

ISSN
00347787

2008

ISSN
00347787

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO

COLEGIO DE ABOGADOS

REVISTA DE CIENCIAS JURIDICAS

REVISTA
de
CIENCIAS JURIDICAS
117



SEPARATAS

SAN JOSÉ, COSTA RICA
SETIEMBRE - DICIEMBRE

(Cuatrimestral)
2008

117

ISSN
00347787

2008

ISSN
00347787

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO

COLEGIO DE ABOGADOS

REVISTA DE CIENCIAS JURIDICAS

REVISTA
de
CIENCIAS JURIDICAS
117



SAN JOSÉ, COSTA RICA
SETIEMBRE - DICIEMBRE

(Cuatrimestral)
2008



117

Revista

340

R Revista de Ciencias Jurídicas / Universidad de Costa Rica. --
Nº 1 (1963). -- San José, C. R.: Litografía e Imprenta
LIL, S.A., 1963.
160 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 Director M.L. Profesor Alder Senior Grant; y, a la Profesora M.L. Carmen Carazo Coronado.

CONSEJO ASESOR Y EDITORIAL:

POR EL COLEGIO DE ABOGADOS:

Lic. Gilberfto Corella Quesada	Presidente
Licda. Marta Esquivel Rodríguez, Coordinadora de	Enlace
	Pro-secretaria
Licda. Roxana Pujol Sobalvarro	Secretaria
Lic. Alejandro Madrigal Benavides	Vocal 4

POR LA FACULTAD DE DERECHO:

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

COMITÉ CIENTÍFICO INTERNACIONAL:

Dra. Marcela I. Basterra	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
Dra. Yoselyn Bermúdez Abreu	Venezuela

Director y Editor

Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez

Hecho el depósito de ley

Impreso en Costa Rica

Revista de Ciencias Jurídicas N° 117, 2008, cuatrimestral.

ISSN: 0034-7787

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

Dirección de la revista digitalizada:

www.ij.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**

117

SAN JOSE, COSTA RICA
2008
SETIEMBRE - DICIEMBRE
(Cuatrimestral)

JUNTA DIRECTIVA
COLEGIO DE ABOGADOS

2008

Presidente:

Lic. Gilberto Corella Quesada

Vicepresidenta:

Dra. Marina Volio Brenes

Secretaria:

Licda. Roxana Pujol Sobalvarro

Prosecretaria:

Licda. Marta Esquivel Rodríguez

Tesorera:

M.Sc. María del Rocío Cerdas Quesada

Vocal 1:

Lic. Viamney Guzmán Alvarado

Vocal 2:

Lic. Rogelio Fernández Moreno

Vocal 3:

Licda. Patricia Vega Herrera

Vocal 4:

Lic. Alejandro Madrigal Benavides

Vocal 5:

Licda. Miriam Alvarez Ross

Fiscal:

Lic. Carlos Boza Mora

AUTORIDADES
UNIVERSITARIAS

Rectora:

Dra. Yamileth González García

Directora Consejo Universitario:

M.Sc. Marta Bustamante Mora

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:

Dr. Fernando Durán Ayanegui

PRESENTACION

En este número 117 del 2008, se publican artículos en Derecho de los tratados, tributario, económico internacional, comercial y penal.

Además, se incluyen las reseñas bibliográficas respectivas.

El director - editor

INDICE

	<i>Pág.</i>
<i>Presentación</i>	9
Ensayos:	
Los tributos propios de las comunidades como instrumentos de corresponsabilidad <i>Dra. M^a del Mar de la Peña Amorós</i>	13
Las reglas de la globalización: el derecho económico internacional <i>M.Sc. Gustavo Rivera Sibaja</i>	41
Derecho societario y normas de orden público <i>Dr. Gastón Certad M.</i>	63
Las cartas adjuntas y el acuerdo comercial con los Estados Unidos <i>Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez</i>	87
El delito de prevaricato en el derecho penal costarricense <i>Prof. Alonso Salazar</i>	119
Reseñas bibliográficas <i>Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez</i>	147

LOS TRIBUTOS PROPIOS DE LAS COMUNIDADES COMO INSTRUMENTOS DE CORRESPONSABILIDAD

Dra. M^a del Mar de la Peña Amorós

(Recibido 03/07/07; aceptado 10/03/08)

(*) Dra. en Derecho, Profesora de Derecho Financiero y Tributario, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia (España).
Dirección: Calle San Miguel, núm. 3, 1º Izquierda. 30.005 Murcia (España).
Mail: marpe@um.es
Teléfonos: 968367807 y 968287240; Fax: 968283750.

RESUMEN

Entre los recursos de las Comunidades Autónomas se encuentran los tributos propios. Se analizan en este artículo estos tributos, partiendo del concepto de los mismos y de los límites para su establecimiento. Finalmente se estudia si los citados recursos son, o no, adecuados para el logro del principio de corresponsabilidad fiscal.

Palabras clave: Financiación Autonómica, Comunidades Autónomas, Tributos propios, corresponsabilidad fiscal.

ABSTRACT

The funding of the Autonomous Communities comprises their own taxes. This article surveys these taxes; it analyzes their concept and limits for taxation. Finally, it assesses whether the aforementioned resources are adequate or not to attain the principle of tax co-responsibility.

Key words: Autonomous funding, Autonomous Communities, taxes of their own, tax co-responsibility.

SUMARIO

- I. Introducción
- II. Los tributos propios
 - a) Concepto de tributos propios
 - b) Límites al establecimiento de tributos propios
- III. Son, o no, los tributos propios un medio adecuado para el logro de la corresponsabilidad

Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN

El sistema de financiación autonómica español necesitaba lograr una mayor corresponsabilidad fiscal para superar algunos de sus defectos. La elección, de unos mecanismos u otros, para obtenerla, va a depender fundamentalmente del grado de corresponsabilidad que queramos que alcancen las Comunidades Autónomas.⁽¹⁾ Así se plantea en el Informe de la Comisión de Expertos, que señala expresamente, en relación con este tema, los siguientes interrogantes, “¿Es suficiente, en relación con este tema, los siguientes interrogantes, “¿Es suficiente que los ciudadanos sepan qué parte de los tributos que pagan a la hacienda central van a sus respectivas CCAA?, ¿Puede bastar con que las haciendas autonómicas compartan o colaboren con la hacienda central en la gestión tributaria, o, será preciso que las Comunidades Autónomas tengan que establecer y gestionar sus propios tributos?, ¿Existe en definitiva algún nivel de corresponsabilidad que como mínimo tengamos que alcanzar?”. Según la respuesta que demos a cada una de las interpelaciones planteadas, estaremos optando por un mayor, o menor, nivel de corresponsabilidad. Así, se considerará nivel óptimo aquél con el que se puedan alcanzar los objetivos a cumplir. La experiencia aclara que es necesario que las Comunidades tengan potestad normativa, y no sólo poder en cuanto a la recaudación o la gestión, pero no sabemos hasta donde debe alcanzar dicho poder.

Así pues, teniendo como fin a lograr, la consecución de la corresponsabilidad fiscal, podemos plantearnos, si son los tributos propios un recurso adecuado para el logro de este objetivo.⁽²⁾

(1) Un estudio de los diversos recursos de las Comunidades Autónomas tomando como referencia el principio de corresponsabilidad se lleva a cabo por ZORNOZA PÉREZ, Juan. *Los recursos de las Comunidades Autónomas*. Cuadernos y debates, núm. 8, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996.

(2) *Vid.* El análisis que sobre el uso de cada uno de los recursos se hace por PÉREZ DE AYALA BECERRIL, Miguel; CAÑAL GARCÍA, Fco. “La problemática de los tributos propios y cedidos. Evolución hacia los tributos compartidos” en AAVV. *Estudios del sistema de financiación autonómica*. EDERSA, Madrid, 2002, págs. 67 a 115.

II. LOS TRIBUTOS PROPIOS

El artículo 157.1 a) de la Constitución (CE) hace alusión, entre los recursos de las Comunidades Autónomas a “sus propios impuestos, tasas y contribuciones especiales”. Por su parte, la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA), señala también, en su artículo 4 a), estos recursos. Tras el reconocimiento de que las Comunidades Autónomas van a contar con sus propios tributos, se establecen dos requisitos a cumplir por las mismas en el momento de proceder a su creación:

1. Que se establezcan y exijan de acuerdo con la Constitución y las leyes.
2. Que no recaigan sobre hechos imposables ya gravados por el Estado.

Estos dos requisitos aluden de manera genérica al principio de jerarquía de las normas, y a la prohibición de doble imposición de determinadas manifestaciones de capacidad económica.

a) Concepto de tributos propios

Antes de iniciar el estudio de los límites para la creación de tributos propios debemos determinar qué se entiende por “tributo propio”. Si nos centramos en el calificativo “propio”, observamos que el mismo puede hacer referencia a dos aspectos distintos: en primer lugar, a que el tributo forma parte de su propio sistema tributario, suponiendo, por tanto, que el producto del citado tributo va a redundar en las arcas del ente del que señala su propiedad; o bien que, el ente titular del tributo tenga sobre él la facultad de establecimiento, por tanto sea un tributo cuyo establecimiento lleva a efecto el ente al que se atribuye la propiedad.

La mayor parte de la doctrina pone de relieve el hecho de la titularidad, y así, entre otros, MARTÍN QUERALT⁽³⁾ señala que, “al aludir a los impuestos regionales nos referimos a aquellas figuras impositivas

(3) MARTÍN QUERALT, J. *“La financiación de las Comunidades Autónomas según la Constitución” en AAVV. La financiación de las autonomías.* Conselleria de Economía y Hacienda del País Valenciano, Valencia, 1979, pág. 36.

cuyo establecimiento, gestión y recaudación se atribuyan a la propia región". También GARCÍA AÑOVEROS⁽⁴⁾ pone de manifiesto este aspecto y define el impuesto propio como aquél que es creado, regulado y gestionado por la propia Comunidad Autónoma. Así pues, consideramos que la nota definitoria de los tributos propios no es otra que el hecho de que la potestad normativa sobre los mismos es ejercida por la Comunidad Autónoma. De esta forma, concluimos que, son tributos propios aquellos en los que la Comunidad Autónoma determinará, tanto su establecimiento como sus elementos esenciales, y se ocupará de su gestión.

b) Límites al establecimiento de tributos propios

En el momento en que una Comunidad Autónoma opta por la creación de sus propios tributos, debe de saber que para hacerlo no goza de una total libertad, sino que está sometida a unos requisitos o límites que deberá respetar en todo caso,⁽⁵⁾ y que en ocasiones aludirán a la forma en que se tiene que realizar su creación, y en otras al contenido mismo del tributo.

b.1. Respeto al principio de jerarquía

Uno de los límites que parecen tener las Comunidades Autónomas en el momento de crear sus propios tributos viene establecido en la propia Constitución que en su artículo 133.2 señala que, "Las Comunidades Autónomas... podrán establecer y exigir tributos de acuerdo con la Constitución y las leyes", este límite lo encontramos también mencionado en el artículo 6.1 de la LOFCA.

Pero, qué quiere poner de manifiesto el legislador con esta matización. La alusión a la Constitución, parece hacer referencia al

(4) GARCÍA AÑOVEROS, J. "Informe sobre la modificación del sistema de financiación de las Comunidades Autónomas". *Hacienda Pública Española*, núm. 101, 1986, pág. 101.

(5) *Vid.* CASTILLO SOLSONA, M^a Mercedes. "La tributación de las Comunidades Autónomas". *Estudios Financieros*, núm. 190, enero, 1990, pág. 36. CHECA GONZÁLEZ, C. "Límites formales al establecimiento de tributos propios en las Comunidades Autónomas". *Alcabala*, núm. 28, 2001, págs. 147.

hecho de que, la creación de tributos que se lleve a efecto por parte de las Comunidades Autónomas, no puede ser contraria a los principios generales establecidos en la Constitución, tal y como sucede con el resto del ordenamiento español, pues en virtud del principio de jerarquía normativa, la Constitución es la norma suprema del ordenamiento y ninguna otra norma puede ir en contra de sus postulados. De aquí podemos destacar que, los tributos de las Comunidades Autónomas deben respetar lo establecido en el artículo 31.1 de la Constitución en donde se hace referencia a los principios que deben inspirar todo sistema tributario, y que no son otros que los de capacidad económica, igualdad, justicia y progresividad, teniendo este último como límite la no confiscatoriedad. Pero si esta alusión a la Constitución parece clara no lo es tanto la referencia a “las leyes”, que hace el propio artículo 133.2 CE.

El artículo 133.2, en este punto es una reproducción literal del artículo 5 de la antigua LGT.⁽⁶⁾ Esto supone la traslación de la letra de un precepto a un contexto totalmente diferente, dado que frente al Estado fuertemente centralizado y único titular del poder legislativo existente en el contexto de la antigua LGT, la Constitución se sitúa en el marco de un estado descentralizado, en el que las Comunidades Autónomas también gozan de poder para legislar.⁽⁷⁾ Así, en relación con este límite encontramos diversas posturas doctrinales más o menos estrictas. ALBIÑANA⁽⁸⁾ considera que el poder tributario de las Comunidades Autónomas se articularía a través de la ley del Estado para establecer sus impuestos. Otros, como RAMALLO,⁽⁹⁾ consideran que, “las Comunidades

(6) Artículo 5 “Las provincias y los municipios podrán establecer y exigir tributos dentro de los límites fijados por las leyes”.

(7) Señala el artículo 4.2 de la Ley 58/2003, que “las Comunidades Autónomas y las entidades locales podrán establecer y exigir tributos, de acuerdo con la Constitución y las leyes”.

(8) ALBIÑANA “El sistema tributario local” en *Curso de sistema fiscal español*. 4ª Edición, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 1983, pág. 701.

(9) RAMALLO MASSANET, Juan. “Incidencia de la constitución española de 1978 en materia de fuentes normativas de las Comunidades Autónomas”, en AAVV *Hacienda y Constitución*. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979, pág.119.

Autónomas establecerán los tributos regionales por medio de una legislación territorial de segundo grado que deberá atender a los principios constitucionales y que requerirá por lo menos un acto de derivación o autorización para establecerlos contenido en una ley de primer grado, es decir de las que tiene a la CE como único límite y condición”.

Por otra parte, también se ha matizado el tipo de leyes al que el texto constitucional alude, dado que en la actualidad encontramos diversos tipos de leyes (ordinarias, orgánicas y territoriales). En relación con este aspecto señalan PÉREZ DE AYALA Y GONZÁLEZ GARCÍA⁽¹⁰⁾ que, admitiéndose la potestad legislativa de las Comunidades Autónomas, y poniendo en conexión este precepto con el principio de reserva de ley establecido en el artículo 31.3 CE, sólo se posibilitan dos posiciones en torno a este problema:

1. Considerar que, las normas legislativas de las Comunidades Autónomas no satisfacen el principio de reserva de ley, lo que supone afirmar que las mismas no pueden servir de límite al ejercicio de la potestad normativa tributaria de las Comunidades Autónomas.
2. Considerar que éstas sí satisfacen el principio de reserva de ley, por lo que implícitamente se les reconoce el carácter limitado que le otorga el art. 133.2 CE.

Así pues, en el primer caso, el término “las leyes” se entiende referido a las leyes estatales ordinarias y a las orgánicas, mientras que en el segundo caben tanto las leyes estatales como las territoriales.

Entendemos pues, recopilando todos los matices señalados, que las Comunidades Autónomas podrán establecer sus propios tributos teniendo como límites tanto la Constitución como el resto de leyes, refiriéndose con este concepto el legislador a todas aquellas normas, tanto estatales como territoriales, que en función del principio de jerarquía normativa hayan de ser respetadas por las Comunidades Autónomas al establecer sus propios tributos.

(10) PÉREZ DE AYALA, J.L.; GONZÁLEZ GARCÍA, E. *Curso de derecho tributario*. Tomo I, 6ª Edición, Edersa, Madrid, 1991, pág. 149.

b.2. La prohibición de doble imposición interna

La convivencia dentro de un mismo territorio de tres sistemas tributarios distintos, el estatal, el autonómico y el local, puede suponer la existencia de doble imposición interna, es decir, que un mismo hecho imponible se grave tanto por el Estado como por la Comunidades Autónomas, o por la Entidad Local. Esta posibilidad ha sido en cierto modo prevista por el propio legislador, y así el artículo 6 de la LOFCA establece límites a la creación de tributos propios por parte de las Comunidades Autónomas, cuando los mismos recaigan sobre hechos imposables que se encuentran gravados por el Estado o por las Corporaciones Locales.⁽¹¹⁾

b.2.1) Prohibición de imposición autonómica sobre hechos imposables ya gravados por el Estado

El artículo 6.2 LOFCA señala expresamente que “los tributos que establezcan las Comunidades Autónomas no podrán recaer sobre hechos imposables gravados por el Estado”. Con esta norma se pone de relieve la prohibición de una doble imposición interna, es decir, que un mismo hecho indicativo de capacidad económica sea gravado dos veces, aunque tal gravamen se imponga desde dos entes territoriales diferentes. Este supuesto es el que algunos han dado en llamar superposición de impuestos en el interior de un país. Por tanto, tras otorgar a las Comunidades Autónomas libertad para crear tributos, se matiza que, la misma sólo se puede ejercer en relación con aquellas manifestaciones de capacidad económica que no son gravadas por el Estado. Esto supone limitar tremendamente, como a continuación estudiaremos, la posibilidad de crear tributos por parte de las Comunidades Autónomas.

Debemos señalar, en primer lugar, que el hecho de posibilitar que las Comunidades Autónomas crearan sus propios tributos, era un supuesto que provocaba un cierto temor ya que podía suponer una excesiva tributación para el conjunto de la sociedad. Por tanto, los

(11) Vid. CHECA GONZÁLEZ, Clemente. *Los impuestos propios de las Comunidades Autónomas. Ensayo de superación de las fuertes limitaciones existentes para su implantación*. Cuadernos de Jurisprudencia Tributaria, núm. 25, Aranzadi, Pamplona, 2002.

dictados del artículo 6.2 LOFCA parecen, en principio, frenar la posibilidad de sobregavar una serie de manifestaciones de capacidad económica, otorgándole únicamente a estos entes territoriales la posibilidad de crear tributos sobre materias aún no sometidas a tributación. Esto se pone de relieve en el Informe de la Comisión de Expertos sobre financiación autonómica en 1981, en el que se señala que “no es mucho lo que cabe esperar sobre las posibilidades que ofrece la financiación a través de tributos propios. En buena medida, las Corporaciones Locales y el Estado han agotado en su favor el campo de los hechos impositivos y poco es lo que resta en favor de las Comunidades Autónomas”.⁽¹²⁾ También el diputado PÉREZ ROYO puso de relieve, en el marco del debate parlamentario de la LOFCA, la escasa posibilidad que se daba a las Comunidades Autónomas para crear sus propios tributos.⁽¹³⁾

Si bien en el momento de elaboración de la normativa, parecía clara la enorme limitación de la creación de tributos por parte de las Comunidades Autónomas, las distintas interpretaciones que del mismo se han hecho, tanto por parte de la doctrina como por la jurisprudencia, no coinciden siempre en la mencionada restricción.

(12) Informe de la Comisión de Expertos sobre Financiación de las Comunidades Autónomas. Centro de Estudios Constitucionales, 1981, pág. 92.

(13) “Hay que indicar, de entrada, sin embargo, el escaso margen que de suyo, como consecuencia de la estructuración del sistema municipal y del sistema estatal, en definitiva de la técnica existente en los sistemas tributarios modernos, viene a quedar a la imposición autónoma de las Comunidades..., de las regiones y nacionalidades que integran el Estado español. En definitiva, se produce,... una absorción de los hechos impositivos por parte del sistema tributario estatal, un gravamen de los hechos impositivos residuales por parte de los municipios, y de hecho, yo me atrevería a decir, que el reto que van a tener los Consejeros de hacienda de las Comunidades Autónomas va a ser un reto de imaginación, van a tener que estimular poderosamente su imaginación para encontrar figuras tributarias, para gravar hechos impositivos que no estén ya gravados por el Estado o por el municipio, y sobre los cuales poder ejercer este poder de imposición autónoma”. En Dirección General de Coordinación con las Haciendas Territoriales. *Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas. El debate en las Cortes Generales*. Ministerio de Hacienda, Secretaria General Técnica, Madrid, 1982, págs. 416-417.

El análisis que del artículo 6.2 LOFCA se ha realizado por la doctrina, ha dado como fruto dos líneas distintas de interpretación del mismo, que se basan, primordialmente, en el significado que se debe dar a la expresión “hecho imponible”:

1. La primera entiende que la referencia que en el mismo se hace al hecho imponible conceptúa a éste como materia imponible, objeto material, riqueza gravada, de tal forma que quedaría prohibido, cualquier tributo autonómico que gravara riquezas que ya han sido sometidas a tributación por parte del Estado. Si observamos el sistema tributario estatal, veremos que en el mismo se someten a gravamen tanto la renta como el patrimonio y el gasto, lo cual pone de relieve la prácticamente inexistencia de manifestaciones de capacidad económica no gravadas por el mismo.⁽¹⁴⁾ Esta postura estaría en consonancia con la que se impuso en el momento de la redacción del artículo.
2. Por contra, existe otra postura según la cual, el término hecho imponible se debe interpretar en un sentido técnico jurídico, es decir, siguiendo el concepto que da la propia LGT en su artículo 20 como “presupuesto fijado por la ley para configurar cada tributo, y cuya realización origina el nacimiento de la obligación tributaria principal”. De esta forma, lo que prohibiría el artículo 6.2 es la existencia de un tributo autonómico cuyo hecho imponible fuera exactamente idéntico al de un impuesto estatal ya existente, por tanto, se consideraría aceptable la existencia de un tributo autonómico cuyo hecho imponible fuera ligeramente distinto del estatal⁽¹⁵⁾

(14) ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, Cesar “La coordinación financiera: problemática general”, en AAVV, *La coordinación financiera estatal, autonómica y local*. Generalitat de Catalunya, Escola d'Administració Pública de Catalunya, Barcelona, 1984, pág. 26. FERNÁNDEZ JUNQUERA (“Límites de las Cortes Generales al establecimiento de tributos por las Comunidades Autónomas”, en *El Tribunal Constitucional*. Volumen II, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981, pág. 1045.) señala en relación con la interpretación dada por ALBIÑANA que se trata de “una interpretación acertada de la expresión hecho imponible contenida en el artículo 6.2 LOFCA, lo que en definitiva se traduce en una limitación importante y sustancial, aunque a mi juicio necesaria, a la potestad normativa de estos entes”.

(15) VEGA HERRERO (“El principio de coordinación financiera en la Hacienda regional”, en *Organización Territorial del Estado*. Tomo IV,

Ambas líneas interpretativas llevan al absurdo, pues mientras la primera supondría la anulación prácticamente radical de la creación de tributos por parte de las Comunidades Autónomas, la segunda, en una línea totalmente contraria, supondría la inexistencia casi absoluta de prohibición, pues un ligero cambio en la configuración del hecho imponible del impuesto significaría un tributo distinto, siendo, por tanto, posible su creación.

Es por esta razón, por lo que existen autores que consideran interpretaciones intermedias entre ambas posturas, intentando conciliar, el hecho de que las Comunidades Autónomas deben gozar de cierta posibilidad de creación de tributos propios, junto con el hecho de que tal posibilidad no debe llevar a gravar una misma realidad por dos tributos distintos, aunque éstos se impongan por dos entes territoriales diferentes.

Así, señala RODRÍGUEZ BEREIJO⁽¹⁶⁾ que “la correcta interpretación del precepto debe moverse entre los dos valores en tensión, de una parte el respeto al sistema tributario del Estado y de otra el poder tributario propio que no puede quedar reducido a la nada por el Estado. Las Comunidades Autónomas no pueden establecer tributos cuyos elementos configuradores esenciales, elementos subjetivos y objetivos del hecho imponible, sean esencialmente iguales a los de un tributo estatal”.

FERREIRO LAPATZA,⁽¹⁷⁾ también opta por una postura ecléctica, basándose en la razón de ser del precepto, en su finalidad que no es

Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1984, pág. 1358) señala que “la alusión legal a los hechos imposables, en lugar de a objetos imposables, les supone a los entes autónomos una ampliación del margen en el establecimiento de su imposición propia, ya que caben impuestos del Estado en los que cabe la posibilidad de nuevos hechos imposables”. Se observa, por tanto, que la postura de la autora consiste en pensar que la mera modificación de uno de los elementos del hecho imponible del impuesto estatal haría que nos encontráramos ante un impuesto diferente y por tanto no supondría una doble imposición, ni una violación del art. 6.2 LOFCA.

(16) RODRÍGUEZ BEREIJO, A. “Una reflexión sobre el sistema general de la financiación de las Comunidades Autónomas”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 15, 1985, págs. 75 y 76.

(17) FERREIRO LAPATZA, J.J. *Curso de Derecho Tributario*. 18ª Edición, Marcial Pons, Madrid, 2.002, págs. 744 y 745.

otra que fijar una frontera a los impuestos de las Comunidades Autónomas, y establece que “las Comunidades Autónomas no pueden establecer tributos cuyos elementos configuradores esenciales sean básicamente iguales a los de un tributo estatal”.

Por ello, el artículo 6 de la LOFCA habla de hecho imponible no como hecho que origina el nacimiento de la obligación tributaria, sino como dice también el artículo 20 LGT, como “presupuesto fijado por la ley para configurar cada tributo y cuya realización origina el nacimiento de la obligación tributaria principal”.

Finalmente, ZORNOZA⁽¹⁸⁾ considera que es difícil dar una solución general a la interpretación del precepto, debiéndose considerar, en cada caso concreto, si se incumple, o no, el límite del artículo 6.2 LOFCA, teniendo como punto de referencia para la interpretación, la propia finalidad del precepto, que es, servir de frontera al poder tributario de las Comunidades Autónomas para que las mismas no invadan el campo de imposición estatal.

El Tribunal Constitucional, también ha dado su propia interpretación del artículo 6.2 de la LOFCA, con ocasión de los recursos de inconstitucionalidad presentados contra el Impuesto sobre Tierras Infrutilizadas creado por la Comunidad Autónoma Andaluza,⁽¹⁹⁾ y contra el Impuesto de dehesas calificadas en deficiente aprovechamiento de Extremadura.⁽²⁰⁾ La posición del Tribunal se fija en el primero de los recursos, resuelto por la STC 37/1987, de 26 de marzo, en la que se señala que “parece incuestionable, según resulta incluso de los términos literales del precepto, que el artículo 6.2 LOFCA no tiene por objeto impedir a las Comunidades Autónomas que establezcan tributos propios sobre objetos materiales o fuentes impositivas ya gravadas por el Estado, porque, habida cuenta de que la realidad

(18) ZORNOZA PÉREZ, J.J. “*Tributos propios y recargos de las Comunidades Autónomas*”. MAEDF, 1986-1987, Madrid, 1988, págs. 976-981.

(19) *Vid* en relación con esta sentencia CHECA GONZÁLEZ, C. “El Impuesto sobre Tierras Infrutilizadas de la Comunidad Autónoma Andaluza”. *Impuestos*, Tomo I, 1987, págs. 661-676.

(20) *Vid*. ALVAREZ ARROYO, Francisco. “El Impuesto Extremeño de Dehesas calificadas en deficiente aprovechamiento”. *Jurisprudencia Tributaria*, núm. 27, enero, 1994, págs. 15-21.

económica en sus diferentes manifestaciones está toda ella virtualmente cubierta por tributos estatales, ello conduciría, como se destaca por los representantes del Parlamento y del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía y por el Letrado del Estado, a negar en la práctica la posibilidad de que se creen, al menos por el momento, nuevos impuestos autonómicos. Lo que el artículo 6.2 prohíbe, en sus propios términos, es la duplicidad de hechos imponible, estrictamente". Posteriormente, en Sentencia de 7 de junio de 1993, corrobora esta doctrina en relación con el impuesto extremeño.

Por tanto, se observa que, el alto tribunal, opta por una interpretación puramente literal del artículo 6.2, lo cual supone dejar a las Comunidades Autónomas absoluta libertad a la hora de crear sus propios tributos, pues un simple cambio en la configuración de un hecho imponible gravado por el Estado, llevaría a que estuviésemos ante un supuesto diferente no contradiciendo de esta forma los límites marcados por el artículo 6.2 de la LOFCA.

Consideramos, la interpretación del tribunal demasiado amplia siendo más razonable la de aquellos autores que, teniendo en cuenta, por un lado la letra del precepto, y por otro, la finalidad del mismo han llegado a una postura intermedia en cuanto a la interpretación.

A pesar de que la doctrina jurisprudencial ha dejado vacía de contenido la limitación a la creación de tributos propios por parte de las Comunidades Autónomas, observamos que las mismas parecen haber entendido vedadas a su imposición aquellas parcelas que ya estaban gravadas por el Estado, pues entre los tributos autonómicos no encontramos ninguno que grave manifestaciones de riqueza ya gravadas por el Estado, si bien es verdad que políticamente no interesa la creación de impuestos autonómicos de gran repercusión social por parte de las Comunidades Autónomas.

Finalmente, debemos analizar qué quiere decir el legislador en el artículo 6.2 de la LOFCA con la expresión "gravados" por el Estado. Esta cuestión se pone de relieve por parte de la doctrina,⁽²¹⁾ que plantea la posibilidad de que determinados hechos sujetos a impuestos estatales,

(21) JIMÉNEZ COMPAIRED, I. *La imposición propia de las Comunidades Autónomas*. Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1994, págs. 295-301. VICENTE-ARCHE COLOMA, P. "Algunas reflexiones sobre los impuestos propios de las Comunidades Autónomas". *Palau 14*, núm. 23, mayo/agosto, 1994, págs. 12-15.

pero exentos de los mismos, puedan ser sometidos a tributación por parte de las Comunidades Autónomas. Por tanto, la cuestión se centra en determinar, si la expresión “gravados” se refiere a los supuestos efectivamente sujetos, y que generan por tanto la obligación de pagar el tributo, o si se están admitiendo, además, los supuestos sujetos pero exentos, es decir, aquellos hechos en los que a pesar de realizarse el hecho imponible, no nace la obligación de contribuir.

El hecho de optar por una u otra solución, supondría, que las Comunidades Autónomas tuvieran mayor, o menor, campo de creación de tributos. No obstante esta discusión, consideramos que es más razonable entender que con el término “gravados”, se quiere incluir todos los supuestos de sujeción, estén, o no exentos. De no admitir esta postura, estaríamos afirmando que ciertos hechos, que por motivos razonables no se someten a tributación por un impuesto estatal, sí que podrían tributar por un impuesto autonómico, lo que sería tanto, como, admitir que la exención otorgada por la ley estatal no tiene ninguna fundamentación, lo cual sería contrario al establecimiento de la propia exención. Además si permitiésemos que las Comunidades Autónomas pudieran someter a tributación supuestos de exención, estaríamos, en parte, contradiciendo el principio de seguridad jurídica, así como el de coordinación entre las distintas haciendas.

Si bien, hemos analizado hasta ahora que la Comunidad no puede en ningún caso establecer tributos sobre hechos imponibles gravados por el Estado, debemos señalar que, el Estado, por su parte, sí que puede hacer lo contrario, es decir, establecer tributos sobre hechos imponibles gravados por las Comunidades Autónomas, así se reconoce en el propio artículo 6.4 de la LOFCA. Esta invasión de la materia gravada por la Comunidad por parte del Estado, va a suponer que, la disminución de ingresos que las Comunidades sufran como consecuencia de esta medida, va a tener que suplirse mediante el establecimiento de medidas de compensación.

Por tanto, incluso el escaso ámbito que para la creación de tributos propios tienen las Comunidades, puede ser sustraído por parte del Estado, de tal forma que éstas estén aún más limitadas. Así pues, observamos que el Estado goza de una cierta superioridad respecto a las actuaciones llevadas a cabo por parte de las Comunidades Autónomas, si bien es verdad, que como ya vimos al inicio de este trabajo, le competen a él las tareas de coordinación.

b.2.2) La intromisión de las Comunidades Autónomas en el sistema tributario municipal: análisis del artículo 6.3 de la LOFCA

Al contrario de lo que sucede con la materia impositiva propia del Estado, en donde hemos observado cómo se prohíbe la imposición por parte de las Comunidades Autónomas, en el ámbito de la materia imponible reservada a las Corporaciones Locales no ocurre lo mismo. Tal vez con el único fin de aumentar un poco la posibilidad de que las Comunidades Autónomas establezcan sus propios tributos, el artículo 6.3 de la LOFCA señala, que “Las Comunidades Autónomas podrán establecer y gestionar tributos sobre las materias que la legislación de Régimen Local reserva a las Corporaciones Locales, en los supuestos en que dicha legislación lo prevea y en los términos que la misma contemple. En todo caso deberán establecerse las medidas de compensación o coordinación adecuadas en favor de aquellas Corporaciones, de modo que los ingresos de las mismas no se vean mermados ni reducidos tampoco en sus posibilidades de crecimiento futuro”. Así pues, las Comunidades Autónomas parecen tener libertad para invadir el campo de imposición propio de las Corporaciones Locales, si bien dicha invasión se encuentra limitada, como luego analizaremos, a aquellas materias que expresamente se señalen por la legislación de régimen local.

Se refiere el artículo, expresamente, a la creación o establecimiento de tributos. Una vez más, tal y como señala JIMÉNEZ COMPAIRED,⁽²²⁾ la especie absorbe al género, y tal referencia debemos entenderla hecha a la posibilidad de crear o establecer impuestos. Estamos de acuerdo con el autor cuando señala que “resultaría absurdo el establecimiento de un tributo autonómico relacionado con un servicio prestado con un ayuntamiento, por cuanto un tributo de esa naturaleza se destina a financiar, en todo o en parte el coste de dicho servicio”. Por tanto, lo que realmente posibilita el citado precepto es la creación o establecimiento de impuestos, y no de las otras clases de tributos, como son las tasas y las contribuciones especiales.

Tras establecer la posibilidad de creación y gestión de impuestos el legislador limita la misma a las “materias que la legislación de

(22) JIMÉNEZ COMPAIRED, I. *La imposición propia de las Comunidades...* op. cit., pág. 42.

régimen local reserve a las Corporaciones Locales”. Se observa que, a diferencia de lo que sucedía en el párrafo 2 del propio artículo 6 LOFCA, en este caso se utiliza la expresión materia,⁽²³⁾ frente a hecho imponible. ¿A qué se refiere el artículo cuando habla de materia? El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 37/1987, y en relación con el análisis del artículo 6.2 LOFCA, señala que por materia debe entenderse toda fuente de riqueza, renta o cualquier otro elemento de la actividad económica que el legislador decida someter a la imposición.

La doctrina, tomando como base el estudio conjunto de los distintos párrafos del artículo 6, no es unánime en la interpretación del citado término, máxime si tenemos en cuenta que en las distintas fases de tramitación parlamentaria del artículo 6.3, se fue cambiando la redacción del artículo y con ello el posible sentido que se debe de dar al mismo. ADAME MARTÍNEZ⁽²⁴⁾ y JIMÉNEZ COMPAIRED⁽²⁵⁾ consideran, tomando como base argumentos diferentes, que la expresión materia debe ser interpretada como sinónimo de hecho imponible, pues de no ser así, el artículo supondría una ampliación excesiva de la prohibición de establecer impuestos propios por parte de las Comunidades Autónomas, lo cual iría en contra de la filosofía que del artículo 6 parece haber dado el Tribunal Constitucional.⁽²⁶⁾

(23) YEBRA MARTUL-ORTEGA, Perfecto (“La absorción por las Comunidades Autónomas de la materia imponible de las Corporaciones Locales”. *Impuestos*, 1985, tomo II, pág. 209 a 213) señala cual es el proceso de formación legislativa del artículo 6.3, haciéndose referencia a como se sustituyó el término hecho imponible por el de materia en el proceso de formación legislativa del citado artículo.

(24) ADAME MARTÍNEZ, Francisco David. *Tributos propios de las Comunidades Autónomas*. Comares, Granada, 1996, págs. 107 a 110.

(25) JIMÉNEZ COMPAIRED, Ismael. *La imposición propia de las Comunidades*. Op. cit., págs. 309 a 312.

(26) El Tribunal Constitucional, como ya se ha visto a propósito del artículo 6.2 LOFCA, consideraba que no era posible una interpretación estricta, del precepto si esto suponía el dejar prácticamente inoperante la posibilidad de que las Comunidades Autónomas creasen sus propios impuestos.

Por su parte, YEBRA MARTUL-ORTEGA⁽²⁷⁾ y PITA GRANDAL,⁽²⁸⁾ entre otros, piensan que se debe hacer una interpretación literal del precepto, considerando, por tanto, que cuando el legislador habla de materia se está refiriendo a materia imponible y no a hechos imposables, como señalan los autores antes citados.⁽²⁹⁾

En nuestra opinión, es más lógica la segunda de las interpretaciones, pues, si bien es razonable partir de una interpretación conjunta de los apartados 2 y 3 del artículo 6, de la mera lectura de ambos observamos que, mientras el primero de los citados supone una limitación a la potestad de establecer tributos, el segundo, por el contrario parece, que intenta ampliar el poder de imposición. Esta distinción en cuanto a los fines es razonable que se pueda traducir también en una diferente interpretación, que estaría motivada, en ambos supuestos, por un mismo sentido finalista, cual es, el hecho de intentar ampliar al máximo las posibilidades de establecer impuestos propios por parte de las Comunidades Autónomas.

No son todas las materias imposables las que pueden ser sometidas a tributación por las Comunidades Autónomas, sino que las mismas han de estar previstas por la legislación local. Así pues, se complementa la previsión de una ley orgánica con una regulación llevada a efecto por una ley ordinaria. En relación con esta cuestión, plantea YEBRA MARTUL-ORTEGA,⁽³⁰⁾ hasta qué punto una ley ordinaria, como es la del Régimen Local, puede reducir, hasta incluso hacer inoperante, las disposiciones contenidas en Leyes Orgánicas que

(27) YEBRA MARTUL ORTEGA, Perfecto. "La absorción por las Comunidades Autónomas de la materia imponible de...". *Op. cit.*, págs. 221 y 222.

(28) PITA GRANDAL, Ana María. "Reflexiones en torno a los límites de la previsión contenida en el artículo 6.3 de la LOFCA". *Impuestos*, 1987, tomo II, págs. 143 y 144.

(29) De acuerdo con esta segunda postura esta la doctrina del Tribunal Constitucional que interpreta este artículo 6.3 de la LOFCA en su Sentencia 289/2000, de 30 de noviembre, y afirma que "el segundo límite reconduce la prohibición de duplicidad impositiva a la materia imponible efectivamente gravada por el tributo en cuestión, con independencia del modo en que se articule por el legislador el hecho imponible".

(30) YEBRA MARTUL ORTEGA, Perfecto. "La absorción por las Comunidades Autónomas de la materia imponible de ...". *Op. cit.*, pág. 230.

desarrollan la Constitución, como es el caso de la LOFCA. GARCÍA DE ENTERRIA Y T.R. FERNÁNDEZ⁽³¹⁾ se amparan en lo expuesto por el Tribunal Constitucional, en Sentencia 137/1986, de 6 de noviembre, para señalar que, no existe, en principio, imposibilidad constitucional para que la ley orgánica llame a la ordinaria a integrar en algunos extremos sus disposiciones de desarrollo, dando así lugar a una colaboración entre normas, que no diferirá de la relación, que en los casos de reserva de ley puede establecerse entre ésta última fuente y el reglamento. Esa colaboración es, por tanto, lícita, siempre que no se traduzca en un reenvío en blanco o en condiciones tan laxas que vinieran a defraudar la reserva que a favor de la ley orgánica se establece por la Constitución.⁽³²⁾

Pero, centrándonos propiamente en las materias impositivas reservadas a las Corporaciones Locales, observamos que la Ley Reguladora de las Haciendas Locales señala las siguientes: la riqueza inmobiliaria, urbana o rústica; la mera actividad empresarial, profesional o artística; la titularidad de los vehículos de tracción mecánica; la realización de construcciones, instalaciones y obras; la transmisión de terrenos de naturaleza urbana y la titularidad de los cotos de caza o pesca. Sin embargo, como ya hemos señalado, no todas las materias reservadas a la imposición de las Corporaciones Locales, pueden ser sometidas a tributación por la Comunidad Autónoma. El artículo 6.3 de la LOFCA precisa que para que esto sea posible es necesario que la legislación de régimen local prevea tal posibilidad. Así pues, ¿qué supuestos ha previsto expresamente la legislación de régimen local? Fue necesario esperar a la aprobación de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre,

(31) GARCÍA DE ENTERRIA, E.; FERNÁNDEZ, T.R. *Curso de Derecho Administrativo I*. 5ª Edición, Madrid, 1990, págs. 159-161.

(32) Considera CHECA GONZÁLEZ (“La prohibición de establecimiento de impuestos propios regionales sobre materias reservadas a las Corporaciones Locales. Análisis crítico del artículo 6.3 de la LOFCA”. *Nueva Fiscalidad*, núm. 2, mayo, 2002, págs. 13 y 14) que “en la remisión efectuada por el artículo 6.3 de la LOFCA a la legislación ordinaria reguladora de las Haciendas Locales no se establece ningún tipo de limitación ni de especificación respecto a cuáles son, y con que alcance, las materias de índole tributaria reservadas a las Corporaciones Locales, nos encontramos, en suma, a mi juicio, en presencia de una remisión en blanco por parte de una Ley Orgánica a una ley ordinaria, remisión ésta que, incurre meridianamente en la ilegitimidad denunciada por la doctrina del Tribunal Constitucional”.

Reguladora de las Haciendas Locales, la cual en su Disposición Adicional Quinta ponía de relieve que las Comunidades Autónomas podrán establecer y exigir impuestos, en relación con la materia imponible gravada por el Impuesto sobre Vehículos de Tracción Mecánica, así como con la gravada por el Impuesto municipal sobre Gastos Suntuarios, en su modalidad de aprovechamiento de cotos de caza o pesca.⁽³³⁾

El propio artículo 6.3 matiza aun más, y determina que, la exigencia de los tributos sobre las materias reservadas a las Corporaciones Locales, se llevará a cabo en los términos que la legislación de régimen local prevea. Por tanto, dicha legislación no sólo se limita a señalar las materias, sino que determina también el modo de establecer los tributos, que es distinto en cada una de ellas.

En relación con la materia gravada por el Impuesto sobre Vehículos de Tracción Mecánica, se plantea la incompatibilidad entre un posible impuesto autonómico y el impuesto municipal, de tal forma que si alguna Comunidad Autónoma hiciese uso de la potestad de establecer un impuesto sobre esta materia, esto supondría, de manera automática, la supresión del impuesto municipal por parte de los ayuntamientos comprendidos en el ámbito territorial de tal comunidad. ¿Se daría tal incompatibilidad aun en el supuesto en que el hecho imponible de ambos impuestos no fuera exactamente el mismo? Tal y como hemos señalado anteriormente, algunos autores consideran, que se pueden establecer distintos hechos imponibles en relación con la misma materia, en estos casos, nos encontraríamos con dos impuestos distintos que gravan supuestos diferentes, pero, aun así, tendríamos que considerarlos incompatibles, ya que donde la ley no distingue no tenemos por que distinguir nosotros, y la ley en ningún caso hace depender la incompatibilidad de que graven exactamente el mismo hecho imponible.

(33) Esta última materia susceptible de gravamen se incorporó al texto de la Ley reguladora de las Haciendas Locales por la Disposición Adicional 19ª de la Ley 18/1991, de 6 de junio. Tal incorporación estuvo motivada por la aprobación del Impuesto sobre Aprovechamientos Cinegéticos, por la Ley 8/1990, 21 de diciembre, de caza, por la Comunidad de Extremadura. Este impuesto se había recurrido ante el Tribunal Constitucional, intentándose, por tanto con esta modificación de la ley dar un respaldo constitucional a un impuesto que en principio gravaba una materia de las que la legislación local no reservaba a las Comunidades autónomas.

Por el contrario, si el impuesto se establece en relación con la otra materia citada, es decir, sobre la que es gravada por el Impuesto municipal sobre Gastos Suntuarios, en su modalidad de aprovechamiento de cotos de caza y pesca, no se establece en principio incompatibilidad entre el impuesto municipal y el autonómico. Sin embargo, señala la ley que, la cuota que se pague por el impuesto municipal se deducirá de la que corresponda pagar por el impuesto autonómico, por tanto a pesar de que no se prohíbe la doble imposición, la misma no se llega a producir ya que el legislador prevé medidas concretas para evitarla.

Así pues, a pesar de que en el primer supuesto se establezca la incompatibilidad y en el segundo no, los efectos económicos son los mismos, pues, en último término el ciudadano sólo ha de pagar por el impuesto autonómico, pudiendo considerarse, en el segundo de los casos que el impuesto municipal es, en cierto modo, un pago anticipado de parte del impuesto autonómico. Ahora bien, esta última afirmación no es cierta del todo pues, qué sucedería si la cantidad a pagar por el impuesto municipal fuese superior a la del impuesto autonómico. En este caso, no se producirán los mismos efectos, pues a pesar de que la Disposición adicional quinta de la Ley 39/1988 señala que la cuota del impuesto municipal se deducirá de la del impuesto autonómico, parece que no tendría sentido que el impuesto autonómico fuese negativo, es decir tuviese la Comunidad Autónoma que devolver dinero al ciudadano, máxime cuando no es la misma la administración titular de la recaudación.

Finalmente, el artículo 6.3 LOFCA establece una precisión al señalar que, “en todo caso, deberán establecerse las medidas de compensación o coordinación adecuadas a favor de aquellas Corporaciones Locales, de modo que los ingresos de tales Corporaciones Locales no se vean mermados ni reducidos tampoco en sus posibilidades de crecimiento futuro”. Con esto, se intenta evitar que las Entidades Locales vean minorados sus presupuestos, como consecuencia de la potestad de imposición ejercida por las Comunidades Autónomas. Por tanto, la Comunidad que decida ejercer tal potestad de imposición está obligada, por su parte, a entregar parte de lo recaudado a las Corporaciones Locales en ella comprendida. Esto, nos llevaría a afirmar, que el hecho de que la Comunidad ejerza tal potestad no supone siempre que la misma tenga un aumento de sus ingresos,⁽³⁴⁾ y por tanto, podemos preguntarnos qué se intenta lograr con el ejercicio de tal potestad.

(34) Este aumento únicamente se produciría en aquellos supuestos en los que la Comunidad Autónoma elevase los tipos de gravamen.

En contestación a este interrogante, YEBRA MARTUL-ORTEGA⁽³⁵⁾ responde considerando, que “la facultad que se contiene a favor de las Comunidades Autónomas, les permite a éstas hacer uso de la misma para una reordenación de las haciendas locales, en el territorio de la respectiva Comunidad, con una finalidad inmediata: la sistematización y racionalización de la vida financiera local”. Pero esta posibilidad, plantea una posible incoherencia, pues en un Estado como el actual, en donde se intenta que cada ente tenga autonomía tanto, en cuanto a sus ingresos, como, en cuanto a sus gastos, ¿no sería, en parte, contrario a tal autonomía, el intento de centralizar la recaudación de ingresos en las Comunidades, para que éstas posteriormente los entregaran a los entes locales?, ¿no supondría, en cierta forma, un intento de centralización, con la única diferencia de que en este supuesto el ente centralizador no es el Estado sino la Comunidad Autónoma?

Las medidas de compensación o coordinación se han establecido por la Disposición Adicional 5ª, 2, de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, en la que se prevé que “la Comunidad que ejerza dicha potestad establecerá las compensaciones oportunas a favor de los municipios comprendidos en su ámbito territorial que revestirán una o varias de las siguientes fórmulas: a) Subvenciones incondicionadas; b) Participación en los tributos de la Comunidad Autónoma de que se trate.

Una vez señaladas las medidas concretas a establecer por parte de la Comunidad Autónoma, es necesario, analizar la cantidad que debe ser entregada a los municipios. El legislador establece, con carácter general, que los ingresos no se deben ver mermados ni reducidos, ni siquiera en sus posibilidades de crecimiento futuro. Pero, cómo se concreta este mandato. En cierto modo, es sencillo cuantificar el montante de la recaudación actual por el impuesto municipal en cuestión, mas el legislador añade que no se pueden ver mermadas, tampoco, las posibilidades de crecimiento futuro. Este último parámetro es difícil en cuanto a su determinación, máxime si tenemos en cuenta, tal y como pone de relieve JIMÉNEZ COMPAIRED,⁽³⁶⁾ la posibilidad que la ley de las haciendas locales da a los ayuntamientos, para poder fijar sus tipos de gravamen entre unos máximos y unos mínimos. Esto

(35) YEBRA MARTUL-ORTEGA, Perfecto. “La absorción por las Comunidades de la materia imponible de ...”. *Op. cit.*, pág. 202.

(36) JIMÉNEZ COMPAIRED, Ismael. “La imposición propia de las ...”. *Op. cit.*, pág. 51.

supone una gran imprecisión a la hora de determinar la cantidad a compensar, pues la misma no está perfectamente cuantificada. Si tenemos en cuenta el tipo de gravamen exigible en el momento en que se ejerce la potestad impositiva, podríamos considerar que estamos limitando las posibilidades de subir los impuestos que la propia ley de las haciendas locales otorga a los ayuntamientos. Por el contrario, si se optara por compensar en función del tipo máximo a fijar por los ayuntamientos, lo más probable es que la carga a soportar por el ente autonómico fuese insostenible para el mismo.

La experiencia demuestra que las Comunidades Autónomas no han utilizado esta potestad de imposición, y tan solo encontramos el impuesto creado por la Comunidad extremeña, sobre cuyo especial proceso de creación ya nos detuvimos en su momento. Así pues, no parece probable que las Comunidades opten en el futuro por esta posibilidad, ya que en virtud de las precisiones previstas por el legislador, lo que recaudaran por estos tributos autonómicos deberían posteriormente entregarlo a las Corporaciones Locales por la vía de las medidas de compensación o coordinación. De esta forma, no les es económicamente rentable, y por el contrario, frente a los ciudadanos supone ser los responsables del establecimiento del impuesto.

III. SON, O NO, LOS TRIBUTOS PROPIOS UN MEDIO ADECUADO PARA EL LOGRO DE LA CORRESPONSABILIDAD

Desde un punto de vista puramente teórico, y teniendo en cuenta las potestades que detentan las Comunidades Autónomas en relación con los tributos propios,⁽³⁷⁾ podemos afirmar que, en un primer momento, se puede considerar que son éstos el medio más adecuado para el logro de una mayor corresponsabilidad fiscal por parte de las Comunidades Autónomas.

Ahora bien, si tenemos en cuenta el análisis que en torno a los límites a la creación de tributos propios hemos realizado anteriormente, podemos concluir que el legislador autonómico se va a ver abocado a agudizar su ingenio en el momento de crear nuevos impuestos. Así,

(37) Las Comunidades ostentan en relación con estos tributos competencias normativas, de gestión y además son titulares de la recaudación por ellos obtenida.

pone de manifiesto RODRÍGUEZ BEREIJO⁽³⁸⁾ que, “la propia configuración y estructura del sistema tributario estatal tiende a agotar el repertorio de posibles hechos imposables y a absorber las fuentes de tributación de mayor generalidad y mayor capacidad recaudatoria”. Este límite ha obligado a las Comunidades Autónomas a centrarse, en el momento de crear tributos, en un campo como el de la fiscalidad del medio ambiente. De esta forma, las distintas Comunidades han optado por establecer un gran número de tributos medioambientales, cuyos fines, primordialmente extrafiscales se encuentran en la protección o conservación del medio ambiente.⁽³⁹⁾

Y así, dando un paso adelante, podemos señalar que, aun en el caso de que las Comunidades Autónomas optasen por agudizar su imaginación y estableciesen impuestos propios, la recaudación por ellas obtenida tendría poco alcance. Es éste, otro de los argumentos en contra con que se encuentran los tributos propios en el momento de su establecimiento, su escaso potencial recaudatorio.

Con base en el argumento anterior, y teniendo en cuenta el hecho de que las Comunidades Autónomas ostentan en este momento un gran número de competencias materiales que las hacen necesitar cada vez un mayor número de ingresos, es por lo que algunos autores abogan por un nuevo reparto de hechos imposables entre el Estado y la Comunidad Autónoma. En esta línea CASADO OLLERO⁽⁴⁰⁾ afirma que “no es posible avanzar en el proceso de efectiva descentralización fiscal, sin la redistribución de competencias normativas y de capacidad fiscales entre el Estado y las Comunidades Autónomas”. También FALCÓN Y

(38) RODRÍGUEZ BEREIJO “Una reflexión sobre el sistema general de la financiación de las Comunidades Autónomas”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 15, 1985, pág. 67.

(39) Señala GIMÉNEZ MONTERO, A. (*Federalismo fiscal. Teoría y práctica*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 370) con base en las cifras por recaudación de tributos propios que se recogen en la memoria anual elaborada por la AEAT que “las Comunidades Autónomas han renunciado al uso del mismo espacio fiscal que el estado, y que se han refugiado en unos impuestos muy alejados de la capacidad personal de pago y de la riqueza y la renta territorial, mediante las que se obtienen exigüos rendimientos”.

(40) CASADO OLLERO, G. “Cuestionario sobre corresponsabilidad fiscal”. *Perspectivas del sistema financiero español*, núm. 51, 1995, pág. 176.

TELLA,⁽⁴¹⁾ señala que sería adecuado “una posible retirada del Estado dejando determinados hechos imponibles a disposición de las Comunidades Autónomas”. De igual modo, y en un momento anterior en el tiempo, señalaba CAZORLA PRIET⁽⁴²⁾ como “la incorporación de las Comunidades Autónomas a la organización territorial del Estado aconsejaba llevar a cabo una reasignación de los impuestos”. A pesar de que, como hemos destacado, desde distintos frentes se pide una reasignación de materias imponibles, y que tal reasignación, no supondría modificación alguna, dado que la misma no se establece por ley, sino que más bien es fruto de la tradición, no creemos que tal proyecto se lleve a término, pues a pesar de la organización territorial descentralizada que existe en nuestro país desde hace un tiempo, el peso de la historia está presente y el Estado central no creemos que esté dispuesto a ceder aquellas materias imponibles que siempre le han correspondido.

Por tanto, a la hora de crear tributos propios, en primer lugar, las Comunidades Autónomas se encuentran con grandes límites, que vienen establecidos por la propia ley.⁽⁴³⁾ Además, aun en los supuestos en los que tal creación se ha producido, se observa que los tributos propios que pueden establecerse tienen un escaso potencial recaudatorio. Es por ello por lo que creemos que los tributos propios no pueden ser considerados el instrumento adecuado para el logro de una mayor corresponsabilidad fiscal por parte de las Comunidades.

(41) FALCÓN Y TELLA, R. “Cuestionario sobre corresponsabilidad fiscal” *Perspectivas del sistema financiero español*, núm. 51, 1995, pág. 174.

(42) CAZORLA PRIETO, L. M^a *El poder tributario en el estado contemporáneo: un estudio*. IEF, Madrid, 1981, pág. 264.

(43) Con base en la vulneración que del artículo 6.3 LOFCA se produce, la STC 289/200, de 30 de noviembre, declaró inconstitucional el Impuesto sobre Instalaciones que inciden en el Medio Ambiente.

BIBLIOGRAFIA

- ADAME MARTÍNEZ, F. PITA GRANDAL, Ana María. “Reflexiones en torno a los límites de la previsión contenida en el artículo 6.3 de la LOFCA”. *Impuestos*, 1987, tomo II, págs.143 y 144. Comares, Granada, 1996.
- ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, C. “La coordinación financiera: problemática general”, en AAVV, *La coordinación financiera estatal, autonómica y local*. Generalitat de Catalunya, Escola d'Administració Pública de Cataluña, Barcelona, 1984.
- “El sistema tributario local” en *Curso de sistema fiscal español*. 4ª Edición, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 1983.
- ALVAREZ ARROYO, F. “El Impuesto Extremeño de Dehesas calificadas en deficiente aprovechamiento”. *Jurisprudencia Tributaria*, núm. 27, enero, 1994, págs. 15 y ss.
- CASTILLO SOLSONA, MªM. “La tributación de las Comunidades Autónomas”. *Estudios Financieros*, núm. 190, enero, 1990, pág. 36. CHECA GONZÁLEZ, C. “Límites formales al establecimiento de tributos propios en las Comunidades Autónomas”. *Alcabala*, núm. 28, 2001, págs. 147 y ss.
- CAZORLA PRIETO, L. Mª *El poder tributario en el estado contemporáneo: un estudio*. IEF, Madrid, 1981.
- CHECA GONZÁLEZ, C. “El Impuesto sobre Tierras Infrutilizadas de la Comunidad Autónoma Andaluza”. *Impuestos*, Tomo I, 1987, págs. 661 y ss.
- Los impuestos propios de las Comunidades Autónomas. Ensayo de superación de las fuertes limitaciones existentes para su implantación*. Cuadernos de Jurisprudencia Tributaria, núm. 25, Aranzadi, Pamplona, 2002.
- FERNÁNDEZ JUNQUERA, M. “Límites de las Cortes Generales al establecimiento de tributos por las Comunidades Autónomas”, en *El Tribunal Constitucional*. Volumen II, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981, pág. 1045.
- FERREIRO LAPATZA, J.J. *Curso de Derecho Tributario*. 18ª Edición, Marcial Pons, Madrid, 2002.
- GARCÍA AÑOVEROS, J. “Informe sobre la modificación del sistema de financiación de las Comunidades Autónomas”. *Hacienda Pública Española*, núm. 101, 1986, pág. 101.
- JIMÉNEZ COMPAIRED, I. *La imposición propia de las Comunidades Autónomas*. Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1994.

- MARTÍN QUERALT, J. “La financiación de las Comunidades Autónomas según la Constitución” en AAVV. *La financiación de las autonomías*. Conselleria de Economía y Hacienda del País Valenciano, Valencia, 1979, pág. 36.
- PÉREZ DE AYALA BECERRIL, M.; CAÑAL GARCÍA, Fco. “La problemática de los tributos propios y cedidos. Evolución hacia los tributos compartidos” en AAVV *Estudios del sistema de financiación autonómica*. EDERSA, Madrid, 2002.
- PÉREZ DE AYALA, J.L.; GONZÁLEZ GARCÍA, E. *Curso de derecho tributario*. Tomo I, 6ª Edición, Edersa, Madrid, 1991.
- PITA GRANDAL, A. “Reflexiones en torno a los límites de la previsión contenida en el artículo 6.3 de la LOFCA”. *Impuestos*, 1987, tomo II, págs.143 yss.
- RAMALLO MASSANET, J. “Incidencia de la constitución española de 1978 en materia de fuentes normativas de las Comunidades Autónomas”, en AAVV. *Hacienda y Constitución*. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979.
- RODRÍGUEZ BEREIJO, A. “Una reflexión sobre el sistema general de la financiación de las Comunidades Autónomas”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 15, 1985, págs. 75 y ss.
- VEGA HERRERO, M. “El principio de coordinación financiera en la Hacienda regional”, en *Organización Territorial del Estado*. Tomo IV, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1984.
- YEBRA MARTUL-ORTEGA, P. “La absorción por las Comunidades Autónomas de la materia imponible de las Corporaciones Locales”. *Impuestos*, 1985, tomo II, pág. 209 y ss.
- ZORNOZA PÉREZ, J.J. “*Tributos propios y recargos de las Comunidades Autónomas*”. MAEDF, 1986-1987, Madrid, 1988.
- ZORNOZA PÉREZ, J. *Los recursos de las Comunidades Autónomas*. Cuadernos y debates, núm. ADAME MARTÍNEZ, Francisco David. Tributos propios de las Comunidades Autónomas. Comares, Granada, 19968, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996.

LAS REGLAS DE LA GLOBALIZACIÓN: EL DERECHO ECONÓMICO INTERNACIONAL

M.Sc. Gustavo Rivera Sibaja^(*)

Abogado, asesor parlamentario

(Recibido 07/08/07; aceptado 10/03/08)

(*) Asesor Parlamentario, actualmente destacado en el Despacho del Diputado Fernando Sánchez Campos. Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica, Magíster en Derecho Público por la Pontificia Universidad Católica de Chile, y Diploma de Estudios Avanzados de Doctorado en derecho internacional público por la Universidad Complutense de Madrid.

Tel. 2243-26-64. E- mail: grivera@asamblea.go.cr

RESUMEN

La promoción de instrumentos que promueven el mayor intercambio en el plano financiero y comercial en el mundo es lo que se conoce como ideología de la globalización. Una nueva rama del derecho internacional surge como respuesta jurídica a ese fenómeno: el derecho económico internacional. Sus principales características lo ubican siempre con la naturaleza propia del derecho internacional público, pero su especificidad lo remite a la regulación de aspectos económicos novedosos para la técnica jurídica. La evolución histórica de esta rama jurídica arranca con las Instituciones de Bretton Woods, marcadas por la hegemonía política de la época y en una segunda etapa por la creación de la Organización Mundial del Comercio, un paso adelante en la democratización de las reglas internacionales.

Palabras clave: Globalización, ideología, derecho internacional, derecho económico internacional, Organismos financieros internacionales, Organización Mundial del Comercio OMC.

ABSTRACT

Globalization ideology is the search for instruments and tools to promote greater trade and financial relations in the world. This new branch of international law arises as response to the globalization ideology: international economic law. Due to its nature, it is founded on international law, but international economic law has a new regulation target: the increase of the financial and trade regulations in the world. At a first stage, this discipline begins with the Bretton Woods Agreements and the political hegemony of the United States in the 1940s; later, on a second stage, the World Trade Organization is a step forward into the democratization of the international law.

Key words: Globalization, ideology, international law, international economic law, International Financial Institutions, World Trade Organization-WTO.

SUMARIO

Introducción

1. Concepto amplio y restringido de la globalización
 - a) Concepto restringido al plano económico
 - b) Globalización como ideología
2. La respuesta del derecho: hecho e ideología
 - a) La respuesta del derecho a la ideología de la globalización
3. El derecho económico internacional
 - a) Derecho internacional
 - b) Regulación económica
 - c) Desarrollo histórico: dos etapas
 - d) La Organización Mundial del Comercio: una segunda etapa

Conclusiones

Bibliografía

INTRODUCCIÓN

A raíz de la discusión que se ha generado en nuestro país en los últimos cuatro años, con respecto al Tratado de Libre Comercio República Dominicana, Centroamérica-Estados Unidos,⁽¹⁾ se han manejado conceptos de globalización, derecho internacional, modelos de desarrollo, y otra serie de nociones, que aunque relacionadas todas entre sí, obviamente no son sinónimos. Con estas reflexiones, se pretende, desde la óptica jurídica, y en particular desde el derecho internacional, aportar algunas ideas que ayuden a la sistematización de estos conceptos, para una mejor comprensión y clarificación de las relaciones que existen mutuamente entre ellos.

1. CONCEPTO AMPLIO Y RESTRINGIDO DE LA GLOBALIZACIÓN

Globalización en sentido amplio se refiere al fenómeno de acercamiento, de estrechamiento de las relaciones entre pueblos y culturas, entre distintos países o naciones del globo terráqueo en una dimensión total, o “global”, que se percibe como de mayor intensidad en los últimos años, principalmente debido a las posibilidades del cambio tecnológico, en especial en los campos del transporte y las telecomunicaciones.

Esa mayor relación como es lógico puede darse, y de hecho se da, en los distintos planos de la vida del hombre: en el plano social y político, en el plano de los valores y la cultura, y por supuesto, en el plano económico.

Un concepto amplio de globalización comprende todos estos factores: En el plano político, la globalización significa esfuerzos de integración regional, siendo el ejemplo más evidente el caso de la Unión Europea.

En el plano axiológico, la globalización puede identificarse con los esfuerzos de tutela de unos valores fundamentales reconocidos universalmente, como por ejemplo los derechos humanos, las nuevas

(1) Discutido en la Asamblea Legislativa, hasta su convocatoria a referéndum, bajo el expediente legislativo N° 16.047.

políticas de equidad de género, la buena gobernabilidad, la protección del ambiente y el desarrollo sostenible, y la consecuente creación de instrumentos para su protección, desde Convenciones o tratados en estas materias hasta la creación de Organizaciones Internacionales encargadas de velar y crear conciencia en la humanidad acerca de la importancia y universalidad de estos valores.

Pero también existe un plano económico de la globalización, que si bien es una parte del concepto amplio de globalización, a menudo y en un sentido restrictivo, se identifica más concretamente con este fenómeno.

a) Concepto restringido al plano económico

Globalización sería entonces el incremento de las relaciones económicas internacionales, especialmente las comerciales y financieras. Éste es el concepto que vamos a tratar aquí, cuando nos referimos a las “reglas de la globalización”, reconociendo la validez de cualquier otro mejor, y solo para efectos de delimitación conceptual del tema a tratar.

b) Globalización como ideología

Junto con el fenómeno objetivo de la globalización, existe claro está, una ideología, como una partir visión del mundo, que responde a unos determinados valores y que por considerar bueno o conveniente este fenómeno, desea no sólo eliminar los obstáculos o cortapisas que puedan oponerse a su crecimiento, sino además busca provocar delibera y conscientemente en la sociedad los mecanismos estructurales y de organización que fomenten su desarrollo y expansión.

Si la ideología puede ser definida como una cosmovisión que busca crear las herramientas para hacerse posible, definitivamente hay que reconocer que la globalización, aparte del aspecto meramente objetivo del incremento de las relaciones comerciales y financieras internacionales, también cuenta con una vertiente de pensamiento, que se esfuerza decididamente en provocar los cambios sociales que vayan en su misma orientación: la globalización también es una ideología.

Esta última acepción de globalización como la ideología que alienta el incremento de las relaciones económicas internacionales es

precisamente la que manejan los opositores a este fenómeno, los denominados grupos “*anti-globalización*” que acertadamente identifican la ideología de la globalización con un particular modelo o visión de desarrollo, o de “*modelo-país*”.⁽²⁾

Como se adelantó antes, nosotros vamos a tratar solamente el aspecto restringido de globalización: el incremento de relaciones económicas internacionales, y dentro de éstos, no podremos dejar de referirnos, al menos brevemente, a sus aspectos ideológicos.

2. LA RESPUESTA DEL DERECHO: HECHO E IDEOLOGÍA

El derecho es un instrumento de regulación social. El derecho conlleva necesariamente la pretensión (dimensión axiológica) de un ordenamiento de la vida y las relaciones sociales, también las económicas y también las internacionales, aunque éstas últimas en menor grado por razones obvias.

Si hablamos de “globalización y derecho” es válido preguntarse: ¿Cómo responde el derecho, la ordenación jurídica de la sociedad, ante este fenómeno de globalización?

Nos preguntamos en definitiva si existen y cuáles pueden ser precisamente las reglas (jurídicas) de la globalización.

Pero así como la globalización es un hecho, un fenómeno objetivo (incremento de relaciones económicas internacionales) y también una ideología (búsqueda de los mecanismos y estructuras sociales que faciliten y desarrollen el incremento de las relaciones económicas internacionales) así también podemos encontrar una respuesta del derecho al fenómeno objetivo y una respuesta al fenómeno ideológico.

(2) El premio Nobel de Economía 2001, Joseph E. Stiglitz, sin ser precisamente un activista “anti-globalización” es quizás el que más ha popularizado las críticas a la globalización económica, porque ha diferencia de grupos más radicales ha tenido el acierto de señalar con exactitud y precisión los “malestares” de la globalización según la expresión que lleva el título de su obra más conocida: STIGLITZ, Joseph E. *“El malestar en la globalización”* Santillana, Madrid. 2002.

La respuesta del derecho a la globalización como hecho objetivo no es nueva: siempre ha estado ahí y no se distingue en esencia de las características propias del derecho comercial, por más que sea “internacional”.

Relaciones comerciales entre países o entre pueblos han existido siempre desde los albores de la historia de la humanidad, y con derecho o sin él, siempre se han dado intercambios comerciales y se han ido incrementando en la medida que los avances de la técnica lo han ido permitiendo.

Modernamente, y no es casualidad, que a partir de que el mundo ha quedado estructurado en las formas de organización política que conocemos como “Estado-Nación” a partir del siglo XV, estos fenómenos de intercambio comercial han estado y siguen estando regulados por el derecho internacional privado, entendido en su sentido más amplio como aquella rama del derecho que regula el derecho aplicable a las relaciones jurídicas en la que existe un elemento de extranjería.⁽³⁾

Estos procesos comerciales regulados por el derecho internacional privado en esencia no son nuevos ni son distintos: Al fin y al cabo la venta internacional es una venta y la sociedad internacional tiene características propias, pero en esencia no escapa del derecho societario interno de los Estados, y así por el estilo.

Existe una “*lex mercatoria*” conformada por usos y costumbres del comercio internacional, relativamente bien conocidos y definidos, algunos incluso codificados, como los famosos INCOTERMS que vendrían a ser como la “tipificación” de los contratos internacionales.

Este es el derecho que rige las relaciones comerciales particulares. Podemos decir que es espontáneo y que en este aspecto el derecho sigue al hecho, que la respuesta del derecho es la consecuencia del hecho jurídico y no su causa, y quizás por eso no genera polémica.

Nadie se opone, nunca hemos visto una manifestación en contra, a las disposiciones del derecho internacional privado.

(3) Para una definición “publicista” del derecho internacional privado, basada en las potestades estatales de regulación de elementos de extranjería, más bien que las tradicionales de carácter privatístico, basadas en la naturaleza de relaciones a regular, véase: FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto. *Derecho Internacional Privado* primera edición, Civitas, Madrid 1999, págs. 25 y ss.

a) **La respuesta del derecho a la ideología de la globalización**

Diferente es el caso con respecto al derecho que regula la “ideología” de la globalización, entendido como aquel producto jurídico que está voluntaria y expresamente diseñado para orientar y fomentar el fenómeno de la globalización, tal como los Tratados de Libre Comercio, la creación de zonas de libre cambio, uniones aduaneras, cuestiones relativas a la protección de la propiedad intelectual, convenios bilaterales de protección recíproca de inversiones, acuerdos tendientes a lograr la estabilidad de un “sistema monetario internacional” o propiciar la liberalización de flujos de capital.

Este concepto de globalización, como voluntad política orientada en ese sentido, es el que regula el derecho económico internacional, y es lo que podemos denominar con más propiedad como “las reglas jurídicas de la globalización”.

Entonces aquí hay que hacer dos precisiones que parecen haber faltado en torno a la discusión del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos en nuestro país: Por un lado, que existe un derecho económico internacional, con unos contenidos propios y específicos de su misma especialidad; y por otro lado, que es innegable que los presupuestos filosóficos de esta rama jurídica, autónoma o no del derecho internacional común, tienen una clara e inobjetable ideología, liberalizadora en el plano económico y conforme con los postulados del libre mercado.

Faltó entender en nuestro país que ya existe y desde hace algún tiempo, una rama específica del derecho internacional, que es el derecho económico internacional, que ha desarrollado una serie de convenios típicos, de contenidos y principios propios, y que el Tratado de Libre Comercio no ha sido creado “*ex-nihil*” sino que está inmerso en un entorno y en un contexto que precisan sus normas y la interpretación que debe darse a éstas.

Esto que parece obvio, no ha sido conocido ni aún hoy, después de que la Sala Constitucional conociendo la consulta de constitucionalidad del Tratado, dejara sentado que el Tratado no tiene inconstitucionalidades,⁽⁴⁾ pero lo principal, para efecto de lo que pretendemos

(4) Véase: Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Voto N° 9469-2007, de las 10:00 horas del 3 de julio de 2007, resolviendo consultas acumuladas respecto del Proyecto de aprobación del Tratado.

desarrollar aquí, es que dejó claro que cierto tipo de conclusiones e interpretaciones extremas que algunos hicieron de sus normas eran ilegítimas, precisamente por desconocer ese entorno y ese contexto en que se ubica un Tratado de Libre Comercio: el derecho económico internacional.

Y en este mismo barco hay que incluir no sólo a los que hicieron su análisis con particulares intenciones políticas, lo cual es entendible y quizás hasta justificable, sino también a las universidades públicas, y en particular a la Universidad de Costa Rica, que pretendió hacer un análisis pseudo-científico de la inconstitucionalidad del Tratado,⁽⁵⁾ con total ignorancia o quizás con total desprecio, de los conocimientos y del estado de la ciencia en esta materia, lo cual es inaceptable.

Pero así como somos enfáticos en manifestar nuestra preocupación por el desconocimiento imperante en nuestros círculos académicos de una realidad actual como la del derecho internacional económico, de igual forma debemos ser contundentes en afirmar que dicho derecho o rama del derecho, ni es estrictamente técnica (¿podría serlo alguna rama del derecho?), ni ideológicamente neutro.

Esto para evidenciar también a quiénes han pretendido hacer creer que la existencia misma de un determinado tipo de ordenación impone por sí misma como corolario lógico, su adopción y su mantenimiento.

Si una conclusión fuera dado extraer del error de ambas posiciones señaladas, sería que posiblemente la discusión de la conveniencia en términos de oportunidad política de aprobar o rechazar el Tratado, nunca debió haber sido una discusión de temas jurídicos, porque lo que se discute en ese plano es una cuestión ideológica, más que extremos puntuales de técnica jurídica.

3. EL DERECHO ECONÓMICO INTERNACIONAL

Si cierta rama del ordenamiento jurídico internacional que tiene por objeto las reglas acordadas por los gobiernos del mundo para

(5) Roces constitucionales del Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos (TLC). Universidad de Costa Rica, Comisión Especial sobre Roces Constitucionales del TLC.

regular el tráfico comercial y financiero tiene o no suficiente autonomía con respecto al derecho internacional común, nos parece un asunto académico.

Lo cierto, y lo inobjetable, es que ya ha logrado un conjunto importante de principios, mecanismos e institutos jurídicos, que le confieren determinada particularidad, sobre la que queremos referirnos y llamar la atención en aspectos particulares.

a) Derecho internacional

Sin embargo, y como nota esencial, es necesario dejar sentado que el derecho internacional económico es primeramente derecho internacional, y consecuentemente está marcado, limitado y debe ser entendido según la particular naturaleza de éste último.

No se puede, no se debe, y no es adecuado, pretender entonces comprender o suponer que existen reglas jurídicas para estos fenómenos que se pueden encasillar según las categorías conceptuales del derecho interno.

El derecho internacional tiene sus características fundamentales bien definidas como fenómeno jurídico distinto del derecho interno del Estado, precisamente porque en este nivel, falta uno de los elementos del binomio que consideramos esenciales en la definición del derecho interno: el Estado.

No existe en el plano internacional una autoridad política superior capaz de garantizar la aplicación del derecho por la fuerza: No es aplicable entonces, al menos con el mismo grado de intensidad, al derecho internacional público el elemento definitorio de la coercitividad al que se apela cuando se pretende diferenciar el derecho de otros tipos de órdenes normativos en el plano del derecho interno.

El derecho internacional, sin dejar de ser eso: un orden jurídico, es un derecho especial, donde los medios de producción y aplicación descansan en los mismos sujetos que lo crean. Los creadores y destinatarios de la norma jurídica en este derecho se identifican, son los mismos, y esto ya es una característica importante a tener en cuenta.

Sin entrar aquí en los fundamentos filosóficos del derecho internacional, sobre si es voluntario o no, sobre si responde a nociones

del derecho natural, o descansa solo sobre la propia voluntad de los Estados, o de la comunidad internacional en su conjunto, lo cierto es que el derecho internacional tiene sus propias limitaciones y su grado de eficacia, que sin embargo no es pobre.

Sus limitaciones: La sociedad internacional es poco homogénea. En una comunidad reducida existen abismales desproporciones de poder, y la vigencia y la aplicación de este derecho responde principalmente sobre la voluntad, propia o colectiva de los Estados en cumplir, que sobre posibles métodos o instrumentos de coerción. Eso es lo definitivo.

Dicho de otro modo, en derecho internacional, prácticamente no se puede obligar a un Estado a que haga o que deje de hacer algo, contra su propia voluntad (como es lo característico en el derecho interno) y menos cuando tal situación es referida a una super-potencia. En este contexto, es que todo el proceso de producción de normas jurídicas es particularmente delicado.

¿Significa lo anterior que el derecho internacional es sin más la legalización de la fuerza? Sinceramente no, y está suficientemente acreditado por la experiencia que no es así. De hecho, salvo áreas muy puntuales y muy conflictivas, es sin embargo posible afirmar, que con todas esas limitaciones, cuando el derecho internacional funciona, lo hace mejor en términos de eficacia que el derecho interno, y la única razón que puede explicar tal paradoja, es precisamente que no funciona sino por el acuerdo o la voluntad de quienes están llamados a cumplirlo.

b) Regulación económica

El derecho internacional económico regula relaciones económicas. Esto que puede parecer una tautología tiene sin embargo otro significado: El derecho internacional económico se asienta primordialmente sobre una noción económica de los fenómenos que regula, antes que sobre una jurídica.

El derecho tradicionalmente se identifica con un orden y regulación formal, con la elaboración de categorías conceptuales previas y abstractas. Sin dejar de ser esto, el derecho internacional económico incorpora más bien nociones sustantivas de tipo económico: Se interesa

más por los hechos y los resultados, que por las definiciones previas y las formas.⁽⁶⁾

Un ejemplo de lo anterior es la clásica definición de “anulación o menoscabo” de ventajas comerciales que permite iniciar un procedimiento de solución de controversias.⁽⁷⁾

A diferencia del derecho internacional común, tal noción no conlleva necesariamente el sentido de “infracción” o “ilegalidad” formal, tan propia del derecho interno, sino que responde más bien a un concepto económico de “equilibrio”. Basta que se altere negativamente el equilibrio de ventajas y concesiones en términos económicos, sin importar si la conducta o acción que propició este desequilibrio es legal o ilegal, para que exista legitimación para accionar el mecanismo de solución de diferencias. Como este ejemplo, existen muchos más, que algunos han entendido que más que una elevación de la importancia del aspecto económico en el derecho, es producto de la colonización de esta rama del derecho por parte de los sistemas jurídicos anglosajones, observación que nos limitamos a apuntar aquí, pero que evitamos tratar a mayor profundidad para no apartarnos del tema propuesto.

Más importante nos parece referirnos a la supuesta complejidad técnica que se acredita a esta rama jurídica, por su propio objeto, que la haría inasequible de verdadero trato jurídico. En ocasiones se afirma que las materias propias de este derecho internacional económico son muy complejas y por tanto muy difíciles de ser susceptibles de regulación jurídica.

La realidad puede ser esa, pero la explicación es otra: el derecho internacional económico es un derecho primitivo, es un derecho poco desarrollado. Dentro de esta falta de precisión jurídica (comparada con

(6) Refiriéndose a esta particular naturaleza del derecho internacional económico, un autor (Kenneth Dam) ha señalado que el interés de su estudio reside en “la intersección de dos disciplinas universitarias, el derecho y la economía y el ajuste de dos campos de actividades: el derecho y la diplomacia”. Citado por: DI GIOVANNI, Ileana. *“Derecho Internacional Económico”*, Abeledo Perrot, Buenos Aires 1992, pág. 9.

(7) El concepto de “anulación o menoscabo” en los términos aquí expuestos se encuentra comprendido principalmente en el artículo XXIII del GATT, base del sistema de solución de diferencias de ese Acuerdo y del posterior mecanismo contenido en el Anexo II de los Acuerdos de la OMC.

otras ramas del derecho interno como el derecho civil o criminal que tienen siglos de tratamiento y desarrollo) podemos decir que la rama del derecho económico internacional es “debutante” en el mundo de lo jurídico.

Se tiene quizás poco tiempo, poca experiencia, un limitado desarrollo de la materia, pero no es que su objeto sea “inasible” jurídicamente hablando.

c) Desarrollo histórico: dos etapas

El intento deliberado de regular los procesos que permitieran la expansión o el crecimiento de las relaciones económicas internacionales tiene entonces poco más de cincuenta años, y tiene dos hitos históricos: el momento de creación de las principales Organizaciones Internacionales en estos campos. Aunque obviamente todo eso es un solo proceso, y por ende, una etapa significa la continuidad de la otra, se marcan o distinguen como dos momentos diferentes, no sólo por el momento histórico sino por los contenidos y principios diversos que cada una de ellos conlleva.

La primera etapa inicia con el intento pionero de crear derecho internacional que rigiera las relaciones o procesos económicos internacionales, en New Hampshire, Estados Unidos, y más concretamente en el pueblo que posteriormente dio su nombre a los Acuerdos de ahí surgidos: Bretton Woods en julio de 1944.

En ese momento histórico aún no había terminado la Segunda Guerra Mundial, pero ya se vislumbraba su fin, y los Estados Unidos emergían como potencia hegemónica mundial marcando un cambio de época.

De los Acuerdos de esa Conferencia surgen dos Organizaciones Mundiales, hechas a imagen y semejanza de los deseos e intereses de los Estados Unidos y su Secretario de Estado Dexter White, pese a las protestas de los europeos, principalmente Gran Bretaña, sin mucho peso para opinar o para cambiar significativamente el rumbo o la configuración de las instituciones creadas.⁽⁸⁾

(8) Sobre esta valoración, puede verse las mismas publicaciones del Fondo: BOUGHTON, James. *Americans in the shadows: Harry Dexter White and the Design of the International Monetary Fund.* IMF Working Papers WP/06/2006.

Se crea así el Fondo Monetario Internacional, encargado en principio de brindar estabilidad al sistema monetario internacional, como una forma de garantizar y propiciar el incremento de las relaciones económicas internacionales y el Banco Internacional para Reconstrucción y Desarrollo, hoy más conocido como Banco Mundial, encargado de financiar la reconstrucción de posguerra y los proyectos de desarrollo en la periferia mundial.

Se intentó también crear una Organización Internacional del Comercio, que por cuestiones de política fracasó, al no recibir o contar con la ratificación interna de los Estados Unidos.

Ante esta situación, los catorce países con economías más desarrolladas de entonces, crean un Acuerdo General sobre Tarifas Aduaneras y Comercio en 1947 (GATT por sus siglas en inglés)⁽⁹⁾ que empezó a funcionar con un Protocolo de Aplicación Provisional, y obviamente con el carácter exclusivista de un club de pocos. El GATT evolucionó por cuenta propia hasta llegar a convertirse en la base de la Organización Mundial del Comercio en 1994, y constituye por sí, el segundo hito histórico de este proceso de evolución del derecho económico internacional.

Los principios del binomio de las dos Instituciones hermanas de Bretton Woods son bien conocidos y responden al momento histórico en que fueron creadas y a la condición hegemónica sin parangón que llegó a disfrutar los Estados Unidos en ese momento, lo que bien les ha valido la crítica de responder más a los intereses particulares de su principal tutor y creador, que a los principios de cooperación internacional institucionalizada que supuestamente deberían alentar a toda Organización Internacional.⁽¹⁰⁾

(9) *General Agreement on Tariffs and Trade*, suscrito en Ginebra el 30 de octubre de 1947. UN Reg. N° 814.

(10) Difícilmente de encontrar un informe más contundente en el sentido de esa crítica y menos sospechoso de parcialidad que el rendido por un grupo de especialistas conformado a solicitud de la Cámara de Representantes de los Estados Unidos, la denominada Comisión Meltzer, que recomendó poco menos que liquidar ambas Instituciones por apartarse de los objetivos para los cuales fueron creadas y por sus magros resultados, sobre todo con respecto al Fondo Monetario Internacional. Véase: *Report of the International Financial Institutions. Advisory Commission (the Meltzer Commission) House of Representatives, Washington D.C. March 2000.*

No hay que perder de vista que en 1944, la situación del derecho internacional era bastante otra que la actual, y sólo entonces iniciaba la primacía de los tratados como la principal fuente de creación del derecho internacional, hasta entonces regido mayoritariamente por la costumbre, y que la codificación del derecho internacional en materia de Tratados no vendría a operarse sino hasta 1969 con la Convención de Viena.⁽¹¹⁾

Sin embargo, porque el derecho de las Instituciones creadas en Bretton Woods no evolucionó sino que se ha quedado estático frente al cambio social, la comparación de sus principios de entonces y aún actuales, con los del derecho internacional común, nos permite una clarísima visión de las distorsiones de entonces, que hoy nos resultan incluso más evidentes, y por ello menos tolerables.

A diferencia de la Organización Mundial de Naciones Unidas que se creaba por entonces y que venía a reconocer el principio de igualdad jurídica de los Estados, si bien con las importantes y a nuestro juicio necesarias excepciones que representa el poder de veto de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad,⁽¹²⁾ el derecho internacional económico, en la formulación del Fondo Monetario Internacional y del Banco Mundial se perfilaba como un derecho en que primaba absolutamente el aspecto económico por encima de otras consideraciones de política o conveniencia.

En el FMI y en el Banco Mundial se instauró por el contrario, el sistema decisorio del voto ponderado, típico de las corporaciones mercantiles, donde cada quien tiene derecho al voto en relación directa a su aporte económico. Así, en estas Instituciones, Costa Rica tiene derecho a un voto que equivale a un 0,09% del total, y los Estados Unidos un 16,79%.⁽¹³⁾

Pero además de esta desproporción evidente, el sistema de agrupamiento por “sillas” para elegir Directores o representantes ante

(11) Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Viena 23 de mayo de 1969. Un Reg. N° 18.232.

(12) Artículo 27 de la Carta Constitutiva de las Naciones Unidas, San Francisco 26 de junio de 1945.

(13) Fuente: www.imf.org/external/hp/sec/memdir/members.htm

las instancias deliberativas, que consiste en agrupar una cantidad determinadas de porcentajes de votos hasta conseguir un número proporcional, pero incluyendo siempre un país con un voto ponderado dominante,⁽¹⁴⁾ es la negación misma de cualquier poder decisorio para los países pequeños.⁽¹⁵⁾

No debe extrañar entonces que las reglas emanadas de estas Organizaciones no estén orientadas precisamente a favorecer los intereses de los países en desarrollo.

Junto con lo anterior, no existen instancias de decisión o solución de diferencias de carácter independiente en estas Instituciones, sino que la Organización recaba para sí estos poderes y los entrega a sus órganos de deliberación política, conformados según la relación de fuerzas que se desprende del voto ponderado como antes se dijo, lo que los convierte en decorativos.⁽¹⁶⁾

-
- (14) Aunque esta ordenación no es formal, es algo no escrito, la costumbre representa una barrera equivalente para cualquier intento de cambio. Así por ejemplo, la silla de Costa Rica y otros países centroamericanos está conformada además por España, país que tiene un voto ponderado mayor a todos los demás juntos. Del mismo modo Etiopía y otros países del norte de África están ligados a Italia en una relación de fuerzas equivalente a la descrita, lo que hace imposible cualquier consenso entre los débiles.
- (15) Las críticas del sistema de voto ponderado van desde la esencia misma de la noción, pero también y quizás en forma más moderada y razonable, por la poca transparencia en la fórmula de cálculo de las cuotas, no exenta de sesgos que produce encima una relación de voto desproporcionada incluso con la situación actual de las economías del mundo. Sobre este tema puede consultarse principalmente las publicaciones del Secretario General del G-24, una reunión de países de mediano poder, que une esfuerzos por una mayor democratización de estas instituciones. BUIRA, Ariel. *"A new voting structure for the IMF"* y *"The Bretton Woods Institutions: Governance without legitimacy?"*, ambos disponibles en: www.g24.org
- (16) Por ejemplo, el Artículo XXIX de los Estatutos del Fondo Monetario Internacional entrega toda cuestión de interpretación surgida entre el Fondo y un país miembro a la decisión del Directorio Ejecutivo, el cual se elige por "sillas" con relación al poder de voto.

La condición jurídica de estas dos Instituciones, ha dominado la concepción del derecho internacional económico, como un derecho instrumental, como lo es todo orden jurídico, al servicio de los países poderosos, en la regulación de relaciones económicas que se trate.

Si bien esta exposición puede considerarse en alguna manera un juicio valorativo, la sola descripción de estos carácter objetivos, y su comparación con reglas más actuales, es la que muestra por sí sola, el carácter primitivo y sesgado de estas primeras Organizaciones Internacionales.

d) La Organización Mundial del Comercio: una segunda etapa

La OMC⁽¹⁷⁾ es una organización compleja encargada de administrar a su vez Acuerdos muy variados. Pero la situación del mundo en 1994 es distinta a la de 1944, y los principios y valores son bien distintos a los de Bretton Woods.

La OMC siendo como es derecho internacional económico, ha exigido para sí, su completa y total integración dentro de los principios de la disciplina del derecho internacional común, y hemos de resaltar entre ellos, como la conquista más notable la del reconocimiento de la igualdad jurídica de los Estados: un país miembro, un voto.⁽¹⁸⁾

Ha logrado además jurisdiccionalizar sus procedimientos de solución de diferencias, logrando la independencia del mecanismo de la voluntad política de sus miembros.⁽¹⁹⁾

Está claro que una sujeción al derecho, y no a la voluntad política desproporcionadamente representada, es el mayor cambio en la estructura de este nuevo derecho internacional económico.

(17) Acuerdo de Establecimiento de la Organización Mundial del Comercio, 15 de abril de 1994. Contenida en el Acta Final que incorpora los resultados de la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales, conocida simplemente por la ciudad sede: Acta de Marrakesh.

(18) Artículo IX.1 del Acuerdo de Establecimiento de la OMC.

(19) Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias, contenido como Anexo 2 en los Acuerdos OMC.

Por eso no es válido, asimilar las reglas del comercio internacional, a las reglas monetarias y financieras existentes anteriormente dentro de una misma corriente ideológica. Son distintas y responden a presupuestos diferentes.

Bien es cierto que en las reglas del comercio internacional, subsisten importantes concesiones a “sectores renegados” sobre todo los intensivos en mano de obra, como los subsidios agrícolas y las limitaciones del sector textil, que representan “injusticias legalizadas” o contradicciones de fondo con el credo liberalizador que alientan estas reglas de la globalización.

Pero del mismo modo que el voto censitario representa una conquista con relación a las prerrogativas de la nobleza, y no una aberración o una restricción frente al sufragio popular, porque históricamente uno precede a otro y el primero es un instrumento que hace posible al segundo, del mismo modo las reglas del comercio internacional actual representan una mejora democrática de las reglas de la globalización en el plano del derecho internacional.

La construcción, paciente, gradual, y políticamente imperfecta si se quiere, del derecho internacional, resulta sin lugar a dudas una alternativa mucho mejor a la ausencia absoluta de normas. Algo tan simple de entender no parece ser captado en todo su sentido en la discusión actual del TLC en Costa Rica: el poder no necesita de reglas para manipular o disfrazar su poder.

La imperfección de cualquier regla, de cualquier intento de organizar racionalmente las relaciones comerciales internacionales no nos debe hacer perder de vista, que en su sentido histórico el derecho se construye por etapas. En este campo continúa siendo actualmente vigente la frase del revolucionario Lacordiere: *“entre el débil y el fuerte, la ausencia de reglas, y no su imposición, es la tiranía”*.

CONCLUSIONES

A manera de conclusión, una breve síntesis de las ideas que se han querido esbozar:

La globalización como corriente ideológica tiene sus reglas: El derecho internacional económico, en la medida que propone una

determinada orientación o estructuración de las reglas entre las naciones, que facilite y promueva el desarrollo de relaciones económicas internacionales es la formulación o expresión jurídica de esas reglas.

Actualmente este derecho internacional económico está siendo integrado plenamente en las categorías, principios y valores del derecho internacional común, desde donde debe ser entendido y con el cual comparte su naturaleza.

Esta rama del derecho sufre un proceso evolutivo que ha ido democratizando sus contenidos, en comparación con los primeros intentos de regulación internacional surgidos en la mitad del siglo pasado, y si bien son procesos continuos, los principios y valores son radicalmente diferentes por lo que no es válido asimilar plenamente ambas etapas en supuestos únicos.

BIBLIOGRAFÍA

BOUGHTON, James. *“Americans in the shadows: Harry Dexter White and the Design of the International Monetary Fund”* IMF Working Papers, WP/06/2006.

BUIRA, Ariel. *“A new voting structure for the IMF”*. G-24 Research Papers (sin fecha de publicación) www.g24.org

BUIRA, Ariel. *“The Bretton Woods Institutions: Governance without legitimacy? G-24 Research Papers (sin fecha publicación) www.g24.org*

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto. *“Derecho internacional privado”* 1ª ed. CIVITAS, Madrid 1999.

Di GEOVANNI, Ileana. *“Derecho Internacional Económico”* Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992.

House of Representatives. *“Report of the International Financial Institutions”*. Advisory Commission (the Meltzer Commission) Washington D.C, March 2000.

Roces constitucionales del Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos (TLC). Universidad de Costa Rica, Comisión Especial sobre Roces Constitucionales del TLC. 2007 Tratado de Libre Comercio República Dominicana, Centroamérica-Estados Unidos. Asamblea Legislativa, expediente N° 16.047.

SALA CONSTITUCIONAL. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Voto Número 9469-2007 de las 10:00 horas del 3 de julio de 1997. Consultas acumuladas respecto al Proyecto de aprobación del Tratado de Libre Comercio República Dominicana, Centroamérica-Estados Unidos.

STIGLITZ, Joseph. *“El malestar en la globalización”*. Santillana, Madrid 2002.

TRATADOS INTERNACIONALES

Acta Final que incorpora los resultados de la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales, Marrakesh 15 de abril de 1994 (conocida como Acuerdos OMC).

Acuerdo General sobre Aranceles y Tarifas al Comercio (GATT) Ginebra, 30 de octubre de 1947. UN Reg. N° 814.

Convención sobre el Derecho de los Tratados. Viena 23 de mayo de 1969, UN Reg. N° 18.232.

Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias (Anexo 2 a los Acuerdos OMC).

**DERECHO SOCIETARIO
Y NORMAS DE ORDEN PÚBLICO**

Prof. Dr. Gastón Certad M.^()*

(Recibido 24/07/07; aceptado 10/03/08)

(*) Catedrático de la U.C.R. y de la U.A.C.A.
e-mail@gcertad.ucr.oc Tel. 0000-0000.

RESUMEN

Este ensayo pretende arrojar un poco de luz, dentro del derecho de las sociedades mercantiles, acerca de un término difícil de definir, vago cuanto elemental, como el de orden público. Incursiona en el análisis, somero dada la naturaleza del ensayo, de la cláusula general del orden público en tema de sociedades, su relación con los denominados “pactos parasociales”, así como en los presupuestos lógico-jurídicos usados por los jueces para individuar el concepto de orden público en el derecho de sociedades. Ya al final, se trata también el tema, no menos espinoso, de la fuente del orden público.

Palabras clave: Orden público, sociedades mercantiles, pactos parasociales, principio de libre contratación, fuentes.

SOMMARÍO

Questo saggio aspira a chiarire, al interno del diritto delle società commerciali, un concetto difficile da definire, incerto quanto elementale, come é quello dell'ordine pubblico. Tratta e analizza, suscintamente in attenzione alta natura di questo saggio, lla clausola generale dell'ordine pubblico in tema di società e il suo rapporto con i cosiddetti “patti parasociali”, così come i presupposti logico-giuridici usati dai giudici per individuare il concetto di ordine pubblico nel diritto delle società. Poi, alta fine, tratta anche il tema, anch'esso assai difficile, delle fonti dell'ordine pubblico.

Parole chiavi: ordine pubblico, società commerciali, patti parasociali, principio di libera contrattazione, fonti.

SUMARIO

1. Las disposiciones contrarias al orden público
2. El orden público y el derecho societario
3. La cláusula general del orden público en materia societaria: la asamblea y el procedimiento deliberativo
4. El orden público y los denominados “pactos parasociales”
5. Presupuestos lógico-jurídicos generalmente utilizados por la jurisprudencia para individuar el concepto de orden público en el derecho de sociedades
6. El orden público y su fuente
7. Conclusiones

1.- El orden público ha sido considerado por mucho tiempo, sobretudo por la doctrina francesa,⁽¹⁾ un concepto difícil de definir, un concepto “tan vago cuanto fundamental”.⁽²⁾

La doctrina italiana de la segunda mitad del siglo XIX fue de la idea de que el orden público debía individuarse partiendo del sustantivo (orden) y del adjetivo (público) que lo caracterizan.⁽³⁾

El contraste con los principios de orden público se buscaba en los conflictos con las normas de derecho público. Esto quiere decir, entonces, que el concepto de orden público inderogable se lo individuaba con referencia a las leyes, al interno del ordenamiento positivo y no como un concepto desvinculado del derecho positivo. Esto tuvo como efecto desviar la atención de la doctrina civilista hacia el concepto de “buenas costumbres” y ello porque la referencia a las buenas costumbres, es decir, a una fuente de valoración meta legal y, muchas veces, super legal, se convertía en el único apoyo positivo para todas aquellas ideologías, cristianas o laicas, que le negaban al ordenamiento jurídico una función exclusiva en las valoraciones de legitimidad. La consecuencia de esta desviación fue la de apartar el concepto de orden público y de utilizar en su lugar la cláusula *extra ordinem* de las buenas costumbres.⁽⁴⁾

La profunda evolución social y económica que caracterizó el final del siglo XIX y el principio del siglo XX llevó a un cambio en el modo mismo de concebir las buenas costumbres, identificándolo con un moral mas inmanente y más socializante respecto a la precedente identificación con una moral individual y trascendental.⁽⁵⁾

(1) BERNARD, *La notion d'ordre public en droit administratif*, Paris, 1962.

(2) MALAURIE, J., *L'ordre public et le contract*, Reims, 1953, p. 3.

(3) FERRI, G.B., *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Giuffrè Editore, Milano, Italia, 1970, pp. 6 ss.

(4) FERRI, G.B., *Ordine pubblico (dir. priv.)*, en Enciclopedia del Diritto, XXX, Giuffrè Editore, Milano, Italia, 1980, p. 1045.

(5) FERRI, *op. cit.* en nota 3, pp. 68 ss.

La recuperación del concepto de orden público, opacado por las buenas costumbres y desvinculado de la subordinación a la ley, se dio en Europa en la década de los 30 del siglo pasado, con el florecimiento del nacional socialismo y el fascismo, haciéndolo coincidir con los valores del nuevo orden corporativo. Un orden público entendido en sentido dinámico, que asume el rol de catalizador de la funcionalidad de los intereses generales del Estado y de su política. Para Betti, el orden público debía conformarse a la nueva concepción dinámica y positiva del estado moderno.⁽⁶⁾

2.- En el derecho societario contemporáneo se recurre más de lo que podría creerse a la cláusula del orden público. Sus aplicaciones envuelven, amén del principio de tipicidad de las sociedades y al régimen de responsabilidad, también a otros aspectos de la disciplina, entre los cuales destacan, sobretodo, la asamblea de socios y su funcionamiento.⁽⁷⁾

El orden público es, entonces, un principio que atraviesa transversalmente el derecho societario y, por las implicaciones que determina, constituye un fuerte límite a la autonomía privada.

Una respetada sentencia de la Casación italiana ha dicho que “*por enseñanza común las derogaciones a la disciplina legislativa encuentran su límite en la inderogabilidad de las normas de orden público*” y que “*entre ellas se hallan, en general, las disposiciones relativas a las garantías predispuestas en el interés social para la validez de las deliberaciones*”.⁽⁸⁾

(6) EMILIO, *Teoria generale del negozio giuridico*, U.T.E.T., Torino, Italia, 1952, p. 398.

(7) Sobre la naturaleza inderogable de la disciplina dictada para el procedimiento de la asamblea en las sociedades de capital, véase GRIPPO, G., *L'assemblea nelle società per azioni* en Trattato di diritto privato dirigido por Pietro Rescigno, XVI, Impresa e lavoro, tomo II, U.T.E.T., Torino, Italia, 1985, pp. 363 ss.

(8) Sentencia n. 3484 del 30 de noviembre de 1959, cit. por GIORDANO, Domenico, *Le limitazioni all'autonomia nelle società di capitali*, Giuffrè Editore, Milano, Italia, 2006, p. 175.

Por otra parte un tribunal romano dijo que “*desde el momento en que el legislador atribuye a las sociedades de capital la personalidad jurídica, además de la correlativa y total separación del patrimonio del ente de los de los socios, les impone una estructura típica cuya integridad está preservada, a tutela de los terceros y de la colectividad, mediante la sustracción a los socios del poder de disponer o, como quiera que sea, de disminuirla con actos de autonomía privada*”.⁽⁹⁾

La consecuencia jurídica de este orden de ideas es el aplastamiento de la autonomía privada en relación al dictado normativo, lo que equivaldría a negar la autonomía privada en las sociedades mercantiles; y esto no obstante que los ordinales 18 y 104 prevean que la escritura constitutiva (es decir, el principal acto de autonomía privada en materia societaria) contenga, en síntesis, las normas relativas al funcionamiento de la sociedad y “cualquier otra convención que hubieran consentido los fundadores”.

Preguntémosnos: ¿qué sentido tiene admitir la posibilidad de que los socios puedan adecuar el reglamento normativo a sus necesidades concretas si luego el ordenamiento impone, para las sociedades con personalidad jurídica, una estructura típica cuya identidad debe ser protegida (por los mismos socios) para tutelar a terceros y a la colectividad? La necesidad de protección es individuada en el orden público, ¿pero este límite puesto por el sistema para su propia protección en qué consiste exactamente? ¿Es un límite que se llena sólo con las fuentes legales o es un límite meta legal?

3.- En el derecho societario contemporáneo existe una tendencia generalizada a recurrir a la cláusula del orden público con la finalidad de limitar la autonomía privada, considerando nulas todas aquellas cláusulas del pacto constitutivo mediante las cuales los socios tratan de adaptar a sus concretas necesidades la reglamentación de la *fattispecie*, sobretudo en lo tocante a la estructura organizativa de la sociedad propiamente dicha y a la asamblea de socios y su funcionamiento.⁽¹⁰⁾

(9) Apelación del 24 de noviembre de 1991 cit. por GIORDANO, *op. cit.* en nota anterior, p. 177.

(10) GRIPPO, *op. cit.* en nota 7, pp. 363 ss.; SERRA, A., *Assemblea. L'assemblea: procedimento*, en Trattato delle società per azioni, U.T.E.T., vol. 3, II, Torino, Italia, 1993, pp. 51 y 53.

Existen algunas dudas que, hasta donde tenemos conocimiento, no han sido resueltas por nuestra jurisprudencia. Una de ellas es si pueden los socios prever, en el pacto social, un quórum constitutivo o un quórum deliberativo o de votación, o ambos, más amplio(s) que los establecidos en el artículo 171 para las asambleas generales –sobretudo las extraordinarias– en segunda convocatoria⁽¹¹⁾ (norma esta que consideramos la más nefasta de todo el conjunto normativo regulador del contrato de sociedad en el código), y ello en base a que el propio legislador sí ha contemplado una ampliación de ambos quórum para la primera convocatoria de esas asambleas en el numeral 170 cuando afirma “salvo que en la escritura social se fije una mayoría más elevada”.⁽¹²⁾

Dice el 171: “Si la asamblea ordinaria o extraordinaria se reuniere en segunda convocatoria, se constituirá válidamente cualquiera que sea el número de acciones representadas, y las resoluciones habrán de tomarse por más de la mitad de los votos presentes”.

El problema planteado enviste directamente la interpretación de este artículo y en particular la configuración de dicha norma como disposición de imperio o no.

Lo que sucede es que el ordenamiento jurídico rara vez dice expresamente cuándo una norma es imperativa o no, y en las hipótesis en que los datos textuales no son seguros, el intérprete está obligado a

(11) El problema parece circunscrito a las solas asambleas extraordinarias, pues en cuanto a las ordinarias la tendencia de la doctrina es a invalidar toda modificación para evitar que, por ese medio, se impida la adopción de acuerdos esenciales para la vida normal de la sociedad, como la aprobación del balance y el nombramiento de los directores o consejeros y del fiscal, perjudicando de esta manera la eficiencia de la empresa social, tesis que apoya mayoritariamente la doctrina italiana y autores como COTTINO, DI SABATO, GRAZIANI, GRIPPO, MONTAGNANI, SANTONI, etc.

(12) Hemos notado una tendencia general en la doctrina nacional y extranjera, que compartimos, a excluir la validez de las cláusulas estatutarias que prevén el consentimiento unánime de los socios o mayorías tan elevadas que equivalen casi a la unanimidad en materia de deliberaciones de asambleas generales de socios. En Italia, comulgan con esta tesis, GALGANO, MIGNOLI, PELLIZZI, etc.

recorrer la insidiosa vía de los principios, corriendo así el riesgo, cuando el principio no se apoye en sólidas bases lógicas y esté anclado a seguros arneses positivos, de abrir una peligrosa brecha a la libertad creadora de la mente y del derecho.

El Registro Público, desde hace tiempo, ha venido sosteniendo que esta norma es de orden público y que, por ende, no puede ser variada por los socios en el pacto social –lo que la hace inderogable–, tesis esta muy similar a la sostenida por la jurisprudencia italiana a mediados del siglo pasado. Se concluiría, entonces, que cualquier cláusula que pretenda modificar los quórum establecidos en esa norma resultaría ilegítima por estar en contraste con principios de orden público. Esta posición parece surgir de la idea que la presencia de un quórum constitutivo o declarativo distinto al normativo contrastaría con la necesidad de asegurar el normal funcionamiento del órgano deliberativo y, por su medio, la vitalidad misma de la sociedad, lo que equivale a deducir del conjunto normativo un (dudoso) principio de “funcionalidad de la asamblea” que fundamentaría la nulidad de todas aquellas cláusulas que prevean un quórum diferente al legal.⁽¹³⁾

El razonamiento de los jueces de la Suprema Corte italiana puede ser sintetizado en los siguientes términos: En la sociedad la asamblea desempeñaría un rol esencial, tanto porque ella es el principal órgano de decisión de la sociedad cuanto porque a ella el legislador le confía la tarea de aprobar el balance, esto es, el documento contable más importante de la vida de la sociedad, cuyos resultados afectan no sólo a los socios sino también a terceros. De este orden de ideas hacen deducir la existencia de un principio general de esencialidad del funcionamiento de la asamblea, principio que encuentra su apoyo normativo en la norma que impone la convocatoria de la asamblea general por lo menos una vez al año (art. 155). Si se reconociera, siguen razonando los magistrados italianos, la autonomía estatutaria en tema de quórum para la asamblea, se le daría eficacia a dos manifestaciones de voluntad, ambas contenidas en el pacto constitutivo, que vendrían sustancialmente a eliminarse: por un lado la determinación de darle vida al ente social, por el otro, la fijación de modalidades que obstaculizarían el funcionamiento de los órganos vitales del ente mismo. En resumen: la jurisprudencia italiana de comentario, en nombre de la

(13) Sentencia de Casación n° 2669 del 26 de octubre de 1964 y sentencia del Tribunal de Cassino del 20 de marzo de 1992 cit. por GIORDANO, *op. cit.* en nota 8, p. 185, notas 22 y 23.

“esencialidad” de la función de la asamblea, ha considerado, al igual que nuestro Registro, normas de orden público las disposiciones relativas a los quórum de la asamblea general.

Lo sugestivo de esa posición nos llevó a nosotros durante algún tiempo a hacer las siguientes consideraciones: por las materias que una asamblea general ordinaria normalmente conoce, indicadas en el ordinal 155, es obvio que se trata de temas indispensables para el desarrollo normal de la actividad social, sobretodo, las enumeradas bajo los literales a) y c) de esa norma. No sucede igual con la asamblea extraordinaria cuyas materias, indicadas en el artículo 156 y que se resumen, prácticamente, a variaciones al pacto social de la sociedad, son de más delicadas. Así las cosas, si fuere convocada una asamblea ordinaria y no se alcanzare en la primera convocatoria el quórum de constitución previsto en el artículo 169 (mitad de las acciones con derecho a voto), parece lógico y consecuente, ante la trascendencia de los asuntos a tratar en ese tipo de juntas para el buen desempeño de la actividad empresarial, que el legislador estimule la segunda convocatoria bajando el quórum de formación a su más mínima expresión –una acción–. En ese sentido, y limitadamente a las asambleas ordinarias, nos parecía que la disposición *sub examine* era intocable y que buena razón tenían nuestro Registro y los jueces italianos de calificarla de orden público. Por el contrario, si se convocare una asamblea extraordinaria y no se alcanzare en la primera convocatoria el quórum de constitución previsto en el artículo 170 (tres cuartas partes de las acciones con derecho a voto), aplicarle a la segunda convocatoria los quórum extremadamente reducidos señalados en el numeral 171, sobretodo el de formación, sería sumamente peligroso (un solo accionista podría decidir las reformas al pacto social señaladas en el orden del día de la convocatoria). Nos parecía entonces que, en lo relativo a las asambleas extraordinarias, los quórum indicados en la norma de comentario sí podían ser modificados por los socios, al no tratarse para nosotros de una norma inderogable por las razones apenas apuntadas.

Ahora bien; que la función de la asamblea de socios sea importante en las sociedades de capital es una consideración que creemos que podemos acoger sin dificultad; pero que semejante consideración sea luego vestida con el hábito del orden público nos parece ahora, después de recapacitar, una barbaridad consecuencia del yerro de no haber anclado el principio del orden público a algún valor.

Si este es el error lógico, aun más grave es el error en el cual se incurrió en el uso concreto del principio, convertido en instrumento para afirmar la inderogabilidad de normas respecto a las cuales no estamos en grado de llegar a un análogo resultado mediante la hermenéutica de los datos normativos.

Así, el orden público termina siendo un principio *extra ordinem* utilizado fuera de todo control.

Con sólo volver nuestra atención a las normas que en nuestro código regulan las asambleas de cuotistas en la sociedad de responsabilidad limitada caemos en la cuenta que la necesidad de mantener inalterados los quórum de las asambleas de accionistas en segunda convocatoria no responde a razones de orden público. El artículo 94 prevé para la s.r.l. esta asamblea –que nosotros llamamos ordinaria–⁽¹⁴⁾ sólo en primera convocatoria. Consideramos que el acto constitutivo, con fundamento en el inciso 19 del artículo 18, puede prever válidamente una segunda convocatoria con quórum establecidos consensualmente. Nótese que también que esta asamblea de la s.r.l., al igual que la ordinaria de la s.a., aprueba el balance, nombra a los administradores y se debe reunir por lo menos una vez al año, y ello no obstante, para estas sociedades, a pesar de ser idénticos los asuntos que sus asambleas “ordinarias” conocen y los intereses que los respaldan, la ley misma admite variaciones estatutarias a su funcionamiento. Esta sociedad puede, en nuestra opinión, aumentar y disminuir los quórum previstos en primera convocatoria, así como podrá reglamentar libremente, respetando siempre el principio mayoritario, el funcionamiento de la asamblea ordinaria en segunda convocatoria.

Ahora bien; si damos como buena la necesidad de evitar que a causa de la imposición de quórum constitutivos o deliberativos se verifique una situación de parálisis del órgano deliberativo con la consiguiente eventual imposibilidad de aprobar, vgr., el balance, ¿cómo puede sostenerse que para la s. a. la cláusula estatutaria contrasta con un principio de orden público si, para la s.r.l., en presencia de una análoga situación y de una identidad en los intereses tutelados, es el mismo ordenamiento jurídico el que lo admite de manera expresa?

(14) CERTAD, Gastón, *La sociedad de responsabilidad limitada*, Editorial Juritexto, San José, Costa Rica, 2005, pp. 206 ss.

Ante semejante razonamiento nos parece evidente la conclusión de que la cláusula del orden público ha sido utilizada, una vez más por nuestro Registro Nacional, y también por los Jueces italianos, de manera impropia como instrumento para limitar arbitrariamente la autonomía privada en materia societaria.

Por último hacemos la observación de que el aumento de los quórum, sobretodo el constitutivo, es adoptado generalmente como garantía para los socios minoritarios (o sea, para la realización de un interés mercedor de tutela jurídica), de donde no nos parece justo truncar esos cambios argumentando el peligro de que la sociedad, con ellos, se paralice en su normal funcionamiento. Le recordamos al paciente lector que hasta la fecha nadie ha puesto en tela de duda la validez de un contrato social perfeccionado por sólo dos socios, o por dos grupos claramente identificados de socios, con igual número de acciones que, en caso de diferir de criterio sí generaría la paralización del funcionamientos de la asamblea primero y de la propia sociedad después!

Si la sociedad –como anuncian los jueces italianos– no pudiera funcionar por culpa de una modificación de los quórum de la asamblea fijados por la ley, es señal de que los socios deben esforzarse en buscar un consenso mayor, y si esto no fuere posible, ello querrá decir que el acuerdo entre ellos ya no existe; y, entonces, bienvenida sea la disolución de la sociedad por imposibilidad de realizar el objeto que persigue (art. 201 inciso b). La sociedad es, hasta que se demuestre lo contrario, cosa de los socios y no de la colectividad; los acreedores sociales y los terceros encuentran tutela suficiente en las normas sobre la integridad del patrimonio y del capital social y en las que regulan el procedimiento de liquidación.

4.- Provenientes del derecho anglo-sajón, la utilización de los denominados “pactos parasociales” o “*shareholders agreements*”⁽¹⁵⁾ se ha

(15) Dentro de ellos aparecen los llamados “sindicatos de voto” que son contratos concertados fuera del pacto social mediante los cuales algunos socios de una sociedad se empeñan a concordar preventivamente el comportamiento que deben asumir en una asamblea y a uniformar el voto con una línea de conducta común para conferir, a todos los socios sindicados, la consistencia de un grupo homogéneo.

La literatura en este tema es bastante amplia en Italia: COTTINO, Gastone, *Le convenzioni di voto nelle società commerciali*, Giuffrè Editore, Milano, Italia, 1958; FARENGA, Luigi, *I contratti parasociali*,

incrementado últimamente como una vía de solución satisfactoria para tantos problemas que plantea, continuamente, el funcionamiento de las sociedades de capital. El problema es que nuestro código no se refiere a ellos, ni siquiera los menciona, y entonces la pregunta que surge es acerca de su validez y eficacia; y para agravar aún más la situación, no tenemos conocimiento de que nuestra jurisprudencia se haya referido a ellos.

Tales pactos, convenios o contratos responden a la necesidad de recolectar y coordinar las fuerzas para un más incisivo ejercicio de los derechos sociales, tanto de parte del grupo de control, que de esa manera reforzará su poder asegurándose una más sólida línea de administración, cuanto de los socios minoritarios, que podrán utilizar al máximo los instrumentos que el ordenamiento predispone para una acuciosa obra de control y de contraste al grupo mayoritario.

La característica principal de tales pactos, cuyo contenido puede asumir los más variados objetos, es la de ser una convención que se coloca formalmente fuera del acto constitutivo y del estatuto de la sociedad pero que produce reflejos sustanciales sobre la organización creada con el contrato social, esto es, representan un interesante muestra de la autonomía privada en materia societaria, sea que revista la forma de una cláusula derogatoria del pacto constitutivo (como en el caso de cláusulas que inciden sobre los quórum de las asambleas o sobre su funcionamiento) o cuando, ejerciendo su libertad contractual, los socios creen una estructura organizativa intermedia entre ellos y la sociedad destinada a influir diversamente sobre el contrato social.

Por esas razones, la jurisprudencia italiana ha recurrido al “salvavidas” de la cláusula general del orden público, al igual que hizo, según vimos, con las cláusulas sociales que pretender modificar los quórum de las asambleas o su funcionamiento, para atacar la procedencia de los pactos parasociales y, en especial, de los sindicatos de administración y de los sindicatos de bloqueo. Prueba de ello es la sentencia de apelación Roma del 24 de enero de 1991: “*Desde que el legislador le atribuye a las sociedades de capital la personalidad jurídica, así como la correlativa y total separación del patrimonio del*

Giuffrè Editore, Milano, Italia, 1987; RESCIO, G.A., *I sindacati di voto*, en Trattato della società per azioni, dirigido por Colombo y Portale, Vol. III, t. I, U.T.E.T., Torino, Italia 1994, pp. 483 ss.; SANTONI, Gerardo, *Patti parasociali*, Morano Editore, Napoli, Italia, 1986; SEMINO, G., *Il problema della validità dei patti parasociali*, Giuffrè Editore, Milano, 2003.

ente de los de sus socios, les impone a estos una estructura típica cuya integridad es conservada, a tutela de los terceros y de la colectividad, mediante la sustracción a los socios del poder de disponer, o bien de reducirla, con actos de autonomía privada".⁽¹⁶⁾ Por su parte una sentencia de Casación dijo que "*las normas que disciplinan la estructura y el funcionamiento de las sociedades regulares, dada la incidencia de su actividad en la vida comercial e industrial del país, ... no son de interés privado sino de orden público*";⁽¹⁷⁾ mientras otras declararon la nulidad de "*todo pacto entre socios que establezca un conjunto organizativo o funcional del organismo societario, distinto al establecido por el legislador... como nulo es el pacto con el que vengán decididos por los socios en lugar que por a asamblea, los criterios de nombramiento de los administradores*".⁽¹⁸⁾

La validez del pacto de sindicato accionario de voto "*debe ser establecida con vista en las situaciones concretas y puede ser excluida, por violación a normas y principios imperativos, cuando a través del pacto mismo la asamblea resulte permanentemente vaciada de función y contenido o cuando se suprima la libertad de voto con la posibilidad de formación de mayorías ficticias o cuando el voto resulte vinculado a intereses en contraste con el interés social o a favor de personas en conflicto de intereses con la sociedad misma*". Siguen discutiendo los Magistrados Italianos: "*ciertamente no obstante poder ser derogadas algunas de las normas concernientes el desarrollo de la asamblea, es inderogable la disciplina estructural del instituto que coloca a ésta como órgano soberano de la sociedad...no podría, correlativamente considerarse válido un pacto que por número de adherentes al sindicato accionario, por la indeterminación y la generalidad de las obligaciones a las que se extiende el vínculo de los adherentes mismos y por su duración sirva para reducir la asamblea a un mero simulacro*".⁽¹⁹⁾

(16) Cit. por GIORDANO, *op. cit.* en nota 8, p. 197.

(17) N° 136 del 25 de enero de 1965, cit. por GIORDANO, *op. cit.* en nota 8.

(18) N° 3181 del 17 de abril de 1990; n° 5778 del 22 de diciembre de 1989; n° 326 del 18 de enero de 1988, cit. por GIORDANO, *op. cit.* en nota 8.

(19) Cas. N° 1581 del 23 de abril de 1975; cas. n° 1290 del 23 de abril de 1969, cit por GIORDANO, *op. cit.* en nota 8.

Por su parte, el Tribunal de Monza, Italia, en uno de sus fallos estipuló que “*el vicio relativo al procedimiento de formación de las mayorías y a la expresión del voto en la asamblea se cubre con situaciones adosadas a normas de orden público que envuelven el mismo ordenamiento del ente corporativo o intereses generales y superiores de la colectividad de los socios; intereses, que no siendo como tales disponibles, no pueden ser objeto de compromisos*”.⁽²⁰⁾

En síntesis, la jurisprudencia italiana ha dicho que mediante los pactos de sindicato se vendrían a crear mayorías ficticias en la asamblea y un vacío de la asamblea que quedaría reducida a un mero simulacro.

Lo cierto es que la jurisprudencia de la península en tópico de pactos parasociales, de la que venimos discurriendo, distinguió entre sindicatos con eficacia “obligatoria”⁽²¹⁾ y sindicatos con eficacia “real”,⁽²²⁾ asumiendo respecto a los primeros una posición más permisiva que respecto a los segundos. Pues bien; la jurisprudencia, ante la obligatoriedad del pacto que no le permite al socio separarse de las determinaciones del sindicato, se orientó en el sentido de declarar nulas tales convenciones por contrariedad al orden público.⁽²³⁾

Observamos que el instrumento adoptado por los jueces italianos para reprimir esos acuerdos entre los socios es, una vez más, y tal como lo hicieron respecto a las cláusulas modificativas de los quórum de asamblea, según se vio, la cláusula general del orden público. Nos parece que esta es, otra vez más, una visión seguramente anacrónica del concepto de orden público.

(20) 14 de marzo del 2000, cit. por GIORDANO, *op. cit.* en nota 8.

(21) Que son todos aquellos pactos en los que los socios, habiéndose obligado a votar conforme a la decisión tomada al interno del pacto, ejercitan directamente el derecho de voto en la asamblea.

(22) Que son todos aquellos contratos en los que los parasocios, con el fin de excluir la posibilidad concreta de un incumplimiento de los empeños asumidos en el pacto, transfieren a terceros, en el momento mismo de su adhesión al pacto, la tarea de votar en el sentido indicado en el sindicato; finalidad que se cumple mediante el otorgamiento de un mandato irrevocable a una sociedad “fiduciaria” para que vote según como fue acordado en el pacto, endosándole “por poder” sus acciones a dicha sociedad (art. 700) o bien depositándolas ante ella.

(23) Tribunal de Milán, 28 de marzo de 1990, cit. por GIORDANO, *op. cit.* en nota 8.

Nos preguntamos, ¿pero esos pactos verdaderamente contrastan con el principio del orden público, o el recurso a esta norma constituye sólo un “salvavidas”, un *slogan* usado “irresponsablemente” para entorpecer la libertad contractual de los sujetos?

La verdad es que el recurso al orden público hecho por la jurisprudencia itálica para proteger un pretendido principio de salvaguarda y tutela de las normas que regulan el funcionamiento y las atribuciones del órgano deliberativo, a nosotros nos parece arbitrario; circunstancia ésta que emerge de manera diáfana del control societario y de la copropiedad de paquetes accionarios, casos en los que se produce una situación del todo análoga a la de los sindicatos de voto que deliberan mayoritariamente y, ello no obstante, ningún cuestionamiento ha sido hecho jamás por la jurisprudencia de ese país, ni de ningún otro que nosotros conozcamos!

Una vez más el principio del orden público es usado por los jueces como cláusula general para comprimir la autonomía privada!

El otro argumento utilizado por los juzgadores italianos para declarar la ilegitimidad de los sindicatos de voto es el del vaciado de la asamblea que quedaría así reducida a un mero simulacro (en dicha hipótesis, se arguye, las decisiones se tomarían fuera de la asamblea y dentro del pacto de sindicato).

Sobre el particular creemos oportuno señalar que no existe ninguna norma que le imponga a los socios crear ideas sólo en la asamblea, ni otra que les imponga no oír la opinión de los demás socios o de aquellos con los que tengan una mayor familiaridad para intercambiar una idea o ponerse de acuerdo para su comportamiento en la asamblea;⁽²⁴⁾ es más, el artículo 172 induce a concluir exactamente lo contrario.

Lo anterior nos permite afirmar que el procedimiento de la asamblea, tal y como está disciplinado por el legislador, se reduce a una serie de reglas formales que no se refieren nunca a la posición sustancial del socio respecto a la concreta deliberación.

(24) FARENGA, op. cit. en nota 15, p. 336; ROSSI, S., *Il voto extrassembleare nelle società di capitali*, Giuffrè Editore, Milano, Italia, pp. 441 ss.

5.- La jurisprudencia, sobretudo italiana, como hemos tenido oportunidad de ver en este opúsculo, recurre frecuentemente a la cláusula general del **orden público**, limitando de esa manera la autonomía privada en materia societaria.⁽²⁵⁾ La consecuencia concreta de semejante actitud es la de afirmar, bajo el perfil jurídico, una especie de inmutabilidad del modelo legal.

A nosotros nos parece que la jurisprudencia le da un contenido concreto a la cláusula del orden público “zigzagueando” entre una concepción normativa y una concepción extralegal, bajo el empuje de un inconsciente temor a abrirse a la autonomía privada. En esas primeras sentencias⁽²⁶⁾ los jueces italianos se remiten a un concepto de orden público funcionalmente orientado por la persecución de las finalidades del Estado.

Por el contrario, la jurisprudencia parece moverse desde una concepción normativa de orden público (es decir, de un concepto de orden público deducible de todas las normas de derecho positivo) cuando el análisis parte de una exégesis del dato normativo, como por ejemplo, en la hipótesis de la inderogabilidad del quórum de ley de las asambleas de la s.a. en segunda convocatoria; aquí se ha afirmado que las reglas que sirven a la función de la asamblea son de orden público.⁽²⁷⁾

El asunto se nos presenta aún más grave si consideramos que el recurso al orden público es en realidad el expediente utilizado cada vez que la inderogabilidad de la norma no puede ser afirmada con seguridad del solo examen de los datos normativos. De esta manera

(25) Yerro del que también participa activamente nuestro Registro Nacional.

(26) Véase sentencia de Cass. n° 136 del 25 de enero de 1965 cit. en nota 17. *“las normas que disciplinan la estructura y el funcionamiento de las sociedades regulares, dada la incidencia de su actividad en la vida comercial e industrial del país, esto es, en una esfera de intereses generales de la colectividad, no son de interés privado, sino de orden público”.*

(27) Cass. n. 3486 del 30 de noviembre de 1959, cit. en nota 8 *“... por enseñanza común, las derogaciones a la disciplina legislativa encuentran un límite en la inderogabilidad de las normas de orden público”* y que *“entre ellas están, en general, las disposiciones relativas a las garantías predispuestas en el interés social para la validez de las deliberaciones”.*

resulta sencillo afirmar que aquella determinada disposición es inderogable por ser contraria a una disposición que codifica un principio de orden público.

Sin embargo, los jueces también recurren al orden público cuando falta expresamente una norma o cuando, aun en presencia de una expresa disposición normativa, del reconocimiento del dato legislativo esa “imperatividad” no puede deducirse, o es desmentida por situaciones análogas.⁽²⁸⁾

6.- Para que la cláusula general del orden público pueda absolver correctamente su función es importante evitar, por un lado, que ella se convierta en un inútil duplicado de la norma imperativa misma o de las buenas costumbres y, por el otro, lo que sería más grave aun, que una aplicación descontrolada de la misma termine en el arbitrio. Para ello, se hace necesario fijar los presupuestos a partir de los cuales debe moverse todo razonamiento en tema de orden público, empezando de la individuación de los principios de referencia, precisamente los que han venido a faltar en la aplicación jurisprudencial hasta aquí examinada.

El concepto de orden público ha sido identificado tanto como una norma no expresa derivada por sucesivas abstracciones del conjunto de las leyes vigentes, cuanto como un elemento separado del sistema normativo y, por ende, de alcance, más amplio. En ambos casos el resultado ha sido que el orden público ha terminado confundéndose bien con las normas imperativas, bien con las buenas costumbres.

¿Cuál es entonces el contenido efectivo del orden público? ¿Es conceptualmente autónomo de las normas imperativas y de las buenas costumbres, o no?

Normalmente el legislador utiliza la elipsis “contrario(a)s al orden público y a las buenas costumbres”,⁽²⁹⁾ y porque estas últimas se colocan en el terreno meta jurídico de la moral parece casi lógico atribuirle al orden público un ámbito más bien normativo.

(28) Nos preguntamos ¿cómo puede dar origen a una prohibición, por contraste con un principio general de orden público, lo que el ordenamiento jurídico mismo expresamente admite en *fattispecie* análogas?

(29) El párrafo segundo del artículo 28 de nuestra Constitución Política dice: “Las acciones privadas que no **dañen la moral o el orden público**, o que

Pareciera que lo primero que debemos resolver es si el orden público se coloca en el plano de las normas y del ordenamiento jurídico o más bien fuera de él, y sea por lo tanto, como las buenas costumbres, una cláusula *extra ordinem*.

Ahora bien; si consideramos el orden público como una cláusula general que tiene su fuente de conocimiento fuera del ordenamiento jurídico, surge inmediatamente el problema de individuar la fuente, es decir, ese conjunto de principios que dotan de contenido concreto a la cláusula, fuente que, según la historia y la filosofía del derecho, sólo podríamos encontrar en el derecho natural o en el Estado. De acuerdo a la primera hipótesis, el orden público terminaría perdiendo su propia autonomía en cuanto absorbido por las buenas costumbres; de acuerdo a la segunda, el orden público coincidiría con los valores del Estado, sea un Estado Laico, un estado socialista, el Estado de la revolución nacionalsocialista, etc.

De las dos hipótesis sólo el enganche a los valores del Estado le garantizaría al concepto de orden público una existencia autónoma respecto a las buenas costumbres, pero quedaría irresoluto el problema de la individuación de los principios del Estado en los que debe inspirarse el orden público.

También aquí se nos presenta una doble alternativa: o el orden público es una cláusula general en el sentido de concepto desligado del sistema normativo vigente pero anclado a algunos principios (todos a determinar), o es una cláusula *extra ordinem*, en el sentido de concepto desligado de la ley y de esos mismos principios, caso en el cual el orden público tiende más a parecerse a una verdadera y propia actividad creadora de normas que a una cláusula general, solución que nos parece del todo inaceptable por ser contrastante con el concepto mismo de orden y acercarse demasiado al de anarquía!

no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley". El artículo 3 de nuestro Código Civil reza: "*El uso y la costumbre sólo regirán en defecto de ley aplicable, siempre que su existencia haya sido demostrada y no resulten **contrarios a la moral o al orden público o a una norma de carácter prohibitivo***". Por su parte, el artículo 18 *ibídem* estatuye que "*La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos, sólo serán válidos cuando **no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros***".

Si consideramos el orden público como una cláusula general que halla en las leyes o en el ordenamiento jurídico, conjuntamente, los elementos que le permiten especificarlo, se nos presenta entonces el problema de individuar cuáles leyes son en sí la expresión del concepto de orden público. Sin embargo, se podrá definir una ley como ley de orden público sólo en cuanto se dé en ella la presencia del orden público. Y es evidente entonces que el concepto de orden público tiene que ser externo a la norma y a ella lógicamente preexistente.⁽³⁰⁾

No hay duda que el concepto de orden público adquirió en nuestro país un significado y un alcance nuevo y diferente con la entrada en vigencia de la Constitución Política del 7 de noviembre de 1949 que, amén de ser una constitución rígida⁽³¹⁾ es una constitución por principios. Fundamentalmente en los derechos y garantías individuales (Título IV, artículos 20 a 49), pero también en los derechos y garantías sociales (Título V, arts. 50 a 74) que contemplan más detalladamente las distintas relaciones en las que se sustancia el ordenamiento jurídico de las relaciones políticas, civiles, ético-sociales a las económicas, están encerrados los principios de nuestra sociedad que sirven para conformar el orden público.

Y precisamente porque estamos ante elementos fundamentales, ellos constituyen un núcleo inmodificable, de modo que cualquier incidencia en ellos determinaría la alteración del sistema comprensivamente diseñado en la Carta Magna.⁽³²⁾

(30) FERRI, G.B., *Ordine pubblico (dir. priv.)*, voz en Enciclopedia del Diritto, XXX, Giuffrè Editore, Milano, Italia, 1980, p. 1047.

(31) Las normas constitucionales están sustraídas a la abrogación o derogación por parte de leyes ordinarias. La rigidez de la constitución conlleva a la necesidad de recurrir, para una modificación del texto constitucional, al procedimiento “agravado” previsto por las normas de revisión de la constitución (Título XVII, arts. 195 y 196). La ley ordinaria que choque con la normativa constitucional se halla en una situación de ilegitimidad.

(32) Y no pueden ni siquiera ser modificados con el procedimiento de revisión constitucional el que, si bien dirigido a adecuar las prescripciones constitucionales a las cambiadas necesidades, debe siempre respetar los connotados trazos del pacto constitucional.

Si esta es la función reconocida a los principios constitucionales dentro de nuestro ordenamiento jurídico, es a ellos a los que debe anclarse el principio general del orden público.

Y si los principios generales del ordenamiento del Estado encuentran en la misma Constitución Política su principal referente, entonces, el concepto de orden público, como principio general, encuentra su contenido dentro de esos principios constitucionales.

7.- Hemos concluido en estas líneas que la cláusula general del orden público absuelve la función de adecuación de la autonomía privada a los principios fundamentales del ordenamiento normativo.

Como correctamente alguien ha dicho, el orden público, como límite a la actuación contractual, no sirve para individuar una supremacía del interés público sobre el interés privado con la consecuencia de que éste deba ceder frente aquel, sino que expresa, más simplemente, la necesidad de que los sujetos de derecho privado con sus convenciones, no destruyan aquellos valores fundamentales en los que se funda el orden social y que realicen sus relaciones respetando aquellos valores y aquellos principios que el Estado considera esenciales y caracterizadores de la organización social en un determinado momento histórico.

El orden público, entonces, no es un límite a los derechos fundamentales del individuo, en función de intereses superiores de la comunidad estatal, sino que pone límites a la autonomía de los sujetos, en función al respeto de los valores fundamentales en que se basa y que caracterizan al ordenamiento jurídico.

El orden público, correctamente entendido, desarrolla la tarea de controlar que la autonomía privada se exprese de manera correcta y que el principio de libertad, insito en el concepto de autonomía, sea tal no sólo bajo el perfil formal sino también bajo el perfil sustancial.

Llegados a este punto tenemos que individuar ahora cuáles son, en el sector del derecho comercial, esos principios fundamentales contenidos en la Constitución.

A nosotros nos parece que Nuestra Carta Magna los individua de manera suficientemente clara. Ellos son, limitándonos sólo a los principales, la libertad de iniciativa económica (arts. 46 y 50), y sus límites

la libertad (art. 26), la dignidad humana (art. 33) y la utilidad social, y la propiedad privada (art. 45).

Visto lo anterior es evidente que el error principal en que ha incurrido la doctrina es el de referirse a un concepto de orden público económico, es decir, a un concepto de orden público aplicable a relaciones económicas, cuyos principios se infieren en relación a la legislación de un determinado sector como el bancario, el de los seguros y el bursátil.

El orden público no puede deducirse de una legislación de sector porque anclar un principio general a un dato normativo equivale a construir sobre la arena.

Seguramente una norma puede codificar un principio de orden público, pero no es necesariamente verdadero lo contrario: de una norma no puede deducirse un principio general. Así, el orden público terminaría aplastándose sobre la ley perdiendo de tal manera su carácter “general” (y su idoneidad para durar en el tiempo) por quedar ligado al carácter temporal y variable del dato legislativo.

El orden público entra en el dato normativo desde afuera y no podemos entonces individualarlo partiendo de él, porque en el elemento legislativo encontramos la norma imperativa pero no el orden público.

Así las cosas, la cláusula del orden público opera como límite a la autonomía privada en función de garantía. Como hemos dicho, ella absuelve la función de impedir que los sujetos, con sus convenciones, destruyan aquellos valores de solidaridad, seguridad y garantía, que el ordenamiento jurídico considera fundamentales en la sociedad costarricense.

Sin embargo, mientras a la ley se le atribuye la función de darle concreta actuación a los principios, removiendo los obstáculos que se presentan para evitar su realización, la cláusula del orden público opera en una dimensión meramente negativa.

De todo esto descienden los siguientes corolarios:

Que el juez no puede sustituir al legislador prohibiendo lo que el legislador nunca ha prohibido;

Que si no es posible afirmar con certeza que una cláusula del acto constitutivo de una sociedad contrasta, por aspectos esenciales (y no marginales), con el orden público, esto es, con aquellos principios que el ordenamiento considera esenciales, la cláusula deberá considerarse totalmente válida; y

En la relación entre autoridad y libertad, todo lo que no está prohibido debe reputarse admitido.

Tenemos entonces que, tanto los problemas examinados de la modificación de los quórum de segunda convocatoria en asamblea extraordinaria de una s.a. como el de la validez y eficacia de los pactos parasociales o de los sindicatos de voto, como el de cualquier otro pacto en donde no sea posible encontrar una lesión (evidente y por aspectos no marginales) a los intereses comunes, deben retenerse lícitos.

LAS CARTAS ADJUNTAS Y EL ACUERDO COMERCIAL CON LOS ESTADOS UNIDOS

Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez^()*

Catedrático de Derecho Económico Internacional

(Recibido 28/11/07; aceptado 10/03/08)

(*) Director Instituto de Investigaciones Jurídicas. Facultad de Derecho.
Universidad de Costa Rica.

e-mail: jorgerp9@yahoo.com; jorgerp10@gmail.com
Telfax 00-506 2250-1160; 00-506 2259-4844
Apartado postal 1264 Y Griega 1011, San José Costa Rica

RESUMEN

El tema de las cartas adjuntas o de acompañamiento (*side letters*) son esenciales en la comprensión de la negociación del acuerdo comercial con los Estados Unidos (*Central American Free Trade Agreement*), ya que constituyen compromisos internacionales de nuestro país que no fueron conocidos ni aprobados por el Poder Legislativo ni por el referéndum del domingo 7 de octubre del 2007. El pueblo costarricense no tuvo conocimiento de estos compromisos.

Palabras clave: Acuerdo comercial, derecho internacional económico, cartas adjuntas, pueblo, Estado.

ABSTRACT

The topic of enclosed letters or side letters is essential aspect in the understanding of the negotiation of Central American Free Trade Agreement (CAFTA) because said letters constitute international commitments taken on by our country which were not acknowledged or passed by the Legislative Branch, nor were they passed by the referendum held on Sunday October 7, 2007. The Costa Rican people did not have any knowledge of these commitments.

Key words: Trade agreement, Economic International Law, side letters, people, State.

SUMARIO

Introducción

- I. Tratamiento general del tema de las cartas adjuntas
 - A. Definición
 - B. Comunicación entre el Ministro Alberto Trejos, Costa Rica; y, Robert Zoelick, Estados Unidos
 - C. Naturaleza y alcance de las cartas adjuntas
 - D. Enmiendas logradas por Estados Unidos mediante cartas adjuntas
 - E. El caso de México
 - F. El caso de Panamá
 - G. El caso de Colombia
- II. Tratamiento específico de las cartas adjuntas: México
 - A. Sobre la validez de las cartas paralelas
 - B. El incumplimiento de Estados Unidos para permitir el acceso de caña de azúcar producido en México conforme el anexo 703.2 del TLCAN

Conclusión

Bibliografía

Agradezco al Catedrático *Dr. Jaime Olaiz González* (jolaiz@mx.up.mx) de la Universidad Panamericana el enviarme la versión digital de su investigación *Claroscuros del tratado de libre comercio de América del Norte. Algunas consideraciones a trece años de su entrada en vigor*, publicada en México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, IJ, en el Libro en homenaje del Dr. Rodolfo Cruz Miramontes, T. II, 2008.

INTRODUCCIÓN

En el marco del acuerdo comercial con los Estados Unidos (CAFTA: *Central American Free Trade agreement*), el tema de las cartas adjuntas o *side letters*, es fundamental.

Por ello se hará una exposición sobre esta temática como ayuda en la comprensión de la naturaleza y alcances de dicho acuerdo de comercio, en el sentido amplio del término (compra-venta de bienes y servicios).

Fue un hecho público y notorio que estos documentos fueron ocultados, pero en virtud de la presión de sectores sociales, se tuvieron que dar a la publicidad.

Desde la *oficialidad del gobierno*, se enunció que estas cartas no forman parte del acuerdo. Se trata de cartas adjuntas al acuerdo comercial.

Tanto en México como en nuestro país esas cartas-documentos públicos, firmados por funcionarios estatales en ejercicio de sus funciones públicas, no fueron remitidas ni conocidas oficialmente por los congresos de estos países.

En el caso costarricense, en el referéndum del Poder Ejecutivo más el Poder Legislativo (artículos 12 y 13 de la ley del referéndum No. 8492 del 9 de marzo del 2006: referéndum Legislativo por gestión del Poder Ejecutivo; haciéndose a un lado el referéndum ciudadano, artículos 6 a 11 de esa ley 8492) tampoco fueron puestas a conocimiento y votación de los ciudadanos y ciudadanas.

Intentamos explicar el objeto, la naturaleza y efectos de las *cartas adjuntas* (*side letters*, en inglés) al TLC.

Se puede consultar ahora, la página web oficial del Ministerio de Comercio Exterior del Gobierno de Costa Rica, www.comex.go.cr, la cual presenta la siguiente información acerca de las *cartas adjuntas*:

Las cartas adjuntas al Tratado son cartas que reflejan un entendimiento común de las Partes sobre el alcance de ciertas disposiciones del mismo. No crean obligaciones jurídicas adicionales o distintas a las contenidas en el TLC, sino que son meramente

acclaratorias o explicativas, o expresan el interés del Poder Ejecutivo de cada una de las Partes de adoptar ciertas acciones relacionadas o complementarias a las disposiciones del TLC.

Si bien estas cartas fueron negociadas en el contexto del proceso de negociación del TLC y están obviamente relacionadas con éste, no forman parte del mismo.

Algunas cartas se intercambian entre todas las Partes del TLC o bien sólo entre algunas de ellas, dependiendo del tema a que se refiera la respectiva carta (las cartas que se intercambian entre todas las Partes del TLC se les denomina “Entendimiento”).

Dado que las cartas adjuntas no forman parte del Tratado, el incumplimiento de algún entendimiento contenido en ellas no facultaría a una Parte a activar el mecanismo de solución de controversias previsto en el mismo.

Al no crear obligaciones adicionales o distintas a las contenidas en el mismo, las cartas adjuntas al TLC no requieren aprobación legislativa.

Estas cartas adjuntas son:

- Entendimiento sobre medidas migratorias
- Entendimiento sobre salud pública
- Entendimiento sobre Asuntos Ambientales
- Carta de confirmación de cartas firmas el 28 de mayo del 2004
- Carta sobre apuestas
- Carta sobre carne de ave
- Carta sobre contratos de representación, distribución o fabricación
- Carta sobre el espectro radioeléctrico de Costa Rica
- Carta sobre extracción de recursos naturales (extracción de minerales e hidrocarburos), generación de electricidad y refinamiento de petróleo crudo y sus derivados
- Carta sobre la continuación del programa “807”
- Carta sobre moratoria indefinida para actividades de minería
- Carta sobre representantes de ventas bancarias
- Carta sobre sucursales de bancos extranjeros y requisitos adicionales de reserva
- Carta sobre vida silvestre, recursos forestales y planificación urbana.

También, se puede consultar la página oficial del Gobierno de los Estados Unidos, la cual contiene las *cartas adjuntas* en la información del CAFTA: www.ustr.gov.

I. TRATAMIENTO GENERAL DEL TEMA DE LAS CARTAS ADJUNTAS

A. Definición

Estos documentos, según ellos mismos lo dicen, no son parte del convenio comercial. No establecen nuevas obligaciones, sino que institucionalizan, de forma más precisa la manera y el modo en que se cumplirá con las obligaciones del acuerdo.

Las cartas adjuntas, *side letters*, son documentos que reflejan un entendimiento común de las Partes sobre el alcance de ciertas disposiciones el mismo.

No crean obligaciones jurídicas adicionales o distintas a las contenidas en el TLC, sino que son meramente aclaratorias o explicativas, o expresan el interés del Poder Ejecutivo de cada una de las Partes de adoptar ciertas acciones relacionadas o complementarias a las disposiciones del TLC, para garantizar sus objetivos y propósitos.

No son obligaciones adicionales o distintas a las contenidas en el mismo, las cartas adjuntas al **Convenio** no requieren de aprobación legislativa.

Si bien estas cartas fueron negociadas en el contexto del proceso de negociación del TLC y están obviamente relacionadas con éste, **no** forman parte del mismo.

En razón de ello, el incumplimiento de algún entendimiento contenido en ellas facultaría a una Parte a activar el mecanismo de solución controversias previsto en el mismo.

Las *Cartas Paralelas tienen* validez como criterios de interpretación, como compromisos parciales entre dos o más Estados, sobre la manera en que se entenderán las provisiones del acuerdo comercial.

No establecen nuevas obligaciones, sino que institucionalizan de forma más precisa la manera y el modo en que se cumplirá con las obligaciones del acuerdo.

B. Comunicación entre el Ministro Alberto Trejos, Costa Rica; y, Robert Zoelick, Estados Unidos

El Ministro Alberto Trejos le envió a Don Robert Zoelick la siguiente nota:

Honorable Robert B. Zoellick 5 de agosto del 2004

Representante Comercial de Estados Unidos Washington, D.C.

Estimado Embajador Zoellick:

Me place recibir su carta con fecha del día de hoy, que se lee de la siguiente manera:

“En relación con la firma del Tratado de Libre Comercio República Dominicana, Centroamérica, Estados Unidos (el “Tratado”), tengo el honor de proponer que las cartas fechadas 28 de mayo de 2004, que firmaron nuestros Gobiernos en conexión con la firma del Tratado de Libre Comercio Centroamérica - Estados Unidos en esa misma fecha, son igualmente validas y aplicables con respecto al Tratado.

Estas cartas son:

1. Carta sobre carne de ave
2. Carta sobre representantes de ventas bancarias
3. Carta sobre sucursales de bancos extranjeros.
4. Carta sobre contratos de representación, distribución, o fabricación.
5. Carta sobre extracción de recursos naturales, generación de energía y refinería
6. Carta sobre apuestas
7. Carta sobre actividades de minería
8. Carta sobre vida silvestre, recursos forestales y planificación urbana
9. Carta sobre espectro radioeléctrico de Costa Rica
10. Carta sobre continuación del programa 807

Tengo el honor de proponer que esta carta y su carta de confirmación en respuesta a ella constituirán un acuerdo entre nuestros dos Gobiernos”.

Tengo el honor de aceptar su propuesta en nombre de mi Gobierno y de confirmar que su carta y esta respuesta a la misma constituirán un acuerdo entre nuestros Gobiernos.

Carta del Ministro Alberto Trejos a Don Robert Zoellick, 28 de mayo del 2004:

Nada impide que Estados Unidos o Costa Rica adopten, mantengan o apliquen cualquier medida que sea consistente con el tratado, relacionada con apuestas electrónicas u otras actividades de juegos de azar dentro de sus respectivos territorios nacionales.

Carta del Ministro Alberto Trejos a Don Robert Zoellick, 28 de mayo del 2004:

Costa Rica ha asumido una obligación en el tratado de abrir su mercado para el suministro de servicios inalámbricos de telecomunicaciones.

Carta de Don Robert Zoellick al Ministro Alberto Trejos, 28 de mayo del 2004:

Confirmando el entendimiento entre las delegaciones de los Estados Unidos y Costa Rica, en el sentido de que una empresa de seguros podrá suministrar servicios de seguros en Costa Rica.

Entendimiento respecto de medidas migratorias y de salud pública, del 5 de agosto del 2004:

Las *cartas adjuntas* al Tratado son cartas que reflejan un entendimiento común de las Partes sobre el alcance de ciertas disposiciones del mismo.

No crean obligaciones adicionales o distintas a las contenidas en el TLC, sino que son meramente aclaratorias o explicativas, o expresan el interés del Poder Ejecutivo de cada una de las Partes de adoptar ciertas acciones relacionadas o complementarias a las disposiciones del TLC.

Sí bien estas cartas fueron negociadas en el contexto del proceso de negociación del TLC y están obviamente relacionadas con éste, *no forman parte del mismo*.

Algunas cartas se intercambian entre todas las Partes del TLC o bien sólo entre algunas de ellas, dependiendo del tema a que se refiera la respectiva carta (las cartas que se intercambian entre todas las Partes del TLC se les denomina “de entendimiento”).

Dado que las cartas adjuntas no forman parte del Tratado, el incumplimiento de algún entendimiento contenido en ellas no facultaría a una Parte a activar el mecanismo de solución de controversias previsto en el mismo.

Al no crear obligaciones adicionales o distintas a las contenidas en el mismo, las cartas adjuntas al TLC no requieren aprobación legislativa.

C. Naturaleza y alcances de las cartas adjuntas

Indicamos que de hecho esas *cartas adjuntas* forman parte del acuerdo. Jurídicamente, no están como adorno.

Son documentos jurídicos que tienen efectos y consecuencias.

Lo elemental es preguntarse: ¿por qué se adjuntaron al acuerdo comercial, si se dice que no forman parte del mismo?

Obviamente, desempeñan un rol legal y al momento en que se necesiten, se hará uso de esas cartas, para lograr los efectos y consecuencias requeridas.

Desde la perspectiva de las obligaciones de los Estados en *el plano internacional* (no en el local, nacional o doméstico) **si** hay acuerdos documentados en estas “cartas paralelas” firmados por funcionarios competentes en el ejercicio de sus funciones públicas (de cada Estado) en materia de comercio exterior, lo que acuerden obligará a dichos Estados.

Así lo podrían entender árbitros internacionales que resolverían conflictos entre dichos estados.

De ahí que jurídicamente, tales “*cartas*” aunque se diga que no son parte del CAFTA, como efectivamente es cierto ya que no están incluidas físicamente en él, los árbitros internacionales (dentro del plano de las relaciones entre Estados) podrían tomarlas como acuerdos inter-estatales y usarlas al momento de resolver un conflicto en su seno arbitral.

Las cartas paralelas en el caso de México-USA, fueron firmadas por los funcionarios del Gobierno de William Clinton (1993-2001) –(Mickey Kantor)– y de Carlos Salinas de Gortari (1988-1994) –(Jaime Serra)–, encargados oficialmente de las relaciones comerciales internacionales de cada país.

En el caso de Costa Rica fueron Alberto Trejos y Robert Zoellick, por Estados Unidos, encargados de dichas relaciones internacionales oficiales.

Repetimos, en lo que respecta a los paneles de árbitros internacionales, esas *cartas paralelas* valen jurídicamente, ya que han sido firmadas por funcionarios competentes y en el ejercicio de su cargo respectivo, para esos efectos, de parte de cada Estado. Es decir, en lo que concierne al Derecho Internacional Público, esas *cartas paralelas* tienen valor y efectos jurídicos.

D. Enmiendas logradas por Estados Unidos mediante las Cartas Adjuntas

Por medio de estas *cartas adjuntas* o *paralelas* los Estados Unidos han logrado enmendar detalles en varios acuerdos comerciales, por ejemplo:

– *Singapur a USA*

En *carta* del 2003, el Gobierno de Singapur se compromete a vender su participación mayoritaria en las empresas nacionales de telecomunicaciones “al entender el interés del Gobierno de los Estados Unidos de que esta venta se realice lo más pronto posible”.

– *Jordania a USA*

En *carta* del 2000, el Estado de Jordania se compromete a no permitir la venta en su territorio de cualquier producto farmacéutico que no cumpla con los términos del acuerdo de libre comercio.

– *México a USA*

En *carta* de 1993, el Estados México acepta limitar las exportaciones de azúcar hacia Estados Unidos hasta el monto de 25

toneladas por un período de entre 7 a 14 años. (*Estados Unidos analiza cambios en CAFTA*, La República, sábado 7 y domingo 8 de mayo del 2005).

E. El caso de México

El jurista mexicano *Rodolfo Cruz Miramontes* (ha representado al sector privado en las negociaciones de los acuerdos de comercio internacional de México), afirmó que en su estudio *El tratado de libre comercio del norte y las denominadas "cartas paralelas"*, que estas *cartas* carecen de valor jurídico alguno (2001).

Dice Cruz Miramontes (2005):

La existencia de las cartas adjuntas o paralelas que como veremos no pasan de ser cartas cruzadas entre dos personas, fueron disimuladas durante los primeros años del TLCAN y sólo escasas notas periodísticas o referencias en las bitácoras de las negociaciones, las mencionan.

Según Javier Garciadiego recogiendo una de las pocas referencias a las cartas nos dice:

...El Secretario de Comercio Serra mencionó que a través de convenios bilaterales entre las industrias de México y los Estados Unidos, se había negociado una carta paralela al TLC avalada por los respectivos gobiernos y se había llegado a tres acuerdos que de ninguna forma significaba que el TLC se reabrirla.

Estos acuerdos, a propuestas de las mismas industrias de ambos países, buscaban darle mayor liberación a los flujos comerciales en el azúcar y cítricos...

En Washington DC., Michael Kantor, representante comercial estadounidense, afirmó que el acuerdo con el gobierno mexicano para limitar el ingreso de azúcar... bajo el régimen del TLC, era totalmente consistente con el pacto y no representaba una forma disfrazada de proteccionismo (El TLC día a día, México: Miguel Angel Porrúa, 1994, pp. 996 y 997).

Años después a propósito del procedimiento antidumping contra las importaciones de fructosa que fuera promovido por la industria azucarera nacional, surgió el tema de las susodichas cartas pero no pasó a mayores.

De entonces para acá la posición del gobierno mexicano no ha variado y su rechazo a las insistentes peticiones nuestras, ha sido la misma, esto es que renunciemos a nuestros derechos por haberse modificado el *anexo 703.2*.

(NAFTA, capítulo VII, sector agropecuario y medidas sanitarias y fitosanitarias).

Anexo 703.2: Acceso a Mercado. Sección A - México y Estados Unidos

Comercio de azúcares y jarabes:

Las Partes consultarán entre ellas a más tardar el 1º. de julio de cada uno de los primeros 14 años a partir de 1994, para determinar, conjuntamente, de acuerdo con el Apéndice 703.2.A.13, si, y en qué cantidad, cada una de las Partes:

- a. Se estima que será un productor superavitario de azúcar en el próximo año comercial; y
- b. ha sido productor superavitario en cualquiera de los años comerciales a partir de la fecha de entrada en vigor de este Tratado, incluyendo el año comercial corriente.

¿Qué son en suma y por qué existen las cartas paralelas?

Por ello, desde el mes de junio de 1993, el representante comercial de los Estados Unidos de América, Mickey Kantor planteó su preocupación a su homólogo mexicano Jaime Serra y después de varias pláticas, arribaron a una fórmula que aparentemente les satisfizo.

El 3 de noviembre de 1993, El Presidente de los Estados Unidos *William Clinton* (1993- 2001) presentó las *cartas paralelas* (adjuntas o de acompañamiento), manifestación de la facultad *sole executives agreements*, del Poder Ejecutivo.

El 8 de octubre del 1993, Mickey Kantor, representante comercial del Gobierno de ese país, le hizo saber a George Brown, congresista, que tales *cartas* eran manifestación del *sole executive agreements*; y, que formalmente no eran parte, ni eran tampoco, anexos del NAFTA.

Por su parte el senador John Chafee, de Rhode Island, indicó que como esas *cartas* las firmó el Presidente Clinton después del 31 de mayo de 1993 (fecha en que expiró el plazo para negociar el NAFTA), las citadas *cartas* estaban viciadas de nulidad y no tenían efecto legal alguno. Igual criterio sustentó el senador de Alaska, Ted Stevens.

La intención de esas *cartas* era la de proteger aún más la industria azucarera de los Estados Unidos.

Como el Congreso no aprobó esas *cartas paralelas*, no pueden ser parte del NAFTA ni tampoco pueden modificarlo (Cruz Miramontes, 2005, pp. 366 a 368).

En el estudio del 2001, el Dr. Cruz Miramontes concluyó:

Primero. El 4 de noviembre de 1993 el presidente William Clinton presentó al Congreso de los Estados Unidos, dos paquetes de documentos relacionados con el Tratado de Libre Comercio de América del Norte:

1. El primero contenía el texto y la legislación necesaria para su implementación.
2. El segundo, un conjunto de documentos que no requerían la aprobación formal del Congreso en número de seis, y aparecían en segundo término las "*cartas paralelas*" referentes al azúcar y a los edulcorantes.

Segundo. Conforme a la clasificación formulada por el propio presidente Clinton, se distinguen acuerdos suplementarios, acuerdos, informes y cartas técnicas.

Tercero. El gobierno norteamericano puede celebrar, a través del Ejecutivo, diversos acuerdos internacionales, pero sólo los tratados aprobados por el Senado están contemplados en la Constitución.

Cuarto. De la revisión y opinión de precedentes y especialistas en la materia se concluye firmemente que las llamadas "*cartas paralelas*" se ubican como *presidential executive agreements* llamados también *sole*.

Quinto. Mediante este tipo de acuerdos se evade el rígido control del Senado, por lo que la ley de la materia regula desde 1974 las llamadas *congresional executive agreements*, que se ocupan del comercio internacional.

Sexto. Dado que la materia del citado comercio es facultad exclusiva del Congreso, se requiere una autorización previa para negociar cualquier convenio que afecte los aranceles, el cual deberá ser aprobado a su culminación.

Séptimo. La negociación en cuestión tiene un término, a cuya conclusión se termina la facultad de ejercerla, utilizándose la figura denominada *fast track*.

Octavo. En el caso del TLCAN, se siguió este sistema y su vigencia de negociación corrió del 1 de mayo de 1991 al 31 de mayo de 1993.

Noveno. Las cartas paralelas se fecharon el 3 de noviembre de 1993.

Décimo. Por las múltiples razones y argumentos ya expuestos consideramos que las *cartas paralelas* carecen de validez legal.

Decimoprimer. Por lo tanto, de acuerdo con la práctica y el derecho norteamericanos, no se puede modificar el texto del TLC.

Decimosegunda. En cuanto a la situación en México, el TLCAN fue aprobado oportunamente por el Senado de la República, en uso de las facultades que le concede el artículo 76, fracción 1.

Decimotercera. Las "*cartas paralelas*" no se acompañaron al texto negociado por el Ejecutivo y aprobado por el Senado, por lo que son inexistentes.

Decimocuarta. Si se hubieran presentado tampoco tendrían valor, por las razones expuestas.

Decimoquinta. Tampoco se puede considerar que sean acuerdos intersecretariales, por no haberse respetado las formalidades requeridas por la Ley de Tratados (nota de jerp: la del 2 de enero de 1992; y, la del 2 de setiembre del 2004) (2001, pp. 160 y 161).

Se recuerda que México ha sido condenado por la Organización Mundial del Comercio (OMC) con base en las “*cartas paralelas*”.

México impuso un impuesto del 20% a las bebidas endulzadas con fructuosa importada de Estados Unidos, la cual goza de subsidios. Este impuesto fue una represalia de México por los obstáculos al ingreso de azúcar mexicano al mercado de USA.

Estas *cartas* no se hicieron públicas y contienen traducciones distintas (México: *La Jornada* y *El Financiero* del 7 al 14 de marzo 2006).

Como bien lo explicó el jurista mexicano Rodolfo Cruz Miramontes (2001, pp. 146 a 164) esas cartas paralelas son antijurídicas y no pueden surtir efecto alguno, ya que fueron firmadas por funcionarios del Gobierno de William Clinton –(Mickey Kantor)– y de Carlos Salinas –(Jaime Serra), posteriormente a que las negociaciones del NAFTA habían concluido el 31 de mayo de 1993.

Estas “*cartas paralelas o técnicas*” fueron firmadas por esos funcionarios posteriormente a esta fecha; y, se informó a la sociedad mexicana los días 7 y 13 de noviembre sobre la existencia de esas *cartas*, pero no se hicieron públicas.

No forman parte del NAFTA porque no fueron enviadas formalmente al Congreso de Estados Unidos, como el mismo Presidente Clinton lo informó, por lo tanto carecen de existencia y de fuerza legal, están viciadas de nulidad, como lo expresó el Senador por Alaska, Ted Stevens. A lo sumo, son *Sole Executive Agreements* (acuerdos del Presidente, no aprobados por el Congreso).

Reiteramos, que tales *cartas paralelas* no fueron aprobadas ni por el Congreso de los Estados Unidos ni por el de México.

Para Costa Rica, estas “*cartas paralelas*” que el Gobierno ocultó y tuvo luego que hacer públicas por la presión de algunos ciudadanos, tienen la frase de que no forman parte del *CAFTA*; pero, esto es una mentira pues los paneles arbitrales las aplicarán, ya que no están de adorno. Tales cartas fueron firmadas por funcionarios *de* segundo rango de ambos países (el primer rango lo integran los lo integran los Presidentes de cada país).

F. El caso de Panamá

El ministro de desarrollo agropecuario (MIDA) de Panamá, Laurentino Cortizo renunció el 8 de enero del 2006 a su cargo ministerial debido a las presiones de Estados Unidos en el tema fitosanitario, para que sea este país el que de la certificación de controles fitosanitarios en Estados Unidos y no Panamá, para aquellos productos que ingresen al territorio panameño. El Presidente panameño Martín Torrijos (hijo de Omar Torrijos, 1929-1981, ex-Presidente de este país), aceptó esa renuncia y nombró a Guillermo Salazar en su lugar.

Cortizo dijo que al adoptar las medidas fitosanitarias de Estados Unidos, Panamá quedaría expuesta a sufrir las consecuencias catastróficas de las plagas en su sector agropecuario.

Agregando, que Panamá no debe aceptar ni aplicar su legislación sanitaria y fitosanitaria.

El jefe negociador de comercio exterior del equipo de Estados Unidos, Rob Portman mandó una *carta adjunta* de fecha 22 de septiembre del 2005, al gobierno de Panamá relativa a registros sanitarios, cambiando lo aprobado en enero del 2005 en esta materia.

Estados Unidos le impone a Panamá medidas sanitarias, a pesar de que ya habían acordado en enero del 2005, cumplir con tales medidas de acuerdo a lo que establece la Organización Mundial del Comercio (OMC).

Texto de la *carta adjunta o paralela* enviada por Estados Unidos a Panamá:

El Gobierno de Panamá reconoce el sistema de inspección para carne y aves de corral de Estados Unidos como equivalente al de Panamá y no requerirá del Mida ni del Ministerio de Salud para la aprobación de establecimientos y plantas procesadoras.

Panamá aceptará cualquier envío de carne o de aves de corral acompañado de un certificado sanitario de exportación del Servicio de Inspección de Seguridad Alimenticia, FSIS, de la Secretaría de Agricultura de Estados Unidos, y no requerirá de ninguna otra certificación.

Panamá aceptará el certificado sanitario de exportación del Fsis, Servicio de Inspección de Seguridad Alimenticia, o cualquier otro certificado de exportación otorgado por autoridades del Gobierno de Estados Unidos en lugar del registro del producto, y no requerirá ningún otro método para registrar un producto.

En vista de las medidas tomadas por Estados Unidos con respecto a la Encefalitis Espongiforme Bovina (mal de las vacas locas) que cumplan o excedan las recomendaciones internacionales, Panamá permitirá la importación de carne bovina y productos de Estados Unidos acompañado del certificado sanitario de exportación del FSIS, Servicio de Inspección de Seguridad Alimenticia, y no exigirá ninguna otra adicional.

Panamá reconoce el sistema reglamentario de Estados Unidos para todos los productos alimenticios, incluyendo aquellos clasificados en los capítulos 4, 15 y del 17 al 22 del Sistema Armonizado, como que cumplen con los requisitos de importación sin pedir certificación adicional. (Extractos de la carta enviada por la oficina comercial de Estados Unidos al Ministerio de Comercio de Panamá; periódicos de *Costa Rica*: La República, La Prensa Libre; periódicos de *Panamá*: La Prensa, Panamá América, El Siglo, todos del 11/1/ 06).

Por su parte, el embajador de Estados Unidos en Panamá, William Eaton, afirmó que ellos no tienen interés de que el TLC debilite la protección de plantas y salud animal de Panamá (periódicos panameños El Panamá América, La Prensa y El Siglo del 19 enero 2006).

Cuando se conversó en el panel de negociaciones Panamá-Estados Unidos, sobre el tema *fito y zoosanitario*, en el cuarto adjunto estaban ingenieros, agrónomos y veterinarios panameños, que no fueron escuchados ni tomados en cuenta a pesar de que tenían una propuesta en este tópico protectora de los intereses de Panamá, la cual no fue permitida presentarla, según informó el Presidente del Colegio de Ingenieros Agrónomos de Panamá, Juan de Dios Cedeño.

La tesis que prosperó fue la de Estados Unidos, en el sentido de que Panamá no aplique respecto de las importaciones de estos productos de Estados Unidos, sus normas en esta materia, sino las propias de Estados Unidos (periódico panameño *El Siglo*, 21 enero 2006).

En la situación de Panamá, es de estratégica importancia para los Estados Unidos lograr un trato preferencial en la ampliación del canal,

lo cual genera un negocio de miles de millones de dólares para las empresas estadounidenses (periódico panameño *El Siglo*, 20 enero 2006).

Ejemplo de una carta adjunta en el acuerdo comercial Panamá-Estados Unidos:

28 de junio del 2007

Honorable Alejandro Ferrer
Ministro de comercio e Industrias
República de Panamá

Estimado Ministro Ferrer:

Tengo el honor de confirmar el siguiente entendimiento alcanzado entre las delegaciones de los Estados Unidos y Panamá en el curso de las negociaciones sobre el Capítulo Tres (Trato Nacional y Acceso a Mercados de Mercancías) en el Tratado de Promoción Comercial entre Estados Unidos y Panamá firmado entre nuestros dos Gobiernos el día de hoy (el "Tratado"):

Los Estados Unidos no iniciará ningún procedimiento de solución de controversias bajo el Capítulo Veinte (Solución de Controversias) del Tratado con respecto a cualquier restricción que Panamá pueda aplicar, antes de la fecha en que el Tratado entre en vigencia, sobre la importación de vehículos automotores de pasajeros usados (automóviles y camiones ligeros, incluyendo vehículos de tracción en las cuatro ruedas).

Tengo el honor de proponer que este acuerdo sea tratado como parte integrante del Tratado y que esta carta y su carta de confirmación en respuesta, constituyan un acuerdo entre nuestros dos Gobiernos.

Atentamente,

Susan C. Schwab

Honorable Susan C. Schwab
Representante de Comercio de los Estados Unidos
Washington, D.C.

Estimada Embajadora Schwab:

Tengo el agrado de acusar recibo de su nota fechada el día de hoy que indica lo siguiente:

“Tengo el honor de confirmar el siguiente entendimiento alcanzado entre las delegaciones de los Estados Unidos y Panamá en el curso de las negociaciones sobre el Capítulo Tres (Trato Nacional y Acceso a Mercados de Mercancías) en el Tratado de Promoción Comercial entre Estados Unidos y Panamá firmado entre nuestros dos Gobiernos el día de hoy (el “Tratado”):

Los Estados Unidos no iniciará ningún procedimiento de solución de controversias bajo el Capítulo Veinte (Solución de Controversias) del Tratado con respecto a cualquier restricción que Panamá pueda aplicar, antes de la fecha en que el Tratado entre en vigencia, sobre la importación de vehículos automotores de pasajeros usados (automóviles y camiones ligeros, incluyendo vehículos de tracción en las cuatro ruedas).

Tengo el honor de proponer que este acuerdo sea tratado como parte integrante del Tratado y que esta carta y su carta de confirmación en respuesta, constituyan un acuerdo entre nuestros dos Gobiernos.”

Tengo el honor de confirmar que mi Gobierno comparte este entendimiento, que será tratado como parte integral del Tratado, y que esta carta y su carta de confirmación en respuesta constituirán un acuerdo entre nuestros dos Gobiernos.

Atentamente,

Alejandro Ferrer

G. El caso de Colombia www.recalca.org.co

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Colombia emitió una providencia el 12 de diciembre del 2005, la cual fue notificada personalmente al Presidente de la República, a la señora canciller y al

jefe del equipo negociador por Colombia, el 15 de ese mes y año, mediante la cual le ordena al Gobierno abstenerse de la suscripción total o parcial y / o el refrendo del tratado de libre comercio con los Estados Unidos por ser lesivo a los derechos colectivos de los colombianos. esta gestión judicial fue establecida en base al artículo 8 de la Constitución Política de Colombia que afirma:

Artículo 88: la ley regulará las acciones populares ara la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la t salubridad públicas, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella (...). Asimismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos.

En esa *acción popular*; se trata de una medida cautelar, hasta tanto el asunto se resuelva en sentencia.

La decisión judicial colombiana, *se fundamenta resumidamente así:*

Agricultura: el aumento de las importaciones de productos, como trigo, maíz, arroz, partes de pollo, etc., afecta los derechos colectivos.

Medidas fitosanitarias: estados unidos protege de manera rigurosa y excesiva el ingreso de productos a su territorio, lo cual es considerado como barreras no arancelarias, afectando el ingreso real de los productos nacionales a Estados unidos y por lo tanto el interés o derecho colectivo.

Subsidios: los subsidios otorgados por los Estados Unidos a su sector agropecuario afecta el interés colectivo, dado que Colombia no está en capacidad de conceder a sus agricultores tales ayudas.

Medicamentos: cualquier concesión que haga el Gobierno colombiano en materia de protección a la propiedad intelectual referente a medicamentos lesiona el derecho colectivo, relacionado con la salud llegar a afectar el patrimonio público por el incremento del gasto en la atención a la salud pública.

Propiedad intelectual: el patentamiento de organismos vivos afecta tratados internacionales relacionados con la protección de la biodiversidad y por tanto lesiona el derecho colectivo a la protección de especies animales y vegetales.

Conocimientos ancestrales: se prohíbe suscribir un TLC que contemple patentes sobre el conocimiento de los pueblos indígenas (Acosta, pp. 287 a 291, 2006).

Las cartas adjuntas son comunicaciones enviadas mutuamente por las partes, debidamente firmadas en el momento de la suscripción del tratado, que pretenden precisar el alcance de una o algunas disposiciones del texto. Un ejemplo de carta adjunta es:

22 de noviembre de 2006
Honorable Jorge Humberto Botero
Ministro de Comercio, Industria y Turismo
República de Colombia

Estimado Ministro Botero,

Me complace recibir su carta de fecha 22 de Noviembre de 2006, que dice lo siguiente:

“Colombia reconoce el compromiso que hizo en el Tratado Andino-EEUU de Promoción Comercial (‘el Tratado’), de ser miembro pleno del Acuerdo de Tecnología de la Información de la OMC. Para hacerlo, Colombia deberá presentar un cronograma de compromisos arancelarios al Comité de la OMC, el cual deberá aprobarlo. Colombia trabajará en su cronograma y consultará con la Secretaría de la OMC para resolver cualquier asunto.

Me complace confirmarle que Colombia será un miembro pleno del OMC, a más tardar el 31 de diciembre de 2007.

Tengo el honor de proponer que esta carta y su carta de confirmación en respuesta constituyan una parte integral del Tratado”.

Tengo el honor de aceptar su propuesta en representación de mi Gobierno y confirmar que su carta y esta carta en respuesta constituyen una parte integral del Tratado.

Atentamente,

John K. Veroneau

Estas cartas son sometidas a consideración del Congreso Parlamento conjuntamente con el texto del tratado y aparecen las publicaciones que se hagan de éste. Las *cartas adjuntas* pueden ser obligatorias o no obligatorias. Serán obligatorias en tres casos:

- (i) El tratado dispone expresamente que todas las *cartas adjuntas* son parte integral del acuerdo (no es el caso del TLC);
- (ii) Si la carta específica lo establecen en uno de sus apartes (como se observa ejemplo anterior);
- (iii) Si la *carta adjunta* no lo dice, pero por su contenido debe entenderse que es parte integral del acuerdo. Las demás cartas serán no vinculantes, pero de todas maneras servirán como fuente de interpretación del tratado.

Las demás cartas serán no vinculantes. Pero, de todas maneras servirán como fuente de interpretación del tratado.

Un caso especial son aquellas *cartas adjuntas* asociadas, que si bien no hacen parte del texto del tratado, son en sí mismas un acuerdo entre las partes de carácter vinculante. Es el caso, por ejemplo, de la carta adjunta en el TLC en materia sanitaria y fitosanitaria. Esta dice expresamente que es un acuerdo entre las partes, pero lo que debe entenderse es que es obligatoria para ellas, debe ser aprobada por los respectivos congresos conjuntamente con el texto del Tratado y tiene la misma fuerza legal que el TLC.

Sin embargo, como el capítulo de normas sanitarias no está sujeto al mecanismo de solución de controversias del TLC, esta carta tampoco lo está, lo no significa que no pueda servir para la interpretación de otras disciplinas del Tratado, o incluso para respaldar casos de anulación o menoscabo relacionados con otros capítulos (Rojas y Lloreda, 2007, pp. 69 a 71).

II. EL TRATAMIENTO ESPECÍFICO DEL TEMA DE LAS CARTAS ADJUNTAS: MÉXICO (NAFTA)

El jurista mexicano Jaime Olaiz González de la Universidad Panamericana, ha expresado su punto de vista sobre México en una reciente y actualizada investigación (2008) de la siguiente manera:

A. Sobre la validez jurídica de las “cartas paralelas”

Dado el perjuicio que causaban a los intereses del sector azucarero mexicano y tomando en cuenta la irregularidad con la que fueron convenidas por su extemporaneidad y la ausencia de legitimación plena por parte de los representantes de los respectivos gobiernos para modificar el Tratado, era insoslayable el cuestionamiento sobre la validez jurídica de las denominadas “*cartas paralelas*”.

Como apunta el doctor Cruz Miramontes, la dificultad para determinar la naturaleza jurídica de las “*cartas paralelas*” en ambos ordenamientos jurídicos y consecuentemente su fuerza obligatoria, afecta su repercusión (Cruz Miramontes, 2001, nota 4, p. 134) y a mi juicio, pone en entredicho su validez.

Aún cuando el autor de referencia ha tratado con amplitud y profundidad la validez jurídica de las “*cartas paralelas*” conforme al derecho estadounidense, mexicano e internacional, conviene poner énfasis en algunos aspectos que demuestran la inconsistencia de dichos acuerdos y consecuentemente, su invalidez en ambos países.

- a. En el marco del derecho estadounidense, las cartas paralelas se ubican en la categoría de *presidential executive agreements*, los cuales no requieren de la aprobación del Senado.
- b. Sin embargo, la naturaleza jurídica del TLCAN en el derecho de los Estados Unidos corresponde a los denominados *congressional executive agreements*, los cuales fueron negociados por el Ejecutivo durante un periodo determinado con una autorización previa del Congreso para que una vez concluido dicho periodo, se sometían a su aprobación por la rama legislativa del gobierno.
- c. Si las cartas paralelas modifican una sección del TLCAN contenida en el Anexo 703.2 no se entiende como pueden evadirse de la naturaleza accesoria que guardan respecto del Tratado como objeto principal y sus patrocinadores evitaron someterlas a la aprobación del Senado bajo el argumento esgrimido por el secretario Kantor: “*The supplemental agreements are executive agreements. The agreements do not require Congressional Approval since they are executive agreements and are not formally part of or annexed to, the NAFTA*”.

- d. Al tenor de esta declaración, no puede dejar de sorprendernos que si a juicio del entonces más alto representante comercial de los Estados Unidos, las cartas paralelas no forman parte ni se consideran anexos del TLCAN, luego cómo pretenden sostener legítimamente la validez de las cartas paralelas para modificar el contenido del Anexo 703.2 y en consecuencia, limitar el acceso de los excedentes de azúcar de caña producida en México al mercado estadounidense en coherencia con lo originalmente pactado por los representantes comerciales de las partes debidamente acreditados durante las negociaciones del TLCAN;
- e. Incluso algunos congresistas estadounidenses han sostenido que las “cartas paralelas” no forman parte del texto íntegro del TLCAN que fue sometido a su aprobación en noviembre de 1993 y consecuentemente, ponen en entredicho su validez legal. Además advierten que las “*cartas paralelas*” se celebraron fuera del plazo autorizado para negociar y concluir el TLCAN que expiró el 31 de mayo de 1993 (Cruz Miramontes, 2001, p. 148).
- f. En el caso mexicano, las conclusiones no fueron distintas. Mediante varias declaraciones del titular de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial en comparecencias ante el Senado de la República en 1997 se conoció que las “*cartas paralelas*” no habían integrado el texto del TLCAN que fue enviado al Senado para su ratificación por haberlo estimado innecesario ya que se trataba de “documentos técnicos de apoyo al mismo (Tratado)” (Cruz Miramontes, 2001, p. 148).
- g. En uno de sus estudios sobre las “cartas paralelas” el doctor Cruz Miramontes hace notar que la LVIII Legislatura a través de una reunión de la Cámara de Senadores emitió un punto de acuerdo que afirmaba: “Los documentos Cartas Paralelas no fueron sometidos a la consideración o aprobación del Senado de la Republica, y por lo tanto no cumplen con lo dispuesto en el Artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos” (Cruz Miramontes, 2001, p. 148).
- h. Asimismo, para noviembre de 1993 ya era vigente en México la Ley sobre Celebración de Tratados publicada en el Diario Oficial de la Federación el 2 de enero de 1992, la cual establecía un procedimiento claro y específico conforme a su artículo 6 para que la Secretaria de Relaciones Exteriores coordine las acciones

necesarias para la celebración de cualquier tratado y emita su opinión sobre la procedencia de suscribirlo, sin afectar el ejercicio de las atribuciones de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal. Dicho procedimiento en el caso de las “cartas paralelas” no fue satisfecho por la Secretaría de Comercio en el mes de noviembre de 1993 a sabiendas de que los contenidos de las cartas modificarían aspectos fundamentales del TLCAN;

- i. Ha sido objeto de comentarios por parte de varios especialistas la naturaleza jurídica de las “cartas paralelas” en el sistema mexicano. Al no formar parte del TLCAN y en consecuencia no ser *addenda* del Tratado, quedaría la posibilidad de que fuesen “acuerdos interinstitucionales”. Sin embargo el propio doctor Cruz Miramontes concluye que al no haber seguido el procedimiento del artículo 7 de la Ley sobre Celebración de Tratados, tampoco pueden ser considerados como tales (Cruz Miramontes, 2001, p. 148).

En abono a la opinión del profesor Cruz Miramontes, las “*cartas paralelas*” tampoco pueden considerarse acuerdos interinstitucionales porque quien los celebró fue el titular de una dependencia de la Administración Pública Federal en este caso la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial con fundamento en el artículo 26 del Título Segundo de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal que ubicaba a la entonces Secretaría de Comercio y Fomento Industrial –hoy, Secretaría de Economía– como parte de la Administración Pública Centralizada. En consecuencia, toda vez que los acuerdos interinstitucionales son aquellos celebrados entre dependencias u organismos descentralizados de la Administración Pública Federal con órganos gubernamentales extranjeros u organizaciones internacionales, las “cartas paralelas” al haber sido suscritas por el titular de una dependencia de la Administración Pública Federal Centralizada, no pueden ser consideradas como acuerdos interinstitucionales;

- j. Además, subyace la inquietud acerca de la legitimación del Secretario de Comercio y Fomento Industrial para modificar el texto del Tratado firmado por el Presidente de la República el 17 de diciembre de 1992. Como es bien sabido, la celebración de tratados conforme a las normas internacionales e internas en la

materia, requiere que el agente de cualquier Estado parte goce de “plenos poderes” que le faculten para representar a los Estados Unidos Mexicanos en cualquier acto relativo a la celebración de tratados.

B. El incumplimiento de los Estados Unidos para permitir el acceso del azúcar de caña producido en México conforme al Anexo 703.2 del TLCAN

Considerando los aspectos que fueron formulados en el inciso anterior para demostrar la invalidez jurídica de las denominadas “*cartas paralelas*” en los ordenamientos jurídicos estadounidense y mexicano respectivamente, resulta inverosímil que con fundamento en ellas el gobierno de los Estados Unidos se niegue a respetar los acuerdos del Anexo 703.2 del TLCAN en materia de “comercio de azúcares y jarabes”, en particular los párrafos 15 y 16, cuando expresamente sus representantes comerciales y legisladores han desestimado la pertenencia de las mismas al Tratado y más aún han cuestionado la obligatoriedad de las “*cartas paralelas*” en el marco del TLCAN.

Dicho incumplimiento por parte de los Estados Unidos ha generado desde el año 1998 procesos arbitrales que iniciaron con sus respectivas consultas entre las partes de conformidad con el Capítulo XX del TLCAN, para determinar la aplicación del Anexo 703.2 en la parte concerniente al azúcar y edulcorantes o de las denominadas “*cartas paralelas*” que modificaban parte importante del Anexo referido.

La cooperación para una solución satisfactoria que anticipa la sección B del Capítulo XX no ha sido manifiesta por parte de los Estados Unidos, que a través de sus representantes, mientras se desarrollaban las consultas en el marco del propio Capítulo XX del TLCAN para resolver la disputa mencionada en el párrafo anterior, iniciaba ante el Órgano de Solución de Diferencias (OSD) de la Organización Mundial de Comercio diversos procedimientos en contra de México relacionados con el acceso del jarabe de maíz de alta fructuosa (JMAF) al mercado mexicano.

Al momento de escribir estas líneas no se ha respondido la solicitud planteada por el gobierno mexicano para resolver la disputa que atañe a las modificaciones sustanciales que las cartas paralelas hacen del Anexo 703.2 del TLCAN y limita el acceso del azúcar de caña producida en nuestro país a los Estados Unidos.

No puede olvidarse que el incumplimiento de los Estados Unidos en este particular, no solo afecta el marco de cooperación económica que prevé el TLCAN sino atenta contra principios del derecho internacional. Aún cuando los Estados Unidos no han ratificado la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la suscribieron el 23 de mayo de 1969 y sometieron a la aprobación del Senado el 22 de noviembre de 1971.

Conforme a la opinión concurrente del profesor Hélio Bicudo, integrante de 1998 a 2001 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Sankofa, los Estados Unidos no pueden sustraerse de la obligatoriedad de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados a pesar de no haberla ratificado hasta ahora, toda vez que a juicio de la Comisión Interamericana: “El artículo 18 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece que los Estados que han firmado un tratado, pero no lo han ratificado, deberán abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustren el objeto y el fin del tratado hasta que haya decidido anunciar su intención de no convertirse en parte de ese tratado. A pesar del hecho de que Estados Unidos no ha ratificado la Convención, el Departamento de Estado de los Estados Unidos ya ha reconocido que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados sirve como precedente para procesos de tratados internacionales. El Departamento de Estado de los Estados Unidos considera que la Convención es una declaración de derecho consuetudinario basado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la cual establece la importancia de los tratados como fuentes de derecho internacional así como un método de desarrollo y cooperación pacífico entre naciones, independientemente de lo que implican sus Constituciones y regímenes sociales” (Opinión concurrente del Comisionado Hélio Bicudo, en el caso No. 11.193 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos).

Así las cosas, resulta todavía más cuestionable la postura de los Estados Unidos al frustrar con sus acciones el cumplimiento del objeto y fin del TLCAN en materia de comercio de azúcares y jarabes, violentando con ello, los principios de buena fe y *pacta sunt servanda* abrazados por la costumbre internacional y debidamente recogidos en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del año 1969.

No hay lugar a dudas que el incumplimiento que nos ocupa y las actuaciones de los representantes comerciales de los Estados Unidos desde la entrada en vigor del TLCAN han estado encaminadas al

bloqueo sistemático del acceso del azúcar de caña producida en México a su mercado. Dicho bloqueo se fundamenta en unos documentos que carecen de validez legal en el marco del Tratado y de los ordenamientos jurídicos de cada uno de los países involucrados. Además, sus actuaciones son inconsistentes con el derecho internacional contraviniendo normas, principios y costumbres abrazados por la comunidad de naciones, igual de obligatorios indistintamente de las diferencias cualitativas y cuantitativas que guarden con los sistemas jurídicos nacionales de los Estados (Kelsen, Hans, *La paz por medio del derecho*, Madrid: Trotta, 2003, p. 57).

CONCLUSIÓN

Las *cartas paralelas o adjuntas* juegan un papel relevante jurídicamente, ya que constituyen compromisos de las partes, con eficacia y validez en el plano internacional.

Las paneles de árbitros cuando resuelvan conflictos en el marco de este acuerdo comercial, las tomarán muy en cuenta, como ya ocurrió en el caso de México.

En la diversidad de *agreements* o acuerdos comerciales que Estados Unidos ha firmado, existen estas *side lettres* o cartas adjuntas, por ello, su valor jurídico es incuestionable.

De ahí la importancia de su estudio y comprensión dentro del acuerdo comercial.

BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA, Amylkar. *El TLC en blanco y negro* (Bogotá: Edison, 2006).
- ALBA, Fracisco et al *Integración en América del Norte* (México: colegio de México, 2007).
- Brownlie, Ian. *Principles of Public International Law* (U K: Oxford University Press, 2003).
- CARREAU, Dominique et al *Droit International Economique* (Paris: LGDJ, 1990).
- COLSON, Jena-Philippe *Droit Public Economique* (Paris: LGDJ, 1997).
- CRUZ-MIRAMONTES, Rodolfo. *El tratado de libre comercio de América del Norte y las denominadas Cartas paralelas*. (México: UNAM, IIJ; Anuario Mexicano de Derecho internacional, vol. I, 2001).
- El incumplimiento de las obligaciones pactadas en el TLCAN. Análisis de un caso concreto: el acceso al mercado estadounidense del azúcar de caña producido en México.*
- En: *El tratado de libre comercio de América del Norte. Evaluación jurídica 10 años después*, (México, UNAM, IIJ, Coordinador: Jorge Witker, 2005).
- FLORES, Joaquín. *El contexto del comercio exterior de México* (México: UNAM, 2005).
- GAMBRILL, Monica, editora. *Diez años del TLCAN en México* (México: UNAM, Instituto de Investigaciones Económicas, 2006).
- HERDEGEN, Matthias. *Derecho económico internacional* (Medellín, Colombia: Diké-Konrad Adenauer Stiftung, 1998).
- LOWENFELD, Andreas. *International Economic Law*. (U K: Oxford University Press, 2003).
- OLAIZ, Jaime. *Claroscuros del tratado de libre comercio de América del Norte. Algunas consideraciones a trece años de su entrada en vigor* (México: UNAM, IIJ, Libro en homenaje del Dr. Rodolfo Cruz Miramontes, T. II, 2008. versión digital).
- PATIÑO, Ruperto, coordinador. *Seminario internacional los retos de la integración en el Continente Americano* (México: UNAM, Posgrado en Derecho, 2005).

ROMERO-PÉREZ: Las cartas adjuntas y el acuerdo comercial con los Estados Unidos

ROJAS, Santiago; y, María LLOREDA *¿TLC? Aspectos jurídicos del tratado de libre comercio entre Colombia y Estados Unidos* (Bogotá: Norma, 2007).

ROMERO-PÉREZ, Jorge Enrique. *Tratado de libre comercio Estados Unidos, Centroamérica, República Dominicana. Análisis desde la perspectiva ideológica y del Derecho económico internacional* (San José: Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006).

Sala Constitucional. Voto 9469- 07: TLC- USA. Análisis y comentarios (San José: Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006).

SCHATAN, Claudia; y, Marcos AVALOS. *Condiciones y políticas de competencia* (México: FCE, 2008).

WITKER, Jorge, coordinador. *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Evaluación jurídica diez años después* (México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005).

WITKER, Jorge; y, Laura HERNÁNDEZ. *Régimen jurídico del comercio exterior de México* (México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008).

EL DELITO DE PREVARICATO EN EL DERECHO PENAL COSTARRICENSE

Alonso Salazar^(*)

Prof. de la Facultad de Derecho
de la Universidad de Costa Rica

(Recibido 18/07/07; aceptado 10/03/08)

(*) Licenciado en Derecho, U.C.R. Especialista en Ciencias Penales, U.C.R.
Legum Magister en derecho penal por la Albert-Ludwigs-Universität
Freiburg República Federal de Alemania.
e-mail@salazar.ucr.oc Tel. 588-1200.

RESUMEN

El artículo presenta un análisis del delito de prevaricato, se resumen las consideraciones dogmáticas más relevantes del delito, sus antecedentes, tipo objetivo, tipo subjetivo, bien jurídico protegido, consumación, concursos, autoría y participación, así como los aspectos jurisprudenciales más relevantes.

Palabras clave: Prevaricato, funcionario público, administración pública, tipo penal en blanco, resolución judicial, resolución administrativa.

ABSTRACT

This article analyzes the breach of public duty (prevarication). It presents a summary of the major dogmatic considerations, their background, objective type, subjective type, legally protected interests, perpetration, concurrence of offenses, perpetrator and participation. This essay is complemented with the most relevant references to court decisions.

Key words: Breach of public duty (prevarication), public officer, public administration, criminal type, court decision, administrative decision.

SUMARIO

- a) Objeto de estudio
- b) Planteamiento del problema
- c) Definición
- d) Tipo objetivo
- e) Tipo subjetivo
- f) Bien jurídico protegido
- g) Consumación y concursos
- h) Autoría y participación
- i) Conclusión

Bibliografía

A) OBJETO DE ESTUDIO

El objeto de estudio del presente trabajo lo es el artículo 350 del Código penal costarricense que contiene el así denominado delito de prevaricato, que contiene la siguiente redacción:

ARTÍCULO 350.- Se impondrá prisión de dos a seis años al funcionario judicial o administrativo que dictare resoluciones contrarias a la ley o las fundare en hechos falsos.

Si se tratare de una sentencia condenatoria en causa criminal, la pena será de tres a quince años de prisión.

Lo dispuesto en el párrafo primero de este artículo será aplicable en su caso, a los árbitros y arbitradores.

(Así modificada la numeración de este artículo por el numeral 185, inciso a), de la ley No.7732 de 17 de diciembre de 1997, que lo traspasó del 348 al 350).

B) PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El delito de prevaricación posiblemente sea uno de los que posee orígenes más remotos, casi tanto como los de la propia actividad judicial. El Derecho romano conoció la acción de *perduelito* frente a la violación del deber del magistrado y en la *Lex Cornelia* se incluyó el castigo del pretor que se apartara de la correcta aplicación de las leyes. La prevaricación está igualmente presente en el Digesto,⁽¹⁾ el Fuero Real

(1) El prevaricato es entre nosotros el típico delito de los jueces. Sin embargo, históricamente se dio antes esa denominación al contubernio entre las partes y a la infidelidad de los apoderados o consultores. En el Derecho romano se calificaba de prevaricador al acusador, que habiendo asumido ese carácter en juicio público, llegaba a un entendimiento con el acusado para torcer la justa decisión de la justicia. Con ese mismo sentido pasó la institución al Derecho canónico. En las Partidas aparece ya en prevaricato del juez, que ha de mantenerse como una tradición jurídica hispana, y el de los abogados y procuradores. FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Derecho Penal*, Parte Especial, 10^a ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1985, p. 889.

y las Partidas.⁽²⁾ Según LALINDE, la codificación recoge la presencia del cohecho y a la prevaricación en la legislación visigoda, manteniéndose constantemente a través de la Edad Moderna.⁽³⁾

No obstante lo anterior, desde antiguo y aun hoy en día en el derecho comparado, no existe uniformidad en cuanto al contenido de la vos “*prevaricato*” y en muchos tratados y en distintas legislaciones, se identifica el prevaricato como un delito de patrocínio infiel o incluso la doble representación (arts. 351 y 352 del Código Penal).⁽⁴⁾

Ha de indicarse, que incluso al hablar de prevaricato, la doctrina jurídica históricamente no hace referencia a un delito sino a varios delitos “...la prevaricación en todos sus géneros posibles es un delito tan perjudicial como repugnante, en el que no puede menos de ocuparse con suma atención la ley penal de todo pueblo civilizado. Por lo mismo que ella da el poder a los funcionarios públicos, es indispensable que nos garantice contra el abuso que puedan cometer en sus funciones.”⁽⁵⁾

No cabe duda eso sí, que en relación con la aplicación del derecho, uno de sus pilares fundamentales ha sido desde siempre la correcta y estricta aplicación de la ley, en procura desde luego de la Justicia como valor fundamental, aquí las dos columnas que sustentan por antonomasia el edificio jurídico, no obstante que bajo este entendimiento ya desde el derecho romano se conoce el principio de que la

(2) Cfr. GARCÍAS PLANAS, Gabriel. *La prevaricación de abogados y procuradores en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Ministerio de Justicia e Interior, Tomo XLVII, Fascículo II, Mayo-Agosto, MCMXCIV, p. 34 y sgtes. quien presenta un interesante análisis histórico del delito con referencias al Derecho Romano, al Fuero Real, a las Partidas y la Novísima Recopilación, para seguir después con la aparición y evolución en los Códigos Españoles.

(3) Cfr. GARCÍA ARÁN, Mercedes. *La prevaricación judicial*, Tecnos, 1990, p. 39.

(4) Cfr. por ejemplo MANZINI, Vincenzo, *Tratado de Derecho Penal*, T. X, Segunda Parte, De los delitos en especial, EDIAR Soc. Anóm. Editores, Buenos Aires, Argentina, 1957, p. 319 y 320.

(5) PACHECO, Joaquín Francisco. *El Código Penal, concordado y comentado*, 5ª ed., Tomo II, Impresor de Cámara de S.M. Isabel La Católica, 1881, p. 394.

excesiva rigurosidad en la aplicación de la ley, atenta contra la Justicia y que es labor del juez ponderar ambos valores en procura de un correcto y adecuado equilibrio, es relativamente frecuente encontrar referencias al aforismo *sumum ius, summa iniuria*, como expresivo de una situación que los jueces deben evitar: la de que la aplicación rigurosa y estricta de la ley produzca soluciones materialmente injustas.⁽⁶⁾

De lo expuesto se extraen dos conclusiones fundamentales, el delito de prevaricato prevé y sanciona al funcionario judicial o administrativo que dictare resoluciones contrarias a la ley o las fundare en hechos falsos,⁽⁷⁾ pero a la vez, la hermenéutica jurídica y los indeterminismos del lenguaje plasmados en la ley, no solo autorizan sino que obligan al juez y/o funcionario, a interpretar la ley en procura de una correcta aplicación del derecho, por lo que al entrar al análisis y estudio del delito de prevaricato, ha de tenerse presente siempre que no es el error sino el abuso del derecho lo que se tipifica como delito, pues desde luego *errare humanum est* y por ello, no podría el ordenamiento jurídico por una parte exigir del intérprete precisamente que dé sentido a la ley y por otra castigarle por haberlo hecho.

C) DEFINICIÓN

Enseña la Academia de la Lengua que la voz prevaricato se origina en el latín *prevaricatus*.⁽⁸⁾ Y haciendo castellana esta última, dice que prevaricar es acción de cualquier funcionario que de una manera análoga a la prevaricación, falta a los deberes de su cargo. Por prevaricación, a su vez, entiende delinquir los funcionarios cuando, a

(6) GARCÍA ARÁN, Mercedes. *La prevaricación judicial en el derecho español*, Temas Básicos del Derecho, Una visión actual, Studia Juridica, Vol. I, Consejo Superior del Poder Judicial, Barcelona, 1992, p. 224.

(7) Cfr. Sentencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia No. 1096-2006 de las 10:20 horas del 30 de octubre de 2006.

(8) La palabra prevaricato, etimológicamente se compone de dos palabras latinas: *prae* y *varus*, lo que quiere decir huesos de las piernas torcidos. En consecuencia, lo que ha querido significarse al darle el nombre a determinados actos, es que las personas que los ejecutaban se desviaban de la línea recta y marchaban de manera torcida u oblicua. Así, MORENO, Rodolfo (hijo). *El Código Penal y sus Antecedentes*, Tomo VI, H.A. Tomás, Editor, Buenos Aires, 1923, p. 267.

sabiendas o por ignorancia inexcusable, dictan o profieren resolución de manifiesta injusticia.⁽⁹⁾

Prevaricato proviene de dos voces latinas, *prae-delante* y *vicare-abrir las piernas*, o sea que etimológicamente prevaricaría el que da traspies, el que va por mal camino.⁽¹⁰⁾ También tiene el sentido de trastocar, invertir el orden de lógico de las cosas,⁽¹¹⁾ ya que el juez prevaricador en vez de la ley coloca su propio capricho.⁽¹²⁾

Según CARMIGNANI, que en esto es más exacto que MONMSEN, la palabra *prevaricatus* puede proceder: de *praetergredi*, de *varia certatio*, de *varicare* o de *varus*. Según ULPIANO, viene de *varus* y esta de *vari*, remoquete o sobrenombre que se daba a las personas que caminaban con las piernas torcidas o separadas una de otra,⁽¹³⁾ por tener “pies planos”, que en castellano se llama patiabiertos.⁽¹⁴⁾

-
- (9) FERREIRA DELGADO, Francisco. *Delitos contra la Administración Pública*, 2ª ed. Editorial TEMIS Librería, Bogotá, 1985, p. 123.
- (10) Cfr. MONTES OLAVARRIETA, Leonidas. *De la prevaricación de abogados y procuradores*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 1963, p. 15.
- (11) VER CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario de derecho usual*. 6ª ed. Bibliográfica Omeba. Buenos Aires, 1968, T. II, p. 377.
- (12) Así, ROMERO ROJAS, Iver. *El prevaricato*, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, Tesis para optar por el título de licenciado en derecho, 1971, p. 6.
- (13) Citando a Ulpiano, señala Fontán Balestra: “Prevaricar llaman los latinos a una manera especial de andar que tienen las personas cuyos huesos de las piernas son largos y al mismo tiempo torcidos; de modo que al andar producen un curioso movimiento de balanceo, por el cual pueden inclinarse ya al lado izquierdo ya al lado derecho mientras avanzan. Prevaricar significa caminar torcido, inclinándose a uno u otro lado”. Cfr. FONTÁN BALESTRA, *op. cit.*, n. p. 1.
- (14) G.G. Carmignani. *Elementos de derecho criminal*, trad. De A. Forero y Jorge Guerrero, Bogotá, Edit. Temis, 1979, p. 346; Ulpiano, Digesto, libro I, tít. 15, libro 47, L. 212, tít. 16, libro 50. Citado por Ferreira, *op. cit.*, n. p. 9.

La palabra prevaricato, deriva del verbo praevaricare (desviarse del camino recto),⁽¹⁵⁾ se emplea en tres significados distintos. En palabras de CARRARA de acuerdo con la concepción antigua de la voz prevaricato, a veces tiene un sentido lato y vulgar, y expresa cualquier aberración intelectual o moral del hombre; así Salomón prevaricó a causa de las mujeres, y así alguno es enviado al manicomio porque prevaricó con la mente. En sentido jurídico tiene a veces un significado más amplio, y designa todo acto de un empleado público en que se aparte de los deberes de su cargo o use de éste para un fin ilícito. Pero el sentido estricto y propio en que la doctrina y la jurisprudencia toman la palabra prevaricación o prevaricato, y que es le que se emplea en el presente título, expresa únicamente los abusos cometidos por los apoderados de los litigantes contra éstos y contra la confianza que se les otorga.⁽¹⁶⁾

Jurídicamente y en la actualidad la palabra prevaricato se usa para designar la violación de distintos deberes de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones. A ese respecto cada ley fija sus propios límites, de manera que no podría darse una noción que comprendiese los detalles, sino con referencia a una ley determinada.⁽¹⁷⁾

Prevaricar es (dice el Diccionario de la lengua castellana) faltar uno a la obligación de su oficio, quebrantando la fé, palabra, religión o juramento. Sin embargo, no sólo técnicamente y en el orden del derecho y de la justicia, sino aun en el idioma vulgar, nao toda falta a su obligación merece tan severo nombre. Es necesario que la falta sea a sabiendas, que sea maliciosa, que se cometa por algún efecto de la voluntad, y no por yerro de la inteligencia o de juicio. El juez fanático que ve realmente crímenes donde la razón fría y desapasionada no puede hallarlos, será un juez injusto, pero no un juez prevaricador. Por el contrario, merecerá este nombre el que, conociendo la injusticia que comete, la verifica y lleva a efecto, sin embargo, porque se propone vengar un resentimiento, o favorecer a quien pueda darle y una ventaja.⁽¹⁸⁾

(15) Deriva del verbo latino praevaricare que quiere decir desviarse del camino recto o caminar torcido. Así, PABÓN PARRA, Pedro Alfonso. *Delitos contra la Administración Pública*, Ediciones Ciencia y Derecho, Bogotá, Colombia, 1997, p. 251.

(16) Así, CARRARA, Francesco. *Programa de Derecho Criminal*, Parte Especial, Vol. 5, Editorial TEMIS, Bogotá, 1991, p. 140.

(17) Así, MORENO, *op. cit.*, n. p. 8.

(18) Cfr. PACHECO, *op. cit.*, n. p. 5.

A partir de lo expuesto, PABÓN PARRA –con base en la legislación colombiana –muy similar a la costarricense–, propone la siguiente definición genérica del delito de prevaricato:⁽¹⁹⁾

Es la conducta del funcionario que emite o expide un acto contrario a la ley. Implica violación a la organización normativa que impone a todos los agentes del Estado el respeto por el principio de legalidad, en cuanto todos sus actos en ejercicio de las funciones asignadas deben sujetarse a imperativos legales que los regulan o subordinan. Es violación formal y expresa de alguna preceptividad, para lo cual se exige la valoración de todo el marco normativo que rodea el acto objeto de la infracción.⁽²⁰⁾

RENDÓN GAVIRIA por su parte, indica que no es fácil dar una definición jurídica completa del delito de prevaricato, pero en sentido general puede decirse que es toda actuación del funcionario público contraria al derecho positivo (material o formal), en cuya ejecución el agente obra con conciencia plena de la ilicitud de su conducta.⁽²¹⁾

No obstante lo expuesto, ya MIR PUIG apuntó desde hace mucho tiempo, que a pesar de la aparente aceptación –casi uniforme– del origen etimológico y significado del término “...el mismo sentido etimológico de la palabra nos lleva a imprecisión; pues siendo aquella una derivación de varicare (patituerto, caminar torcido), equivalente a hacer una cosa fuera de la regla, de lo derecho, etc.; encierra un contenido amplio e impreciso incompatible con la minuciosidad que exige todo precepto punitivo”.⁽²²⁾

(19) No obstante el Código Penal colombiano no define la prevaricación, o por mejor decir, el prevaricato, y en el medio constituye un delito que puede perpetrarse por todos los empleados oficiales, incluidos los jueces, que en ejercicio de autoridad e imperium y dentro del marco asignado por la ley, pronuncian resoluciones contrarias a derecho, con clara conciencia de la incorrección moral del acto. Cfr. SAAVEDRA ROJAS, Edgar en *Valencia*, Jorge Enrique. *Estudios Penales*. Libro Homenaje al prof. Luis Carlos Pérez, Librería TEMIS Editorial, Bogotá, Colombia, 1984, p. 210.

(20) Así, PABÓN PARRA, *op. cit.*, n. p. 15.

(21) Así, RENDÓN GAVIRIA, Gustavo. *Derecho penal colombiano*, Parte Especial, Volumen I, 3° ed. Corregida y actualizada, Editorial TEMIS, Bogotá, 1973, p. 74.

(22) Así, MIR PUIG, Federico, *Derecho Penal*, Parte Especial, T. II, 4ª ed., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, p. 305.

D) TIPO OBJETIVO

El tipo objetivo del delito de prevaricato, se compone de varios elementos de carácter normativo a saber:

El sujeto activo de la infracción sólo puede ser un funcionario judicial o administrativo. El código penal no define ni el concepto de funcionario judicial ni el de funcionario administrativo, lo cual convierte el tipo penal en un tipo penal en blanco cuyo contenido debe de ser suplido por otras disposiciones legales extrapenales.

En el caso de los funcionarios judiciales, el artículo 47 de la Ley Orgánica del Poder Judicial señala: “Quienes laboran en el Poder Judicial se denominan, en general, “servidores”. Sin embargo, cuando esta Ley se refiere a “funcionarios que administran justicia” ha de entenderse por tales a los magistrados y jueces; el término “funcionarios” alude a los que, fuera de los antes mencionados, tengan atribuciones, potestades y responsabilidades propias, determinadas en esta Ley y por “empleados”, a todas las demás personas que desempeñen puestos, remunerados por el sistema de sueldos”.

En el caso del funcionario público, por vía jurisprudencial se han sentado las bases del concepto como tal, al respecto se ha establecido que es la naturaleza de la actividad y no el ligamen con la administración lo que, entre otros aspectos, caracteriza al funcionario público.⁽²³⁾

En este sentido, se ha establecido que tienen carácter de funcionarios públicos, los empleados subordinados que ejerzan una labor de administración y fiscalización dentro de la empresa pública,⁽²⁴⁾ que conformada como sociedad anónima le pertenezca al ente público –gerentes, subgerentes y fiscales– se consideran funcionarios públicos, en el tanto participan de la gestión pública de la administración durante el desempeño de sus funciones, o bien administran los fondos públicos que les inyecta la entidad estatal, siendo el brazo ejecutor directo y

(23) Sentencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia No. 208-F-94 de las 09:30 horas del 10 de junio de 1994.

(24) La condición de funcionario público es independiente del carácter representativo, remunerado, permanente o público de la actividad respectiva. Sentencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia No. 375-F-94, de las 10:20 horas del 23 de septiembre de 1994, Considerando II.

principal de la junta directiva del ente societario con capacidad directiva y jerárquica sobre los restantes mandos de la empresa.⁽²⁵⁾

Dicho carácter ha sido reconocido para los directores de una empresa pública constituida como sociedad anónima de un ente público, que es su socio único, son funcionarios públicos por ser precisamente los jefes de dicho ente societario.⁽²⁶⁾

Adicionalmente, y como elemento constitutivo de la infracción, el tipo penal exige que la actuación del funcionario judicial y/o administrativo se plasme en una resolución y que tal resolución sea dictada contrariando la ley⁽²⁷⁾ o tenga como fundamento hechos falsos.

El término “resolución” se ha de entender en sentido amplio,⁽²⁸⁾ como decisión, manifestación de voluntad, determinación con relevancia jurídica, hace el agente con ocasión del ejercicio de su cargo o

(25) Sentencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia No. 822-2003 de las 10:50 horas del 22 de setiembre de 2003.

(26) Sentencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia No. 822-2003 de las 10:50 del 22 de setiembre de 2003.

(27) En el derecho español, la doctrina equipara el concepto de resolución injusta con “ilegal” o “contraria a derecho”, precisión terminológica indispensable, pues consideramos que no es lo mismo “injusto” pero “legal” que “ilegal” pero “justo”, al respecto se señala: Objetivamente, sentencia o resolución injusta es la que infringe el derecho; no cualquier infracción, sin embargo, sino la que supone una manifiesta, evidente, incuestionable contradicción con el ordenamiento jurídico (STS de 14 de marzo de 1996). En definitiva, la que se produce cuanto el criterio adoptado es abiertamente contrario a cualquiera de las posibles interpretaciones del derecho aplicable, tanto si va referido a la solución material aplicable al caso como si afecta a la concreción de los hechos relevantes para la calificación jurídica y para la determinación de la responsabilidad derivada de ella. Además, se precisa que la violación se haya producido “a sabiendas”; o lo que es lo mismo, con conciencia de que ello vulnera abiertamente el derecho. Por eso que la revocación de una sentencia por un órgano superior, por considerarla contraria a derecho, no sólo no tiene por qué suponer delito alguno, sino que constituye la garantía plena del correcto funcionamiento de la Administración de Justicia. Cfr. GONZÁLEZ RUS, Juan José. *Curso de Derecho Penal Español*, Parte Especial, Tomo II. Dirigido por Manuel Cobo del Rosal, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 1997, p. 457.

(28) Sobre el concepto “resolución administrativa” ha señalado nuestra jurisprudencia: “Para los efectos del delito de prevaricato, el término

funciones,⁽²⁹⁾ y que expide con el lleno de las formalidades legales; comprende entonces todos los actos administrativos –verbales o escritos–, los decretos, las resoluciones administrativas, las providencias, autos y sentencias emitidos por cualquier servidor público. Los únicos actos no incluidos en la norma son los actos legislativos y las leyes, de los cuales es imposible predicar su manifiesta ilegalidad. En cualquier acto funcional con poder resolutorio, puede prevaricarse.⁽³⁰⁾

Al respecto ha señalado nuestra jurisprudencia: “El dictado de una resolución administrativa que puede tipificar como prevaricato, se refiere a cualquier resolución adoptada por la administración, instada por la parte o de oficio, según las distintas formas de desarrollar el procedimiento administrativo, siempre y cuando el contenido de la misma esté en condiciones de afectar derechos o intereses de los administrados, aún cuando sea en forma general. Se protege la probidad en el ejercicio de la función pública y por ello la resolución debe estar en condiciones de afectar ese ejercicio, de cara a los derechos e intereses de los administrados”.⁽³¹⁾

Sin embargo, no todo incumplimiento o desviación de poder, o bien irregularidad en el ejercicio de competencias o funciones, interesa al derecho penal, menos aún, desde la perspectiva particular del delito de prevaricato, aunque eso no significa que sea irrelevante desde las otras esferas del ordenamiento jurídico. Hay otros tipos penales –el

resolución administrativa abarca más que la decisión sobre recursos o reclamos administrativos. Ello sería obviar la posibilidad que tiene la administración de iniciar oficiosamente procedimientos administrativos. Los acuerdos municipales pueden ser considerados resoluciones administrativas”. Cfr. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 1021-2000 las 10:45 horas del 01 de septiembre de 2000.

- (29) Como es común a casi todos los delitos contra la administración pública, el agente típico del prevaricato es el funcionario o empleado público, o el que transitoriamente desempeña funciones públicas, porque es preciso tener capacidad para ejecutar el acto oficial que objetivamente constituye la infracción. Así, RENDÓN GARIVIA, *op. cit.*, n. p. (21), p. 74.
- (30) Así, PABÓN PARRA, *op. cit.*, n. p. (15), p. 254.
- (31) Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 686-2003 de las 16:30 horas del 12 de agosto de 2003. Se retoman y amplían los conceptos de la resolución 1021 de las 10:45 horas del 1 de septiembre de 2000 de la Sala.

peculado, el cohecho, la exacción ilegal, la concusión, entre otros— que regulan específicos campos de desviación del accionar de los funcionarios públicos y la función pública que se han tipificado como delitos por su relevancia en el universo de bienes jurídicos esenciales que deben ser protegidos.⁽³²⁾

En cuanto al prevaricato de hecho, debe entenderse que el juez invoca “hechos falsos” cuando ellos no existen o, más exactamente, cuando no aparecen constando en los autos que resuelve.⁽³³⁾ No tienen tal carácter aquellas circunstancias que el juez puede considerar probadas o no, de acuerdo con la facultad que le dan las leyes.⁽³⁴⁾

Lo últimos dos párrafos del tipo penal, contienen el primero una agravante para el supuesto de que la resolución dictada se tratare de una sentencia condenatoria en causa criminal, concepto que a nuestro modesto entender no requiere a la luz de lo ya expuesto, mayor consideración alguna y en tal supuesto lo que hace el tipo penal es agravar precisamente la pena, la que será de tres a quince años de prisión.

E) TIPO SUBJETIVO

El prevaricato, desde el punto de vista subjetivo es un delito esencialmente doloso que requiere el conocimiento de que la manifestación de voluntad estatal emitida por el agente, es contraria ostensiblemente al ordenamiento legal o a alguno de sus preceptos específicos; también exige la conducción voluntaria de su actuar en dirección a la plena realización de dicha acción.⁽³⁵⁾ En ese sentido ha señalado la jurisprudencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia:

“Cuando se analiza la tipicidad de una conducta como prevaricadora en el caso del juez, debe considerarse, como bien lo señalan

(32) Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 686-2003 de las 16:30 horas del 12 de agosto de 2003.

(33) “... consiste en el hecho de que la resolución esté apoyada (fundada) en hechos o en resoluciones falsas. No basta citar falsamente; es preciso que la cita sea para fundar la resolución que se dicta...” Cfr. LAJE, *op. cit.*, n. p. (41), p. 168. Con referencias adicionales.

(34) Así, FONTÁN BALESTRA, *op. cit.*, 1985 n. p. (1), p. 893.

(35) Así, PABÓN, *op. cit.*, n. p. (1511), p. 256.

los juzgadores en el fallo, que no se trate del ejercicio interpretativo, razonable y válido por parte de éste en relación con la norma a aplicar, que es precisamente la esencia del poder jurisdiccional, sino que se trate de una franca inobservancia de lo legalmente previsto, a sabiendas de ello y sin que en todo caso sea necesario acreditar la existencia de alguna finalidad específica o especial, aunque ella puede existir. Ahora bien, para la tipicidad de una conducta como prevaricadora, como sucede con cualquier otra norma penal, no caben las interpretaciones extensivas o analógicas, sean implícitas o explícitas del tipo penal, sino la interpretación estricta”.⁽³⁶⁾

Lo que significa el prevaricato, es que el juez dicta la resolución “sabiendo” que el derecho acreditado no es el aplicable. Se trata de un acto voluntariamente dirigido a perjudicar a una de las partes fundando la resolución en equivocadas disposiciones de orden legal, hecho que es conocido por el juez.⁽³⁷⁾

La doctrina y la jurisprudencia son unánimes en exigir una oposición evidente, inequívoca y maliciosa entre la resolución y algún precepto claro y definido de la Constitución o de la ley, no pudiendo en ningún caso surgir el delito de la aplicación o interpretación de textos no explícitos hecha con recto propósito y con ánimo de hacer justa aplicación de ellos en caso particular en vista de la equidad y la justicia; no basta el elemento objetivo pues se requiere la malicia. No basta el error en la calificación de los hechos y en la aplicación de las normas legales; se requiere prueba plena de infracciones dolosas o quebrantamientos intencionales de la ley.⁽³⁸⁾

Al respecto esta Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que: “...la doctrina y la jurisprudencia son acordes en cuanto a que todo aquello que caiga dentro de los límites de la “interpretación

(36) Cfr. Sentencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia No. 389-2006 de las 09:30 horas del 05 de mayo de 2006.

(37) Ver MALLO, Mario M., *Código penal argentino, comentado y sus leyes complementarias*, Tomo III, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1955, p. 346.

(38) Así, MANIGOT, Marcelo A., *Código Penal de la Nación Argentina*, 4º, Anotado y Comentado, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Tomo II, 1979, p. 905.

de la ley”, está fuera de la figura del prevaricato, excluyéndose así la posibilidad de prevaricación sobre la base de algún precepto insospechado de derecho [...], es decir, que: “cuando la ley no es clara, cuando ella permite interpretaciones –salvo el caso evidente de malicia–, el juez no prevaricaría al aplicarla” (Sala Segunda Penal de la Corte Suprema de Justicia, resolución de las 10:30 horas del 10 de diciembre de 1948) [...] El delito de prevaricato exigiría que en la presente resolución existiera una absoluta oposición y contrariedad entre lo que se resuelve y lo que la ley declara, o bien que la resolución se fundamentara sobre hechos falsos, como serían aquellos que no existen o no aparecen constando en autos, lo cual no sucede aquí...” (Sala Tercera, V-183-F de las 11:20 horas del 24 de marzo de 1995).⁽³⁹⁾

LAJE ANAYA, señala que en relación con el aspecto subjetivo, la doctrina ha caracterizado en forma terminante al prevaricato como un delito de base esencialmente subjetiva.

Basta pensar que la infracción no puede consistir en aplicar erróneamente⁽⁴⁰⁾ la ley porque el juez prevaricaría siempre que su resolución fuera revocada... el prevaricato no consiste en la discordancia entre el derecho declarado y el derecho objetivo, sino entre el derecho declarado y el conocido; no está en la proposición afirmada, sino en la relación entre esa proposición y el estado de creencia en la mente del juez.⁽⁴¹⁾

Por antonomasia el prevaricado ha sido y es entre nosotros un delito doloso que requiere, en el aspecto cognoscitivo, el conocimiento por parte del autor de que el acto funcional que produce es claramente incompatible con la normatividad, y en la esfera espiritual, la dirección subjetiva de la voluntad de violar y atropellar, con querer propio, la ley que se le reclama y que arbitrariamente niega en función dolosa de contradicción.⁽⁴²⁾

(39) Cfr. Sentencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia No. 115-2005 de las 14:30 horas del 23 de febrero de 2005.

(40) No prevarica, claro está, el funcionario que ante la oscuridad, silencio, ineficiencia o ambigüedad de la ley, procede a interpretarla. Cfr. Saavedra, *op. cit.*, n. p. (19), p. 214.

(41) Cfr. LAJE ANAYA, Justo, *Comentarios al Código Penal*, Parte Especial, Volumen III, Ediciones Desalma, Buenos Aires, 1981, p. 167.

(42) Así Saavedra, *op. cit.*, n. p. (19), p. 217.

El juez debe tener la conciencia de que está aplicando un precepto legal en forma contraria a lo que el texto y el sentido de la ley señalan.⁽⁴³⁾

La culpabilidad de la figura exige, pues, un dolo directo. No basta el eventual. El juez consciente del papel que desempeña en la dictación del fallo inicuo y del carácter agravante de la conducta, conoce la antítesis existente entre lo que se reclama y lo que se decide, entre el derecho invocado y el derecho resuelto, y así, sin atenerse a legalidad alguna y con evidente mala fe, produce el fallo arbitrario, violando la ley con su resolución.⁽⁴⁴⁾

El delito del juez puede consistir, no sólo en la cita falsa del derecho, sino en la invocación falsa de los hechos. La apreciación de este segundo factor es más fácil, aunque debe tenerse aquí también en cuenta el margen de interpretación que tiene el juez.⁽⁴⁵⁾

No existía ni existe pues, un prevaricato objetivo e inadvertido por el juez. Esta característica determina que para imputar un hecho como prevaricato, no basta mostrar la incorrección jurídica de una sentencia, será preciso mostrar la incorrección moral del juez.⁽⁴⁶⁾

Como consecuencia, ninguna decisión judicial que sea conforme con alguna de las interpretaciones posibles del derecho positivo podrá integrar el delito de prevaricación judicial. Y ello aun en el caso en el que se hubiera razones para entender que la que se ha preferido responde al propósito de perjudicar o beneficiar a un sujeto. Por el contrario, una solución justa, pero ilegal, será constitutiva de delito (p. ej. Proceder contra quien ha realizado un hecho que aun socialmente dañoso se sabe penalmente atípico).⁽⁴⁷⁾

(43) Cfr. ETCHEVERRY, Alfredo. *Derecho penal*, Parte especial, t. IV, Santiago de Chile, Carlos Gibbs, Editor, 1965, p. 187.

(44) Así, Saavedra, *op. cit.*, n. p. (19), p. 217.

(45) Cfr. Moreno, *op. cit.*, n. p. (8), p. 279.

(46) SOLER, Sebastián. *Derecho penal argentino*. 2ª ed., Parte Especial, Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 1967, Tomo V, p. 2007, cfr. Rojas Romero, *op. cit.*, n. p. (1) p. 1.

(47) GONZÁLEZ RUS, Juan José. *Curso de Derecho Penal Español*, Parte Especial, Tomo II. Dirigido por Manuel Cobo del Rosal, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 1997, p. 458.

Cuando a la injusticia (ilegalidad) objetiva se una la conciencia de que la sentencia o resolución infringe abiertamente el derecho, dictándose, por tanto, “a sabiendas”, el delito de prevaricación surgirá. El simple error en la interpretación y aplicación no es punible, pues faltaría el dolo característico del delito; si hubiera imprudencia grave o negligencia inexcusable, podrá integrarse, sin embargo, el delito del art. 447.⁽⁴⁸⁾ No es bastante el dolo eventual (aceptándolo en cambio ORTS).⁽⁴⁹⁾

Si de una parte siempre se pensó en la naturaleza esencialmente dolosa del prevaricato, y de otra, y por esa misma razón se menciona en el tipo de oposición manifiesta entre el acto y la ley,⁽⁵⁰⁾ lo que se desprende del contexto de la legislación en la materia, es que no existe el tipo de prevaricato culposo. En 1918 fue suprimido en Costa Rica el prevaricato culposo.⁽⁵¹⁾

En resumen la decisión judicial debe ser:

1. Contraria a la ley; o
2. Sobre la base de hechos falsos.

Pero tanto en el primer caso, fundamento jurídico falso, como en el segundo, basamento fáctico falso, tiene relevancia el aspecto subjetivo: el conocimiento por el juez de esa falsedad; el intento de “hacer pasar” como derecho algo que positivamente se sabe que no lo es; o de partir de hecho que se conoce que no son verdaderos. Es este, en consecuencia, un delito doloso.⁽⁵²⁾

(48) El artículo 447 del Código Penal español señala: Artículo 447. El Juez o Magistrado que por imprudencia grave o ignorancia inexcusable dictara sentencia o resolución manifiestamente injusta incurrirá en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años.

(49) Así, González Rus, *op. cit.*, n. p. (47), p. 459.

(50) Cfr. ALDANA ROZO, Luis Enrique; REYES ECHANDÍA, Alfonso, en *Derecho Penal y Criminología*, Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia, Volumen VIII, Número 26, Mayo-Agosto, 1985, p. 231 (240). p. 240.

(51) Cfr. Romero Rojas, *op. cit.*, n. p. (12), p. 2.

(52) Mosset Iturraspe, Jorge; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida; PERELLADA, Carlos A., *Responsabilidad de los Jueces y del Estado por la Actividad Judicial*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, Argentina, 1986, p. 157.

F) BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

A pesar de que tal y como se indicó *ut supra*, la concepción moderna e hispanoamericana del delito de prevaricato se diferencia sustancialmente con la versión tradicional e hispana de la figura, en el sustrato común a los delitos de funcionarios, son individualizables tres líneas doctrinales que justifican su agrupación. Tres líneas que, a grandes rasgos, pueden situarse en: a) la protección de la Administración Pública y, por tanto, en último término, del Estado; b) la interpretación de estos delitos como de infracción de un deber y c) la consideración de la Función Pública, en tanto que actividad de prestación a los administrados, como bien jurídico protegido en esta materia.⁽⁵³⁾

Señalaba MANZINI que el objeto de la tutela penal, en relación a la incriminación de las prevaricaciones de los patrocinadores judiciales, es el interés concerniente al normal funcionamiento de la administración de justicia, y concretamente a la actividad judicial, por cuanto conviene garantizar con la sanción penal un mínimo de fidelidad y de corrección en el ejercicio del patrocinio judicial, como actividad íntimamente conexas a la administración de justicia.⁽⁵⁴⁾

En el prevaricato de los jueces, abstractamente hablando, es la administración de justicia,⁽⁵⁵⁾ que es una de las ramas de la administración pública, el bien jurídicamente valioso lesionado por la acción desviada del sujeto, solo que ante el derecho positivo el interés resguardado es el último y no el primero.⁽⁵⁶⁾

De acuerdo con nuestra jurisprudencia “el delito de prevaricato se consolidó, especialmente en la doctrina y legislación española, como la infidelidad dolosa de los jueces a la ley, plasmada en una resolución.

(53) Así, GARCÍA ARÁN, *op. cit.*, n. p. (6), p. 216.

(54) Cfr. MANZINI, *op. cit.*, n. p. (4), p. 319.

(55) “...las figuras del prevaricato tutelan bienes jurídicos superiores de la colectividad; el normal funcionamiento y prestigio de la administración pública y de los regímenes de justicia y electoral. Este en primer término. Pero en forma secundaria y refleja tutelan también intereses privados”. Así, ROMERO ROJAS, *op. cit.*, n. p. (12), p. 17.

(56) Así, SAAVEDRA, *op. cit.*, n. p. (19), p. 211.

Pese a que algunos lo conciben como un delito contra la Administración de Justicia, es común su ubicación dentro de los delitos contra la Administración Pública o como, en nuestro caso, contra los Deberes de la Función Pública. Ello se explica porque la tutela penal que se busca es, en general, al ejercicio de la función pública, en su más amplio sentido, superando en mucho las definiciones propias de Administración que da el Derecho Administrativo y, en esta tesitura, sin duda alguna de la función pública forma parte ineludiblemente la función jurisdiccional”.⁽⁵⁷⁾

Es absolutamente cierto, como ya se insinuó, que en el prevaricato existe pluralidad de valores fundamentales resguardados por el legislador, a cual más respetable: la probidad en el desempeño de la función judicial y la integridad misma del patrimonio lesionado. De un lado, es la sociedad organizada, representada por el ente “Estado”, la que está interesada no solo en el normal ejercicio de la Administración sino que el deber de integridad y el prestigio de la justicia no resulten afectados; y del otro, es el derecho del particular (persona natural o jurídica) a quien se irroga igualmente la ofensa, el que reclama con justicia la intervención de la tutela penal que no puede descartarse pues que sobre su patrimonio específico ha incidido el daño.⁽⁵⁸⁾

Los intereses particulares y profesionales reciben protección refleja, por efecto de la tutela del interés público esencial.⁽⁵⁹⁾ Nada impide que la conducta del sujeto activo de ese punible (prevaricato) haya lesionado o puesto en peligro, bienes jurídicos particulares hipótesis en la cual el prevaricato asume entonces las características del delito pluriofensivo.⁽⁶⁰⁾

(57) Cfr. Sentencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia No. 1264-1998 de las 08:45 horas del 24 de diciembre de 1998.

(58) Lo que sí no puede aceptarse es que el Estado, como tal, concentre simultáneamente ambos criterios como interesado en el correcto funcionamiento de la actividad legítima judicial, y además, titular del específico derecho lesionado. Cfr. SAAVEDRA, *op. cit.*, n. p. (19) p. 217.

(59) Así, MANZINI, *op. cit.*, n. p. (4), p. 320.

(60) El delito de prevaricato por el cual se procede afecta, en principio, un interés jurídico cuyo titular es el estado, a saber: la administración pública. Mas, nada impide que la conducta del sujeto activo de ese

G) CONSUMACIÓN Y CONCURSOS

Se trata de un delito formal, siendo el acto consumativo la acción de dictar la resolución.⁽⁶¹⁾ El efecto logrado es indiferente.⁽⁶²⁾ El delito queda consumado cuando en las condiciones del tipo se dicta la resolución. Por lo general no se admite la posibilidad de imputar a título de tentativa.⁽⁶³⁾

La revocatoria del acto manifiestamente ilegal por alguno de los medios prescritos para tal efecto en el procedimiento administrativo –recursos ordinarios de reposición y apelación o revocatoria directa– no hace desaparecer la infracción y ni siquiera tiene idoneidad como atenuante especial de punibilidad, tal circunstancia podría únicamente ser apreciada en referencia a los principios de dosificación punitiva y atenuación genérica.⁽⁶⁴⁾

En su estructuración puramente objetiva, el delito no exige que el acto produzca o pueda producir perjuicios a terceros, ni que de manera inmediata quebrante un particular interés jurídico, distinto de los relacionados con la administración pública.⁽⁶⁵⁾ En cuanto al resultado

hecho punible haya también lesionado o puesto en peligro bienes jurídicos particulares, hipótesis en la cual el prevaricato asume entonces las características de delito pluriofensivo (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, 15 de Mayo de 1985, Magistrado Ponente: Doctor Alfonso Reyes Echandía), citado por Pabón Parra, pp. 268-269. Vid. Pabón, *op. cit.*, n. p. (15), p. 256.

(61) Con base en la legislación colombiana Saavedra señala: Uniformemente se sostiene que el prevaricato se consume en el momento y el lugar en que el culpable profiere la resolución o dictamen, refrendando tales actos con su firma, o con la simple negativa de omitir, rehusar, retardar o denegar un acto propio de sus funciones, habiendo sido requerido para ello por las partes o finalmente con la ejecución del comprometedor consejo, patrocinio o asesoramiento al individuo que gestiona un asunto en su despacho. Se ha dicho con exactitud que cualquier acto decisorio o de consejo agota el delito. Cfr. Saavedra, *op. cit.*, n. p. (19), p. 221.

(62) Cfr. MALLO, *op. cit.*, n. p. (37), p. 345.

(63) Cfr. LAJE, *op. cit.*, n. p. (41), p. 167.

(64) Así Pabón, *op. cit.*, n. p. (15), p. 256.

(65) Ver Rendón, *op. cit.*, n. p. (21), p. 75.

...resulta irrelevante cualquier propósito o resultado, en este aspecto, la infracción es puramente formal.⁽⁶⁶⁾

El tipo se perfecciona con la firma, suscripción o consolidación formal del acto. La acción es de conducta instantánea en cuanto el comienzo de los actos ejecutivos marca la consumación del delito, por ello no admite la modalidad tentada. Los proyectos de actos o resoluciones manifiestamente contrarios a la ley no pueden inculparse a título de tentativa ni mucho menos de delito consumado; mucho menos si ellos son proyectados por sustanciadores o ponentes. Creemos que estas acciones están dentro del marco de los actos preparatorios penalmente irrelevantes; quien proyecta no profiere el acto en sentido jurídico-formal estricto, por tanto se estaría inculcando en la modalidad tentada a un sujeto sin idoneidad para ser sujeto activo de este delito.⁽⁶⁷⁾

A los fines del delito nada importa que el acto producido por el sujeto en función de su ministerio, sea posible o no de impugnación o que no esté en firme o que no se haya ejecutado o que el superior lo haya revocado íntegramente e, incluso, que el propio prevaricador lo anule *ex officio*, arrepentido por el horror de su propia conducta. El prevaricato es delito instantáneo que se perfecciona con el proferimiento del acto injusto.⁽⁶⁸⁾ La ilicitud de la acción prevaricadora no desaparece ante la realidad de efectos ulteriores por bien intencionados que estos aparezcan, aun cuando borren la arbitrariedad objetiva de la resolución contraria a la ley o anulen legalmente los efectos de la torcida intención.⁽⁶⁹⁾

En cuanto a la concurrencia de otras figuras delictivas que puedan encontrarse en relación concursal, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia por vía jurisprudencial, prácticamente ha descartado cualquier posibilidad, precisamente al verse desplazadas otras

(66) Así, LAJE, *op. cit.*, n. p. (41), p. 168.

(67) Así, PABÓN, *op. cit.*, n. p. (15), p. 256.

(68) En nuestro caso ilegal –contrario a la ley– o fundado en hechos falsos más que injusto según se dijo.

(69) Así, SAAVEDRA, *op. cit.*, n. p. (19), p. 214.

figuras delictivas que podrían concurrir con el delito de prevaricato, al respecto ha indicado:

“El delito de prevaricato tipifica el dictado de resoluciones contrarias a la ley por el funcionario administrativo o judicial llamado a resolver o decidir algún trámite específico y que lo dirime o resuelve en contra de la ley. Para que este delito se perfeccione basta el conocimiento y voluntad de que se resuelve contra la ley, sin que sea necesario que medie algún elemento intencional o alguna remuneración. Sin embargo, cuando esa resolución contra la ley, la adopta un juez, mediando promesa de ventajas o dádivas y éstas van dirigidas a que, bien en el trámite, o bien en la resolución, se favorezca o se perjudique a una parte, no se estará en presencia del prevaricato, sino del delito de corrupción de jueces, que desplaza a aquél por especialidad en estos supuestos concretos. Por su parte, si la resolución favorable o perjudicial que se pretende obtener con la dádiva o remuneración, era la que en derecho correspondía dictar, o el trámite hecho u omitido es conforme a la ley, o bien era parte de sus funciones como juez, no se está en presencia del delito de corrupción de jueces aunque éste sea el sujeto activo u/o pasivo, en los términos del numeral 344, sino que el juez cometería el delito de cohecho impropio, pues recibe una dádiva o ventaja para realizar un acto propio de sus funciones o deberes, es decir, resolver la litis, incidencia, proceso o trámite administrativo de que se trate conforme a la ley”.⁽⁷⁰⁾

H) AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

Debe tenerse presente que el prevaricato es el típico delito de los jueces. En el correcto y estricto cumplimiento de los actos judiciales debe buscarse el telos de su represión. En él se involucra una ofensa gravísima a la dignidad, rectitud, estima y reputación de la potestad judicial pública que trasciende esta esfera para comprometer la imagen y la seriedad misma de la justicia. Al decir de RIVAROLA constituye el más odiado delito que puede cometer un juez en su calidad de tal, al negar su derecho a quien lo posee, mediante pronunciamientos torcidos.⁽⁷¹⁾

(70) Cfr. Sentencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia No. 389-2006 de las 09:30 horas del 05 de mayo de 2006.

(71) Cfr. SAAVEDRA, *op. cit.*, n. p. (19), p. 211.

Es importante apostillar en este punto, el prevaricato se trata de un delito propio por su misma esencia,⁽⁷²⁾ de los funcionarios públicos o de personas que actúan en el organismo judicial y que afecta la rectitud de su desenvolvimiento.⁽⁷³⁾

Finalmente, el tipo penal, equipara a la condición de funcionarios judiciales y/o administrados a aquellos sujetos que administran justicia en condición de árbitros y arbitradores, conceptos que de igual forma, encuentran contenido en la legislación común, pues la condición de árbitro se adquiere por acuerdo de partes o designación, de conformidad con la legislación vigente entre la partes conforme con la cláusula compromisoria respectiva y las reglas de constitución del tribunal arbitral, análisis que rebasa por mucho los alcances del presente estudio, pero que para los efectos del delito de prevaricato, lo relevante es que el sujeto activo ostente la categoría de árbitro y en tal supuesto, tenga facultades de orden resolutiveo.

Con base en lo expuesto, el delito admite en los órganos colegiados, la co-autoría mas no la participación –complicidad y/o instigación– en sentido estricto, toda vez que al ser un delito de consumación instantánea y además de los denominados delitos especiales propios, únicamente el funcionarios –juez o funcionario público– que concurra funcionalmente al dictado de la resolución contraria a derecho o fundada en hechos falsos y en el momento mismo de rubricar dicha resolución, puede cometer el delito como tal.

D) CONCLUSIÓN

Como corolario de lo expuesto y a manera de conclusión, es importante hacer notar que a pesar de la existencia de la figura del prevaricato y la relativa frecuencia con la que se denuncia sobre todo a jueces por la supuesta comisión de este delito, la características del tipo penal y sobre todo el hecho de que para su comisión se requiera de que el juez –lo mismo vale para el funcionario–, dicte la correspondiente resolución contraria a la ley o en hechos falsos, hace que en muy pocos casos, se pueda tener por configurado el delito.

(72) Así, FERREIRA, *op. cit.*, n. p. (9), p. 265.

(73) Ver MORENO, *op. cit.*, n. p. (8), p. 265.

No obstante y a pesar de su poca aplicación, se me antoja absolutamente necesaria la existencia del tipo penal, como garantía del administrado de que quien ostenta la Autoridad de resolver una determinada situación jurídica, se encuentra bajo el imperio de la ley y responde directa y personalmente de sus actos ante conductas contrarias al ordenamiento jurídico o que se funden en hechos falsos, con pleno conocimiento de quien resuelve a pesar de ello y bajo el entendimiento de que con su accionar perjudica de forma deliberada a una de las partes; precisamente por resultar contrario a la función objetiva que la sociedad deposita en determinados sujetos que ostentan la calidad de jueces y/o funcionarios en ejercicio de una función jurisdiccional.

De la misma manera, el delito constituye un contrapeso frente a los exabruptos y abusos del ciudadano a quien se le ha conferido la autoridad respectiva para decidir sobre determinadas situaciones jurídicas y cuyas resoluciones necesariamente afectan a los demás, pues ciertamente no debe de perderse de vista, que en última instancia, bien es sabido que el poder corrompe y por tanto, se requiere de ciertos paliativos que permitan, de alguna manera, evitar que quienes ostentan la función de administrar justicia, puedan sentirse atraídos –aun por causas nobles–, a separarse de la función de administrar justicia que les ha sido encomendada, para anteponer su especial y particular punto de vista y/o interés, frente al interés colectivo y el imperio de la ley.

BIBLIOGRAFÍA

- ALDANA ROZO, Luis Enrique; REYES ECHANDÍA, Alfonso. En *Derecho Penal y Criminología*, Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia, Volumen VIII, Número 26, Mayo-Agosto, 1985, p. 231.
- BACIGALUPO, E.; BAJO, M.; MANJÓN-CABEZA, A.; RODRÍGUEZ, L. *Casos prácticos de la jurisprudencia penal*, Editorial Ceura, Madrid, 1984.
- CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario de derecho usual*. 6a. ed. Bibliográfica Omeba. Buenos Aires, 1968, T. II.
- CANCINO MORENO, Antonio José. *Corrupción Administrativa y Delincuencia Judicial*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1994.
- CARRARA, Francesco. *Programa de Derecho Criminal*, Parte Especial, Vol. 5, Editorial TEMIS, Bogotá, 1991.

- DÍAZ VALCÁRCEL, Luis María. *El delito de prevaricación judicial*, Temas Básicos del Derecho, Una visión actual, Studia Juridica, Vol. I, Consejo Superior del Poder Judicial, Barcelona, 1992, pp. 198-212.
- ETCHEVERRY, Alfredo. *Derecho penal*. Parte especial, t. IV, Santiago de Chile, Carlos Gibbs, Editor, 1965.
- FERREIRA DELGADO, Francisco. *Delitos contra la Administración Pública*, 2° ed. Editorial TEMIS Librería, Bogotá, 1985.
- FONTÁN BALESTRA, Carlos. *Derecho Penal*, Parte Especial, 10ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1985.
- FONTÁN BALESTRA, Carlos. *Tratado de Derecho Penal*, T. VII, Parte Especial, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1971.
- G.G. Carmignani. *Elementos de derecho criminal*, trad. De A. Forero y Jorge Guerrero, Bogotá, Edit. TEMIS, 1979.
- GARCÍA ARÁN, Mercedes. *La prevaricación judicial en el derecho español*, Temas Básicos del Derecho, Una visión actual, Studia Juridica, Vol. I, Consejo Superior del Poder Judicial, Barcelona, 1992, pp. 213-233.
- GARCÍA ARÁN, Mercedes. *La prevaricación judicial*, TECNOS, 1990. Garcías Planas, Gabriel. La prevaricación de abogados y procuradores en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Ministerio de Justicia e Interior, Tomo XLVII, Fascículo II, Mayo-Agosto, MCMXCIV.
- GONZÁLEZ RUS, Juan José. *Curso de Derecho Penal Español*, Parte Especial, Tomo II. Dirigido por Manuel Cobo del Rosal, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 1997.
- LAJE ANAYA, Justo. *Comentarios al Código Penal*, Parte Especial, Volumen III, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1981.
- MALLO, Mario M. *Código penal argentino*, comentado y sus leyes complementarias, Tomo III, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1955.
- MANIGOT, Marcelo A. *Código Penal de la Nación Argentina*, 4°, Anotado y Comentado, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Tomo II, 1979.
- MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Penal*, T. X, Segunda Parte, De los delitos en especial, EDIAR Soc. Anón. Editores, Buenos Aires, Argentina, 1957.
- MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Penal*, Tomo 10, Ediar S.A., Editores, Buenos Aires, 1961.

SALAZAR: El delito de prevaricato en el derecho penal costarricense

- MARTÍNEZ PÉREZ, Carlos. *Lo objetivo y lo subjetivo en el delito de prevaricación de funcionarios*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XLIV, Fascículo II, Mayo-Agosto, MCMXCI, p. 363-411.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. En *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XLVIII, Fascículo I, Enero-Abril, MCMXCV.
- MIR PUIG, Federico. *Derecho Penal*, Parte Especial, T. II, 4ª ed., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.
- MONTES OLAVARRIETA, Leonidas. *De la prevaricación de abogados y procuradores*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 1963.
- MORENO, Rodolfo (hijo). *El Código Penal y sus Antecedentes*, Tomo VI, H.A. Tomáis, Editor, Buenos Aires, 1923.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida; PERELLADA, Carlos A. *Responsabilidad de los Jueces y del Estado por la Actividad Judicial*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, Argentina, 1986.
- PABÓN PARRA, Pedro Alfonso. *Delitos contra la función pública*, Ediciones Ciencia y Derecho, Bogotá, 1997.
- PACHECO, Joaquín Francisco. *El Código Penal, concordado y comentado*, 5ª ed., Tomo II, Impresor de Cámara de S.M. Isabel La Católica, 1881.
- RANIERI, Silvio. *Manual de Derecho Penal*, Parte Especial, Tomo IV, Editorial TEMIS, Bogotá, 1975.
- RENDÓN GAVIRIA, Gustavo. *Derecho penal colombiano*, Parte Especial, Volumen I, 3ª ed. corregida y actualizada, Editorial TEMIS, Bogotá, 1973.
- ROMERO ROJAS, Iver, *El prevaricato*, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, Tesis para optar por el título de licenciado en derecho, 1971.
- SAAVEDRA ROJAS, Edgar en Valencia, Jorge Enrique. *Estudios Penales*. Libro Homenaje al prof. Luis Carlos Pérez, Librería TEMIS Editorial, Bogotá, Colombia, 1984.
- SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*. 2ª ed., Parte Especial, Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 1967, Tomo V.

Reseñas bibliográficas a cargo del Dr. Jorge Enrique Romero Pérez

Haba, Pedro Enrique. **Elementos de metodología contra bur(r)ocrática para la docencia y la investigación del Derecho. Tres alegatos de impugnación al facilismo/aprobismo como política universitaria dominante** (San José: Editorial Jurídica Continental, 2008, 290 páginas).

En la *Presentación* su autor el *Dr. Pedro Enrique Haba*, sostiene que: *mis alegatos, pienso que puede llamárseles así, tienen su origen en comentarios que he efectuado en relación directa con vicios que se presentan en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.*

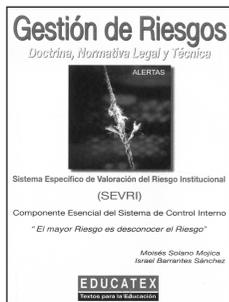
Son de recibo en otras carreras también, tanto en esta misma Universidad como en las demás del medio local. Asimismo, se dan muy parecidamente o hasta peor, en muchos otros países latinoamericanos; tampoco se está libre de ello en universidades españolas y de Europa (pp. 9 y 10).



Alegato uno: De la burocracia a la bur(r)ocracia 1!

Alegato dos : “Métodos” para la investigación jurídica: ¡un cuentito más!

Alegato tres: Bur(r)ocratismo *in vivo*.



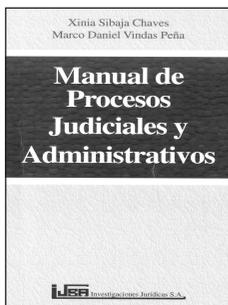
Solano, Moisés; Israel Barrantes Sánchez. **Gestión de riesgos. Doctrina, normativa legal y técnica. Sistema específico de valoración del riesgo institucional. Componente esencial del sistema de control interno** (San José: EDUCATEX, textos para la educación, 2008, 282 páginas).

En la *Introducción*, sus autores afirman que la valoración del riesgo o gestión de riesgos, que incluyen la identificación, análisis, evaluación, administración y

revisión de los riesgos institucionales, no puede verse en forma aislada del control interno, pues forma parte de él, y tratándose de la administración pública, dicho control, no puede verse desligado de la fiscalización de la hacienda pública, la que no tiene objeto si se pierde de vista la misión institucional (p. 17).

El contenido de este libro es el siguiente:

- Control interno
- Gestión o valoración de riesgos
- Metodología para el análisis y valoración de riesgos
- Tratamiento del riesgo
- Programa de administración de riesgos
- El rol de la auditoría interna en la gestión de riesgos, según el Instituto Global de Auditores
- Contribución del auditor interno a los procesos de gestión de riesgos
- Sistema específico de valoración del riesgo institucional
- Consideración final
- Glosario



Sibaja Chaves, Xinia; y, Marco Daniel Vindas Peña. **Manual de procesos judiciales y administrativos** (San José: Editorial Investigaciones Jurídicas S. A., 2008, 252 páginas).

En la *Introducción* sus autores expresan que: el objetivo principal de este trabajo, es mostrar al profesional en derecho y a los futuros colegas, esta colección de fórmulas, que en la actividad diaria y práctica nos vemos en la necesidad de utilizar. Se ha considerado que estas guías son una ayuda efectiva en nuestras

responsabilidades y una muy importante información y consulta para el estudiante de derecho, quienes aquí encontrarán una forma práctica y efectiva, de aplicar los conocimientos adquiridos.

Los aspectos que cubre este Manual son:

Civil, comercial, familia, laboral, penal, recursos constitucionales y trámites administrativos.

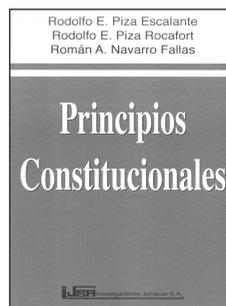
– o –

Piza Escalante, Rodolfo; Piza Rocafort, Rodolfo y Román Navarro Fallas.

Principios constitucionales (San José: Editorial Investigaciones Jurídicas S. A., 2008, 441 páginas).

En el Prólogo, el Dr. Rodolfo Piza Rocafort manifiesta que el libro que tienes en tus manos, amable lector, pretende descubrir el papel de esos criterios o ideas superiores del ordenamiento jurídico y que llamamos “*principios constitucionales*”, es decir, aquellos principios jurídicos de rango superior, así como su alcance posible, su sentido y las funciones que están llamados a cumplir en la interpretación y aplicación de la Constitución, a lo que se agregan los principios constitucionales concretos y generales reconocidos y aplicados por la Sala Constitucional de nuestro país.

Este libro es *In Memoriam* del Dr. Rodolfo Piza Escalante.



El contenido de esta obra es el siguiente:

Los principios en la interpretación constitucional.

Dr. Rodolfo Piza Escalante

Los principios jurídicos y la interpretación a partir de principios en el Derecho Público.

Dr. Román Navarro Fallas

Principios constitucionales y la justicia constitucional.

Dr. Rodolfo Piza Rocafort

Cornu, Gérard. **Introducción al Derecho** (San José: Editorial Juricentro, 2007, 341 páginas, editor Dr. Gerardo Trejos Salas, traductores Eliécer Venegas y Javier Solís).

El contenido de esta obra es:

Título I. El derecho

Capítulo I. El sistema jurídico

Capítulo II. Los fenómenos jurídicos

Capítulo III. El pensamiento jurídico

Título II. Teoría general de las fuentes del derecho

Capítulo I. Teoría general de la ley

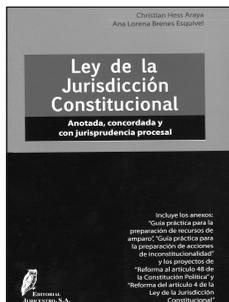
Capítulo II. Las fuentes complementarias del derecho

Capítulo III. Las autoridades en el derecho civil

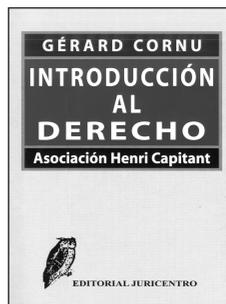
— o —

Hess Araya, Christian; y, Ana Lorena Brenes Esquivel. **Ley de la jurisdicción constitucional. Anotada, concordada y con jurisprudencia procesal.**

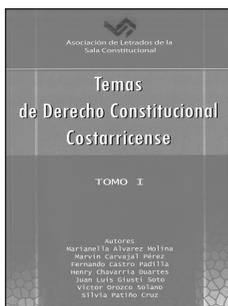
Incluye los anexos: guía práctica para la preparación de recursos de amparo.



Guía práctica para la preparación de acciones de inconstitucionalidad; y, los proyectos de reforma al artículo 48 de la Constitución Política y la reforma del artículo 4 de la Ley de la jurisdicción constitucional (San José: Editorial Juricentro, 2008, 633 páginas).



Alvarez Molina, Marianella, et al. ***Temas de Derecho constitucional costarricense*** (San José: Impresiones Chico, Asociación de Letrados de la Sala Constitucional, 2007, 566 páginas).



El contenido de este libro es el siguiente:

Límites al poder constituyente: el caso de los derechos fundamentales y la jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de justicia de Costa Rica.

Fernando Castro Padilla

La interpretación constitucional.

Juan Luis Giusti Soto

Breves apuntes sobre la libertad religiosa. *Henry Chavarría Duarte*

Tutela constitucional del derecho de autodeterminación informativa en Costa Rica. *Marvin Carvajal Pérez*

Los alcances del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. *Marianella Alvarez Molina*

Acceso de las minorías nacionales a los servicios públicos: el caso de la educación y la salud. *Silvia Patiño Cruz*

La desaplicación de normas estatutarias por parte del Tribunal Supremo de Elecciones. *Víctor Orozco y Silvia Patiño Cruz*

– o –

Boletín Jurídico Virtual. *Ius doctrina.* Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica (San José: Ediciones chico, No. 1, 2008, 200 páginas).

El contenido de este primer *Boletín* es:

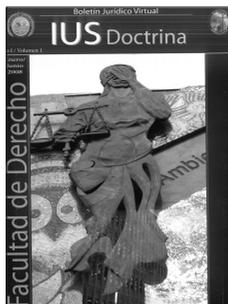
Algunos problemas para una efectiva justicia ambiental en Costa Rica. *Dr. Rafael González Ballar*

¿Puede el fideicomitente (en el fideicomiso de garantía) ser un tercero, ajeno a la operación de crédito que se garantiza ante el fideicomisario? *Dr. Víctor Pérez Vargas*

La escena y el escenario del crimen. *Dr. Alvaro Burgos Mata*

Solidarismo: nuevo referente “laboral” del libre comercio.
M. Sc. Leda Abdallah Arrieta

El poder disciplinario en las municipalidades.
Dr. Fernando Bolaños Céspedes



— o —

Hermenéutica. *Revista jurídica estudiantil.* No. 15, abril, 2008, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica (San José: Impresos chico, 2008).

El contenido de Hermenéutica es:

¿Es posible fundamentar racionalmente la existencia de Dios? Una aproximación desde el racionalismo crítico de Hans Albert.

Francisco J. Campos Zamora

Consideraciones (antipáticas) sobre metodología jurídica y enseñanza del derecho.

Dr. Minor E. Salas

Del “subjetivismo en la decisión judicial (la cabeza del juez). Realismo jurídico como opción frente a los ilusionismos normativos.

Dr. Pedro Haba

Dr. Eusebio Figueroa Oreamuno. Primer Presidente del colegio de Abogados.

Prof. Tomás Federico Arias



El papel de los sindicatos en la democracia contemporánea costarricense:

Un análisis crítico.

Prof. Pablo Barabona Kruger

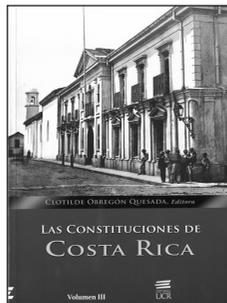
El cuarto poder: límites y responsabilidades.

Melissa Armijo Losilla e Indiana Corrales Rodríguez

Rebus sic stantibus versus pacta sunt servanda.

Dr. Víctor Pérez Vargas

Obregón Quesada, Clotilde, editora. **Las Constituciones de Costa Rica** (San José: Editorial de la Universidad de Costa Rica, 5 volúmenes, 2007; volumen I: 1812-1823; volumen II: 1824-1847; volumen III: 1847-1870; volumen IV: 1870-1948; volumen V: 1949-2006).



Hines Céspedes, César; y, Magally Hernández Rodríguez, compiladores. **Apuntes de Derecho Administrativo** (San José: Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 2008, 550 páginas).



En la *Presentación* de esta obra, el Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, *Dr. Rafael González Ballar* afirma que este esfuerzo colectivo de los Profesores de Derecho administrativo, que nunca cejaron en su empeño para que la obra viera la luz, refleja el compromiso de ellos para con la Universidad, la Facultad, con los estudiantes, con la comunidad jurídica y la sociedad en general (p. 7).

Por su parte los compiladores, Dr. Hines y Dra. Hernández, en su *Presentación*, señalan que esta obra en colaboración es un reflejo del estudio intenso y sistemático que han hecho los diferentes autores, de su profundo manejo práctico y conocimiento teórico en cada uno de los temas que les correspondió desarrollar... La selección de los autores por cada tema, obedeció a razones de coordinación, organización y afinidad laboral para facilitar el cumplimiento del objetivo (p. 9).

Este libro está dividido en *partes*, de este modo:

Primera parte: introducción.

Segunda parte: organización de la Administración Pública.

Tercera parte: relaciones entre la Administración Pública y los administrados.

Cuarta parte: la actividad administrativa en régimen jurídico general.

Quinta parte: la actividad administrativa: régimen jurídico particular.



Sagot Rodríguez, Alvaro. **Aspectos conceptuales y jurisprudencia constitucional ambiental de los principios precautorio y preventivo.** Análisis conceptual sobre los principios que les da la Sala Constitucional; con descriptores a secciones de votos sobre biodiversidad, minería, estudios de impacto ambiental, ruido, recurso hídrico y rellenos sanitarios (San José: Editorial Investigaciones jurídicas S.A., 2007, 214 páginas).

Esta obra se divide en estas secciones:

Primera: los principios preventivo y precautorio en términos generales.

Segunda: los principios contemplados en asuntos relacionados con el ruido.

Tercera: los principios previstos en materia de botaderos de basura y rellenos sanitarios.

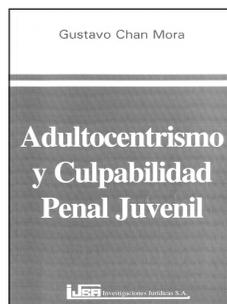
Cuarta: los principios previstos en materia de cauces, áreas de protección y en el recurso hídrico.

Quinta: los principios previstos en materia de biodiversidad, minería y paisaje.

— o —

Chan Mora, Gustavo. **Adultocentrismo y culpabilidad penal juvenil** (San José: Editorial Investigaciones jurídicas S.A., 2007, 370 páginas).

El Dr. Javier Llobet Rodríguez, en el Prólogo afirma que el autor Chan Mora, realizó en su momento con gran suceso estudios de maestría en Ciencias Penales en la Universidad de Costa Rica, en donde se graduó con honores. Actualmente lleva a cabo estudios de doctorado en la República Federal de Alemania, bajo el apoyo del Servicio Alemán de Intercambio Académico (DAAD) y de la Universidad de Costa Rica. Tiene también una brillante trayectoria como defensor público, caracterizándose por su carácter combativo, siendo totalmente coherente en ello con la concepción de la defensa pública como un servicio público de calidad.



Esta obra se divide en los siguientes capítulos:

- I. El punto de partida: una reflexión epistemológica y política.
- II. Un nuevo meta-discurso para la culpabilidad penal juvenil: bases teóricas para cuestionar el adultocentrismo en la teoría del delito y para formular un nuevo concepto de culpabilidad penal juvenil.
- III. Hacia un concepto penal juvenil de culpabilidad.
- IV. Una propuesta para la integración del principio de interés superior en el juicio de culpabilidad o de desaprobación penal juvenil.

– o –

Sáenz Carbonell, José Francisco. ***Elementos de historia del derecho*** (Santo Domingo, Heredia, Ediciones Chico, 2007, 508 páginas).

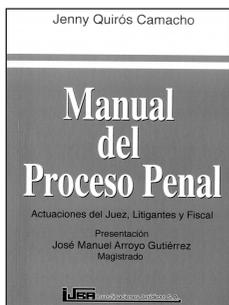
El autor en su *Introducción* nos dice que la Historia del Derecho, como disciplina general, tuvo en la Costa Rica del siglo XX tres distinguidos cultivadores: Don Alberto Brenes Córdoba, Don Fernando Fournier Acuña y, muy especialmente, Don Jorge Enrique Guier Esquivel. Parte de su vasto saber sobre esta materia se plasmó en tres obras distintas, las tres publicadas con la denominación de *Historia del Derecho*.



– o –

Quirós Camacho, Jenny. ***Manual del proceso penal***. Actuaciones del juez, litigantes y fiscal juvenil (San José: Editorial Investigaciones jurídicas S.A., 2008, 268 páginas).

En la *Presentación*, el Magistrado José Manuel Arroyo Gutiérrez expresa que hay que prever el riesgo de convertir el sistema penal en una especie de “brazo armado “de una determinada ideología o modelo económico o estatal. Sobre todo si, como ocurre en nuestros países, existen importantes sectores y mayorías de habitantes que no logran sentarse a la mesa del reparto. Sin ser reduccionistas, ya sabemos el peso real que tienen la marginalidad social en la trama de buena parte de los delitos más comunes entre nosotros.



REVISTA DE CIENCIAS JURÍDICAS

Definición de la revista

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

REQUISITOS PARA LA PRESENTACIÓN DE ARTÍCULOS

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

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

Impreso por
Litografía e Imprenta LIL, S.A.
San José, Costa Rica
www.lilcr.com
Tel. (506) 2235-0011
382605

