisiones de cosas comunes, en forma material o mediante la venta pública, distribución del precio, deslindes y amojonamientos y consignaciones de pago de sumas de dinero.

El trámite de esos asuntos ante notario será optativo y solo podrán ser sometidos al conocimiento de esos funcionarios cuando no figuren como interesados menores de edad ni incapaces.

Artículo 130.—**Procedimiento**

Las actuaciones de los notarios serán extraprotocolares. Se exceptúan los actos o contratos que, como consecuencia de los asuntos sometidos a su conocimiento, deban documentarse en esa forma para hacer valer en las oficinas públicas; además lo que disponga en contraria este código o cualquier otra ley.

Para el trámite de los asuntos las actuaciones notariales se ajustarán a los procedimientos y las disposiciones previstas en la legislación.

La intervención del notario deberá ser requerida en forma personal y esta gestión se hará constar en un acta, con la que se iniciará el expediente respectivo. Otras intervenciones podrán realizarse por escrito; pero, el notario será siempre responsable de la autenticidad de toda actuación o presentación que se formule ante él.

(47) Declarada esta frase inconstitucional por la Sala Constitucional, según voto 2802-99 del 20 de abril.

Artículo 131.–**Registro y custodia de expedientes**

El notario deberá llevar un registro de cada uno de los expedientes, los cuales numerará en forma continua. Una vez concluidos, se remitirán al Archivo Judicial para la custodia definitiva.

Artículo 132.–**Consignación de sumas de dinero**

La oferta de pago se hará constar en acta protocolar, la cual se iniciará con la referencia a solicitud del oferente y al número del expediente de la notaría a la que dicha oferta de lugar.

Si el acreedor acepta el pago, este deberá hacerse en el acto, previa entrega del documento o título donde conste el crédito o de un recibo por la suma entregada en todos los demás casos. La entrega del recibo podrá omitirse si el acreedor suscribe el acta notarial. La negativa del acreedor a proceder conforme a lo indicado equivale al rechazo de la oferta.

Si el acreedor no aceptare el pago o fuere imposible realizar la oferta por motivos atribuibles a él, se procederá conforme a lo indicado en el artículo 870 del Código Procesal Civil.

Cualquier incumplimiento de esta norma invalida, para todo efecto, el pago pretendido.

En cuanto al pago por consignación, se aplicarán en lo pertinente las disposiciones de los Códigos Civil y Procesal Civil.

Artículo 133.–**Valor de las actuaciones**

Para todos los efectos legales, las actuaciones de los notarios en los asuntos de su competencia tendrán igual valor que las practicadas por los funcionarios judiciales.

Artículo 134.–**Pérdida de la competencia**

El notario se abstendrá de continuar tramitando el asunto no contencioso en los siguientes casos:

- a) Cuando algún interesado se lo solicite.
- b) Por oposición escrita ante la Notaría.
- c) Cuando surja contención o declinatoria.
- d) Cuando el tribunal respectivo lo disponga, a solicitud de parte interesada.

Ante esas situaciones, el notario suspenderá todo trámite y pasará el expediente al tribunal al que le compete conocerlo.

Las situaciones, el notario suspenderá todo trámite y pasará el expediente al tribunal al que le compete conocerlo.

Las resoluciones y actuaciones posteriores serán absolutamente nulas. Si el notario persistiere en seguir conociendo del asunto a pesar de la oposición expresa, será juzgado y sancionado por el delito de usurpación de autoridad.

Artículo 135.–Asuntos pendientes en los tribunales

Los asuntos pendientes en los tribunales podrán ser continuados y concluidos por el notario que se escoja, si todos los interesados lo solicitaren así por escrito.

Artículo 136.–Nombramiento de peritos y honorarios

El nombramiento de peritos por parte de los notarios, no podrá recaer en empleados ni allegados suyos; tampoco en ninguna persona de las referidas en el inciso c) del artículo 7°.

El notario deberá designar a personas idóneas que reúnan los requisitos dispuestos por el Código Procesal Civil, y los honorarios se les pagarán con base en las tarifas fijadas por la Corte Suprema de Justicia.

Artículo 137.–Honorarios

Los notarios autorizados devengarán honorarios iguales a los que perciben los abogados por la tramitación de asuntos similares con sede judicial...”

ANEXO No. 2

DIRECTRIZ No 99-010⁽⁴⁸⁾

DIRECCION NACIONAL DE NOTARIADO, a las diez horas del veintitrés de junio de mil novecientos noventa y nueve.

RESULTANDO:

I.- Que el Título VI del Código Notarial, permite a los notarios públicos el ejercicio de competencia en actividad judicial no contenciosa.

(48) Por contener esta directriz a otras –cuyos números también se expresan– se omite transcribirlas.

II.- Que la tramitación de asuntos en esa sede, requiere de una uniformidad general; y,

CONSIDERANDO:

I.- La competencia material de los notarios públicos en actividad judicial no contenciosa, está destinada al trámite de sucesiones testamentarias y ab intestato, adopciones, localizaciones de derechos indivisos sobre fincas con plano catastrado, informaciones de perpetua memoria, divisiones de cosas comunes, en forma material o mediante la venta pública, distribución del precio, deslindes y amojonamientos y consignaciones de pago por sumas de dinero.

II.- El artículo 130 del Código Notarial dispone que para el trámite de los asuntos, las actuaciones notariales se ajustarán a los procedimientos y las disposiciones previstas en la legislación. Dentro de estos procedimientos, se encuentra el dar audiencia a sujetos de derecho público o privado, sobre el particular, esta Dirección, en directriz número 009-99, de las diez horas del siete de abril de mil novecientos noventa y nueve, dispuso: “Todos aquellos notarios públicos ante quienes se tramiten asuntos dentro de la competencia en actividad judicial no contenciosa, al conceder audiencia a órganos o entes públicos, así como también a sujetos de derecho privado, señalarán expresa y claramente, la dirección exacta de la oficina en que deben ser enviados los documentos y apersonamiento de esos órganos o entes públicos, o deban dirigirse los sujetos de derecho privado, para atender el caso particular. Es entendido que si surgiera alguna modificación en el asiento de su oficina, el notario público deberá comunicarlo en forma inmediata a quienes se haya dado parte en el proceso, con indicación del número de expediente y tipo de asunto, para los fines consiguientes. Los notarios omisos en el cumplimiento de la presente directriz, podrán ser sujetos del régimen disciplinario vigente...”.

III.- Como consecuencia del despliegue de actividades en esta sede, el notario puede encontrarse obligado al manejo de sumas de dinero relacionadas con esos asuntos. Esta Dirección se ha ocupado del tema, al resolver consulta por medio de la resolución número 0401-99, de las quince horas cincuenta y un minutos del catorce de mayo de mil novecientos noventa y nueve, en que virtió el siguiente criterio: “Una solución viable, resulta de que el notario, al abrir el proceso sucesorio, ordene la apertura de una cuenta particular a su nombre, en donde se manejarán únicamente los dineros relativos a ese específico proceso,

todo lo cual se hará constar en el expediente respectivo. Así, los estados de cuenta, con reflejo de los depósitos y retiros realizados, se encontrarán materialmente disponibles en el legajo para todos los efectos legales correspondientes. Es entendido que la cuenta deberá cerrarse una vez concluido el proceso que se conoce”.

IV.- El relacionado Título VI, obliga al profesional tramitante, a la formación de un expediente, con observancia de todos los requisitos legales y de conformidad con el artículo 131 *ibídem*, una vez finalizado el asunto, éste deberá remitirse al Archivo Judicial para su custodia definitiva. En su necesaria relación, los artículos 19 y 20 de la ley 6723 “Ley del Registro y Archivos Judiciales”, establecen que no podrán salir de esa dependencia del Poder Judicial (*sic*), los expedientes bajo su custodia, excepto cuando sean pedidos por los tribunales judiciales, por un período no mayor a treinta días, salvo si se tratare de continuar su tramitación, o para resolver gestiones de las partes.- De conformidad con lo expuesto en el considerando anterior, y tomando en cuenta que los procesos tramitados en sede notarial no contenciosa pueden ser objeto de una eventual reapertura (*vgr.* los procesos sucesorios), y en virtud de que el Archivo Judicial no está autorizado legalmente a entregar al notario el expediente para que lo lleve consigo por su sólo pedimento, se estima imprescindible la intervención de la Dirección Nacional de Notariado, la cual sí puede solicitar al Archivo que entregue al notario el legajo para los fines consiguientes, previa solicitud del profesional tramitante.

V.- El notario público, al hacer uso de su competencia en actividad judicial no contenciosa, por ministerio de ley pasa a desempeñar funciones propias de los tribunales de la República, de allí su obligación de ajustarse a las formas y procedimientos legalmente establecidos. La correcta confección del expediente debe ser por ello, motivo de pronunciamiento por parte de esta Dirección. Si bien es cierto, la Corte Plena en su sesión número 33-95, celebrada el once de diciembre de mil novecientos noventa y cinco, artículo XXIV, acordó que todas las oficinas judiciales deben utilizar papel tamaño carta, el artículo 76 del Código Notarial, exige a los cartularios que sus actuaciones deberán plasmarse en papel tamaño oficio, mismo que deberá contener los mecanismos de seguridad dispuestos por esta Dirección. El uso del papel de seguridad en tamaño oficio, será obligatorio a partir del siete de setiembre de mil novecientos noventa y nueve, de tal manera que por disposición legal, los expedientes tramitados en sede notarial deberán ajustarse al tamaño oficio, en la forma que más adelante se dirá.

VI.- En consonancia con lo expuesto, se estima necesaria la elaboración de un instructivo para la confección de expedientes tramitados en sede notarial no contenciosa, así:

“INSTRUCTIVO PARA LA CONFECCIÓN Y CUSTODIA DE EXPEDIENTES TRAMITADOS EN SEDE NOTARIAL NO CONTENCIOSA”

- 1.- Los folios del expediente deben estar cosidos (no prensados) a una carátula frontal y a otra final de igual material que la primera.
- 2.- Cada folio deberá contener en su esquina superior derecha, el sello blanco del notario tramitador y el número respectivo de foliatura.
- 3.- En todas las actuaciones notariales, debe utilizarse el papel de seguridad debidamente autorizado por la Dirección Nacional de Notariado, tamaño oficio.
- 4.- No se deberán coser ni adjuntar copias y documentos duplicados de las actuaciones realizadas.
- 5.- Tanto la carátula frontal, cuanto la final deberán ser de cartulina gruesa, no menor de veinte micras o de un calibre diez a doce.
- 6.- La carátula frontal deberá contener la siguiente información:
 - a) Número de expediente
 - b) Año de inicio.
 - c) Nombre completo del notario.
 - d) Número de carné (distinguirá a los notarios de igual nombre y apellidos).
 - e) Asunto del que trata.
 - f) Nombre completo de todas las partes.
- 7.- El notario llevará personalmente el expediente al Archivo Judicial, o bien, por medio de tercero debidamente identificado. Se prohíbe el envío del legajo utilizando cualquier clase de servicio postal o de encomienda.
- 8.- El Archivo Judicial acusará recibo del expediente, y posteriormente hará llegar al notario la información correspondiente de su clasificación para su eventual solicitud o consulta posterior.
- 9.- El notario aportará al Archivo Judicial los datos que sean necesarios para una localización posterior (números de teléfono, fax y apartado postal). Esta obligación se mantendrá mientras no se cuente con los medios tecnológicos necesarios que permitan el acceso del Archivo a la base de datos del Registro Nacional de Notarios de la Dirección Nacional de Notariado.

- 10.- Una vez ingresado el expediente al Archivo Judicial, su préstamo se realizará sólo en las instalaciones del Archivo, en los términos indicados en los artículos 13 y 20 de la Ley No. 6723 “Ley del Registro y Archivos Judiciales”, salvo petición expresa formulada por la Dirección Nacional de Notariado, previa solicitud ante ésta del notario tramitador, si fuere necesaria su reapertura. Una vez finalizado nuevamente el asunto, el profesional cartulario deberá devolver el expediente al Archivo y poner esta circunstancia en conocimiento de la Dirección Nacional de Notariado. El Archivo remitirá a la Dirección un listado trimestral de los expedientes que aún no hayan sido devueltos, para lo que en derecho corresponda.
- 11.- Se utilizará preferente el formato de carátula que sugiera el Archivo Judicial, cuyo diseño será puesto a disposición de los notarios según motivos de conveniencia y oportunidad.

Transitorio Único.- Mientras no esté a disposición de los notarios públicos el papel de seguridad exigido en el aparte 3 de este instructivo, podrá continuarse en el uso de papel común, ya sea éste tamaño carta o de oficio”.

VII.- En cuanto al tema de la homologación en asuntos propios de la materia de familia, esta Dirección al resolver consulta formulada por el Tribunal Supremo de Elecciones, mediante resolución NO 0265-99, de las ocho horas del trece de abril de mil novecientos noventa y nueve, dispuso,...que los trámites de adopción realizados en sede notarial no deben ser homologados por un Juez de Familia ya que como se expuso, es responsabilidad del notario ajustarse al procedimiento que establece la ley.

Ello así, al tomar en cuenta la condición de “juez” que adquiere el notario en la competencia en actividad judicial no contenciosa. Es entendido que entratándose de menores, no podrá emplearse esta vía, por no permitirlo así el artículo 129 del Código Notarial.

VIII- Que al analizar el caso específico de las sucesiones, en resolución número 0301-99, de las once horas treinta y cinco minutos del veintiuno de abril de mil novecientos noventa y nueve, esta Dirección, dejó sentado que el notario debe aplicar el procedimiento establecido en el Código Procesal Civil para el sucesorio extrajudicial, aplicando, en cuanto sea éste omiso y de forma supletorio, el procedimiento para sucesorio judicial.

IX.- Que se conoció de consulta formulada en cuanto a la facultad del notario tramitador de la actividad judicial no contenciosa, para

protocolizar las actuaciones desplegadas dentro de ese procedimiento, y por resolución número 0397-99 de las catorce horas del once de mayo. Así las cosas, y tomando en cuenta que el Código Notarial establece que las actuaciones en esta sede serán extraprotocolares, con excepción de aquellas que sí requieren esta solemnidad, resulta claro que el notario que tramita un procedimiento de localización de derechos indivisos, tiene la competencia para otorgar la escritura que menciona el artículo 8 de la mencionada ley. Es entendido que por extensión este mismo criterio rige para los demás asuntos susceptibles de conocimiento en actividad judicial no contenciosa.

X.- En cuanto al nombramiento de peritos, esta Dirección, en resolución de las dieciséis horas siete minutos del siete de enero de mil novecientos noventa y nueve, al tratar el tema del nombramiento de peritos en sede notarial, concluyó que lo correcto, es que el notario realice la designación, con apego a lo establecido en el derecho instrumental, siendo altamente conveniente, solicitar a la Dirección Ejecutiva del Poder Judicial, la recomendación de algún perito de las listas oficiales que ese despacho confecciona.

POR TANTO:

En la tramitación de asuntos de competencia en actividad judicial no contenciosa, los notarios públicos deberán acatar lo dispuesto en la directriz número 009-99, de las diez horas del siete de abril de mil novecientos noventa y nueve, con respecto a las audiencias que allí se presenten. Para el manejo de dineros provenientes de estos procesos, el notario público deberá abrir una cuenta corriente o de ahorros única para cada asunto, todo lo cual hará constar en el expediente respectivo. Para la conformación del legajo, su depósito en el Archivo Judicial, consulta posterior, o reapertura del proceso, debe seguirse el Instructivo para la confección y custodia de expedientes tramitados en sede notarial no contenciosa, aquí contenido. Para la tramitación de sucesiones en sede notarial, debe seguirse el procedimiento establecido en el Código Procesal Civil para el sucesorio extrajudicial, aplicando, en cuanto sea éste omiso y de forma supletorio, el procedimiento para sucesorio judicial. El notario tramitador de la actividad judicial no contenciosa, tiene plena facultad para protocolizar las actuaciones desplegadas dentro de ese procedimiento. El nombramiento de peritos en sede notarial, debe realizarlo el notario, con apego a lo establecido en el derecho instrumental, siendo altamente conveniente, solicitar a la Dirección Ejecutiva del Poder Judicial, la recomendación de algún perito de las listas oficiales que ese despacho confecciona. Publíquese por una vez en el Boletín Judicial.- *Licda. Alicia Bogarín Parra, Directora*".

LOS ADOLESCENTES Y EL DELITO

Prof. Dr. Carlos Tiffer^(*)
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

(*) Conferencia presentada en la ciudad de Panamá, Panamá, el día 11 de septiembre del 2002, en las Universidades de Panamá y Santa María La Antigua.

SUMARIO:

1. Conceptualización del delito juvenil como manifestación violenta
2. Propuestas de reacción ante el delito juvenil
 - 2.1. Modelo Penal
 - 2.2. Modelo Tutelar
 - 2.3. Modelo de Justicia
3. Ventajas del Modelo de Justicia
 - 3.1. Características teóricas del Modelo de Justicia
 - 3.2. En particular el catálogo de sanciones en la justicia penal juvenil de Panamá
4. Órganos e instituciones especializadas según el Régimen Especial de Responsabilidad Penal para Adolescentes en Panamá
 - 4.1. La Policía especializada en materia penal juvenil
 - 4.2. La Fiscalía especializada en materia penal juvenil
 - 4.3. La Defensoría especializada en materia penal juvenil
 - 4.4. Juzgado Penal, Tribunal Superior y Juzgado de Cumplimiento
5. Diversificación Penal Juvenil
 - 5.1. Formas Procesales
 - 5.2. Formas Judiciales
6. Proceso de Reforma Legislativa en América Latina
 - 6.1. Países sin adecuación legislativa a la Convención
 - 6.2. Países con adecuación legislativa a la Convención
7. Educar en lugar de castigar: La Prevención del Delito Juvenil
 - 7.1. Nivel Macrosocial
 - 7.2. Nivel Microsocial
8. Comentarios Finales

Bibliografía

1. CONCEPTUALIZACIÓN DEL DELITO JUVENIL COMO MANIFESTACIÓN VIOLENTA

El delito en general y en particular el que cometen los adolescentes, no sucede en el vacío, sino más bien es la combinación de diferentes factores sociales, económicos y familiares. Tampoco el delito, particularmente de los adolescentes debe, si se quiere hacer una interpretación correcta, verse como un hecho aislado o conducta individual de alguno o algunos sujetos estigmatizados como “jóvenes problema”. Más bien debe de considerarse, el delito como una manifestación social que implica un análisis extensivo de la conducta individual.

Precisamente en el análisis de esta conducta social es que podríamos encontrar las explicaciones del delito.

La conducta social, también debe de someterse a los parámetros culturales, históricos y económicos del momento en el que suceden. De ahí que muy probablemente los delitos que cometen actualmente los adolescentes, no sean un rasgo o una característica propia de nuestra época, sino que sea probablemente una manifestación con características particulares, pero que en el fondo no difiere de conductas delictivas de generaciones pasadas.

El delito es, no solo un fenómeno histórico, sino una manifestación clara de resolución violenta de un conflicto. Precisamente esta incapacidad de resolver conflictos por métodos pacíficos ha sido una constante en la historia de la humanidad, la cual podemos caracterizar sin duda a equivocarnos como una historia violenta. La historia de la humanidad es una historia violenta.

La violencia entendida como una forma no pacífica de resolución de un conflicto, se manifiesta por diferentes formas y para efectos de exposición podemos dividirla en una violencia individual y una violencia colectiva.

Ambas formas de violencia tienen una dinámica estructural que podríamos llamar en forma de espiral, ya que cualquier acto violento posee una alta probabilidad de generar como respuesta otro acto violento. De ahí que si la estructura social y la cultura son violentas, probablemente individualmente habrá actos violentos. Del mismo modo, si las soluciones a la misma violencia se concentran en la represión

(violencia), consecuentemente en vez de reducir la violencia probablemente aumentará, seguro que habrá más violencia.

Pese a que la violencia no es una característica exclusiva de nuestra época, hay que considerar las transformaciones que se han dado en nuestra sociedad a nivel político, económico, cultural y particularmente la concepción del Estado y el rol de los medios de comunicación, para entender las conductas violentas de nuestra época y particularmente la violencia de los adolescentes.

Sin duda estos cambios estructurales tan radicales han provocado, una perspectiva individual diferente y muy particular de nuestra época, con individuos cada vez más impulsivos y menos reflexivos. Consecuentemente muy proclives a la violencia.

De ahí que no sea entonces de extrañar, que nuestros adolescentes también reflejen manifestaciones violentas, las cuales pueden analizarse en un sentido amplio, por ejemplo la violencia en el deporte, en conciertos o reuniones. También desde una perspectiva estricta, que es la que interesa al Derecho Penal, como aquella manifestación violenta que afecte bienes jurídicos fundamentales que la comunidad ha protegido por medio de la Ley Penal; como por ejemplo la vida, la salud, la libertad, la propiedad, etc.

Desde luego que se presenta un gran desafío a la sociedad actual, de cómo responder a esas manifestaciones violentas de los jóvenes, que sin duda, por un lado pueden ser explicadas desde aspectos individuales como por ejemplo el proceso de desarrollo en el que se encuentran los adolescentes, o hasta perspectivas sociales, como la promoción social de la violencia en la cual se encuentran inmersos nuestros jóvenes.

Las diferentes respuestas a este desafío, pueden encontrarse en los diversos modelos de justicia juvenil que posteriormente detallaremos.

2. PROPUESTAS DE REACCIÓN ANTE EL DELITO JUVENIL

En cualquier sistema de justicia las actuaciones de los adolescentes siempre han tenido consecuencias legales y además se han establecido categorías y regulaciones desde tiempos inmemoriales. Estas categorías de regulación han sido justificadas como formas de control de parte del Estado hacia las conductas de los adolescentes y jóvenes, control que se refleja principalmente por medio de los procedimientos legales y las sanciones o medidas impuestas a los adolescentes.

Dependiendo del sistema de justicia estas formas de control tendrán mayor énfasis en lo social o en lo penal. Sin pretender agotar las tipologías de los diferentes modelos de justicia juvenil, que se han desarrollado a través del tiempo como propuestas de reacción ante el delito. Vamos a presentar los modelos más representativos y de mayor importancia en la Justicia Juvenil.

Los principales modelos que se plantean en las legislaciones de América Latina son actualmente el Modelo Penal, Modelo Tutelar, y Modelo de Justicia.

2.1. Modelo penal

Históricamente las conductas delictivas cometidas por los adolescentes han tenido siempre consecuencias jurídicas y particularmente en un inicio, podemos decir de tipo penal. Sin embargo, estas consecuencias se han buscado en menor o mayor medida atenuarlas por criterios como por ejemplo la falta de discernimiento, la falta de madurez, o la falta de capacidad legal o de responsabilidad.

Lo anterior, ha provocado que un grupo etario significativo de adolescentes, generalmente mayores de 15 ó 16 años de edad se les aplique cuando cometen un delito el código penal, los procedimientos penales y las penas establecidas para los adultos.

Solo con una simple adecuación a los procedimientos y con la eventual disminución de las sanciones en caso de resultar culpables.

Este modelo incluye a los adolescentes dentro de la justicia penal de adultos, los considera sujetos titulares de norma penal y les impone las mismas penas generalmente privativas de libertad, con algunas atenuaciones o disminuciones. Se trata de un modelo que no se diferencia ni reconoce la especialidad de la justicia penal juvenil.

Este modelo no reconoce la especificidad y diferencia de los adolescentes con respecto a los adultos. Consecuentemente no establece una jurisdicción especializada ni un procedimiento particular para los adolescentes ni tampoco las sanciones tienen la finalidad educativa que se requiere por el período de formación en que se encuentran estos adolescentes.

Este modelo se caracteriza por lo siguiente:

1. No se reconoce la especificidad, ni de la conducta del adolescente, ni de la justicia juvenil.
2. Incorpora a los adolescentes a la justicia penal de adultos, con pequeñas adecuaciones.
3. Se reconoce plena imputación penal para los adolescentes.
4. Los límites inferiores a la edad penal son generalmente bajos. Existiendo una tendencia a reducir la edad de la mayoría penal.
5. Se da una adecuación mínima del procedimiento judicial de adultos para los adolescentes.
6. La sanción tiene un carácter preventivo general.
7. La sanción no se diferencia ni en fines ni en plazos, de la sanción impuesta al adulto.
8. Se privilegia la sanción privativa de libertad.
9. La sanción se aplica en establecimientos para adultos, sin o con poca diferenciación.
10. Se busca solucionar la criminalidad por medio de la ley penal.

2.2. Modelo tutelar

Este modelo constituyó la base de muchas legislaciones en América Latina empezando por Argentina (1919) y continuando en casi todos los demás países. Toda esta legislación que va naciendo es producto del modelo tutelar, centrados en la “Doctrina de la Situación Irregular”.

Entre los acontecimientos más importantes que dieron lugar a su nacimiento podemos citar:

- La internalización del tema de la niñez: (París 1905, Bruselas 1907, Washington 1909, Buenos Aires 1916).
- Creación del primer Tribunal Juvenil. (Chicago 1889).
- Se da la necesidad de una jurisdicción especializada.

Está basado en la *doctrina de la situación irregular*,⁽¹⁾ que se basa a su vez en los siguientes postulados:⁽²⁾

(1) Para ver el desarrollo de cada noción y sus respectivos defensores así como sus críticas, ver: MENDIZÁBAL OSES, Luis. *La situación irregular*. En: **Revista de la Facultad de Derecho**. Maracaibo, Universidad del Zulia, Año XIII, Nº 39, Setiembre a Diciembre de 1973, p. 15 y siguientes.

(2) TIFFER SOTOMAYOR, Carlos. *Ley de Justicia Penal Juvenil*. Comentada y concordada con exposición de motivos del proyecto de ley e instrumentos internacionales. San José, Editorial Juritexto. 1996, pp. 142-144.

1. El menor de edad es considerado como sujeto pasivo de intervención jurídica, *objeto y no sujeto de derecho*, por lo que las garantías propias del derecho penal y las que le corresponden por su especial condición de menor de edad no son ni siquiera pensadas en este derecho.
2. El *juez tiene una figura paternalista* que debe buscar una solución para el menor de edad que se encuentra en una situación irregular, con el único fin de resocializar al menor de edad, por lo tanto se le considera un *ser incompleto, inadaptado* y que requiere ayuda para su reincorporación en la sociedad.
3. El menor es considerado inimputable "*no imputable*", y no puede atribuírsele responsabilidad penal. Ni siquiera se puede pensar en una responsabilidad atenuada. Así las medidas aplicadas se consideran como beneficiosas, y en ningún momento se analiza la grave restricción de derechos que ellas conllevan.
4. Se busca solución para el menor en *situación irregular*.
5. Además es el juez quien determina para el caso concreto cuál es la *situación irregular*, bajo esta perspectiva se equiparan en su naturaleza y en las medidas adoptadas, situaciones totalmente disímiles.
6. No se reconocen las garantías del derecho penal de adultos.
7. Sistema inquisitivo: el juez tiene un doble carácter, como órgano acusador y como órgano de decisión. El juez es la figura central del "proceso" con un carácter paternalista.
8. Las medidas aplicadas, tienen como único fin teórico la adaptación del menor en la sociedad.
9. En la realidad, *las medidas de internamiento son indeterminadas*, aplicadas indiscriminadamente, en centros de reclusión que no cumplen con los fines mínimos de educación para lo que fueron creados.
10. *Se confunden* en la figura del juez, *la función jurisdiccional y la función administrativa-asistencialista*, pues el juez tiene la obligación de resolver sobre cuestiones de carácter social o económico en torno al menor de edad.
11. El Juez determina que se entiende por situación irregular, por ejemplo:
 - Estado de abandono.
 - Falta de atención de las necesidades del menor.
 - El menor autor ó partícipe de un delito.
 - Menor sin representación legal.
 - Menor adicto a drogas.
 - Dependencia o incapacidad del menor.
 - Otras situaciones que el juez considere.

12. En la práctica se tratan de ocultar, con eufemismos, *situaciones que atentan contra la dignidad y derechos humanos* de las personas menores de edad.

2.3 Modelo de justicia

Este modelo surge con la aprobación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (1989), que también establece pautas generales para la elaboración de una política criminal para los adolescentes.⁽³⁾ Debido principalmente a que la Convención reconoce el carácter de sujeto de derecho a la persona menor de edad, obligando a los Estados partes a reconocer todos los derechos y las garantías procesales que tiene cualquier sujeto de derecho incluyendo las personas menores de edad. La Convención sobre los Derechos del Niño, no solo refuerza los derechos individuales tradicionales, como el nombre, nacionalidad y los derechos sociales, como la salud, educación, o bien los derechos políticos como el de participación, manifestación, sino que también establece el derecho a la justicia que tienen todas las personas menores de 18 años de edad.

Dentro de las características principales de este modelo, se pueden destacar las siguientes:

1. Se da un acercamiento a la justicia penal de adultos en derechos y garantías.
2. Se refuerza la posición legal de los jóvenes, por la responsabilidad de sus actos.
3. El derecho penal juvenil se considera necesariamente autónomo en comparación con el derecho penal de adultos, particularmente en cuanto al sistema sancionatorio.
4. Se tiene una jurisdicción especializada para el juzgamiento de delitos cometidos por las personas menores de edad.

(3) Antecedentes importantes previos a la Convención y que reflejan la preocupación del sistema de las Naciones Unidas, por la Justicia Juvenil son:

- Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de los Menores. (Reglas de Beijing 1985).
- Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil. (Directrices de RIAD, 1990).

5. Se garantiza una descripción detallada de los derechos de los menores en un proceso limpio y transparente.
6. Se limita al mínimo posible la intervención de la justicia penal.
7. Se establece una amplia gama de sanciones, privilegiando las sanciones no privativas de libertad.
8. Las sanciones se basan en principios educativos.
9. Se reduce al mínimo la sanción privativa de libertad.
10. Se da una mayor participación a la víctima bajo la concepción de una justicia restaurativa.
11. Se da una menor importancia en la personalidad del menor y más hincapié en su responsabilidad por los actos cometidos.
12. La sanción tiene una connotación negativa, el menor tiene que cargar con las consecuencias de su comportamiento.

3. VENTAJAS DEL MODELO DE JUSTICIA

3.1. Características teóricas del modelo de justicia

Al igual que en muchos países de América Latina, en Panamá, la Ley “Del Régimen Especial de Responsabilidad Penal para la Adolescencia (en adelante RERPA 1999)”, se ubica dentro del modelo de responsabilidad. Esto significó, un cambio dentro de la concepción de la política criminal del Estado panameño, ya que de un modelo tutelar que consideraba a los jóvenes sin responsabilidad e incapaces de infringir la ley penal, se pasó a un modelo que por el contrario establece la posibilidad de infringir y encontrar culpable a un joven por infracción a la ley penal y consecuentemente la posibilidad de imponerle una sanción con una connotación negativa. Como complemento también surge obligatoriamente dentro de este modelo incorporado por la ley (RERPA) el tema de las garantías procesales, ya que no puede explicarse ni justificarse en un Estado de derecho la posibilidad de imputarse una sanción penal sin el cumplimiento de las garantías penales internacionalmente reconocidas para los adultos y las garantías especiales para el juzgamiento de los jóvenes en razón de su edad.

Dentro de las características más importantes del este modelo de justicia, se pueden destacar las siguientes:

a. Especificidad del Derecho Penal Juvenil en relación con el Derecho Penal de Adultos

Una característica básica del Derecho Penal Juvenil es la especialidad que se manifiesta en el uso de sanciones de carácter

educativo, en primer lugar; y en segundo lugar, por la estructuración particular del proceso. La especialidad lleva a que este derecho deba estar organizado exclusivamente para personas menores de edad con mayores atenuantes que las utilizadas para adultos.

No obstante, el derecho penal común nutre a este derecho penal juvenil en sus Principios Generales, como por ejemplo: el principio de legalidad, el principio de tipicidad y el principio de culpabilidad.

b. Desjudicialización o diversificación de la intervención penal

Al contrario del Derecho Penal de Adultos tradicional, este modelo de justicia penal juvenil se caracteriza por la acentuación en resolver el menor número de conflictos en un nivel judicial, de ahí que las medidas desjudicializadoras, forman parte fundamental de él. La diversificación de la intervención penal obliga a que en determinados casos la posible intervención penal sea referida a otros órganos de control informal por medio de la remisión y conciliación entre autor y víctima.

c. Intervención mínima y principio de subsidiariedad

La intervención mínima se refleja en este modelo desde la fase de la denuncia y la investigación. El Derecho Penal Juvenil debe tener un carácter subsidiario y sus aspiraciones deben ser modestas, especialmente en la intervención y en la imposición de sanciones, debido a que las infracciones o delitos cometidos por la mayoría de los jóvenes son en muchos casos “episodios” de una delincuencia juvenil y corresponden a conductas generalmente de bagatelas de pequeña y mediana criminalidad.

d. Diferenciación de Grupos Etarios

Este modelo también se caracteriza por diferenciar la intervención penal según criterios objetivos, como por ejemplo el establecimiento de una edad mínima, en la cual los sujetos son destinatarios de estas leyes penales juveniles. En el ordenamiento panameño son imputables los niños menores de catorce años de edad. La diferenciación de grupos etarios, se justifica por el periodo de desarrollo en que se encuentran los destinatarios de estas leyes entre la niñez y la edad adulta. Existen diferentes categorías, por ejemplo de 12 a 15 ó 16 años y de 15 ó 16 hasta menos 18 años de edad, esto para que los grupos etarios más jóvenes puedan obtener aún más garantías y ventajas en comparación no solo con los adultos sino también, con los sujetos mayores que ellos.

e. Proceso Garantista, Flexible, Sumario, Único y Confidencial

Este modelo plantea que se le den al menor de edad los derechos y garantías que le corresponden, sea por su condición de persona sujeto de derecho y por su especial condición de personas en desarrollo.

La flexibilidad trata de dar alternativas de terminación del proceso diferentes a la sentencia, como es el caso de la remisión, la conciliación, arreglos con la víctima, la suspensión del proceso a prueba, etc. También se presenta la flexibilidad en el gran número de sanciones aplicables.

Respecto al carácter sumario del proceso, este modelo propone que la intervención procesal debe ser mínima y con la mayor celeridad posible. Se establecen plazos cortos, situaciones de máxima prioridad y la prórroga de estos plazos es excepcional. No se subestiman las capacidades de la justicia.

Además, se establece un proceso único, no existe una pluralidad de procesos, como en la legislación penal de adultos, donde se diferencian el proceso de instrucción formal, la querrela, el proceso contravencional, el proceso de citación directa, entre otros. Lo que consideramos reduce la intervención judicial.

f. Amplio cuadro de Sanciones

Lo que se pretende con este modelo en cuanto a las sanciones es, reducir las potestades discrecionales del juez en la imposición de sanciones, prohibir las sanciones indeterminadas, instaurarles fines educativos y establecer una amplia variedad de sanciones y preferir las sanciones socioeducativas en lugar de las privativas de libertad.

3.2. En particular el catálogo de sanciones en la justicia penal juvenil de Panamá

El sistema sancionatorio, en el derecho penal juvenil, parte de presupuestos diferentes al sistema penal de adultos, donde, las sanciones no privativas de libertad son vistas como principales y de prioritaria aplicación, en tanto las privativas de este derecho fundamental quedan relegadas a la subsidiariedad, es decir, a ser utilizadas sólo ante la imposibilidad de utilizar las primeras y en casos que revistan cierta gravedad. Idea esta que concuerda, además, con el objetivo que se ha

asignado a las sanciones o medidas, que son fines de prevención especial positiva, es decir, se pretende la socialización de los jóvenes por medio de la integración familiar. Es claro que con la privación de libertad estos objetivos se reducen, de ahí la justificación de su relegación a un segundo plano y, por el contrario, los beneficios de otro tipo de sanciones como por ejemplo, la libertad asistida o la prestación de servicios a la comunidad, la reparación del daño, etc.

A. Sanciones socioeducativas: Las sanciones socioeducativas se imponen en los casos en que la conducta infractora no puso en grave peligro la integridad física de las personas ni sus bienes, o bien su afectación sea leve. (Art. 130 RERPA).

1. Amonestación y advertencia. Esta sanción es de ejecución instantánea y tiene como objetivo llamar la atención del adolescente exhortándolo para que, en lo sucesivo, se acoja a las normas de conducta que exige la convivencia social. La amonestación versará sobre la conducta delictiva realizada y se advertirá al joven que debe procurar llevar una vida sin la comisión de delitos. En el mismo acto, el Juez puede, de considerarlo procedente, recordar a los padres de familia sus deberes en la formación, educación y supervisión del adolescente. (Art. 131 RERPA).

2. Participación obligatoria en programas de asistencia y orientación. La participación obligatoria en programas de asistencia y orientación, es la sanción que obliga al adolescente a cumplir programas educativos y recibir orientación psicosocial en programas comunitarios, con la asistencia de especialistas. Estos programas involucran a los miembros del grupo familiar. La duración máxima de estas medidas será de 2 años. (Art. 132 RERPA).

3. Prestación de servicios sociales a la comunidad. Consiste en la realización de tareas o trabajos gratuitos, de interés general, en entidades públicas o privadas y sin fines de lucro. Las tareas o trabajos deberán asignarse según las aptitudes y capacidades de los jóvenes y adolescentes. Debiendo ser cumplidas de modo que no perjudique la asistencia a la escuela o a la jornada normal de trabajo, no podrán tener una carga superior a las ocho horas semanales. En todos los casos el servicio deberá estar acorde con las cualidades y aptitudes del joven y fortalecer en él, los principios de convivencia social. La prestación de servicios sociales a la comunidad no tendrá una duración mayor de 18 meses. (Art. 133 RERPA).

4. Reparación de daños a la víctima. Consiste en la restitución o resarcimiento del daño causado por el delito por parte del adolescente sancionado. Esta sanción sólo se podrá imponer, cuando la víctima haya dado su consentimiento. El adulto responsable que manifieste su acuerdo en imponer esta sanción, es solidariamente obligado a la reparación del daño. Y es importante aclarar que la reparación del daño excluye la indemnización civil por responsabilidad extracontractual. (Art. 134 RERPA).

B. Órdenes de orientación y supervisión: Las órdenes de orientación y supervisión consisten en mandamientos impuestos por el juez, para regular el modo de vida del adolescente, así como para promover y asegurar su formación. Tienen una duración máxima de dos años y el juez puede modificar las órdenes, en caso que el adolescente las incumpla. (Art. 135 RERPA).

1. Que se instale en una residencia determinada o se cambie de ella. Consiste en prohibir al adolescente residir en un lugar determinado, cuando se compruebe que el ambiente del lugar en que se desenvuelve resulta perjudicial para su sano desarrollo.

2. Que abandone el trato con determinadas personas. Consiste en ordenarle al adolescente abstenerse de frecuentar personas adultas o jóvenes, las cuales están contribuyendo a que el adolescente lleve una forma de vida delictiva.

3. Prohibición de visitar bares y discotecas, así como determinados centros de diversión. La sanción de prohibición de visitar determinados lugares consiste en ordenar al adolescente no asistir a ciertos lugares o establecimientos que resulten inconvenientes para su sano desarrollo. El Juez Penal Juvenil al imponer esta sanción deberá indicar, en forma clara y precisa, cuáles lugares debe el adolescente dejar de visitar o frecuentar.

4. Que se matricule o asista a un centro educativo formal o algún otro centro educativo o que se le capacite para algún trabajo. Consiste en ordenar al adolescente ingresar y permanecer en algún centro de estudios, sea éste de educación formal o vocacional.

5. Que adquiera un empleo. Se le puede imponer la obligación de ubicarse y mantenerse en un empleo acorde con sus características y capacidades. Lo anterior, con el objetivo que el trabajo desarrolle en él

actitudes positivas de convivencia social, aumento de su productividad y autoestima.

6. Que se abstenga de ingerir bebidas alcohólicas, sustancias alucinógenas, enervantes, estupefacientes o tóxicos que produzcan adicción o hábito. Esta sanción consiste en prohibir al adolescente consumir, durante el tiempo de ejecución de la sanción, este tipo de bebidas o sustancias en cualquier lugar público o privado, deberá indicarse el tipo de sustancia o droga que debe dejar de consumir.

7. Con relación al tratamiento de la farmacodependencia, que sea atendido, de modo ambulatorio o mediante hospitalización. Consiste en ordenar al adolescente participar en un programa, público o privado, que lo conduzca a eliminar la dependencia a drogas o a cualquier otro tipo de sustancias que provoque adicción. Cuando se trate de un Centro de desintoxicación privado se requerirá la anuencia del joven.

C. Sanciones privativas de libertad. Las sanciones privativas de libertad están dirigidas a restringir la libertad de circulación y el libre traslado de las personas, manteniéndolas en un recinto durante determinado tiempo. Se catalogan como privativas de libertad porque el sujeto a quien se le impone no puede salir del recinto libremente, en este sentido ha de considerarse que sólo se debe restringir la libertad ambulatoria, y los demás derechos, diferentes a la libertad, no deben verse limitados.

1. Detención domiciliaria. Consiste en la privación de libertad del adolescente que se ejecutará en su casa de habitación con su familia, a quien no se le permitirá salir de su domicilio por su propia voluntad sólo con autorización. De no poder cumplirse en su casa de habitación se practicará en la casa de algún familiar cercano, familia sustituta o entes privados, previo consentimiento del joven sancionado y del lugar seleccionado. La duración de esta sanción no será mayor a un año. (Art. 139 RERPA).

2. Régimen de semilibertad. Consiste en una restricción a la libertad ambulatoria que debe cumplirse en un centro especializado en cualquier momento del día o de la semana en que el joven no esté realizando actividades laborales o de estudio. El adolescente que se encuentre condenado a esta sanción tendrá derecho a que los funcionarios del Ministerio de Justicia fomenten y apoyen materialmente el trabajo y estudio que esté realizando. Esta sanción no podrá ser superior a un año (Art. 140 RERPA).

3. Internamiento en centro especializado. Por internamiento en centro especializado se entiende toda forma de privación de libertad ambulatoria en establecimiento público o privado del que no se permite salir a la persona menor de edad por su propia voluntad, sin que sea ordenado por autoridad administrativa o judicial.

Esta sanción reviste un carácter excepcional, es decir, el Juez siempre debe completar la posibilidad de ampliar cualquier otro tipo de sanción menos drástica antes de disponer de esta. (Art. 137 RERPA).

Esta medida procede únicamente en los siguientes casos:

- Cuando se trate de delitos de homicidio doloso, violación, secuestro, robo, tráfico de drogas y terrorismo. En este supuesto la duración de la sanción tendrá una duración máxima de 5 años.
- Cuando el adolescente o la adolescente haya incumplido injustificadamente las sanciones socioeducativas o las órdenes de orientación y supervisión impuestas. (Art. 141 RERPA). En este supuesto la sanción tendrá una duración máxima de 4 meses.

4. ÓRGANOS E INSTITUCIONES ESPECIALIZADOS SEGÚN EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA LA ADOLESCENCIA DE PANAMÁ

4.1. La policía especializada en materia penal juvenil

Como ya se ha explicado anteriormente, el modelo de justicia se inspira en la doctrina de la protección integral, y tiene como de sus principales fundamentos, el principio de justicia especializada, el cual establece que la persona menor de edad, no podrá ser investigada, ni juzgada por autoridades distintas a las que establece la ley.

Dentro de este criterio de especialidad se encuentra incluida la Policía (Judicial o Administrativa), particularmente la policía judicial este ente quien debe auxiliar al Ministerio Público en materia penal juvenil en la investigación de los delitos y contravenciones que se presuman cometidos por personas menores de edad. La especialización de la Policía es la mayor garantía de respecto de los derechos de los adolescentes.

En este sentido, el Art.29 de la RERPA señala que:

“La Unidad Especializada en Acto Infractor de la Policía Técnica Judicial, es un organismo técnico especializado en la investigación del acto infractor y actuará como auxiliar del Ministerio Público. Los funcionarios de la Unidad Especializada en Acto Infractor deberán estar especialmente capacitados para el trabajo con adolescentes”.

De lo anterior se desprende que a la policía judicial se le otorga una función investigativa, pudiendo ser esta de oficio o a solicitud de la autoridad competente.

Asimismo, entre las atribuciones de dicha Policía, el Art. 30 de la ley RERPA indica que:

“La Unidad Especializada en Acto Infractor tendrá como tarea prioritaria la de proporcionar los informes y dictámenes en las áreas de balística, polimetría, dactiloscopia, serología y toxicología, requeridos por el fiscal de adolescentes”.

4.2. La fiscalía especializada en materia penal juvenil

La orientación acusatoria del proceso exige al Ministerio Público un papel fundamental y, en lo que le compete, lo convoca a promover y ejercer la acción penal e investigar los hechos que constituyan delito o contravención.

En este sentido, el Art. 26 de la RERPA señala que:

“La acción penal especial para perseguir e investigar el acto infractor, la ejercerá el Ministerio Público mediante fiscales de adolescentes, los cuales tendrán la potestad exclusiva de promover, de oficio, todas las acciones necesarias para la determinación de la responsabilidad penal de adolescentes en la comisión de infracciones a la ley penal. Se exceptúa lo establecido en el Código Judicial en relación con la comisión de delitos cuya investigación requiere que la persona ofendida interponga una querrela. En estos casos la investigación también se realiza de oficio, pero no podrá iniciarse a menos que medie la gestión pertinente de la persona ofendida”.

La labor investigativa va dirigida a corroborar por la vía probatoria, que la conducta del menor encuadra o no dentro de algunas de las descriptivas de conducta que tipifican el Código Penal. En este sentido, el Ministerio Público, como órgano del Estado, es el que resguarda los intereses de la colectividad, por esto es el encargado de promover la acción penal en los delitos de acción pública, y en los delitos de acción pública perseguibles a instancia privada...”.

4.3. Defensoría especializada en materia penal juvenil

La defensa técnica es establecida como uno de los derechos fundamentales en el proceso que tiene la persona menor de edad. “Todo adolescente que enfrente un proceso penal, tienen derecho a contar con los servicios de defensa de un profesional del derecho, desde el inicio de la investigación. Si los adolescentes, sus padres, tutores o representantes, no pueden sufragar los gastos de un defensor privado, el Estado, a través del Instituto de Defensoría de Oficio, tiene el deber de asignarle un defensor de oficio, quien asistirá al adolescente o a la adolescente y defenderá sus intereses en el proceso”.

Esto tiene como consecuencia que desde el momento en que el Ministerio Público inicia la investigación, debe garantizar que la persona menor de edad tenga el conocimiento de este derecho, para así ser asistido por un abogado que resguarde sus intereses, derecho que debe ejercer desde que se le tomen los datos de identificación y se le informe de esa prerrogativa.

Y el Estado tiene la obligación de proporcionar un defensor público, si la persona menor de edad no tiene los recursos para contratar un defensor privado.

4.4. Juzgado Penal de la Adolescencia, Tribunal Superior de Niñez y Adolescencia y Juzgado de Cumplimiento

a. Juzgado Penal Juvenil

Deciden sobre los hechos ilícitos cometidos por menores de edad, en primera instancia.

Mediante la Ley “Del Régimen Especial de Responsabilidad Penal para Adolescentes” crea el Juzgado Penal de la Adolescencia el cual

conocerá en primera instancia, de los procesos tendientes a resolver el acto infractor cometido y es la autoridad competente para:

- i. Conocer todas las querellas y denuncias contra una persona mayor de 14 pero menor de 18 años de edad.
- ii. Decidir cualquier medida que restrinja un derecho fundamental de la persona menor de edad, a quien se atribuya el acto infractor cometido.
- iii. Promover audiencia de conciliación y aprobar acuerdos.
- iv. Confirmar, revocar o modificar la detención provisional.
- v. Conocer incidentes que interpongan los defensores contra las actuaciones de los fiscales.
- vi. Sobreseimiento definitivo y provisional.
- vii. Decidir la sanción del caso.
- viii. Decretar la suspensión condicional del proceso.
- ix. Emitir los casos que correspondan según la ley, a los jueces de niñez y adolescencia.
- x. Enviar los informes estadísticos.
- xi. Y demás funciones que establezcan las leyes. (Art. 20 RERPA).

b. Tribunal Superior de Niñez y Adolescencia

Conocen sobre los hechos ilícitos cometidos por menores de edad, elevados a segunda instancia.

Mediante la Ley RERPA se crea el Tribunal Superior de Niñez y Adolescencia el cual conocerá, de todos los asuntos que se ventilen en primera instancia en los juzgados penales de adolescentes, en los juzgados de niñez y adolescencia y en los juzgados de cumplimiento. Además será competente para:

1. “Conocer de las apelaciones que se interpongan dentro del proceso penal de adolescentes;
2. Resolver los conflictos de competencia que se presenten entre los jueces penales para la adolescencia;
3. Resolver los impedimentos y recusaciones que se presenten contra los jueces de primera instancia;
4. Controlar el cumplimiento de los plazos fijados por la presente ley;
5. Confirmar y revocar las sentencias en consulta que impongan la pena de prisión de dos años o más;

6. Confirmar o revocar las resoluciones en consulta, mediante las cuales los jueces de cumplimiento decreten la cesación anticipada de la sanción;
7. Conocer los procesos de hábeas corpus a favor de todas las personas que aún no han cumplido los dieciocho años de edad;
8. Conocer de los procesos de amparo de garantías constitucionales que se promuevan en contra de resoluciones emitidas por jueces penales de adolescentes, jueces de niñez y adolescencia y jueces de cumplimiento;
9. Sancionar disciplinariamente a quienes le irrespeten, conforme lo dispone el Código Judicial.” (Art. 23 RERPA).

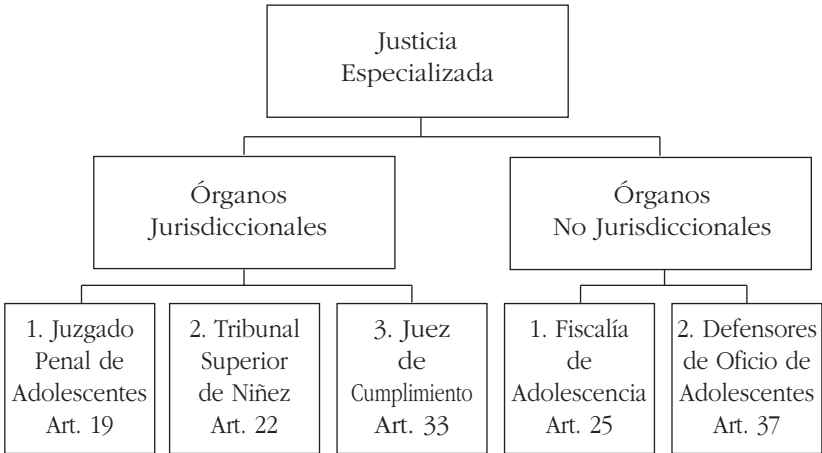
c. Juzgado de Cumplimiento

Su competencia se limita a la fase de cumplimiento de la sanción. Controla el cumplimiento de las sanciones y es el competente para resolver todas las cuestiones que se susciten durante el cumplimiento de la sanción.

Mediante la nueva ley se crea la figura del Juez de cumplimiento con la función primordial de llevar a cabo el control de legalidad durante el cumplimiento de las sanciones y es el competente para resolver todas las cuestiones que se susciten durante el cumplimiento de la sanción, y en particular en Panamá la ley le ha otorgado las siguientes competencias:

- “1. Asegurar que el cumplimiento de toda sanción respete los derechos fundamentales de la adolescencia, y no los restrinja más allá de lo contemplado en la sentencia;
2. Velar porque no se vulneren los derechos de la adolescencia durante el tiempo en que cumplen sanciones, en particular, en los casos en que se hayan decretado sanciones privativas de libertad;
3. Velar porque las sanciones se cumplan de acuerdo con la resolución que las ordena;
4. Revisar el cumplimiento de las sanciones cada tres meses, a partir de cual puede modificarlas o sustituirlas por otras gravosas cuando no cumplan con los objetivos para los que fueron impuestas, o por ser contrarias al proceso de resocialización;
5. Controlar el otorgamiento y la denegación de cualquier beneficio relacionado con las sanciones impuestas en la sentencia;

6. Consultar al Tribunal Superior de Niñez y Adolescencia la cesación anticipada de la sanción privativa de libertad, cuando, previa consideración del dictamen del equipo interdisciplinario, estime que se han logrado los propósitos de la sanción;
7. Las demás atribuciones que le asigne la ley.” (Art. 34 RERPA).



5. LA DIVERSIFICACIÓN PENAL JUVENIL

El modelo de justicia, se caracteriza por la acentuación en resolver el menor número de conflictos en un nivel judicial, de ahí que las medidas diversificadas forman parte fundamental de él. Por esto hemos afirmado, que los fines de esta justicia penal juvenil, deben ser educativos y la mejor forma de resolver estos conflictos es por medio de la diversificación. La diversificación de la intervención penal obliga a que en determinados casos la posible intervención penal sea referida a otros órganos de control informal por medio de la remisión y la conciliación entre autor y víctima (Principio de subsidiariedad).

Consiste básicamente en reducir el número de niños y adolescentes privados de libertad, ya que su finalidad es buscar soluciones a los conflictos penales por medios diferentes a la tradicional forma de intervención jurídico penal, reduciendo así la intervención del Estado en los conflictos penales (relacionada con la despenalización).

La desjudicialización favorece a todos, además de que permite la participación no solo el joven infractor y la víctima sino también de la comunidad, la escuela, la familia, etc.

Algunas formas de diversificación, las podemos dividir en dos fases, una de carácter procesal y la otra de carácter judicial, que son las siguientes:

5.1. Formas de diversificación procesales

a. Criterio de Oportunidad

El Criterio de Oportunidad reglado, trata de establecer reglas claras para prescindir de la acusación penal frente a casos en los cuales, debería acusarse por un aparente hecho delictivo. Es una excepción al principio de obligatoriedad del ejercicio de la acción penal.

No se trata de autorizar al Ministerio Público para trazar a su antojo con la defensa, sino de reconocer superiores intereses jurídicos que hacen innecesaria la iniciación del proceso y la eventual pena. Más tratándose de la justicia penal juvenil, en donde la no intervención en algunos casos es la mejor solución.

Un aspecto relevante de esta forma de desjudicialización es que su utilización produce cosa juzgada material, es decir, una vez decretado el Criterio de Oportunidad se extingue la acción penal, por razones de seguridad jurídica.

El fiscal es quien, en ejercicio del criterio de oportunidad y en los casos en que lo admite la Ley, decide abstenerse de ejercer la acción penal especial, o no continuar con la investigación iniciada y ordenar el archivo del expediente, (Art. 64 RERPA). Este criterio se puede aplicar en los siguientes supuestos: que los hechos investigados no constituyan delito, que resulte imposible la determinación del autor, que sea evidente que se actuó amparado a una causa de justificación o exculpación, que el daño causado sea insignificante, que el adolescente haya tenido escasa participación, o que la acción penal haya prescrito. (Art. 67 RERPA).

b. Remisión

Se da cuando el juez penal de adolescentes, en los casos específicos que señala la ley, decide, previa opinión del fiscal, no continuar con el proceso y enviar el expediente al juez de la niñez y adolescencia para que ordene las medidas que procedan. (Art. 64 RERPA). Esta solución previa podrá aplicarse en los siguientes supuestos, cuando el adolescente no haya cumplido los catorce años de edad o el hecho

violatorio de la ley haya sido cometido antes de que el adolescente cumpliera esa edad, cuando el daño es muy leve y detecte una situación de grave riesgo social que afecte al menor, cuando se detecte en el estudio psicosocial la ausencia de la capacidad y cuando el estudio médico o psiquiátrico determinen graves trastornos. (Art. 65 RERPA).

5.2. Formas de diversificación de carácter judicial

a. Conciliación

Se entiende como un acto voluntario que se da entre la persona ofendida o su representante y el adolescente infractor. Este mecanismo trata de buscar una solución efectiva al conflicto penal. Se trata de un medio informal de control social y se procura buscar la forma de poner en práctica la idea de que en justicia penal juvenil, en muchos casos la no intervención, será la mejor respuesta. Paralelamente se trata de reconocer el protagonismo que corresponde a la víctima y al acusado del delito. Es además una buena posibilidad de solución del conflicto y de un valor potencial educativo para el joven acusado. Además de promover la idea de una justicia restaurativa, en lugar de la tradicional justicia penal retributiva.

Los adolescentes durante este acto se podrán hacer acompañar de sus padres o representantes. Sin embargo los adolescentes que ya hayan cumplido los 16 años de edad, tendrán derecho a que sus padres o representantes no se encuentren presentes. (Art. 69 RERPA) Algo muy importante que hay que resaltar de esta forma de desjudicialización es que lo que se busca es que ambas partes reconstruyan el hecho y de esta manera encontrar la verdad, se dice que lo último que se busca es el castigo, sino más bien el fin que tiene es intentar volver a relacionar pacíficamente a dos miembros de la comunidad. Por esta razón, es importante que el hecho ilícito que se produjo no revista un carácter demasiado grave e irreparable como el caso de homicidio doloso, violación, secuestro, robo, terrorismo, o tráfico de drogas, donde si está prohibido que se dé la conciliación. (Art. 70 RERPA).

b. Suspensión del Proceso a Prueba

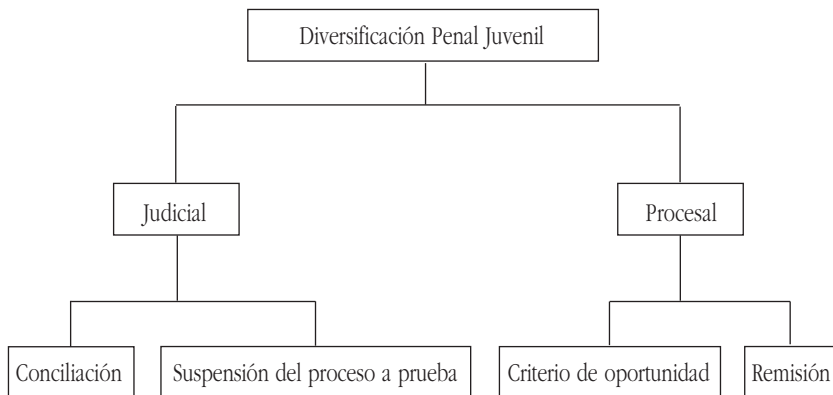
Una vez resuelta la procedencia de la acusación, el juez, de oficio o a solicitud de parte, podrá ordenar la suspensión del proceso a prueba, en todos los casos en que proceda a la ejecución penal condicional de la sanción penal para el menor de edad.

La suspensión del proceso a prueba consiste en la interrupción o cesación del proceso, evitando la etapa de debate, en todos aquellos casos en los que procedería la suspensión condicional de la pena, así se vuelve innecesaria la realización de la fase de debate. De esta manera se logra el mismo objetivo, con mayor celeridad, menor gasto de recursos, humanos y económicos, mayor eficiencia y lo que es más importante, teniendo siempre como primer presupuesto el interés superior del joven.

Esta suspensión del proceso tiene también fines educativos, pues la ley establece que junto con la suspensión, el juez puede decretar cualquiera de las órdenes de orientación y supervisión. Se debe anotar que, que solo procede la suspensión del proceso a prueba en los casos en que proceda la ejecución condicional de la sanción de internamiento, éstos son:

1. Cuando el menor realiza esfuerzos por reparar el daño.
2. Por la falta de gravedad de los hechos cometidos.
3. Para mantener la convivencia educativa ó laboral del menor.
4. Para proteger la situación familiar y social en que se desenvuelve en joven.
5. Cuando el menor de edad haya podido construir por sus propios medios un proyecto de vida alternativo.

En caso de que proceda la suspensión del proceso a prueba, no significa que la persona menor de edad ha aceptado la comisión de los hechos, ni tampoco se espera que este instituto promueva obtener una declaración de culpabilidad anticipada. Es claro que si el joven no desea que se suspenda el proceso a prueba y su deseo es ir a juicio, no debe existir ningún obstáculo para que la suspensión del proceso a prueba no se produzca.



6. PROCESO DE REFORMA LEGISLATIVA EN AMÉRICA LATINA

El Derecho de Menores es de reciente creación, a pesar de ello su historia se circunscribe a más o menos cien años de existencia. En la evolución de esta rama del derecho, podemos identificar dos fases cuyo punto de referencia es la Convención sobre los Derechos del Niño, debido a que ha sido este instrumento del Derecho Internacional, el que ha provocado la coyuntura que hoy vive el Derecho de Menores a nivel internacional.

Las dos fases antes mencionadas corresponden al ANTES y al DESPUÉS de la mencionada Convención. La primera etapa abarca desde el inicio de esta disciplina jurídica hasta la promulgación de la Convención sobre Derechos del Niño, en el año 1989. En esta fase se inicia la labor de creación de una jurisdicción especializada, con una marcada tendencia tutelar y proteccionista. Este modelo se constituyó en la base de muchas legislaciones de menores de edad en América Latina, empezando con la ley Agote en Argentina en 1919 continuando con las legislaciones del resto de los países latinoamericanos. Hoy día una gran cantidad de estas legislaciones se mantienen vigentes en su totalidad, o bien con algunas reformas mínimas, esto, a pesar de que contienen una estructura y una concepción totalmente incompatibles con los principios de la Convención, la cual ha sido suscrita por la totalidad de países latinoamericanos.

Entre los países latinoamericanos que conservan una legislación penal para adolescentes no adecuada a los principios de la Convención

de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, encontramos los siguientes:

6.1 Países latinoamericanos en los que no se encuentra vigente una legislación penal para adolescentes adecuada a los principios de la convención sobre los derechos del niño

País
Argentina
Colombia
Chile
Ecuador
México
Uruguay

Argentina: Algunas provincias, han llevado a cabo reformas de tipo procesal. A nivel federal existen diferentes proyectos en discusión.

Colombia: Se han llevado a cabo, reformas no sustanciales posteriores a la Convención. Sin embargo, se discuten nuevos proyectos en esta materia.

Ecuador: Mismo caso de Colombia.

México: Se han aprobado dos leyes importantes en materia Juvenil. *La Ley de Protección para los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (2000)*, y *la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal (1991)*. Sin embargo, el Modelo Tutelar no ha tenido cambios significativos.

Uruguay: Hay un Proyecto de Código de la Niñez y la Adolescencia, el cual ha obtenido media sanción en el Congreso.

6.2 Países latinoamericanos en los que se encuentra vigente, al mes de abril de 2002, una legislación penal aprobada con posterioridad a la convención sobre los derechos del niño⁽⁴⁾

Los siguientes son los países de América Latina, en los que se encuentra vigente una Legislación Penal aprobada con posterioridad a la Convención sobre Derechos del Niño:

País	Nombre de la Ley	Entrada en vigencia
Bolivia	Código del Niño, Niña y Adolescente	1999
Brasil	Estatuto de la Niñez y la Adolescencia	1990
Costa Rica*	Ley de Justicia Penal Juvenil	1996
El Salvador	Ley del Menor Infractor	1995
Guatemala**	Código de la Niñez y la Juventud	1996
Honduras	Código de la Niñez y la Adolescencia	1996
Nicaragua	Código de la Niñez y la Adolescencia	1998
Panamá	Ley 40, del Régimen Especial de Responsabilidad para los Adolescentes	1999
Perú***	Código de los Niños y los Adolescentes	2000
Venezuela	Ley Orgánica del Niño y del Adolescente	2000

La segunda fase del proceso evolutivo de la Justicia Juvenil, inicia con la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño, hasta nuestros días. Con la Convención se gesta un cambio fundamental en la Justicia de Menores, determinando una percepción radicalmente nueva de la condición de la infancia. Esta nueva concepción encontró su fundamento en un reconocimiento de los menores de edad como seres humanos y, por tanto, en un reconocimiento de los derechos del niño como una categoría especial de los derechos humanos. La totalidad de

(4) * En 1998 se promulgó el Código de la Niñez y la Adolescencia.

** En 1996, fue aprobado el Código de la Niñez y la Adolescencia, sin embargo, este entró en vacatio legis.

*** El Código de la Niñez y la Adolescencia de Perú de 1992 fue reemplazado por un nuevo Código (2002).

los países latinoamericanos han suscrito la Convención, sin embargo solo unos pocos han reformado de forma total su modelo de Justicia Juvenil, adecuándolo al modelo de justicia que se estableció a partir de los principios contemplados en la Convención.

7. EDUCAR EN LUGAR DE CASTIGAR. LA PREVENCIÓN DEL DELITO JUVENIL

La prevención del delito es la más importante respuesta ante la creciente tendencia a solucionar los conflictos de manera violenta, por parte de los adolescentes. Significa en gran medida atender las causas reales que generan las situaciones que llevan a la delincuencia. Es por esto que hacemos especial énfasis en este punto, planteando una serie de sugerencias de intervención para reducir la violencia en los adolescentes y consecuentemente el delito.

Estas sugerencias se dan en dos niveles distintos, a saber: Un nivel Macrosocial y otro nivel Microsocial.

7.1. Nivel Macrosocial

Se pueden mencionar al respecto una serie de políticas que se consideran de carácter prioritario en materia de reducción de la violencia y consecuentemente del delito a este nivel, a saber: Debe haber énfasis en la importancia de que el Estado.

- Priorice la inversión pública en las áreas de salud, educación y en la promoción de los Derechos Humanos, con el fin de que se amplíe el acceso de los jóvenes y adolescentes a estas áreas. Además en el hecho de mantener un control más fuerte en el uso y portación de armas, así como el consumo y portación de drogas.
- La creación de trabajo para todos, de forma tal que se garantice condiciones de trabajo dignas, salarios justos y oportunidades de Capacitación y Desarrollo.
- Se plantea además la necesidad de una reestructuración social por medio de la promoción de valores que lleven a incentivar una coexistencia pacífica entre las personas, además de los sentimientos de tolerancia y respeto por las diferencias, así como mentalizar a las personas en la búsqueda de soluciones pacíficas a los conflictos que se les presentan.

- Es importante inspirar en los padres de los adolescentes o jóvenes, independientemente de que estos hayan cometido un acto delictivo o no, la conciencia de la importancia del reforzamiento de conductas incompatibles y alternativas a la violencia

7.2. Nivel Microsocial

- En primer término debemos decir que la utilización inteligente del tiempo libre a través de actividades que lleven a la sana recreación es un valor de gran importancia en la formación de un menor.
- No debemos olvidar que los menores de edad, siendo seres humanos en formación necesitan fortalecer valores como el respeto a la ley y al sistema judicial.
- Además los menores de edad deben de actuar con conciencia crítica, en todos los momentos de su vida, teniendo muy presente la importancia de ir reduciendo actitudes y sentimientos como el individualismo, la ignorancia, el consumismo.

8. COMENTARIOS FINALES

Las soluciones a la violencia juvenil, y particularmente al delito juvenil, deben ser integrales a partir de una estructura social que favorezca las soluciones pacíficas a todos los conflictos. Si las soluciones al delito juvenil se concentran en la represión, en lugar de reducirlo, muy probablemente aumentará. La ley por más rigurosa que nos parezca no produce un efecto disuasivo en los futuros infractores de la ley.

Se debe favorecer todas las formas de desjudicialización y de diversificación de la reacción penal. El delito en la mayoría de los adolescentes, es un acto episódico, por lo que el principio de intervención mínima, debe orientar toda la justicia juvenil.

Los adolescentes tienen derecho a la justicia, esto significa que se les debe respetar todas las garantías procesales internacionalmente admitidas, para considerar un juicio justo.

Igualmente los principios del Derecho Penal, particularmente resultan fundamentales, el principio de legalidad, el principio de tipicidad y el principio de culpabilidad.

Un sistema de justicia especializado para los adolescentes; además de significar el cumplimiento de mandatos internacionales, significan la mejor forma de garantizar y respetar los derechos de los adolescentes acusados de infringir la ley penal.

BIBLIOGRAFÍA

- TIFFER, Carlos. “*Die Wiedergutmachung im Strafrecht der lateinamerikanischen Länder im Vergleich zur Bundesrepublik Deutschland*”, (1989). Freiburg i. Br.
- TIFFER, Carlos. “*La posición Jurídica del ofendido en el Derecho Procesal Penal Latinoamericano*”, (1989). En *Ciencias Penales. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*. Núm. 1, San José, pp. 24-35.
- TIFFER, Carlos; DÜNKEL, F. “*Das Jugendstrafrecht in Lateinamerika unter besonderer Berücksichtigung des Jugendrechts und der Sanktionpraxis in Costa Rica*”, (1989). ZStW 101, S. 206-228.
- TIFFER, Carlos. “*La Validez Constitucional*”, (1990). En *Ciencias Penales. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*. Núm. 3, San José, pp. 83.
- TIFFER, Carlos. “*El sistema sancionatorio penal en Costa Rica y Alemania Federal*”, (1991). En *Revista de Ciencias Jurídicas*. Núm. 70, septiembre-diciembre, San José, Costa Rica.
- TIFFER, Carlos. “*Derecho Penal de Menores y Derechos Humanos en América Latina*”, (1995). En *Ciencias Penales: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*. Núm. 10, San José, pp 28 -38.
- TIFFER, Carlos. “*De un Derecho Tutelar a un Derecho Penal Mínimo: Nueva Ley de Justicia Penal Juvenil*”, (1996). En *Proniño. Revista de la Fundación PANIAMOR*. Núm. 6, Vol. 2, San José, Fundación PANIAMOR y UNICEF, pp. 9-24.
- TIFFER, Carlos. “*Ley de Justicia Penal Juvenil Comentada y Concordada*”, (1996). San José, Costa Rica: Editorial Juritexto, Primera Edición.
- TIFFER, Carlos. “*De un Derecho Tutelar a un Derecho Mínimo Garantista: La nueva Ley de Justicia Penal Juvenil*”, (1997). En: *Ciencias Penales. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*. Núm.13, San José, pp. 98-109.
- TIFFER, Carlos. “*Juvenile Criminal Justice and Human Rights Issue*”. Godesberg: Deutsche Vereinigung für Jugendgerichtshilfen e. V (DVJJ), The International Associational of Juvenile and Family Court Magistrates (IAJFCM), Band 29, pp. 205-225.
- TIFFER, Carlos. “*Un Modelo Armado para Aplicar. Justicia Juvenil en Costa Rica*”, (1998). En: *Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica*. Un Año de Vigencia. San José, Costa Rica: UNICEF/ ILANUD, pp.14-27.

- TIFFER, Carlos (1999) “Orientaciones de la Ley de Responsabilidad Penal Juvenil de Costa Rica”. En: *La Memoria del Seminario Internacional “Orientaciones Legislativas de la Justicia de Menores de Edad en Conflicto con la Ley Penal”*. Guanajuato, México (24 al 26 de noviembre de 1999), pp. 223-250.
- TIFFER, Carlos; Maxera, Rita. “Comentario al Proceso de Reforma Legislativa en Costa Rica”, (1998). En: García, E. y Beloff, M. (compiladores). *“Infancia, Ley de Democracia en América Latina”*, Santa Fe de Bogotá, Buenos Aires. Editorial TEMIS. Ediciones DEPALMA.
- TIFFER, Carlos. / LLOBET, Javier. “La sanción Penal Juvenil y sus Alternativas en Costa Rica”, (1999). San José, Costa Rica: UNICEF, ILANUD y Comisión Europea.
- TIFFER, Carlos; ROJAS, Alejandro. “La Ley Penal Juvenil en Centroamérica”, (1999). En: *Estado de la Región*. En **Desarrollo Humano Sostenible**, Informe 1, San José, Costa Rica, pp. 275-304.
- TIFFER, Carlos. “*Jugendstrafrecht in Lateinamerika unter besonderer Berücksichtigung von Costa Rica*”, (2000). Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg.
- TIFFER, Carlos. “La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Niños y su influencia en el Modelo de Justicia”, (2000). En: *Herramientas. Revista Interdisciplinaria sobre Temas de Justicia Juvenil*. Núm. 13, junio, Montevideo: Defensa de los Niños Internacional. Uruguay, pp. 60- 76.
- TIFFER, Carlos. “Ley de Justicia Penal Juvenil dentro de los Modelos Teóricos de Política Criminal y Fuentes Legales”, (2000). En: González M y Tiffer C. (coordinadores). “*De la Arbitrariedad a la Justicia: Adolescentes y Responsabilidad Penal en Costa Rica*”. San José: UNICEF, pp. 91-181.
- TIFFER, Carlos. De Kolle, S. “*Justicia juvenil en Bolivia. La Responsabilidad Penal de los Adolescentes*”, (2000). Programa de Justicia Penal Juvenil y Derechos Humanos ILANUD/Comisión Europea y Asociación de Magistrados de Tarija Bolivia (AMATA), San José.
- TIFFER, Carlos. “*Justicia Juvenil y Policía, Módulo de Capacitación*”, (2001). Editado por ILANUD y UNICEF-Panamá: San José, Costa Rica, Litografía e Imprenta LIL, S.A.
- TIFFER, Carlos. “*Justicia Juvenil. Instrumentos Internacionales de Naciones Unidas y la Experiencia de Costa Rica*”, (2001). Serie. Documentos de Trabajo, Número 2, UNICEF, México, 2001.
- TIFFER, Carlos; Llobet, J. Dünkel, F. “*Derecho Penal Juvenil*”, (2002). ILANUD, DAAD. San José, Costa Rica.

INMOVILIZACIÓN REGISTRAL

Licda. Ingrid Palacios Montero

Licda. Anabí Fajardo Torres

Abogadas costarricenses

SUMARIO:

Introducción

I. La Calificación Registral y los Asientos Registrales

1. La Anotación
2. La Calificación
3. La Inscripción
4. Asientos

II. Inmovilización Registral

1. Concepto
2. Marco Legal
3. Supuestos de hecho que la origina

Conclusiones

Bibliografía

INTRODUCCIÓN

Es a todas luces relevante el realizar un intento por enmarcar, tanto a nivel doctrinal como legal, el instituto de la inmovilización de los asientos registrales.

Se parte del hecho de que el Registro Público, al igual que la Administración Pública, funciona bajo el Principio de Legalidad. Asimismo, el Principio de Legalidad forma parte del elenco de principios que rigen el Derecho Registral, lo cual permite presumir que la información contenida en el Registro Público, que publicita, es real y coincide con la realidad extraregistraral.

Es por ello, que el presente artículo pretende realizar un acercamiento al concepto del instituto de la inmovilización registral, así como establecer los supuestos de hecho que le dan origen en la legislación costarricense, con la finalidad de definir sus efectos y alcances.

Primeramente se expondrá de forma somera, lo que es la calificación registral y la definición del asiento registral, para poder abordar el tema del instituto de la inmovilización, en un acercamiento a sus presupuestos, su conceptualización y procedencia, así como sus alcances y efectos.

I. LA CALIFICACIÓN REGISTRAL Y LOS ASIENTOS REGISTRALES

En el tratamiento que se le da al documento una vez ingresado al Registro, se presume perfecto por el hecho de haber sido autorizado por funcionario judicial o Notario Público y por otorgársele al acto o contrato registrado, la certificación de veracidad, con respecto a su contenido, gracias a la función del Registrador, quien en aplicación de sus facultades y realizando su función, asevera que la inscripción realizada es auténtica.

El trámite del documento inscribible realiza una serie de fases preclusivas, que van dirigidas a su debida inscripción. Al respecto se realizará una breve referencia de las diferentes fases del documento en su camino a ser inscrito en el Registro Público.

1. La Anotación

La anotación se lleva a cabo, a partir de la presentación del documento en la oficina de Diario, una vez ahí se le asigna un *asiento de presentación* el cual se conforma por el número de tomo donde fue

anotado y el folio o asiento respectivo; determinado el asiento de presentación, éste se anota en el inmueble correspondiente, otorgando desde ese momento publicidad frente a terceros.

Es importante resaltar el hecho de que todo documento que se presenta al Registro, surte efectos, o lo que es lo mismo, tiene oponibilidad, a partir de la fecha de presentación. Goza de igual relevancia la relación que existe con respecto al principio de prioridad registral, ya que los efectos del instrumento a inscribir se retrotraen a la fecha de presentación.

2. La Calificación

La calificación del documento, la realizan los registradores, con la finalidad de determinar si no presentan defectos que impidan su registración.

Así, en estrados judiciales se ha definido la calificación registral como “...un filtro por medio del cual se cotejan los requisitos normativos que el documento debe tener con los asientos registrales...”⁽¹⁾

Rocca Sastre define la calificación como “...un medio o instrumento para hacer efectivo el principio de legalidad. Mediante ella, los títulos defectuosos son rechazados definitivamente o provisionalmente del Registro, ya que en él sólo tienen acceso registral títulos perfectos...”⁽²⁾

Dentro de este orden de ideas, se puede establecer que, para la doctrina española, la calificación consiste en el examen y la adecuación de legalidad a que se somete el instrumento público registrable, por medio del registrador, generando así su registración de ser procedente, o bien, suspendiendo su inscripción.

La calificación se puede definir como el examen que realizan los registradores acerca del título presentado, con la finalidad de verificar si reúne las condiciones exigidas por ley, o bien, si existen defectos que impidan su debida inscripción.

(1) Voto N° 6663-95, de las diecinueve horas del cinco de diciembre de mil novecientos noventa y cinco, Sala Constitucional.

(2) ROCCA SASTRE. *Derecho Hipotecario*, Tomo II, España, Editorial Bosch, 1979, p. 259.

3. La inscripción

La inscripción se da una vez que el instrumento haya sido calificado, si no presenta defectos y el registrador haya determinado su adecuación a derecho, lo que genera que quede debidamente registrado el título que se presentó para tal efecto.

La inscripción produce varios efectos, dentro de ellos uno trascendental: la publicidad, la cual tanto en su plano formal como material es presupuesto necesario y va muy de la mano con la consecución de la seguridad jurídica, que es la finalidad primordial del Registro Público.

4. Asientos registrales

El asiento registral, según Manuel Albaladejo,⁽³⁾ es en **sentido estricto** “... *la constatación por escrito, en folio registral, del hecho de que se trate*”, por medio de éste se escribe sobre el folio el texto redactado por el registrador, este folio se convierte en documento público, con el fin de que pueda conocerlo a quien le interese, así resulta recogido el hecho registrado. En **sentido amplio**, dice este mismo autor, es inscribir, pues el inscribir es el practicar un asiento, lo que implica que ambos términos se utilicen como sinónimos.

Sin embargo, Rocca Sastre lo conceptualiza como “...*la constatación manuscrita de un título, acto, hecho o circunstancia en los libros de dicho registro, para que surta los efectos hipotecarios procedentes...*”.⁽⁴⁾ Dentro de este mismo orden de ideas, y en un sentido más estricto y técnico, se define como “...*extractos o concreciones de los títulos, acomodados a exigencias que casi siempre la Ley o el reglamento determinan, a fin de que exista uniformidad en su redacción y de que conste en dichos asientos cuanto sea interesante y útil para los efectos de la publicidad de los bienes y derechos inscritos...*”.⁽⁵⁾

En términos generales, el asiento será aquél extracto del instrumento que determine los efectos que genera el título comprendido en el instrumento.

(3) ALBALADEJO (Manuel). *Derecho Civil*, Vol. II, Tomo III, España, p. 418.

(4) *Op. cit.*, p. 398.

(5) DÍAZ MORENO, citado en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, F. Seix, Editorial Barcelona, Tomo XII, 1950, p. 752.

Tipos de Asientos:

- a. Asientos de presentación
- b. Asientos de inscripción
- c. Asientos de anotaciones preventivas
- d. Notas marginales

Asientos de Presentación

Estos no constituyen una clase de registración, sino que son la forma de iniciar cualquier registración. Los documentos se presentan al Registro, en cuyo diario se practica el correspondiente asiento de presentación, con respecto del cual los asientos posteriores se retrotraerán a su fecha, por lo que el fin de este asiento es preparar la realización de los demás asientos.⁽⁶⁾

Asientos de cancelación

Estos asientos son inscripciones, anotaciones o notas marginales negativas, que hacen cesar la vigencia del asiento de que se trate, no es un asiento diferente, sino cualquiera de ellos pero negativo (el que sea según cada caso). Este es un asiento que deja sin efecto a otro asiento, que jurídicamente deja de tener vigencia a partir de que se practique el de su cancelación.

Entre otras clasificaciones tenemos los asientos principales y accesorios, los principales son los de sustantividad propia, como la inscripción; los accesorios son los que se encuentran al servicio de otros, como la nota marginal.

Debido a estas características de los asientos de presentación y de cancelación a juicio del autor, no son propiamente asientos por lo que reduce la lista a los de inscripción, anotaciones preventivas y las notas marginales.

Asientos de inscripción

Será aquél asiento principal y de carácter positivo que, recogiendo un hecho u acto registrable, publica la constitución, transmisión o

(6) ALBALADEJO, *op. cit.*, p. 419.

modificación del derecho que tal acto crea, transmite o modifica, y el titular a quien adelante corresponde. Se dice, que es el más importante y que los demás asientos giran en torno a él.

Asientos de anotaciones preventivas

Este es un asiento de vigencia temporal limitada que, elimina de algún modo a favor de titulares de situaciones jurídicas no inscribibles, la protección que dispensaría a los terceros en otro caso la fe pública registral. Es importante destacar la ubicación dentro de este tipo de asientos, de la nota de advertencia del sistema registral que rige en nuestro país.

Asientos de nota marginal

Este es un asiento accesorio que se practica al margen del folio registral, quedando pues, situado lateralmente respecto de los asientos recogidos en la parte central, estableciéndose así una relación de dependencia del asiento en cuyo margen consta.

Entre otras clasificaciones tenemos los asientos principales y accesorios, los **principales** son los de sustantividad propia, como la inscripción; los **accesorios** son los que se encuentran al servicio de otros, como la nota marginal.

Los asientos **definitivos** y **provisionales**, los primeros están destinados a durar indefinidamente, como la inscripción, los segundos, tienen una duración limitada, ya que están destinados a convertirse en otros o caducan al cabo de un tiempo, como la anotación preventiva.

II. INMOVILIZACIÓN REGISTRAL

1. Concepto

La inmovilización en términos generales, procede en virtud de que en la calificación del instrumento no se detecte una nulidad y éste se inscriba. Debido a que la inscripción que se practica en el Registro es declarativa, ésta no convalida los actos inscritos, así lo determina el artículo 456 del Código Civil “...*La inscripción no convalida los actos o contratos inscritos que sean nulos o anulables conforme a la ley...*”. Lo que genera que se practique una nota marginal de advertencia en la

inscripción viciada de nulidad, con la finalidad de que no se realice ninguna operación posterior en el bien en que se realizó dicha inscripción, hasta tanto no se subsane en vía judicial.

Si bien esta definición obedece a lineamientos argentinos, en algo se coincide, pues la inmovilización es una medida cautelar, que bloquea los movimientos registrales del bien de que se trate, lo que la diferencia de una mera nota de advertencia, la cual tiene sus alcances limitados, pues lo que genera es publicidad de advertencia y no bloquea el bien dentro del tráfico jurídico.

El Registro Público de la Propiedad la define como “*una medida cautelar cuyo objeto es apartar temporalmente del comercio un bien inmueble sobre el que se ha practicado un asiento nulo*”⁽⁷⁾ esto con el fin de no continuar otorgando publicidad a ese asiento, hasta tanto no se haya cancelado por autoridad administrativa o judicial.

Así mismo y para mayor abundamiento, se entiende la inmovilización como un *mecanismo preventivo*, que en virtud del principio de publicidad y seguridad jurídica registral, advierte a terceros sobre la situación particular ocurrida sobre el inmueble, con ocasión del error en el trámite de calificación e inscripción del documento.

En síntesis, se establece que la inmovilización surge en respuesta a una inexactitud registral, que por diversos supuestos de hecho, que se analizarán posteriormente, se realiza sobre un bien registrado; la cual se caracteriza por: ser una *medida cautelar* en virtud de que protege la seguridad jurídica que otorga el Registro Público en el tanto evita seguir publicitando una información que se presume incierta; es *preventiva*, en igual sentido previene a los terceros mediante la publicidad, de ser afectados por una circunstancia que eventualmente desconocerían; es *temporal*, debido a que depende del grado de interés y diligencia que tengan las partes interesadas en levantar tal nota; siempre y cuando procedan en sede jurisdiccional, pues en vía administrativa, de acuerdo a la normativa registral sobre el procedimiento, no se autoriza, y se niega expresamente la posibilidad de revisión de oficio de los actos, siendo necesario ir a la vía ordinaria, para que en sentencia se declare lo referente al derecho y proceda el levantamiento de la inmovilización practicada.

(7) Resolución del Registro Público de la Propiedad Inmueble, resolución de las quince horas del ocho de mayo del dos mil uno.

Con respecto a concebir la inmovilización como medida cautelar, ésta gozaría de las mismas características de la última, siendo que no son inconstitucionales en la medida que cumplan con los presupuestos de fondo necesarios para su adopción:

- Interés actual de la petición
- Posibilidad de acogimiento de la pretensión principal
- Carácter grave, irreparable o difícil de reparar el daño que se pretende evitar
- Posición favorable del interés público
- Control judicial y medios de impugnación, y
- Temporalidad de la medida.

Se establece jurisprudencialmente,⁽⁸⁾ la procedencia de la inmovilización desde el punto de vista de medida cautelar y su licitud, argumentando lo siguiente: “...*Las medidas asegurativas o cautelares (...) surgen en el proceso como una necesidad que permita garantizar una tutela jurisdiccional efectiva...*”, lo que permite que se le conceptualice como “...*un conjunto de potestades procesales del juez –sea justicia jurisdiccional o administrativa para resolver antes del fallo, con el específico fin de conservar las condiciones reales indispensables para la emisión y ejecución del acto final...*”.

Continúa indicando la resolución Constitucional de marras, que a nivel doctrinal se determinan dos características fundamentales de las medidas cautelares:

- Instrumentalidad
- Provisionalidad

Siendo indispensable que dichas medidas sean lícitas, jurídicamente posibles y provisionales, ya que se extinguen con el dictado del acto final. Para el caso de la inmovilización con la sentencia judicial, requieren fundamentación, que responde a la necesidad de tener un sustento fáctico, pueden ser modificables al aumentarse o reducirse en razón de sus necesidades. Además son accesorias puesto que se realizan gracias a un proceso principal que les da origen; son de naturaleza preventiva y de efectos asegurativos, ya que obedecen a mantener un estado de hecho; por último deben ser homogéneas.

(8) Voto 6693, de las diecinueve horas del cinco de diciembre de mil novecientos noventa y cinco.

Finalmente, la inmovilización obedece a un fin, el cual se establece en razón de que persigue evitar que terceros de buena fe, resulten perjudicados al amparo de la fe pública y la publicidad registral, buscando fortalecer el principio de seguridad registral otorgándole instrumentos al registrador para salvaguardar su responsabilidad ante terceros.

2. Marco Legal

La inmovilización, como se dijo anteriormente, surge como respuesta a la normativa registral existente y a la imposibilidad de revisión de sus propios actos. Pese a ser parte de la administración la normativa registral con relación a los procedimientos, le coarta la posibilidad de cancelar de oficio una inscripción efectuada pese a haber determinado su nulidad, para ello debe remitir el asunto a la vía jurisdiccional. Al respecto el artículo 474 del Código Civil establece que *“No se cancelará una inscripción sino por providencia ejecutoria o en virtud de escritura o documento auténtico...”*, negando así la posibilidad al Registro de la cancelación de sus actos.

En la Ley de Inscripción de Documentos⁽⁹⁾ se determina, dentro de su articulado, los supuestos donde se permite la corrección de errores registrales, así el artículo 7 del citado texto indica en su párrafo segundo *“Si por error o por cualquier otro motivo, se hubiera practicado una anotación o afectación improcedentes, (...) el Registrador de la sección que las hizo, procederá de oficio o a simple instancia verbal del interesado, a cancelarla con vista del documento respectivo...”*, de igual forma, el artículo 9 establece que es obligación del Registro *“...realizar todas las gestiones pertinentes, incluyendo la obtención de documentos o copias para corregir errores u omisiones en que hubiesen incurrido los registradores al anotar o inscribir documentos...”*, sin embargo, estos supuestos se refieren únicamente a errores determinados, a partir de la función registral propiamente dicha.

El Reglamento del Registro Público viene a aclarar el marco normativo de procedencia de la inmovilización, así establece en su artículo 85 la rectificación de errores registrales. Indica que dicha corrección el registrador la llevará a cabo bajo su propia responsabilidad. Dicho artículo en lo que interesa reza de la siguiente manera *“Sólo el*

(9) Ley N° 3883, Ley Sobre Inscripción de Documentos en el Registro Público del 17 de abril de 1998.

Registrador bajo su responsabilidad, podrá corregir los errores cometidos en la inscripción de un documento, sean materiales o conceptuales, con fundamento en el conjunto de la información registral y la que le pueda aportar la parte interesada...”. De acuerdo a lo anterior, el Registrador se encuentra facultado para corregir sus propias actuaciones erradas en el tanto tenga la anuencia de la parte. Estos errores podrán ser tanto conceptuales como materiales, asimismo, establece el artículo de comentario, que en caso de que se ocasione un perjuicio a terceros se imposibilita su corrección, debiendo el Registrador hacerlo de conocimiento de la Dirección, con la finalidad de que ésta en calidad de jefarca del Registrador, proceda a iniciar una Gestión Administrativa para corregir la actuación errada; así continúa diciendo la norma citada que “En caso de que la corrección del error cause algún perjuicio a terceros, el registrador deberá elaborar un informe, lo elevará a conocimiento de la Dirección, y ésta de oficio podrá iniciar una Gestión Administrativa”.

En síntesis el artículo anteriormente transcrito, contempla la posibilidad dada al registrador de corregir errores generados a partir de su función en la registración, siempre y cuando se cuente con la anuencia de las partes del instrumento. El artículo siguiente del Reglamento, sea el artículo 86 se refiere propiamente a la inmovilización, así inicia indicando “*Si en el caso del artículo 85 anterior existiera oposición de algún interesado en la corrección del error, la Dirección o la Subdirección, mediante resolución, ordenará poner una nota de advertencia en la inscripción, que inmovilizará la inscripción hasta tanto no se declare el asunto en vía judicial o las partes no lo autoricen. De igual forma se procederá cuando la rectificación del error cause algún perjuicio*”.

El mismo cuerpo normativo brinda los conceptos de los errores que dan origen a la inmovilización, así los artículos 83 y 84 del Reglamento indican que éstos serán error material o error conceptual.

Una vez realizada o practicada la inmovilización, ésta no tiene un plazo de caducidad o prescripción, el único supuesto de finalización será la sentencia judicial que así lo establezca, o bien el acuerdo de las partes en lo referente al derecho controvertido, para que así se proceda.

3. Supuestos de hecho que dan origen a la inmovilización

La inscripción por ser declarativa, no convalida los actos nulos o anulables que han tenido acceso al Registro, tal y como lo establece el artículo 456 del Código Civil, que es bastante claro al respecto

“...La inscripción **no convalida** los actos o contratos inscritos que sean nulos o anulables conforme a la ley...”, al no ser constitutiva la inscripción los defectos o circunstancias que generen nulidad o bien, anulabilidad podrán ser corregidos con posterioridad –únicamente bajo el segundo supuesto–, de oficio en el tanto las partes estén de acuerdo, y bajo el entendido de que no se cause perjuicio, esto en virtud de la protección que otorga la publicidad registral de los asientos que contiene el registro, en estrecha relación con la seguridad jurídica.

Error material

En cuanto a los errores que dan origen a la inmovilización, el Reglamento del Registro Público, establece en su artículo 83 el error material: “*Se entenderá que se comete error material cuando sin intención, se escriban unas palabras por otras, se omita la expresión de alguna circunstancia formal de la inscripción o se equivoquen los nombres propios o las cantidades al copiarlas del título, sin cambiar por ello el sentido general de la inscripción o asiento de que se trate, ni el de ninguno de sus conceptos*”. Este accionar errado por parte del registrador, tiene como presupuesto a su vez, el que no haya existido intención en su accionar, sino que sea un mero error de diligencia.

Para Rocca Sastre,⁽¹⁰⁾ error material es aquel generado a partir de “...*equivocaciones u omisiones debidas a la falta de cuidado o negligencia en el que escribe los asientos.*”, desde este punto de vista el error material se genera a partir de la falta de cuidado o atención en la actividad de registración desplegada por el funcionario registral encargado.

La Cruz Berdejo y Sancho Rebullida,⁽¹¹⁾ lo definen como de fácil rectificación. Así se entiende por error material el “...*que se comete cuando sin intención conocida se escriban unas palabras por otras, se omita la expresión de algunas circunstancia formal de los asientos o se equivoquen los nombres propios o las cantidades al copiarlas del título, sin cambiar por ello el sentido general de la inscripción o asiento de que se trate*”.

(10) *Op. cit.*, p. 277.

(11) LA CRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco. *Elementos de Derecho Civil*, España, Editorial Bosch, segunda edición, reimpresión 1991, p. 261.

Se evidencia que el error material será aquel por el cual el Registrador no ha puesto ninguna intención, más que falta de cuidado al practicar los asientos respectivos.

Error conceptual

El error conceptual o de concepto se encuentra determinado por el artículo 84 del Reglamento del Registro Público, el cual indica “...Se entenderá que se comete error conceptual cuando el Registrador altere o varíe el verdadero sentido de los conceptos en el título que se registra, debido a una errónea calificación”. El supuesto de hecho que da lugar al error conceptual será la calificación errónea por parte del Registrador encargado de realizarla, lo que generaría una alteración en el título a inscribir. Así en resolución del Registro Público de la Propiedad Inmueble de las catorce horas del seis de noviembre del dos mil, en lo referente a una situación de error conceptual, se indica que procede la inmovilización una vez detectadas irregularidades en la inscripción, cuando el registrador actuó “...sin advertir que el texto aludido, no cumplía los requisitos de forma y fondo exigidos en el trámite de calificación previa, y traspasó en su totalidad el inmueble a la sociedad adquirente...”. La resolución administrativa se funda en el argumento de que existió una actuación malintencionada por parte de las personas inescrupulosas que en su momento y previo a la presentación para la inscripción del documento agregaron dicho texto, provocando que el Registrador cometiera un error de tales dimensiones.

El error conceptual según Rocca Sastre⁽¹²⁾ es aquél por el cual “...al expresar en la inscripción alguno de los contenidos en el título se altere o varíe su verdadero sentido”.

Para La Cruz Berdejo y Sancho Rebullida⁽¹³⁾ el error conceptual se da “... cuando al expresar en la inscripción alguno de los contenidos en el título se altere o varíe su verdadero sentido (...) así como el cometido en algún asiento por la apreciación equivocada de los datos obrantes en el Registro...”.

(12) *Op. cit.*, p. 281.

(13) *Op. cit.*, p. 262.

Nulidad específica

Otro supuesto de hecho que da origen a una inmovilización registral es la nulidad específica, que surge en virtud de un acto de anotación o de inscripción por falsedad o nulidad, sea por error o fraude en el título. Para que esta circunstancia dé origen a la inmovilización en sede registral, debe previamente ser declarada en vía jurisdiccional y por autoridad competente al efecto. Este presupuesto radica en que el Registro Público se encuentra imposibilitado a declarar sobre derecho.

CONCLUSIONES

Como conclusiones se pueden realizar las siguientes aseveraciones:

- El proceso de inscripción de los Instrumentos Registrales se inicia con el asiento de presentación, a partir de ahí procede la calificación, la cual se circunscribe a la valoración de los elementos de legalidad que contiene el instrumento a inscribirse, por parte del Registrador, el cual lo somete a los requisitos de legalidad exigidos, para proceder a su inscripción. En caso de que esté a derecho, se procede a la inscripción del instrumento.
- Que a partir del asiento de presentación se inicia la publicidad registral otorgando garantía recíproca, tanto a las partes del instrumento anotado mediante la oponibilidad del mismo a terceros, como para estos últimos en el sentido de que su actuar responde a lo publicitado por registro, por lo que se tendrá como actuación de buena fe.
- Que al ser la inscripción declarativa y no constitutiva, la inscripción no convalida los actos nulos o anulables recepcionados por el Registro.
- Que en virtud del artículo 474 del Código Civil, el Registro Público de la Propiedad no está facultado para cancelar de oficio inscripciones realizadas. El registrador, de acuerdo al Reglamento, podrá corregir los errores cometidos por él en el ejercicio de su función, de oficio bajo su propia responsabilidad.
- Que en virtud del principio de seguridad jurídica registral, se presumen ciertos los asientos contenidos en el Registro Público, a los cuales se les otorga publicidad.

- Que debido a las inexactitudes registrales, y facultado por lo estipulado en los artículos 82, 83 y 84, se asume la posibilidad de que se generen errores registrales, los cuales pueden ser materiales: cuando no hay intencionalidad del Registrador, sino negligencia y falta del deber de cuidado en el ejercicio de su función; y conceptuales, siendo éstos originados por variaciones o alteraciones al verdadero sentido de los conceptos contenidos en el título que se registra, por parte del funcionario registral.
- A partir de los errores anteriormente enunciados, que evidencian una inexactitud registral. El Registrador se encuentra facultado para corregirlos de oficio, con la limitante de que las partes estén de acuerdo y no se genere perjuicio alguno, en este último supuesto el Registrador procederá a realizar un informe que presentará ante la Dirección, para que de oficio y se inicie una gestión administrativa.
- En caso de que las partes no estén de acuerdo en la corrección del error, se debe practicar una nota de advertencia en el asiento del inmueble sujeto a este proceso e inmovilizar el bien.
- La inmovilización es una medida cautelar administrativa y como tal se caracteriza por ser:
 - Instrumental
 - Provisional

Lo que implica que se configuren como lícitas y jurídicamente posibles; provisionales; fundamentales; modificables; accesorias; de naturaleza preventiva; de efectos asegurativos y homogéneas.

- La inmovilización es una medida preventiva administrativa, en el tanto el ente que la establece es el Registro Público, esta puede ser oficiosa por errores registrales, ya sea material o conceptual; o bien a solicitud de parte.
- El marco jurídico de la inmovilización lo establece el Reglamento del Registro Público, en su artículo 86, al señalar los alcances de la misma, e indica que al existir oposición de algún interesado a corregir el error, la Dirección o Subdirección resolverá poner una nota de advertencia en la inscripción, la cual generará la inmovilización de dicha inscripción hasta tanto no se aclare el asunto en la vía jurisdiccional, o las partes no lo autoricen.

- Al ser la inscripción declarativa y no constitutiva, no se convalidan las nulidades que contengan los asientos de inscripción, por lo que la inexactitud registral se puede generar a partir de un hecho –error– o un vicio el cual se podrá argumentar en sede judicial, en cuanto a derecho se refiere y lo que se califica como el tercer supuesto de la inmovilización, que es la nulidad específica; por lo que la inmovilización procede por un error de los establecidos con anterioridad o por mandamiento judicial en virtud de que en un proceso se esté debatiendo el derecho.
- Dentro de los supuestos de hecho que generan la inmovilización de la inscripción registral, se encuentra la doble inmatriculación, el cual es un mismo bien con dos folios reales. En virtud de establecer el inmueble inexistente, se practica la inmovilización y será a juicio del Registro o bien del despacho judicial según la vía en que se encuentre dicho asunto, el que determine a cuál de los dos supuestos inmuebles se le aplicará la inmovilización.

La inmovilización es un mecanismo que garantiza el bloqueo registral del bien que presenta alguna inexactitud en sus asientos registrales, por lo que administrativamente, y en virtud de ser una medida cautelar se procede a aplicar la inmovilización para que sea en vía jurisdiccional que se aclare lo que corresponda en derecho.

La inmovilización responde a dos principios fundamentales en el Derecho Registral: el de publicidad y el de seguridad jurídica. Obedece al interés público de que adquirentes de buena fe no sean inducidos a fraude al amparo de la publicidad que brinda el Registro.

BIBLIOGRAFÍA

- BETTI (Emilio). *Interpretación de la Ley y de los Actos Jurídicos*, Madrid, Editorial Aldus S.A., 1971.
- BRENES CÓRDOBA (Alberto). *Tratado de las personas*, San José, Editorial Costa Rica. 1974.
- CARRAL Y TERESA (Luis). *Derecho Notarial y Derecho Registral*, 1983.
- CASTÁN TOBEÑAS (José). *Derecho civil español común y foral*, Madrid, Editorial Reus, Tomo I, Volumen I, 1962.
- DIEZ-PICASSO (Luis). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, Editorial Tecnos, Volumen II, 1983.
- DE GASPERI (Luis). *Tratado de Derecho Civil*, Buenos Aires, Tipográfica Editorial Argentina, Tomo I, 1964.
- DIEZ-PICASSO (Luis) y Gullón (Antonio). *Sistema de Derecho Civil*, Madrid, Editorial Tecnos, Volumen I, segunda edición, 1978.
- Sistema de Derecho Civil*, Madrid, Editorial Tecnos, Volumen III, 1977.
- MESSINEO (Francesco). *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, Tomo I, 1971.
- ESPIN (Diego). *Manual de Derecho Civil Español*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, tercera edición, Volumen I, 1968.
- NERI (Argentino). *Tratado Teórico Práctico del Derecho Notarial*, Buenos Aires, Ediciones De Palma, 1ª edición, 1980.
- PALACIOS ECHEVERRÍA (Iván). *Derecho Notarial y Registral*, San José. Mimeo para el curso de Derecho Notarial y Registral, Universidad de Costa Rica, 1985.
- PAZ, (José). *Derecho Notarial Argentino*, Argentina, 1989.
- PRIETO CASTRO Y FERRANDIZ (Leonardo). *Derecho Procesal Civil*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, Volumen primero, 1972.
- Derecho Procesal Civil*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, Volumen II, 1972.
- MUÑOZ (Hugo Alfonso). *Manual Centroamericano de Técnica Legislativa*, Comisión Interparlamentaria de Modernización Legislativa, San José, 2000.

LEGISLACIÓN NACIONAL

Ley de Aranceles del Registro Público.

Código Civil de Costa Rica, Ediciones Jurídicas, 1998.

Código Notarial de Costa Rica, Investigaciones Jurídicas, S.A., 2000.

Ley Sobre Inscripción de Documentos en el Registro Público.

Reglamento de Organización del Registro Público de la Propiedad.

LEGISLACIÓN EXTRANJERA

Ley Hipotecaria Española

Ley Hipotecaria Argentina

Legislación Notarial, Editorial Tecnos S.A., 1995.

REGLAMENTOS Y CIRCULARES

Circular DRP-026-99

Circular DRP-044-99

Circular DRP-048-99

Circular DRP-001-2000

Directriz No. 14-99 de las diez horas del veinte de setiembre de 1999.

JURISPRUDENCIA JUDICIAL

Resolución número 08741-99 de las diez horas del doce de noviembre de 1999,
Sala Constitucional.

**EL IMPACTO DE LAS DECLARACIONES DE RÍO
Y ESTOCOLMO SOBRE LA LEGISLACIÓN Y LAS
POLÍTICAS AMBIENTALES EN AMÉRICA LATINA**

Lic. Jorge A. Cabrera Medaglia
Abogado costarricense

SUMARIO:

- I. Introducción
- II. Breve análisis de las Cumbres de Estocolmo y Río: los retos y las respuestas
 - A) La Cumbre de Estocolmo
 - B) Los Resultados
 - C) El Proceso de Río
 - D) Río y Estocolmo: una pequeña comparación
- III. Desarrollos institucionales, legales y de política en el período de Río y Estocolmo
 - A) Cambios institucionales importantes realizados después de Río
 - B) Constituciones Políticas: Incorporación del Derecho a un medio ambiente o protección a la naturaleza en las constituciones
- IV. Principales cambios en la gestión, derecho y política ambiental desde Estocolmo hasta Río
 - A) La participación ciudadana y el papel del sector privado
 - B) Integración ambiente-comercio y consolidación de la variable ambiental en los procesos regionales de integración
 - C) Incorporación del tema ambiental en los planes de desarrollo y en las agendas políticas
 - D) El problema ambiental como problema de políticas públicas
 - E) Nuevos retos y sus respuestas en temas de contaminación, manejo de desechos sólidos, líquidos, desechos peligrosos. Uso de instrumentos económicos como complemento a los esquemas de comando y control
 - F) Nueva normatividad e institucionalidad ambiental

Conclusión

Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN

Dos de las Cumbres Internacionales más significativas desde el punto de vista de la conservación del ambiente han marcado hitos importantes y representan un punto de partida para el análisis de políticas, instituciones, leyes y el estado de los recursos naturales y el ambiente. Se trata de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente Humano celebrada en Estocolmo en 1972 y la Conferencia de las Naciones Unidas Sobre Medio Ambiente y Desarrollo, efectuada en Río de Janeiro en 1992. Ambas Cumbres, las cuales presentan diferencias relevantes, reunieron un impresionante número de Jefes de Estado y Dignatarios y concluyeron con acuerdos, declaraciones y planes de acción dirigidos a la protección del medio y a afianzar el concepto de desarrollo sostenible.

Este trabajo pretende describir los principales tópicos tratados en ambas Cumbres y los desafíos de política e institucionalidad que ellos trajeron consigo. Posteriormente, se hará un recuento de los más importantes cambios en los ordenamientos jurídicos y políticas ambientales a raíz de cada una de ellas. Se señalarán los acontecimientos que en América Latina y el Caribe (ALC) han venido a influir en los nuevos enfoques e instrumentos utilizados para alcanzar la sostenibilidad. Luego se presentarán los avances más representativos entre las Cumbres de Estocolmo y Río.

II. BREVE ANÁLISIS DE LAS CUMBRES DE ESTOCOLMO Y RÍO: LOS RETOS Y LAS RESPUESTAS

A) La Cumbre de Estocolmo

La Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente Humano, constituyó la primer gran Cumbre dedicada a lidiar con los problemas ambientales más importantes en ese momento y para muchos genera además el inicio del derecho internacional ambiental, el cual a su vez ha marcado una pauta importante en la construcción de leyes, políticas e instituciones nacionales en cada uno de los países de América Latina y el Caribe como se mostrará a lo largo de este trabajo.

Se ha afirmado que desde el punto de vista político la Cumbre de Estocolmo fue más que un punto de partida, un punto de enfoque, debido a la existencia de esfuerzos ambientales anteriores por parte de

agencias de Naciones Unidas como la Organización para la Alimentación y la Agricultura (FAO), la Organización Mundial de la Salud (OMS), la UNESCO, entre otras. Igualmente, la Comisión de Naciones Unidas para Europa, otras entidades regionales, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, la entonces Comunidad Económica y otras agencias se mostraron activas en el campo de la protección del ambiente. Por otra parte en algunos países desarrollados se habían dado pasos en esa dirección. Por ejemplo, Estados Unidos había establecido el Consejo de Calidad Ambiental a través de su famosa Acta de Protección Ambiental (conocida por sus siglas en inglés como NEPA). Algo similar había ocurrido en Reino Unido con la Comisión de Contaminación Ambiental, en Canadá con el Departamento de Ambiente y en Suecia con el Consejo Protección del Ambiente, todos los cuales precedieron a la Conferencia de Estocolmo. Desde la óptica de la legislación ambiental en países desarrollados solamente cuatro leyes ambientales importantes fueron emitidas entre 1956-60; 10 entre 1961-65, 18 entre 1966-70 y 35 entre 1971 y 75 (OECD; 1979).

En el caso de los países en desarrollo, especialmente en ALC, la situación se presenta radicalmente diferente, pues para estos Estocolmo representa –en general– un importante punto de partida de la institucionalidad y legalidad ambientales y conlleva la gradual incorporación de las consideraciones de orden ambiental en los países individualmente considerados y en las diferentes estructuras regionales. Más adelante, se respalda esta afirmación con un análisis histórico de la evolución de los marcos legales, institucionales y las políticas públicas en ALC.

La Conferencia fue convenida en diciembre de 1968 mediante una Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas y fundamentalmente obedeció a un llamado de países industrializados y a los problemas ambientales que existían en ese momento, algunos de ellos relacionados con la contaminación ambiental.

B) Los resultados

La Conferencia de Estocolmo tuvo dos importantes resultados: la Declaración de Estocolmo sobre Medio Ambiente Humano, un conjunto de principios y postulados no vinculantes, pero los cuales causaron un impacto importante en cuanto a su efecto concientizador y propulsor de modificaciones e instituciones en ALC; y el Plan de Acción para el Ambiente Humano, 109 recomendaciones específicas sobre puntos

concretos de acción. Ambas fueron adoptadas por la Asamblea General de Naciones Unidas por medio de la Resolución 2994 del 15 de diciembre de 1972.

La Declaración contiene 26 principios, estableciendo, entre otras cosas, lo siguiente:

- El hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de las condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad que le permita llevar una vida digna. Primer intento de vincular los derechos humanos y el ambiente e inicio del enfoque antropocéntrico de la conservación del ambiente.
- Los recursos naturales deben preservarse en beneficio de las generaciones presentes y futuras (equidad inter e intrageneraciones).
- Los recursos no renovables deben emplearse de forma tal que se evite el peligro de su futuro agotamiento y se asegure que la humanidad comparta los beneficios de tal empleo.
- Debe ponerse fin a la descarga de sustancias tóxicas.
- Debe impedirse la contaminación de los mares.
- El desarrollo económico y social es indispensable para asegurar al hombre un ambiente de vida y trabajo favorable.
- Se reafirma la importancia de la asistencia financiera y tecnológica
- Se menciona la importancia de la estabilidad de precios y la obtención de ingresos por materias primas para la ordenación del medio.
- Las medidas ambientales de los Estados no deben menoscabar el crecimiento de los países en desarrollo u obstaculizar el logro de mejores condiciones de vida.
- Se cita a la planificación como instrumento para conciliar el desarrollo y la protección del ambiente.
- La aplicación de políticas demográficas que respeten los derechos humanos con la aprobación de los gobiernos interesados.
- Se solicita confiar a instituciones nacionales competentes la tarea de planificar, administrar y controlar la utilización de los recursos ambientales.
- Se estipula el papel indispensable de la educación ambiental
- Se busca el fomento a la investigación y desarrollo científico especialmente en países en desarrollo.
- Se establece el Derecho Soberano de los Estados para “explotar” sus recursos naturales de conformidad con la Carta de Naciones Unidas y la obligación de asegurar que las actividades bajo su control o jurisdicción no perjudiquen otros Estados o zonas situadas fuera de la jurisdicción nacional.

- La cooperación en materia de indemnización a las víctimas de contaminación y otros daños ambientales.
- La cooperación entre los Estados y las organizaciones internacionales para reducir, eliminar o evitar los efectos perjudiciales para el medio.
- Se pretende que se consideren las diferencias de valores y por tanto se afirma que las normas que son válidas para un Estado, pueden no serlo para otros, especialmente por su alto costo social.
- Se menciona la conveniencia de librar al hombre de los efectos de las armas nucleares.

Los principales retos planteados por los principios podemos considerarlos los siguientes:

- El vínculo de la protección del ambiente con los derechos humanos (principio 1).
- Se establecen lineamientos para la salvaguarda de los recursos de la tierra para beneficios de las presentes y futuras generaciones (principios 2, 3 y 5).
- Se determinan amenazas específicas en ciertas áreas como vida silvestre, sustancias tóxicas, mares, entre otros. (principios 6 y 7)
- Se reconoce el vínculo entre desarrollo y protección del ambiente, así como las necesidades especiales de los países en desarrollo (principios 8 al 16 y 23).
- Se reconocen algunos instrumentos tales como la planificación ambiental, lo cual incluye herramientas como planes de acción. (principios 13 al 15).
- Se destaca la necesidad de crear autoridades ambientales (principio 17) y con ello se inicia el camino hacia gestión ambiental mucho más coherente; así como el papel de la educación (principio 18), la investigación y la ciencia (principios 18 y 20) y la cooperación internacional (principios 22, 24 y 25).

Como se observa existen importantes mandatos conducentes a la protección de los recursos naturales, la asistencia financiera, la transferencia de tecnología, la planificación, el sistema de intercambio, la puesta en el centro del sistema al ser humano, a la educación, la investigación y el desarrollo, a la cooperación internacional, así como otros tópicos de relevancia diferente tales como el apartheid, los territorios bajo opresión.

El segundo componente importante estuvo constituido por el Plan de Acción, el cual contempló más de 100 recomendaciones en tres categorías relativas a la evaluación ambiental, el manejo ambiental y medidas de apoyo. En total 109 recomendaciones que en su momento también fueron evaluadas en cuanto a los términos de su cumplimiento (ver UNEP 1978). A pesar de su relevancia, es difícil considerar que el Plan de Acción haya tenido la difusión e impacto que tendría su predecesora en 1992: la Agenda 21 como indicaremos un poco más adelante.

Posteriormente, varios Convenios Internacionales como la Convención para el Comercio de Especies de Flora y Fauna Amenazadas (1973), conocida como, CITES fueron subsecuentemente firmadas, y se sentaron las bases de otros acuerdos para proteger la diversidad biológica, especialmente los recursos genéticos. En algunos casos como CITES existió una recomendación concreta en el Plan de Acción para proceder a su firma (Sand, 1995).

Igualmente, se dio inicio a las labores del Programa de las Naciones Unidas sobre Ambiente (PNUMA o UNEP por sus siglas en inglés) con sede en Nairobi. Este Programa ha sido responsable de un sinnúmero de acciones, incluyendo el Programa de Mares Regionales, la administración de más de 30 tratados regionales y de importantes tratados globales, como los relativos al ozono, el tráfico de desechos peligrosos, entre otros. Otros importantes acuerdos internacionales fueron convenidos en el seno de las Naciones Unidas aunque fuera de el campo de acción del PNUMA. Asimismo, múltiples organizaciones no gubernamentales y entidades regionales comenzaron a establecer consideraciones ambientales, tales como la Comunidad Europea, la Comisión Económica para Europa, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (a través de la creación de su Comité Ambiental), el Comité o Grupo sobre medidas ambientales y comercio internacional del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT); bancos regionales y multilaterales comienzan a exigir estudios de impacto ambiental para proyectos específicos.

Otros acontecimientos merecen ser señalados. Primero la aprobación mediante Resolución 37-7 de la Asamblea General de Naciones Unidas el 28 de Octubre del 1982, de la Carta Mundial de la Naturaleza en la cual se esbozan los principios del desarrollo sostenible. Posteriormente en 1986, se emite la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo adoptada mediante la Resolución No 41-128 de la Asamblea General de Naciones Unidas. En 1987 se publica el Informe Brundtland,

producto del trabajo de la Comisión Mundial sobre Ambiente y Desarrollo establecida en 1983, mediante resolución de las Naciones Unidas, la cual acentúa el paradigma del desarrollo sostenible y en ese mismo año la Asamblea General adoptó la Resolución sobre “Perspectivas ambientales para el año 2000 y en adelante”.

C) El proceso de Río

La reunión celebrada en Río de Janeiro del 2 al 14 de junio, implicó un importante hito en el derecho internacional y las políticas dirigidas hacia la sostenibilidad. Algunos han afirmado que “No puede decirse que cambiará en forma radical e inmediata el comportamiento de los pueblos o de los gobiernos en sus prácticas de producción y consumo de bienes y preservación de la naturaleza, a pesar de la movilización sin antecedentes que significó. Ninguna Conferencia Diplomática podría tener ese efecto, aunque se realice en el ámbito de Jefes de Estado y de Gobierno como fue en el caso.

Tampoco puede decirse que fue un fracaso lamentable que solo sirvió para hacer declaraciones sin un contenido vinculante, formuladas con el objeto de asegurar que todo siguiera igual que antes” (Estrada, 1993).

Sin embargo, como señala más adelante el mismo autor “Es probable que en esto resida una de las más significativas secuelas de la Conferencia: en todo el mundo se revaloraron los puntos de vista preservacionistas y el público tomó conciencia de situaciones en las que había vivido con indiferencia... No se trató de una reunión científica sobre ecología...; fue una reunión política con fuerte contenido económico, donde se discutieron no solamente las formas y métodos para preservar el medio ambiente sino los criterios para asegurar la participación de todos los pueblos en los beneficios que racionalmente pueden obtenerse de los recursos naturales” (Estrada, 1993).

El 20 aniversario de la Declaración de Estocolmo y el 10 de la Carta Mundial de la Naturaleza, a la par del Informe de la Comisión Brundtland denominado “Nuestro Futuro Común” en 1987, constituyeron pasos y antecedentes importantes para la Cumbre y afianzaron el concepto de Desarrollo Sostenible. Otros hechos como la creación del Panel Intergubernamental de Cambio Climático, sirvieron de fundamento para que la Asamblea General de las Naciones Unidas, por medio de la

Resolución 44-228 convocará a la Conferencia sobre Medio Ambiente y Desarrollo, la cual contó con la asistencia de aproximadamente 112 Jefes de Estado. En el ámbito latinoamericano, los gobiernos fijaron sus posiciones en diferentes documentos, tales como la Plataforma de Tlatelolco en febrero de 1991, Manos en 1992 y Canela en ese mismo año.

De la Conferencia salieron los siguientes documentos jurídicamente vinculantes:

- La Convención sobre la Diversidad Biológica
- El Convenio Marco de Cambio Climático

Igualmente se resultaron de la Cumbre otros tres instrumentos:

- La Declaración Sin Fuerza Jurídica Vinculante sobre la Conservación de los Bosques
- La Agenda 21, y
- La Declaración de Principios de Río.

Los dos primeros constituyen tratados internacionales cuyos efectos se discutirán un poco más adelante. La Declaración sobre los Bosques se analizará al tratar el tema forestal y especialmente las repercusiones políticas del proceso que continuó y los posibles impactos en el estado del recurso forestal. Por ello, haremos énfasis en los dos últimos instrumentos.

La Agenda 21 constituye un documento jurídicamente no vinculante sobre los programas y acciones que debía realizar la comunidad internacional en un variado conjunto de campos.

Por su parte, la Declaración de Río con una marcado tono antropocéntrico, establece que los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones ambientales, lo cual repite en esencia, lo establecido en la Declaración de Estocolmo. Igualmente se reitera el derecho soberano a explotar los recursos naturales, solo que esta vez se agrega el calificativo de conformidad “con las políticas ambientales y de desarrollo”, a tono con el énfasis hacia el desarrollo que adquirió la Declaración, debido a las presiones de los países no industrializados. Se recogen asimismo otros principios tales como:

- La equidad inter e intrageneraciones.
- La integración de la variable ambiental en el proceso de desarrollo (principio de integración).
- La erradicación de la pobreza como requisito indispensable del desarrollo sostenible.

- Las responsabilidades comunes pero diferenciadas, especialmente la contribución de los países desarrollados a ciertos problemas ambientales (cambio climático, deterioro del ozono).
- La reducción de prácticas de producción y consumo insostenible y la necesidad de políticas demográficas apropiadas.
- La cooperación para la investigación y la transferencia de tecnología.
- La participación y el acceso a la información ambiental.
- La necesidad de legislación eficaz para la protección del medio.
- El desarrollo de legislación para la responsabilidad e indemnización por daños ambientales.
- La necesidad de evitar tomar medidas comerciales unilaterales para solucionar los problemas ambientales que se producen fuera de las fronteras del país importador, es decir la condena las restricciones basadas en los procesos y métodos de producción.
- La cooperación para desalentar o evitar la reubicación y transferencia de actividades y sustancias que causen degradación ambiental o riesgos a la salud.
- El principio de “quien contamina paga” y la preferencia por el uso de instrumentos económicos.
- El principio de precaución.
- El papel de las evaluaciones de impacto ambiental.
- La notificación e intercambio de información sobre actividades que afecten a otros Estados y la celebración de consultas.
- El papel de las mujeres, los jóvenes, las poblaciones indígenas.
- La condena a la guerra como enemiga del desarrollo sostenible y el vínculo entre la paz, el desarrollo y la protección del ambiente.

La Asamblea General de Naciones Unidas adoptó cinco resoluciones de seguimiento de la Cumbre de Río: establecer un Comité de Negociaciones para laborar una convención sobre sequía y desertificación, llevar a cabo una conferencia global sobre desarrollo sostenible de pequeños Estados insulares, tomar nota del reporte de la Cumbre, adoptar la Declaración de Río y los Principios Forestales para establecer instituciones y arreglos para dar seguimiento a Río, incluyendo la creación de la Comisión de Desarrollo Sostenible, y realizar una conferencia sobre stocks de peces migratorios. Diversos tratados internacionales fueron negociados con posterioridad incorporando los principios emergentes de Río, tales como quien contamina paga, el principio de precaución, los estudios de impacto ambiental, etc. Igualmente importantes desarrollos se produjeron, por ejemplo, en el seno de la Unión Europea con la implementación de sus planes ambientales y en la Corte Internacional de Justicia.

Como indicamos, producto de esta reunión se creó la Comisión de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas con el fin de vigilar el cumplimiento de los preceptos de la Agenda 21 y se encargó GEF (Fondo Global Ambiental creado un poco antes) el financiamiento de proyectos y actividades –en ese entonces– en cuatro áreas prioritarias.

D) Río y Estocolmo: una pequeña comparación

Sin pretender ser exhaustivos las principales diferencias entre ambas Cumbres se deducen de la lectura de algunos de los más relevantes resultados de éstas, los cuales a su vez tienen implicaciones de política para los desarrollos en ALC:

1. La Cumbre de Estocolmo, se centró en aspectos relacionados con la protección del ambiente, más que con aquellos relativos al desarrollo, por ello el concepto de desarrollo sostenible y el énfasis en el desarrollo de la Cumbre de la Tierra son algunos acontecimientos que deben resaltarse. Por ejemplo, algunos de los principios de ambas Declaraciones, como el referente a la soberanía, son formulados de manera idéntica, excepto por la adición de la frase del “desarrollo”. La mención expresa del tema de la pobreza, etc. también constituye un hecho de resaltar.
2. La Declaración de Río abarca aspectos mucho más generales y a la vez se esfuerza en tratar tópicos vinculados con los principios ambientales, como “quien contamina”, el “principio de integración” de la variable ambiental en el desarrollo, el uso de instrumentos económicos, el “principio de precaución”, “quien usa paga”, las responsabilidades comunes pero diferenciadas, el derecho a la información y a participar en las evaluaciones de impacto ambiental, entre otros.
3. La vinculación entre el sistema de comercio y el desarrollo sostenible se hace patente en Río, a la vez que se reitera la inconveniencia de utilizar medidas comerciales unilaterales para hacer frente a problemas ambientales.
4. Se agregan otros tópicos importantes como el derecho a la información y la participación, el papel de ciertos sectores como las mujeres, los jóvenes y las poblaciones indígenas.

5. Otros temas resultan repetidos producto de la continuidad de las discusiones en la materia, y de la ausencia de avances importantes, tales como la responsabilidad por daño ambiental, la cooperación entre los Estados, la necesidad de procurar transferencia de tecnología y los desechos y actividades peligrosas.
6. En términos generales podemos afirmar que Río responde al concepto de desarrollo sostenible, a la necesidad de integrar el derecho al desarrollo y la protección del ambiente, a las relaciones entre el sistema de comercio y la protección ambiental, al reconocimiento del papel de nuevos grupos emergentes, a la determinación de principios generales e instrumentos jurídicos, al uso de instrumentos de naturaleza económica, entre otros.
7. Los Tratados internacionales negociados tuvieron a la vez dos relevantes impactos: poner sobre la agenda de discusión y otorgarle un tinte político a la conservación de la biodiversidad y a la necesidad de distribuir los beneficios derivados de su utilización; y considerar la necesidad de analizar instituciones económicas y mecanismos de flexibilidad en el caso del Convenio Marco de Cambio Climático, mediante las provisiones de la llamada implementación conjunta.
8. Los instrumentos no vinculantes sirvieron de llamada de atención para la discusión y debate internacional de un tema de gran relevancia: la conservación de los bosques y mostraron lo polarizado del debate internacional en torno al tema, pero sirvieron para otorgar mayor relevancia a uno de los aspectos ambientales más significativos: la conservación del bosque, el problema de la deforestación y la pérdida de hábitat. Lo mismo puede afirmarse de la Agenda 21.

En definitiva, de Río tenemos un conjunto de importantes consecuencias de orden político, institucional, jurídico y ambiental, tales como:

- Las derivadas de los Tratados Internacionales vinculantes a las cuales haremos referencia con posterioridad.
- El proceso político, técnico y científico que precedió a la imposibilidad de llegar a un acuerdo jurídicamente vinculante sobre el tema de los bosques y de la ordenación forestal sostenible
- La recepción en normas nacionales y su eventual aplicación de importantes principios de Río, tales como “quien contamina paga”,

el “principio de precaución”; las evaluaciones de impacto ambiental, el uso de instrumentos económicos, etc.

- La incorporación de la variable ambiental en los procesos de desarrollo y la vinculación de los procesos de integración con consideraciones de orden ambiental.
- El fortalecimiento de toda una institucionalidad y de marcos jurídicos para la protección del medio. La formulación e implementación de planes y lineamientos de política de orden ambiental aumentaron en forma significativa.
- La participación de la sociedad civil en la definición de políticas y la gestión ambiental, la cual constituye en la actualidad un espacio ganado.

III. DESARROLLOS INSTITUCIONALES, LEGALES Y DE POLÍTICA EN EL PERÍODO DE RÍO Y ESTOCOLMO

La forma como Estocolmo y Río impactaron ambas a las agendas de desarrollo de ALC puede visualizarse si se evidencia los principales desarrollos institucionales, legales, políticos y económicos relacionados con la sostenibilidad y si estos son contrastados con el estado de los recursos naturales y el ambiente en la región.

A) Cambios institucionales importantes realizados después de Río⁽¹⁾

- Algunos ejemplos del cambio institucional los tenemos en Argentina donde en 1993 se emitió el Pacto Federal del Ambiente y se creó el Consejo Federal del Ambiente. Asimismo se cuenta con el Plan Nacional del Ambiente.
- En Belice el Ministerio de Turismo y Ambiente, ha sido un ente importante en la creación de Consejos de Desarrollo Sostenible, así como el Plan Nacional de Acción Ambiental y la Ley de Protección del Ambiente de 1992.
- En el caso de Bolivia se creó el Consejo Nacional de Desarrollo Sostenible en 1994. En 1991 se establece la Secretaría de Ambiente y se desarrolló el Plan de Acción Ambiental. En 1993 se crea el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y se emitieron

(1) Esta sección se basa en Earth Council 1997 y elaboraciones propias.

importantes leyes como la Ley de Participación Popular, la Ley del Ambiente y la nueva Ley Forestal. Igualmente se inicia con la Agenda 21 nacional y otros esquemas de política ambiental.

- En el caso de Brasil en 1994 fue creada la Comisión Interministerial de Desarrollo Sostenible y luego se creó el Programa Nacional de Biodiversidad, el Fondo Nacional de Biodiversidad en 1996 y algunos planes para combatir la desertificación.
- En Chile además de la existencia de la Comisión Nacional del Ambiente, se cuenta con Estrategias de Biodiversidad y Desertificación.
- En el caso de Cuba el Ministerio de Ciencia, Tecnología y Ambiente se encarga de los aspectos ambientales y sustituye a la Comisión Nacional para la Protección del Ambiente y la Conservación de los Recursos Naturales. En 1993 se crea el Programa Nacional para el Ambiente y el Desarrollo. En 1997 se emite la Ley del Ambiente.
- En El Salvador existe una Estrategia Ambiental desde mediados de los años 90, preparada por la entonces Secretaría del Ambiente. Se cuenta con la Ley General del Ambiente de 1998 y se constituye el Ministerio del Ambiente y Recursos Naturales en 1997.
- En Honduras se crea en 1996 la Secretaría de Recursos Naturales y Ambiente y el Consejo Nacional de Desarrollo Sostenible. Se constituye la Comisión Nacional de Biodiversidad en 1998 y se emiten leyes importantes como la Ley del Medio Ambiente (1993) con sus disposiciones sobre estudios de impacto ambiental, las cuales fueron reglamentadas posteriormente.
- En México se cuenta con Consejos de Desarrollo Sostenible (a nivel local y nacional) y se reforma la Ley de Protección del Ambiente y Equilibrio Ecológico, incorporando muchas de las disposiciones e inquietudes de Río y nuevas leyes forestales se han emitido. Se cuenta con Programas Ambientales que cubren de 1995 al 2000.
- En Nicaragua se cuenta con la Estrategia Para la Conservación y el Desarrollo Sostenible, el Plan de Acción Forestal y el Plan de Acción Ambiental. Se crea en 1994 el Ministerio de Ambiente Recursos Naturales y se promulga la Ley de Ambiente y los Recursos Naturales en 1996.
- * En Paraguay se crea en 1993 la Subsecretaría de Ambiente y Recursos Naturales.
- * En Perú se forma el Consejo Nacional del Ambiente y algunas comisiones sectoriales como en el caso de Biodiversidad y de Cambio Climático.

B) Constituciones Políticas: incorporación del derecho a un medio ambiente o protección a la naturaleza en las constituciones

Otro aspecto interesante lo constituye la forma como las Constituciones han reconocido el derecho a un ambiente sano o se han emitido leyes ambientales importantes.

En forma cronológica tenemos algunas de las Constituciones que incorporan tal derecho:

Año	Países
1972	Panamá (reformada en 1978): establece el deber fundamental del Estado de velar por la conservación de las condiciones ecológicas.
1976	Cuba: establece que para asegurar el bienestar de los ciudadanos, el Estado y la sociedad protegerán la naturaleza (Art. 27). Modificada en 1992 para incorporar el concepto de desarrollo sostenible.
1979	Perú: (reformada en 1993) establece el derecho a habitar un ambiente saludable (Art. 123). Ecuador (reformada en 1996): establece el derecho de vivir en un medio ambiente libre de contaminación.
1980	Chile: establece el medio ambiente libre de contaminación.
1982	Honduras y Haití
1983	El Salvador
1985	Guatemala
1987	Nicaragua (reformada en 1995)
1988	Brasil
1991	Colombia
1992	Paraguay
1994	Argentina y Costa Rica
1996	Ecuador
1999	Venezuela

Algunas leyes generales o marco para la protección del ambiente y los recursos naturales:

Año	Países
1971	México: Ley Federal para Prevenir y Controlar la Contaminación Ambiental.
1974	Colombia, Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente.
1976	Venezuela: Ley Orgánica del Ambiente. Ecuador: Ley para la Prevención y Control de la Contaminación Ambiental en Ecuador.
1981	Cuba: Ley 33 sobre Protección del Medio Ambiente y Uso Racional de los Recursos Naturales. Nueva Ley del Ambiente en 1997. Brasil: Ley 6938 Política Nacional del Medio Ambiente, sus fines y mecanismos de formulación y aplicación y establece otras providencias.
1982	México: Ley Federal de Protección del Ambiente.
1985	Brasil: Ley No 7347 sobre acción civil pública, por daños al ambiente, etc.
1986	Guatemala: Ley para la Protección y Mejoramiento del Medio Ambiente.
1988	México: Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente.
1990	Perú: Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales.
1992	Bolivia: Ley General del Medio Ambiente.
1993	Honduras: Ley general de Ambiente
1994	Chile: Bases Generales del Medio Ambiente.
1996	Costa Rica: Ley Orgánica del Ambiente. Nicaragua: Ley General del Medio Ambiente y los Recursos Naturales.
1998	El Salvador: Ley del Medio Ambiente. Panamá: Ley General del Ambiente.

La estructura de estas leyes es más o menos similar, ellas establecen la política nacional ambiental y los instrumentos jurídicos para su aplicación. Las leyes generales adoptadas después de Río recogen en

gran medida los preceptos emanados de la Declaración de Principios, tales como las evaluaciones de impacto ambiental, el uso de instrumentos económicos, el principio precautorio, la responsabilidad por daño ambiental, entre otros. (ver Brañes, 2000). Para una descripción más detallada, véase PNUMA 2000 p. 92 a 95.

Las implicaciones de las principales disposiciones constitucionales y reformas legales se describen en la próxima sección.

IV. PRINCIPALES CAMBIOS EN LA GESTIÓN, DERECHO Y POLÍTICA AMBIENTAL DESDE ESTOCOLMO HASTA RÍO

En este acápite se explican los principales cambios en la gestión, derecho y política ambiental detectados entre Estocolmo y Río.

A) La participación ciudadana y el papel del sector privado

Uno de los Principios de la Declaración de Río (10) específicamente se refiere a la necesidad de promover la participación ciudadana y el acceso a la información como mecanismos para avanzar hacia la consecución del desarrollo sostenible. Si bien es cierto estas preocupaciones no estaban ausentes en los debates y el período comprendido entre Estocolmo y Río, después de esta última adquieren una dimensión especial. Algún autor incluso la ha caracterizado como un nuevo mecanismo de tutela ambiental (Mateo 1994). La misma celebración de una Cumbre paralela de organizaciones no gubernamentales en Río y la conclusión de los denominados “Tratados Paralelos” resultado de esa iniciativa muestra como la participación ciudadana en la gestión del medio ha llegado para afianzarse en los sistemas políticos de ALC. Tanto en el ámbito internacional, por medio de la presencia de organizaciones no gubernamentales en las negociaciones de los principales convenios ambientales, como en las Conferencias de las Partes del Convenio de Biodiversidad o Cambio Climático, y en otros foros (Comisión de Desarrollo Sostenible, Foro Intergubernamental de Bosques, etc), como a nivel nacional (en comisiones nacionales, consultas públicas, entre otros), la participación constituye uno de los más importantes cambios en los enfoques de política ambiental. En la región solo a título de ejemplo vale la pena citar la Estrategia Interamericana para la Promoción de la Participación Pública en la Toma de Decisiones para el Desarrollo Sostenible (CEPAL, 2000), los diferentes planes de acción ambiental

surgidos de las principales cumbres hemisféricas, la creación del Comité de la Sociedad Civil en el Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA) y las consultas de la sociedad civil antes de la Cumbre de Santa Cruz sobre Desarrollo Sostenible (cfr BID, 1996). A ellos se suma la constitución de Consejos Nacionales y Comisiones sectoriales relacionadas con el desarrollo sostenible o con recursos o problemas ambientales específicos, mismos que han proliferado después de Río y de los cuales forman parte actores de la sociedad civil. Un listado de la constitución de los Consejos Nacionales de Desarrollo Sostenible puede encontrarse en PNUMA 2000.

Esta fuerte corriente post Río, también incluye al sector privado que ha ido adquiriendo un papel más relevante por ejemplo, mediante la creación de comisiones del sector privado en el seno de Naciones Unidas para tratar temas ambientales. El uso de instrumentos como las certificaciones ambientales y las normas ISO 14000 sobre Sistemas de Gestión Ambiental han aumentado en la región, las cuales involucran al sector privado.

Por último, los procesos de democratización y la construcción de nuevas instituciones producto de la reforma del Estado han permitido una mayor apertura a la participación ciudadana, especialmente a partir de los años 90.

B) Integración ambiente-comercio y consolidación de la variable ambiental en los procesos regionales de integración

Algunos ejemplos de cómo la variable ambiental ha ido adquiriendo una presencia propia en el marco de estos Acuerdos se presentan, sin olvidar que se trata en esencia de mecanismos comerciales y y económicos por excelencia.

- La Cumbre de las Américas sobre Desarrollo Sostenible celebrada en Santa Cruz de la Sierra en Bolivia en 1996, como seguimiento a la Cumbre de Miami donde se lanzó la Iniciativa para las Américas y el ALCA, adoptó un Plan que incluye 65 iniciativas sobre salud, educación, agricultura, bosques, biodiversidad, recursos hídricos, zonas costeras, energía, minería, etc. Como resultado se creó además el Grupo de Trabajo Interagencial de Apoyo al Seguimiento de la Cumbre de Bolivia. La Segunda Cumbre de las Américas celebrada en Santiago en 1998, reforzó los mandatos del Grupo Interagencial y la Estrategia Interamericana para la Participación Pública.

- La Comunidad Andina de Naciones, de conformidad con la Decisión 236, Codificación del Acuerdo de Cartagena, de julio de 1988 hace referencia en general a la necesidad de emplear mecanismos y medidas para el “aprovechamiento y conservación de los recursos naturales y el medio ambiente” así como emprender “acciones conjuntas que permitan un mayor aprovechamiento de los recursos naturales renovables y no renovables y la conservación y mejoramiento del medio ambiente”. El día 11 de junio de 1998, mediante la Decisión 435, la Comunidad Andina de Naciones aprobó la creación del Comité Andino de Autoridades Ambientales, con el objetivo de coadyuvar en la acción conjunta de los países miembros en el cumplimiento de los compromisos ambientales adquiridos en el marco de la Conferencia de las Naciones Unidas Sobre Medio Ambiente y Desarrollo y la Cumbre Hemisférica sobre Desarrollo Sostenible de Santa Cruz. Algunas decisiones de este proceso de Integración, como la 391 relativa al “Acceso a Recursos Genéticos y la Distribución de Beneficios” constituye un ejemplo de normatividad ambiental en el seno de procesos de integración económica y política.
- La Alianza Centroamericana para el Desarrollo Sostenible y en forma más general el nuevo Sistema Integración Centroamericano (SICA) representan un buen ejemplo de la forma como los esquemas de integración vienen considerando la variable ambiental. Aún antes de la firma y adopción de la ALIDES en 1994, los países del área había firmado el Convenio Centroamericano para la Protección del Ambiente en 1989, el cual constituyó la Comisión Centroamericana de Ambiente y Desarrollo (CCAD), hoy la Secretaría Ambiental del SICA. Esta se convierte en un organismo especializado de la región en materia de ambiente y desarrollo. Igualmente otros instrumentos regionales consideraron el tema ambiental, como por ejemplo, el Protocolo de Tegucigalpa que modifica y rediseña el Sistema de Integración establece como uno de sus propósitos “Establecer acciones dirigidas a la preservación del medio ambiente por medio del respeto y la armonía con la naturaleza, asegurando el equilibrado desarrollo y explotación racional de los recursos naturales del Área, con miras al establecimiento de un nuevo orden ecológico”. Por su parte, en el sector económico, el Protocolo de Guatemala que modifica el Sistema de Integración Económica Centroamericano (SIECA) que estipula que “En el campo de los recursos naturales y el medio ambiente, los Estados Partes convienen en desarrollar estrategias

comunes con el objetivo de fortalecer el Patrimonio natural de la región, adoptar estilos de desarrollo sostenible, utilizar en forma óptima y racional los recursos naturales del área y reestablecer el equilibrio ecológico...”.

Estos y otros desarrollos político-institucionales conllevaron a la adopción de la Alianza Centroamericana para el Desarrollo Sostenible firmada durante la Cumbre de Managua, la cual tiene como sus principios básicos: el respeto a la vida en todas sus manifestaciones; el mejoramiento de la calidad de vida humana; respeto y aprovechamiento de la diversidad de la tierra de manera sostenible; promoción la paz y la democracia como formas básicas de convivencia humana; respeto a la pluricultura y diversidad étnica de la región; logro de mayores grados de integración económica entre los países de la región y de estos con el mundo; responsabilidad intergeneraciones con el desarrollo sostenible. Ya en 1992 los Presidentes del Área habían asistido a Río con una Agenda Centroamericana Ambiental.

A partir de allí, la Secretaría Ambiental del SICA ha jugado un papel importante en la construcción de la sostenibilidad a través de sus diversos programas y procesos y mediante el Consejo Centroamericano de Bosques y Áreas Protegidas. A la vez se han desarrollado una serie de instrumentos jurídicos y planes de acción en diversas. Cabe citar como desarrollos locales el Convenio Centroamericano para la Conservación de la Biodiversidad y Protección de Áreas Silvestres Prioritarias en Centroamérica, firmado en junio de 1992 el cual crea el Sistema Centroamericano de Áreas Protegidas; el Convenio Regional Sobre Bosques firmado en 1993, el cual crea el Consejo Centroamericano de Bosques, el Convenio Regional sobre Cambio Climático de 1993 y el Acuerdo Regional sobre Movimiento Transfronterizo de Desechos Tóxicos de 1992. Entre los logros de este procesos se cuentan el Plan de Acción Forestal Centroamericano, el Fondo Centroamericano para el Desarrollo Sostenible; el proyecto de Corredor Biológico Mesoamericano, la creación de la Comisión Interparlamentaria de Ambiente y Desarrollo, la estructura institucional regional, la atracción de cooperación internacional importante, la puesta del tema ambiental al más alto nivel político, (CCAD, 1999), entre otros. Muchos proyectos específicos han sido financiados bajo el marco de cooperación entre la CCAD y agencias donantes diversas.

- El Proceso del Área de Libre Comercio para las Américas o ALCA también debe ser mencionado. A partir de la Cumbre de las

Américas celebrada en Miami en 1994, los líderes de las 34 naciones del continente, excepto Cuba, deciden iniciar el proceso de construcción de un Área de Libre Comercio desde Alaska hasta la Patagonia, la cual se basa en una serie de principios rectores que trascienden el mero comercio. Uno de estos principios consiste en garantizar el desarrollo sostenible y preservar el medio ambiente, que forma parte del "Pacto para el Desarrollo y la Prosperidad de las Américas" con su Plan de Acción y Declaración de Principios. En este sentido se hace referencia directa a los compromisos adquiridos en Río, y en la Conferencia Mundial sobre Desarrollo Sostenible de Pequeños Estados Insulares, y los países se obligan a fortalecer la capacidad de respuesta frente a la prevención y control de la contaminación, la protección de los ecosistemas, el uso y explotación racional de los recursos biológicos, el fomento de la producción eficiente y sostenible de energía.

- El Tratado de Libre Comercio de Norteamérica o NAFTA, celebrado entre México, Canadá y los Estados Unidos en 1994 contiene referencias importantes a la protección del medio y además negoció un acuerdo lateral o paralelo.
- El MERCOSUR. El 26 de marzo de 1991 los presidentes de la República Argentina, Brasil, Paraguay y la República oriental del Uruguay suscriben el Tratado de Asunción que crea el llamado Mercado del Sur (MERCOSUR).

Si bien está constituido por cuatro Estados signatarios queda abierto a la adhesión de los demás Estados miembros de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), bajo ciertas condiciones.

Se plantea como objetivo la creación de un Mercado Común que implica la libre circulación de bienes, servicios, factores productivos, la eliminación de derechos aduaneros y restricciones no arancelarias, el establecimiento de un arancel externo común y la adopción de una política comercial común en relación con terceros Estados o agrupaciones de Estados, la coordinación de posiciones en foros económicos-comerciales, la coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales y el compromiso de armonizar las legislaciones respectivas, para lograr el fortalecimiento del proceso de integración.

Las discusiones sobre la temática ambiental en el MERCOSUR comienzan a darse a partir del Tratado de Asunción el cual se limita a señalar la necesidad del más eficaz aprovechamiento de los recursos disponibles, y la preservación del medio ambiente.

El Grupo Mercado Común (Órgano Ejecutivo del Mercosur) creó la Reunión Especializada de Medio Ambiente (REMA) con el propósito de analizar la legislación nacional vigente y proponer acciones para proteger el medio ambiente. Para que el tema ambiental no quedara aislado en un grupo especializado, la resolución estableció que los subgrupos de trabajo traten temas ambientales.

En 1994 se dio un paso adelante al aprobar un conjunto de guías ambientales básicas y un acuerdo sobre transporte de sustancias peligrosas.

La creación del MERCOSUR ha estimulado la realización de normas ambientales nacionales, ha significado la conformación de una base institucional para tratar el tema ambiental entre los países socios y puede llegar a conformar una plataforma común para encarar negociaciones con otros países, para armonizar normas ambientales y crear una administración de ecosistemas compartidos. Para ello los grupos de trabajo, asesores o técnicos comenzaron la tarea de informar sobre la situación de cada país y de identificar las vías para la armonización de las políticas ambientales.

La REMA realizó las directivas básicas en materia de política ambiental (res. GMC 10/94-REMA) con el propósito de :

- a) Asegurar la armonización de la legislación ambiental entre los Estados Partes del Tratado de Asunción.
- b) Asegurar condiciones equitativas de competitividad entre los Estados Partes por la inclusión del costo ambiental en el análisis de la estructura del costo total de cualquier proceso productivo.
- c) Garantizar la adopción de prácticas no degradantes del medio ambiente en los procesos que utilizan los recursos naturales.

- d) Asegurar la adopción de un manejo sustentable en el aprovechamiento de los recursos naturales renovables a fin de garantizar su utilización futura.
- e) Asegurar la obligatoriedad de adopción de prácticas de licenciamiento o habilitación ambiental para todas las actividades potencialmente degradantes del medio ambiente en los Estados Partes, teniendo como uno de esos instrumentos la evaluación de impacto ambiental.
- f) Asegurar la minimización y/o eliminación de la descarga de contaminantes a partir del desarrollo de tecnologías apropiadas, tecnologías limpias y el reciclado, y del tratamiento adecuado de los residuos sólidos, líquidos y gaseosos.
- g) Asegurar el menor grado de deterioro ambiental en los procesos productivos y en los procesos de intercambio, teniendo en cuenta la integración regional en el ámbito del Mercosur.
- h) Asegurar la concertación de acciones priorizando la armonización de procedimientos legales y/o institucionales para el licenciamiento y la realización de los respectivos monitoreos de las actividades que puedan generar impactos ambientales en los ecosistemas compartidos.
- i) Estimular la coordinación de criterios ambientales comunes para la negociación e implementación de acuerdos internacionales de incidencia prioritaria en el proceso de integración.
- j) Promover el fortalecimiento de las instituciones para la gestión ambientalmente sustentable mediante el aumento de información sustantiva para la toma de decisiones y el perfeccionamiento de las instituciones de enseñanza, capacitación e investigación.
- k) Garantizar que las actividades relacionadas con el desenvolvimiento del turismo entre los Estados Partes consideren los principios y normas que aseguren el equilibrio ambiental.

En este momento se encuentra en curso de negociación (desde 1997) un Protocolo Ambiental –enfoque similar al Acuerdo Paralelo del NAFTA– al Tratado de Asunción.

- Por último algunos acuerdos de libre comercio bilaterales han incorporado preocupaciones ambientales, como el concluido entre México y Chile (CEPAL, 1999) y más recientemente entre Canadá y Costa Rica.

C) Incorporación del tema ambiental en los planes de desarrollo y en las agendas políticas

Un breve repaso a la información presentada relativa a la legislación y otros datos relevantes para países seleccionados de ALC, nos demuestra como el componente ambiental ha sido objeto de atención, sea tanto en su generalidad (a través de Planes o Estrategias Ambientales como la Panameña) como en sus manifestaciones sectoriales, es mediante planes o programas destinados a sectores o recursos específicos. A la vez y en atención al principio de integración es cada vez más frecuente que estas preocupaciones, al menos en la letra de los textos, sean parte de las agendas nacionales o regionales de desarrollo.

Por ejemplo contamos con algunas experiencias como:

- El Foro de Ministros de Ambiente de ALC: reunidos bajo los auspicios del PNUMA desde 1982, misma fecha en que se realiza en Montevideo la Primera Reunión de Expertos del PNUMA sobre derecho ambiental. Estas citas han servido para otorgar al tema ambiental un papel cada vez más preponderante en las Agendas de desarrollo de los países. A partir de 1995 se concretó la formación de un cuerpo permanente cuyas funciones fueron establecidas en la reunión realizada en Lima en 1998, entre las cuales destacan como temas de su agenda: marco institucional, políticas e instrumentos para la gestión ambiental que incluye los temas de educación, participación ciudadana, dimensión ambiental en las políticas de gobierno, integración entre comercio-medio ambiente, financiamiento, instrumentos económicos, manejo integrado de cuencas, diversidad biológica y áreas protegidas y cambio climático.
- El Plan de Acción de Barbados sobre Desarrollo Sostenible de Pequeños Estados Insulares.

Adicionalmente se han celebrado reuniones como la Consulta sobre “Implementación de Estrategias Nacionales de Desarrollo Sostenible en América Latina el Caribe”, realizada en Chile, en enero del 2000.

A nivel nacional, la siguiente información ilustra el estado de las principales estrategias y planes de acción.⁽²⁾

Plan Nacional Ambiental

Mesoamérica 5

El Caribe 8

Sudamérica 3

Estrategia Nacional de Ordenamiento Territorial

Mesoamérica 1

Caribe 1

Sudamérica 2

Estrategia Nacional de Biodiversidad

Mesoamérica 5

Caribe 5

Sudamérica 4

Estrategia Nacional de Desarrollo Sostenible

Caribe 0

Mesoamérica 2

Sudamérica 2

Algunas de estas Estrategias responden directamente a resultados de Río (biodiversidad) y en todo caso la mayoría son posteriores a 1992.

D) El problema ambiental como problema de políticas públicas

Explicado en conjunto con otras de las variables acá indicadas (existencia de Estrategias nacionales, institucionalidad, participación, etc), uno de los efectos más importantes de Río ha sido incorporar las consideraciones ambientales como elementos a ser tratados en el marco de las políticas públicas, como otros de igual relevancia en el desarrollo

(2) Tomado de PNUMA 2000 con algunas variantes en lo relacionado con las Estrategias Nacionales de Biodiversidad.

de los países. Aunque ello no indica que lo ambiental no sea supeditado a lo económico, si se agrega como un aspecto importante en las estrategias de desarrollo.

Como se afirma: “En el último cuarto de siglo, la conciencia sobre los aspectos ambientales el desarrollo y el concepto asociado de desarrollo sostenible han penetrado gradualmente en las políticas públicas y en las prácticas económicas y sociales en América Latina y el Caribe. Esto se refleja, en particular, en el desarrollo de instituciones, estrategias y políticas gubernamentales para la protección del medio ambiente, así como en la lenta penetración de conceptos de desarrollo sostenible en el sistema educativo, en la cultura, en las demandas sociales y las prácticas empresariales. No obstante, un balance global de la situación de la región muestra como estos desarrollos han sido, hasta ahora, insuficientes para establecer patrones de desarrollo ambientalmente sostenibles...” (CEPAL, 1999).

E) Nuevos retos y sus respuestas en temas de contaminación, manejo de desechos sólidos, líquidos, desechos peligrosos. Uso de instrumentos económicos como complemento a los esquemas de comando y control

Las estrategias ambientales en la región se han basado tradicionalmente en mecanismos de comando y control, es decir en el uso de leyes y regulaciones con el fin de prohibir o restringir actividades que afectan negativamente el ambiente. Gradualmente, estos instrumentos han sido acompañados de mecanismos de mercado (cfr PNUMA 2000 y González 1998 en el caso centroamericano). Ello se debe además al surgimiento en la región de problemas ambientales relacionados con la contaminación, denominados usualmente “marrones” en contraposición a los llamados “verdes” tocantes al manejo de recursos naturales. Si bien es cierto que en ALC existen obstáculos importantes para implementar instrumentos económicos (cfr PNUD-CEPAL 2000). Gradualmente se introduce este tipo de enfoque el cual era poco utilizado en la era de Estocolmo y el cual ya fue mencionado en la Declaración de Río (Principio 16) como una manera de implementar el principio de “quien contamina paga”. En los últimos cinco años la mayor parte de los gobiernos de la región han reconocido la importancia de utilizarlos (PNUMA 2000), a pesar de que aún se enfrentan limitaciones y que se concentran en subsidios y exenciones fiscales. Otras herramientas como los permisos de emisión negociables, cargos por vertidos, certificaciones

ambientales, derechos de agua, sistemas de reembolso y esquemas de pago por servicios ambientales que han sido implementados.

En general, los problemas “marrón” han venido a impulsar el uso de estos esquemas.

F) Nueva normatividad e institucionalidad ambiental

Como menciona la CEPAL “No debe dejarse de señalar el impacto que tuvo en las políticas públicas el importante debate internacional en materia ambiental que gestó de manera incipientes en la segunda mitad de los ochenta, en particular con el Informe de la Comisión de Medio Ambiente y Desarrollo de la ONU, y, ya más decididamente en la primera mitad de los noventa con la preparación de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo. Esta aceleró el proceso de consolidación de un nuevo régimen jurídico ambiental internacional, el que ha ido incorporando gradualmente en las legislaciones de los países en estudio.

Puede decirse que en la década pasada creció la conciencia de las autoridades públicas de los países de la región sobre los problemas ambientales de carácter global, regional y nacional. Esto se ha manifestado en las declaraciones de política, el establecimiento de agencias ambientales con carácter holístico, la inclusión de la dimensión ambiental en las Constituciones que se han establecido o reformado, el dictado de normativas ambientales, la incorporación de programas de educación ambiental, gran atención a las tendencias de la opinión pública, activa participación en los foros internacionales sobre a materia y una marcada voluntad de consenso regional” (CEPAL, 1999).

A pesar de este desarrollo institucional debe reconocerse que el verdadero poder de las instituciones ambientales es limitado, usualmente por estar supeditado a las decisiones de otras agencias económicas o bien por carecer de suficientes recursos para poder cumplir con los roles asignados en las leyes de políticas públicas.

Asimismo, de la información presentada en la sección relativa al marco jurídico e institucional, es posible extraer algunas diferencias relevantes entre Río y Estocolmo:

ESTOCOLMO:

- ✓ Instituciones ambientales incipientes. Dependen de otros Ministerios o Secretarías. Incorporación y pérdida de competencias con otras instituciones. Poca rectoría del sector ambiental.
- ✓ Regulaciones sectoriales sobre todo en materia de manejo de recursos naturales (vida silvestre, forestal). Alguna legislación de relevancia ambiental casual. Ausencia de normas técnicas y parámetros, especialmente tratándose de contaminación, desechos peligrosos.
- ✓ Algunas Constituciones recogieron el derecho a un ambiente sano o el derecho a la salud, pero los mecanismos judiciales y administrativos de protección operan poco. Escasos precedentes judiciales y administrativos.
- ✓ Dificultades con la eficiencia y eficacia de la Ley. La falta de aplicación y cumplimiento de las normas ambientales es una constante.
- ✓ Instrumentos de comando y control, poco uso de esquemas de tipo económico o de mercado.
- ✓ Estrategias ambientales iniciales, pero separadas del resto de los procesos de desarrollo.
- ✓ Marco institucional y jurídico confuso y con traslapes.
- ✓ Derecho Internacional tiene un impacto menor.

RIO:

- ✓ Instituciones ambientales ganan espacio propio y definen sus competencias con otras entidades como parte de los procesos de reforma institucional. Surgen instituciones con mandatos ambientales. Mayor rectoría del sector ambiental, aunque coordinación institucional sigue débil. Alternativas de Ministerios específicos o Comisiones Nacionales.
- ✓ Regulaciones sectoriales se perfeccionan. Se emiten leyes generales del ambiente y normas técnicas en áreas no reguladas (contaminación, etc). Nuevas disposiciones dirigidas a asegurar el cumplimiento (normas penales ambientales en Venezuela y Brasil). Nuevas leyes para dar cumplimiento a tratados internacionales (por ejemplos las leyes de biodiversidad de Costa Rica, Ecuador y Venezuela, el Régimen Andino de Acceso Recursos Genéticos).
- ✓ Nuevas regulaciones retoman principios e instrumentos de Río tales como: “precaución”, “quien contamina paga” “participación”

y “estudios de impacto ambiental para la mayoría de actividades relevantes”. Mejor funcionamiento del sistema y los mecanismos de protección ambiental (judiciales y administrativos, denuncia popular). Decece problema de eficiencia de las leyes y persiste el de su eficacia.

- ✓ Instrumentos económicos a la par de aquellos de comando y control. Nuevos mecanismos para permitir participación (audiencias públicas en EIA, etc) y acceso a la información ambiental.
- ✓ Estrategias ambientales más integradas con procesos de desarrollo.
- ✓ Persisten problemas con el ordenamiento jurídico. Traspales con Ministerio de Salud ante el surgimiento de los problemas “marrón”.
- ✓ Derecho Internacional tiene un impacto mayor. Más atención a foros internacionales.

Debe llamarse la atención sobre las posibles tendencias que puede mostrarse en esta década hacia la unificación de Ministerios de Ambiente con otras instancias, o bien un posible regreso a esquemas menos formales como Comisiones de Ambiente en lugar de los Ministerios y Secretarías.

Otro aspecto importante ha sido la influencia de los organismos crediticios y financieros multilaterales para que las consideraciones ambientales fueran incorporadas en los procesos de reforma estatal (CEPAL, 1999).

Estos cambios a su vez jugarán un rol relevante en la explicación de las variaciones en el estado de diversos recursos naturales como mostraremos a continuación.

CONCLUSIÓN

El proceso iniciado en Estocolmo en 1972 marcó el arranque en ALC de todo un andamiaje jurídico e institucional que progresivamente se van arraigando y sienta las bases para la profundización que se constata después de Río. Esta Cumbre también trae consigo cambios importantes en la legislación y las políticas públicas ambientales en la región y consolida el concepto de desarrollo sostenible. Sin duda ambos procesos, con las diferencias apuntadas, han impacto en forma relevante a los marco legales y a la gestión ambiental en ALC. Cabe esperar que la Cumbre del 2002 en Sudáfrica traiga consigo nuevas orientaciones y retos que habrán de ser contestados por los gobiernos y la sociedad civil por igual.

BIBLIOGRAFÍA

- Banco Interamericano de Desarrollo. *Informe Anual 1996 sobre el Medio Ambiente y los Recursos Naturales*. Comité del Medio Ambiente. Washington, 1996.
- BRAÑES, BALLESTEROS, Raúl. *El acceso a la justicia ambiental: derecho ambiental y desarrollo sostenible*, en **Derecho Ambiental y Desarrollo Sostenible: el acceso a la justicia ambiental en América Latina**. PNUMA-Oficina Regional para América Latina y el Caribe, México, 2000.
- BRENES, Hazel y FERNÁNDEZ, Alvaro. *Nota técnica sobre cambio ambiental en América Latina y el Caribe, 1972-2001*. Observatorio del Desarrollo, Universidad de Costa Rica, inédito, 2001.
- CABRERA, Jorge. *Obstáculos y Oportunidades para el Control del Tráfico de Vida Silvestre en Centroamérica: conclusiones de un estudio regional*. **Revista Acta Académica**, Número 24, mayo de 1999.
- Comisión Centroamericana de Ambiente y Desarrollo *et al.* Estado del ambiente y los Recursos Naturales en Centroamérica. San José, 1998.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe. Reunión Consultiva de Expertos sobre Desarrollo Sostenible en América Latina y el Caribe. Conclusiones y Recomendaciones "Implementación de Estrategias Nacionales de Desarrollo Sostenible". Santiago de Chile, enero del 2000.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe. Marcos Regulatorios e institucionales ambientales de América Latina y el Caribe en el contexto del proceso de reformas macroeconómicas: 1980-1990. Serie Medio Ambiente y Desarrollo. División de Medio Ambiente y Asentamientos Humanos. Santiago de Chile, diciembre de 1999.
- Earth Council. Implementing Sustainable Development. Rio + 5. Experiences and Recommendations from national and regional consultations for the Rio + 5 Forum. San José, abril de 1997.
- ESTRADA OYUELA, Raúl y CEVALLOS DE SISTO, María Cristina (coordinadores). *Derecho Internacional Ambiental*. A-Z Editores, Buenos Aires, 1993.
- GONZÁLEZ, Marcos. *Legislación ambiental de Centroamérica*. SICA, 1998.
- HOLGATE, Martín *et al* (eds). *The World Environment 1972-1982. A report by the United Nations Environment Programme*. Tycooly International, 1987.

- KELLY, Michael. *Overcoming obstacles to effective implementation of international environmental agreements*. Georgetown International Environmental Law Review. Vol. IX, Issue 2.
- LYSTER, Simon. *International Wildlife Law*. Cambridge University Press, Londres, 1994.
- MATEO, Martín. *Nuevos Instrumentos para la Tutela ambiental*. Editorial Trivium, Madrid, 1994.
- OCAMPO, José Antonio. *Políticas e instituciones para el desarrollo sostenible en América Latina y el Caribe*. CEPAL, Serie Medio Ambiente y Desarrollo. Chile, 1999.
- Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo y Comisión Económica para América Latina y el Caribe. *Desafíos y propuestas para una implementación más efectiva de instrumentos económicos en la gestión ambiental de América Latina y el Caribe*. Chile, enero del 2000.
- Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA): GEO América Latina y el Caribe: perspectivas del medio ambiente, San José: Observatorio del Desarrollo, Universidad de Costa Rica, 2000.
- TUOMAASJUKKA, Tomi y otros. *Marco Conceptual de la Biodiversidad: implicaciones políticas*, En **Biodiversidad: su tratamiento en Centroamérica**. Fundación Ambio, San José, 1995.
- SAND, Philippe. *Principles of international environmental law*. Vol I. Manchester University Press. Inglaterra, 1995.
- Savia. Boletín de la Red Latinoamericana de Bosques. Setiembre del 2000, Ecuador.
- United Nations Environment Programme (UNEP). *Global Environment Outlook*. Nueva York, Oxford University Press, 1997
- VAN VUUREN, D. P. y BAKKES, J. A. *Agenda 21 Interim Balance, 1997*. Netherlands Institute of Public Health and the Environment. Globo Report Series No. 19, Netherlands.
- World Resources Institute *et al.* *Global Biodiversity Strategy*, 1992.
- World Resources Institute *et al.* *Recursos Mundiales 1992-1993*, Washington, 1994.

BLANCA

INDICE

	<i>Pág.</i>
<i>Presentación</i>	9
Ensayos:	
Algunos nuevos retos del derecho ambiental en el siglo XXI <i>Dr. Rafael González Ballar</i>	13
Educación en derechos humanos (Costa Rica) <i>Dr. Enrique Pedro Haba M.; Dr. Hugo Alfonso Muñoz Q.</i>	25
Los inconvenientes del “forum non conveniens” <i>Dr. Víctor Pérez Vargas</i>	61
La reforma del Poder Judicial. La supervivencia de un ideario autoritario <i>Dr. Fernando Cruz Castro</i>	85
Tendencias a nivel internacional sobre los sistemas de fiscalización y control de las cooperativas <i>Dra. Roxana Sánchez Boza</i>	109
La sociedad de la información <i>Máster Alejandra Castro Bonilla</i>	143
El trastorno mental sobreviniente en la jurisdicción penal juvenil de Costa Rica <i>Dr. Alvaro Burgos Mata</i>	163
Derechos del consumidor <i>Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez</i>	183
La sucesión <i>mortis causa</i> ante notario público <i>Lic. Wilberth Arroyo Alvarez</i>	219

Los adolescentes y el delito	
<i>Prof. Dr. Carlos Tiffer</i>	253
Inmovilización registral	
<i>Licda. Ingrid Palacios Montero</i>	
<i>Licda. Anabí Fajardo Torres</i>	283
El impacto de las declaraciones de Río y Estocolmo sobre la legislación y las políticas ambientales en América Latina	
<i>Lic. Jorge A. Cabrera Medaglia</i>	301

BLANCA

Impreso por
Litografía e Imprenta LIL, S.A.
Apartado 75-1100
San José, Costa Rica
376861