

ISSN
00347787

2010

ISSN
00347787

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO

COLEGIO DE ABOGADOS

REVISTA DE CIENCIAS JURIDICAS

REVISTA
de
CIENCIAS JURIDICAS
121



SEPARATAS

SAN JOSÉ, COSTA RICA
ENERO-ABRIL

(Cuatrimestral)
2010

121

ISSN
00347787

2010

ISSN
00347787

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO

COLEGIO DE ABOGADOS

REVISTA DE CIENCIAS JURIDICAS

REVISTA
de
CIENCIAS JURIDICAS
121



SAN JOSÉ, COSTA RICA
ENERO - ABRIL

(Cuatrimestral)
2010

121





Revista

340

R

Revista de Ciencias Jurídicas / Universidad de Costa Rica. --
N° 1 (1963). -- San José, C. R.: Litografía e Imprenta
LIL, S.A., 1963.

200 p. ; 152 x 222 mm.

v.

ISSN: 0034-7787

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

Revista fundada en 1963

Revista registrada en los siguientes databank:

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

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



CONSEJO ASESOR Y EDITORIAL:

POR EL COLEGIO DE ABOGADOS:

Dra. Erika Hernández Sandoval	Presidenta
Licda. Stella Santamaría Quesada	Coordinadora de Enlace y Prosecretaría
M.Sc. Christian Enrique Campos Monge	Vicepresidente
Licda. Ana Lorena Castro Corrales	Vocal 5

POR LA FACULTAD DE DERECHO:

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

COMITÉ CIENTÍFICO INTERNACIONAL:

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





Director y Editor

Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez

Hecho el depósito de ley

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

Revista de Ciencias Jurídicas N° 121, 2010, cuatrimestral.

ISSN: 0034-7787

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

Dirección de la revista digitalizada:

www.ijj.derecho.ucr.ac.cr

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

www.latindex.ucr.ac.cr

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





UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO

COLEGIO DE ABOGADOS

**REVISTA
DE
CIENCIAS JURIDICAS**

121

SAN JOSE, COSTA RICA
2010
ENERO - ABRIL
(Cuatrimestral)





JUNTA DIRECTIVA
COLEGIO DE ABOGADOS

2010

Presidenta:

Dra. Erika Hernández Sandoval

Vicepresidente:

M.Sc. Christian Enrique Campos Monge

Secretario:

Licdo. Ronald Eduardo Segura Mena

Prosecretaria:

Licda. Stella Santamaría Jiménez

Tesorero:

Dr. Enrique Rojas Solís

Vocal 1:

Licda. Jeannette Arias Meza

Voca 2:

Lic. Fabio Vincenzi Guilá

Vocal 3:

Licda. Jenny Hernández Solís

Vocal 4:

M.Sc. Juan Carlos Granados Vargas

Vocal 5:

Licda. Ana Lorena Castro Corrales

Fiscal:

Licda. Vivian Wyllins Soto



AUTORIDADES
UNIVERSITARIAS

Rectora:

Dra. Yamileth González García

Director Consejo Universitario:

Dr. Oldemar Rodríguez Rojas

Vicerrectora de Docencia:

Dra. Libia Herrero Uribe

Vicerrector de Investigación:

Dr. Henning Jensen Pennington

Vicerrectora de Acción Social:

Dra. María Pérez Yglesias

Vicerrector de Administración:

M.Sc. Héctor González Morera

Vicerrector de Vida Estudiantil:

M.Sc. Carlos Villalobos Villalobos

Decana Sistema de Estudios de Posgrado

Dra. Gabriela Marín Raventós

Coordinador de la Comisión Editorial:

M.Sc. Julián Monge-Nájera





In Memoriam

Dr. Bernardo van der Laet (1942-2009) †

*Sus enseñanzas perdurarán en quienes lo conocimos,
en sus alumnos y en su obra*

Falleció el Dr. Bernardo van der Laet, quien dedicó su vida al Derecho del Trabajo costarricense. Recién graduado de la Universidad de Costa Rica, se fue a Europa, y se doctoró en Italia y España. Vino a dar lecciones en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica y hasta poco tiempo continuó impartiendo sus sabias enseñanzas a los jóvenes graduandos de Derecho; fue Catedrático y Decano de esa Facultad.

A inicios de los años ochenta –siendo ya más que colega, amigo–, con un grupo de laboristas nos dimos a la tarea de organizar, dentro del seno de la Asociación Costarricense de Derecho del Trabajo –la que engrandeció con su activa participación– un Congreso Internacional de Derecho del Trabajo. Primero en realizarse en nuestro país, tuvo además un gran éxito porque vinieron más de 200 laboristas de Europa y América, entre ellos los más connotados que se harían, con el tiempo, amigos personales de Bernardo y algunos de nosotros, como Guillermo Cabanellas, Manuel Alonso Olea, Néstor de Buen, Baltasar Cavazos, Américo Plá y tantas otras fulgurantes estrellas del mundo del derecho laboral.

Miembro insigne de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo, la Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo, la Asociación Internacional de Relaciones Laborales y del exclusivo grupo de catedráticos que integran la Academia de Derecho del Trabajo Iberoamericana, participó con nosotros en múltiples congresos iberoamericanos y europeos, abriéndonos los caminos del mundo del Trabajo con sus singulares contactos y relaciones internacionales, brillando siempre en todos los foros por sus luces intelectuales. Escritor profuso y profundo, litigante exitoso, culminó su tarea en este mundo como Magistrado de la Sala Segunda de la Corte, la Sala laboral, donde dictó memorables fallos que engrandecen la jurisprudencia de este país. Murió prematuramente, pero sus enseñanzas perdurarán no solo en quienes lo conocimos y trabajamos con él el amplio mundo del laborismo, sino en sus alumnos, sus sentencias y obras jurídicas que cambiaron la perspectiva nacional sobre esta disciplina. Bernardo, descansa en paz.

Oscar Bejarano Coto

Abogado

(La Nación, martes 22 de
diciembre del 2009, página de opinión)





PRESENTACION

Esta revista se dedica al compañero y amigo Dr. Bernardo van der Laat (1942-2009) por su apostolado y magisterio. El Dr. Van der Laat fue Magistrado del Poder Judicial, Decano y Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

Se publican artículos sobre Derecho Procesal Penal, Ambiental, Civil, Penal y compras públicas electrónicas.

Además, se editan las reseñas respectivas.

El director - editor



INDICE

	<i>Pág.</i>
<i>Presentación</i>	10
Ensayos:	
El papel del abogado en el desarrollo de las audiencias penales. El problema de la inasistencia injustificada <i>Dr. Gary Amador B.; Dra. Erika Hernández S.</i>	13
Herramientas de ordenamiento territorial de potencial uso para proteger el recurso hídrico <i>Prof. Jorge Cabrera Medaglia</i>	33
¿Quién puede responder civilmente ante el fraude inmobiliario? <i>M.Sc. Jorge Jiménez Bolaños</i>	67
Contratación administrativa electrónica en América Latina <i>Dr. Jorge Enrique Romero Pérez</i>	107
La mentira forense <i>Dr. Álvaro Burgos M.</i>	165
Reseñas bibliográficas <i>Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez</i>	187



Revista de Ciencias Jurídicas N° 121 (13-32) enero-abril 2010

**EL PAPEL DEL ABOGADO EN EL DESARROLLO
DE LAS AUDIENCIAS PENALES
EL PROBLEMA DE LA INASISTENCIA INJUSTIFICADA**

Dr. Gary Amador Badilla^()*

Juez Penal costarricense

Dra. Erika Hernández Sandoval^()*

Abogada litigante

Presidenta del Colegio de Abogados
de Costa Rica

(Recibido 03/03/09; aceptado 23/11/09)

(*) Doctor en Derecho Penal y Procesal por la Universidad de Sevilla, España.
Teléfono: 8377-1950. gamadorb@poderjudicial.co.cr

(**) Doctora en Derecho Penal y Procesal por la Universidad de Sevilla, España.
Teléfono: 8380-8550. ehernandezs@hotmail.co.cr

AMADOR BADILLA; HERNÁNDEZ SANDOVAL: El papel del abogado...

RESUMEN

El artículo evalúa el papel de los abogados en las audiencias preliminares dentro del proceso penal. Se trata el derecho del imputado a contar con un defensor de confianza, así como el deber de su abogado defensor de asistir a las audiencias una vez que se señalen. Además, se explica y analiza los casos en que procede decretar el abandono de la defensa, así como los efectos que produce la declaratoria de abandono.

Palabras claves: abandono, abogado, audiencia, cliente, defensa, imputado.

ABSTRACT

This article evaluates the role of attorneys in preliminary hearings within criminal procedure. It deals with the right of the accused to have a trustworthy counsel and the obligation of his attorney to attend the scheduled hearings. In addition, the article explains and analyzes the cases in which the abandonment of defense applies, as well as the effects of this declaration.

Key words: abandonment, attorney, hearing, client, defense, accused.

SUMARIO

Introducción

- I. El deber de asistencia del abogado a las audiencias
 1. Participación imprescindible del abogado defensor en las audiencias penales
- II. El abandono de la defensa
 1. El problema de comunicación por medios electrónicos
- III. Procedimiento para decretar judicialmente el abandono de la defensa
- IV. Efectos de la declaratoria de abandono de la defensa
- V. De la sanción

Conclusiones

Bibliografía



INTRODUCCIÓN

La labor del abogado resulta fundamental para cualquier proceso; de tal forma, su actividad profesional debe estar siempre encaminada a que éstos se desarrollen, contraria a aquella labor obstructora que, muchas veces, ha identificado el ejercicio profesional.

Es en este campo, donde existe una exigencia ética del profesional de asistir a la convocatoria judicial, no sólo respetando la lealtad hacia su cliente, quien le encomendó el caso, sino como un deber de coadyuvar a la Administración de Justicia.⁽¹⁾ No obstante, siendo aquel el panorama ideal que debería imperar, en la actualidad nos encontramos con un sin fin de quejas sobre la inobservancia de aquel deber, quejas que redundan en la inasistencia injustificada de los abogados a las audiencias señaladas.

Así, un gran número de causas deben ser suspendidas diariamente por la inasistencia del abogado a la audiencia, hecho que no sólo conculca el derecho a una pronta resolución del conflicto, generando una afectación a su cliente y a las otras partes del proceso, sino que produce perjuicios económicos para la Administración de Justicia.

El proceso penal no escapa de esta situación, más bien parece ser en esta sede donde prolifera dicha problemática, casos que hoy por hoy ocupan la agenda principal de la resolución de los conflictos planteados ante la Fiscalía del Colegio de Abogados.

Bajo este marco se desarrolla el presente artículo que, sin pretender hacer un análisis exhaustivo del tema, dadas las limitantes existentes, trataremos de despejar una serie de dudas que aquejan no

(1) “(...) una de las garantías procesales esenciales del debido proceso, que constituye un elemento esencial de este principio constitucional, y que deriva del efectivo derecho de defensa contenido en el artículo 39 de la Constitución Política, es precisamente el derecho de defensa técnica, o bien conocido como la efectiva asistencia técnica por parte del letrado de elección del imputado, de ser posible, o costado por el Estado (defensa pública) de ser necesario, de modo que si un abogado asume la función de defensor, no sólo acepta brindar un servicio a su patrocinado sino que, paralelamente se convierte en auxiliar de la justicia penal” (Sala Constitucional, voto 1059-1990).

AMADOR BADILLA; HERNÁNDEZ SANDOVAL: El papel del abogado...

sólo a los usuarios de la Fiscalía, sino a los mismos abogados que ya sea por ignorancia de las normas, o bien, por creerse con una dispensa legal, no asisten a las audiencias señaladas en sede penal.

I. EL DEBER DE ASISTENCIA DEL ABOGADO A LAS AUDIENCIAS

El artículo 16⁽²⁾ del Código de Deberes Jurídicos, Morales y Éticos del Profesional en Derecho, plantean la obligación de todo abogado de acudir a las audiencias donde sean citados por las autoridades judiciales y administrativas.

Por su parte el Código Procesal Penal en su artículo 104, párrafo III, establece la prohibición al defensor del imputado, específicamente, de renunciar a la defensa durante las audiencias, ni una vez notificado del señalamiento de ellas.

Esta obligatoriedad no es nueva, pues ya se desprendía de los deberes que, como defensor del imputado, se establecieron en el anterior Código de Procedimientos Penales (artículos 82, 89 y 90).

Este deber emana, en el caso del defensor, no sólo de la obligación legal contenida por la norma (art. 100, párr. II del Código Procesal Penal), sino del interés público que reviste que el imputado pueda desarrollar su derecho a defenderse a través de una defensa técnica.⁽³⁾

(2) *“Quienes ejercen la profesión del derecho deberán asistir a todas las audiencias donde sean citados por las autoridades judiciales o administrativas en los asuntos que intervengan profesionalmente. Si existiera algún impedimento grave para asistir a la audiencia, deberán hacerlo saber tanto a la autoridad u órgano respectivo como a su patrocinado dentro del plazo de tres días a partir de la notificación, de tal forma que se puedan tomar las previsiones del caso. No podrá el abogado ni la abogada renunciar a la dirección legal de un asunto si con ocasión de su trámite ya se le ha notificado el señalamiento par una audiencia”.*

(3) Ver LEONE, Giovanni, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, p. 564.

Revista de Ciencias Jurídicas N° 121 (13-32) enero-abril 2010

Ahora bien, puede observarse que dicha obligación no sólo recaería en los abogados defensores, pues, aunque su inasistencia plantea un especial análisis, dado que es causa de suspensión de las audiencias –como lo veremos luego–, también la inasistencia de otros abogados mandatarios, como querellantes de acción pública o privada y actores civiles quedarían cubiertos por los artículos 16 y 46 del Código de Moral del Colegio de Abogados citado.

De acuerdo con lo expresado, en la normativa citada se puede apreciar la obligación expresa de todo abogado de acudir y asistir a las audiencias a las que son convocados por los Juzgados Penales, siendo que ante la inasistencia procedería la comunicación ante la Fiscalía del Colegio de Abogados.

1. Participación imprescindible del abogado defensor en las audiencias penales

El proceso penal tiene cuatro fases: la de investigación, la audiencia preliminar, la fase de juicio y la de ejecución. Esto tiene relevancia, pues salvo audiencias específicas en la etapa de investigación, que requieran la presencia de las partes y sus abogados, la necesidad presencial de éstos por lo general será en la audiencia preliminar y en la etapa de juicio. Así, la presencia del abogado defensor será imprescindible, no así la de las demás abogados (entiéndase, específicamente, letrados representantes del querellante y actor civil).

Lo anterior puede resultar obvio, si tomamos en cuenta que es imposible pensar la realización de una de estas audiencias sin la presencia de la defensa técnica del imputado, pues, sin ésta se violentaría el derecho de defensa⁽⁴⁾ y con ello la Constitución Política.

De tal forma, es causa de suspensión, tanto de la audiencia preliminar como del juicio, la no asistencia del abogado defensor del imputado, no así la inasistencia de los abogados de las otras partes

(4) Vid. MONTERO AROCA, Juan. *Principios del proceso penal*, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 1997, p. 140. Asimismo, De la Oliva Santos, Andrés, *Derecho Procesal Penal*, quinta edición, Editorial Centro de Estudios Ramón Arecedes, Madrid, 2002, p. 29.

AMADOR BADILLA; HERNÁNDEZ SANDOVAL: El papel del abogado...

–querellante y actor civil– cuya inasistencia, en principio,⁽⁵⁾ se castigaría con el desistimiento de su acción (artículos 79.b. y c. y 117.b. y c. Código Procesal Penal).

En ese sentido, la asistencia del abogado defensor a la audiencia preliminar como al juicio oral, resulta necesaria, pues, como se indicó su inasistencia vuelve irrealizable la audiencia dada la afectación al derecho de defensa que sufriría el imputado, de ahí que el artículo 318 del Código Procesal Penal la señale como una obligación.

Es aquí, donde se originan un sin número de quejas provenientes de los Juzgados Penales de todo el país, contra los abogados defensores que no asisten a las audiencias, pues los Juzgadores, no sólo están obligados por ley a comunicar dicha falta (art. 105 CPP), sino que, evidentemente, con ésta se obstruye el desarrollo normal del proceso, afectando directamente a la Administración de Justicia.

II. EL ABANDONO DE LA DEFENSA

Se considerará que existe abandono de la defensa cuando el defensor, una vez aceptado el cargo, se abstiene de proseguir la actividad defensiva sin motivo justificado.⁽⁶⁾

De acuerdo con lo indicado, el fundamento del abandono de la defensa se centra, en aquélla obligación que tiene el abogado de representar a su cliente en todas las instancias, así como en la coadyuvancia que surge con su actuación profesional ética con la Administración de Justicia.

Así las cosas, no existe, salvo justa causa, la posibilidad de que el abogado como defensor, no asista a la audiencia o renuncie a la

(5) Decimos en principio, pues se ha considerado debe brindársele la posibilidad al actor civil como al querellante de reemplazar al abogado contratado que no acuda a la audiencia sin justa causa, pues de lo contrario habría una denegatoria de la justicia contraria a lo estipulado por el artículo 41 de la Constitución Política (ver en ese sentido, voto 2004-718 del 22 de julio del 2004 del Tribunal de Casación Penal).

(6) VÉLEZ MARICONDE, Alfredo. *Derecho Procesal Penal*, 2ª edición, Editorial Lerner, Buenos Aires, p. 424.

defensa de su cliente. Ahora bien, como puede apreciarse el abandono de la defensa podría darse en cualquier etapa del proceso; no obstante, dada su importancia, y por la circunscripción de tema, nos centraremos en aquél abandono que se da en la etapa de audiencia preliminar, cuyo fundamento es equiparable al abandono que podría darse en la etapa de juicio.

Como se indicó, la normativa plantea la posibilidad de que el abogado no acuda a una audiencia, o bien, renuncie al proceso, únicamente, cuando sus motivos sean fundados (artículos 46. Código de Moral y art. 104 Código Procesal Penal). Con respecto a la causa justa, el artículo 46, indicado, la asocia con aquél hecho sobreviviente que afecte el honor, dignidad, conciencia, independencia, cuando surja una desavenencia insalvable, o cuando exista un incumplimiento material de su cliente para con aquél.

Ahora bien, es importante tener en cuenta que la normativa protege al abogado, en aquellos casos en que sea la causa justa la que motive su retiro del proceso; no obstante, dicho retiro, no debe ser intempestivo,⁽⁷⁾ pues requiere ser fundamentado por escrito, debe ser previo al señalamiento de la audiencia preliminar y no puede operar mientras no se haya realizado una sustitución efectiva.⁽⁸⁾ Lo anterior, a efectos de que no sólo su cliente tenga la posibilidad de acudir a otro abogado que represente sus intereses, sino porque, de no ser así, su acción pese a que pueda ser justificada truncaría el desarrollo de la audiencia, perjudicando a la Administración de Justicia, con un evidente daño económico.

De tal forma, aún cuando exista una causa justa, notificado el abogado del señalamiento de la audiencia no es procedente aceptar su

(7) Así lo ha entendido la Sala Constitucional: *“En virtud de la función de que se trata la defensa en la jurisdicción penal, la renuncia de ese cargo no puede hacerse de forma intempestiva y mucho menos puede ser arbitraria, por los graves perjuicios que ello puede causar al imputado”*. (Voto 454-2001 del 17 de enero).

(8) En ese sentido, LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. *Proceso Penal Comentado*, segunda edición, Editorial Jurídica Continental, p. 177, indica: *“En la práctica los tribunales han sido muy flexibles al respecto, bastando que el defensor alegue discrepancias con respecto a la estrategia de defensa. De todas maneras el defensor que desea renunciar debe seguir actuando hasta que sea sustituido”*.

AMADOR BADILLA; HERNÁNDEZ SANDOVAL: El papel del abogado...

renuncia, pues su inasistencia en este caso constituiría también una causal de abandono. Como ejemplo, se puede indicar aquellos casos en que el abogado indica que no acudió a la audiencia, pese a ser debidamente notificado, porque su cliente no le había pagado los honorarios.⁽⁹⁾

Lo anterior no debe llevarnos a confundir aquellos casos en que el abogado no asiste a la audiencia preliminar o bien al juicio, por algún hecho externo que le impide asistir, aquí hablaríamos de la fuerza mayor o caso fortuito. En este caso, el abogado no pretende renunciar o abandonar la causa de su cliente, sino que se presenta una situación externa, más fuerte que sus deseos, que le impide concurrir al llamamiento judicial (v.gr. piénsese en aquellos casos en que el abogado cae enfermo, o un desastre natural le impide llegar a la audiencia). En estos casos, es claro que no se puede sancionar al abogado, pues en condiciones normales habría acudido a la audiencia.

La normativa procesal penal, no ha previsto un plazo específico para que el abogado defensor alegue la justa causa; contrario a lo que ocurre en cuanto a la inasistencia del letrado representante del querellante o el actor civil, a quienes la normativa da un plazo de 48 horas para que aleguen la justificación de su falta (arts. 79 y 117 Código Procesal Penal).

En ese sentido, luego de comprobada la inasistencia del abogado defensor, lo prudente es otorgarle las cuarenta y ocho horas que se dan a las otras partes, a efectos de que en dicho plazo tenga la oportunidad de alegar alguna justificación, y que la misma sea analizada por el Juez previo a decretar el abandono de la defensa. Lo anterior, pues se debe pretender una igualdad procesal de las partes involucradas.

Una vez que transcurran las cuarenta y ocho horas, sin que se haya alegado la justificación, deberá decretarse el abandono de la defensa, o bien el desistimiento de las acciones según sea el caso.

(9) En estos casos se ha estimado, que el no pago de honorarios no lesionan en forma alguna los derechos fundamentales de abogado por lo que lo procedente es que acuda a la audiencia (en lo conducente ver voto 2325-2001 del 23 de marzo de 2001 de la Sala Constitucional).

1. El problema de la comunicación por medios electrónicos

El Código Procesal Penal permite la notificación a través de medios especiales como el fax o el correo electrónico (artículo 160). No obstante, esta ha sido una de las problemáticas principales, que ha servido de fundamento en muchos casos para declarar el abandono de la defensa.

En ese sentido, en muchos casos, se ha podido determinar que la notificación del señalamiento de la audiencia no pudo ser notificado al abogado por que el medio elegido no lo permitió (por estar descompuesto, falta de fluido eléctrico, desprogramación, etc.). Hablamos sobre todo del fax, pues hasta hace poco se implementó la notificación por correo electrónico, aunque las observaciones que hagamos le serán compatibles.

De tal forma, no es de extrañar, que en el comprobante de notificación de la audiencia rece la leyenda de que no se pudo notificar luego de cinco intentos realizados. A pesar de ser un aspecto, evidentemente, práctico, debe sopesarse, pues ello equivaldría casi una sanción automática para el abogado, que podría resultar desproporcional, si tomamos en cuenta que, en algunos casos, podría ser igual donde sí se ha tenido constancia de que el abogado recibió la notificación.

Lo cierto del caso, es que entendiendo que los medios especiales de notificación son válidos y que día con día pueden ser sustituidos por otra tecnología –que desde ya ha dejado rezagado el notificador del Despacho–, el profesional que opte por estos medios de comunicación, deberá velar por que su equipo no sólo sea el idóneo para la recepción de notificaciones, si no, además, deberá darle el mantenimiento adecuado para evitar cualquier desperfecto que impida la recepción del documento.⁽¹⁰⁾

(10) En ese sentido, el profesional casi debería prever un sistema alternativo que simultáneamente en caso de fallar el equipo permita la entrada inmediata de otro que garantice que la comunicación no se interrumpa, o bien, en caso de que el desperfecto sea inevitable hacerlo saber así al Despacho que corresponda, aportando otro medio para recibir la notificación, o bien que el mismo sea repetido para poder enterarse del acto procesal que no se pudo notificar.

AMADOR BADILLA; HERNÁNDEZ SANDOVAL: El papel del abogado...

De todas formas, por ser, evidentemente, una cuestión casuística, deberá el fiscal instructor velar por que el abogado en dicha vía administrativa, pueda ofrecer los medios de prueba válidos para establecer, si la no asistencia a la audiencia se le puede atribuir a una falta cometida por su persona, según lo indicado.

III. PROCEDIMIENTO PARA DECRETAR JUDICIALMENTE EL ABANDONO DE LA DEFENSA

Una vez corroborada la inasistencia injustificada del abogado a la audiencia, el Juez debe realizar la comunicación a la Fiscalía del Colegio de abogados, para que ésta determine si el abogado cometió o no la falta denunciada.

Así, lo procedente sería que, una vez corroborada la inasistencia a la audiencia, se proceda con la respectiva comunicación al Colegio, junto a las piezas respectivas para que la causa se pueda instruir,⁽¹¹⁾ pues la normativa (arts. 104 y 105 del Código Procesal Penal) no contemplan la posibilidad de dar audiencia al defensor, previo a presentar la queja ante el Colegio de Abogados.⁽¹²⁾

Se ha presentado la duda, sobre si debe realizarse, previo a la comunicación de la falta a la Fiscalía del Colegio de Abogados, un procedimiento sumario –como vimos no contenido por la normativa– para determinar si procede o no decretar el abandono en vía judicial.

(11) Sobre la información que debe aportar el Juez Penal según circular 24-2003, del Consejo Superior del Poder Judicial, publicada en el Boletín Judicial n°. 67, del 4 de abril de 2003, se establece: *“Además, deberán remitirse copia de las piezas procesales en que conste el abandono, a saber: -La aceptación del cargo de defensor.-Lugar señalado para oír notificaciones. -Acta de notificación de la audiencia respectiva. -Acta de la audiencia. -Justificación del abogado y los recursos o gestiones realizadas por los profesionales, a efecto de lograr su restitución”*. Asimismo, los recordatorios remitidos a las autoridades judiciales penales, según circulares 114-2005 publicada en el Boletín Judicial n°. 194 del 10 de octubre del 2005 y 126-2005, del Consejo Superior, a efectos de que se aporte dicha documentación.

(12) En ese sentido se expresa la Sala Constitucional en el voto n°. 6099-2001 de 5 de julio de 2001.

En principio, pareciera que lo que procedería sería la comunicación inmediata al Colegio, pasadas las cuarenta y ocho horas, sin esperar notificar al abogado afectado.

No obstante, los fallos de los Tribunales Contenciosos, que son donde, finalmente, se revisan las sanciones acordadas por la Junta Directiva del Colegio de Abogados, han determinado que, previo a la comunicación al Colegio, deben los Juzgadores dar la oportunidad al abogado de defenderse en sede penal. De lo contrario –se ha considerado–, que al establecer el Colegio una sanción contra el profesional en derecho, prohiendo un procedimiento judicial donde no se dio la oportunidad de defensa, sería violatorio del debido proceso.⁽¹³⁾

En ese sentido, aunque estamos claros que será el Colegio de Abogados, a través de su Junta Directiva, quien establezca si existe o no el abandono de la defensa, consideramos prudente que, previo a remitir la comunicación a la Fiscalía, debe notificarse al abogado afectado, en vía judicial, sobre el decreto del abandono de la defensa, para que éste pueda ejercer los recursos respectivos.

De tal forma, una separación injusta de la defensa, no sólo puede acarrear un gravamen para el defensor, sino para el propio imputado que se quedaría sin su defensor de confianza. Así, cuando esté firme la resolución que decreta el abandono judicialmente, agotados los recursos, sería el momento procedente de enviar la comunicación.

Una vez recibida por la Fiscalía la comunicación judicial sobre el abandono de la defensa, siguiendo el debido proceso,⁽¹⁴⁾ deberá darse el traslado respectivo al abogado, a efectos de que demuestre si le

(13) En esa dirección se manifiesta el voto 856-2005 del 22 de agosto de 2005, del Juzgado Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, Segundo Circuito Judicial, donde se condena al Colegio de Abogados, por aplicar una sanción contra un abogado defensor, a quien el Juzgado Penal no le dio la posibilidad de justificar el abandono decretado en sede judicial. En ese mismo sentido, se dirige la Circular 24-2003 del Consejo Superior que indica, que deja entrever la necesidad del agotamiento de todos los recursos contra la resolución que decretó el abandono en la vía judicial.

(14) Sobre el debido proceso se ha considerado que la Administración debe, en atención al derecho de defensa del administrado: *“a) Hacer traslado de cargos al afectado, lo cual implica comunicar en forma*

AMADOR BADILLA; HERNÁNDEZ SANDOVAL: El papel del abogado...

asistió, frente a ese abandono, una causa justa. Así, corresponderá al abogado comprobar, en dicha sede, la causa justa que le asistió, sin que esto signifique una inversión de la carga probatoria.⁽¹⁵⁾

IV. EFECTOS DE LA DECLARATORIA DE ABANDONO DE LA DEFENSA

La declaratoria del abandono de la defensa lleva consigo un primer efecto, que es la separación del abogado de la defensa y la consecuente sustitución por otro. Esta declaratoria, debe ser notificada al imputado, para que tenga la posibilidad de nombrar a otro abogado de confianza;⁽¹⁶⁾ no obstante, de no nombrarlo se designará un defensor público⁽¹⁷⁾ (artículo 104 Código Procesal Penal).

individualizada, concreta y oportuna, los hechos que se imputan; b) Permitirle el acceso irrestricto al expediente administrativo; c) Concederle un plazo razonable par la preparación de su defensa; d) Concederle la audiencia y permitirle aportar toda la prueba que considere oportuna para respaldar su defensa; e) Fundamentar las resoluciones que pongan fin al procedimiento; f) Reconocer su derecho a recurrir contra la resolución sancionatoria". (Voto n°. 5469-1995 del 4 de octubre).

- (15) La Sala Constitucional ha establecido: *"De esa manera, el reclamo de que el Colegio invirtió la carga de la prueba, no tiene sustento. No estima esta Sala que el Colegio de Abogados haya invertido la carga de la prueba en su perjuicio, pues al afirmar que el impidió asistir al debate una aguda dolencia estomacal, debió justificarla con prueba idónea en razón de la ausencia acusada por la Jueza Penal de Alajuela"* (voto n°. 2540-2000 del 22 de marzo).
- (16) En este caso el plazo que se otorga es de tres días, por lo que de no contestar la prevención o de indicar dentro de ese plazo que no consiguió como sustituir al defensor, se le designará uno público. Sobre el defensor de confianza ver LEONE, Giovanni, op. cit., p. 569. Asimismo, art. 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- (17) Al respecto, la Sala Constitucional ha considerado que el nombramiento de un defensor público cuando el imputado ha quedado sin representación en el proceso, pese a no ser su defensor de confianza, no constituye una violación a derecho constitucional alguno del acusado, por el contrario, dicha medida tiende a asegurarle el ejercicio de la defensa técnica. (Ver votos n°. 7551-1994 del 22 de marzo y 5221-1994 del 13 de septiembre).

Un segundo efecto, es que el abogado separado no podrá ocupar nuevamente dicho cargo; sin embargo, resulta polémica la decisión de algunos tribunales, que pese haberse decretado el abandono de la defensa, previamente, han permitido que el mismo abogado sea quien represente al imputado, indicándose que debe prevalecer la elección del imputado en cuanto a su defensor de confianza.⁽¹⁸⁾ En este caso, se considera que debe imperar la separación del cargo del defensor, nombrando un sustituto, ya sea un defensor público.⁽¹⁹⁾

Ahora bien, la sustitución del abogado en principio debería suspender la audiencia. Así, la normativa es clara al indicar que, cuando el abandono ocurra antes de iniciarse el juicio, el comienzo de la audiencia podrá aplazarse por un plazo no mayor de cinco días hábiles, si el nuevo defensor lo solicita. Obviamente, si el abandono se da durante el juicio, siendo el único defensor del imputado, el juicio debe realizarse nuevamente.

Diferente es el caso que plantea el artículo 318 Código Procesal Penal, para cuando el defensor no asista sin justa causa, pues prevé la posibilidad de que sea sustituido por un defensor público. Aspecto que, no sólo puede pesarse difícil, dado que la sustitución por un defensor público no es inmediata, sino que, primero debe respetarse que el imputado elija otro defensor de confianza. Además, de ser posible esta opción, pareciera que tomar un caso sin estudiarlo para iniciar una audiencia, vulneraría el derecho de defensa del imputado.

Por su parte, en aquellos casos, en que más bien sea el abogado del querellante quien no acude a la audiencia o bien el actor civil, se ha permitido, estando presente el poderdante, que lo sustituya por otro abogado, suspendiendo la audiencia para otorgarle tiempo. De tal forma, haciendo un análisis normativo con base al artículo 41 de la

(18) En ese sentido, el artículo 100 del Código Procesal Penal indica que es un derecho del imputado de elegir un defensor de confianza.

(19) En ese sentido, vid. VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, op. cit., p. 425, indica: *“Es una sanción ésta, que aleja definitivamente a quien no supo cumplir con su deber, y evita posibles dilaciones que una nueva intervención del mismo letrado pudiera acarrear. El imputado podrá elegir otro defensor, pero será irrelevante su voluntad de que prosiga el mismo”.*

AMADOR BADILLA; HERNÁNDEZ SANDOVAL: El papel del abogado...

Constitución Política esta opción parece la adecuada para que no haya una denegatoria de justicia a las partes.⁽²⁰⁾ Lógicamente, esta inasistencia debe ser comunicada al Colegio de Abogados.

V. DE LA SANCIÓN

El artículo 83 del Código de Deberes Jurídicos, Morales y Éticos del Profesional en Derecho, plantea que la infracción al artículo 46 de ese mismo Código es una falta grave.⁽²¹⁾ En ese sentido, el artículo 85 de ese Código, establece que la sanción por faltas graves equivale a la suspensión en el ejercicio profesional por un plazo de tres meses hasta tres años.

Ahora bien, por su parte el artículo 105 del Código Procesal Penal, establece, de igual manera, que el abandono de la defensa es una falta grave que será sancionada con la suspensión para ejercer la profesión durante un lapso de un mes a un año y con el pago de una suma de dinero equivalente al costo de las audiencias que debieron repetirse a causa del abandono. En ese sentido, esta última normativa es más benévola en cuanto a la sanción a aplicar.

En estos casos, la sanción aplicable para el abogado defensor que abandonó la defensa es la contenida por el artículo 105 citado, y no la contenida por el artículo 83 de Código de Deberes. De tal forma, no debe olvidarse, que aquella sanción tiene rango legal, y, además, por la especialidad de la norma que regula el caso específico: el abandono de la defensa. Así las cosas, deberá imponerse la sanción contenida en el Código Procesal Penal.

Lo anterior, puede marcar una diferencia abismal entre la falta que pueda cometer al no asistir a la audiencia el abogado del querellante o

(20) Véase voto 2004-718 del 22 de julio del 2004 del Tribunal de Casación Penal.

(21) Vid. VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *op. cit.*, p. 425. Efectivamente, la labor desplegada por el abogado como defensor en las causas penales reviste un indudable interés público, cuyo abandono debe considerarse grave. En ese sentido, ver votos n°. 10843-2001 del 24 de octubre, 4642-1999 del 16 de junio y 1759-2000 del 23 de febrero, todos de la Sala Constitucional.

actor civil, con la misma falta cometida por el defensor; pues, para los primeros se aplicaría la sanción contenida por el artículo 85, con un mínimo de tres meses a tres años, mientras que para el último, considerándose que puede ser la falta más grave por abandonar al cliente, a quien pende su libertad, resultaría una sanción más benévola.

Asimismo, la competencia para aplicar la sanción corresponderá, exclusivamente, a la Junta Directiva del Colegio de Abogados,⁽²²⁾ por lo que, a nivel judicial, lo único que corresponde es realizar la comunicación a la Fiscalía corroborada la no asistencia del abogado a la audiencia.⁽²³⁾

Asimismo, no debemos dejar de lado, que para la aplicación de esta sanción debe imperar el principio de razonabilidad y proporcionalidad;⁽²⁴⁾ así, deberá tomarse en cuenta el caso concreto, si el abogado tuvo efectivo conocimiento del señalamiento de la audiencia, si por el contrario la comunicación no se pudo realizar por problemas del equipo electrónico, la gravedad del caso, los daños que pudieron o se ocasionaron con dicho abandono, así como si es la primera vez o no que el abogado está sometido por este tipo de faltas. Todo lo anterior debe ponderarse para poder establecer una sanción proporcional a la falta cometida.

(22) El artículo 12 de la Ley Orgánica del Colegio de Abogados dispone: “*En los demás casos del artículo transitorio, la Junta Directiva del Colegio de Abogados, siguiendo el procedimiento establecido en la Ley General de Administración Pública, decretará la suspensión, por mayoría absoluta de votos presentes y en votación secreta. La resolución final tendrá únicamente el recurso de revocatoria, cuya decisión dará por agotada la vía administrativa*”.

(23) Sobre el tema la Sala Constitucional ha indicado: “*(...) la imposición de sanciones disciplinarias a los abogados no es un asunto de naturaleza jurisdiccional y el que se establezca que la Junta Directiva del Colegio esta facultada, por ley, para conocer de las faltas de sus agremiados e imponer las respectivas sanciones no viola el principio de juez natural que se establece en el artículo 35 de la Constitución Política*”. (Voto n°. 7019-1995 del 21 de diciembre). En ese mismo sentido, ver votos n°. 6420-1999, 4642-1999 y 1759-2000, todos de la Sala Constitucional).

(24) Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho Penal, Parte General*, Tomo I, Volumen I, Editorial Bosch, Barcelona, 2000, p. 263. Asimismo, MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal Español, Parte General*, Editorial Reppettor, Barcelona, 2002, pp. 99, 132 y 133.

AMADOR BADILLA; HERNÁNDEZ SANDOVAL: El papel del abogado...

CONCLUSIONES

Primera. La labor del abogado al participar oportunamente en las audiencias penales como defensor del imputado, no sólo tiende a garantizar el efectivo ejercicio del derecho de defensa, sino que con su labor coadyuva con la Administración de Justicia.

Segunda. El abogado al asumir una causa, por ser su libre elección, adquiere un compromiso de representar a su cliente en todas las instancias, salvo que una causa justa se lo impida. Su renuncia, además de requerir de una causa justa, debe ser comunicada con anticipación a su cliente y al Despacho donde se tramita la causa.

Tercera. El defensor del imputado no podrá retirarse de la defensa del imputado, hasta que sea efectivamente sustituido, y aún, existiendo una causa justa, no podrá negarse a representar al imputado si ya ha sido notificado del señalamiento de la audiencia.

Cuarta. La inasistencia injustificada a las audiencias señaladas, por parte de los otros abogados mandatarios representantes del querellante o del actor civil, equivale a abandonar a su cliente, por lo que procede la comunicación de éstos al Colegio de Abogados.

Quinta. Previo al nombramiento de un defensor público, debe otorgársele a oportunidad al imputado de nombrar un defensor de confianza que represente sus intereses.

Sexta. Una vez que se ha decretado el abandono de la defensa en vía judicial, no es posible que el mismo abogado sea nombrado nuevamente para representar al imputado en la causa donde se decretó el abandono.

Séptima. Deberá otorgarse un plazo de cuarenta y ocho horas, previo a declarar el abandono de la defensa en vía judicial, para que el abogado pueda alegar si le asistió causa justa para no acudir a la audiencia. Una vez decretado el abandono, el Juez deberá comunicarlo al abogado afectado para que éste pueda ejercer los recursos respectivos.

Octava. El Colegio de Abogados es el competente para aplicar la sanción, en caso de corroborarse en vía administrativa el abandono de

la defensa. La sanción deberá respetar el principio de proporcionalidad, no pudiendo escapar el análisis la gravedad de la conducta cometida por el abogado.

BIBLIOGRAFÍA

ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara. *Derecho Procesal Penal*, Editorial Centro de Estudios Ramón Arecedes, Madrid, 2002.

ARMENTA DEU, Teresa. *Derecho Penal, Parte General*, Tomo I, Volumen I, Editorial Bosch, Barcelona, 2000.

DE LA OLIVA, Santos. *Derecho Penal*, Editorial Centro de Estudios Ramón Arecedes, Madrid, 2002.

GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho Procesal Penal*, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 1993.

LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. *Proceso Penal Comentado*, segunda edición, Editorial Jurídica Continental, 2001.

Montero Aroca, Juan. *Principios del proceso penal*, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 1997, p. 140. Asimismo, De la Oliva Santos, Andrés, *Derecho Procesal Penal*, quinta edición, Editorial Centro de Estudios Ramón Arecedes, Madrid, 2002.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Derecho Penal, Parte General*, Tomo I, Volumen I, Editorial Bosch, Barcelona, 2000.

MARTÍN OSTOS, José. *Introducción al Derecho Precesal*, Editorial Astigi, Sevilla, 2004.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal Español, Parte General*, Editorial Reppetor, Barcelona, 2002.

MONTERO AROCA, Juan; GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis. *Derecho jurisdiccional III, proceso penal*, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 1999

VÉLEZ MARICONDE, Alfredo. *Derecho Procesal Penal*, 2ª edición, Editorial Lerner, Buenos Aires, 1969.



Revista de Ciencias Jurídicas N° 121 (33-66) enero-abril 2010

HERRAMIENTAS DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL DE POTENCIAL USO PARA PROTEGER EL RECURSO HÍDRICO

Jorge Cabrera Medaglia^(*)

Abogado costarricense

(Recibido 06/04/09; aceptado 23/11/09)

(*) Abogado especialista en derecho ambiental. Asesor Legal del Instituto Nacional de Biodiversidad. Profesor de Derecho Ambiental del Posgrado en Derecho Agrario y Ambiental y de la Maestría en Derecho Ambiental de la Universidad de Costa Rica.

Teléfono: 83260907. jacmed@racsa.co.cr

CABRERA MEDAGLIA: Herramientas de ordenamiento territorial...

RESUMEN

El presente artículo analiza los instrumentos legales existentes en el ordenamiento jurídico costarricense –y la interpretación judicial y administrativa que sobre ellos han realizado los órganos competentes– para la protección de los recursos hídricos. Se concluye que si estos instrumentos son apropiadamente utilizados e implementados se permitiría una mejor tutela de las aguas superficiales y subterráneas.

Palabras claves: Derecho ambiental; ordenamiento territorial; jurisprudencia constitucional y administrativa; protección del recurso hídrico; marcos regulatorios para la tutela de las aguas superficiales y subterráneas.

ABSTRACT

This article addresses the legal mechanisms found in the body of laws in force in Costa Rica –as well as their interpretation by the competent administrative and court authorities– for the protection of water resources. It is concluded that if properly used and implemented, these instruments would play a relevant role in the protection of water resources.

Key words: Environmental Law; urban planning; administrative and constitutional jurisprudence; water resources protection; regulatory frameworks for the protection of surface and underground water resources.

SUMARIO

Introducción

1. Limitaciones al desarrollo de actividades productivas y construcción en terrenos privados en áreas silvestres protegidas sometidas al Plan de Ordenamiento Ambiental.
2. Análisis de las posibilidades legales para la creación de áreas de recarga acuífera.
3. Protección de la terrenos según el artículo 32 de la Ley de Aguas, disposiciones de la Ley de Agua Potable y artículo 7 de la Ley del ITCO (hoy IDA).
4. Análisis de la figura de los planes reguladores u otras formas de intervención de los municipios para la protección del recurso hídrico.

Conclusión



INTRODUCCIÓN

El uso de las herramientas e instrumentos de planificación, protección y gestión del territorio existentes en la legislación nacional vigente, constituye una de las alternativas para lograr la conservación de terrenos que permitan la protección del recurso hídrico y la consecuente prestación del servicio público de suministro de agua potable. El siguiente artículo pretende exponer brevemente algunas de las opciones que brinda el ordenamiento jurídico existente para promover la protección de las aguas superficiales y subterráneas.

1. **LIMITACIONES AL DESARROLLO DE ACTIVIDADES PRODUCTIVAS Y CONSTRUCCIÓN EN TERRENOS PRIVADOS EN ÁREAS SILVESTRES PROTEGIDAS SOMETIDAS AL PLAN DE ORDENAMIENTO AMBIENTAL**

Una de las opciones para la protección del recurso hídrico consiste en limitar ciertos usos o actividades en terrenos privados que se encuentran localizados dentro de Areas Silvestres Protegidas.

De acuerdo el artículo 32 de la Ley Orgánica del Ambiente, el Poder Ejecutivo, por medio del Ministerio de Ambiente y Energía, podrá establecer áreas silvestres protegidas, en cualquiera de las categorías de manejo que se establezcan y en las que se señalan a continuación:⁽¹⁾

- Reservas forestales
- Zonas protectoras
- Parques nacionales
- Reservas biológicas

(1) El reglamento a la LB, decreto No. 34443-MINAE publicado en La Gaceta del 8 de abril del 2008, recoge las definiciones de categorías de manejo (art. 70) y adiciona las dos categorías marinas (Reservas Marinas y Areas Marinas de Manejo). En otros decretos se hace mención a esquemas de protección (corredores biológicos (decreto No. 33494-MINAE publicado en la Gaceta del 14 de agosto del 2007 que constituye el Corredor Biológico Paso de Las Lapas), santuarios marinos (decreto No. 34327-MINAE-MAG publicado en La Gaceta del 11 de marzo del 2008, que declara las aguas interiores del mar territorial y de la zona económico exclusiva de ambos mares, Santuario para Ballenas y Delfines); El artículo 1 del decreto No. 24282 MP-MAG-MIRENEM del 1 de agosto de 1995 (Decreto de creación de las AMUM) establece la categoría de

CABRERA MEDAGLIA: Herramientas de ordenamiento territorial...

- Refugios nacionales de vida silvestre. Los Refugios de Vida Silvestre pueden ser estatales, mixtos (una porción del Estado y otra de los particulares) y privados.
- Humedales
- Monumentos Naturales

Esas categorías de manejo y las que se creen en el futuro, serán administradas por el Ministerio de Ambiente y Energía, salvo las establecidas en el artículo 33 de esta Ley (monumentos naturales). Las municipalidades deben colaborar en la preservación de estas áreas.

La Ley de Biodiversidad define Área Silvestre Protegida como “una zona geográfica delimitada, constituida por terrenos, humedales y porciones de mar. Han sido declaradas como tales por representar significado especial por sus ecosistemas, la existencia de especies amenazadas, la repercusión en la reproducción y otras necesidades y por su significado histórico y cultural. Estas áreas estarán dedicadas a la conservación y a proteger la biodiversidad, el suelo, el recurso hídrico, los recursos culturales y los servicios de los ecosistemas en general” (art. 58).

El artículo 114 de la Ley de Biodiversidad, modifica el artículo 37 de la Ley Forestal, No. 7575 del 3 de febrero de 1996, para establecer que el Poder Ejecutivo puede establecer Áreas silvestres protegidas, cualquiera que se su categoría de manejo, quedando facultado para incluir, dentro de los límites, las fincas o partes de fincas particulares necesarias para el cumplimiento de los objetivos señalados en esta Ley y para instrumentarlos de acuerdo con el respectivo plan de manejo o crear las servidumbres legales para la protección ecológica.

Cuando se trate de parques nacionales, reservas biológicas o refugios nacionales de vida silvestre estatales, los terrenos serán

AMUM, la cual estará conformada por las áreas marinas que se hayan incluido dentro de las áreas silvestres protegidas que haya declarado el MINAE, las que continuarán siendo manejadas por las regulaciones específicas vigentes para ellas, así como por aquella zona marina adicional, que se declare como su zona de influencia, la que se registrará conforme este decreto ejecutivo. Por su parte, por medio del decreto No. 24483-MP-MAG-MIRENEM del 1 de agosto de 1995 se instauran con estos objetivos seis AMUM, etc. No obstante, estas no pueden ser conceptualizadas como nuevas categorías de manejo propiamente dichas.

adquiridos por compra o expropiación. En los casos de reservas forestales, zonas protectoras, refugios de vida silvestre mixtos y humedales, los predios o sus partes también podrán comprarse o expropiarse, salvo que por requerimiento del propietario se sometan voluntariamente al régimen forestal. Esta sujeción debe inscribirse como afectación en el Registro Público.

Las fincas particulares afectadas, según lo dispuesto en este artículo, por encontrarse en parques nacionales, reservas biológicas, refugios de vida silvestre, reservas forestales y zonas protectoras, quedarán comprendidas dentro de las Áreas protegidas estatales, solo a partir del momento en que haya pago o expropiación o se sometan voluntariamente al plan de manejo.

Tratándose de reservas forestales, zonas protectoras y refugios de vida silvestre y en caso de que la expropiación o el pago no se hayan efectuado y mientras se efectúa las áreas quedarán sometidas a un plan de ordenamiento ambiental, que incluye la evaluación de impacto ambiental y posteriormente, al plan de manejo, recuperación y reposición de los recursos (art 37).

En estas tres categorías de manejo, debido a que en ellas existe propiedad privada, las actividades permitidas y aquellas prohibidas se determinarán con fundamento en el Plan de Ordenamiento Ambiental. Dicho Plan fue publicado en La Gaceta del 15 de mayo del 2001 decreto No. 29393-MINAE y se refiere a cada una de las diferentes áreas protegidas indicadas en específico, es decir con las limitaciones impuestas para cada una de ellas.

Una alternativa para la protección de terrenos boscosos que permitan la protección hídrica radica en la reforma al Plan de Ordenamiento Ambiental a efectos de limitar las actividades productivas en los terrenos privados. Estas limitaciones en el tanto no afecten el núcleo esencial del derecho de propiedad no deben ser indemnizadas y podrían ser establecidas en función de la protección del recurso hídrico.

2. ANÁLISIS DE LAS POSIBILIDADES LEGALES PARA LA CREACIÓN DE ÁREAS DE RECARGA ACUÍFERA

La Ley de Biodiversidad No. 7788 modifica la definición de áreas de recarga acuífera contemplada en la Ley Forestal 7575 de la siguiente manera:

CABRERA MEDAGLIA: Herramientas de ordenamiento territorial...

“Áreas de recarga acuífera: superficies en las cuales ocurre la infiltración que alimenta los cauces de los ríos, según delimitación establecida por el Ministerio de Ambiente y Energía por su propia iniciativa o a instancia de organizaciones interesadas, previa consulta con el Instituto de Acueductos y Alcantarillados, el Servicio Nacional de Riesgo y Avenamiento u otra entidad técnicamente competente en materia de aguas” (artículo 3 inciso m).

Sobre este aspecto el Dictamen 133-2004 de la Procuraduría indica:

“Ahora bien, la norma consultada no contempla las áreas de recarga acuífera, cuya delimitación sí es atribuida legalmente al Ministerio del Ambiente y Energía, pero que no debe confundirse con el alineamiento (que sí recae en el Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo), pues se trata de una labor técnica distinta, como puede verse del mismo inciso d) del artículo 33 y del l) del numeral 3° de la Ley Forestal que estipula:

“Áreas de recarga acuífera: Superficies en las cuales ocurre la infiltración que alimenta los acuíferos y cauces de los ríos, según delimitación establecida por el Ministerio del Ambiente y Energía por su propia iniciativa o a instancia de organizaciones interesadas, previa consulta con el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, el Servicio Nacional de Aguas Subterráneas, Riego y Avenamiento u otra entidad técnicamente competente en materia de aguas.”

Precepto que repite el artículo 2° del Reglamento a la Ley Forestal, No. 25721-MINAE del 17 de octubre de 1996:

“Área de recarga acuífera: Son aquellas superficies de terrenos en las cuales ocurre la principal infiltración que alimenta un determinado acuífero, según delimitación establecida por el MINAE mediante resolución administrativa, previa consulta

Revista de Ciencias Jurídicas N° 121 (33-66) enero-abril 2010

con el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, el Servicio Nacional de Riego y Avenamiento, u otra entidad competente técnicamente en materia de aguas.”

El Reglamento a la Ley de Uso, Manejo y Conservación de Suelos, No. 29375 MAG-MINAE-S-HACIENDA-MOPT del 8 de agosto del 2000, define acuífero como: “*Depósito subterráneo de aguas provenientes de la infiltración de este recurso natural, a través del perfil del suelo, sometido al régimen del Ciclo Hidrológico*” y área de recarga acuífera: “*Superficies territoriales las cuales ocurre la mayor parte de la infiltración del agua a través de la corteza terrestre, que alimenta acuíferos y cauces de ríos.*” (Artículo 6°).

Como se dijo en la Opinión Jurídica OJ-064-2002 del 30 de abril del 2002, esta delimitación se hace topográfica y cartográficamente, y a manera de ejemplo puede verse el Decreto No. 28024-MINAE de 9 de julio de 1999, publicado en La Gaceta No. 154 del 10 de agosto de 1999, que establece el área de recarga acuífera de la cuenca del Río Bananito, describiendo su perímetro mediante coordenadas, según los mapas básicos del Instituto Geográfico Nacional, escala 1:50.000, río Banano 3545 I y Estrella 3545 II.

En razón de lo anterior, “*el INVU debe previamente, recabar el informe técnico del MINAE sobre los límites de dichas zonas, y plasmarlos como alineamiento en los planos que les sean presentados para ese efecto.*”

(Dictamen C-042-99); sin olvidar la eventual participación del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, con motivo de la necesaria coordinación de competencias entre las instituciones:

“...atendiendo a un principio de derecho administrativo como lo es que la interpretación de las normas debe buscar la mejor satisfacción del fin público—artículo 10 LGAP— se concluye que la mejor forma de garantizar el recurso natural “agua” es coordinando la actividad que sobre él ostentan tanto el A. y A. como otros repartos de la Administración (...) la intervención del Instituto en el establecimiento de las áreas de recarga acuífera no es una competencia que haya sido trasladada

CABRERA MEDAGLIA: Herramientas de ordenamiento territorial...

exclusivamente al MINAE, de donde la coordinación y ejecución de tareas atendiendo a la especialidad y recursos con que cuenten cada uno de ellos se torna en indispensable para la consecución del fin público que subyace en las normas (protección del ambiente). (Dictamen C-019-98 del 6 de febrero de 1998 y pronunciamiento OJ-064-2002 del 30 de abril del 2002).

Según la sentencia de la Sala Constitucional en el caso de Urbanización Linda Vista de Poás de Alajuela (Voto 1923 del 25 de febrero del 2004).

“La Ley Forestal No. 7575 del 13 de febrero de 1996, en su artículo 3º, inciso D), define las áreas de recarga acuífera como “Las superficies en las cuales ocurre la infiltración que alimenta los acuíferos y cauces de los ríos (...)”. La descarga natural es el volumen de agua que, durante un período de tiempo, sale naturalmente del acuífero a través de los manantiales superficiales, subfluviales o submarinos, por evapotranspiración o por percolación vertical hacia acuíferos inferiores. La descarga artificial se produce a través de la extracción del agua mediante pozos, zanjas, trincheras o túneles. Las áreas de descarga de las aguas subterráneas comprenden todos aquellos puntos en los que la tabla de agua o nivel freático intersecta la superficie del suelo –manantiales, nacientes, filtraciones– el curso de un río o los lechos marinos o lacustres.”

Con respecto a las áreas de recarga acuífera, que solo pueden ser delimitadas por el MINAE siguiendo el procedimiento de consulta antes indicado, no se establece en particular cuál es el régimen legal aplicable (prohibiciones y actividades permitidas) más allá de las restricciones del artículo 34 de la propia ley. Por ejemplo, el decreto que delimita la zona de recarga acuífera de la cuenca del Río Bananito se limita a establecer su perímetro, sin indicar cuáles consecuencias legales se derivan de ello. No obstante, el decreto que establezca dicha delimitación podría determinar un conjunto de prohibiciones y otras disposiciones congruentes con el fin de protección del recurso hídrico derivado de la misma delimitación de estas áreas adicionales a las contenidas en el artículo 34 de la Ley Forestal. En los casos, en los cuales este régimen implicará afectar el núcleo esencial del derecho de propiedad, deberá procederse a la correspondiente indemnización a los propietarios respectivos, de conformidad con lo establecido en el artículo 45 de la

Constitución Política y la jurisprudencia de la Sala Constitucional relevante (sentencia No. 796-91 del 26 de abril de 1991 y otras en similar sentido).

Ha indicado en este sentido la Sala Constitucional en el Voto 2007-10578 del 25 de julio del 2007

“El derecho de propiedad tiene un contenido esencial que la Sala ha definido como la facultad de disfrutar y usar el bien para provecho personal (propiedad privada) o para utilidad pública (propiedad pública). Por ello, so pretexto de imponer determinadas limitaciones de “interés social”, no puede la autoridad pública, sea el Legislador o el Ejecutivo, eliminar uno o varios de sus atributos esenciales. En tal situación, es decir, si las limitaciones impuestas a la propiedad vulneran el contenido esencial del derecho de propiedad, el propietario tiene derecho a ser indemnizado por ello. En este sentido, la Sala ha señalado:

“Es decir, pueden limitarse los atributos de la propiedad, en tanto el propietario reserve para sí la posibilidad de explotar normalmente el bien, excluida claro está, la parte o la función afectada por la limitación impuesta por el Estado. Fuera de estos parámetros, si el bienestar social exige sacrificios de uno o de algunos únicamente, debe ser indemnizado, lo mismo que ocurre cuando el sacrificio que se impone al propietario es de tal identidad, que lo hace perder en su totalidad el bien. Así, la limitación a la propiedad resiste el análisis constitucional, cuando la afectación a los atributos esenciales de la propiedad que son aquellos que permiten el uso natural de la cosa dentro de la realidad socio-económica actual, no hace desaparecer la naturaleza del bien o no haga imposible el uso de la cosa, porque el Estado imponga requisitos de autorización o de aprobación tan complejos que impliquen de hecho, la imposibilidad de usufructuar el bien”. (sentencia N° 2345-96).

CABRERA MEDAGLIA: Herramientas de ordenamiento territorial...

Es así como la “inviolabilidad” del derecho que consagra la norma en comentario, debe ser comprendida como una característica esencial de todos los derechos fundamentales reconocidos en el propio texto constitucional o en los diversos tratados internacionales de derechos humanos, según la cual si bien pueden ser regulados, esa regulación no puede ser arbitraria ni puede afectar el denominado “núcleo esencial” del derecho, so pena de considerar violado el derecho en cuestión. En el caso de la propiedad, la inviolabilidad se traduce en la imposibilidad o prohibición, tanto para el Estado como para los particulares, de privar al propietario de un bien inmueble a través del engaño o fuerza. En el caso del Estado, únicamente podrá despojar al propietario de su bien inmueble a causa de utilidad pública legalmente comprobada, y mediante el procedimiento o diligencias de expropiación, el cual exige el pago previo de la indemnización para que la Administración tome posesión de aquel (en este sentido sentencia N° 2003-03656 de las 14:43 horas del 7 de mayo del 2003)”.

3. PROTECCIÓN DE LA TERRENOS SEGÚN EL ARTÍCULO 32 DE LA LEY DE AGUAS, DISPOSICIONES DE LA LEY DE AGUA POTABLE Y ARTÍCULO 7 DE LA LEY DEL *ITCO* (HOY *IDA*)

La sentencia de la Sala Constitucional en el caso de Urbanización Linda Vista de Poás de Alajuela (Voto 1923 del 25 de febrero del 2004), es bastante clara con respecto a la protección de aguas subterráneas:

“XII.- Protección de las aguas subterráneas. Por las características de la contaminación de los mantos acuíferos destinados al abastecimiento público y su difícil regeneración, las medidas para evitar la contaminación deben ser preventivas y protectoras, mediante la prohibición de ciertas actividades humanas en determinadas zonas u ordenando medidas de seguridad sobre ciertas actividades potencialmente contaminantes. Nuestro ordenamiento jurídico-administrativo (legislación, reglamentos y decretos) carece, lamentablemente, de una regulación precisa, clara y completa para la protección de los mantos acuíferos, zonas de recarga y áreas de captación de aguas subterráneas. En la legislación extranjera (v. gr. Ley de Aguas española 29/1985 del 2 de agosto) se prevén algunas potestades extraordinarias de intervención administrativa en la economía del agua que atañen directamente a la protección de los mantos acuíferos, en aras de lograr un aprovechamiento sostenido de los recursos hídricos, esto es, para garantizar una disponibilidad de agua en cantidad suficiente y calidad requerida para atender las necesidades humanas y ecológicas presentes y futuras. *Estas*

potestades administrativas extraordinarias, que deben ser admitidas en nuestro ordenamiento jurídico –pese a su falta de regulación– como implícitas en la competencia expresa y general de protección y conservación de las aguas subterráneas que tienen atribuidas el Estado y los entes descentralizados del sector hídrico, tienen sustento en la necesidad de lograr una utilización racional y equilibrada del agua. La escasez y degradación de las condiciones naturales del recurso hídrico imponen la posibilidad administrativa de adoptar tales medidas para evitar su agotamiento o deterioro irreversible y de superar, temporalmente, los efectos nocivos que pueda generar una crisis hídrica. Este tipo de medidas administrativas suponen diversas restricciones y controles drásticos sobre los múltiples usos o aprovechamientos de agua –en especial los generales o especiales de carácter privado– y sobre las actividades preexistentes que puedan afectar el recurso en cuanto se justifican en un interés público, por lo que no afectan el derecho de propiedad o la integridad del patrimonio. *En esencia, tales medidas deben ser reputadas como limitaciones de interés social que no vacían de contenido el derecho de propiedad o amplían el dominio público sobre las aguas subterráneas sin previa indemnización sino que moldean su contenido esencial por lo que deben ser soportadas, al tratarse de un sacrificio o una carga general, por todos los usuarios, los que, en último término, son los beneficiarios de éstas, en tanto están orientadas a corregir una situación coyuntural de carestía o contaminación inminente que afecta la economía del recurso hídrico en una zona determinada. Tales medidas administrativas de intervención, virtualmente contenidas en los artículos 32 de la Ley de Aguas de 1942 y 10° del Reglamento de Perforación y Explotación de Aguas Subterráneas (Decreto Ejecutivo No. 30387 del 29 de abril del 2002), pueden ser las siguientes:* ⁽²⁾

- (2) El AyA mediante Acuerdo de la Junta Directiva No. 2006-615 publicado en La Gaceta del 24 de noviembre del 2006, ordena la aplicación del mapa hidrogeológico del Valle Central realizado por el SENARA de manera que ante cualquier solicitud presentada por el administrado tendiente a la aprobación de desarrollos habitacionales, se aplique el mismo, debiendo el interesado construir sistemas de tratamiento sanitario y planta de tratamiento, en las zonas de vulnerabilidad, alta media y baja. El Acuerdo fue posteriormente modificado por el Acuerdo No. 2008-512 publicado en La Gaceta del 10 de diciembre del 2008, empleándose una nueva Matriz de Criterios de Uso del Suelo según la Vulnerabilidad a la Contaminación de Acuíferos en sustitución de la Tabla contenida en el Acuerdo 2006-615. La modificación permite no exigir plantas de tratamiento en determinadas condiciones.

CABRERA MEDAGLIA: Herramientas de ordenamiento territorial...

a) **Perímetros de protección de los mantos acuíferos:** Uno de los instrumentos más novedosos en la protección de los recursos hídricos es la definición de perímetros de protección para la conservación del recurso y de su entorno. Esta medida de intervención administrativa busca preservar la calidad y cantidad del agua contenida pero también de su continente, esto es, de la formación geológica denominada acuífero. Esa actividad consiste en proyectar y trazar sobre la superficie una demarcación bajo la que se asienta un acuífero o parte de éste, en la que se establece un régimen específico de utilización del dominio hidráulico –ordenación y restricción de las concesiones de agua preexistentes, impedimento de otorgar nuevas– y de control de las actividades e instalaciones que puedan afectarlo –a través de autorizaciones– (v. gr. minas, canteras; actividades urbanas que incluyan tanques sépticos, cementerios, rellenos sanitarios –almacenamiento, transporte y tratamiento de residuos sólidos y líquidos–; actividades agrícolas y ganaderas con depósito y distribución de fertilizantes y plaguicidas, riego con aguas residuales y granjas; actividades industriales con almacenamiento, transporte y tratamiento de hidrocarburos líquidos o gaseosos, productos químicos, farmacéuticos y radiactivos, industrias alimentarias y mataderos, etc.). *Evidentemente, la definición de perímetros por las autoridades nacionales –MINAE e ICAA– debe ser respetada por los gobiernos locales (Municipalidades) y el INVU (dada su competencia residual en materia de planificación urbana en ausencia de planes reguladores locales) para compatibilizar, desarrollar y reflejar efectivamente los condicionamientos establecidos en la definición de los perímetros de protección en la normativa contenida en los respectivos Planes Reguladores sobre los usos de suelo o de ordenación del territorio (v. gr. reglamento de zonificación, de construcciones, etc.).* Obviamente, a lo anterior debe añadirse la protección alrededor de las áreas de captación (pozos –PPP: perímetros de protección de los pozos–, manantiales, nacientes, etc.), mediante la definición de una zona alrededor en la que se prohíban o limiten determinadas actividades humanas regulándose o controlándose el uso del suelo. La determinación del perímetro depende de la zona de captura o de carga del pozo (ZOC) y su extensión depende de las características y propiedades del área de captación y del terreno de recarga, puesto que, las normas no pueden ser iguales para el caso de terrenos permeables o fisurados que para los que tengan formaciones impermeables. La definición de perímetros debe conjugarse con la cartografía de vulnerabilidad o susceptibilidad natural de los mantos acuíferos de abastecimiento a las cargas de contaminación antrópica, en función de sus características hidrogeológicas y geoquímicas, ante

problemas de contaminación antropogénica, lo que se logra mediante el levantado de mapas. Sendas medidas, perímetros de protección y la cartografía de vulnerabilidad son idóneas para poder reubicar a tiempo un determinado tipo de actividad, la fuente de abastecimiento o, en último término, introducir métodos e instrumentos técnicos para el tratamiento y disposición de los agentes contaminantes”.

El voto también prevé otro tipo de medidas administrativas tales como la declaratoria de acuífero sobreexplotado; declaración de acuífero en proceso de intrusiones salinas; y estado de necesidad y crisis hídrica.

Igualmente, el voto es claro al reafirmar la profusa normativa que otorga potestades de intervención administrativa para proteger el recurso hídrico, mediante la imposición de diversos tipos de restricciones y medidas de ordenamiento, algunas de las cuales puede requerir, según su grado de afectación al derecho de propiedad, ser indemnizadas, otras solo constituyen un límite no indemnizable al derecho de propiedad privada. Este aspecto solo puede ser determinado caso por caso.

Dice la Sala:

“El artículo 31 de la Ley de Aguas No. 246 del 27 de agosto de 1942, declara como “reserva de dominio a favor de la Nación” lo siguiente: “a) Las tierras que circunden los sitios de captación o tomas surtidoras de agua potables, en un perímetro no menor de doscientos metros de radio; b) La zona forestal que protege o debe proteger el conjunto de terrenos en que se produce la infiltración de aguas potables (...)”. Esta declaratoria resulta de suma importancia, puesto que, a partir de la misma surge la obligación del Estado, a través de sus órganos competentes, de fijar y determinar las áreas de protección perimetral de los pozos o áreas de captación –de 200 metros– y, desde luego, de las áreas de recarga de los mantos acuíferos –zona en que “se produce la infiltración de aguas potables”– que cuenten o deban contar con una capa forestal para su protección que son tan sensibles para su conservación y protección. De la misma forma, a partir de tal afectación expresa, el Estado puede ejercer las acciones reivindicatorias y posesorias para garantizar la indemnidad de esas zonas y substraerlas de todo tipo de contaminación sometiéndolas a un fuerte régimen de control del uso del suelo, atribución que, muy probablemente, ha omitido ejercer de forma oportuna y exacta. El numeral 32 de la Ley de

CABRERA MEDAGLIA: Herramientas de ordenamiento territorial...

Aguas de 1942 establece que “Cuando en un área mayor de la anteriormente señalada exista peligro de contaminación en las aguas superficiales o en las subterráneas, el Poder Ejecutivo, por medio de la Sección de Aguas Potables –actualmente ICAA– (...) dispondrá en el área dicha las medidas que juzgue oportunas para evitar el peligro de contaminación”, esta norma le impone un ineludible deber de colaboración y cooperación al Poder Ejecutivo con el ICAA para adoptar todos los actos y providencias administrativas oportunas y convenientes para conjurar el peligro de contaminación en un área mayor a los perímetros de protección de las áreas de recarga de los acuíferos y zonas de captación. El contenido de la norma es sumamente significativo y rico, puesto que, habilita al Estado para adoptar cualquier medida oportuna para evitar los daños y perjuicios irreversibles que podría provocar un estado de emergencia por crisis hídrica. Evidentemente se trata, también, de una competencia que no ha sido ejercida responsablemente o infrautilizada. La Ley General de Agua Potable, No. 1634 del 18 de septiembre de 1953, en su artículo 2º, establece que “Son de dominio público todas aquellas tierras que tanto el Ministerio de Obras Públicas como el Ministerio de Salubridad Pública –órganos del Poder Ejecutivo que fueron sustituidos por el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados por virtud de su Ley de Creación No. 2726 del 14 de abril de 1961 y sus reformas y, más concretamente, el artículo 2º, inciso h), que le encomendó hacer cumplir la Ley General de Agua Potable– consideren indispensables para construir o para situar cualquiera parte o partes de los sistemas de abastecimiento de aguas potables, así como para asegurar la protección sanitaria y física, y caudal necesarios de las mismas (...)”, evidentemente, esta norma tiene una enorme trascendencia, puesto que, se declara de dominio público las áreas de captación que pueden incluir los manantiales o nacientes –forma de descarga natural de las aguas subterráneas– y, lo que es más importante, le otorga la condición de bien demanial a todos aquellos terrenos necesarios para asegurar la protección sanitaria y física y su caudal, lo cual, necesariamente, incluye las áreas de recarga de los mantos acuíferos claramente delimitadas a través de la actividad perimetradora ya indicada, puesto que, la desprotección de estas zonas incide, necesariamente, en la calidad –por contaminación– y caudal –por impermeabilización o sobreexplotación– de las aguas para consumo y uso humanos que brotan de un manantial. La Ley Forestal No. 7575 del 13 de febrero de 1996, en su artículo 33, incisos a) y d), respectivamente, dispone que son áreas de protección las “(...) que bordeen nacientes permanentes, definidas en un radio de cien metros medidos de modo horizontal” y “Las áreas de recarga y los acuíferos de

los manantiales, cuyos límites serán determinados por los órganos competentes establecidos en el Reglamento de esta ley”, evidentemente estas normas le dan sustento a la actividad o intervención administrativa para definir los perímetros de protección de los acuíferos y zonas de captación. La Ley Orgánica del Ambiente No. 7554 del 13 de octubre de 1995, en su artículo 51, indica que para la conservación y uso sostenible del agua, deben aplicarse, entre otros, los siguientes criterios: “a) Proteger, conservar y en lo posible, recuperar los ecosistemas acuáticos y los elementos que intervienen en el ciclo hidrológico”, “b) Proteger los ecosistemas que permiten regular el régimen hídrico” y “c) Mantener el equilibrio del sistema agua, protegiendo cada uno de los componentes de las cuencas hidrográficas”. Se establece así la necesidad de proteger y conservar la integridad y unidad del ciclo hidrológico sin hacer distinciones, el cual comprende, especialmente, las aguas subterráneas. Finalmente, los artículos 5º, inciso e), párrafo in fine de la Ley de Creación del ICAA (No. 2726 del 14 de abril de 1961 y sus reformas) y 15 de la Ley de Creación del SENARA (No. 6877 del 18 de julio de 1983 y sus reformas) coronan el marco normativo para la protección institucional de las aguas subterráneas al indicar, respectivamente, “Se declaran de utilidad pública y de interés social, y podrán ser expropiados, los terrenos necesarios para la conservación y protección de los recursos de agua, así como para las construcciones que se hagan necesarias en la captación (...)” “Decláranse de interés público las acciones que promueve el Estado, con el objeto de asegurar la protección y el uso racional de las aguas (...)”. En el ordenamiento jurídico-administrativo de las aguas nos encontraremos, también, con una serie de obligaciones y cargas impuestas a los particulares y sujetos de derecho público –entes y órganos públicos– para una adecuada protección del dominio público hidráulico subterráneo y superficial”.

El Pronunciamiento 295-2001 de la Procuraduría se refiere en específico a la naturaleza demanial de los terrenos que bordean las fuentes proveedoras de agua potable.

“Dos normas son las que establecen la naturaleza demanial de los terrenos que bordean las fuentes proveedoras de agua potable. El artículo 7 de la Ley de Tierras y Colonización número 2825 de 14 de octubre de 1961, y sus reformas, y el artículo 31 de la Ley de Aguas número 276 de 27 de agosto de 1942, y sus reformas. El artículo 7 de la primera ley citada dispone lo siguiente:

“Artículo 7º.-Mientras el Estado, por voluntad propia o por indicación del Ministerio de Agricultura o

CABRERA MEDAGLIA: Herramientas de ordenamiento territorial...

del Instituto de Tierras y Colonización, atendiendo razones de conveniencia nacional, no determine los terrenos que deben mantenerse bajo su dominio, se considerarán inalienables y no susceptibles de adquirirse por denuncia o posesión, salvo los que estuvieren bajo el dominio privado, con título legítimo, los siguientes:

- c) Los terrenos de las islas, los situados en las márgenes de los ríos, arroyos y, en general, de *todas las fuentes que estén en cuencas u hoyas hidrográficas en que broten manantiales, o en que tengan sus orígenes o cabeceras cualesquiera cursos de agua de los cuales se surta alguna población, o que convenga reservar con igual fin*. En terrenos planos o de pequeño declive se considerará inalienable una faja de doscientos metros a uno y otro lados de dichos ríos, manantiales o arroyos; y en las cuencas u hoyas hidrográficas, una faja de terreno de trescientos metros a uno y otro lados de la depresión máxima, en toda la línea, a contar de la mayor altura inmediata;

“Por su parte, el artículo 31 de la Ley de Aguas dispone lo siguiente:

“Artículo 31.- Se declaran como reserva de dominio a favor de la Nación:

- a) Las tierras que circunden los sitios de captación o tomas surtidoras de agua potable, en un perímetro no menor de doscientos metros de radio;
- b) La zona forestal que protege o debe proteger el conjunto de terrenos en que se produce la infiltración de aguas potables, así como el de los que dan asiento a cuencas hidrográficas y márgenes de depósito, fuentes surtidoras o curso permanente de las mismas aguas”.

Ambas normas otorgan a los terrenos cuyas áreas éstas definen, carácter de bien de dominio público. Así lo hace el artículo 7, c) de la Ley de Tierras y Colonización cuando considera como inalienables y no susceptibles de ser adquiridos los terrenos de “...*todas las fuentes que estén en cuencas u hoyas hidrográficas en que broten manantiales, o en que tengan sus orígenes o cabeceras cualesquiera cursos de agua de los cuales se surta alguna población, o que convenga reservar con igual fin.*” Por su parte, el inciso a) del artículo 31 de la Ley de Aguas establece el carácter demanial del terreno comprendido en un perímetro de doscientos metros alrededor de los sitios de captación o tomas surtidoras de agua potable.”

En relación con lo que establece el citado artículo 7 de la Ley de Tierras y Colonización respecto del carácter demanial de los terrenos ubicados alrededor de las fuentes proveedoras de aguas, esta Procuraduría señaló en dictamen OJ-033-95 de 20 de setiembre de 1995, que dicho numeral da “...*un trato preferencial a las zonas contiguas a las fuentes proveedoras, otorgándoles en varios cuerpos legales un régimen de dominio público.*...” Uno de esos cuerpos legales, citado en dicho dictamen, es la Ley de Tierras y Colonización, según lo que se establece en el artículo 7°.

Como puede notarse, ambas normas regulan situaciones similares aunque no idénticas. La similitud radica en que las dos incorporan al dominio público los terrenos que bordean las fuentes de agua y la diferencia es que la Ley de Aguas lo hace únicamente cuando dichas fuentes han sido captadas. Esta diferencia puede dar lugar a casos no comprendidos en la hipótesis de hecho contemplada por el artículo 7, inciso c) de la Ley de Tierras y Colonización, consistente en captaciones o tomas de agua potable que no estén en manantiales o en los orígenes o cabeceras de aquellos cursos de agua de donde se surtan poblaciones. En tales casos, sólo es de aplicación lo dispuesto por el artículo 31 de la citada Ley de Aguas que, en todo caso, también incorpora al dominio público los terrenos que bordean tales sitios de captación o toma. Pero lo importante es que, en lo que tienen de similar dichas disposiciones, no son contradictorias, esto es, que no estamos frente a una antinomia”.

La circunstancia anterior significa que, para tales casos, la captación de las aguas para el consumo humano por parte de la Administración competente, requiere de un acto administrativo para tener por incorporado al dominio público esos terrenos. El artículo 31, inciso a) de la Ley de Aguas reitera esta regulación al declarar como

CABRERA MEDAGLIA: Herramientas de ordenamiento territorial...

pertenecientes al dominio público, en un perímetro no menor a doscientos metros, los terrenos que circundan los sitios de captación o tomas surtidoras de agua potable. En este sentido, habría que repetir lo ya dicho, pues si se trata de captaciones de fuentes de agua que sean manantiales ubicados en cuencas u hoyas hidrográficas, su incorporación al dominio público se produjo en su condición de tales y desde 1926; pero, si no es este el caso, tales terrenos se demanializaron a partir de la captación de la fuente, lo que supone un acto administrativo que así lo decida por parte de la Administración competente.

Este artículo viene a reforzar el carácter demanial de los terrenos que bordean las fuentes de agua potable, aunque la norma suponga que se trata de aguas captadas o tomadas y requiera de un acto administrativo que así lo disponga.

En consecuencia, y según lo dicho, son terrenos incorporados al dominio público los ubicados en un perímetro de doscientos metros de radio alrededor de las fuentes de agua, si están en terrenos planos, y en un perímetro de trescientos metros de radio, si están en terrenos quebrados por tener una pendiente superior al cuarenta por ciento.

Ahora bien, en el caso particular de aquellos terrenos que bordean captaciones, tomas o surtidores de agua potable, el ejercicio de las acciones administrativas destinadas a su protección o a disponer sobre su uso, corresponde al Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados (ICAA). Ello, en razón de lo que dispone el artículo 2, inciso h) de la Ley Constitutiva del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, y dado que la preservación y protección del recurso hídrico, es el fin público al cual están afectos estos terrenos. Además, y en el tanto hayan recursos forestales en el mismo, el Ministerio del Ambiente y Energía también es competente para disponer en relación con su protección y uso...

Lo anterior, quiere decir que corresponde al Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados preservar el carácter demanial de estos terrenos, lo que equivale a asegurar el cumplimiento del fin público al cual están afectos, fin público que exige preservar las fuentes de agua que bordean estos terrenos frente a posibles acciones contaminantes realizadas en ellos. En este sentido, ha de entenderse la prohibición contenida en el artículo 16 de la Ley General de Agua Potable, numeral que establece:

Revista de Ciencias Jurídicas N° 121 (33-66) enero-abril 2010

“Artículo 16.- Se prohíben las instalaciones, edificaciones, o labores comprendidas en las zonas cercanas a fuentes de abastecimiento, plantas purificadoras, o cualquiera otra parte del sistema, que perjudique en forma alguna los trabajos de operación o distribución, o bien las condiciones físicas, químicas o bacteriológicas del agua; estas zonas serán fijadas por los Ministerios de Obras Públicas y Salubridad Pública.”

Consecuentemente, compete al ICAA ejercer las acciones administrativas necesarias para asegurar la afectación de estos terrenos al fin público al cual están destinados, y regular su uso, lo que incluye el defenderlos frente a ocupantes mediante el desalojo administrativo y preservarlos para que en ellos no se realicen actividades contaminantes de las fuentes de agua, para lo cual puede recurrir a la fuerza pública.”

La Opinión Jurídica 64-2002 de la Procuraduría indica:

“La frase del inciso a) recién transcrito, que establece una franja demanial “*no menor de doscientos metros de radio*“ compatibiliza esta norma con lo dispuesto por el artículo 7, inciso c) de la Ley de Tierras y Colonización (ver en ese sentido, de esta Procuraduría, los pronunciamientos OJ-033-95 del 20 de setiembre de 1995 y C-295-2001 del 25 de octubre del 2001).

Con respecto al significado de la frase “*reserva de dominio a favor de la Nación*”, en el pronunciamiento OJ-017-2001 del 7 de marzo del año anterior, este órgano asesor hizo referencia al que la doctrina da a las reservas demaniales, como “*técnica por la que la Administración conserva o retiene en exclusiva la utilización de ciertos bienes de dominio público, por razones de interés público y para garantizar el cumplimiento de determinadas necesidades sociales. Por la exclusión del uso a los particulares y el régimen que tal técnica comporta, la declaratoria de reservas dominiales por la Administración requiere fundamento en una ley ordinaria y el respeto a los límites que ésta fije*”.

De modo pues que esa reserva de dominio debe ser entendida como la demanialidad pública de los bienes a los que se refiere: “*El fundamento jurídico de la reserva estriba, por tanto, en la titularidad dominical que corresponde a la Administración sobre los bienes de dominio público ... Consiste en la manifestación pública de que, con*

CABRERA MEDAGLIA: Herramientas de ordenamiento territorial...

respecto a determinados bienes de dominio público, el Poder público entiende que el interés general aconseja ejercer sus facultades de goce, dimanantes del dominio, de modo directo, por sí u otro sujeto de la organización administrativa, y no mediatamente, por concesión de los administrados”.

Por su parte, el artículo 2° de la Ley General de Agua Potable, No. 1634 de 18 de setiembre de 1953, reitera el carácter de dominio público de los terrenos necesarios para un abastecimiento adecuado de agua potable:

“Son del dominio público todas aquellas tierras que tanto el Ministerio de Obras Públicas como el Ministerio de Salubridad Pública, consideren indispensables para construir o para situar cualquiera parte o partes de los sistemas de abastecimiento de aguas potables, así como para asegurar la protección sanitaria y física y caudal necesario de las mismas...”.

Complementariamente, la Ley No. 2726 de 14 de abril de 1961 que crea el Servicio Nacional de Acueductos y Alcantarillados, transformado en el actual Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados por Ley No. 5915 de 12 de julio de 1976, tiene a dicha Institución como el ente sustitutivo de los ministerios indicados en la Ley General de Agua Potable, y por lo tanto como el competente para determinar cuáles son estas áreas, así como las descritas en los artículos 7°, inciso c), de la Ley de Tierras y Colonización y 31 de la Ley de Aguas, conforme al artículo 1°, incisos f) y g) de su Ley Constitutiva, N° 2726 del 14 de abril de 1961 (véase, en este sentido la opinión jurídica OJ-033-95 del 20 de setiembre de 1995).”

4. ANÁLISIS DE LA FIGURA DE LOS PLANES REGULADORES U OTRAS FORMAS DE INTERVENCIÓN DE LOS MUNICIPIOS PARA LA PROTECCIÓN DEL RECURSO HÍDRICO

En materia de gestión del territorio las Corporaciones Municipales por medio de los planes reguladores pueden establecer, con base en criterios técnicos, restricciones al desarrollo de actividades en áreas estratégicas, en este caso con el fin de proteger el recurso hídrico.

Numerosas sentencias de la Sala Constitucional han tratado el tema, entre ellas, las que presentamos seguidamente:

“... resulta necesaria resaltar el importante papel que tienen los gobiernos locales en lo que respecta a la protección y conservación del ambiente, que no se ve lesionada por las consideraciones hechas en el Considerando anterior. En este sentido debe recordarse que la jurisprudencia constitucional ha sido constante en el sentido de que ha señalado que la protección del ambiente es una tarea que corresponde a todos por igual, es decir, que existe una obligación para el Estado –como un todo– de tomar las medidas necesarias para proteger el medio ambiente, a fin de evitar grados de contaminación, deforestación, extinción de flora y fauna, uso desmedido o inadecuado de los recursos naturales, que pongan en peligro la salud de los administrados. Al decir que este cometido les atañe a todos por igual se entiende. En esta tarea, por institución pública, debe entenderse comprendida la Administración Central –Ministerios–, instituciones especializadas en la materia... y por supuesto, las *municipalidades*, entre otros. Es de la conjunción de lo dispuesto en los artículos 50 y 169 de la Constitución Política que a las municipalidades les asiste *no sólo una facultad sino el deber de garantizar, defender y preservar* el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, y en este sentido, no debe olvidarse que es el cometido constitucional encomendado a los gobiernos locales, en lo que respecta a la “administración de los intereses y servicios locales”, deberes de los que nace la obligación de velar por la salud física y mental de las personas, así como la de proteger y preservar los recursos naturales de su jurisdicción territorial, como lo ha reconocido en forma reiterada y constante la jurisprudencia constitucional (en ese sentido ver las sentencias números 2051-91; 2728-91; 4480-94, supra citada; 0915-95; 1888-95; 2671-95; 2560-96; 4149-95; y 1360-97, entre otras).”

La Sala Constitucional se ha referido en diversas ocasiones al deber de las municipalidades de velar por la salud pública y la integridad del medio ambiente. Así por ejemplo, la sentencia número 2001-08345, de las diez horas trece minutos del diecisiete de agosto de dos mil uno, dispuso en lo conducente:

“(...) No cabe duda de que la protección de la salud en su cantón es también un cometido esencial de las municipalidades, pasible de inclusión dentro del concepto de “interés local” regulado por el artículo 169 de la Constitución Política. Sin embargo, la

CABRERA MEDAGLIA: Herramientas de ordenamiento territorial...

Municipalidad pudo haber hecho uso de sus poderes de policía a fin de impedir que la situación llegase al punto que trae al amparado ante esta Sala, sí actuó, pero lo hizo en forma insuficiente. Por esa razón es que en lo que atañe a la Municipalidad de Escazú, el presente recurso de amparo deberá ser declarado también con lugar.”

En el voto 2441-2001, que remite al voto 2660-99, nuevamente la Sala analiza las potestades municipales en cuanto a la protección ambiental de la siguiente forma:

“La inconformidad del recurrente radica en lo que considera ha sido el infundado rechazo de su solicitud de patente temporal, dictado por una entidad incompetente para ello, y en violación a sus derechos de defensa y comercio. En principio, debe dejar claro esta Sala que ya con anterioridad ha sido cuestionada la *competencia de las municipalidades para adoptar diversas medidas en protección de la salud pública y el ambiente*.

Respecto a la competencia municipal en el ordenamiento territorial esta se traduce en el reconocimiento constitucional y legal a los gobiernos locales de la facultad y autoridad de planificar el desarrollo urbano, dentro de los límites de su territorio. El fundamento legal de esta competencia, se encuentra en el artículo 169 de la Constitución Política, 15 y 19 de la Ley de Planificación Urbana. Es uno de los componentes de la autonomía municipal que es la capacidad que ostentan las Municipalidades de decidir en forma libre y bajo su responsabilidad, todo lo que concierne a la organización y administración de una determinada localidad o territorio, así como la libre gestión de sus competencias, de la administración de sus finanzas, con autonomía política, normativa, tributaria y administrativa. Es claro que cada vez más los gobiernos locales reconocen su capacidad de determinar las políticas y normativa en materia de ordenamiento territorial a escala urbana.”

El voto de la SC 9120-07 estableció:

“III.- Sobre el Plan Regulador. De acuerdo con el artículo 169 de la Constitución Política, a las Municipalidades les corresponde la

administración de los intereses y servicios locales. En relación con ese numeral, el artículo 15 de la Ley de Planificación Urbana, determina que corresponde a estas planificar y controlar el desarrollo urbano dentro de los límites de sus respectivos ámbitos territoriales, lo cual deben llevar a cabo a través del dictado de Planes Reguladores. Estos se tratan de mecanismos amplios de planificación por medio de los cuales, los gobiernos locales deciden acerca del mejor uso que debe ser dado a la tierra, así como al diseño de los servicios públicos, vías locales de comunicación, vivienda y renovación urbana, entre otros. En tal sentido, estos planes constituyen mecanismos de política municipal que permiten planificar el tipo de desarrollo que se desea para cada cantón, en atención de los derechos e intereses de sus habitantes y de los valores de rango constitucional que informan toda actuación pública (ver en ese sentido sentencia número 5097-93, de las diez horas veinticuatro minutos del quince de octubre de mil novecientos noventa y tres y sentencia número 2006-10971 de las dieciocho horas tres minutos del veintiséis de julio del dos mil seis).”

En el Voto No. 2008-001569 del 30 de enero del 2008 indicó:

“VIII.- Sobre las restricciones impuestas a la libertad de comercio en el Plan Regulador. El accionante sostiene, en suma, que las restricciones a la colocación de publicidad exterior son tan severas que en realidad impiden la libertad de comercio. Considera que las limitaciones *“equivalen a una confiscación subrepticia o encubierta de las empresas y constituyen un límite o barrera absoluta, no son una simple restricción al comercio”* (folio 13). Para fundamentar esta afirmación, el accionante sostiene que el plan regulador prohíbe las vallas y los rótulos publicitarios en casi todo el cantón, excepto en la zona residencial de alta densidad de manera que *“sufren los pobres”* (folios 2 y 4), pues solo donde éstos viven se puede instalar publicidad exterior. Al puntualizar su argumento, expone que el plan prohíbe totalmente ese tipo de publicidad en algunas zonas: en la zona residencial de baja densidad (art. 11.2.5.f), en la zona residencial de mediana densidad (11.3.5.f), en la zona residencial de alta densidad (11.5.5.f), en la zona de comercio lineal (12.2.6.b), en la zona de comercio puntual centro de Guachipelín (12.3.4), en la zona de comercio puntual Multiplaza y calle Matapalo (12.3.5) y en la zona de comercio puntual de Trejos Montealegre (12.3.6). Por el contrario, permite la colocación de vallas, entre otras, en la zona residencial de alta alta densidad, precisamente donde se ubican las viviendas de interés social. Ahora bien, para fundamentar una solicitud de anulación, se requiere

CABRERA MEDAGLIA: Herramientas de ordenamiento territorial...

más que la enumeración de las limitaciones. En efecto, el accionante da por sentado que la publicidad exterior es inocua; desde esta perspectiva, toda limitación es antojadiza. De esta manera, bastaría con mostrar que, sin ninguna razón, el plan regulador impide colocar vallas en una zona específica. Sin embargo, no es esta la situación del plan regulador impugnado, pues las restricciones persiguen proteger el entorno paisajístico (justificación inicial y art. 29). Como este está comprendido dentro del derecho de todas las personas a un ambiente ecológicamente equilibrado –según lo ha reconocido este Sala en la sentencia No. 2002-05503, recién citada–, no se trata de una decisión antojadiza. Por consiguiente, son necesarios más elementos para ponderar si las limitaciones son un medio razonable para alcanzar el fin propuesto, como indicó esta Sala en sentencia No. 5236-99, de las 14:00 horas del 7 de julio de 1999. Aunque severas, si las medidas son necesarias para la protección del ambiente, no cabe su anulación en la vía de inconstitucionalidad. La conveniencia o no de éstas, debió discutirse en la audiencia respectiva y en los recursos que eventualmente procedan contra al acuerdo municipal. Por ende, el primer motivo de inconstitucionalidad debe descartarse.

IX. Sobre las restricciones al derecho de propiedad. Está fuera de duda que el Estado puede imponer restricciones al uso de la propiedad privada en pro de la conservación del ambiente. En ese sentido se ha pronunciado la Sala en reiteradas ocasiones, como lo hizo en la sentencia No. 5893-95, de las 9:48 horas del 27 de octubre de 1995:

“[...] esta Sala se ha manifestado reiteradamente en cuanto a la protección del ambiente como derecho fundamental. Su protección ha sido intensa y, podríamos decir, hasta revolucionaria, pues ha señalado claramente las obligaciones que tanto el Estado como los particulares tienen en la lucha por conseguir un ambiente cada día más sano. De todo lo anterior, que es racional y constitucionalmente válido imponer limitaciones a la propiedad privada en pro de la conservación del medio ambiente y del patrimonio forestal”.

De igual manera, es indudable que el gobierno local puede imponer, en el plan regulador, limitaciones cuyo fin sea la protección del ambiente. Además de lo indicado en el párrafo anterior, se puede agregar que el artículo 25 de la Ley de Planificación Urbana, refirién-

dose al Reglamento de Zonificación, sí contempla la conservación ambiental como una posibilidad:

“Artículo 25.—En dicho reglamento figurarán como zonas especiales, las que soporten alguna reserva en cuanto a su uso y desarrollo, como en el caso de los aeropuertos, los sitios con importancia histórica o los recursos naturales conservables y las áreas demarcadas como inundables, peligrosas o necesarias al propósito de contener el crecimiento urbano periférico”.

De igual manera la jurisprudencia de este Tribunal también ha dejado claro que no solo se trata de una facultad, sino de una obligación. Así en sentencia No. 1360-97, del 5 de marzo de 1997:

“Pero esta Sala [...] no desconoce la responsabilidad que sobre la protección al medio ambiente atañe tanto a la Municipalidad de [...] como al Instituto Nacional de Viviendas y Urbanismo, a la hora de poner en vigencia el Plan Regulador del cantón, toda vez que ya este Tribunal en reiterada jurisprudencia, ha establecido claramente que la preservación y protección del ambiente es un derecho fundamental que da cabida a la legitimación para acudir a la vía de amparo. Así, la labor realizada en este campo ha sido intensa, pues ha señalado claramente las obligaciones que tanto el Estado como los particulares tienen en la lucha por conseguir un ambiente cada día más sano. El suelo, el agua, el aire, los recursos marinos, costeros y minerales, los bosques, la diversidad biológica y el paisaje conforman el marco ambiental sin el cual las demandas básicas —como espacio vital, alimentación, energía, vivienda, sanidad y recreación— serían imposibles. De igual modo la economía del país también está íntimamente ligada al estado del ambiente y de los recursos naturales. Por lo que el proyecto en cuestión, al momento de entrar en vigencia, debe ajustarse a las políticas de un desarrollo sostenible del Cantón de [...], que tiene que ver principalmente con la supervivencia y el

CABRERA MEDAGLIA: Herramientas de ordenamiento territorial...

bienestar de sus habitantes y con el mantenimiento de los procesos ecológicos esenciales existentes, buscando en tal forma la satisfacción de las necesidades humanas presentes y futuras y del mejoramiento de la calidad de vida y de los recursos naturales del Cantón de [...], cumpliendo con lo estipulado en el artículo 50 constitucional”.

Más aún, en sentencia No. 2003-06324, del 4 de julio del 2003, este mismo Tribunal ordenó a un gobierno local dictar un plan regulador con el fin de garantizar las bellezas escénicas, como parte del ambiente. En lo que interesa, dispuso:

“A los gobiernos locales se les ha reconocido una amplia competencia para emitir los planes de ocupación del territorio, tanto los planes de ordenamiento territorial como planes reguladores de las ciudades, estos son instrumentos vitales para lograr el uso sostenible de los recursos naturales, incluso el de las bellezas escénicas, así que, sin perjuicio de la obligación que tiene la Municipalidad de Paraíso de emitir un plan general de ordenamiento territorial y un plan regulador, deberá emitir dentro del término de dieciocho meses contado a partir de la notificación de esta sentencia un plan regulador que garantice la belleza escénica del valle de Orosi”.

La Sala Constitucional ha reconocido en diversos votos que la potestad otorgada a los gobiernos locales para planificar el desarrollo urbano en su territorio, integra el concepto constitucional de intereses y servicios locales que fue reconocida por la Ley de Planificación Urbana. Se reafirma así que la titularidad primaria en materia de planificación urbana le corresponde a las municipalidades (votos 4205-96, 5097-93, 2000-11439).

En particular para el caso del recurso hídrico en la Sentencia en el caso de Poás, estableció: “Las corporaciones municipales tienen un papel de primer orden en la protección y conservación de las aguas subterráneas a través de una serie de instrumentos indirectos. Así, la Ley de Planificación Urbana (No. 4240 del 15 de noviembre de 1968), hace más de 35 años, con fundamento en el ordinal 169 de la Constitución Política –en cuanto les compete “La administración de los intereses y

servicios locales en cada Cantón”– les impuso el deber de promulgar un plan regulador para planificar y controlar el desarrollo urbano y los reglamentos de desarrollo urbano conexos (artículos 15 y siguientes). Dentro de ese plan regulador y el reglamento de zonificación, las Municipalidades deben identificar, a efecto de regular, controlar y restringir las actividades humanas (industrial, urbanística, agropecuaria, etc.), las áreas o zonas reservadas por ubicarse en las mismas un manto acuífero o su área de recarga o descarga. Por aplicación de los derechos fundamentales a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado (artículo 50 de la Constitución Política), a la vida y la salud humanas (artículo 21 ibidem) y en aras de un desarrollo sostenible los cantones que por sus características geomorfológicas cuenten en su circunscripción terrenos que alberguen mantos acuíferos, áreas de recarga y descarga de éstos, manantiales y nacientes están especialmente llamados y obligados a regular y normar, responsable, eficiente y eficazmente, tales extremos, puesto que, en ocasiones las aguas subterráneas no solo proveen al consumo y uso de las poblaciones del cantón sino a diversos cantones lo que demuestra un claro interés supralocal o nacional. Los habitantes de esas localidades, de su parte, deben soportar la carga general o las limitaciones y restricciones en el uso y el aprovechamiento del suelo y de las aguas derivadas de la determinación y fijación de tales áreas protegidas, puesto que, es en beneficio de ellos, de los habitantes de los otros cantones que son abastecidos con las aguas que discurren por el manto acuífero y que afloran o descargan en otros cantones y, desde luego, de las futuras generaciones.”

La Procuraduría General ha indicado:

“La planificación del territorio es un instrumento al servicio de la ordenación territorial la que tiene como objeto los distintos usos del suelo que coexisten en un determinado territorio. Ordenar el territorio significa asignar usos específicos y diferenciados al suelo a partir de la desagregación existente de un determinado territorio (provincias, cantones, distritos) en donde los usos los imponen las distintas actividades llevadas a cabo por el ser humano: industriales, agrarias, de servicios, etc. Esta determinación del uso del suelo necesariamente implica la regulación de las actividades humanas y la de los sujetos que realizan dichas actividades.

Como práctica política, pero sobre todo como técnica administrativa, la ordenación del territorio es, por las implicaciones de su

CABRERA MEDAGLIA: Herramientas de ordenamiento territorial...

objeto (la determinación del uso del suelo) una función pública atribuida a las distintas administraciones (central y descentralizada) que implica el ejercicio de potestades típicamente administrativas, aunque incluye aquellas de naturaleza normativa ejercidas por la administración pública, como es la potestad reglamentaria en el marco de la potestad de planificación.

Lo anterior significa que si la ordenación del territorio es un función pública, la planificación territorial, además de ser uno de sus principales instrumentos o medios para llevarla a cabo, o precisamente por ello es, en sí misma, el ejercicio de una potestad pública: la de planificar, pero en relación con el uso del suelo.

Además de lo dicho, es importante tener presente que en esta relación entre ordenación del territorio y planificación territorial pueden haber dos acepciones básicas acerca de la planificación territorial: una según la cual la planificación relevante para el ordenamiento territorial es únicamente la planificación física; y otra, más amplia, de conformidad con la cual interesa toda planificación (la económica, por ejemplo) con incidencia territorial (ver, en tal sentido, PUJADAS, Romá y FONT, Jaume, Ordenación y planificación territorial, 1998, p. 21).

En todo caso, cualquiera que sea la acepción asumida por un determinado derecho positivo, estos, por lo general, relacionan la planificación territorial con la planificación en otros ámbitos, principalmente el económico. Esto suele ser así porque la ordenación territorial como práctica política (o política pública) tiene como objetivo o fin propiciar el desarrollo regional sostenible y equilibrado.

El ordenamiento jurídico costarricense no tiene una ley general sobre ordenamiento territorial. Tiene leyes sectoriales en las que se establecen disposiciones sobre uso del suelo o se regula algún tipo específico de planificación territorial, así como algunas disposiciones generales sobre ordenamiento territorial, pero en leyes cuyo objeto no es este.

Este último es el caso de la ley orgánica del ambiente (LOA) número 7554 de 4 de octubre de 1995, la cual dedica su capítulo VI a tema del ordenamiento territorial con normas de carácter general. Merece la pena señalar que esta ley establece en su artículo 28 que el ordenamiento territorial es una función pública. Dispone este numeral:

“ARTICULO 28.- Políticas del ordenamiento territorial. Es función del Estado, las municipalidades y los demás entes públicos, definir y ejecutar políticas nacionales de ordenamiento territorial, tendientes a

regular y promover los asentamientos humanos y las actividades económicas y sociales de la población, así como el desarrollo físico-espacial, con el fin de lograr la armonía entre el mayor bienestar de la población, el aprovechamiento de los recursos naturales y la conservación del ambiente.”

Además, la LOA establece cuáles son los fines que se persiguen con el ordenamiento territorial (artículo 29) y los criterios que lo guían (artículo 30).

La ley de planificación urbana (LPU) número 4240 de 15 de noviembre de 1968, y sus reformas, regula un tipo específico de planificación territorial: la planificación urbana.

Un ejemplo de una ley sectorial que regula lo relacionado con el uso del suelo y que, en ese tanto, es una ley sobre ordenamiento territorial en el ámbito específico de los espacios rurales, lo constituye la ley de uso, manejo y conservación de suelos número 7779 de 30 de abril de 1998. Esta ley, además, establece un tipo específico de planificación territorial: los planes de manejo, conservación y recuperación de suelos.

Finalmente, otro ejemplo, de obvia importancia para esta consulta, es la ley sobre la zona marítimo-terrestre (LZMT) número 6043 de 2 de marzo de 1977, que por su objeto puede tenerse como una ley de ordenamiento territorial referida a un espacio geográfico específico: el litoral costero y áreas adyacentes. El instrumento aquí sería el llamado plan regulador costero.”

Algunas sentencias de la Sala Constitucional son igualmente pertinentes de ser mencionadas. Mediante el Voto No. 2008-12109 de las quince horas con dieciséis minutos del cinco de agosto de dos mil ocho, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia declaró parcialmente con lugar el recurso de amparo número 07-7996-0007-CO, presentado por Rafael Varela Montero a favor de PROVIRENA, y ordenó al Ministro de Ambiente y Energía que dentro del plazo de siete meses contado a partir de la notificación de dicho pronunciamiento delimite físicamente la zona de dominio público establecida por la ley número 65 de 1888,⁽³⁾ que tenía como propósito la protección de las aguas que

(3) La Ley No. 65 de 1888, según la Procuraduría se encuentra vigente (OJ-118-2004). El artículo 1 de la Ley declara inalienable una zona de dos kilómetros de ancho a los lados de la cima de la Montaña del Volcán

CABRERA MEDAGLIA: Herramientas de ordenamiento territorial...

abastecen a la provincia de Heredia y parte de Alajuela, y al mismo tiempo a realizar los trámites necesarios para la recuperación de los terrenos que, contemplados en la ley citada estén siendo ocupados por particulares. Asimismo, la Sala *ordenó a las Municipalidades del Cantón Central de Heredia, Santa Bárbara, Barva, San Isidro, San Pablo, San Rafael, Santo Domingo, Moravia y Vásquez de Coronado elaborar los mapas de vulnerabilidad hidrogeológica recomendados por SENARA en su informe denominado "Recarga Potencial del Acuífero Colima y Barva, Valle Central, Costa Rica", los cuales deberán ser incluidos en la normativa urbanística de sus jurisdicciones, con el fin de fijar los límites a la construcción en dichos cantones, para la protección de los mantos.*"⁽⁴⁾

Igualmente resultan de interés algunos recursos de amparo declarados con lugar en casos relativos a la construcción de urbanizaciones y la posible afectación del recurso hídrico. Por ejemplo, en el Voto 10371-08 la Sala Constitucional le ordena al "Alcalde Municipal y a la Presidenta del Concejo Municipal, ambos de la Municipalidad de San Rafael de Heredia, retrotraer los procedimientos y revisar nuevamente el proyecto Condominio Horizontal Residencial La Inmaculada a fin de que, en caso de que proceda el otorgamiento del permiso de construcción, éste se ajuste a las recomendaciones de carácter obligatorio dadas por el Servicio Nacional de Aguas Subterráneas, Riego y Avenamiento respecto a la cabida de los lotes y densidad por hectárea así como también las brindadas por el Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo; a la Ministra de Salud, se le ordena valorar nuevamente el proyecto Condominio Horizontal Residencial La Inmaculada a la luz de las recomendaciones brindadas por el Servicio Nacional de Aguas Subterráneas, Riego y Avenamiento así como por el Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo; y a la Secretaria General de la Secretaría Técnica Nacional Ambiental, que atención a la potestad de seguimiento ambiental, previa inspección de campo, valore los avances que se hayan hecho del proyecto y emita los criterios correctivos que sean necesarios para evitar efectos ambientales adversos."

Barba, desde el cerro Zurquí hasta el que se conoce con el nombre de Concordia. En esta Opinión Jurídica no se pudo determinar si todos estos terrenos se encuentran ya de por sí comprendidos en el Parque Nacional Braulio Carrillo.

- (4) El SENARA por su parte mediante Acuerdo No. 3672 del 19 de noviembre del 2008, publicado en La Gaceta del 13 de enero del 2009, establece los nuevos requisitos para las autorizaciones de permisos de perforación de pozos.

Por su parte, el Voto 4790-08 con respecto a un proyecto de condominios en el distrito de Los Ángeles, San Rafael de Heredia declaró con lugar un recurso de amparo indicando el mismo que “considera que esa responsabilidad es compartida pero en el caso bajo estudio recae principalmente en la Secretaría Técnica Nacional Ambiental y en la Municipalidad de San Rafael de Heredia, pues ambas tuvieron conocimiento de los estudios efectuados y de las características particulares de la zona donde se ubicaría el proyecto de condominios “Brisas del Ciprés” y a pesar de ello otorgaron la viabilidad ambiental y los permisos de construcción para que el proyecto siguiera adelante. Se declara con lugar el recurso. Se anulan los permisos otorgados al desarrollador del Proyecto de Condominios “Brisas del Ciprés” particularmente el visado de planos urbanísticos dado por el Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo, el visado sanitario de planos otorgado por el Ministerio de Salud y los permisos de construcción otorgados por la Municipalidad de San Rafael de Heredia. Se ordena a todos los recurridos tomar las medidas necesarias y suficientes para proteger el manto acuífero de la zona”.

El Voto 10372-08 de la Sala Constitucional se reclama que autorizó por parte de la Municipalidad el inicio del movimiento de tierra en el proyecto Condominio Loma de Guijarro ubicado en Santo Tomás de Santo Domingo de Heredia, sin tomar en cuenta el impacto ambiental negativo que ello implica, ni la protección de los recursos hídricos. También aducen que el SENARA ya ha dado recomendaciones sobre aguas subterráneas a las municipalidades, entre las que se incluye la de Santo Domingo de Heredia, y la Dirección del Acueducto Municipal de Santo Domingo en tres informes técnicos, que pone de manifiesto el efecto negativo de dicho proyecto en el campo del recurso hídrico disponible en ese sector, ya que, se concluye que la concesión de aguas aprobada por el MINAE para el proyecto es insuficiente para la dotación que requieren las setenta y un fincas del proyecto, por lo que no se debe aprobar el autoabastecimiento de agua potable para el proyecto. A pesar de ello, las autoridades administrativas recurridas no han ejercido los controles y competencias que la ley les otorga para evitar la afectación al medio ambiente y al recurso hídrico de la zona. El Voto le ordena al “Alcalde Municipal de Santo Domingo de Heredia, bajo pena de desobediencia que de forma inmediata cumpla lo dispuesto en La Gaceta 136 del catorce de julio del dos mil cinco y La Gaceta número 226 del veinticuatro de noviembre de dos mil seis; remitir en forma inmediata el proyecto Condominio Lomas de Guijarro a nombre de la Sociedad Grupo Jimador S.A. a la Comisión de Exoneraciones y al

CABRERA MEDAGLIA: Herramientas de ordenamiento territorial...

Departamento de Urbanizaciones, Dirección Estudios y Proyectos ambos de Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados; ajustarse a los criterios de regulación de la perforación de pozos en el Valle Central dispuestos por el Servicio Nacional de Aguas Subterráneas, Riego y Avenamiento según oficio del veintisiete de febrero del dos mil ocho y emita las órdenes necesarias, que estén dentro del ámbito de su competencia, para suspender las obras de construcción en el proyecto hasta tanto no se cumpla con los permisos requeridos”.

Por ejemplo, en respuesta a las anteriores decisiones judiciales y a criterios técnicos la Municipalidad de Barva, mediante acuerdo publicado en La Gaceta del 3 de setiembre del 2008, dispuso declarar como “zona de protección acuífera” las partes de las microcuencas de los Ríos Ciruelas y Segundo dentro del Cantón de Barva, con el fin de proteger y conservar los recursos hídricos superficiales y subterráneos (art. 1). El acuerdo delimita topográfica y cartográficamente la zona de protección (art. 2) y establece una serie de limitaciones al uso del suelo (prohibición de urbanizaciones de alta densidad; prohibición de relleños sanitarios; promoción del pago por servicios ambientales; manejo racional de agroquímicos; futura restricciones derivadas del establecimiento de zonas de recarga locales –zonas de captura–, entre otros).

Adicionalmente, recientemente se han aprobado por parte de la Secretaría Técnica Nacional, las Guías Voluntarias para el Sector de la Construcción (aprobadas por Resolución 1948-2008-SETENA del 8 de julio del);⁽⁵⁾ estas Guías podrían ser promovidas por los entes reguladores para su adopción por los posibles desarrollos urbanísticos.

CONCLUSIÓN

Existe una indudable responsabilidad de los entes municipales en la protección del ambiente, incluyendo el recurso hídrico y las bellezas escénicas, el cual puede ser cumplido mediante un adecuado uso de los instrumentos legales de ordenamiento territorial vigentes en el país y respaldados por numerosas resoluciones de la Sala Constitucional.

(5) La Guía se fundamenta en el reglamento para la elaboración, revisión y oficialización de Guías Ambientales de buenas prácticas productivas y desempeño co-eficiente, Decreto No. 34522-MINAE, publicado en La Gaceta del 16 de junio del 2008, que es parte del procedimiento de evaluación de impacto ambiental que se gestiona ante la SETENA.



Revista de Ciencias Jurídicas N° 121 (67-106) enero-abril 2010

¿QUIÉN PUEDE RESPONDER CIVILMENTE ANTE EL FRAUDE INMOBILIARIO?

Msc. Jorge Jiménez Bolaños^()*

(Recibido 11/03/09; aceptado 23/11/09)

(*) Vicedecano. Profesor asociado. Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica.

e-mail: jjimenez@gmail.com; jjbol@racsa.co.cr

Teléfono 2207-4114.



JIMÉNEZ BOLAÑOS: ¿Quién puede responder civilmente...?

RESUMEN

El presente trabajo trata sobre el fraude inmobiliario. Concretamente sobre la situación perjudicial en la cual un sujeto se ve despojado de un bien inmueble de su propiedad que se encuentra debidamente inscrito en el Registro Público a su nombre, sin haber tenido la intención de traspasar dicho bien a ninguna persona, siendo suplantada su identidad en el otorgamiento de la escritura de traspaso realizada ante notario público.

El fraude inmobiliario se realiza con mucha frecuencia en nuestro país a pesar de la existencia de innumerables filtros legales establecidos por la ley en relación a la inscripción de dichos traspasos.

Trataremos de enfocarnos en determinar a nuestro juicio bajo valoraciones de estimativa jurídica sobre quién en último caso debe recaer la responsabilidad civil de reparar el daño sufrido por el propietario que se ve despojado de su inmueble. Antes, sin embargo, debemos precisar ciertos conceptos.

Palabras claves: Fraude inmobiliario, traspaso ilegal de bienes, propietario, tercer adquirente, buena fe, responsabilidad civil.

ABSTRACT

This paper deals with real estate fraud, specifically with the detrimental situation where someone is dispossessed from a duly owned and duly registered real estate by a non-intended transfer of such property to someone else by means of an identity theft in a transfer deed by a notary public.

The real estate fraud is very frequent in our country despite the existing legal filters provided by law for registering real estate transfers.

We will focus on determining whom, based in our opinion arising from juridical evaluation, should be held civil liable to repair the damages suffered by the owner dispossessed of his property. This article first clarifies some concepts.

Key words: Real estate fraud, illegal transfer of real estate, owner, third-party acquirer, good faith, civil liability.

SUMARIO

- 1) Bienes inmuebles
- 2) Regulación en nuestro Código Civil
- 3) Derecho real
- 4) Traspaso de bienes inmuebles
- 5) Funciones del Registro Público en nuestra sociedad
- 6) Derecho Registral
 - a) Principios de Derecho Registral
- 7) Conceptos de Derecho Registral
- 8) Fraude inmobiliario
- 9) ¿Quién debe responder civilmente ante el fraude inmobiliario?

Conclusiones

Bibliografía



1) BIENES INMUEBLES

Entendemos por bien las cosas que producen bienestar, que acarrearán felicidad, pues tal es el significado del término latín *beare*, de donde aquella voz se deriva. De allí la explicación que acerca de ella formuló el jurisconsulto Ulpiano: *Bona ex eo dicuntur quod beant, hoc est, beatus, faciunt*, o sea: llámanse bienes las cosas provechosas, es decir, que hacen feliz a la persona.⁽¹⁾

Nos interesa de seguido desarrollar el concepto jurídico de lo que en doctrina y legislación se conoce como bien inmueble.

Las cosas se consideran inmuebles por su naturaleza o por disposición de la ley.

Debido a sus condiciones de fijeza y estabilidad absolutas, nada más que el suelo debería considerarse inmueble por su naturaleza. Sin embargo, a causa de su unión con el suelo o por conceptualizarse como partes accesorias a este, pueden calificarse también como tales: las construcciones que se hagan en él, exterior o interiormente; las plantas que estén adheridas a la tierra, y los frutos pendientes de las mismas plantas. De este modo, los edificios, caminos, puentes, túneles, canales, ferrocarriles y estanques son inmuebles por su naturaleza.

Los ferrocarriles se consideran inmuebles porque lo que propiamente los constituye es la vía férrea, junto con sus puentes, estaciones y talleres, que es la cosa principal, no los vagones y máquinas que los arrastran, los cuales vienen a ser simples accesorios.

Por disposición de la ley, se conceptúan como inmuebles todas las cosas adheridas a la tierra o unidas a los edificios y construcciones de una manera fija y permanente, y los derechos reales sobre inmuebles.

El motivo de considerar inmuebles los objetos unidos o adheridos de que se ha hablado, consiste en la circunstancia de que, debido al hecho de la incorporación, la suerte del mueble y la del inmueble llegan a identificarse de tal manera que ambas cosas constituyen un todo destinado a permanecer así, prevaleciendo la condición del inmueble por ser esta cosa principal.

(1) Alberto Brenes Córdoba. *Tratado de los Bienes*. Costa Rica: Editorial Juricentro, 2001, p. 27.

JIMÉNEZ BOLAÑOS: ¿Quién puede responder civilmente...?

Pero el objeto, una vez separado de la cosa a que estaba adherido, recobra su condición de mueble. Con todo, si la separación es únicamente pasajera por tratarse de reparaciones que deben hacerse en un edificio, en el intervalo los objetos no pierden la calidad de inmuebles, conforme al parecer general basado en la doctrina romana.

Debe observarse que no basta el hecho material de fijar un objeto en el suelo para tenerlo como inmueble. Es preciso tomar en cuenta su naturaleza y la mira con que se puso allí; porque si es una construcción provisional o colocada con fines precarios, el objeto u objetos conservan su condición de muebles. Así sucede con los circos ambulantes, las tiendas de campaña, andamios o tablados y barracas, que se ponen en las plazas o por otra causa transitoria.

Aun las almácigas y las plantaciones de carácter inestable, como las que hacen floricultores y hortelanos para el comercio de las flores, frutas y plantas, se consideran muebles si son hechas en terreno ajeno, en relación con el plantador y el propietario del suelo, cuando aquel, conforme a su título, está facultado para la explotación del fundo en esa forma; de suerte, pues, que obra dentro de su derecho si, al desocuparlo, arranca su plantación y se la lleva.⁽²⁾

En las disposiciones generales, encontramos una clasificación de los bienes inmuebles en dos grupos: los que son por naturaleza y los que son por disposición de la ley. Así, en el artículo 254 del Código Civil se afirma que pertenecen a la primera categoría: las tierras, los edificios y demás construcciones que se hagan en la tierra; las plantas, mientras estén unidas a la tierra, y los frutos pendientes de las mismas plantas. En cambio, la segunda categoría comprende todo lo que está adherido a la tierra o unido a los edificios y construcciones de una manera fija y permanente. También se incluye en esta segunda categoría a las servidumbres y demás derechos reales sobre inmuebles; esta inclusión ofrece algunos interrogantes, por cuanto se trata de situaciones jurídicas (efectos jurídicos) y no de objetos. Con esta bipartición, se presenta una falta de correspondencia entre el dato jurídico y la realidad.

En doctrina se habla de otra categoría: los inmuebles por destino, que son aquellas cosas que, siendo muebles por naturaleza, han sido

(2) Alberto Brenes Córdoba. *Tratado de los Bienes*. Op. cit., p. 30.

establemente destinadas al servicio de un fundo; es necesaria una destinación actual (y no solo intencional) y duradera.⁽³⁾

De seguido expondremos la definición conceptual aportada por juristas extranjeros sobre lo que se entiende como bien inmueble desde la óptica de su derecho.

Los inmuebles serían aquellos que no pueden trasladarse de un lugar a otro; la fijeza es lo que les daría dicho carácter. Este concepto es el que se deriva de su constitución física o corporal, pero no ha sido el fundamental, no lo fue en el derecho antiguo ni se presenta en la actualidad como base exclusiva para la clasificación.

En el derecho moderno, los bienes son inmuebles no solo por su naturaleza, sino también por su destino o por el objeto al cual se aplican; esto quiere decir que no se toma exclusivamente como criterio la fijeza o imposibilidad de traslación de la cosa de un lugar a otro, para derivar de ahí el carácter inmueble de un bien. Ese carácter se fija, más bien, sea por la naturaleza o por el objeto al cual se aplique. De esa suerte, se distinguen tres categorías de inmuebles:

- I. Inmuebles por naturaleza
- II. Inmuebles por destino
- II. Inmuebles por el objeto al cual se aplican⁽⁴⁾

El carácter finalista de la distinción se explica porque el orden jurídico adopta dos procedimientos típicos en orden a la disciplina de las cosas muebles e inmuebles. El ordenamiento completo de las cosas inmuebles se presenta rígido, con una enérgica y rigurosa afirmación del derecho del propietario, en defensa del cual sacrifica la posibilidad de una fácil circulación de los bienes. Y la distinción tiene inmediatos reflejos en orden a la forma de transferencia, al modo con que se constituyen sobre las cosas derechos de garantías reales, y a la diversa tutela acordada a la posesión de buena fe, con las correspondientes consecuencias en orden a la circulación de los bienes.

(3) Víctor Pérez Vargas. *Derecho Privado*. Costa Rica: Litografía e imprenta LIL, S.A., tercera edición, 1994, p. 145.

(4) Rafael Rojina Villegas. *Compendio de Derecho Civil*. México: Editorial Porrúa. S.A. 1977, pp. 70 y 71.

JIMÉNEZ BOLAÑOS: ¿Quién puede responder civilmente...?

El Código Civil español, en su artículo 334, se ocupa de enumerar los bienes inmuebles, sin definirlos ni clasificarlos. En cambio, el artículo 335 da un concepto de los bienes muebles e indica que “son los que se pueden transportar de un punto a otro, sin menoscabo de la cosa inmueble a que estuvieren unidos; por lo que a “contrario sensu”, serán inmuebles los que no puedan trasladarse de un punto a otro sin menoscabo [...].

Según Ferrara, son inmuebles por naturaleza “el suelo y todo lo que está incorporado a él orgánica o artificialmente. Por tanto el terreno, con todo lo que forma parte integrante de él, bajo o sobre la superficie: minas, manantiales plantas, construcciones [...].

Son inmuebles por destino aquellas cosas que siendo muebles por naturaleza, están al servicio permanente de un fundo o son ajenas a él, como pertenencias. Esta inmovilización es una consecuencia legal de la intención del propietario, que puede manifestarse de dos modos: o poniendo las cosas efectivamente al servicio de un fundo para su cultivo, o al de un establecimiento agrícola o industrial para ejercer una industria o comercio (destino agrícola, industrial, o mercantil), o bien uniéndolas a un edificio o a un fundo mediante una conjunción física (destino suntuario) [...].

Inmuebles por determinación de la ley son los derechos inmobiliarios, que aunque no son muebles ni inmuebles, porque tal cualidad presupone la materialidad del objeto, se asimilan por analogía a la naturaleza de los bienes sobre los que recaen.⁽⁵⁾

2) REGULACIÓN EN NUESTRO CÓDIGO CIVIL

Después de analizar el concepto de bien inmueble desde un punto de vista doctrinal, exponemos de seguido como se da en nuestro Código Civil el tratamiento jurídico de los bienes inmuebles.

Nuestro Código Civil, en sus artículos 253, 254 y 255 señala cuándo estamos ante un bien inmueble y cuándo ante un bien mueble. El artículo 254 de dicho cuerpo legal reza:

(5) Francisco Bonet Ramón. *Compendio de Derecho Civil*. España: Revista de Derecho Privado. Tomo I. 1959, p. 564.

Son inmuebles por naturaleza:

- 1- Las tierras, los edificios y demás construcciones que se hagan en la tierra.
- 2- Las plantas mientras estén unidas a la tierra y los frutos pendientes de las mismas plantas.

El artículo 255 indica los bienes que son inmuebles por disposición de la ley:

- 1- Todo lo que está adherido a la tierra o unido a los edificios y construcciones de una manera fija y permanente.
- 2- Las servidumbres y demás derechos reales sobre inmuebles.

Por otra parte, nuestro Código Civil, a través de la exclusión en el artículo 256, define qué debemos entender por bienes muebles, al señalar: “Todas las cosas o derechos no comprendidos en los artículos anteriores son muebles.”⁽⁶⁾

3) DERECHO REAL

Es relevante aclarar que, cuando se da un intercambio de bienes inmuebles entre dos sujetos, independientemente de la causa jurídica de atribución patrimonial, hablemos de testamento, donación, permuta, compraventa, etc., tendremos la adquisición de parte de estos derechos reales sobre dichos bienes. Pero, ¿qué entendemos por derecho real? En general, el derecho real se ha conceptualizado como el derecho que se tiene sobre una cosa, derecho que el titular puede ejercer con exclusión del resto de la sociedad, es decir, *erga omnes*.⁽⁷⁾

De acuerdo con nuestra tradición jurídica, el concepto de derecho real viene definido por las coordenadas que forman el carácter inmediato y el carácter absoluto de este especial tipo de poder jurídico. Con lo primero –carácter inmediato–, se entiende que el poder del

(6) Evelyn Salas Murillo y Jaime Eduardo Barrantes Gamboa. *Op. cit.*, Art. 256.

(7) Construcción conceptual a partir de Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón. *Sistema de Derecho Civil*. España: Editorial Tecnos. Volumen III. 1977, p. 45.

JIMÉNEZ BOLAÑOS: ¿Quién puede responder civilmente...?

titular se ejercita y se realiza de una manera directa sobre los bienes que constituyen el objeto del derecho, sin necesidad de una especial colaboración o intermediación de otras personas. Con lo segundo –carácter absoluto–, se suele entender que el titular del derecho hace eficaz este y satisface sus intereses, no solo frente a un especial sujeto pasivo, concreto y determinado, sino también frente a terceros, lo que se define unas veces como efectividad de los derechos frente a todos (erga omnes), y otras como efectividad frente a cualesquiera personas que se puedan encontrar en relación con la cosa objeto de derecho.⁽⁸⁾

“El derecho real es una relación inmediata entre la persona y la cosa, o lo que es lo mismo, una potestad directa sobre la cosa sin necesidad de intervención de persona alguna”.⁽⁹⁾

4) TRASPASO DE BIENES INMUEBLES

Los seres humanos constantemente intercambiamos bienes y servicios de todo tipo, y las formas en que lo hacemos son muy variadas. Podemos intercambiar un bien por otro, en cuyo caso realizamos el traspaso de un bien inmueble a través del contrato de permuta.

La permuta es un contrato por el cual las partes se dan recíprocamente en propiedad una cosa por otra. La permuta encierra, pues, una doble venta, solo que, en vez de mediar precio en dinero como en las ventas propiamente tales, cada una de las cosas permutadas constituye el precio de la otra. Por lo mismo, los preceptos que rigen la compraventa en general son aplicables al contrato de permuta, con las modificaciones requeridas por la especialidad del caso [...].⁽¹⁰⁾

Intercambiamos bienes también entregando por estos una cantidad de dinero a cambio, que sirve de precio; en tal sentido, entonces, estamos ante la figura jurídica de la compraventa. Los traspasos de

(8) Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón. *Sistema de Derecho Civil*. España: Editorial Tecnos. Volumen III. 1977, p. 45.

(9) *Diccionario Jurídico Espasa*. Fundación Tomás Moro. España: Editorial Espasa-Calpe, S.A. 1993, p. 328.

(10) Alberto Brenes Córdoba. *Tratado de los Contratos*. Op. cit., p. 131.

bienes realizados a través de la compraventa son mucho más utilizados y frecuentes que la permuta, pues en esta se hace necesario que entre las partes exista y coincida la doble necesidad para poder intercambiar los bienes o servicios. “Por el contrato de compraventa uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada, y el otro a pagar por ella un precio cierto en dinero o signo que lo represente”.⁽¹¹⁾

Como puede observarse, las definiciones precedentes, de forma simple indican solo que la compraventa se refiere al acuerdo entre partes sobre la cosa por vender y la obligación del comprador de retribuir esa cosa o ese bien con dinero o algo representativo de su valor. Como se trata de un traspaso, el contrato de compraventa presentado al Registro modificará su base de datos en cuanto al titular del bien, y no en cuanto a las características propias del bien.

También, podemos traspasar bienes simplemente porque deseamos desprendernos de ellos con altruismo, a título gratuito, esto es, sin pedir de la otra parte ninguna contraprestación onerosa. En tal caso, nos encontramos ante la figura de la donación. “Entre los actos de liberalidad que suelen realizarse figura muy particularmente la donación nombre con que se designa un contrato por el que una persona traspasa a otra gratuitamente la propiedad de una cosa [...]”.⁽¹²⁾

El hecho de que la donación sea un acto revestido con la característica de la liberalidad, no significa que puedan omitirse registralmente uno o varios requisitos bajo la bandera de su gratuidad y liberalidad. En ese sentido, los requisitos formales de admisibilidad son los mismos que para cualquier otro contrato inscribible.

En cuanto a su tratamiento fiscal, es el mismo que el de la compraventa; es decir, debe pagarse en derechos y timbres con los mismos porcentajes, ya que ambos son considerados registralmente como traspasos, y para su inscripción no es importante la causa, gratuita u onerosa, que les dio origen.⁽¹³⁾

(11) Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón. *Sistema de Derecho Civil*. España: Editorial Tecnos. Volumen II. 1978, p. 219.

(12) Alberto Brenes Córdoba. *Tratado de los Contratos*. Op. cit., p. 273.

(13) Kristy Arias Mora *et al.* Tesis de Grado para optar por el Título de Licenciada en Derecho “Las funciones modificadora y certificadora de la

JIMÉNEZ BOLAÑOS: ¿Quién puede responder civilmente...?

En síntesis, podemos decir que la compraventa, donación y permuta son negocios jurídicos a través de los cuales una persona traspa a otra la propiedad de un determinado bien, que puede ser mueble o inmueble, según sus cualidades físicas y jurídicas.

Para que el concepto de bien inmueble alcance toda su vitalidad jurídica, hay que relacionarlo nuevamente con las personas que transmiten o aquellos que adquieran estos bienes inmuebles, para llenar así una necesidad determinada o individual. La necesidad humana en la adquisición de un bien inmueble puede variar y tener muchos matices. Una persona puede adquirir un bien inmueble para construir en él una casa de habitación y vivir con su familia. Otra persona puede adquirir un inmueble para desarrollarlo y construir en este una urbanización o un condominio. En otros casos, puede ser para desarrollar el cultivo de un producto agrícola. Los destinos que se le quieran dar al bien inmueble adquirido pueden ser muy variados, tanto como lo son las necesidades humanas que quieren llenarse con su adquisición. Sin embargo, existe una constante en todos los intercambios de bienes inmuebles, y esta es la voluntad de negociar.⁽¹⁴⁾

5) FUNCIONES DEL REGISTRO PÚBLICO EN NUESTRA SOCIEDAD

La función del Registro Público de la Propiedad Inmueble es dar publicidad y seguridad acerca de la constitución, modificación y extinción de derechos sobre propiedad inmueble entre otras.

Así, la finalidad primaria de la publicidad registral queda patente, la protección del tráfico, la agilización de las transacciones inmobiliarias, al suplir con la garantía que supone la consulta de un Registro Público, las complicadas indagaciones sobre la titularidad de los derechos que, en otro caso, sería preciso practicar.⁽¹⁵⁾

Base de Datos del Registro Público de la Propiedad Inmueble como Garantía de Cumplimiento de los Principios de Publicidad y de Fe Pública Registrales". Costa Rica: Universidad de Costa Rica. Mayo 2003. p. 175.

(14) Construcción Conceptual a partir de Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón. *Sistema de Derecho Civil*. Volumen III. Op. cit., p. 45.

(15) José Luis Lacruz Berdejo. *Derecho Inmobiliario Registral*. Op. cit., p. 1.

Revista de Ciencias Jurídicas N° 121 (67-106) enero-abril 2010

El artículo 1 de la Ley de inscripción de documentos en el Registro Público señala:

El propósito del Registro Nacional es garantizar la seguridad de los bienes o derechos inscritos con respecto a terceros. Lo anterior se logrará mediante la publicidad de estos bienes o derechos. En lo referente al trámite de documentos su objetivo es inscribirlos. Es de conveniencia pública simplificar y acelerar los trámites de recepción e inscripción de documentos, sin menoscabo de la seguridad registral. Son contrarios al interés público las disposiciones o los procedimientos que entorpezcan esos trámites o que, al ser aplicados, ocasionen tal efecto.⁽¹⁶⁾

Por su parte, el artículo 1 del Reglamento del Registro Público, número 26771-j, nos dice:

El Registro Público tiene bajo su competencia y a solicitud de parte la registración y la expedición de certificaciones acerca de la constitución, modificación, y extinción de derechos sobre propiedad inmueble, hipotecas comunes y de cédulas, sociedades mercantiles y civiles, asociaciones civiles, poderes de personas físicas y concesiones de la zona marítima terrestre y Golfo de Papagayo, valiéndose para ello de técnicas de microfilm y cualquier otra tecnología moderna.⁽¹⁷⁾

De igual manera, el artículo 21 del citado reglamento señala: “En el Registro de la Propiedad Inmueble se inscribirá todo lo relativo al título del dominio a los gravámenes, y afectaciones y cualquier otro derecho real o personal que afecten los bienes inmuebles allí inscritos”.⁽¹⁸⁾

(16) Ley sobre inscripción de documentos en el Registro Público. Ley número 3883 del 30 de marzo de 1967. Artículo 1.

(17) Reglamento del Registro Público número 26771-J del 18 de febrero de 1998.

(18) Reglamento del Registro Público número 26771-J del 18 de febrero de 1998.

JIMÉNEZ BOLAÑOS: ¿Quién puede responder civilmente...?

En el mismo sentido, la Sala Primera de la Corte, en la sentencia número 060-F-91 de las 15 horas del 24 de abril de 1991, sobre el particular indicó:

[...] El Registro Público de la propiedad tiene como fin fundamental la inscripción, seguridad y publicidad de los Derechos Reales. Todo lo relativo al nacimiento, vicisitudes y extinción de estos además de ser trascendente para su titular, adquiere gran relevancia en cuanto a los terceros, quienes solo por la publicidad registral tienen acceso al conocimiento de la situación exacta de esos derechos, tanto en cuanto pueden confluir con otros derechos reales como respecto de las incidencias de los derechos personales sobre ellos.⁽¹⁹⁾

Sobre el mismo sentido y criterio, pueden consultarse también de la misma Sala la resolución número 53 dictada al ser las catorce horas treinta minutos del dos de julio de mil novecientos noventa y siete, y la resolución número 000530-F-2000 de las quince horas treinta minutos del diecinueve de junio del dos mil.

En forma específica, el artículo 459 del Código Civil determina cuáles son los documentos que se inscriben en el Registro Público de la Propiedad:

En el Registro de Propiedad se inscribirán:

- 1- Los títulos de dominio sobre inmuebles.
- 2- Aquellos en que se constituyan, reconozcan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, servidumbres y cualesquiera otros derechos reales diversos del de hipoteca....⁽²⁰⁾

Según queda visto en la normativa expuesta y doctrina consultada, una de las funciones más importantes del Registro Público

(19) Resolución número 060-F-91 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de las 15 horas del 24 de abril de 1991.

(20) Evelyn Salas Murillo y Jaime Eduardo Barrantes Gamboa. *Op. cit.*, p. 329.

es registrar aquellos documentos en los cuales se traspasen bienes inmuebles de un sujeto a otro o de un titular registral a otro, y con ello dar publicidad y seguridad registral a dichos documentos.

Esta función debe cumplirla de la mejor forma, es decir eficiente, ágil y rápida, pero sin perder el valor de seguridad jurídica en las transacciones.

6) DERECHO REGISTRAL

• Principios de Derecho Registral

En una sociedad organizada y compleja como la nuestra, en que día con día se realizan miles de negocios jurídicos a través de los cuales se da el traspaso de bienes inmuebles, no es posible ni práctico dejar a la memoria de los interesados estos traspasos, pues ello podría degenerar en un desorden de tal magnitud que, en determinado período, no habría certeza ni seguridad jurídica acerca de cuáles son las propiedades de cada quien, y cualquiera podría reclamar los bienes de otros.

Aunque en nuestro sistema jurídico el traspaso de bienes inmuebles se da en virtud del nudo consenso, es decir, cuando las partes acuerdan cosa y precio, se transmite entre estas la propiedad del bien, tratándose de la compraventa por ejemplo. No obstante, para que dicho traspaso tenga efectos jurídicos ante toda la sociedad, debe registrarse en el Registro Público de la Propiedad.⁽²¹⁾

Por ello, se hace necesario y obligatorio que, en relación con los bienes inmuebles, se dé su debida registración en el Registro Público de la Propiedad. Al darse la registración de un bien inmueble a favor de una persona, esta aparecerá ante terceros como la legítima propietaria del bien inmueble, con efectos *erga omnes*, es decir, efectos jurídicos que afectan a todos los miembros de la sociedad.

Además, se garantizará a aquellos que deseen adquirir dicho bien inmueble, que quien les está vendiendo es realmente el propietario del bien. En otras palabras, la simple entrega del bien por parte de su propietario no implica por ese hecho una publicidad que afecte a terceros, tal y como se hacía en la antigüedad.

(21) Construcción conceptual a partir de Evelyn Salas Murillo y Jaime Eduardo Barrantes Gamboa. *Op. cit.*, p. 271.

JIMÉNEZ BOLAÑOS: ¿Quién puede responder civilmente...?

En nuestro derecho registral, para que el traspaso del bien inmueble tenga efectos ante terceros, es necesario que dicho traspaso se inscriba en el Registro Público de la Propiedad. El traspaso del bien, ya sea que se dé a través de los negocios jurídicos de permuta, donación, compraventa, fideicomiso, etc., tendrá efectos jurídicos ante la sociedad y ante terceros; es decir, tendrá publicidad registral solamente cuando dicho traspaso, realizado ante un notario público, se inscriba en el Registro Público.⁽²²⁾

Una de las funciones del Registro Público es dar publicidad, entendiendo por esta la acción de hacer pública una cosa, “en este caso la existencia de un derecho, a través de los registros que pueden ser consultados. Considerada desde un punto de vista general, la publicidad de los derechos reales es ante todo una cuestión de seguridad en la operación sobre inmuebles”.⁽²³⁾

El principal efecto derivado de la publicidad registral estriba en la seguridad jurídica que se brinda a las personas que consultan el Registro, antes de la realización de un negocio jurídico. Este principio de seguridad trasciende la esfera registral y se contempla como un valor fundamental de la sociedad. Así, la seguridad es intrínseca a la naturaleza humana, trasciende todos los ámbitos de su vida, salud, abrigo, bienestar, alimentos, que le da certeza de su existencia.⁽²⁴⁾

Para que el traspaso de un bien inmueble tenga publicidad, no solo registralmente sino en cuanto a toda la sociedad, es requisito indispensable su inscripción en el Registro Público. El Registro Público se constituye en un medio de publicidad declarativo, para proteger mediante la inscripción registral a los terceros, con lo cual da certeza y seguridad inmobiliaria en nuestro país.⁽²⁵⁾

(22) Construcción conceptual a partir de Evelyn Salas Murillo y Jaime Eduardo Barrantes Gamboa. *Op. cit.*, p. 278.

(23) Luz Mery Rojas Rojas. La Publicidad Registral Previa como medio de protección contractual. Tesis para optar por el título de Licenciatura en Derecho. Costa Rica: Universidad de Costa Rica. 1996, p. 183.

(24) Luz Mery Rojas Rojas. *Op. cit.*, p. 185.

(25) Construcción conceptual a partir de Luz Mery Rojas Rojas. *Op. cit.*, p. 110.

7) CONCEPTO DE DERECHO REGISTRAL

El derecho registral es el conjunto de principios y normas jurídicas que regulan la función del Registro Público.

El derecho registral inmobiliario es una parte del derecho registral, el cual se refiere al conjunto de principios o normas destinadas a reglar la organización y funcionamiento de los organismos estatales encargados de receptor fundamentalmente los actos y documentos concernientes a los derechos reales o a los que afectan, relativos a los inmuebles, así como también las formas y resultado de tales registraciones y, por último, los efectos y consecuencias jurídicas derivados de ella.

Por su parte, Villario lo define como el conjunto de normas y principios que regulan la organización, el funcionamiento y los efectos de la publicidad registral en función de la constitución, transmisión, modificación y extinción de los derechos reales sobre inmuebles.⁽²⁶⁾

El derecho inmobiliario registral es:

El conjunto de normas de Derecho Civil que regulan las formas de publicidad de los actos de constitución, transmisión, etc., de los derechos reales sobre fincas y las garantías de ciertos derechos personales o de crédito a través del registro de propiedad.⁽²⁷⁾

Existe en el derecho registral una serie de principios que regulan, uniforman y dan vida a la función que realiza el Registro Público. Este, como institución a la que le incumbe y tiene como una de sus funciones más importantes la registración de los traspasos de bienes inmuebles que se dan día con día en nuestro país, debe respetar y poner en práctica dichos principios.

(26) Américo Atilio Cornejo. *Op. cit.*, p. 11.

(27) José Luis Lacruz Berdejo. *Derecho Inmobiliario Registral*. *Op. cit.*, p. 10.

JIMÉNEZ BOLAÑOS: ¿Quién puede responder civilmente...?

Podemos indicar como los principios más importantes aplicados a la función del Registro Público los siguientes:

- 1- Principio de fe pública registral
- 2- Principio de publicidad registral
- 3- Principio de seguridad jurídica
- 4- Principio de legalidad
- 5- Principio de rogación
- 6- Principio de tracto sucesivo
- 7- Principio de prioridad registral
- 8- Principio de especialidad

Todos estos principios son la columna vertebral sobre la cual se basa toda la estructura jurídica que regula la inscripción de documentos públicos y las reglas jurídicas que deben seguirse para lograr su inscripción en el Registro Público, para que así el negocio jurídico que se plasma en el documento, pueda tener eficacia jurídica ante toda la sociedad, con lo cual se logra lo que denominamos como publicidad registral y, por ende, también la seguridad jurídica registral.

De seguido ahondaremos en cada principio, en su concepto, regulación jurídica y forma en que se aplica al inscribir el traspaso de un bien inmueble realizado ante un notario público y en su inscripción en el Registro Público de la Propiedad.⁽²⁸⁾

1.- Principio de fe pública registral

La fe pública registral es la creencia, por imperativo de la colectividad, de que la información contenida en la base de datos del Registro de la Propiedad es verdadera.

Su finalidad es brindar certeza de la situación jurídica que goza un bien inmueble en un momento determinado. De esa forma, el

(28) Construcción conceptual a partir de Américo Atilio Cornejo. *Op. cit.*, pp. 47 y 48.

Registro resguarda los derechos, tanto de titulares como de terceros, pues se presume que la información contenida en la base de datos del Registro es cierta.⁽²⁹⁾

La publicidad registral es uno de los efectos jurídicos que los instrumentos públicos otorgados ante notario público tienen si han cumplido a cabalidad las formalidades impuestas por el derecho registral y logran ser inscritos debidamente en el Registro Público.

En síntesis, de acuerdo con este principio, el titular de un derecho real no necesita de otra prueba para ser considerado como tal, sino que basta la certificación del asiento, lo cual significa que este es un verdadero titular de propiedad.

Se puede presumir que lo que no aparezca explícitamente en los asientos registrales, no existe en la realidad jurídica. Esto disminuye considerablemente la posibilidad de fraudes y engaños, pues los efectos contra terceros comienzan desde el instante de la presentación del título al Registro.⁽³⁰⁾

Este principio se presenta ante supuestos de inexactitud de registro y adquisiciones a *non domino*. Se trata de un principio fundamental dentro de un sistema hipotecario, pues, aunque se produce ante situaciones patológicas, el tercero de buena fe necesita que la ley considere inatacable su adquisición, apoyada en lo que consta en los libros del Registro; en otro caso, se daría al traste con los más elementales principios de seguridad jurídica.⁽³¹⁾

2.- Principio de publicidad registral

El principio de publicidad registral constituye el principio fundamental del Registro Público: la publicidad de los actos de

(29) Kristy Arias Mora. *Op. cit.*, p. 65.

(30) Juan Carlos Rodríguez Cordero y Dabogerto Sibaja Morales. *Op. cit.*, p. 17.

(31) José Manuel García García. *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*. Tomo I. *Op. cit.*, p. 542.

JIMÉNEZ BOLAÑOS: ¿Quién puede responder civilmente...?

constitución, transmisión, modificación y extinción del dominio y derechos reales sobre bienes inmuebles, muebles y de garantía.

En su artículo 449, el Código Civil indica:

“El Registro es público y puede ser consultado por cualquier persona. Corresponde a la Dirección de cada registro determinar la forma y los medios en que la información puede ser consultada, sin riesgo de adulterarse, perderse, ni deteriorarse”.⁽³²⁾

Los terceros que quieran adquirir derechos reales, deberán necesariamente consultar al Registro Público para determinar si la información que se les presenta es fidedigna y valedera.

La principal razón de que exista la publicidad es el interés público. Es una necesidad la protección de los derechos reales originados en contratos que provengan de una sucesión hereditaria o dimanen de una sentencia judicial. Ante esta necesidad, el Estado creó un organismo de carácter público con el único y exclusivo objeto de la registración de los instrumentos públicos en que se consignen esos actos o contratos, todo en aras de la seguridad jurídica.⁽³³⁾

El artículo 66 del Reglamento del Registro Público indica sobre el particular:

La publicidad registral está constituida por la información contenida en los tomos, sistemas de procesamiento electrónico de datos, digitalización y la microfilmación. Debe existir entre esos sistemas una estrecha relación siendo ambos auxiliares recíprocos y complementarios, a fin de garantizar la unidad seguridad y congruencia de la información registral”.⁽³⁴⁾

(32) Evelyn Salas Murillo y Jaime Eduardo Barrantes Gamboa. *Op. cit.*, p. 272.

(33) Juan Carlos Rodríguez Cordero y Dagoberto Sibaja Morales. *Op. cit.*, p. 20.

(34) Reglamento del Registro Público número 26771-J del 18 de febrero de 1998. Artículo 66.

3.- Principio de seguridad jurídica

La seguridad jurídica es un valor fundamental que toda sociedad organizada debe garantizar a sus ciudadanos. Propiamente, la seguridad jurídica registral es ese valor fundamental de la seguridad jurídica aplicado a la actividad realizada por el Registro Público, en tanto no solo debe dar los medios necesarios para que la información sea fidedigna, sino para que además se mantenga actualizada.

Para poder gozar de certeza jurídica y dar fiel cumplimiento a dicho principio, el Registro Público deberá tomar todas aquellas medidas necesarias y útiles en el trámite de documentos, inscripción y mantenimiento de la información, para evitar con ello la acción dolosa y perjudicial, y garantizar al usuario que la información obtenida es totalmente segura.⁽³⁵⁾

El principio de seguridad jurídica no es otra cosa que tener la certeza de que lo indicado por el Registro es la verdad real registral y no existe otra. Es tener confianza de que la información contenida en el Registro Público es veraz y que podemos atenernos a esta información al realizar cualquier transacción o traspaso de propiedades.

4.- Principio de legalidad

El artículo 450 del Código Civil establece que “solo pueden inscribirse los títulos que consten en escritura pública de ejecutoria o de otro documento auténtico, expresamente autorizado por la ley para este efecto”.⁽³⁶⁾

Esta norma determina el principio de legalidad, por cuanto señala que solo se inscribirán títulos autorizados expresamente por la ley.

El principio de legalidad es aquella sujeción del Estado al derecho, significando siempre este bloque de legalidad en un freno a la actividad del Estado. La administración estará facultada a realizar solo aquellos actos que el ordenamiento jurídico le permita efectuar. De tal forma,

(35) Luz Mery Rojas Rojas. *Op. cit.*, p. 26.

(36) Reglamento del Registro Público número 26771-J del 18 de febrero de 1998. Artículo 66.

JIMÉNEZ BOLAÑOS: ¿Quién puede responder civilmente...?

todo acto o comportamiento de la administración que incida sobre los derechos del particular, debe estar autorizado por el ordenamiento jurídico.⁽³⁷⁾

Un acto realizado por la administración, que no tenga como soporte una norma jurídica, será un acto ilegal por abuso o desvío de poder.

El procedimiento de inscripción de documentos públicos en el Registro Público, documentos en los cuales se plasman negocios jurídicos sobre traspaso de bienes inmuebles, está regido por una serie de normas jurídicas en virtud del principio de legalidad mencionado antes. Ningún requisito exigido en la inscripción de documentos públicos se encuentra dado en forma antojadiza, sino que todos están determinados en una ley o en un reglamento. Para establecer nuevos requisitos de admisión a la hora de inscribir un documento en el Registro Público, deberá darse previamente una ley o un reglamento y, en el eventual caso, una directriz, como más adelante mencionaremos.

De ahí que la función calificadoradora debe estar acorde con la ley, para brindarle a la sociedad la seguridad jurídica de que lo que está inscrito en el Registro se encuentra apegado a la ley, y que lo que se va a registrar sea congruente con las normas establecidas por el ordenamiento jurídico en cuanto al registro de los documentos.

De conformidad con este principio, se evita la registración de documentos defectuosos y se asegura que las inscripciones practicadas y el documento que motiva dicha inscripción se ajusten totalmente al ordenamiento jurídico. El documento por registrar, además de expresar la voluntad de las partes, debe cumplir las formalidades y requisitos establecidos por ley.⁽³⁸⁾

Partiendo de ese supuesto, el principio de legalidad en materia registral convierte al Registro, fungiendo como administración pública, en ente garante de la seguridad jurídica mediante la comprobación de la legalidad de los actos o contratos contenidos en los documentos

(37) Luz Mery Rojas Rojas. *Op. cit.*, p. 27.

(38) Juan Carlos Rodríguez Cordero y Dagoberto Sibaja Morales. *Op. cit.*, p. 18.

presentados ante él, legalidad que se expresa en el cumplimiento exacto de los requisitos de forma y fondo estipulados por la ley.⁽³⁹⁾

En la esfera del derecho registral, el principio de legalidad es aquel por el cual se impone que los documentos que se pretenden inscribir o anotar en el Registro de la Propiedad, reúnan los requisitos exigidos por las leyes para su registración, a cuyo fin es necesario someterlos a un previo examen, verificación o calificación que asegure su validez o perfección.⁽⁴⁰⁾

5.- Principio de rogación

Este principio se relaciona con el hecho de que los documentos públicos en los cuales se traspasan bienes inmuebles no se inscriben en el Registro Público de oficio por parte del registrador, sino que previamente debe existir una petición del interesado o de los interesados, que en forma expresa solicitan al Registro la inscripción del documento.

Este principio se encuentra regulado en el artículo 59 del Reglamento del Registro Público al expresar:

El Registro no inscribirá ni tramitará ningún documento de oficio. La presentación formal del documento en el Registro, significará la solicitud de tramitación del documento: no se podrá tramitar ningún tipo de documento por medios postales o tecnológicos, excepto los que se indiquen expresamente por ley.⁽⁴¹⁾

El principio de rogación, también llamado de instancia, es aquel en virtud del cual toda modificación de una determinada situación registral debe ser pedida (instada) por una persona especialmente legitimada para ello. El Registro no procede de oficio sino por pedido de parte legitimada.

(39) Kristy Arias Mora. *Op. cit.*, p. 22.

(40) Américo Atilio Cornejo. *Op. cit.*, p. 202.

(41) Reglamento del Registro Público número 26771-J del 18 de febrero de 1998.

JIMÉNEZ BOLAÑOS: ¿Quién puede responder civilmente...?

En cuanto a este principio, puede consultarse el artículo 451 del Código Civil, el cual reza: “La inscripción podrá pedirse por quien tenga interés en asegurar el derecho que se trate de inscribir o por su representante o apoderado. El que presente el documento se presume que tiene poder para este efecto”.⁽⁴²⁾

6.- Principio de tracto sucesivo

Por tracto sucesivo entendemos aquel mecanismo técnico cuyo objeto es mantener el enlace o conexión de las adquisiciones por el orden regular de formar todos los actos adquisitivos inscritos, una continuidad perfecta en orden al tiempo sin salto alguno, de suerte que ello refleje el historial sucesivo de cada finca matriculada.⁽⁴³⁾

Este principio se encuentra regulado por el artículo 462 del Código Civil, el cual indica que si existe “un título traslativo del dominio de los inmuebles, no podrá inscribirse ningún otro que contradiga el derecho inscrito”.⁽⁴⁴⁾

Según el principio de tracto sucesivo, para que pueda inscribirse un derecho, es necesario que conste previamente inscrito el derecho del transferente u otorgante. Con este principio, se persigue que la cadena de transmisiones que constituye el historial de una finca se produzca de modo continuo, sin saltos ni interrupciones, de modo que el adquirente de hoy sea el transmitente de mañana, y que el transmitente de hoy sea el adquirente de ayer.⁽⁴⁵⁾

El principio de tracto sucesivo consiste en la unión interrumpida de las inscripciones que se realizan en el Registro. Los derechos que son objeto de registración en el Registro Público de la Propiedad Inmueble, son constituidos, transferidos, modificados, o cancelados por aquella persona que en el Registro aparece con pleno derecho para hacerlo.⁽⁴⁶⁾

(42) Evelyn Salas Murillo y Jaime Eduardo Barrantes Gamboa. *Op. cit.*, p. 274.

(43) Américo Atilio Cornejo *Op. cit.*, p. 109.

(44) Evelyn Salas Murillo y Jaime Eduardo Barrantes Gamboa. *Op. cit.*, p. 333.

(45) José Manuel García García. *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*. Tomo I. *Op. cit.*, p. 550.

(46) Juan Carlos Rodríguez Cordero y Dagoberto Sibaja Morales. *Op. cit.*, p. 18.

El principio de tracto sucesivo, como su nombre lo indica, implica que debe existir un orden estricto a la hora de realizar la inscripción de los documentos públicos. Se asegura que el sujeto que está transmitiendo un bien inmueble o un derecho real sobre este, sea realmente el titular de dicho inmueble o derecho real. Con este principio, se logra dar una coincidencia entre el mundo real y el mundo registral.

Según este principio, debe existir una correspondencia inmediata y lógica entre el documento que se presenta al Registro Público para su inscripción y el documento que lo precedió y provoca la información registral existente que da base al documento que se presenta.⁽⁴⁷⁾

Para entender mejor este principio, basta traer a colación el artículo 452 del Código Civil, el cual señala: “Pueden constituirse derechos reales por quien tenga inscrito su derecho en el Registro o por quien lo adquiriera en el mismo instrumento de su constitución”.⁽⁴⁸⁾

El principio de tracto sucesivo lo tenemos regulado en el artículo 56 del Reglamento del Registro Público, el cual reza:

No se inscribirá documento en el que aparezca como titular del derecho una persona distinta de la que figura en la inscripción precedente. De los asientos existentes en el Registro deberá resultar una perfecta secuencia del titular del dominio y de los derechos registrados así como la correlación entre las inscripciones y sus modificaciones, cancelaciones o extinciones.⁽⁴⁹⁾

(47) Construcción conceptual a partir de Américo Atilio Cornejo. *Op. cit.*, p. 120.

(48) Evelyn Salas Murillo y Jaime Eduardo Barrantes Gamboa. *Op. cit.*, p. 276.

(49) Reglamento del Registro Público número 26771-J del 18 de febrero de 1998. Artículo 56.

JIMÉNEZ BOLAÑOS: ¿Quién puede responder civilmente...?

7.- Principio de prioridad registral

Una de las diferencias fundamentales entre los derechos reales y los personales, consiste en que los primeros gozan de *ius preferendi*, o sea, la facultad que tiene el titular de un derecho real de ser preferido en el ejercicio de su derecho con respecto a otro derecho real posterior, de igual o distinto contenido que recaiga sobre la misma cosa. Se aplica la máxima: *romana prior tempore, posterior iure*.⁽⁵⁰⁾

El principio de prioridad registral no es otra cosa que el principio ya conocido de que primero en tiempo, primero en derecho. De tal forma, el acto o contrato registrable que ingrese en el Registro, se antepone o tiene preferencia sobre otro acto o contrato que ingrese después.

Este principio aparece regulado en el artículo 455 del Código Civil, el cual en lo que interesa expresa: “Los títulos sujetos a inscripción que no estén inscritos no perjudican a tercero, sino desde la fecha de su presentación al Registro”.⁽⁵¹⁾

Para mayor abundamiento, puede consultarse la resolución de la Sala Constitucional número 2809-96, dictada a las quince horas seis minutos del once de junio del mil novecientos noventa y seis.

Sobre este mismo principio, la Sala Primera, en la sentencia número 84 de las catorce horas treinta minutos del veintidós de mayo de mil novecientos noventa y dos, manifestó:

[...] V.- Conforme a lo solicitado por el actor en su demanda, este asunto se reduce a un problema de colisión de dos derechos reales de igual jerarquía, propiedad en virtud de la doble venta de un inmueble efectuada, estando en vida, con el actor y luego con su hija. Nuestro ordenamiento jurídico establece una dicotomía entre derechos reales y personales o de crédito. Los artículos 455, 456, y 457 del Código Civil son fiel reflejo de esa distinción pues establecen las reglas para resolver los casos de

(50) Américo Atilio Cornejo. *Op. cit.*, p. 125.

(51) Evelyn Salas Murillo y Jaime Eduardo Barrantes Gamboa. *Op. cit.*, p. 278.

Revista de Ciencias Jurídicas N° 121 (67-106) enero-abril 2010

colisión entre derechos reales y personales. El artículo 455 regula, preponderantemente, las situaciones de conflicto entre un derecho real y uno personal. Cuando se trata de la confrontación de dos derechos reales rige la regla primero en tiempo primero en derechos, que al tratarse de derechos reales registrales la regla debe entenderse en cuanto al primero que se presenta al Registro.- Así el primer párrafo de ese numeral establece cómo los títulos sujetos a inscripción no producen efectos respecto de terceros sino a partir de su presentación al Registro.

El principio de prioridad registral lo tenemos regulado en el artículo 54 del reglamento del Registro Público la prioridad entre dos o más documentos sujetos a inscripción, se establecerá por el orden de presentación a la Oficina del Diario, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 25 de este reglamento. Si son excluyentes tendrá prioridad el documento presentado primero en tiempo, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 455 del Código Civil".⁽⁵²⁾

8.- Principio de especialidad

Este principio está relacionado con la necesidad de dar claridad al Registro. A este solo deben acceder situaciones jurídicas perfectamente determinadas, porque solo de ese modo se producirá una plena claridad en los asientos, que es la base de la publicidad registral y del fomento del crédito territorial.

La necesidad de determinación de las situaciones y relaciones jurídicas inscribibles se predica respecto a la finca, al titular, al derecho real y al acto jurídico, todo lo cual constituye un conjunto de manifestaciones del principio de especialidad o determinación.⁽⁵³⁾

(52) Resolución de la Sala Constitucional número 2809-96 dictada a las 15:06 horas del 11 de junio de 1996.

(53) José Manuel García García. *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*. Tomo I. *Op. cit.*, p. 552.

JIMÉNEZ BOLAÑOS: ¿Quién puede responder civilmente...?

El principio de especialidad sostiene que los derechos inscritos en el Registro Público deben estar debidamente precisados y caracterizados en cuanto a su titular o titulares, su naturaleza, situación, contenido, linderos y limitaciones o gravámenes que pesan sobre él, con el fin de mantener una clara y precisa individualización de cada uno de los inmuebles que se inscriban y de los movimientos que recaigan sobre ellos.⁽⁵⁴⁾

Se puede ver, en ese sentido, el artículo 460 del Código Civil, el cual exige que cualquier inscripción registral relativa a un inmueble que se realice en el Registro Público, deberá expresar con claridad la naturaleza, situación, cabida, linderos, nombre y número si constan, naturaleza, valor económico, extensión, condiciones, cargas, etc., de dicho bien o derecho.⁽⁵⁵⁾

Todos los anteriores principios regulan el procedimiento requerido para la inscripción de un documento público en el Registro Público, con el objetivo de que esta entidad cumpla las funciones para las que se creó.

8) FRAUDE INMOBILIARIO

Para cualquier persona que haya leído todo lo anterior, y observe que la inscripción de un documento público en el Registro Público es una tarea compleja, llena de filtros de legalidad, para lograr una inscripción apegada a Derecho, le parecerá difícil concebir la idea de que se inscriba en el Registro Público un documento en virtud del cual se realice la suplantación del verdadero propietario (TRANSMITENTE) y en el cual se transfiera el bien de su propiedad a otro sujeto originando con ello, un despojo ilegal de su propiedad al amparo del Registro Público.

Pareciera que de acuerdo a los mecanismos de seguridad registral y los principios de derecho registral analizados antes, aplicables en la inscripción de bienes inmuebles son suficientes para que todos los propietarios de bienes inmuebles duerman tranquilos sabiendo que sus

(54) Este principio encuentra regulación legal en los artículos 405, inc. 2 y artículos 460, 461 del Código Civil.

(55) Construcción conceptual a partir de Evelyn Salas Murillo y Jaime Eduardo Barrantes Gamboa. *Op. cit.*, p. 332.

propiedades no corren peligro; sin embargo debemos indicar que ha ido en aumento el traspaso ilegal de propiedades a través de la suplantación física del transmitente con perjuicio para el propietario registral.

Esta problemática viene desde años atrás y ha tomando fuerza en los últimos años a partir aproximadamente desde el año 1998; basta leer los encabezados de los diarios nacionales y verificar la estadística en la Sección Especializada de Fraudes del Ministerio Público⁽⁵⁶⁾ para palpar tal realidad.

(56) Unidad de Fraudes del Ministerio Público y estadística de 300 casos que actualmente están en investigación. Citada en Edgar Castrillo Brenes y otros Mecanismos Registrales vigentes a agosto del 2006 dentro del proceso de traspaso de bienes inmuebles que permiten la suplantación del transmitente. Tesis para optar por el postgrado de Maestría profesional en Derecho Costa Rica. Universidad de las Ciencias y el Arte. Enero 2007, pág. 14.

Ronald Moya Chacón “Nueve acusados por venta de propiedades, entre ellos tres abogados” En: *La Nación*, sección El País, San José Costa Rica 24 de mayo de 1996, Ronald Moya Chacón “50.000 millones en fraudes por propiedades” En: *La Nación*, sección El País, San José, Costa Rica, 3 de junio de 1996. Ronald Moya Chacón “Usan a ancianas en fraude con tierras” En: *La Nación*, sección el País, San José, Costa Rica, 4 de junio de 1996. Mónica Ángel Berger “Los pillos están en la calle” En: *La Nación*, sección Opinión. San José, Costa Rica, 8 de setiembre de 1999. Monserrat Solano Carboni, “Sube fraude en el Registro”, “Fiscalía de Estafas Tramitadas 300 denuncias” En: *La Nación*, sección nacionales, San José, Costa Rica, 20 de mayo del 2001, Carlos Arguedas C., “Persiste Fraude de Propiedades” “Fiscalía recibe 20 denuncias al mes” Ministro señala a tres registradores y algunos notarios “En: *La Nación*, sección Nacionales, San José, Costa Rica, 12 de junio del 2002. Dagoberto Sibaja, Director del Registro Nacional “Registro Nacional NO Castiga” En: *La Nación*, sección Opinión, San José, Costa Rica, 21 de enero 2003. Irene Vizcaíno “Fraudes de Notarios resultan imparables “El Registro Civil y Nacional les achacan la responsabilidad” En: *La Nación*, sección Sucesos, San José Costa Rica, 30 de enero de 2005. Rodolfo Martín “Escandaloso Fraude con Bienes “Inicialmente 14 personas han sido estafadas y el perjuicio es de 2.500 millones. En: *Al Día*, sección sucesos, el 27 de octubre de 2005. Paola Hernández Chavarría “Detienen Sospechosos de Fraude con propiedades “En: *Diario Extra*, sección sucesos, San José, Costa Rica, 24 de noviembre de 2001. Diciembre de 2005, citadas en Edgar Castrillo Brenes y otros Mecanismos Registrales vigentes a agosto del 2006 dentro del proceso de traspaso de bienes inmuebles que permiten la suplantación del transmitente. Tesis para optar por el postgrado de Maestría profesional en Derecho. Costa Rica. Universidad de las Ciencias y el Arte. Enero 2007, pág. 14.

JIMÉNEZ BOLAÑOS: ¿Quién puede responder civilmente...?

El fraude registral es un fenómeno que consiste en la presentación e inscripción en el Registro Público de documentos que a pesar de llenar todas las formalidades legales y cumplir con las seguridades que mencionamos antes son instrumentos irregulares e ilegales, esto en virtud de que no fueron otorgados por el propietario original por cuanto fue suplantada su identidad, de tal manera que una propiedad sale de las manos de su verdadero propietario hacia otra persona mediante la comisión de un ilícito penal.

De acuerdo con el estudio que hemos realizado, se ha venido perpetrando este tipo de fraude dentro del Registro Público, Sección de Bienes Inmuebles, el cual consiste en el despojo al propietario registral de su derecho de propiedad.

El fraude se realiza de diversas formas:

1. Mediante la suplantación de la identidad del propietario utilizando como instrumento u herramientas para ello la falsificación de su firma.
2. Falsificación de la cédula de identidad o identificación del propietario registral.
3. Falsificación de testimonios de escrituras públicas que se presentan ante el Registro Público.
4. Utilización de poderes especiales falsos.
5. Utilización de boletas de seguridad y papel de seguridad que se le han extraviado a un notario o se le han sido sustraído.
6. Imposición de hipotecas sobre el bien falsificando la firma o identificación del propietario.
7. Falsificando testimonios de escrituras en las que se modifica al representante de la sociedad ante el registro Mercantil, quien realiza el traspaso del bien.

Muchas veces participan notarios en la realización del Fraude Registral.

Podríamos afirmar que este fenómeno ha ido burlando todas las seguridades registrales mencionadas, de forma tal que para los

funcionarios del Registro Público, esta situación es conocida no como fraude registral sino como fraude notarial, dado que por lo general la suplantación del transmitente, se lleva a cabo mediante la usurpación vía instrumental de su identidad y para ello puede hacerse uso de la cédula de identidad del impostor, la cual se modifica para que su fotografía coincida con los datos del ofendido por lo que éste resulta un medio bastante efectivo para lograr el despojo registral.

También mediante el uso de poderes especiales los cuales no se inscriben y también son falsificados de forma tal que ello da como consecuencia, una gran cantidad de estos fraudes en donde se encuentra por lo general involucrado un notario. Éste es el que se encarga de redactar poderes especiales, mismos que en muchos de los casos se otorgan sin la existencia de matriz alguna, con el argumento de algunos notarios de que simplemente prestaron su protocolo, resultando en consecuencia, de muy difícil demostración el dolo con que actúa, de forma tal que las sanciones establecidas para este tipo de actuaciones, son tenues sin que ello implique una suspensión en vía administrativa de manera definitiva.

A pesar de que de 1998 a la fecha, se han venido gestando reformas importantes en las leyes ya mencionadas antes, se ha agravado más el problema⁽⁵⁷⁾, sin que se pueda resolver de forma definitiva el traspaso mediante la suplantación del transmitente lo que ha significado un perjuicio hacia éstos, quienes de la noche a la mañana han perdido su patrimonio, lo que ha generado no sólo pérdidas millonarias en beneficios de aquellos quienes han urdido este tipo de fraudes sino que ha ocasionado la saturación de los Tribunales de Justicia, merced a las denuncias de quienes han sido despojados de sus propiedades y que han debido accionar intentando con ello rescatar las mismas. Sobre el particular huelga decir, que este problema se acrecienta aún más para el afectado cuando dependiendo en que la víctima accione en la vía

(57) Entrevista realizada a la Licenciada Fabiola Varela Mata. Asistente Legal de la Ministra de Seguridad Pública, San José, 13 de diciembre de 2005. Entrevista al señor Dagoberto Sibaja, Director del Registro Nacional, San José, 13 de diciembre de 2005. Edgar Castrillo Brenes y otros Mecanismos Registrales vigentes a agosto del 2006 dentro del procesos de traspaso de bienes inmuebles que permiten la suplantación del transmitente. Tesis para optar por el postgrado de Maestría profesional en Derecho. Costa Rica. Universidad de las Ciencias y el Arte. Enero 2007, pág. 14.

JIMÉNEZ BOLAÑOS: ¿Quién puede responder civilmente...?

civil o penal obtendrá un resultado diverso como se puede inferir de las resoluciones de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia⁽⁵⁸⁾ y de la Sala Casación Penal⁽⁵⁹⁾ de las nueve horas treinta minutos del tres de abril de mil novecientos noventa y ocho. El análisis de la jurisprudencia sobre el particular se realizará en otro artículo que publicaré posteriormente.

9) ¿QUIÉN DEBE RESPONDER CIVILMENTE ANTE EL FRAUDE INMOBILIARIO?

Cuando se da un fraude inmobiliario una persona de un momento a otro se ve despojada del bien inmueble que tanto le costo conseguirlo, a causa de que alguien, una persona mediante una serie de maquinaciones fraudulentas (apoyada por un notario a veces o por una

(58) "...Resolución 000530-F-2000 de las quince horas treinta minutos del diecinueve de julio del dos mil. VI. No obstante lo anterior a efecto de resolver sobre las pretensiones de la actora no basta lo hasta aquí dicho. Debe considerarse que los codemandados y acreedores, hipotecarios, desconocían que la finca dada en garantía se encontraba afectada al régimen de gananciales.- Al constituirse las hipotecas registralmente, el inmueble se encontraba a nombre del codemandado... y cuando este compareció a constituir los gravámenes manifestó expresamente y así se consignó en las escrituras que su estado civil era "Casado una vez, además el proceso sucesorio se abrió hasta después de constituidas las hipotecas. Consecuentemente los codemandados...y...actuaron de buena fe por lo que no pueden verse perjudicados en sus derechos. Resulta aquí aplicable en lo que a ellos respecta el principio protector al adquirente a *non dominio* que consagra el artículo 456 del Código Civil conforme al cual "... Los actos y contratos que se ejecuten u otorguen por persona que en el registro aparezca como un derecho para ello, una vez inscritos, no se invalidarán en cuanto a tercero aunque después se anule o resuelva el derecho de otorgante..." no existe prueba alguna que desacredite la buena fe de los acreedores codemandados. Todo lo contrario, es claro que ellos desconocían que se trataba de un bien ganancial y siempre creyeron con toda razón que el señor... estaba en total posibilidad legal de gravar ese inmueble. Diferente hubiere sido si él, al otorgar las escrituras hubiese dicho que era viudo pues ello hubiera alertado a los acreedores codemandados...

(59) Sala Tercera, resolución de las nueve horas treinta minutos del tres de abril de mil novecientos noventa y ocho. "...A juicio de esta Sala la importancia de la publicidad registral y sus principios no pueden

banda de delincuentes organizada) logra suplantar la identidad del verdadero propietario e inscribe el bien inmueble a su nombre en el Registro Público, burlando todas las seguridades registrales que este tiene.

El problema que nos planteamos en este trabajo que no es el único que se genera en virtud del fraude inmobiliario, es ¿quién debe responder ante esta situación?

Para responder esta situación debemos enumerar la diferentes situaciones que se pueden presentar, que enumeramos de seguido:

Primera situación

Se realiza el traspaso de un bien suplantando la identidad de propietario. El suplantador traspasa el bien a otro sujeto que en la mayoría de los casos es parte del ilícito. La escritura de traspaso se anota al margen de la propiedad. El propietario logra percatarse a tiempo de la suplantación.

En este caso el propietario recupera por los medios legales la propiedad pues su derecho no puede ser vulnerado al tratarse de un negocio jurídico inexistente.

En cuanto a los costos legales que el propietario tenga que incurrir para recuperar su propiedad ¿quién deberá pagárselos?

En la mayoría de los casos, el sujeto que suplanta al propietario (si es que se logra determinar quién es) no tiene bienes inmuebles con qué responder por los daños causados. Si es responsable civil de los daños causados no obstante en la práctica vemos que son sujetos insolventes que en muchos casos son utilizados por otros sujetos para realizar el ilícito. Lo mismo se puede decir del sujeto que adquiere el bien, que participa del ilícito penal.

prevalecer sobre el derecho de la primera víctima el legítimo propietario originariamente despojado en forma fraudulenta de mantener la titularidad plena sobre sus bienes o en todo caso el derecho a ser restituido en el goce de los mismos. Los de regulación en el Código Civil y en lo que a su materia toca... Pero cuando una negociación surge, se modifica o se estructura sobre la base de falsedades documentales, es el derecho penal al que le compete declarar la existencia del hecho su responsable y determinar las consecuencias jurídicas que conlleva...”.

JIMÉNEZ BOLAÑOS: ¿Quién puede responder civilmente...?

El notario que realiza la escritura, si es engañado por el suplantador y obra de buena fe no tendría responsabilidad, dado que a mi juicio la responsabilidad civil del notario no viene a ser una responsabilidad objetiva. Claro está que si se demuestra que el notario obró de mala fe, debe responder civilmente por los daños causados.

Consideramos que existe además una responsabilidad del Estado ante este tipo de situaciones que abordaremos posteriormente.

Segunda Situación

Tercer adquirente de buena fe

Mismo cuadro fáctico que la situación anterior con la diferencia de que el suplantador y el adquirente, (quienes participan del ilícito penal con conocimiento de causa del despojo) no son descubiertos a tiempo y logran traspasar el bien a un tercero que adquiere el bien confiando en la fe pública registral (adquirente de buena fe). Esta situación también se puede presentar en los casos en que se grave el bien por parte del sujeto que adquiere el bien con una hipoteca después de que se ha realizado el traspaso ilegal, siendo el acreedor hipotecario un tercero de buena fe, quien en algunos casos se adjudica el bien.

Como indicamos línea antes dependiendo del Tribunal que le toque resolver el conflicto judicial (vía civil o vía penal) el fallo ordenará la restitución del bien al propietario original (vía Penal) o le dará la razón al tercer adquirente de buena fe (vía civil Adquisición a *non domino*).

Este dilema presenta a su vez diferentes variantes que exponemos a continuación.

Variante 1

El propietario original logra recuperar el bien que le fue sustraído.

El tercero adquirente de buena fe pierde el bien que adquirió, con sustento en la publicidad registral.

¿Quién responde ante esta situación?

El tercer adquirente puede presentar contra todos los participantes del ilícito acción civil para cobrar los daños y perjuicios sufridos con el despojo, no obstante a veces esto se le tornará difícil dado que como explicamos antes los sujetos que participaron en el ilícito son personas que no aparecen con bienes a su nombre.

Variante 2

El propietario pierde frente al tercer adquirente de buena fe su propiedad con base en la protección registral que da el Registro Público al tercer adquirente de buena fe.

En este caso ante ¿quien podrá presentar el propietario perdidoso su reclamo? Es muy posible que los participantes del ilícito penal no tiene bienes suficientes con que responder a los daños y perjuicios causados. El tercer adquirente no respondería pues más bien el Tribunal le dio la razón jurídica que le legitima para mantener el bien, entonces ¿quién responde por las consecuencias frente al propietario que ha perdido un bien sumamente valioso?

En relación a todas las situaciones anteriores y sin importar la solución al problema alguien siempre sale perdiendo. Lo cual considero que no es justo.

CONCLUSIONES

Responsabilidad Civil del Estado

Una de las funciones del Registro Público es dar seguridad jurídica a los propietarios, titulares, adquirentes, transmitentes de bienes inmuebles esta seguridad jurídica significa no solo la seguridad de confiar en la información que da el Registro Público cuando una persona desee adquirir una propiedad sino también seguridad jurídica para todo aquel propietario de bienes inmuebles de que no va a ser despojado de su propiedad en el momento en que se presente un fraude registral.

En virtud de todos los principios que uniforman el Derecho Registral el Estado tiene la obligación de registrar los traspasos de bienes inmuebles para así registrarse y obtener la protección registral

JIMÉNEZ BOLAÑOS: ¿Quién puede responder civilmente...?

también se obliga a garantizar la seguridad jurídica al propietario o al los adquirentes sobre la veracidad y fidelidad de su adquisición. En ese sentido lo establece la ley al señalar “El propósito del Registro Nacional es garantizar la seguridad de los bienes o derechos inscritos con respecto a terceros”. Lo anterior se logrará mediante la publicidad de estos bienes o derechos. En lo referente al trámite de documentos su objetivo es inscribirlos. Es de conveniencia pública simplificar y acelerar los trámites de recepción e inscripción de documentos, sin menoscabo de la seguridad registral. Son contrarios al interés público las disposiciones o los procedimientos que entorpezcan esos trámites o que, al ser aplicados, ocasionen tal efecto.⁽⁶⁰⁾

Si se dan casos, en los cuales se está presentando fraudes inmobiliarios en los cuales las personas están perdiendo sus bienes la conclusión a la que llego es inevitable. El Estado deberá responder civilmente con base en la Ley General de Administración Pública artículos 190 y concordantes, que establecen la responsabilidad de la administración.

A mi juicio el Estado no podrá argumentar que el fraude y traspaso ilegal es obra de terceros o que estamos ante un caso de fuerza mayor (únicas causas eximentes de la Responsabilidad objetiva de la administración) y por ende no responde.

Considero que en este caso la intervención de terceros sí se da, pero al darse el Fraude inmobiliario en virtud de que el Registro Público no tiene mecanismos idóneos que funcionen para proteger a los propietarios registrales del Fraude siendo su obligación legal tenerlos según la normativa vigente analizada en los apartes anteriores, cae así por gravedad jurídica como consecuencia lógica su responsabilidad civil. Creo que perfectamente el Estado podría ser demandado en los Tribunales Contenciosos por las consecuencias civiles de tales hechos (fraude inmobiliario) ante el perjuicio, tanto del propietario registral como de terceros adquirentes que se vieran perjudicados.

¿Se puede hacer responsable al Estado o administración pública con base en la ley de promoción y competencia y defensa del Consumidor?

(60) Ley sobre inscripción de documentos en el Registro Público. Ley número 3883 del 30 de marzo de 1967. Artículo 1.

Considero que si la ley obliga a la personas a inscribir los traspasos de bienes inmuebles en el Registro Público así como cualquier otro acto jurídico para efectos de que estos tengan eficacia ante terceros y que además el Estado recibe derechos de registro en virtud de dichos traspasos, creo que el ciudadano tiene todo el derecho de exigirle al Estado, como usuario del servicio público, RESPONSABILIDAD CIVIL, en caso de que su actividad u omisión en actuar produzca daños a las personas, concretamente si este daño es producido por el fraude inmobiliario.

En la siguiente resolución que vamos a exponer se condenó al Estado argumentando el Tribunal que conoció del caso dentro de sus fundamentos la ley de protección al Consumidor y los Derechos del Consumidor. La ley 7472 de promoción de la competencia y defensa efectiva del Consumidor.

Como bien sabemos el artículo 35 de la ley citada antes establece una responsabilidad Objetiva.

Nos dice la resolución:

“No cabe la menor duda de que la acción civil resarcitoria que se promueve en el presente caso debe ser estimada por ser conforme a derecho. Está totalmente demostrado que el imputado señor... siendo funcionario de la escuela en la que estudiaba la ofendida ...y durante el tiempo en que esta se encontraba en el centro educacional, abusó sexualmente de la citada menor. En este caso es evidente que el Estado resulta solidariamente responsable con el imputado por el delito cometido. La responsabilidad objetiva del Estado se deriva en este supuesto de cuatro fuentes a saber: 1) *Ley General de la Administración Pública*. 2) *La convención de derechos del niño*. 3) *La Constitución Política*. 4) *El derecho del Consumidor*”.

Si bien es cierto, la resolución no analiza en concreto un caso de fraude inmobiliario en que se responsabilice al Estado, no obstante si sienta en forma clara la responsabilidad de la administración señalando la ley de promoción de la competencia y defensa efectiva del Consumidor, así como el artículo 190 de la Ley General de la Administración Pública.

JIMÉNEZ BOLAÑOS: ¿Quién puede responder civilmente...?

BIBLIOGRAFÍA

- Brenes Córdoba, Alberto. *Tratado de los Bienes*. Editorial Juriscentro. Sétima Edición. San José, Costa Rica, 2001.
- Brenes Córdoba, Alberto. *Tratado de las Obligaciones*. Costa Rica. Editorial Juriscentro. Año 1998.
- Brenes Córdoba, Alberto. *Tratado de los Contratos*. Editorial Juriscentro. Costa Rica. Año 1985.
- Cornejo, Américo Atilio. *Derecho Registral*. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1994.
- Cossio Alfonso de. *Instituciones de Derecho Civil*, España, Editorial Alianza. Año 1975.
- Diccionario Jurídico Espasa. Fundación Tomás Moro. Madrid, 1993. España.
- Díez-Picazo, Luis. *Sistema de Derecho Civil*. Editorial Tecnos. Cuarta Edición. Volumen primero. Madrid, 1982.
- Díez-Picazo, Luis. *Sistema de Derecho Civil*. Editorial Tecnos. Volumen tercero. Madrid, 1977.
- García García, José Manuel. *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*. Tomo 2. Editorial Civitas. Madrid, 1993.
- García García, José Manuel. *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*. Tomo 1. Editorial Civitas. Madrid, 1988.
- Lacruz Berdejo, José Luis. *Elementos de Derecho Civil III bis. Derecho Inmobiliario Registral*. Segunda Edición. Dykinson. 2003.
- Lacruz Berdejo, José Luis. *Elementos de Derecho Civil III. Derechos Reales*. Volumen Primero. Segunda Edición. Dykinson. 2003.
- López Casals, Yury. *Compendio de Jurisprudencia Civil*. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. 2001.
- Mora Vargas Hermán. Manual de Derecho Notarial*, Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas. Año 1999.
- Mora Vargas Hermán. *Código Notarial*, Costa Rica, Editorial Investigaciones Jurídicas. Año 2000.
- Palacios Echeverría, Iván. *Manual de Derecho Registral*. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. 1994.

Revista de Ciencias Jurídicas N° 121 (67-106) enero-abril 2010

Durán Abarca Adolfo. *La seguridad jurídica en el sistema de inscripción de la propiedad automotor en Costa Rica*. Revista del Registro Nacional. Materia Registral. Año 2, Número 2.

Rodríguez Cordero, Juan Carlos y Dagoberto Sibaja. *Contratos Privados Registrables*, Costa Rica, Editorial Editec Editores S.A. Año V, 1995.

Rojas Rojas Luz Mery. *La publicidad registral previa como medio de protección contractual*. Tesis para optar por el título de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1996.

Salas Barrantes, Evelyn. *Código Civil de Costa Rica y Jurisprudencia*. Editorial Biblioteca Jurídica Dike. Primera Edición, año 2002.



Revista de Ciencias Jurídicas N° 121 (107-164) enero-abril 2010

CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA ELECTRÓNICA EN AMÉRICA LATINA^(*)

*Dr. Jorge Enrique Romero Pérez^(**)*

Catedrático de Contratación Pública
y de Derecho Administrativo
Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas
Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica
Catedrático Humboldt 2010

(Recibido 24/06/09; aceptado 23/11/09)

(*) Ponencia presentada al Congreso Internacional de Derecho Administrativo y VIII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Organizado por el Organismo Judicial de la República de Panamá, del 14 al 18 de setiembre del 2009. Esta investigación ampliada y puesta al día se expuso en el Congreso Iberoamericano de Derecho Público y Administrativo, celebrado en Costa Rica del 23 al 26 de noviembre del 2009 en la sede del Colegio de Abogados de Costa Rica.

(**) jorgerp9@yahoo.com; jorgerp10@gmail.com

Tels. 507-2250-1160; 507-2259-4844

RESUMEN

En América Latina, los gobiernos han optado por llevar a cabo contrataciones del Estado bajo la modalidad del internet, digitales o electrónicas.

Esta opción os ha llevado a reformar sus normas de derecho regulatorias de esta contratación.

En este *paper* se llevará a cabo una comparación entre varios países latinoamericanos sobre esta materia.

Palabras claves: Internet, digital, contratos del Estado, compras gubernamentales, plataformas electrónicas, catálogos digitales, registros de oferentes.

ABSTRACT

In Latin America, governments have opted to carry out recruiting for State contracting under the Internet, digital or electronic modality.

This option has led them to reform their regulatory rules on this type of contracting.

This paper presents a comparative analysis of this matter in several Latin American countries.

Key words: Internet, digital, State contracts, government purchases, electronic platforms, digital catalogs, offerer registry.

Revista de Ciencias Jurídicas N° 121 (107-164) enero-abril 2010

SUMARIO

Introducción

- 1) Argentina
- 2) Chile
- 3) Colombia
- 4) Costa Rica
- 5) Ecuador
- 6) México
- 7) Panamá
- 8) Paraguay
- 9) Perú
- 10) Venezuela

Glosario

Bibliografía



INTRODUCCIÓN

Los temas del gobierno digital, compras públicas electrónicas, firma digital, etc., son el presente y el futuro de la administración pública, que se postula como regida por la transparencia, eficacia, legalidad.

Presentaremos algunos aspectos de las últimas leyes de contratación pública en América Latina, haciendo énfasis fundamentalmente, por ejemplo, en el tema del portal o plataforma electrónica, tribunal administrativo de contratación estatal, resolución alterna de conflictos y el órgano rector de las compras públicas.

Por lo que se refiere a los portales electrónicos en América Latina, se ha hecho una clasificación de países con portales transaccionales, interactivos, o con pizarras informativas; y, de naciones sin los citados portales (Concha, p. 23, 2008, versión digital, www.iadb.org)

La exposición que se hace no incluye los reglamentos de las leyes citadas, ni decretos ejecutivos, instructivos o manuales sobre esta materia, debido a razones de espacio.

Por ello, deseamos enfatizar los nuevos caminos de la contratación pública a nivel de las leyes que citamos *infra*.

Asimismo, deseamos recordar los principios del Gobierno electrónico:

Igualdad: el uso de los medios electrónicos no puede implicar la existencia de restricciones o discriminaciones para las personas que se relacionan con las Administraciones Públicas.

Legalidad: también en el gobierno digital o electrónico prevalece el principio de legalidad, en el entendido de que el Estado sometido al derecho y que solamente puede hacer lo que el ordenamiento jurídico le autoriza.

Conservación: la información que está en la respectiva plataforma o portal electrónico se deben conservar en las mismas condiciones que por los medios tradicionales.

Transparencia y accesibilidad: la información digital debe ser accesible a las personas que la consulten en un lenguaje comprensible.

ROMERO PÉREZ: Contratación administrativa electrónica en América Latina

Responsabilidad: se le aplica la responsabilidad correspondiente por los actos realizados por los funcionarios públicos, del mismo modo que aquellos hechos por los medios tradicionales.

Proporcionalidad: los requerimientos de seguridad deben ser adecuados a la naturaleza de la relación que se establezca con la Administración Pública.

Adecuación tecnológica: las Administraciones Públicas seleccionarán las tecnologías más adecuadas para satisfacer sus necesidades (*Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico*, aprobada en la IX Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado, Pucón, Chile 31 de mayo y 1 de junio del 2007; www.clad.org.ve)

1. ARGENTINA. Decreto 1023 del 2001. Régimen de contrataciones de la Administración Nacional.

VISTO el expediente N° 004/2001 del Registro de la Subsecretaría de la gestión pública dependiente de la Secretaría para la modernización del Estado de la Jefatura de gabinete de ministros, por el cual tramita la aprobación del régimen de contrataciones de la administración nacional y la ley n° 25.414; y, que por la ley citada en el visto el honorable Congreso de la Nación delegó en el Poder Ejecutivo Nacional, hasta el 1° de marzo del año 2002, el ejercicio de atribuciones legislativas en materias determinadas de su ámbito de administración y resultantes de la emergencia pública, procede el Presidente de la Nación Argentina a emitir este decreto.

Artículo 1°-Objeto. *El Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, tendrá por objeto que las obras, bienes y servicios sean obtenidos con la mejor tecnología proporcionada a las necesidades, en el momento oportuno y al menor costo posible, como así también la venta de bienes al mejor postor, coadyuvando al desempeño eficiente de la Administración y al logro de los resultados requeridos por la sociedad. Toda contratación de la Administración Nacional se presumirá de índole administrativa, salvo que de ella o de sus antecedentes surja que está sometida a un régimen jurídico de derecho privado.*

Se establece el objeto de aplicación de esta normativa.

Revista de Ciencias Jurídicas N° 121 (107-164) enero-abril 2010

Artículo 21.–Contrataciones en formato digital. *Las contrataciones comprendidas en este régimen podrán realizarse en formato digital firmado digitalmente, utilizando los procedimientos de selección y las modalidades que correspondan. También podrán realizarse en formato digital firmado digitalmente los contratos previstos en el artículo 5° del presente.*

Las jurisdicciones y entidades comprendidas en el artículo 2° estarán obligadas a aceptar el envío de ofertas, la presentación de informes, documentos, comunicaciones, impugnaciones y recursos relativos a los procedimientos de contratación establecidos en este régimen, en formato digital firmado digitalmente, conforme lo establezca la reglamentación.

Se considerarán válidas las notificaciones en formato digital firmado digitalmente, en los procedimientos regulados por el presente.

Deberá considerarse que los actos realizados en formato digital firmados digitalmente cumplen con los requisitos del artículo 8° de la Ley N° 19.549, su modificatoria y normas reglamentarias, en los términos establecidos en las disposiciones referentes al empleo de la firma digital en el Sector Público Nacional, las que se aplicarán, en el caso de las contrataciones incluidas en los artículos 4° y 5° de este régimen, aun a aquellos actos que produzcan efectos individuales en forma directa.

Los documentos digitales firmados digitalmente tendrán el mismo valor legal que los documentos en soporte papel con firma manuscrita, y serán considerados como medio de prueba de la información contenida en ellos.

Se regula la contratación administrativa electrónica o en formato digital.

Artículo 23.–Organos del sistema *(modificación introducida por el artículo 12 del Decreto 666/2003. Texto anterior: “organización del sistema”.) El sistema de contrataciones se organizará en función del criterio de centralización de las políticas y de las normas y de descentralización de la gestión operativa.*

Los órganos del sistema y sus respectivas funciones serán:

ROMERO PÉREZ: Contratación administrativa electrónica en América Latina

- a) El Organismo Rector será la Oficina Nacional de Contrataciones o *el organismo que en el futuro la reemplace, el que tendrá por función proponer políticas de contrataciones y de organización del sistema, proyectar normas legales y reglamentarias, dictar normas aclaratorias, interpretativas y complementarias, elaborar el pliego único de bases y condiciones generales, diseñar e implementar un sistema de información, ejercer la supervisión y la evaluación del diseño y operatividad del sistema de contrataciones y aplicar las sanciones previstas en el artículo 29, inciso b) del presente régimen; y*
- b) *Las unidades operativas de contrataciones funcionarán en las jurisdicciones y entidades aludidas en el artículo 2° del presente y tendrán a su cargo la gestión de las contrataciones.*

El reglamento emitido por decreto 1818 del 2006, reitera que el organismo rector de esta materia, será la Oficina Nacional de Contrataciones de la Secretaría.

Artículo 30.–Observaciones e impugnaciones. *La reglamentación deberá prever cuáles actuaciones podrán ser susceptibles de observaciones o impugnaciones, el trámite que se dará a ellas y los requisitos para su procedencia formal. Toda observación, impugnación, reclamo o presentación similar que se efectúe fuera de lo previsto en la reglamentación no tendrá efectos suspensivos y se tramitará de acuerdo a lo que determine dicha reglamentación.*

Por vía reglamentaria se regulará lo concerniente a observaciones e impugnaciones.

El reglamento emitido por decreto 1818 del 2006, manda que el organismo rector de esta materia, será la Oficina Nacional de Contrataciones de la Secretaría de la gestión pública de la Jefatura del gabinete de ministros, la cual usará el sistema electrónico que esta Oficina habilite (www.argentinacompra.gov.ar) y lo pondrá en ejecución en forma progresiva en la Administración Pública.

2. CHILE. Ley de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios, No. 19.886 del 2003 y sus reformas.

Revista de Ciencias Jurídicas N° 121 (107-164) enero-abril 2010

Artículo 1°.— *Los contratos que celebre la Administración del Estado, a título oneroso, para el suministro de bienes muebles, y de los servicios que se requieran para el desarrollo de sus funciones, se ajustarán a las normas y principios del presente cuerpo legal y de su reglamentación. Supletoriamente, se les aplicarán las normas de Derecho Público y, en defecto de aquéllas, las normas del Derecho Privado.*

Este numeral define el ámbito de acción de esta ley, estableciendo la jerarquía normativa que se aplicará.

Artículo 18.— *Los organismos públicos regidos por esta ley deberán cotizar, licitar, contratar, adjudicar, solicitar el despacho y, en general, desarrollar todos sus procesos de adquisición y contratación de bienes, servicios y obras a que alude la presente ley, utilizando solamente los sistemas electrónicos o digitales que establezca al efecto la Dirección de Compras y Contratación Pública. Dicha utilización podrá ser directa o intermediada a través de redes abiertas o cerradas, operando en plataformas de comercio electrónico o mercados digitales de transacciones, sea individualmente o acogiéndose a los beneficios de los contratos marco que celebre la señalada Dirección. Dicha actividad deberá ajustarse a lo dispuesto en sus respectivas leyes orgánicas, en la ley de firma electrónica y en las normas establecidas por la presente ley y su reglamento.*

Los organismos públicos regidos por esta ley no podrán adjudicar contratos cuyas ofertas no hayan sido recibidas a través de los sistemas electrónicos o digitales establecidos por la Dirección de Compras y Contratación Pública. No obstante, el reglamento determinará los casos en los cuales es posible desarrollar procesos de adquisición y contratación sin utilizar los referidos sistemas.

Se establece como la regla, la utilización de los medios electrónicos para participar en las compras del Estado, quedando como excepción, por vía de reglamento, el uso de medios manuales o no electrónicos.

Artículo 19.— *Créase un Sistema de Información de Compras y Contrataciones de la Administración, a cargo de la Dirección de Compras y Contratación Pública, que se aplicará a los organismos señalados en el artículo 1° de la presente ley, y que deberá estar disponible a todo el público, en la forma que regule el reglamento.*

ROMERO PÉREZ: Contratación administrativa electrónica en América Latina

El Sistema de Información será de acceso público y gratuito.

Se crea el Sistema de Información de Compras y Contrataciones de la Administración, a cargo de la *Dirección de Compras y Contratación Pública*, con un acceso al público de modo gratuito.

Artículo 20.— *Los órganos de la Administración deberán publicar en el o los sistemas de información que establezca la Dirección de Compras y Contratación Pública, la información básica relativa a sus contrataciones y aquella que establezca el reglamento. Dicha información deberá ser completa y oportuna refiriéndose a los llamados a presentar ofertas, recepción de las mismas; aclaraciones, respuestas y modificaciones a las bases de licitación, así como los resultados de las adjudicaciones relativas a las adquisiciones y contrataciones de bienes, servicios, construcciones y obras, todo según lo señale el reglamento.*

Los organismos públicos regidos por esta ley, estarán exceptuados de publicar en el sistema de información señalado precedentemente, aquella información sobre adquisiciones y contrataciones calificada como de carácter secreto, reservado o confidencial en conformidad a la ley. Las Fuerzas Armadas y las de Orden y Seguridad cumplirán con esta obligación, en conformidad a su legislación vigente sobre manejo, uso y tramitación de documentación.

Aunque se dice que el acceso a esta información es gratuita y pública, se establece una información de carácter secreto, reservado o confidencial.

Las páginas web que se pueden consultar son:

www.chilecompra.cl; y, www.mercadopublico.cl.

Artículo 28.— *Créase, como servicio público descentralizado, la Dirección de Compras y Contratación Pública, sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Hacienda y cuyo domicilio será la ciudad de Santiago.*

La Dirección citada se crea como un servicio público descentralizado sujeto a la supervigilancia del Presidente de la República mediante el Ministerio de Hacienda.

Artículo 29.— *La dirección superior, la organización y la administración de la Dirección de Compras y Contratación Pública*

Revista de Ciencias Jurídicas N° 121 (107-164) enero-abril 2010

corresponderán a un Director de exclusiva confianza del Presidente de la República, quien será el Jefe Superior del Servicio.

El jerarca de la Dirección de compras y contratación administrativa, es de exclusiva confianza del Presidente de la República.

Artículo 30.—*Son funciones del Servicio (Dirección de Compras y Contratación Pública) las siguientes:*

- a) *Asesorar a los organismos públicos en la planificación y gestión de sus procesos de compras y contrataciones. Para ello podrá celebrar convenios de asesoría para el diseño de programas de capacitación y de calificación y evaluación contractual.*
- b) *Licitación de la operación del sistema de información y de otros medios para la compra y contratación electrónica de los organismos públicos, velar por su correcto funcionamiento y actuar como contraparte del operador de estos sistemas.*
- c) *Sin embargo, en aquellos casos que señale el reglamento, la Dirección de Compras y Contratación Pública estará facultada para operar directamente el sistema.*
- d) *Suscribir convenios con las entidades públicas y privadas que correspondan para los efectos de recabar información para complementar antecedentes del registro de contratistas y proveedores a que se refiere el artículo 16.*
- e) *De oficio o a petición de uno o más organismos públicos, licitar bienes y servicios a través de la suscripción de convenios marco, los que estarán regulados en el reglamento de la presente ley. Respecto de los bienes y servicios objeto de dicho convenio marco, los organismos públicos afectos a las normas de esta ley estarán obligados a comprar bajo ese convenio, relacionándose directamente con el contratista adjudicado por la Dirección, salvo que, por su propia cuenta obtengan directamente condiciones más ventajosas. En este caso deberán mantener los respectivos antecedentes para su revisión y control posterior por parte de la correspondiente entidad fiscalizadora.*

Los organismos públicos que obtuvieren por su propia cuenta condiciones más ventajosas sobre bienes o servicios respecto de los

ROMERO PÉREZ: Contratación administrativa electrónica en América Latina

cuales la Dirección de Compras y Contratación Pública mantiene convenios marco vigentes, deberán informar de tal circunstancia a la Dirección. Con esta información, la Dirección deberá adoptar las medidas necesarias para lograr la celebración de un convenio marco que permita extender tales condiciones al resto de los organismos públicos.

La suscripción de convenios marco no será obligatoria para las municipalidades, sin perjuicio de que éstas, individual o colectivamente, puedan adherir voluntariamente a los mismos.

La suscripción de convenios marco no será obligatoria para las Fuerzas Armadas y para las de Orden y Seguridad Pública, respecto de los bienes y servicios que respectivamente determinen el Director de Logística del Ejército, el Director General de los Servicios de la Armada, el Comandante del Comando Logístico de la Fuerza Aérea, el Director de Logística de Carabineros y el Jefe de la Jefatura de Logística de la Policía de Investigaciones, de acuerdo a los criterios que al respecto defina el reglamento.

- e) *Representar o actuar como mandatario de uno o más organismos públicos a que se refiere esta ley, en la licitación de bienes o servicios en la forma que establezca el reglamento.*
- f) *Administrar, mantener actualizado y licitar la operación del Registro de Contratistas y Proveedores a que se refiere el artículo 16, otorgando los certificados técnicos y financieros, según lo establezca el reglamento.*
- g) *Promover la máxima competencia posible en los actos de contratación de la Administración, desarrollando iniciativas para incorporar la mayor cantidad de oferentes. Además, deberá ejercer una labor de difusión hacia los proveedores actuales y potenciales de la Administración, de las normativas, procedimientos y tecnologías utilizadas por ésta.*
- h) *Establecer las políticas y condiciones de uso de los sistemas de información y contratación electrónicos o digitales que se mantengan disponibles.*

La Dirección de Compras y Contratación Pública podrá cobrar por la operación de los sistemas de información y de otros medios para la compra y contratación electrónica que debe licitar, de acuerdo a lo establecido en la letra b) de este artículo.

Revista de Ciencias Jurídicas N° 121 (107-164) enero-abril 2010

Las tarifas señaladas precedentemente se fijarán por resolución fundada de la Dirección de Compras y Contratación Pública.

Las funciones señaladas precedentemente, no podrán en caso alguno limitar o restringir las facultades consagradas por leyes especiales, a los Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas, al General Director de Carabineros y al Director General de la Policía de Investigaciones.

En este numeral se asignan las funciones propias de la *Dirección de Compras y Contratación Pública*.

Artículo 21.—*Los órganos del sector público no regidos por esta ley, con excepción de las empresas públicas creadas por ley, deberán someterse a las normas de los artículos 18, 19 y 20 de esta ley para suministrar la información básica sobre contratación de bienes, servicios y obras y aquella que determine el reglamento.*

Se establece un régimen especial para suministrar información, al tenor de los numerales 18 a 20 de esta ley.

Artículo 22.—*Créase un tribunal, denominado “Tribunal de Contratación Pública”, que tendrá su asiento en Santiago.*

El Tribunal estará integrado por tres abogados designados por el Presidente de la República, con sus respectivos suplentes, previas propuestas en terna hechas por la Corte Suprema.

Las ternas serán formadas sucesivamente, tomando los nombres de una lista, confeccionada especialmente para tal efecto por la Corte de Apelaciones de Santiago, a través de concurso público. En la señalada lista sólo podrán figurar abogados que sean chilenos; se hayan destacado en la actividad profesional o universitaria; acrediten experiencia en la materia, y tengan no menos de diez años de ejercicio profesional o hayan pertenecido al Escalafón Primario del Poder Judicial, siempre y cuando hubieran figurado durante los últimos cinco años en Lista Sobresaliente. En ningún caso, podrán figurar en las ternas aquellos profesionales que hayan sido separados de sus cargos como funcionarios judiciales, sea en la calificación anual o en cualquier otra oportunidad.

Los integrantes del Tribunal elegirán a uno de sus miembros para que lo presida, por un período de dos años, pudiendo ser reelegido.

ROMERO PÉREZ: Contratación administrativa electrónica en América Latina

Los integrantes designados en calidad de suplentes ejercerán el cargo que les haya sido asignado en aquellos casos en que, por cualquier circunstancia, no sea desempeñado por el titular. Dicha suplencia no podrá extenderse por más de seis meses continuos, al término de los cuales deberá, necesariamente, proveerse el cargo con un titular, de la manera ya señalada, por el período que reste para el ejercicio del mismo.

Los integrantes del Tribunal tendrán derecho a que se les pague la suma equivalente a un treintavo de la renta del Grado IV, correspondiente a Ministros de Corte de Apelaciones, por cada sesión a la que asistan, con un máximo de doce sesiones mensuales.

Los integrantes del Tribunal permanecerán en el ejercicio de sus cargos por un plazo de cinco años, pudiendo ser nuevamente designados, de la misma forma antes establecida.

Este Tribunal fallará conforme a derecho y estará sometido a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema, de conformidad con lo que establece el artículo 79 de la Constitución Política de la República.

Un auto acordado, dictado por la Corte Suprema, regulará las materias relativas a su funcionamiento administrativo interno, velando por la eficaz expedición de los asuntos que conozca el Tribunal.

El artículo constitucional 79, manda que la Corte Suprema tiene la superintendencia directiva, correccional y económica de todos los tribunales de la nación. Se exceptúan de esta norma el Tribunal Constitucional, el Tribunal Calificador de Elecciones y los tribunales electorales regionales. *(Modificado por Ley 20.050 de 2005).*

Se procede a la creación del Tribunal de Contratación Pública, integrado por tres abogados designados por el Presidente de la República, con sus respectivos suplentes, previas propuestas en terna hechas por la Corte Suprema.

De esta manera se trata de aliviar la influencia del Poder Ejecutivo respecto de este tribunal, al momento del nombramiento de sus integrantes.

Artículo 23.—*El Tribunal designará mediante concurso público, un abogado, a contrata, de su exclusiva confianza y subordinación,*

Revista de Ciencias Jurídicas N° 121 (107-164) enero-abril 2010

quien tendrá el carácter de ministro de fe del Tribunal y desempeñará las demás funciones que éste le encomiende.

La Dirección de Compras y Contratación Pública deberá proveer la infraestructura, el apoyo técnico y los recursos humanos y materiales necesarios para el adecuado funcionamiento del Tribunal.

Interesante lo que se dispone en este artículo, en cuanto a que la Dirección de Compras y Contratación Pública deberá proporcionarle al Tribunal citado, la infraestructura, el apoyo técnico y los recursos humanos y materiales necesarios para el adecuado funcionamiento del Tribunal.

Artículo 24.—*El Tribunal será competente para conocer de la acción de impugnación contra actos u omisiones, ilegales o arbitrarios, ocurridos en los procedimientos administrativos de contratación con organismos públicos regidos por esta ley.*

La acción de impugnación procederá contra cualquier acto u omisión ilegal o arbitrario que tenga lugar entre la aprobación de las bases de la respectiva licitación y su adjudicación, ambos inclusive.

La demanda mediante la cual se ejerza la acción de impugnación podrá ser interpuesta por toda persona natural o jurídica, que tenga un interés actualmente comprometido en el respectivo procedimiento administrativo de contratación.

Como tribunal que es, conocerá y resolverá de las impugnaciones que se establezcan contra actos (sentido positivo) u omisiones (sentido negativo) que violen el ordenamiento jurídico respectivo.

3. COLOMBIA. Estatuto general de contratación de la Administración Pública, Ley 80 de 1993 y sus reformas (ley 1150 del 2007).

Artículo 1. Objeto. La presente ley tiene por objeto disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales.

Se regula lo que concierne al objeto de aplicación de esta ley.

ROMERO PÉREZ: Contratación administrativa electrónica en América Latina

Artículo 3.–De la contratación pública electrónica. *De conformidad con lo dispuesto en la Ley 527 de 1999, la sustanciación de las actuaciones, la expedición de los actos administrativos, los documentos, contratos y en general los actos derivados de la actividad precontractual y contractual, podrán tener lugar por medios electrónicos. Para el trámite, notificación y publicación de tales actos, podrán utilizarse soportes, medios y aplicaciones electrónicas. Los mecanismos e instrumentos por medio de los cuales las entidades cumplirán con las obligaciones de publicidad del proceso contractual serán señalados por el Gobierno Nacional.*

Con el fin de materializar los objetivos a que se refiere el inciso anterior, el Gobierno Nacional desarrollará el Sistema Electrónico para la Contratación Pública, Secop, el cual:

- a) Dispondrá de las funcionalidades tecnológicas para realizar procesos de contratación electrónicos bajo los métodos de selección señalados en el artículo 2° de la presente ley según lo define el reglamento;*
- b) Servirá de punto único de ingreso de información y de generación de reportes para las entidades estatales y la ciudadanía;*
- c) Contará con la información oficial de la contratación realizada con dineros públicos, para lo cual establecerá los patrones a que baya lugar y se encargará de su difusión a través de canales electrónicos y;*
- d) Integrará el Registro Unico Empresarial de las Cámaras de Comercio, el Diario Unico de Contratación Estatal y los demás sistemas que involucren la gestión contractual pública. Así mismo, se articulará con el Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal, SICE, creado por la Ley 598 de 2000, sin que este pierda su autonomía para el ejercicio del control fiscal a la contratación pública.*

Esta norma habilita el uso de la contratación administrativa electrónica; y, el desarrollo del Sistema Electrónico para la Contratación Pública, al cual le asigna las funciones respectivas.

Con anterioridad, mediante decreto 2178 del 29 de junio del 2006, el Presidente de la República creó el Sistema electrónico para la contratación pública.

Revista de Ciencias Jurídicas N° 121 (107-164) enero-abril 2010

Artículo 68. De la utilización de mecanismos de solución directa de las controversias contractuales. *Las entidades a que se refiere el artículo segundo del presente estatuto y los contratistas buscarán solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual.*

Para tal efecto, al surgir las diferencias acudirán al empleo de los mecanismos de solución de controversias contractuales previstos en esta ley y a la conciliación, amigable composición y transacción.

Por esta norma, se habilita a la Administración Pública el uso de soluciones alternas de conflictos en la contratación pública.

Artículo 69. De la improcedencia de prohibir la utilización de los mecanismos de solución directa. *Las autoridades no podrán establecer prohibiciones a la utilización de los mecanismos de solución directa de las controversias nacidas de los contratos estatales.*

Las entidades no prohibirán la estipulación de la cláusula compromisoria o la celebración de compromisos para dirimir las diferencias surgidas del contrato estatal.

Se establece que las partes negociantes no pueden impedir el uso de los mecanismos de solución alterna de conflictos.

Artículo 70. De la cláusula compromisoria. *En los contratos estatales podrá incluirse la cláusula compromisoria a fin de someter a la decisión de árbitros las distintas diferencias que puedan surgir por razón de la celebración del contrato y de su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación.*

El arbitramento será en derecho. Los árbitros serán tres (3), a menos que las partes decidan acudir a un árbitro único. En las controversias de menor cuantía habrá un sólo arbitro.

La designación, requerimiento, constitución y funcionamiento del tribunal de arbitramento se regirá por las normas vigentes sobre la materia.

Se refiere al arbitraje de derecho, obvio compuesto por profesionales en derecho y el establecimiento de la cláusula compromisoria o de arbitraje.

ROMERO PÉREZ: Contratación administrativa electrónica en América Latina

Artículo 71.–Del compromiso. *Cuando en el contrato no se hubiere pactado cláusula compromisoria, cualquiera de las partes podrá solicitar a la otra la suscripción de un compromiso para la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento a fin de resolver las diferencias presentadas por razón de la celebración del contrato y su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación.*

Evidentemente, las partes pueden acordar ir a un arbitraje, a pesar de que inicialmente no se hubieran puesto de acuerdo. Se requiere que exista acuerdo entre partes, en este aspecto, como es lógico.

Artículo 72.–Del recurso de anulación contra el laudo arbitral. *Contra el laudo arbitral procede el recurso de anulación. Este deberá interponerse por escrito presentado ante el Tribunal de Arbitramento dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del laudo o de la providencia que lo corrija, aclare o complemente.*

El recurso se surtirá ante la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

Son causales de anulación del laudo las siguientes:

10. *Cuando sin fundamento legal no se decretaren pruebas oportunamente solicitadas, o se hayan dejado de practicar las diligencias necesarias para evacuarlas, siempre que tales omisiones tengan incidencia en la decisión y el interesado las hubiere reclamado en la forma y tiempo debidos.*
20. *Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo.*
30. *Contener la parte resolutive del laudo errores aritméticos o disposiciones contradictorias, siempre que se hayan alegado oportunamente ante el Tribunal de Arbitramento.*
40. *Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido.*
50. *No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento.*

El trámite y efectos del recurso se regirá por las disposiciones vigentes sobre la materia.

Revista de Ciencias Jurídicas N° 121 (107-164) enero-abril 2010

Se establece que se puede anular el arbitraje de acuerdo a las causales legales expresamente indicadas en este numeral.

4. COSTA RICA Ley No. 7494 de contratación administrativa de 1996 y sus reformas.

Artículo 1.-Cobertura. *Esta Ley regirá la actividad de contratación desplegada por los órganos del Poder Ejecutivo, el Poder Judicial, el Poder Legislativo, el Tribunal Supremo de Elecciones, la Contraloría General de la República, la Defensoría de los Habitantes el sector descentralizado territorial e institucional, los entes públicos no estatales y las empresas públicas.*

Cuando se utilicen parcial o totalmente recursos públicos, la actividad contractual de todo otro tipo de personas físicas o jurídicas se someterá a los principios de esta Ley.

Cuando en esta Ley se utilice el término “Administración”, se entenderá que se, refiere a cualquiera de los sujetos destinatarios de sus regulaciones.

Este numeral se refiere al ámbito de aplicación, es decir, la cobertura o radio de acción.

Artículo 40.-Uso de medios electrónicos. *Para realizar los actos previstos en esta Ley, la administración y los particulares podrán utilizar cualquier medio electrónico que garantice la integridad del documento y la identidad del emisor. Estos actos tendrán la misma validez y eficacia jurídica que los realizados por medios físicos.*

En el Reglamento de esta Ley se definirán los actos susceptibles de transmitirse por medios electrónicos y sus formalidades.

Por su parte el Reglamento a esta ley, regula el uso de los medios electrónicos en procedimientos de contratación administrativa en los artículos 140 a 144.

Se define la aceptación del uso de los medios electrónicos en el terreno de la contratación pública, dándoles la validez y la eficacia de los medios manuales o físicos.

ROMERO PÉREZ: Contratación administrativa electrónica en América Latina

En este aspecto indico que la Directora General de Administración de Bienes y Contratación Administrativa, del Ministerio de Hacienda, del Estado costarricense, Licda. Jeannette Solano García me envió este correo electrónico (12 de junio del 2009) que transcribo, dada la importancia de su contenido:

Si bien es cierto, que la Ley de contratación administrativa en su artículo 40 utiliza el uso de los medio electrónicos en las contrataciones administrativa y le da la misma eficacia del documento físico, debe tenerse presente el complemento de la Ley de firma digital, al ser dos normas complementarias.

(Nota de Jorge Enrique Romero-Pérez, jerp: Ley de certificados, firmas digitales y documentos electrónicos, No. 8454 del 30 agosto 2005; el Reglamento de esta ley es el Decreto Ejecutivo No. 33018-MICIT del 20 marzo 2006).

Esta última otorga un efecto limitado a los certificados digitales, por unidades certificadoras no acreditadas ante la dirección de Unidades Certificadoras (artículo 10 del Reglamento a la Ley de Certificados y Firma digital y documentos electrónicos).

Cito la situación que actualmente se da en el uso de los medios electrónicos, específicamente con la experiencia de CompraRED. Este sistema tiene digitalizadas todas las etapas del proceso de contratación, desde el inicio del trámite hasta su finiquito, todos los procesos se registran en línea, utilizando firma digital, a través de certificados digitales, los cuales están almacenados en dispositivos "token". Estos certificados son emitidos por la Unidad Certificadora del Ministerio de Hacienda, y son utilizados para el uso de los sistemas CompraRED; TICA y Tributación Digital. Toda Transacción que se realiza en CompraRED se firma digitalmente.

(Nota de jerp: *Token de seguridad, token de autenticación o token criptográfico*: es un dispositivo electrónico que se le da a un usuario autorizado de un servicio computarizado para facilitar el proceso de autenticación).

Los *tokens* electrónicos tienen un tamaño pequeño que permiten ser cómodamente llevados en el bolsillo o la cartera y son normalmente

diseñados para atarlos a un llavero. Los *tokens* electrónicos se usan para almacenar claves criptográficas como firmas digitales, o datos biométricos como las huellas digitales. Algunos diseños se hacen a prueba de alteraciones, otro pueden incluir teclados para la entrada de un PIN.

Existen más de una clase de *token* de autenticación, tenemos los bien conocidos generadores de contraseñas dinámicas “OTP” y la que comúnmente denominamos *tokens* USB, los cuales no solo permiten almacenar passwords y certificados, sino que permiten llevar la identidad digital de la persona, www.eswikipedia.org).

En compraRED se realizan procedimientos electrónicos; incluso la Dirección General de Administración de Bienes y Contratación Administrativa, ha promovido varias licitaciones de convenios marco, donde en el cartel se ha regulado la utilización de los medios electrónicos (las diferentes etapas del proceso incluso oferta electrónica), asimismo actualmente las instituciones realizan las compras a través de catálogo electrónico o tienda virtual, totalmente electrónico, incluyendo la generación del pedido u orden de compra, la cual es notificada a través de compraRED al proveedor comercial.

Sin embargo, aún cuando se realizan procesos de contratación electrónica, a la fecha, en nuestro país no se ha podido implementar efectivamente la validez de los medios electrónicos con todos los efectos previstos en la Ley de Certificados, Firmas Digitales y Documento Electrónicos, y su reglamento, donde se sustituya el documento físico por electrónico, con pleno efecto legal frente a terceros, sino que actualmente los certificados emitidos por certificadores no registrados, solamente tienen efectos para ser empleados como elemento de convicción complementario para establecer la existencia y alcances de un determinado acto o negocio.

Es por lo anterior, que aún cuando se realizan procedimientos de licitaciones y contrataciones directas electrónicas; no se ha podido realizar los procesos totalmente electrónicos, eliminando en su totalidad los documentos físicos, porque hay algunas de las etapas (fase recursiva y la formalización contractual) donde, en virtud de la limitación antes indicada, la Administración debe conformar el expediente físico, para culminar con el proceso respectivo.

ROMERO PÉREZ: Contratación administrativa electrónica en América Latina

Por esta razón, es que esta Dirección General ha hecho la aclaración en forma reiterada, de que en tanto no se consolide en nuestro país la implementación de la firma digital tal y como está regulada en la Ley N° 8454 y su reglamento, los efectos jurídicos en el uso de los medios electrónicos, están limitados. (Solano García)

En Costa Rica, las compras públicas representan el 15 del PIB, es decir, ¢2.5 billones, de un total de ¢16.7 billones (PIB). (Jeannette Solano García en La Nación, 20/01/10, pág. 19-A. Plan tratará de modernizar compras del Sector Público; periodista: Sergio Arce).

Artículo 59.–Estudio de impacto ambiental. *El inicio del procedimiento de contratación de una obra pública siempre estará precedido, además de los requisitos establecidos en esta Ley y sus reglamentos, por un estudio de impacto ambiental que defina los efectos de la obra.*

Los proyectos incluirán las provisiones necesarias para preservar o restaurar las condiciones ambientales, cuando puedan deteriorarse. Asimismo, darán participación en los procedimientos a las entidades competentes en la materia.

Por lo que se refiere al contrato de compra pública se necesita previamente de un estudio de impacto ambiental.

En este aspecto, indicaría que el tema de las *compras verdes*, se refiere a la adquisición de productos, bienes o servicios, que toma en cuenta no sólo los aspectos económicos o técnicos de lo adquirido o contratado, sino además el comportamiento o impacto ambiental que ellos tienen.

Se discute si este aspecto ambiental, es un obstáculo, que encarece las ofertas (o, impide que oferentes participen) cuando la Administración Pública establece en el pliego de bases o de condiciones *requisitos verdes* (punto de vista de los defensores del mercado y de la competencia). La *corriente verde*, sostiene que se debe dar una protección al ambiente, siendo el Estado el llamado a dar esa protección, también en el campo de las compras públicas, pues la Constitución Política de Costa Rica, en su artículo 50, párrafo segundo, establece la obligación para el Estado de garantizar, defender y preservar el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. *Los verdes*, le reclaman a los defensores del mercado y de la competencia, que primero está el ambiente y la naturaleza; y, después los intereses

comerciales. Por mi parte me adhiero al criterio de los *verdes* (Romero-Pérez, *compras verdes*, 2009).

Artículo 103.–Naturaleza y funciones. *La Proveduría Nacional (Dirección General de administración de bienes y contratación administrativa) es un órgano técnico y consultivo del Ministerio de Hacienda, que tendrá dentro de sus funciones:*

- a) *El trámite en todas sus etapas incluso la de adjudicación, de los procedimientos para contratar del Poder Ejecutivo que no estén asignados a proveedurías institucionales.*
- b) *Brindar asesoría a los sujetos públicos y privados, que desarrollan actividades de contratación administrativa.*
- c) *Evaluar las políticas y los procedimientos de contratación, con la finalidad de que se ajusten, constantemente, a satisfacer el interés público.*
- d) *Administrar el fondo circulante.*
- e) *Las que le asignen otras leyes o reglamentos.*

(Nota: por Ley de la administración financiera de la República No. 8131 del 2001, artículo 128 se le cambia el nombre a la proveeduría nacional por Dirección General de administración de bienes y contratación administrativa).

Esta Dirección tiene a su cargo la rectoría de la contratación pública solo en el terreno del Poder Central; quedando excluido el Poder Descentralizado, compuesto por una variedad de instituciones de derecho público; las municipalidades y las universidades públicas.

Se indican aquí las funciones asignadas a esta Dirección.

Ley de la administración financiera de la República y presupuestos públicos No. 8131 del 2001

Artículo 97.–Definición. *El Sistema de Administración de Bienes y Contratación Administrativa estará conformado por los principios, métodos y procedimientos utilizados así como por los organismos participantes en el proceso de contratación, manejo y disposición de bienes y servicios por parte de la Administración Central.*

ROMERO PÉREZ: Contratación administrativa electrónica en América Latina

Queda así definido legalmente el radio de acción de la Dirección en mención, respecto del Poder Central o Ejecutivo.

Artículo 98.–Objetivos. *El Sistema de Administración de Bienes y Contratación Administrativa tendrá los siguientes objetivos:*

- a) *Propiciar que los bienes y servicios se administren atendiendo criterios técnicos y económicos.*
- b) *Promover el mantenimiento adecuado de los bienes de la Administración Central.*
- c) *Favorecer el desarrollo de mecanismos ágiles y eficientes para disponer de los bienes en desuso u obsoletos.*
- d) *Suministrar información sobre el estado, la ubicación y el responsable de los bienes muebles e inmuebles de la Administración Central.*
- e) *Propiciar la integración de los registros de los bienes del Gobierno al Sistema de Contabilidad.*
- f) *Propiciar que los bienes se adquieran oportunamente y a satisfacción del interés público, atendiendo los principios de publicidad y transparencia.*

Legalmente, se definen los objetivos propios del Sistema de Administración de Bienes y Contratación Administrativa.

Artículo 99.–Órgano rector. *La Dirección General de Administración de Bienes y Contratación Administrativa será el órgano rector del Sistema; por tanto, le corresponderán los siguientes deberes y funciones:*

- a) *Ejecutar las acciones necesarias para establecer políticas en materias propias del sistema regido por ella.*
- b) *Evaluar los procesos de contratación periódicamente y al cierre del ejercicio; para esto podrá requerir la información pertinente de las dependencias públicas o privadas con financiamiento público.*

Revista de Ciencias Jurídicas N° 121 (107-164) enero-abril 2010

- c) *Proponer las modificaciones necesarias para que las normas y los procedimientos utilizados en los procesos del Sistema garanticen la protección del interés público.*
- d) *Orientar, mediante lineamientos, la elaboración de los programas de compras de la Administración Central.*
- e) *Supervisar las proveedurías institucionales de la Administración Central, para asegurarse de la ejecución adecuada de los procesos de contratación, almacenamiento y distribución o tráfico de bienes.*
- f) *Desarrollar investigaciones tendientes a confirmar los estándares de calidad; asimismo, promover técnicas que reduzcan los costos, mejoren los procedimientos y protejan el medio ambiente.*
- g) *Llevar el control de los pedidos al exterior de la Administración Central y los medios de pago, así como elaborar la información imprescindible para tramitar las exoneraciones, cuando procedan según la legislación.*
- h) *Desarrollar codificaciones específicas basadas en los clasificadores de gasto que sirvan para crear catálogos de mercancías y registros de proveedores.*
- i) *Acreditar, temporalmente, en las proveedurías institucionales de la Administración Central a agentes de compra para los fines de su misión.*
- j) *Proponer su propia organización la cual se determinará mediante reglamento.*
- k) *Requerir información a las instituciones y dependencias del sector público para el cumplimiento de sus funciones.*
- l) *Velar porque los responsables ejerzan el control adecuado de los inventarios de bienes muebles, inmuebles y semovientes.*
- m) *Elaborar un informe anual sobre la situación y las variaciones de los bienes de la Administración Central, así como sobre las acciones desarrolladas para la adecuada gestión en esta materia, de modo que el Ministro de Hacienda pueda informar a la Contraloría General de la República sobre este particular.*

ROMERO PÉREZ: Contratación administrativa electrónica en América Latina

- n) *Promover el perfeccionamiento catastral y registral de los títulos de propiedad de la Administración Central y requerir del organismo técnico competente las acciones necesarias para preservar el patrimonio inmobiliario del Gobierno Central.*
- ñ) *Los deberes y las funciones que le asignen otras leyes o reglamentos.*

Se trata del enunciado de funciones más amplio que el que establece el numeral 103 de la Ley de contratación administrativa, anterior a esta ley de administración financiera. www.comprared.cr

Se enfatiza el papel de rector de la contratación administrativa y del *Sistema* indicado, a cargo de la *Dirección General de Administración de Bienes y Contratación Administrativa*.

Artículo 100.–Administración de servicios. El órgano rector del Sistema decidirá los lineamientos para evaluar los servicios contratados por la Administración.

El rector del *Sistema* que es la Dirección indicada, establecerá los lineamientos que servirán para evaluar los servicios contratados por la Administración.

Existe, además de *comprared* para el Poder Ejecutivo, otra plataforma electrónica, desde el Instituto de Electricidad, llamada *mer-link* (Korea del Sur, empresa Sam-Sung) orientada al poder descentralizado. Lo necesario y deseable es que existió solo una plataforma electrónica para las compras públicas. Será la decisión política la que establezca una sola plataforma electrónica.

5. ECUADOR. Ley orgánica del sistema nacional de contratación pública, 2 julio 2008.

Artículo 1.–Objeto y ámbito. *Esta ley establece el sistema nacional de contratación pública y determina los principios y normas para regular los procedimientos de contratación para la adquisición de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría, que realicen: (...)*

Revista de Ciencias Jurídicas N° 121 (107-164) enero-abril 2010

Este primer numeral, como es costumbre, establece el ámbito de acción de la normativa, tanto a nivel legal como de principios.

Artículo 7.–Sistema nacional de contratación pública. *El sistema nacional de contratación pública, es el conjunto de principios, normas, procedimientos, mecanismos y relaciones organizadas, orientadas al planeamiento, programación, presupuestos, control, administración y ejecución de las contrataciones realizadas por entidades contratantes. Forman parte del sistema nacional de contratación pública, las entidades sujetas al ámbito de esta ley.*

Se da una definición de lo que es el sistema nacional de contratación pública, tanto a nivel de normas como de principios, mecanismos, etc., orientados al buen funcionamiento de la contratación administrativa.

Artículo 10.–Instituto nacional de contratación pública. *Créase el Instituto nacional de contratación pública, como organismo de derecho público, técnico y autónomo, con personalidad jurídica propia y autonomía administrativa y técnica, operativa, financiera y presu-puestaria. Su máximo personero y representante legal será el director ejecutivo, quien será designado por el Presidente de la República.*

Su sede será la ciudad de Quito, tendrá jurisdicción nacional, pudiendo establecer oficinas desconcentradas a nivel nacional.

Este numeral establece la creación del Instituto nacional de contratación pública como un órgano de derecho público, ya que es parte del Estado, con la acostumbrada personalidad jurídica propia y autonomía administrativa, técnica, operativa, financiera y presupuestaria.

Este Instituto es el rector del sistema nacional de contratación pública y tiene a su cargo las funciones siguientes:

El instituto ejercerá la rectoría del sistema nacional de contratación pública conforme a las siguientes atribuciones:

1. *Asegurar y exigir el cumplimiento de los objetivos prioritarios del Sistema Nacional de Contratación Pública;*
2. *Promover y ejecutar la política de contratación pública dictada por el Directorio;*

ROMERO PÉREZ: Contratación administrativa electrónica en América Latina

3. *Establecer los lineamientos generales que sirvan de base para la formulación de los planes de contrataciones de las entidades sujetas a la presente Ley;*
4. *Administrar el Registro único de Proveedores RUP;*
5. *Desarrollar y administrar el Sistema Oficial de Contratación Pública del Ecuador, compras públicas, así como establecer las políticas y condiciones de uso de la información y herramientas electrónicas del Sistema;*
6. *Administrar los procedimientos para la certificación de producción nacional en los procesos precontractuales y de autorización de importaciones de bienes y servicios por parte del Estado;*
7. *Establecer y administrar catálogos de bienes y servicios normalizados;*
8. *Expedir modelos obligatorios de documentos precontractuales y contractuales, aplicables a las diferentes modalidades y procedimientos de contratación pública, para lo cual podrá contar con la asesoría de la Procuraduría General del Estado y de la Contraloría General del Estado;*
9. *Dictar normas administrativas, manuales e instructivos relacionados con esta Ley;*
10. *Recopilar y difundir los planes, procesos y resultados de los procedimientos de contratación pública;*
11. *Incorporar y modernizar herramientas conexas al sistema electrónico de contratación pública y subastas electrónicas, así como impulsar la interconexión de plataformas tecnológicas de instituciones y servicios relacionados;*
12. *Capacitar y asesorar en materia de implementación de instrumentos y herramientas, así como en los procedimientos relacionados con contratación pública;*
13. *Elaborar parámetros que permitan medir los resultados e*

Revista de Ciencias Jurídicas N° 121 (107-164) enero-abril 2010

impactos del Sistema Nacional de Contratación Pública y en particular los procesos previstos en esta Ley;

14. *Facilitar los mecanismos a través de los cuales se podrá realizar veeduría ciudadana a los procesos de contratación pública; y, monitorear su efectivo cumplimiento;*
15. *Publicar en el Portal compraspublicas el informe anual sobre resultados de la gestión de contratación con recursos públicos;*
16. *Elaborar y publicar las estadísticas del sistema nacional de compras públicas; y,*
17. *Las demás establecidas en la presente Ley, su Reglamento y demás normas aplicables.*

Artículo 11.—El Directorio del Instituto Nacional de Contratación Pública estará integrado por:

1. *El Ministro de Industrias y Competitividad, quien lo presidirá y tendrá voto dirimente;*
2. *La máxima autoridad del Organismo Nacional de Planificación;*
3. *El Ministro de Finanzas;*
4. *El Alcalde designado por la Asamblea General de la Asociación de Municipalidades del Ecuador; y,*
5. *El Prefecto designado por el Consorcio de Consejos Provinciales del Ecuador, CONCOPE.*

Actuará como Secretario el Director Ejecutivo del INCP, quien intervendrá con voz pero sin voto.

La junta directiva o directorio de este órgano colegiado queda bajo el control del Poder Ejecutivo.

Artículo 12.—Son funciones exclusivas del Directorio las siguientes:

1. *Planificar, priorizar, proponer y dictar la política nacional en materia de contratación pública;*

ROMERO PÉREZ: Contratación administrativa electrónica en América Latina

2. *Dictar las normas o políticas sectoriales de contratación pública que deben aplicar las entidades competentes; y,*
3. *Dictar la normativa para la organización y funcionamiento del Instituto Nacional de Contratación Pública.*

Este órgano colegiado tiene las citadas funciones de modo exclusivo y propio.

Artículo 21.—Portal de compras públicas.—*El Sistema Oficial de Contratación Pública del Ecuador compraspublicas será de uso obligatorio para las entidades sometidas a esta Ley y será administrado por el Instituto Nacional de Contratación Pública.*

El portal de compras públicas contendrá, entre otras, el registro único de proveedores, catálogo electrónico, el listado de las instituciones y contratistas del sistema nacional de compras públicas, informes de las Entidades Contratantes, estadísticas, contratistas incumplidos, la información sobre el estado de las contrataciones públicas y será el único medio empleado para realizar todo procedimiento electrónico relacionado con un proceso de contratación pública, de acuerdo a las disposiciones de la presente Ley, su Reglamento y las regulaciones del INCP.

El portal deberá además integrar mecanismos para la capacitación en línea de los actores del SNCP.

La información relevante de los procedimientos de contratación se publicará obligatoriamente a través de compras públicas.

El Reglamento contendrá las disposiciones sobre la administración del sistema y la información relevante a publicarse.

El numeral 6.25 define el *portal de compras públicas* como el sistema informático oficial de contratación pública del Estado Ecuatoriano localizable en: www.compraspublicas.gov.ec

El Sistema Oficial de Contratación Pública del Ecuador compras públicas, será de uso obligatorio para las entidades sometidas a esta Ley y será administrado por el Instituto Nacional de Contratación Pública. Queda así definida la rectoría y la administración responsable de este *Sistema*.

Revista de Ciencias Jurídicas N° 121 (107-164) enero-abril 2010

Artículo 104.–Métodos Alternativos de Solución de Controversias. *De existir diferencias entre las partes contratantes no solventadas dentro del proceso de ejecución, podrán utilizar los procesos de mediación y arbitraje en derecho, que lleven a solucionar sus diferencias, de conformidad con la cláusula compromisoria respectiva.*

Queda así establecido el mecanismo de solución alterna de conflictos, fuera del Poder Judicial.

6. MEXICO: Ley de adquisiciones, arrendamientos y servicios del sector público, últimas reformas del 30 de abril del 2009.

Artículo 1.–*La presente ley es de orden público y tiene por objeto reglamentar la aplicación del artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de las adquisiciones, arrendamientos de bienes muebles y prestación de servicios de cualquier naturaleza, que realicen (estas dependencias públicas).*

(Artículo 134 constitucional: *los contratos del Estado mexicano se realizarán mediante licitaciones públicas*).

Se da así una referencia directa a la Carta Magna , procediendo a legislar respecto del citado numeral constitucional 134.

Artículo 2.–Compranet. *El sistema electrónico de información pública gubernamental sobre adquisiciones, arrendamientos y servicios, integrado entre otra información, por los programas anuales en la materia, de las dependencias y entidades, el registro único de proveedores, etc. Este Sistema será de consulta gratuita y constituirá un medio por el cual se desarrollarán procedimientos de contratación. El sistema estará a cargo de la secretaría de la Función pública.*

Esta plataforma electrónica o portal digital, está dedicado a las compras públicas, siendo su acceso gratuito.

Como toda plataforma digital, lo deseable es que sea de a fácil acceso, para dar lugar a la llamada transparencia.

Artículo 26 bis.–Medios para realizar la licitación pública. *Presencial: los licitantes exclusivamente podrán presentar sus*

ROMERO PÉREZ: Contratación administrativa electrónica en América Latina

proposiciones en forma documental y por escrito, en sobre cerrado, durante el acto de presentación y apertura de proposiciones, o bien, si así se prevé en la convocatoria de la licitación, mediante el uso del servicio postal o de mensajería.

Electrónica: *exclusivamente se permitirá la participación de los licitantes a través de compranet.*

Mixta: *los licitantes, a su elección, podrán participar en forma presencial o electrónica en la junta o las juntas de aclaraciones, el acto de presentación y apertura de proposiciones y el acto de fallo.*

De acuerdo a los avances de la electrónica y la informática en América Latina, los sistemas de operatividad de las compras públicas, tendrán esas características de presencial, electrónica y mixta.

Artículo 27.—*Las licitaciones públicas podrán llevarse a cabo a través de medios electrónicos, conforme a las disposiciones administrativas que emita la Secretaría de la Función Pública, en cuyo caso las unidades administrativas que se encuentren autorizadas por la misma, estarán obligadas a realizar todos sus procedimientos de licitación mediante dicha vía, salvo en los casos justificados que autorice la Secretaría de la Función Pública.*

El papel rector del sistema de contratación pública lo lleva a cabo esta Secretaría de la Función Pública.

Artículo 56.—*La forma y términos en que las dependencias y entidades deberán remitir a la Secretaría de la Función Pública, y a la Secretaría de Economía, la información relativa a los actos y los contratos materia de esta Ley, serán establecidos por dichas Secretarías, en el ámbito de sus respectivas atribuciones.*

La administración del sistema electrónico de información pública gubernamental sobre adquisiciones, arrendamientos y servicios, estará a cargo de la Secretaría de la Función Pública, a través de la unidad administrativa que determine su Reglamento, en el cual las dependencias, entidades y los demás sujetos de esta Ley, deberán incorporar la información que ésta les requiera.

Se ratifica el rol rector y administrador de esta Secretaría de la Función pública en el terreno de las compras públicas.

Artículo 56 Bis.—*El sistema integral de información contará, en los términos del Reglamento de esta Ley, con un registro único de*

Revista de Ciencias Jurídicas N° 121 (107-164) enero-abril 2010

proveedores, el cual los clasificará de acuerdo, entre otros aspectos, por su actividad, datos generales, nacionalidad e historial en materia de contrataciones y su cumplimiento.

Existirá un registro único de proveedores del Estado en una plataforma electrónica, lo cual facilita y favorece la operatividad de este sistema.

Artículo 57.—*La Secretaría de la Función Pública, en el ejercicio de sus facultades, podrá verificar, en cualquier tiempo, que las adquisiciones, arrendamientos y servicios se realicen conforme a lo establecido en esta Ley o en otras disposiciones aplicables.*

La vigilancia y el control del funcionamiento del sistema de compras públicas, está a cargo de la Secretaria de la Función Pública.

Artículo 59.—*Los licitantes o proveedores que infrinjan las disposiciones de esta Ley, serán sancionados por la Secretaría de la Función Pública.*

El poder sancionatorio sobre los particulares oferentes y contratistas, corre a cargo de al secretaria de la Función Pública.

Artículo 65.—*La Secretaría de la Función Pública conocerá de las inconformidades que se promuevan contra los actos de los procedimientos de licitación pública o invitación.*

También esta Secretaria de la Función Pública conocerá y resolverá lo concerniente a las protestas o inconformidades que se presenten contra actos y procedimientos de la contratación pública.

7. PANAMA Ley No. 22 del 8 de junio del 2006 que regula la contratación pública

Artículo 1.—*Ámbito de aplicación. La presente Ley tiene por objeto establecer las reglas y los principios básicos de obligatoria observancia que regirán los contratos públicos que realicen el Gobierno Central, las entidades autónomas y semiautónomas, los intermediarios financieros y las sociedades anónimas en las que el Estado sea propietario del cincuenta y uno por ciento (51%) o más de sus acciones o patrimonio para:*

ROMERO PÉREZ: Contratación administrativa electrónica en América Latina

1. *La adquisición o arrendamiento de bienes por parte del Estado.*
2. *La ejecución de obras públicas.*
3. *La disposición de bienes del Estado, incluyendo su arrendamiento.*
4. *La prestación de servicios.*
5. *La operación o administración de bienes.*
6. *Las concesiones o cualquier otro contrato no regulado por ley especial.*

El ámbito de acción de la ley queda definido, de conformidad con las normas y principios que rigen la contratación pública, indicándose las materias que están bajo su regulación.

Artículo 8. Creación. *Se crea la Dirección General de Contrataciones Públicas como entidad autónoma, con patrimonio propio, personería jurídica, autonomía en su régimen interno e independencia en el ejercicio de sus funciones, que tendrá facultad para regular, interpretar, fiscalizar y asesorar en los procedimientos de selección de contratista que realicen las instituciones estatales, sujeta a la fiscalización de la Contraloría General de la República y a las políticas del Órgano Ejecutivo, para lo cual el enlace será el Ministerio de Economía y Finanzas.*

La Dirección General de Contrataciones Públicas estará a cargo de un Director General, quien ejercerá su representación legal, y de un Subdirector General, quien lo reemplazará en sus faltas y ejercerá, a su vez, las funciones que este le asigne.

Los cargos de Director y Subdirector General de Contrataciones Públicas serán de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República y ambos estarán sujetos a la ratificación de la Asamblea Nacional.

Todo lo concerniente al funcionamiento y a la estructura organizacional, así como a los recursos para el funcionamiento de esta Dirección será reglamentado por el Órgano Ejecutivo.

Se crea la Dirección General de Contrataciones Públicas con el rango legal respectivo para el buen desarrollo de sus actividades, como el órgano rector de las compras públicas.

Interesa destacar que los cargos de Director y Subdirector General de Contrataciones Públicas serán de libre nombramiento y

remoción del Presidente de la República y ambos estarán sujetos a la ratificación de la Asamblea Nacional.

Artículo 9.—Competencia. *Son funciones de la Dirección General de Contrataciones Públicas las siguientes:*

1. *Absolver las consultas en materia de implementación y aplicación de la presente Ley.*
2. *Dictar actos administrativos que garanticen la aplicación de esta Ley y su reglamento, y que posibiliten el funcionamiento de la Dirección y su interrelación con los demás organismos.*
3. *Asesorar a las entidades públicas en la planificación y gestión de sus procesos de contrataciones.*
4. *Implementar y establecer las condiciones de funcionamiento y de organización del registro de proponentes para contrataciones electrónicas, del registro de contratos y del registro de contratistas inhabilitados y sancionados.*
5. *Estandarizar los aspectos generales de los pliegos de cargos de cada tipo de acto público y de cada modo de contratación, incluyendo los formularios e instructivos.*
6. *Emitir las políticas y los lineamientos generales para el diseño, la implementación, la operación y el funcionamiento del Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas “PanamaCompra”, en coordinación con la Secretaría de la Presidencia para la Innovación Gubernamental.*
7. *Realizar las licitaciones de convenio marco, de acuerdo con lo que establece esta Ley y su reglamento.*
8. *Confeccionar, estructurar y administrar el Catálogo Electrónico de Productos y Servicios.*
9. *Promover la máxima competencia posible en los actos de contratación de la administración, desarrollando iniciativas para incorporar la mayor cantidad de oferentes.*
10. *Ejercer una labor de difusión hacia los proveedores potenciales de la Administración, de las normativas, los procedimientos y las tecnologías utilizados por esta.*

ROMERO PÉREZ: Contratación administrativa electrónica en América Latina

11. *Resolver, en única instancia, las acciones de reclamo que se presenten en los procesos de selección de contratista efectuados en las entidades públicas.*
12. *Ordenar la realización de trámites fijados por los distintos procedimientos de selección de contratista que hayan sido omitidos, así como la corrección o suspensión de aquellos realizados en contravención a esta Ley o su reglamento, de oficio o a petición de cualquiera de los participantes en tales procedimientos.*
13. *Fiscalizar los procesos de selección de contratista que celebren las entidades públicas.*
14. *Ejercer las demás atribuciones que le sean conferidas por esta Ley y el reglamento.*

Corresponde a la Dirección General de Contrataciones Públicas el desarrollo, la organización, la operación, el control de los procesos y recursos, la evaluación permanente, la fiscalización y todo lo relativo a la administración eficaz del Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra", con el apoyo de la Secretaría de la Presidencia para la Innovación Gubernamental.

Se establecen las funciones de esta Dirección general de contrataciones públicas, con el fin de que pueda cumplir su papel de órgano rector de las compras del Estado, incluyendo la responsabilidad en el manejo de la plataforma electrónica o portal digital *panamacompra*.

Artículo 104.-Creación. *Se crea el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas como ente independiente e imparcial, que tendrá jurisdicción en todo el territorio de la República. Este Tribunal tendrá competencia privativa, por naturaleza del asunto, para conocer en única instancia, de:*

1. *El recurso de impugnación contra el acto de adjudicación o la declaratoria de deserción emitidos por las entidades, en los procedimientos de selección de contratista.*
2. *El recurso de apelación contra la resolución administrativa del contrato y la inhabilitación del contratista.*

Revista de Ciencias Jurídicas N° 121 (107-164) enero-abril 2010

3. *Las acciones de reclamo no resueltas por la Dirección General de Contrataciones Públicas, dentro del término de cinco días hábiles que esta tiene para resolver.*

Se procede a la creación del tribunal administrativo de contrataciones públicas, indicando el ámbito de su competencia como sede juzgadora de carácter administrativo.

Artículo 105.—*Integración, nombramiento y sede. El Tribunal estará integrado por tres abogados, los cuales serán nombrados por el Presidente de la República con sus respectivos suplentes, quienes tendrán la misma remuneración que los magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia.*

El Tribunal tendrá su sede en la ciudad de Panamá y contará con una estructura técnica y administrativa para realizar sus funciones, cuyo personal será nombrado en Sala de Acuerdo.

En este caso, el nombramiento de los integrantes del citado Tribunal le corresponde al Presidente de la República. Recordemos, que en lo que corresponde a los cargos de Director y Subdirector General de Contrataciones Públicas serán de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República y ambos estarán sujetos a la ratificación de la Asamblea Nacional.

Artículo 106.—*Para ser miembro del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas será indispensable que los interesados cumplan obligatoriamente los siguientes requisitos:*

1. *Ser de nacionalidad panameña.*
2. *Haber cumplido treinta y cinco años de edad.*
3. *Hallarse en pleno goce de los derechos civiles y políticos.*
4. *Haber completado un periodo de cinco años, durante el cual haya ejercido indistintamente la profesión de abogado, o un cargo en cual se requiera idoneidad en el ejercicio de la profesión de abogado.*
5. *No haber sido condenado por delito doloso ni por faltas al Código de Ética Profesional.*

ROMERO PÉREZ: Contratación administrativa electrónica en América Latina

En este numeral se establecen los requisitos para ocupar los cargos de jueces del Tribunal administrativo de contrataciones públicas.

Artículo 107.—*Nombramiento. Los miembros del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas serán nombrados para un periodo de cinco años y podrán reelegirse en el cargo, previo cumplimiento de las formalidades establecidas, para los efectos de los primeros nombramientos, estos serán por periodos escalonados de dos, tres y cinco años.*

El procedimiento y la metodología de selección de los miembros del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas serán reglamentados por el Órgano Ejecutivo.

Se establece aquí lo relativo a lo que atañe al procedimiento y la metodología para nombrar a los respectivos jueces administrativos.

Artículo 116.—*Agotamiento de la vía gubernativa. Una vez publicada en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas “PanamaCompra” la resolución que resuelve el recurso de impugnación, queda agotada la vía gubernativa y contra esta resolución no se admitirá recurso alguno, salvo la acción que corresponde ante la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.*

Se mantiene el privilegio de la Administración Pública, en este campo de la compras públicas, de requerirse como *conditio sine qua non*, el agotamiento de la vía administrativa, para poder acceder al Poder Judicial, en sede contenciosa administrativa.

Artículo 2, glosario

46. Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas. *Es el Tribunal independiente e imparcial que conocerá, en única instancia, de:*
- a. *El recurso de impugnación contra el acto de adjudicación o la declaratoria de deserción emitidos por las entidades, en los procedimientos de selección de contratista.*
 - b. *El recurso de apelación contra la resolución administrativa del contrato y la inhabilitación del contratista.*

Revista de Ciencias Jurídicas N° 121 (107-164) enero-abril 2010

- c. *Las acciones de reclamo no resueltas por la Dirección General de Contrataciones Públicas, dentro del término de los cinco días hábiles que tiene para resolver.*

Este numeral define lo que es el Tribunal administrativo de contrataciones públicas y su radio de acción.

Artículo 124.—*Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas “PanamaCompra”. Se crea un Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas, por medio de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TICs), que se denominará “PanamaCompra”, como una herramienta de apoyo a los procesos de contrataciones públicas, y deberá estar disponible, de forma gratuita, a toda la sociedad civil en la forma que establezcan esta Ley y sus reglamentos.*

El Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas “Panama-Compra” será de uso obligatorio para todas las instituciones públicas incluidas en el ámbito de aplicación de esta Ley y a las que se les aplique esta Ley en forma supletoria. Las entidades públicas deberán publicar en el Sistema “PanamaCompra” toda la información que se genere en las contrataciones menores, en los procedimientos de selección de contratista, en las contrataciones directas y en la etapa contractual, conforme se disponga en el reglamento.

Se establece la creación de la plataforma digital o electrónica *Panamacompra*, siendo obligatoria su utilización por la Administración Pública, con el fin de contener la información correspondiente a estas negociaciones.

Artículo 125.—*Funcionalidades del Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas. La Dirección General de Contrataciones Públicas oficializará la incorporación de nuevas funcionalidades en el Sistema “PanamaCompra”, conforme se vayan implementando.*

Dichas autorizaciones se irán otorgando por etapas o completando el ciclo de la contratación a cada una de las instituciones gubernamentales que se incorporen.

Los procedimientos de selección y contratación que se incorporen en el Sistema serán reglamentados por el Órgano Ejecutivo.

Siendo la Dirección General de Contrataciones Públicas, la rectora y administradora del campo de la contratación estatal, su

ROMERO PÉREZ: Contratación administrativa electrónica en América Latina

administración del portal *Panamacompra* debe diligente, responsable y eficaz para incorporar las novedades tecnológicas apropiadas.

8. PARAGUAY, Ley de contrataciones públicas No. 2.051 del 2003; con reformas mediante ley No. 3.439 del 2007.

Artículo 1°.-Objeto y ámbito de aplicación. *La presente ley establece el Sistema de Contrataciones del Sector Público y tiene por objeto regular las acciones de planeamiento, programación, presupuesto, contratación, ejecución, erogación y control de las adquisiciones y locaciones de todo tipo de bienes, la contratación de servicios en general, los de consultoría y de las obras públicas y los servicios relacionados con las mismas, que realicen (estas dependencias del sector público).*

De modo acostumbrado este primer artículo atañe al ámbito de aplicación de la ley y al establecimiento del Sistema de Contrataciones del Sector Público.

Artículo 64.-De la difusión a través del sistema. *La Unidad Central Normativa y Técnica (UCNT) pondrá a disposición pública, a través de los medios de difusión electrónica de acceso masivo, la información sobre las convocatorias, bases y condiciones, el proceso de contratación, las adjudicaciones, cancelaciones, modificaciones, así como cualquier información relacionada, incluyendo los contratos adjudicados, independientemente de la vía o tipo de contratación correspondiente.*

Queda establecido que el Sistema de Información de las Contrataciones Públicas (SICP) es la meta del Sistema de Contrataciones Públicas y su uso será incrementado paulatinamente reemplazando los sistemas manuales. Sin embargo, durante el período de transición se utilizará en forma simultánea y a elección de los proveedores y contratistas el sistema más conveniente para sus intereses.

La Unidad Central Normativa y Técnica (UCNT) es la encargada de administrar y difundir la plataforma electrónica de las compras públicas.

Artículo 65.-De la consulta y compra de las bases. *Las personas físicas y jurídicas interesadas en participar en los procesos de*

Revista de Ciencias Jurídicas N° 121 (107-164) enero-abril 2010

contratación que convoquen las Unidades Operativas de Contratación (UOC), podrán consultar y adquirir los pliegos de bases por los medios de difusión electrónica que establezca la Unidad Central Normativa y Técnica (UCNT).

Los pliegos de bases respectivos están a la disposición del público mediante la Unidad Central Normativa y Técnica.

Artículo 66.–Del envío de ofertas por vía electrónica. *Los sobres que contengan las ofertas que presenten los proponentes podrán entregarse, a elección de los mismos, por los medios remotos de comunicación electrónica, conforme a las disposiciones administrativas que establezca la Unidad Central Normativa y Técnica (UCNT).*

En este caso, el sobre será generado mediante el uso de tecnologías que resguarden la confidencialidad de la información, de tal forma que sea inviolable, conforme a las disposiciones técnicas que al efecto establezca la referida Unidad Central Normativa y Técnica (UCNT).

Las ofertas enviadas a través del referido Sistema, emplearán invariablemente el medio de identificación electrónica inviolable utilizada por la Unidad Central Normativa y Técnica (UCNT), las cuales producirán los mismos efectos que las leyes otorgan a los instrumentos privados con firma autógrafa correspondientes y, en consecuencia, tendrán el mismo valor probatorio y vinculatorio.

Las ofertas que presenten los interesados en los procesos de selección del contratista público, se pueden enviar por medios electrónicos con la respectivas seguridades, con el mismo valor obligante y de prueba documental de los instrumentos privados.

Artículo 88.–arbitraje. *Sin perjuicio de lo establecido en el Artículo 9° de esta ley, las partes quedan facultadas para someter a arbitraje cualquier diferencia que surja durante la ejecución de los contratos regulados por esta ley.*

En el reglamento se fijarán los términos y condiciones bajo los cuales las partes podrán pactar las cláusulas compromisorias que mejor convengan a sus intereses o, incluso, estipularlas en convenio por separado.

(Artículo 9°.–RÉGIMEN DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS). Las controversias suscitadas con motivo de la interpretación,

ROMERO PÉREZ: Contratación administrativa electrónica en América Latina

aplicación o validez de los contratos celebrados con arreglo a esta ley, podrán ser resueltas por arbitraje conforme a las disposiciones de la *Ley de Arbitraje y Mediación*; a tal efecto, en cada caso particular deberá determinarse previamente la arbitrabilidad de la materia y la capacidad de las partes para someterse al arbitraje, debiendo constar el compromiso en una cláusula compromisoria inserta en el contrato o en un convenio independiente. Asumido el compromiso de una u otra forma, será obligatorio para las partes.

Lo previsto en el párrafo anterior se aplicará sin perjuicio de lo establecido en los tratados internacionales de los que la República del Paraguay sea parte o de que la Unidad Central Normativa y Técnica (UCNT) pueda conocer en el ámbito administrativo las protestas que interpongan los proveedores y contratistas con relación a los procedimientos de contratación o de las solicitudes de avenimiento que hagan valer respecto a las diferencias que surjan durante la ejecución de los contratos).

Se admite el arbitraje como mecanismo de solución alternativa de conflictos en el campo de la contratación administrativa, en una combinación de las normas 9 y 88 de esta ley.

9. PERU, Ley de contrataciones del Estado del 03 de junio del 2008

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA, por cuanto: el Congreso de la República por Ley N° 291 57, ha delegado en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, por un plazo de ciento ochenta (180) días calendario, sobre diversas materias relacionadas con la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú-Estados Unidos y con el apoyo de la competitividad económica para su aprovechamiento; entre las que se encuentran la mejora del marco regulatorio, la simplificación administrativa y la modernización del Estado;

De conformidad con lo establecido en el artículo 104° de la Constitución Política del Perú;

Con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros; y, con cargo de dar cuenta al Congreso de la República; ha dado el Decreto Legislativo siguiente: *decreto legislativo No. 1017 que aprueba la Ley de contrataciones del Estado.*

Revista de Ciencias Jurídicas N° 121 (107-164) enero-abril 2010

(Perú, Constitución Política, artículo 104°. *El Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre la materia específica y por el plazo determinado establecidos en la ley autoritativa.*

No pueden delegarse las materias que son indelegables a la Comisión Permanente.

Los decretos legislativos están sometidos, en cuanto a su promulgación, publicación, vigencia y efectos, a las mismas normas que rigen para la ley.

El Presidente de la República da cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente de cada decreto legislativo).

Artículo 1. Alcances.—*La presente norma contiene las disposiciones y lineamientos que deben observar las entidades del sector público en los procesos de contrataciones de bienes, servicios u obras y regula las obligaciones y derechos que se deriven de los mismos.*

Este numeral, como es costumbre, se refiere al ámbito de acción, objeto, o alcances de la normativa de derecho público, focalizada en la negociación o contratación del Estado.

Artículo 52.— Solución de controversias.—*Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, se resolverán mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes, debiendo solicitarse el inicio de estos procedimientos en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato, considerada ésta de manera independiente. Este plazo es de caducidad, salvo para los reclamos que formulen las Entidades por vicios ocultos en los bienes, servicios y obras entregados por el contratista, en cuyo caso, el plazo de caducidad será el que se fije en función del artículo 50° de la presente norma, y se computará a partir de la conformidad otorgada por la Entidad.*

El arbitraje será de derecho, a ser resuelto por árbitro único o tribunal arbitral mediante la aplicación del presente Decreto Legislativo y su Reglamento, así como de las normas de derecho público y las de derecho privado; manteniendo obligatoriamente este orden de preferencia en la aplicación del derecho.

ROMERO PÉREZ: Contratación administrativa electrónica en América Latina

El árbitro único y el presidente del tribunal arbitral deben ser necesariamente abogados, que cuenten con especialización acreditada en derecho administrativo, arbitraje y contrataciones con el Estado, pudiendo los demás integrantes del colegiado ser expertos o profesionales en otras materias. La designación de los árbitros y demás aspectos de la composición del tribunal arbitral serán regulados en el Reglamento.

Los árbitros deben cumplir con la obligación de informar oportunamente si existe alguna circunstancia que les impida ejercer el cargo con independencia, imparcialidad y autonomía, encontrándose sujetos a lo establecido en el Código de Ética que apruebe el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado-OSCE. Los árbitros que incumplan con esta obligación serán sancionados en aplicación del Reglamento y el Código de Ética. El deber de informar se mantiene a lo largo de todo el arbitraje. Las partes pueden dispensar a los árbitros de las causales de recusación que no constituyan impedimento absoluto.

Cuando exista un arbitraje en curso y surja una nueva controversia derivada del mismo contrato y tratándose de arbitraje ad hoc, cualquiera de las partes puede solicitar a los árbitros la acumulación de las pretensiones a dicho arbitraje, debiendo hacerlo dentro del plazo de caducidad previsto en el primer párrafo del presente artículo. No obstante, en el convenio arbitral se podrá establecer que sólo procederá la acumulación de pretensiones cuando ambas partes estén de acuerdo y se cumpla con las formalidades establecidas en el propio convenio arbitral; de no mediar dicho acuerdo, no procederá la acumulación.

El laudo arbitral de derecho es inapelable, definitivo y obligatorio para las partes desde el momento de su notificación, debiendo ser remitido por el árbitro único o Tribunal Arbitral al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado-OSCE, dentro del plazo establecido por el Reglamento. Cuando corresponda, el Tribunal de Contrataciones del Estado impondrá sanciones económicas en caso de incumplimiento en la remisión de laudo, de acuerdo a lo establecido en el Reglamento.

El arbitraje a que se refiere la presente norma se desarrolla en cumplimiento del Principio de Transparencia, debiendo el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado-OSCE disponer la publicación de los laudos y actas, así como su utilización para el desarrollo de estudios especializados en materia de arbitraje administrativo.

Revista de Ciencias Jurídicas N° 121 (107-164) enero-abril 2010

Cuando la apelación se haya interpuesto ante el Tribunal de Contrataciones del Estado, la Entidad está obligada a remitir el expediente correspondiente, dentro del plazo máximo de tres (3) días de requerida, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad. El incumplimiento de dicha obligación por parte de la Entidad será comunicada a la Contraloría General de la República.

La garantía por interposición del recurso de apelación deberá otorgarse a favor del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado-OSCE y de la Entidad, cuando corresponda. Esta garantía será equivalente al tres por ciento (3%) del valor referencial del proceso de selección o del ítem que se decida impugnar.

La interposición de la acción contencioso-administrativa procede contra lo resuelto en última instancia administrativa, sin suspender su ejecución.

Debido a la crítica del Poder Judicial en Latinoamérica, por razones de lentitud, corrupción e ineficacia, se ha tornado de moda el incluir en esta normativa del contrato estatal, lo relativo al arbitraje, mediación o solución alternativa de controversias.

Este numeral atañe a los árbitros de derecho; es decir que sean juristas.

Artículo 57.–Organismo supervisor de las contrataciones del Estado. El organismo supervisor de las contrataciones del Estado, OSCE, es un organismo público, adscrito al Ministerio de Economía y Finanzas, con personería jurídica de derecho público, que goza de autonomía técnica, funcional, administrativa, económica y financiera, con representación judicial propia, sin perjuicio de la defensa coadyuvante de la Procuraduría Pública del Ministerio de Economía y Finanzas.

El órgano público que supervisará las contrataciones del Estado, estará adscrito al Ministerio de Economía y Finanzas, con un ámbito de autonomía que este artículo detalla y con representación judicial propia.

Artículo 58.–Funciones del Organismo supervisor de las contrataciones del Estado. El Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado-OSCE tiene las siguientes funciones:

ROMERO PÉREZ: Contratación administrativa electrónica en América Latina

- a) *Velar y promover el cumplimiento y difusión de esta norma, su Reglamento y normas complementarias y proponer las modificaciones que considere necesarias;*
- b) *Emitir Directivas en las materias de su competencia, siempre que se refieran a aspectos de aplicación de la presente norma y su Reglamento;*
- c) *Resolver los asuntos de su competencia en última instancia administrativa;*
- d) *Supervisar y fiscalizar, de forma selectiva y/o aleatoria, los procesos de contratación que se realicen al amparo de la presente norma y su Reglamento;*
- e) *Administrar y operar el Registro Nacional de Proveedores (RNP), así como cualquier otro instrumento necesario para la implementación y operación de los diversos procesos de contrataciones del Estado;*
- f) *Desarrollar, administrar y operar el Sistema Electrónico de las Contrataciones del Estado (SEACE);*
- g) *Organizar y administrar arbitrajes, de conformidad con los reglamentos que apruebe para tal efecto;*
- h) *Designar árbitros y resolver las recusaciones sobre los mismos en arbitrajes que no se encuentren sometidos a una institución arbitral, en la forma establecida en el Reglamento;*
- i) *Absolver consultas sobre las materias de su competencia. Las consultas que le efectúen las Entidades serán gratuitas;*
- j) *Imponer sanciones a los proveedores inscritos en el Registro Nacional de Proveedores (RNP) que contravengan las disposiciones de esta norma su reglamento y normas complementarias;*
- k) *Poner en conocimiento de la Contraloría General de la República casos en que se observe trasgresiones a la normativa de contrataciones públicas, siempre que existan indicios razonables de perjuicio económico al Estado o de comisión de delito;*

Revista de Ciencias Jurídicas N° 121 (107-164) enero-abril 2010

- l) *Suspender los procesos de contratación, en los que como consecuencia del ejercicio de sus funciones observe trasgresiones a la normativa de contrataciones públicas, siempre que existan indicios razonables de perjuicio económico al Estado o de comisión de delito, dando cuenta a la Contraloría General de la República, sin perjuicio de la atribución del Titular de la Entidad que realiza el proceso, de declarar la nulidad de oficio del mismo;*
- m) *Promover la Subasta Inversa, determinando las características técnicas de los bienes o servicios que serán provistos a través de esta modalidad y establecer metas institucionales anuales respecto al número de fichas técnicas de los bienes o servicios a ser contratados;*
- n) *Desconcentrar sus funciones en sus órganos de alcance regional o local de acuerdo a lo que establezca su Reglamento de Organización y Funciones; ñ) Proponer estrategias y realizar estudios destinados al uso eficiente de los recursos públicos y de reducción de costos; y,*
- o) *Las demás que le asigne la normativa.*

Se trata del organismo rector del sector de compras públicas.

Artículo 63.–Tribunal de contrataciones del Estado. *El tribunal de contrataciones del Estado es un órgano resolutivo que forma parte de la estructura administrativa del Organismo Supervisor de las contrataciones del estado, OSCE. Cuenta con plena autonomía e independencia en el ejercicio de sus funciones.*

Tiene las siguientes funciones:

- a) *Resolver, de ser el caso, las controversias que surjan entre las entidades, los participantes y los postores durante el proceso de selección,*
- b) *Aplicar las sanciones de inhabilitación temporal y definitiva a los proveedores, participantes, postores, contratistas, entidades y expertos independientes, según corresponda para cada caso; y,*
- c) *Las demás funciones que le otorga la normativa.*

ROMERO PÉREZ: Contratación administrativa electrónica en América Latina

Se establece este tribunal administrativo para resolver las controversias surgidas en el campo de las compras públicas, con un elenco de funciones taxativas y una tercera vía abierta para otras funciones dadas por normas legales.

Artículo 67.—Sistema electrónico de contrataciones del Estado. Definición. *El sistema electrónico de contrataciones del Estado, es el sistema electrónico que permite el intercambio de información y difusión sobre las contrataciones del Estado, así como la realización de transacciones electrónicas.*

Esta plataforma electrónica propia de las adquisiciones del Estado, queda diseñado para contener información y difundirla en su campo pertinente.

Artículo 68.—Obligatoriedad del uso del sistema electrónico de contrataciones del Estado. *Las entidades estarán obligadas a utilizar el sistema electrónico de contrataciones del Estado, sin perjuicio de la utilización de otros regímenes especiales de contratación estatal, según lo establezca el reglamento.*

En esta norma se amarra obligatoriamente el uso del sistema electrónico con el fin de que su utilización no quede a la mera voluntad de los entes públicos.

Artículo 69.—Administración del sistema electrónico de contrataciones del Estado. *El Organismo supervisor de las contrataciones del Estado, desarrollará, administrará y operará el sistema electrónico de contrataciones del Estado.*

En esta norma se focaliza la responsabilidad para los efectos de que no se diluya o difumine el órgano responsable por ese sistema.

Artículo 70.—Validez y eficacia de los actos. *Los actos realizados por medio del sistema electrónico de contrataciones del Estado, que cumplan con las disposiciones vigentes poseen la misma validez y eficacia que los actos realizados por medios manuales, pudiéndose sustituir para todos los efectos legales.*

Queda establecida la fuerza legal del sistema electrónico equiparable al sistema manual.

10. VENEZUELA, Ley de contrataciones públicas, 25 marzo del 2008; con reformas 24 de abril del 2009

Artículo 1.–Objeto. *El presente Decreto con rango, valor y fuerza de Ley, tiene por objeto regular la actividad del Estado para la adquisición de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras, con la finalidad de preservar el patrimonio público, fortalecer la soberanía, desarrollar la capacidad productiva y asegurar la transparencia de las actuaciones de los órganos y entes sujetos al presente decreto con rango, valor y fuerza de Ley, de manera de coadyuvar al crecimiento sostenido y diversificado de la economía.*

Se establece el ámbito de acción de la ley y la filosofía propia de la contratación pública.

Artículo 21.–Naturaleza Jurídica. *El Servicio Nacional de Contrataciones, es un órgano desconcentrado dependiente funcional y administrativamente de la Comisión Central de Planificación.*

Este Servicio nacional de contrataciones depende de la comisión central de planificación; en este caso no hay autonomía funcional, administrativa, económica o financiera.

Artículo 22.–Competencias. *El Servicio Nacional de Contrataciones debe ejercer la autoridad técnica en las materias reguladas por el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, tendrá las siguientes competencias:*

1. *Dictar el reglamento interno para su funcionamiento.*
2. *Emitir dictamen cuando así lo requieran las autoridades judiciales o administrativas.*
3. *Automatizar y mantener actualizada toda la información que maneja el Registro Nacional de Contratistas y demás unidades adscritas.*
4. *Crear o eliminar Registros Auxiliares.*
5. *Dictar los criterios conforme a los cuales se realizarán la clasificación de especialidad, experiencia técnica y la calificación*

ROMERO PÉREZ: Contratación administrativa electrónica en América Latina

legal y financiera de los interesados a los fines de su inscripción en el Registro Nacional de Contratistas.

6. *Suspender del Registro Nacional de Contratistas a los infractores del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, de acuerdo a los procedimientos previstos.*
7. *Diseñar y coordinar los sistemas de información y procedimientos referidos a la aplicación del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley.*
8. *Solicitar y recibir de los órganos y entes contratantes la programación anual de compras, así como la información de la contratación realizada.*
9. *Diseñar y coordinar la ejecución de los programas de capacitación y adiestramiento, en cuanto al régimen de contrataciones.*
10. *Solicitar, recabar, sistematizar, divulgar y suministrar a quien lo solicite, la información disponible sobre las programaciones anuales y sumario trimestral de contrataciones.*
11. *Establecer las tarifas que se cobrarán por la prestación de sus servicios, publicaciones o suministro de información disponible.*
12. *Estimular y fortalecer el establecimiento y mejoramiento de los sistemas de control de la ejecución de contrataciones de obras, bienes y servicios por los órganos y entes contratantes a que se refiere el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley.*
13. *Diseñar, coordinar y ejecutar las actividades de apoyo formativo y de gestión a los Consejos Comunales en la aplicación de las modalidades de contratación establecidas en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley.*
14. *Examinar los libros, documentos y practicar las auditorías y evaluaciones necesarias a las personas que soliciten inscripción o estén inscritas en el Registro Nacional de Contratistas, o bien hayan celebrado dentro de los tres (3) años anteriores, contratos con alguno de los órganos o entes regidos por el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley.*

Revista de Ciencias Jurídicas N° 121 (107-164) enero-abril 2010

15. *Solicitar, recabar, sistematizar los informes de la actuación o desempeño de contratistas durante la ejecución de contratos que celebren con los órganos o entes contratantes.*
16. *Denunciar ante la Contraloría General de la República, las posibles irregularidades que se detecten y remitir el expediente administrativo respectivo a los fines de determinar y aplicar las sanciones administrativas correspondientes.*
17. *Cualesquiera otras que le señale el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley y su Reglamento.*

Este sistema es el rector del campo de las contrataciones estatales, de acuerdo a las funciones citadas.

Artículo 79.—Garantías de los medios electrónicos. *Las modalidades de selección de contratistas previstas en este Decreto con rango, valor y fuerza de Ley, pueden realizarse utilizando medios y dispositivos de tecnologías de información y comunicaciones que garanticen la transparencia, honestidad, eficiencia, igualdad, competencia, publicidad, autenticidad, seguridad jurídica y confidencialidad necesaria.*

A los efectos de garantizar estos principios, el órgano o ente contratante debe utilizar sistemas de seguridad que permitan el acceso de los participantes, el registro y almacenamiento de documentos en medios electrónicos o de funcionalidad similar a los procedimientos, lo cual deberá estar previsto en el pliego de condiciones.

Se admite el uso de los dispositivos electrónicos con las seguridades correspondientes para garantizar la protección de los principios de la contratación administrativa.

Artículo 81.—Carácter optativo. *En las modalidades de selección del contratista, en las cuales se haya acordado el uso de medios electrónicos, debe garantizarse que los contratistas puedan participar utilizando estos medios o los demás previstos en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley.*

En cualquiera de los casos se tomará como válida la información que primero se haya entregado en la oportunidad fijada para ello.

No es obligatorio el uso de los medios electrónicos; sino que su utilización es voluntaria u optativa.

ROMERO PÉREZ: Contratación administrativa electrónica en América Latina

10. CONCLUSIÓN

En las legislaciones que hemos indicado subrayamos algunos aspectos de la contratación administrativa electrónica.

Por ejemplo los que se refieren a los convenios marco, plataformas electrónicas o digitales, catálogos electrónicos, organismos rectores de la contratación pública, tribunales administrativos encargados de solucionar los conflictos que se presentan en estas negociaciones, mecanismos de solución alterna de conflictos.

El presente y futuro de la contratación del Estado es electrónico, digital.

Toda la infraestructura de la negociación debe ser eficiente, transparente y de fácil acceso al público. Esto va unido a la buena gobernanza, buen gobierno o gobernabilidad. Lo que sucede es que por delante está el problema de la corrupción política y económica, en el sector privado y en el sector público.

Es fácil enunciar la transparencia y el buen gobierno utilizando la revolución tecnológica actual; pero, es sumamente difícil enfrentar con éxito la corrupción, la ineficiencia, negligencia y el derroche de los recursos de todo tipo a cargo de la Administración Pública en los países de América Latina.

No se trata de ser pesimista, sino de ser realista. Los hechos son los que marcan el derrotero de las políticas públicas.

Esta contratación pública digital debe entenderse formando parte del Gobierno electrónico. De este modo, la visión sobre el tema de las adquisiciones estatales se entiende de una mejor manera.

Por lo que respecta al Estado, electrónico o tradicional, no tenemos dudas en cuanto a que es inaceptable que los gobiernos amparen y faciliten la corrupción, que dificulten el escrutinio público sobre su forma de tomar decisiones, que no tomen en cuenta las necesidades de su población, que sean irresponsables y que no rindan cuentas (*Código Iberoamericano de buen gobierno*, respaldado por la XVI Cumbre iberoamericana, Montevideo, Uruguay, 2006, www.clad.org.ve).

GLOSARIO

Catálogo Electrónico: registro de bienes y servicios normalizados publicados en el portal electrónico, para su contratación directa como resultante de la aplicación de convenios marco.

Contratación en línea: proceso por el cual se usa la tecnología de computación y telecomunicaciones para lograr que todas las demandas de bienes y servicios por parte del gobierno se concentren en un solo punto de manera que los proveedores puedan encontrar las juntas y organizarlas. Asimismo, se encuentran en un solo punto la oferta de bienes y servicios por parte de los proveedores.

Contratación pública electrónica, e-procurement: es aquella negociación que se realiza con el Estado mediante la red de internet.

Convenio Marco: es la modalidad por la cual se selecciona a los proveedores cuyos bienes y servicios serán ofertados en el *catálogo electrónico* a fin de ser adquiridos o contratados de manera directa por las entidades contratantes en la forma, plazo y demás condiciones establecidas en dicho Convenio.

e-procurement: es la compra y venta entre empresas de productos y servicios a través de internet, así como de otros sistemas de información en red.

Gobierno digital: e-gobierno, *e-government*: gobierno electrónico, gobierno digital ó e-gobierno, es la puesta a disposición de las personas a través de la red de internet de información sobre acciones de gobierno, es decir información en la red sobre la gestión gubernamental.

Impactos de las Contrataciones Electrónicas:

Los potenciales impactos de las contrataciones electrónicas pueden ser clasificados en relación a sus beneficios:

- a) Transparencia;
- b) Costos y precios de transacciones más bajas;
- c) Ciclos de compras menores;
- d) Aumento de competencia;
- e) Mejor calidad; y
- f) Reducción de las oportunidades de corrupción.

ROMERO PÉREZ: Contratación administrativa electrónica en América Latina

Licitaciones Electrónicas o en Línea (e-GP): la aplicación de las TICs y de infraestructura en línea para la gestión, procesamiento, evaluación y generación de informes de licitaciones. Se puede generalizar para el conjunto de contratos que realiza el Estado, cualquiera que sea la modalidad de selección del contratista público que se use.

Medios Electrónicos: son instrumentos, dispositivos, elementos o componentes tangibles o intangibles que obtienen, crean, almacenan, administran, codifican, manejan, mueven, controlan, transmiten y reciben de forma automática o no, datos o mensajes de datos cuyo significado aparece claro para las personas o procesadores de datos destinados a interpretarlos.

Portal compras públicas: es el sistema informático oficial de contratación pública del Estado.

Sistema de Información de las Contrataciones Públicas: es el sistema informático que permite automatizar las distintas etapas de los procesos de contrataciones, desde la difusión de los requerimientos de bienes, locación, servicios u obras públicas hasta el cumplimiento total de las obligaciones contractuales y de la elaboración de datos estadísticos; la generación de información y su transmisión a través del uso de los medios remotos de comunicación electrónica de uso general, mediante la interconexión de computadoras y redes de datos, por medio del cual la Administración Pública, ponen a disposición de los proveedores y contratistas la información y el servicio de transmisión de documentación y la rendición de cuentas de los funcionarios y empleados públicos ante los organismos de control y la sociedad civil.

TICs, tecnologías de la información y la comunicación: son un conjunto de servicios, redes, software y dispositivos que tienen como fin la mejora de la calidad de vida de las personas dentro de un entorno, y que se integran a un sistema de información interconectado y complementario.

Token de seguridad (también token de autenticación o token criptográfico): es un dispositivo electrónico que se le da a un usuario autorizado de un servicio computarizado para facilitar el proceso de autenticación.

BIBLIOGRAFÍA

Ana, Armijos y Fernando Straface, directores *Costa Rica. Informe sobre el gasto público*. Capítulo 6: *garantías de aborro en las compras del sector público*. (Buenos Aires: Banco Mundial y Banco Interamericano de Desarrollo, 2009).

Azuela, Antonio. *Las compras del gobierno* (México: UNAM, Instituto de Investigaciones Sociales, 2006).

Revista de Ciencias Jurídicas N° 121 (107-164) enero-abril 2010

Barahona, Juan et al. *Hacia un modelo de compras electrónicas costarricense* (San José. Inédito, 2008).

Estrategia para la adopción, apropiación e implementación de un sistema de compras electrónicas en Costa Rica (San José: INCAE, 2009).

Barriuso, Carlos. *Administración electrónica* (Madrid: Dykinson, 2007).

Benavides, José Luis. *El contrato estatal entre el Derecho Público y el Derecho Privado* (Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2004).

Cairo, Heriberto. *Democracia digital* (Madrid: Trotta, 2002).

Campos, Christian (editor). *La Contratación Administrativa y su reglamento* (San José: EUNED, 2007).

Cascante, Wagner; López, Carla; Zúñiga, Alfonso; Rodríguez, Rodrigo. Suplemento especial. *La Contratación Administrativa* (San José: Contraloría Universitaria, Universidad de Costa Rica, Boletín Técnico Gestión y Control, julio 2007).

Cassagne, Juan Carlos. *El contrato administrativo* (Buenos Aires: LexisNexis, 2005).

Cassagne, Juan Carlos; Enrique Rivero Ysern. *La contratación pública* (Buenos Aires: Hammurabi-Depalma, 2 tomos, 2007).

Claro, Jorge. *Las compras y contrataciones del Estado en Centroamérica y República Dominicana*. Banco Interamericano de Desarrollo, Washington, abril, 2007.

Realidades, retos y desafíos de los sistemas de compras públicas en América Latina, et al. Organización de Estados Americanos OEA, 2006.

Concha, Gastón. *Resultados en la medición de madurez de portales de compra de América Latina*. (Washington DC: BID, enero 2008).

Del Piazzo, Carlos. *Acerca de la contratación pública electrónica* (Lima: Asociación de Estudios de Derecho Administrativo, Revista Peruana de Derecho Administrativo Económico No. 1, 2006, monográfica dedicada al tema de la contratación administrativa).

Dussán, Jorge. *Elementos del contrato estatal* (Bogotá: Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, 2005).

Fernández-Ruiz, Jorge. *Derecho Administrativo. Contratos* (México: Porrúa-UNAM, 2000).

ROMERO PÉREZ: Contratación administrativa electrónica en América Latina

- García de Enterría, Eduardo; Tomás Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo* (Madrid: Civitas, 2 tomos, 1999).
- Gasnell, Carlos. *¿Cómo contratar eficientemente con el Estado?* (Panamá: Sistemas Jurídicos S.A., 2003).
- González, Rodrigo. *La licitación pública y el contrato administrativo* (México: Porrúa, 2008)
- Guiridlian Javier. *Contratación pública y desarrollo de infraestructuras* (Buenos Aires: LexisNexis, 2004).
- Linares, Mario. *El sistema internacional de protección de la inversión de la inversión extranjera y los contratos públicos* (Lima: Grijley, 2006).
- Lucero, Manuel. *La licitación pública* (México: Porrúa, 2004).
- Péres, Marco. *Gobierno digital* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003).
- Pérez, Alejandro. *Renegociación de contratos públicos* (Buenos Aires: LexisNexis, 2002).
- Ramos, Daniel. *Licitación pública* (México: Escuela Nacional de Administración Pública, 2004).
- Rojas, Carlos; Juan Ramírez. *Contratación electrónica* (en *Gobierno digital*. Marco Péres, compilador, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003).
- Romero-Pérez. *La contratación administrativa* (San José: EUNED, 2002)
Derecho Administrativo (San José: EUNED, 2002).
- La contratación pública* (San José: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 2003).
- Contratos públicos y aeropuertos* (San José: Editorial Lex, 1999).
- La contratación administrativa electrónica* (San José: Universidad de Costa Rica, suplemento de ciencia y tecnología, mayo del 2009).
- Las compras públicas verdes* (San José: Revista de Ciencias jurídicas No. 120, 2009, Universidad de Costa Rica, Colegio de Abogados).
- Santamaría, Juan. *Fundamentos del Derecho Administrativo* (Madrid: editorial Ramón Areces, 1991).

Revista de Ciencias Jurídicas N° 121 (107-164) enero-abril 2010

Sarti, Néstor *Contrataciones públicas* (Buenos Aires: Ad Hoc, 2005).

Schapper, Paul; y, Joao Veiga Malta. *¿Cómo hacer para que el Estado compre mejor* (Argentina: revista Gobierno digital, No. 3, 2004, versión digital, www.gobiernodigital.org.ar)

Vargas, Jorge Enrique. *Contratación electrónica* (en *Gobierno digital*. Marco Péres, compilador, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003).

Vega, Mariela; Alejandro Ordóñez. *Contratación estatal* (Bogotá: Temis, 1999).

Documentos

Contraloría General de la República, San José Costa Rica. *Memoria anual del 2008. Informe sobre el estudio realizado en relación con los sistemas de compras electrónicas en el sector público de Costa Rica*. 1 de diciembre del 2008.

Organización para la cooperación y desarrollo económicos. *Metodología para la evaluación de los sistemas nacionales de adquisiciones públicas*. Versión 4, 10 de enero del 2007.

Organización Mundial del Comercio. *Acuerdo sobre contratación pública, 15 de abril de 1994*.

Organización de Naciones Unidas. *Ley modelo de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, 1994*.

Programa Interamericano de compras gubernamentales. *III Conferencia de las Américas sobre compras gubernamentales*. Lima, Perú. 28 al 30 de noviembre del 2006.





Revista de Ciencias Jurídicas N° 121 (165-186) enero-abril 2010

LA MENTIRA FORENSE
Los Delitos de Perjurio y Falso Testimonio
en el Código Penal de Costa Rica

Dr. Álvaro Burgos M.^()*

(Recibido 22/04/09; aceptado 23/11/09)

(*) Dr. Derecho Penal y Criminología, Máster Psicología Forense, Especialista en Ciencias Penales. Juez Superior Penal Juvenil y Juez de Juicio del II Circuito Judicial de San José; Catedrático de Derecho Penal Especial, y Criminología de la Facultad de Derecho de la UCR, Profesor de la Maestría en Ciencias Penales de la UCR. Prof. del Programa Doctoral en Derecho Penal de la U. Escuela Libre de Derecho y de la Maestría en Psicología Forense de la UNIBE.





BURGOS M.: La mentira forense...

RESUMEN

Los delitos de Perjurio y Falso Testimonio son frecuentemente confundidos en cuanto a sus características propias. Este trabajo resalta los elementos particulares y diferencias de ambos en Costa Rica.

Palabras claves: Perjurio, Falso Testimonio, mentira.

ABSTRACT

Perjury and False Testimony are two types of crimes frequently mistaken according to their own characteristics. This paper points out the particular elements and differences between both of them in Costa Rica.

Key words: Perjury, False Testimony, lie.



SUMARIO

Introducción

I) Delito de Falso Testimonio

- 1) Historia
 - a) El falso testimonio en el Derecho romano
 - b) El falso testimonio en el derecho canónico
 - c) El falso testimonio en la historia nacional
- 2) Bien jurídico tutelado
- 3) Verbo
- 4) Tipicidad objetiva
- 5) Tipicidad subjetiva
- 6) Tentativa
- 7) Autoría y participación
- 8) Agravantes

II) Perjurio

- 1) Historia
- 2) Verbo
- 3) Tipicidad objetiva
- 4) El bien jurídico tutelado
- 5) Tipicidad subjetiva
- 6) Diferencias entre el delito de falso testimonio y el peculado

Conclusiones

Bibliografía





INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como objetivo lograr diferenciar las características distintivas de dos delitos que se encuentran regulados en nuestro Código Penal. Estos son el delito de Falso Testimonio, así como el de Perjurio.

El delito de falso testimonio se encuentra regulado en el artículo 316, bajo el título de los Delitos en contra de la Administración de Justicia. Este trata acerca de las acciones u omisiones que hagan testigos, intérpretes, peritos entre otros a la hora de rendir declaración ante un ente jurisdiccional.

Por el otro lado, el delito de Perjurio se tutela bajo el título de los delitos que atentan contra la Autoridad Pública. Éste encuentra respaldo en el artículo 311 de dicho Código.

El perjurio trata acerca de mentir bajo juramentación de hechos propios.

Al analizar los dos delitos se pretende desglosar sus principales componentes para luego concluir estableciendo sus diferencias. Estos delitos a menudo son confundidos y sus términos se emplean inclusive por los mismos abogados de forma errada.

Es por ello, que en miras de lograr ayudar a establecer bien sus distinciones, se analizará diversa jurisprudencia nacional, así como doctrina extranjera.

I. DELITO DE FALSO TESTIMONIO

El delito de falso testimonio se encuentra situado bajo el título XIV del Código Penal, titulado Delitos contra la Administración de Justicia. Éste establece lo siguiente:

Artículo 316.- Falso testimonio.—*Será reprimido con prisión de uno a cinco años, el testigo, perito, intérprete o traductor que afirmare una falsedad o negare o callare la verdad, en todo o en parte, en su deposición, informe, interpretación o traducción, hecha ante autoridad competente.*



BURGOS M.: La mentira forense...

Si el falso testimonio fuere cometido en una causa criminal, en perjuicio del inculpado, la pena será de dos a ocho años de prisión.

Las penas precedentes se aumentarán en un tercio cuando el falso testimonio sea cometido mediante soborno.

Este delito encuentra asidero en nuestro código debido a que conviene reglamentar los procesos civiles y penales para que la Administración de Justicia logre una labor eficaz. Al ser su regulación de rebusta importancia para el sistema legal, este delito nos ha acompañado desde el derecho romano hasta nuestros días.

1. HISTORIA

a) El falso testimonio en el Derecho romano

El Derecho romano castigó el falso testimonio de dos distintas formas dependiendo entre el “*ius*” y del “*fas*.” El “*fas*” vedaba el juramento en falso y éste era visto como una ofensa a los Dioses y por ello, era castigable por éstos, mediante instituciones como la Ordalía. Sin embargo el *fas* no era castigado por el orden jurídico terreno. Jurar en falso era visto como una transgresión a la fidedignidad de la palabra; por tanto, era una violación a la moral del ciudadano romano.

En cambio el “*ius*” era utilizado para declaración testimonial falsa y se caracterizaba por la dureza de su efecto punible. En un primer momento, este delito fue castigado por las XII Tablas con la pena de precipitación desde el monte Tarpeio, para luego ser regulada por la ley del Talión y posteriormente con el destierro.

b) El falso testimonio en el Derecho canónico

El falso testimonio fue fuertemente castigado en el Derecho canónico, ya que quien lo cometiese estaba cometiendo un triple crimen: **1) Contra Dios**, ya que al mentir no solamente se estaba pecando sino que también se estaba cometiendo una blasfemia, ya que en toda juramentación se invocaba su nombre al principio y se le tomaba como testigo. Asimismo, cabe recordar que uno de los 10 Mandamientos que profesa la fe católica consiste en la prohibición de

jurar el nombre de Dios en vano; **2) Contra la sociedad**, ya que toda la sociedad se veía afectada si la administración de justicia no podía cumplir bien su función; **3) Contra la persona perjudicada con el falso testimonio.**

c) El falso testimonio en la historia nacional

Con el Código de Carrillo en 1841, se comienza hacer una distinción entre el peculado y el falso testimonio. El delito de falso testimonio se encuentra regulado entre los delitos correspondientes a los delitos contra la fe pública. Como bien lo establece el jurista Francisco Castillo, *“El falso testimonio no tuvo, empero, en este Código el carácter de delito religioso; muy por el contrario, la base de la punición era la existencia de un perjuicio, entendido éste como daño efectivo a los particulares”*.⁽¹⁾

En el Código penal de 1880 sigue, en términos generales, las posiciones del Código de Carrillo sobre el falso testimonio. Este código se distingue del anterior ya que la pena variaba según el mal causado por el falso testimonio. En materia penal, la pena variaba según la gravedad de la causa, ya que además el falso testimonio requería un perjuicio causado con la falsa declaración. El Código de 1880, a diferencia que el Código de Carrillo dio al juramento del testigo una función que nada tenía que ver con la religión, sino más bien con el daño efectivo que se le causare a un tercero. Como lo interpretó la antigua Sala de Casación de la época, por el *“peligro en que se pone a un tercero de ser condenado injusta e irremediabilmente debido a la acción maliciosa de los testigos”*.⁽²⁾

Con el Código de 1924, ya se comienza a regular el delito de falso testimonio bajo el título de los delitos contra la Administración Pública, en vez de contra la Fe Pública. El delito de falso testimonio que se encuentra regulado en el Código Penal de 1941 es sustancialmente el mismo que el de 1924.

(1) CASTILLO, FRANCISCO. *El Delito de Falso Testimonio*. Editorial Juricentro S.A. San José, Costa Rica. 1982, p. 30.

(2) Antigua Sala de Casación, 23 de noviembre de 1910, 3:17 pm.

2. BIEN JURÍDICO TUTELADO

El bien jurídico tutelado en el falso testimonio es el delito cometido contra la Administración Pública. Así lo ha establecido la Sala Tercera en su jurisprudencia indicando lo siguiente: *“el bien jurídico tutelado por la norma en cuestión [artículo 316] es la Administración de Justicia”*⁽³⁾ y que *“se desprende que con la falsedad de los testimonios... se lesiona el bien jurídico tutelado que es la recta administración de justicia”*.⁽⁴⁾ A pesar de que en el pasado costarricense y alguna doctrina todavía sostiene que el delito de falso testimonio es un delito contra la fe pública, otros distinguidos juristas en el mundo del derecho penal; como lo son Carrara y von Liszt sí siguen la corriente doctrinal dominante que afirma que la naturaleza del falso testimonio debe buscarse en la lesión al bien jurídico tutelado denominado Administración de Justicia. Según von Liszt,

“El Estado tiene el derecho a exigir la verdad a los ciudadanos, cuando actúa en interés del fin, atribuido por la ley, que es la Administración de Justicia. El Estado está obligado a confiar en la veracidad de la deposición testimonial. Cuando ella es falsa, se pone en peligro la exactitud y la justicia de las decisiones judiciales. El falso testimonio en consecuencia, se dirige contra la Administración Pública, en tanto que las autoridades deben recibir declaraciones testimoniales; es decir, en tanto que son órganos de la Administración de Justicia”.⁽⁵⁾

El concepto de “Administración de Justicia” ha de ser visto en concreto. El bien jurídico tutelado no es la Administración de Justicia como institución, sino como una que cumple una función estatal. Es por ello, que el titular de dicho bien jurídico es el Estado. Lo que se violenta no es la Administración como institución sino la actividad de justicia que

(3) Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Tercera, sentencia número 1421-2000 de las 9:30 a.m. del 15 de diciembre del 2000.

(4) Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Tercera, sentencia número 510-2000, de las 12:00 a.m. del 5 de julio del 2000.

(5) VON LISZT, “Die falsche Aussage vor Gericht oder öffentlichen Behörde nach deutschem und österreichischem Recht” Graz, 1877, pp. 19-20.

ésta ejerce y la cual si es transgredida, perjudica a la sociedad en su conjunto ya que la investigación judicial de la verdad se ve obstaculizada.

El falso testimonio protege solamente la Administración de Justicia nacional, que es la única respecto a la cual el Estado puede ejercer la función de Administrar Justicia; no la extranjera. Sin embargo, sí son punibles aquellas falsas declaraciones dadas en el extranjero relativas a un proceso que se desarrolla bajo nuestra jurisdicción por dirigirse contra la Administración de Justicia nacional.

3. VERBO

El falso testimonio no consiste en que haya una divergencia entre la realidad y lo que dice el testigo, sino más bien que el testigo haya percibido una cosa distinta a la que narra al Tribunal. Es decir, que haya una *malversación de los hechos para alterar la verdad y engañar al Tribunal*.

El delito de falso testimonio puede ser cometido mediante tres modalidades:

1. Afirmando
2. Negando
3. Callando

De conformidad con el artículo 316 del Código Penal, el falso testimonio puede ser realizado por acción (afirmando o negando en todo o en parte) u omisión (callando todo o en parte). La omisión o reticencia de un testimonio debe diferenciarse del simple silencio; el Dr. Castillo para ilustrar tal punto establece lo siguiente:

“(...) el que silencia la verdad sobre un hecho no declara y cuando no hay declaración no hay engaño al juez, lo cual sí ocurre en la reticencia. El silencio reticente sólo constituye falso testimonio cuando él equivale a la expresión de un hecho positivo contrario a la verdad y susceptible de introducir error en el proceso. Por ello no constituye falso testimonio ni la negativa a asumir el papel de testigo o de perito, ni la negativa a

BURGOS M.: La mentira forense...

prestar declaración una vez que se ha asumido el papel de perito o de testigo. La esencia de la ilicitud en el falso testimonio es la violación de la obligación de decir la verdad, y tal obligación la tiene el testigo, perito etc. sobre aquellos puntos esenciales, pertenecientes al "thema probandum", aun sin ser preguntado sobre tales puntos y aunque respecto a ellos el testigo hubiera tenido a acogerse al silencio, si de tal derecho no hizo uso expreso el declarante".⁽⁶⁾

4. TIPICIDAD OBJETIVA

El **sujeto activo** en el delito de falso testimonio está conformado por los siguientes sujetos: el testigo, los peritos, los intérpretes o los traductores. No obstante, este artículo se considera una norma penal en blanco, ya que para encontrar la definición de estos conceptos hay que remitirse a otras normas; como por ejemplo, las procesales. El término "testigo" como bien lo ha definido Castillo es "*aquel que depone con relación a hechos ajenos que le constan*", por el otro lado, hay dos modalidades de peritos: 1) El perito de parte, 2) El perito del proceso; a pesar de que hay doctrina que afirma lo contrario, los peritos no son auxiliares del juez.

El **sujeto pasivo** en el delito de falso testimonio es la autoridad competente que administra justicia. El delito de falso testimonio no solo se configura dando una falsa declaración ante autoridad judicial competente, sino que también cuando esa falsa declaración ocurre ante autoridad administrativa cuando realiza una actividad que implique materialmente el ejercicio de la función jurisdiccional.

Los **medios** en este delito son los siguientes: "deposiciones, informes, interpretaciones o traducciones." Las deposiciones testimoniales son declaraciones del testigo sobre su percepción de los hechos. (Deben ser tratados como hechos y no como valoraciones las apreciaciones del testigo sobre conceptos jurídicos simples o de conocimiento común, el juez es el encargado de hacer dicha valoración).

(6) CASTILLO, FRANCISCO. *El Delito de Falso Testimonio*. Editorial Juricentro S.A. San José, Costa Rica. 1982, pp. 42-43.

Asimismo, el dictamen pericial: Puede ser de 3 tipos: 1) Los que informan al juez de conocimientos teóricos generales pertenecientes a una rama del saber humano. 2) Los que informan al juez sobre determinadas conclusiones obtenidas de la observación de determinados hechos, previamente establecidos. 3) Los que el perito tiene que establecer en virtud de su saber especializado, después de analizar ciertos hechos.

Las conductas típicas en el delito bajo estudio son el de afirmar una falsedad, el de negar una verdad y el de callar la verdad mediante omisión o reticencia. Es por ello que el contenido del injusto en el falso testimonio es entonces la obligación de decir la verdad, la cual tiene todo ciudadano que haya asumido en un proceso la posición de perito, intérprete, traductor o testigo.

Para que exista falso testimonio, la acción u omisión realizada por el sujeto activo debe tener tres características. La primera es que debe de estar contenida en una declaración, informe, interpretación o traducción. Así pues, se debe de convertir la declaración, informe, interpretación o traducción en falsos; y ha de ser socialmente relevante.

El delito de falso testimonio requiere de varios elementos, entre ellos, los requisitos más importantes son los siguientes: Primero que todo, ha de darse un engaño o posibilidad de engaño al juez; y segundo ha de configurarse un daño o la posibilidad de daño a un inocente. La jurisprudencia costarricense de la Sala Tercera ha establecido al respecto lo siguiente haciendo alusión al delito de falso testimonio: *“es el tipo penal que reprime la conducta de mentir o faltar a la verdad en declaración vertida ante autoridad competente. (...) El delito de falso testimonio no resulta de comparar dos versiones expuestas en distintas fases del proceso, sino que castiga el simple hecho de no manifestar la verdad cuando el ordenamiento jurídico impone el deber de decirla y esto se puede demostrar a través de distintos medios, exista o no una declaración anterior del mismo sujeto”,*⁽⁷⁾ “[el delito de falso testimonio] se configura cuando se miente o se altera la verdad en condiciones en que se está obligado a decirla y no es ni siquiera necesario que la afirmación falsa se refiera a acciones que puedan constituir delito”.⁽⁸⁾

(7) Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Tercera, sentencia número 761-2003, de las 9:00 a.m. del 4 de setiembre del 2003.

(8) Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Tercera, sentencia número 1139-2001, de las 10:00 a.m. del 23 de noviembre del 2001.

BURGOS M.: La mentira forense...

La figura de falso testimonio no requiere juramentación, dicha circunstancia formal por sí misma no afecta la validez de los testimonios, ya que por la condición que ostentan están obligados por su cargo a decir la verdad. Dicha obligación se deriva del hecho de que el testigo debe exponer solamente los hechos que le consten personalmente, por haberlos percibido por sus sentidos. Con respecto a este punto, la Sala Tercera ha establecido lo siguiente:

“A pesar que nuestra normativa procesal establece que a todo testigo se le debe recibir juramento de decir verdad de todo aquello que declara, la simple omisión de esta formalidad no está sancionada con nulidad (Art. 211 C.P.P.), al punto que si las partes interesadas no exigen su cumplimiento, el acto se convalida (Art. 177 ibídem) (...) Unido a lo anterior, cabe mencionar que incluso la juramentación del testigo ni siquiera es un requisito o elemento sustantivo para la configuración del delito de falso testimonio, ya que lo que se busca con la tipificación de esta ilicitud en el artículo 316 del Código Penal es que la persona diga verdad de lo que conoce o sabe sobre un asunto, es decir, que no mienta, de tal suerte que la delincuencia se comete cuando se falta a dicha verdad, independientemente de que se le haya juramentado o no. No en vano, por ejemplo, lo cual compartimos, la Sala Tercera de la Corte resolvió sobre este tema lo siguiente: “(...) Tampoco llevan razón los recurrentes cuando argumentan que el juramento es requisito sine qua nom (sic) para que se constituya el delito de Falso Testimonio, pues el respectivo tipo (art. 314 ibid) lo que determina es que se “afirmare una falsedad, o negare o callare la verdad, en todo o en parte” en la deposición efectuada ante autoridad competente. Según puede apreciarse, entonces, de acuerdo con el bien jurídico tutelado, el interés radica en que la persona que declara, estando obligada a decir la verdad, cumpla con ese deber, pues la Administración de Justicia se lesiona igualmente con la falsedad vertida por el testigo juramentado como por el que no lo fue: “Si hay o no juramento, ello no tiene que ver nada con el carácter falso o verdadero de una declaración; quien declara, aún sin juramento, tiene la obliga-

Revista de Ciencias Jurídicas N° 121 (165-186) enero-abril 2010

ción de decir verdad” (Castillo, F.; “El Delito de Falso Testimonio”, Edit. Juricentro, 1982, p. 71; relacionada con el párrafo segundo de la p. 64)”. (Sala Tercera de la Corte, voto No. 235-F-94 de las 9:30 horas del 17 de junio de 1999).⁽⁹⁾

Para analizar el delito de falso testimonio hay dos teorías. La primera es **La teoría objetiva**, la cual afirma que una declaración, informe, etc. es falsa cuando ella no concuerda con su objeto; es decir cuando lo expresado difiere de la realidad. Por el otro lado, encontramos **la teoría subjetiva** que afirma que la declaración es falsa cuando ella no concuerda con lo sabido por el agente. No hay delito si el agente declara lo que sabe, aunque no concuerde con lo realmente acaeció. En Costa Rica se sigue la tesis subjetiva.

La naturaleza del delito de falso testimonio es el de **peligro**. Éste se consume en el momento en que se produce la declaración. El delito se configura cuando se ha concluido con todo y firma sin que se haya rectificado dicha declaración. La Sala Tercera se refirió en este respecto de la siguiente forma: *“al ser el delito de Falso Testimonio, un delito de **peligro concreto**, se consuma con el acto de incurrir en falsedad, sin que sea necesario para su configuración que se logre una resolución en determinado sentido. Lo que sanciona el legislador es la conducta de los testigos tendiente a poner en riesgo una decisión justa y legal, si al final la resolución no es la que el testigo pretendía, ello no afecta la tipicidad pues el dolo del falso testimonio se llena con el simple conocimiento de que lo que se afirma es falso y la voluntad de afirmarlo y poner en peligro la decisión de la autoridad...”*⁽¹⁰⁾

5. TIPICIDAD SUBJETIVA

Establece la doctrina que *“... No comete falso testimonio el testigo o perito solo por afirmar algo objetivamente falso o callar algo verdadero; sino cuando sabe que lo que dice es falso y cuando oculta algo que sabe. Por eso el dolo requiere conocimiento, conciencia y voluntad de afirmar lo falso o de negar lo verdadero. Quien miente creyendo decir la verdad, no comete falso testimonio, porque*

(9) Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Tercera, sentencia número 626-2007, de las 11:00 a.m. del 23 de noviembre del 2007.

(10) Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Tercera, sentencia número 510-2000, de las 12:00 a.m. del 5 de julio del 2000.

BURGOS M.: La mentira forense...

subjetivamente no miente..."⁽¹¹⁾ El delito de falso testimonio consiste en una declaración falsa que afecta la fuerza del proceso probatorio y como tal debe probarse que se cometió con la **intención de perjudicar**, ya sea al imputado o acusados o al menos al régimen de administración de justicia. Por tanto, se dice que este delito es Doloso. Asimismo, en el delito de falso testimonio cabe el dolo eventual, ya que basta con que sea potencial; es decir, que sea suficiente la posibilidad de ser engañada en sus decisiones. Así pues, resulta indiferente que influya o no en la resolución del proceso. Como lo señaló el señor Fiscal de la República, Francisco Dall'Anese, "*el delito de falso testimonio, desde una perspectiva subjetiva, es un delito doloso, quedando descartada cualquier conducta de tipo culposo, de tal manera que la coacción y el error que excluyen el dolo, e incluso el error culpable, convierten el referido delito en atípico*".⁽¹²⁾

6. TENTATIVA

Hay una gran parte de la doctrina que reconoce la posibilidad jurídica de la tentativa en el falso testimonio, sin embargo, de esos la gran mayoría está de acuerdo en dejarla impune. Como es un delito de peligro, la existencia de nulidad, absoluta o relativa, no hace desaparecer la existencia del delito de falso testimonio cometido. La infracción de normas procesales sancionadas con nulidad no puede quitarle al hecho ni su carácter típico ni antijurídico.

7. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

Al ser un delito especial propio y de propia mano, no impide que se apliquen a él las reglas de la participación secundaria; es decir, la *Instigación* y la *Complicidad*.

8. AGRAVANTES

Este tipo prescribe dos tipos de agravantes distintos. Primero que todo establece la Causa Criminal y segundo que todo, castiga más severamente el delito de falso testimonio cuando es cometido mediante soborno.

(11) FONTÁN BALESTRA, CARLOS. *Derecho Penal. Parte Especial*. Décimo quinta edición. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. Argentina. 1998, p. 922.

(12) Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Tercera, sentencia número 209-2007, del 7 de marzo del 2008.

II. PERJURIO

1. HISTORIA

Al igual que el delito de falso testimonio, el peculado tiene sus orígenes en el derecho romano. El derecho penal romano consideró al perjurio como un juramento en falso, que por lo tanto ofendía a los Dioses y era castigado por ellos. Consiguientemente, en el Imperio romano se empieza a juramentar bajo el nombre de los Dioses en los procesos jurisdiccionales, y por lo tanto su violación empezó a ser sancionado físicamente. Lo mismo ocurrió en la Edad Media, en donde se veía como una blasfemia al mentir invocando el nombre de Dios en vano. Actualmente, dicho delito a pesar de no ser sancionado uniformemente en todos los países; como por ejemplo, en España y Argentina, en Costa Rica ambos el perjurio en asuntos civiles y penales se considera un delito típico.

El delito de perjurio encuentra su asidero legal en el Código Penal costarricense bajo el título de los delitos contra la Función Pública. Éste prescribe lo siguiente:

“Artículo 311.- Perjurio.—Se impondrá prisión de tres meses a dos años al que faltare a la verdad cuando la ley le impone bajo juramento o declaración jurada, la obligación de decir la con relación a hechos propios.”

2. VERBO

El delito de Perjurio especifica la acción típica a *“Faltar con la verdad.”* Este delito no es de omisión, ya que para que éste se configure es indispensable que se afirme una falsedad o que se niegue ésta. Como lo estableció la Sala Tercera: *“para que se configure el delito de perjurio, se requiere que se falte a la verdad sobre hechos propios”*.⁽¹³⁾ Asimismo, al ser consultado al respecto por la Sala Tercera, la Procuraduría General de la República indicó en la consulta 1109-91 lo siguiente al hacer referencia a la acción en el Perjurio, *“Existe una gran diferencia entre la negativa a decir la verdad y la negativa a confesar y las conductas*

(13) Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Tercera, sentencia número 367-1996, de las 14:35 horas del 25 de junio del 1996.

BURGOS M.: La mentira forense...

delictivas del perjurio son comisivas (afirmar una falsedad o negar la verdad), mas la reticencia, el silencio o callar la verdad no configuran tal delincuencia”.⁽¹⁴⁾

3. TIPICIDAD OBJETIVA

El **sujeto activo** en el delito de Peculado es aquél quien declarare con relación a hechos propios, faltando a la verdad.

Los **elementos de modos** que se encuentran tutelados en el apartado bajo estudio son: 1) La declaración jurada, 2) El juramento. Estos elementos son indispensables para la configuración del tipo. Como lo estableció la Sala Tercera, *“...de tal forma, que la tipicidad del delito de perjurio que implica faltar a la verdad cuando la ley le impone bajo juramento o declaración jurada, la obligación de decirlo con relación a hechos propios se encuentra vigente, no existiendo fundamento para considerar que si los hechos demostrados en el presente caso se ubican en dicha tipicidad, con una motivación insuficiente se llegue a concluir que la es conducta es atípica”.*⁽¹⁵⁾

4. EL BIEN JURÍDICO TUTELADO

El delito de perjurio se encuentra ubicado en el Código Penal, entre los delitos contra la función pública. La figura parte de que el Estado puede exigir la verdad a los ciudadanos, cuanto actúa en interés del fin público atribuido por ley. Ello reviste especialmente importancia en la administración de justicia, en donde el perjurio busca proteger como lo sostiene la mayoría de la doctrina, *“la investigación judicial de la verdad”*. En este sentido, la Sala Constitucional costarricense ha establecido lo siguiente: *“El perjurio busca proteger como lo sostiene la mayoría de la doctrina, “la investigación judicial de la verdad”... “Se parte para sancionar la falta a la verdad, de que el proceso, independientemente de su naturaleza, constituye un servicio tendiente a lograr la realización del derecho, la armonía y la paz social, de*

(14) Procuraduría General de la República, consulta número 1109-91 interpuesta por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

(15) Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Tercera, sentencia número 372-2000, de las 12:00 a.m. del 21 de agosto del 2000.

manera que los componentes de la sociedad tienen el deber jurídico de colaborar con el Estado, para una mejor realización de la justicia".⁽¹⁶⁾ Este bien reviste importancia debido a que las pruebas son uno de los medios más adecuados para que el estado logre una equitativa Administración de Justicia.

El voto de la Sala Constitucional 6460-93 mencionado en el apartado anterior, sienta un importante precedente en el estudio del delito de peculado, ya que se cuestionaba su constitucionalidad con respecto al numeral 36 constitucional que reza lo siguiente:

“Artículo 36.—En materia penal nadie está obligado a declarar contra sí mismo, ni contra su cónyuge, ascendientes, descendientes o parientes colaterales hasta el tercer grado inclusive de consanguinidad o afinidad.”

Esto a primera entrada, entra en colación con lo prescrito por el artículo 311 (antes 309, al momento de ser redactado el voto constitucional bajo análisis), que prohíbe la verdad cuando la ley impone *“bajo juramento o declaración jurada, la obligación de decirla con relación a hechos propios.”* No obstante, la Sala Constitucional no compartió dicha tesitura estableciendo que el delito de Perjurio no es contrario al artículo 36 constitucional que da el derecho de abstenerse a declarar contra uno mismo, ya que no crea la obligación de declarar bajo juramento y la declaración que haya rendido en otro proceso, sólo puede concebirse como un elemento probatorio más de la causa, y nunca como una confesión. Es en este sentido que la Sala Constitucional establece lo siguiente:

“En esta materia, al imputado se le reconoce el derecho al silencio. Consecuentemente, no es posible derivar de él, un acto perjudicial para el acusado. En este sentido el Código de Procedimientos Penales prescribe la obligación del Juez de informar detalladamente al imputado “...que puede abstenerse de declarar sin que su silencio implique una presunción de culpabilidad” (artículo 278). De igual manera el imputado tiene derecho a no

(16) Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Constitucional, voto número 6460-93, de las 14:06 minutos, del 7 de diciembre de 1993.

BURGOS M.: La mentira forense...

declararse culpable (declarar contra sí mismo) y a que no se obligue a rendir declaración alguna y que si la rinde la misma se ajuste a las disposiciones constitucionales, que le garantizan el efectivo ejercicio de derecho de su defensa. Este principio se ve reafirmado por la disposición 41 de la Constitución Política la cual establece que "... toda declaración obtenida por medio de violencia es nula". Los derechos que en materia penal, le reconoce la Constitución Política al imputado, también se extienden, como ya se ha indicado en otras oportunidades, al proceso sancionatorio, en lo que resulte aplicable de acuerdo con su naturaleza. Por otra parte, no es posible deducir, de la disposición 36, ni siquiera en materia penal, un derecho fundamental del imputado a mentir en el proceso. Por el contrario, tal y como se ha venido indicando, el alcance de la garantía en cuestión se circunscribe al derecho de no declarar, de no ser obligado a ello, y al de no confesarse culpable".⁽¹⁷⁾

5. TIPICIDAD SUBJETIVA

El tipo subjetivo del delito de perjurio es el dolo. El dolo debe abarcar el conocimiento de que la declaración es falsa y que esa falsedad recae sobre lo se quiere probar con el juramento.

6. DIFERENCIAS ENTRE EL DELITO DE FALSO TESTIMONIO Y EL PECULADO

Con respecto a estos dos delitos la Procuraduría General de la República en una consulta interpuesta por la Sala Tercera, ésta indicó lo siguiente al contrastar ambos delitos:

"El perjurio se diferencia del delito de falso testimonio en que en éste último hay tres formas de comisión: afirmar una falsedad, negar la verdad y

(17) Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Constitucional, voto número 6460-93, de las 14:06 minutos, del 7 de diciembre de 1993.

Revista de Ciencias Jurídicas N° 121 (165-186) enero-abril 2010

callar la verdad. En cuanto al primero la doctrina se inclina por las dos siguientes formas: afirmar una falsedad y negar la verdad. Según el texto del 309 del Código Penal (Ahora 311) faltar a la verdad es "...afirmar una falsedad o negarla" mas el acto de callar la verdad no está penado, así como tampoco la negativa a declarar. Finalmente, la diferencia más obvia entre los dos delitos analizados, atañe a la diversa posición que asume el testigo y el confesante; así, el primero, narra hechos que no le son propios sino extraños, pero que entraron en su conocimiento por medio de los sentidos; el segundo, por el contrario, declara sobre hechos propios que le conciernen. Sobre la narración del primero se fundamenta la administración de justicia para impartirla; sobre el dicho del segundo no pende aquella atribución primaria del Estado sino el imperio de las decisiones de las autoridades, de ahí que sea un delito contra la Autoridad Pública". ⁽¹⁸⁾

CONCLUSIONES

La función jurisdiccional ha sido una de las potestades del Estado que datan décadas atrás. Desde tiempos de los romanos, esta función administrativa se ha internalizado como una función que reviste gran importancia, dado a que tiene bajo sus manos el ordenamiento de la sociedad, con base en procesos que en teoría ayudan a dirimir conflictos; logran a la medida de lo posible remediar el daño y castigan a los culpables. Es por ello, que para lograr llevar a cabo esta labor de forma eficaz, se requiere de una serie de mecanismos que ayuden a la Administración a ejercer bien dicha función. Uno de estos mecanismos son los delitos que punen el alterar la verdad procesal por tratar de hacer a la Administración caer en error. Estos delitos fueron los estudiados en los apartados anteriores; el delito de Falso Testimonio y el de Peculado.

Estos dos delitos a pesar de que son confundidos frecuentemente, son totalmente distintos, su mayor diferencia radica en que el

(18) Procuraduría General de la República, consulta número 1109-91 interpuesta por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

BURGOS M.: La mentira forense...

delito de falso testimonio regula la declaración de la verdad de sujetos activos quienes declaran acerca de hechos no propios que le constan; mientras que el Peculado tutela la obligación que tiene un sujeto de declarar honestamente hechos que le son propios. Asimismo, estos dos delitos se diferencian en los bienes jurídicos que resguardan ya que el primero tutela la Administración de Justicia, mientras que el otro tutela a la Administración Pública y el deber que tienen los ciudadanos de decirle la verdad.

Estos dos delitos son de suma importancia, pero sin embargo cada vez más aumentan los casos. Yo considero que estos delitos no pueden ser combatidos en papel, al escribirlos en una norma; más bien, éstos han de ser manejados de forma que se fortalezca la enseñanza de valores y éticas de la convivencia en sociedad, para que poco a poco las futuras generaciones crezcan respetando estos principios de honestidad y respeto.

BIBLIOGRAFÍA

- CASTILLO, FRANCISCO. *El Delito de Falso Testimonio*. Editorial Juricentro S.A. San José, Costa Rica. 1982, p. 30.
- FONTÁN BALESTRA, CARLOS. *Derecho Penal. Parte Especial*. Décimo quinta edición. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. Argentina. 1998, p. 922.
- VON LISZT. "Die falsche Aussage vor Gericht oder öffentlichen Behörde nach deutschem und österreichischem Recht" Graz, 1877, pp. 19-20.
- Zúñiga, Ulises. *Código Penal Costarricense*. Investigaciones Jurídicas S.A. República de Costa Rica. *Constitución Política*. 1948.
- Rodríguez, Víctor. *"Jurisprudencia Penal III"*. Editec Editores, S.A. San José, Costa Rica. Año II, N° 7, 1992.
- Estudios de Derecho Penal Especial. *"El Cobecho - Falso Testimonio"*. Editorial Jurídica Bolivariana.
- Antigua Sala de Casación, 23 de noviembre de 1910, 3:17 pm.
- Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Tercera, sentencia número 1421-2000 de las 9:30 a.m. del 15 de diciembre del 2000.
- Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Tercera, sentencia número 510-2000, de las 12:00 a.m. del 5 de julio del 2000.
- Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Tercera, sentencia número 761-2003, de las 9:00 a.m. del 4 de setiembre del 2003.
- Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Tercera, sentencia número 1139-2001, de las 10:00 a.m. del 23 de noviembre del 2001.
- Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Tercera, sentencia número 626-2007, de las 11:00 a.m. del 23 de noviembre del 2007.
- Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Tercera, sentencia número 209-2007, del 7 de marzo del 2008.
- Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Tercera, sentencia número 367-1996, de las 14: 35 del 25 de junio del 1996.
- Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Tercera, sentencia número 372-2000, de las 12:00 a.m. del 21 de agosto del 2000.

BURGOS M.: La mentira forense...

Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Tercera, sentencia número 1756-2006, de las 9:10 a.m. del 2 de noviembre del 2006.

Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Tercera, sentencia número 221-1997, de las 9:20 a.m. del 7 de marzo de 1997.

Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Constitucional, voto número 6460-93, de las 14:06 minutos, del 7 de diciembre de 1993.

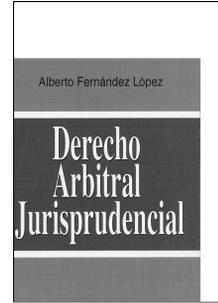
Procuraduría General de la República, consulta número 1109-91 interpuesta por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.



Reseñas bibliográficas a cargo del Dr. Jorge Enrique Romero Pérez

Gutiérrez, Carlos José. ***Bases para una historia social del derecho costarricense*** (San José: Aire en el agua editores, tomo uno 366 páginas, tomo dos, 340 páginas, 2008).

El Dr. *Rubén Hernández Valle*, expresa que *Don Carlos José* hizo aportes a las Ciencias Jurídicas patrias en tres dimensiones: en la enseñanza, en el académico y en el político (tomo uno, p. 10).



Tomo uno:

- Constitucionalidad y Estado
- Doscientos años de evolución en el desarrollo del sistema jurídico costarricense
- Costa Rica: la época liberal (1882-1936)
- El desarrollo del sistema jurídico
- Evolución de la justicia constitucional
- Las Constituciones legitimadoras
- Una convergencia del iusnaturalismo
- La década de los cuarenta
- Utilización política de la filosofía del derecho
- La reforma general de la Constitución
- Sobre el derecho a la salud
- Derecho a una muerte digna
- El extranjero en la Constitución costarricense
- Libertad, derecho y desarrollo político
- Utilidad y efectividad de las elecciones

Tomo dos:

En este tomo, el Dr. *Rogelio Pérez Perdomo* indica que *Carlos José* fue un participante muy importante del llamado *Movimiento de derecho y desarrollo* de la década de 1970, que trabajó sobre todo en la renovación de los métodos educativos en las escuelas de derecho y en una aproximación interdisciplinaria a la investigación jurídica (p. 9).



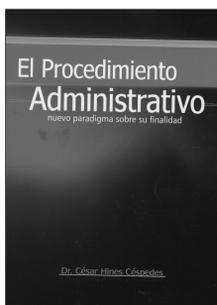
ROMERO-PÉREZ: Reseñas

- Santa Cruz y Carrillo: opinión sobre una vieja polémica
- El desarrollo de un sistema jurídico. Bases para una historia social del Derecho costarricense
- Desarrollo de la clase media: una historia social parcial del período 1945-1970
- Contadora, la democracia y el proceso de paz en Centroamérica
- Discurso pronunciado en el marco del Cuadragésimo período ordinario de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, New York, 25 de setiembre de 1985
- Explicación de la manera costarricense de solucionar diferencias políticas

- o -

Hines Céspedes, César. ***El procedimiento administrativo. Nuevo paradigma sobre su finalidad*** (San José: Isolma, 310 páginas, 2009)

En la *Presentación*, el Dr. Alvaro Enrique Mora Espinoza, afirma que el autor bien señala que una armoniosa interpretación desde el *Derecho de la Constitución*, y bajo el *principio de la intangibilidad patrimonial*, es necesario reconocer la obligación administrativa de indemnizar los daños provocados con la decisión unilateral de encausar a alguna persona sin razones legítimas.



Los títulos de esta obra son los siguientes:

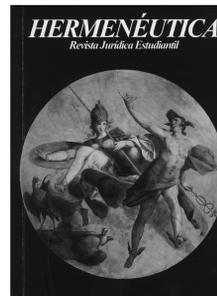
- I. Lenguaje, interpretación y desarrollo en el procedimiento administrativo
- II. Nueva retórica sobre la potestad punitiva de la Administración
- III. Una nueva visión de la finalidad del procedimiento sancionatorio

Revista de Ciencias Jurídicas N° 121 (187-196) enero-abril 2010

Revista Jurídica Estudiantil. Hermenéutica No. 18. 2009. Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. Dirección: *Alejandro Guevara*. 98 páginas.

Su contenido es el siguiente:

- En memoria del Dr. Gastón Certad Maroto. *Abogado Rodrigo Carranza Zúñiga*.
- Baruj de Spinoza. En torno de su teoría del Estado y de su *philosophia de tolerantia*.- *Profesor Diego Moya Bedoya*. Universidad de Costa Rica.
- Implicaciones jurídicas internacionales del proyecto minero Crucitas para Costa Rica.- *Profesor Nicolás Boeglin* Universidad de Costa Rica.
- El derecho al sufragio pasivo: una nueva interpretación. Estudiantes: *Felipe Echandi Lacayo, Gabriel Gutiérrez Castro*, Universidad de Costa Rica.
- Derecho penal del enemigo: su presencia actual (y, más que probable aumento) en el Código Penal costarricense. Estudiante *Federico Hong Beirute*, Universidad de Costa Rica.



- o -

Boletín Jurídico Virtual. Ius doctrina. Enero-julio, 2009, 149 páginas. Directora: Licda. Anahí Fajardo Torres. Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica.

El contenido de este Boletín es el siguiente:



- Justicia mediática. *Msc. Pablo Barabona Kruger*
- Aportes de Kant al concepto moderno de "Estado de Derecho". *Msc. Hubert May Cantillano*
- Análisis sobre la acción subrogatoria como tutela del derecho de crédito. *Msc. Jorge Jiménez Bolaños*
- ¿Inmunidad o impunidad parlamentaria? *Msc. Sonia Cordero Molina*
- GLIN: una ventana internacional de información jurídica. *Licda. Anahí Fajardo Torres y Licda. Alcira Cascante Ardón*

- o -

ROMERO-PÉREZ: Reseñas

Córdoba Ortega, Jorge, compilador. ***Temas de la Ley de Administración Pública y del Código Contencioso Administrativo*** (San José: Investigaciones Jurídicas S.A., 390 páginas, 2009).

Esta obra es el resultado de las *Jornadas de Derecho Administrativo: 30 años de la Ley General de la Administración Pública; y, el nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo*, celebradas en la sede de Occidente (San Ramón, Alajuela) en octubre del 2008.

El contenido de este libro es el siguiente:

- Consideraciones sobre los 30 años de la Ley General de la Administración Pública y análisis del Libro Primero, sus institutos y los derechos fundamentales de los administrados.- *Dr. Jorge Córdoba Ortega*
- Algunos principios en el procedimiento administrativo susceptibles de una reforma. *Dr. Cesar Hines Céspedes*
- De lo subjetivo a lo objetivo en la Responsabilidad civil de la Administración Pública en Costa Rica. Algunas ideas sobre el aporte de jurisprudencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. *Dr. Rafael González Bailar*
- La actividad procesal en el contencioso administrativo. *MSc. Hubert Fernández Arguello*
- Destrezas, oralidad e innovaciones en el proceso contencioso administrativo. *MSc. Roberto Gutiérrez Freer*
- Los procesos de ejecución de sentencias en el contencioso administrativo. *Dr. Fernando Castillo Viquez*
- La anulación de oficio de los actos declaratorios de derechos subjetivos y el proceso de lesividad como escudo reforzado para la protección efectiva de tales derechos. *Dr. Manrique Jiménez Meza*
- El test de legalidad y el instituto de la responsabilidad en la Ley General de la Administración Pública. *Dr. Rodolfo Piza Rocafort*

Temas de la Ley de
Administración
Pública y del
Código Contencioso
Administrativo

Jorge Córdoba Ortega
Compilador

– o –

Revista de Ciencias Jurídicas N° 121 (187-196) enero-abril 2010

Mora Espinoza, Alvaro Enrique. ***El deber de hacer de la Administración. Supuestos de inactividad material y su tratamiento jurisdiccional.*** (San José: Investigaciones Jurídicas S.A., 544 páginas, 2009).



En la *Introducción*, su autor el *Dr. Mora Espinoza*, nos señala que el planteamiento de la obra fue muy concreto: analizar las formas y supuestos en los que se configura y surge la inactividad material administrativa, así como su valoración jurisdiccional desde el ordenamiento jurídico vigente (p. 45).

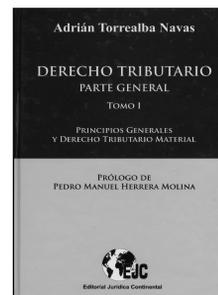
Este libro se divide en los siguientes capítulos:

- I. Conceptualización y ubicación terminológica
- II. Análisis de los diferentes supuestos que se derivan de la inactividad material administrativa
- III. Objeto y pretensión del recurso contencioso administrativo
- IV. Legitimación
- V. Requerimiento o reclamación previa
- VI. Procedimiento
- VII. Las medidas cautelares en relación con la inactividad material de la Administración Pública
- VIII. sentencia y ejecución

– o –

Torrealba Navas, Adrián. ***Derecho tributario. Parte general. Tomo I. Principios generales y Derecho Tributario Material.*** (San José: Isolma, 417 páginas, 2009).

El Dr. Pedro Manuel Herrera Molina, Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid, expresa en el *Prólogo*, que aunque esta obra constituya un Curso de Derecho Tributario costarricense, nos ofrece mucho más pues encontramos en ella un ensayo de Derecho comparado que resulta también de mucha utilidad para el tributarista español y latinoamericano (p. 16).

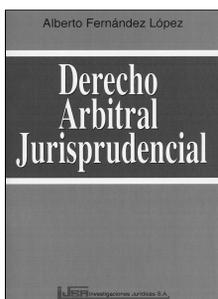


ROMERO-PÉREZ: Reseñas

El contenido del libro se divide en los siguientes capítulos:

- I. Introducción al Derecho Tributario. El tributo
- II. Principios constitucionales de ordenación de los tributos
- III. Principios sustantivos para la aplicación de los tributos
- IV. La relación jurídico-tributaria
- V. Los sujetos de la obligación tributaria
- VI. Elementos de cuantificación de la obligación tributaria
- VII. Extinción y garantías de la obligación tributaria

– o –



Fernández López, Alberto. ***Derecho arbitral jurisprudencial*** (San José: Investigaciones Jurídicas S.A., 439 páginas, 2009).

En la *Introducción*, su autor nos dice que tanto la Sala Primera como la Sala Constitucional han venido desarrollando y consolidando una prolífica jurisprudencia sobre el tema arbitral, la cual presentamos debidamente sistematizada (p. 32).

El contenido de esta obra, dividida en capítulos, es el siguiente:

- I. El arbitraje desde la perspectiva del Derecho de la Constitución
- II. La conciliación como medio alternativo de solución de conflictos y su distinción con el proceso arbitral
- III. Los principios procesales del procedimiento arbitral
- IV. El acuerdo arbitral y sus efectos procesales
- V. Tipología arbitral
- VI. Materias especiales tratables en sede arbitral
- VII. Materias excluidas del proceso arbitral
- VIII. Algunos aspectos procedimentales de especial relevancia en sede arbitral
- IX. El laudo arbitral
- X. Nulidad del laudo arbitral
- XI. El reenvío del laudo al tribunal arbitral
- XII. La ejecución del laudo arbitral

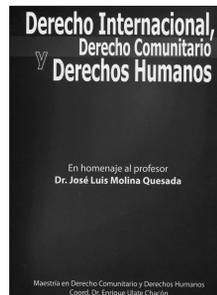
– o –

Ulate Chacón, Enrique, coordinador. ***Derecho Internacional, Derecho Comunitario y Derechos Humanos*** (San José: Maestría en Derecho Comunitario y Derechos Humanos, Universidad de Costa Rica, 546 páginas, 2009).

Esta obra es un homenaje al Profesor José Luis Molina Quesada.

El contenido de este libro es el siguiente:

- I. **Presentación.** Dr. Rafael González Ballar, Decano de la Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica
Semblanza de un hombre bueno. Prof. Gonzalo Monge Núñez. Profesor de Derecho Internacional Público, UCR
- II. **Reforma constitucional e Integración.** Dr. José Luis Molina Quesada. Discurso Académico, del acto inaugural del Seminario Internacional "Integración regional y Derecho Comunitario", 16 de setiembre, 2009.
- III. **Derecho internacional.** *La influencia del derecho de los derechos humanos en la transformación del Derecho Internacional.* Dr. José Thompsom
La vigencia del principio de Justicia Universal. Lic. Gonzalo Monge Núñez
- IV. **Derecho constitucional y Derecho comunitario**
La reforma constitucional, Ley No. 4123 del 31 de mayo de 1968. Lic. José Miguel Alfaro
El patrimonio constitucional europeo. Dr. Olivier Rémy Gassiot
El recurso de amparo en Centroamérica, como mecanismo interno de tutela de los derechos humanos. Dr. Ronald Salazar
Corte costituzionale e Corte di Giustizia delta Comunità Europea. Dr. Tommaso Giovannetti
Constitución, Ambiente y Responsabilidad. Dra. Ana Virginia Calzada Miranda
Los sistemas de gobierno en América Latina. Dr. Marvin Carvajal Pérez
- V. **Derecho Comunitario**
Las relaciones entre el Derecho Comunitario y los Derechos Nacionales: El caso español. Dra. Ma. Angeles Cano Linares



ROMERO-PÉREZ: Reseñas

La Unión Europea y Centroamérica: algunas semejanzas y diferencias. Msc. Michel Chartier Fuscaldó

La negociación del Acuerdo de Asociación entre Centroamérica y la Unión Europea como un reto hacia la Integración centroamericana. Msc. Carolina Palma

La cláusula centroamericana de excepción a la cláusula de la nación más favorecida. Dr. César E. Salazar Grande

VI. Derecho procesal comunitario

El Protocolo de Tegucigalpa y la Jurisdicción de la Corte Centroamericana de Justicia. Dr. Enrique Ulate Chacón

El principio de primacía del Derecho del MERCOSUR en las tres primeras opiniones consultivas del Tribunal de Revisión permanente. Dr. Alejandro D. Perotti.

VII. Derecho comunitario y Derechos Humanos

Derecho comunitario y derechos humanos.

Dr. Luis Paulino Mora Mora

Derecho Humano al Desarrollo, proceso o finalidad.

Dr. Rafael González Bailar

La tutela de los derechos fundamentales en los sistemas de integración latinoamericana. Dra. María Belén Olmos Giupponi

La consagración de los derechos del hombre en Europa y la afirmación de las garantías fundamentales.

Dra. Karla González Blanco

El combate al terrorismo internacional y protección de los derechos fundamentales en el ámbito de la Unión Europea.

Msc. Haideer Miranda Bonilla.

La evolución de los derechos humanos de tercera generación en el Derecho Comunitario Centroamericano a la luz de la experiencia europea. Msc. Max Fernández López

Derecho Comunitario y Derechos Humanos. Un aporte al Derecho internacional humanitario. Dr. Esteban Lemus Laporte

VIII. Derecho regional del ambiente y seguridad alimentaria.

Concurrencia de competencias ambientales entre regiones y Estados de la Comunidad Europea respecto al cumplimiento del Derecho Comunitario. Msc. Mariano Jiménez

Políticas y legislación en materia de bosques y biodiversidad agrícola en Centroamérica en función de la seguridad agroalimentaria. Msc. Jorge Cabrera Medaglia

Revista de Ciencias Jurídicas N° 121 (187-196) enero-abril 2010

Implicaciones jurídicas internacionales para Costa Rica de los recursos hídricos compartidos o transfronterizos.

Dr. Nicolás Boeglin

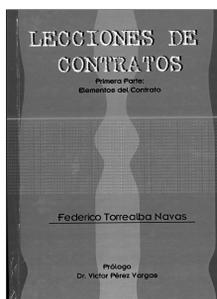
X. Supranacionalidad e integración. *Intergubernamentalidad y supranacionalidad en los procesos de integración regional.*

Dr. Ricardo Vigil Toledo

— o —

Torrealba Navas, Federico. ***Lecciones de contratos. Elementos del contrato.*** (San José: Isolma, 458 páginas, 2009).

En el *Prólogo*, el Dr. Víctor Pérez Vargas, señala que se exponen, en esta obra, los principios e instituciones de la teoría general del contrato y a la vez es encomiable el modo cómo el autor enriquece constantemente su exposición mediante la inserción de atinados ejemplos (p. 11).



El contenido de esta obra está dividido en lecciones, de la manera siguiente:

- 1.- El contrato
- 2.- Clasificación de los contratos
- 3.- La capacidad de contratar
- 4.- La formación del contrato
- 5.- Los vicios del consentimiento
- 6.- El objeto
- 7.- La causa
- 8.- La forma
- 9.- Nulidad, anulabilidad, inexistencia y otros conceptos



REVISTA DE CIENCIAS JURÍDICAS

Definición de la revista

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

REQUISITOS PARA LA PRESENTACIÓN DE ARTÍCULOS

1. Los artículos deben ser originales e inéditos.
2. El artículo no sobrepasará las 25 cuartillas tamaño carta y a doble espacio; y, se presentará con el tipo de letra *Times New Roman* en 14 puntos, las notas al pie de página en 12 puntos.
3. De cada artículo se presenta un original en papel y una versión electrónica (disquete o CD).
4. El título responde de manera concreta y específica al contenido del artículo. No extenderlo a más de ocho palabras.
5. El artículo se acompaña con:
 - a) Un resumen de seis líneas en español y en otro idioma.
 - b) Cinco palabras clave en español y en otro idioma.
 El autor es responsable de este punto 5.
6. Las páginas del artículo deben numerarse.
7. Cada trabajo presentado debe incluir la bibliografía utilizada. Esta se consignará al final y por orden alfabético del autor.
8. La bibliografía incluye los siguientes datos:
 - a) De libro: autor, año de la primera edición si está consignado, título del libro (subrayado), edición utilizada, ciudad, editorial, año, páginas.
 - b) De publicaciones periódicas: autor, título del artículo (entre comillas). Nombre de la publicación (subrayado), año, volumen, número, páginas.
 - c) De textos electrónicos: "Responsable principal. Título [tipo de soporte]. Responsable(s) secundario(s). Edición. Lugar de publicación: editor, fecha de publicación, fecha de actualización/revisión. Descripción física. (Colección). Notas. Disponibilidad y acceso [Fecha de consulta]. Número actualizado".

Ejemplo: "Library of Congress. *History and development of the Library of Congress machine-assisted realization of the virtual electronic library* [en línea]. [Washington, D.C.: Library of Congress], 15 June 1993. <gopher://lcmarvel.loc.gov:70/00/about/history> [Consulta: 5 mayo 1997]". (Fragmentos: *Norma ISO690*).
9. El autor del artículo debe indicar brevemente sus datos personales, profesionales, académicos, adscripción laboral, e-mail, teléfono y fax.

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



Impreso por
Litografía e Imprenta LIL, S.A.
San José, Costa Rica
www.lilicr.com
Tel. (506) 2235-0011
383877

