Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

PRESENTACIÓN

Al llegar a su número 60, la Revista Judicial ofrece en su sección de Estudios colaboraciones sobre Comercio Internacional, Derecho de Personas, Derecho Tributario, Derecho Agrario, Derecho Ambiental, Historia del Derecho, Derecho Procesal, Derecho de Propiedad Intelectual y sobre Responsabilidad Civil.

El **Dr. César Guzmán Barrón,** jurista peruano ampliamente conocido en el medio costarricense por sus múltiples contribuciones como maestro y consultor en temas de comercio internacional, nos honra con su trabajo **"Arbitraje comercial internacional",** presentado en el reciente Congreso sobre Administración de Justicia, organizado por el Poder Judicial. Valga la ocasión para destacar el gran aporte del Dr. Guzmán Barrón en favor del Poder Judicial, de la Contraloría General de la República y de la empresa privada, en diversas ocasiones, por medio de los cursos de capacitación sobre compraventa internacional, transporte, seguros, arbitraje y otros temas conexos, que ha impartido con gran éxito en nuestro país.

El **Dr. Pedro F. Silva-Ruiz,** Catedrático de la Universidad de Puerto Rico, asiduo colaborador de nuestra revista nos brinda **"El derecho a morir con dignidad y el testamento vital",** donde analiza el caso de Nancy Cruzan en el estado de Missouri: ella se encontraba en estado de hipoxia (déficit de oxígeno que, cuando supera los 6 minutos, causa daños permanentes en el cerebro); la paciente fue intervenida, pero estuvo en estado de coma; se le aplicó una gastrostomía, única vía para su nutrición e hidratación; se mantenía así en estado vegetativo, sin posibilidades de recuperación; se probó que ella le había dicho a una amiga que si alguna vez eso le llegara a ocurrir no querría seguir viviendo; aunque hubo una solicitud de sus padres, el hospital se negó a cesar de alimentarla e hidratarla salvo que un Tribunal lo autorizase; el Tribunal dijo que hay un derecho natural de orden constitucional, que permite al individuo rehusar, ordenar, suspender, o retirar, procedimientos que artificialmente prolonguen la vida, cuando la persona carece de funciones cerebrales y, en consecuencia, ordenó retirar la nutrición e hidratación. Sin embargo el Tribunal Supremo de ese Estado revocó la resolución del inferior diciendo: "este es un caso en el cual se nos solicita accedamos a que la profe-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

sión médica haga que Nancy muera de hambre y deshidratación". El Tribunal Supremo de los Estados Unidos dijo que por no existir evidencia clara y convincente del deseo de Cruzan de que se le suspendiera el tratamiento que le permitiera continuar con vida, sus padres carecían de legitimación para solicitarlo. Lo significativo del caso estudiado por el Dr. Silva-Ruiz es que el Tribunal Supremo reconoce un derecho constitucional a rehusar tratamiento médico. El autor comenta otros conceptos como el de la eutanasia y el de su tratamiento penal. Nos informa sobre la posición del Consejo de Europa.

En el reciente Congreso de Notariado que se celebró en el Colegio de Abogados, el **Lic. Luis E. Rodríguez Picado,** presidente del Tribunal Fiscal Administrativo y profesor universitario de Derecho Tributario ofreció una brillante exposición titulada **"Responsabilidad tributaria del profesional en derecho en Costa Rica",** que nos permitimos solicitarle para reproducir en nuestra revista. El ilustre jurista analiza la responsabilidad tributaria del profesional en Derecho, tanto en su carácter de abogado, como en el de notario, en particular en su rol de agente perceptor de impuestos. El expositor estudia primero el tipo de contribuyente que es el profesional en Derecho y los requisitos formales que debe cumplir, así como las presunciones de ingresos. Al referirse a los notarios como agentes de percepción, responsables del impuesto retenido y cumplidores de la función determinadora de impuestos, nos ilustra con diversos ejemplos las posibles formas de responsabilidad tributaria en que pueden incurrir estos funcionarios (apropiaciones, retenciones tributarias indebidas, etc.) y las sanciones penales previstas. También el distinguido colega se refiere a la responsabilidad tributaria del profesional en Derecho que desempeña cargos públicos y al que ejerce en forma liberal, indicando también las sanciones respectivas que pueden llegar hasta el cierre del bufete, aclarando que la constitucionalidad de estas medidas ha sido puesta en duda.

"La posesión agraria" es el tema con que colabora el profesor **Lic. Álvaro Meza Lázarus** quien comienza aportando algunas consideraciones sobre la posesión (agraria) como Instituto del Derecho Agrario; el autor se mueve dentro de la perspectiva de Pugliatti y la aplica a "las posesiones", tal como existen "las propiedades"; explica que de la experiencia legislativa nace la teoría de la posesión agraria; pasa luego a determinar el concepto de posesión agraria, que es su propio concepto obtenido con base en el análisis de Derecho Comparado realizado de las variadas formas de posesión agraria; seguidamente analiza: el sujeto, el objeto (bienes que pueden ser poseídos agrariamente), las formas de relación posesoria y el ciclo de vida de la posesión agraria, desde la adquisición hasta la pérdida. Insiste en la realidad de varios tipos de posesión agraria (ad interdictam, ad usucapionem, etc.) y pasa, finalmente, al enfoque de la posesión agraria en Costa Rica, con

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

amplia información de doctrina, jurisprudencia y legislación, en relación con los diversos tipos: posesión precaria de tierras (de la que explica sus requisitos) y posesión agraria común, aclarando la diferencia entre ambas.

La **M.Sc. Roxana Salazar,** ampliamente conocida por sus importantes aportes en el campo del Derecho Ambiental, nos ofrece su fundamentado estudio: **"La zona marítimo-terrestre y su legislación".** La autora inicia su exposición con el tema de los bienes de dominio público y sus características: fuera del comercio, imprescriptibilidad, etc., de conformidad con legislación y jurisprudencia. Nos da la definición de zona marítimo-terrestre como la franja de 200 metros en los litorales a partir de la línea ordinaria de pleamar; aclara que es patrimonio nacional bajo la vigilancia del Instituto Costarricense de Turismo y de las Municipalidades. Explica que está compuesta de dos secciones: 1) la zona pública de 50 metros, en la que está prohibida cualquier construcción y en la que no puede impedirse el paso y 2) la zona restringida de los 150 metros restantes, sobre la cual las municipalidades pueden otorgar concesiones a plazo. Afirma la importancia de los planes reguladores, como instrumento político de planificación local. La autora es consciente de la falta de efectividad de esta normativa. Las mismas municipalidades han autorizado construcciones en la zona pública, nos cuenta. Otro de los aportes de este artículo es la jurisprudencia de la Procuraduría General de la República sobre la zona marítimo terrestre en refugios de fauna silvestre. Como siempre, la distinguida colega nos propone recomendaciones, entre ellas, revisar la eficacia de la legislación vigente.

El **Lic. Berny Arias Hidalgo** participa con **"La Historia y el Derecho. Su problemática",** artículo donde afirma la consustancialidad del Derecho al hombre y su manifestación a través de todas las épocas. El autor nos ofrece algunas consideraciones filosóficas sobre la historia del Derecho, que no es letra muerta, sino fuente de las instituciones presentes. Asegura que para el jurista es indispensable este conocimiento. Destaca la importancia del estudio de la historia del Derecho como pilar fundamental de la estructura jurídica de cada época. Nos da cuenta de las diversas perspectivas sobre la historia, desde las doctrinas lineares hasta posiciones más amplias sobre el hecho histórico. Se refiere a las tendencias actuales que marcan el paso de la Historia Episódica a la Historia Estructural y dinámica.

El laureado jurista **Lic. Juan Marcos Rivero Sánchez** colabora una vez más con la revista desde Alemania, donde se encuentra realizando estudios de posgrado. En este trabajo titulado **"Proceso, democracia y humanización",** el autor se une a quienes afrontan reto de humanizar el proceso. Observa que existen diversos posibles caminos ante la insatisfacción de un

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

interés; el proceso es uno de ellos. Se pregunta el significado de "humanizar el proceso" y observa que la expresión tiene diferentes significados. A su juicio es en la dignidad de la persona humana, en su respeto en el proceso, donde debe buscarse la solución, para lo cual considera necesario actualizarlo según exigencia de la vida moderna. Recuerda el llamado el malestar por el olvido del factor humano. Humanización y comunicación forense es otro de los temas que trata; sostiene que la comunicación es el tema central de la humanización del proceso pero, aclara, se requiere una humanidad concreta. A su juicio la funcionalidad de la administración de justicia es lo que determina su legitimación. El autor mira también el trasfondo: la transformación del Estado liberal, la diversis de componentes de la sociedad moderna y la masificación de la justicia; propone criterios mínimos para humanizar el proceso. Habla de dos aspectos que son necesarios: personalización y tecnificación. Recuerda que hay algunos principios conducentes a la humanización: oralidad, inmediación, concentración, entre otros. Sugiere la eliminación de formalismos innecesarios como parte de la lucha por el proceso social en un Estado democrático.

El **Lic. Jorge Cabrera Medaglia,** especialista en Derecho Comercial, comparte con nosotros su valioso estudio: **"Derechos de propiedad intelectual y recursos genéticos",** en el que propone una ampliación del concepto de recursos naturales con el de recursos genéticos. El autor afronta el moderno tema de los efectos jurídicos de la Biotecnología, en particular en lo que se refiere a los ingredientes activos de plantas para usos medicinales, conocimiento tradicional de campesinos e indígenas. Nos hace referencia a la relevancia económica de los recursos genéticos y a la desigual distribución de la riqueza biológica. Afirma falta de equidad, por falta de reconocimiento de los derechos de los campesinos. Sostiene que hay algunos principios en que se legitiman los derechos de los agricultores, con base en los principios del sistema de propiedad intelectual. Para el autor los genes del tercer mundo no son materia prima común; son el producto de selección, mejora y desarrollo de campesinos, en gran parte indígenas, con conocimiento e inventiva tradicionales. En este estudio también se hace una reseña de las negociaciones recientes en materia de derechos de propiedad intelectual en diferentes foros internacionales (GATT, OMPI) en particular sobre el debatido tema de la amplitud del concepto "materia patentable": por un lado las tesis de Estados Unidos sobre patentabilidad de materia viva; por otro, las posiciones latinoamericana y europea, en sentido opuesto. después de analizar los instrumentos internacionales nos brinda una serie de conclusiones, entre las que destaca la importancia de la lucha por una compensación económica en favor de los países de donde se extrae la biodiversidad.

Ofrecemos, finalmente, **"La responsabilidad civil en el ejercicio del Notariado (presupuestos y elemen-**

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

tos)". En este trabajo hemos intentado conjugar la doctrina sobre la responsabilidad civil con las disposiciones legislativas y reglamentarias de nuestro medio y con la jurisprudencia de nuestros tribunales.

La sección **La Ciencia al Servicio de la Justicia** incluye un trabajo de sumo valor del **Lic. Minor Aguilar Gutiérrez: "La Psicología Forense en Costa Rica".**

Como siempre se brindan nuestras secciones **Pronunciamientos Especialmente Relevantes y Jurisprudencia,** y como lo hacemos cada diez números ofrecemos un **"Índice general"** de todas las revistas publicadas.

Dr. Víctor Pérez Vargas

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

I CONGRESO NACIONAL SOBRE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA CONFERENCIA: EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

EXPOSITOR: DR. CÉSAR GUZMÁN-BARRÓN SOBREVILLA

ÍNDICE

Pág.

I. Nociones sobre arbitraje comercial internacional. 14
1.1. Concepto de arbitraje 14
1.2. Materias objeto de arbitraje 14
1.3. Clases de arbitraje 16
1.4. La transacción y la conciliación 17

II. Características del arbitraje comercial internacional. 18
2.1. Los árbitros 18
2.2. Instituciones que arbitran 20
2.3. Tipos de litigios que se arbitran 20
2.4. Ventajas y dificultades del funcionamiento del arbitraje 21

III. El procedimiento arbitral. 23
3.1. Formalización del arbitraje 23
3.2. Reglamentos de procedimientos de arbitraje y conciliación 26

IV. Intervención del Poder Judicial y la Ley Modelo de UNCITRAL. 30
4.1. La Ley Modelo de UNCITRAL 30
4.2. Intervención del Poder Judicial 31

V. Conclusiones y recomendaciones. 34

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

I. NOCIONES SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

1.1. Concepto de arbitraje.

Puede definirse como una técnica para la solución de conflictos, que consiste en poner voluntariamente en manos de un tercero la solución de los mismos, comprometiéndose las partes a respetar la decisión que aquél tenga a bien tomar.

Características del arbitraje:

1. El arbitraje es un MEDIO por el que cualquier conflicto puede ser resuelto.
2. Los conflictos se resuelven por ÁRBITROS que son neutrales y específicamente nombrados.
3. Los árbitros actúan en virtud de la AUTORIDAD conferida por las partes en el acuerdo arbitral.
4. Es un sistema PRIVADO de pronunciar sentencias; son las partes y no el Estado quien controla los poderes y deberes de los árbitros.
5. El LAUDO es final y concluyente y pone término al conflicto.
6. El procedimiento arbitral y el laudo son independientes del Estado. Los tribunales ordinarios solo intervendrán para dar eficacia al laudo cuando las partes no lo cumplan.

Concepto de arbitraje comercial internacional.

Técnica para la solución de un conflicto vinculado a una relación jurídica o contrato celebrado entre partes residentes o domiciliadas en países diferentes, sean personas naturales o jurídicas, siempre que esa relación jurídica o contrato tenga naturaleza comercial.

1.2. Materias objeto de arbitraje en el arbitraje comercial internacional.

(i) ¿Qué es arbitrable?

Que la controversia sea arbitrable es el primer requisito, pues si la materia objeto de la discusión no es susceptible de transacción o de compromiso en un determinado país, el orden público impide que sea sometida o sujeta a arbitraje.

Si llegase a constituirse un arbitraje internacional sobre un asunto que no puede ser objeto de arbitraje según la ley de un país, el reconocimiento y la ejecución de la sentencia arbitral podrán ser impugnados en ese país. Así lo establece expresamente el artículo 5, inciso 2, de la Convención de Nueva York de 1958, ratificada por Costa Rica, cuando señala que se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución, comprueba: a) Que, según la ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje, o b) Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país.

Similar disposición contiene el artículo 5, inciso 2, de la Convención Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional suscrita en Panamá en 1975, de la cual Costa Rica también es ratificante.

(ii) ¿Qué es comercial?

Para algunos son comerciales los comportamientos cuya causa final es lucrativa. Para otros los actos realizados por los comerciantes.

La Comisión de las NNUU para el Derecho del Comercio Internacional, UNCITRAL, ha definido el tema adoptando una posición amplia en la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional.

Es así como en el pie de página del artículo 1, párrafo 1, se señala como con posibilidad de someterse a arbitraje: "Todas las relaciones de índole comercial contractuales o no, comprendiendo entre otras:

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

— cualquier operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios
— acuerdo de distribución
— representación o mandato comercial
— transferencia de créditos para su cobro ("factoring")
— arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra ("leasing")
— construcción de obras, consultoría, ingeniería
— concesión de licencias
— inversión, financiación, banca
— seguros
— concesión de explotación
— asociaciones de empresas ("joint venture"), y otras formas de cooperación industrial y comercial
— transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima, férrea o por carretera".

Es aceptado generalmente que tampoco comprende este tipo de arbitraje comercial los conflictos entre Estados, en estos casos se aplica la solución de disputas dentro del Derecho Internacional Público.

Es distinto el caso cuando el Estado interviene en un acto de comercio, como cualquier comerciante, sometiéndose a las reglas del comercio internacional.

(iii) ¿Qué es internacional?

El carácter internacional del arbitraje comercial se puede derivar de un doble punto de vista de conexión:

a) Subjetivo: que las partes que intervienen en el conflicto sean de diferente nacionalidad o posean diversa residencia.
b) Objetivo: por el objeto del litigio, pues las partes pueden ser de una misma nacionalidad o igual residencia, pero la relación comercial sea internacional.

En la Ley Modelo de UNCITRAL el carácter internacional de un arbitraje comercial lo define en su artículo 1, párrafo 3: "Un arbitraje es internacional si:

a) Las partes al celebrar el Acuerdo Arbitral tienen establecimiento en Estados diferentes.
b) Uno de los siguientes lugares está situado fuera del Estado en que las partes tienen sus establecimientos:
— el lugar del arbitraje
— el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial
c) Las partes han convenido que la cuestión objeto de arbitraje está relacionada con más de un Estado".

En consecuencia definir si una controversia puede o no ser sometida a arbitraje depende de tres factores:

a) Su "arbitrabilidad", si la materia objeto de discusión puede ser objeto de arbitraje, salvo que una norma de orden público lo impida.
b) Su "comercialidad", que la controversia tenga carácter comercial.
c) Su "internacionalidad", definido ampliamente en la ley modelo UNCITRAL.

En Costa Rica según el artículo 1392 del Código Civil, al serle aplicable al arbitraje las reglas y limitaciones establecidas para el contrato de transacción, no pueden ser objeto de arbitraje:

1. La comisión de un delito. Sí lo relativo a la responsabilidad civil proveniente de delito (art. 1375 CC).
2. Estado civil de las personas ni validez del matrimonio. Sí los derechos que se deriven de la declaración del estado civil de una persona.
3. Delito, dolo o culpa futuros.
4. Sucesión futura o sobre herencia.
5. Derecho de recibir alimentos, salvo pensiones alimenticias ya debidas (art. 1377 CC).
6. Cualquier negocio decidido judicialmente mediante sentencia irrevocable, aunque

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

fuese ignorada por alguna de las partes (art. 1379).
7. Marcas de fábrica o patentes, por ser el Estado quien mediante acto propio de naturaleza pública otorga tales derechos.
8. La quiebra, por ser condición del comerciante que proviene de resolución judicial.

Ciertamente el campo de aplicación es enorme, pues por arbitraje se puede resolver prácticamente todo derecho patrimonial.

El artículo 507 del Código Procesal Civil de Costa Rica así lo establece al señalar que "podrán someterse a proceso arbitral todas las pretensiones patrimoniales" y en el artículo 43 de la Constitución Política se establece que "Toda persona tiene derecho a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, aun habiendo litigio pendiente".

Sólo existe un caso: representación de casas extranjeras, pues el artículo 7 de la Ley 6209 sobre protección al representante y distribuidor de casas extranjeras señala que: "La jurisdicción de los tribunales costarricenses y los derechos del representante, distribuidor o fabricante, por virtud de esta ley, serán irrenunciables".

Esta competencia exclusiva de los tribunales nacionales, impide sea materia arbitrable los litigios derivados de la Ley 6209.

Se incluye a los tribunales arbitrales, por tanto, sí es posible el arbitraje interno, lo que estaría vedado es el arbitraje realizado en el extranjero.

1.3. Clases de arbitraje.

1. Interno o internacional.
2. Ad-hoc o administrado.
3. De derecho o de equidad.
4. Forzoso o voluntario.

1. Arbitraje interno y arbitraje internacional.

Las características del arbitraje internacional ya han sido definidas anteriormente.

El arbitraje interno es el que se celebra en un país, de acuerdo a las normas legales de dicho país y para que tenga eficacia en el mismo. En el arbitraje interno se deberán cumplir las normas del país en cuanto a las reglas relativas a las partes, a la materia que puede ser objeto de arbitraje y a su ámbito de aplicación.

2. Arbitraje ad-hoc y arbitraje administrado.

a) En el arbitraje ad-hoc las partes regulan en forma autónoma todo lo necesario para atender un determinado conflicto o controversia. Deciden sobre:

— Número y designación de los árbitros.
— Procedimiento arbitral.
— Lugar del arbitraje.
— Idioma.
— Ley aplicable.
— Honorarios, costos, etc.

También denominado Arbitraje Personalizado, dado que en este caso las partes designan expresamente a determinadas personas. Lo hacen pensando en sus concretas y determinadas calidades y en la confianza que les merece.

b) En el Arbitraje Administrado las partes se someten a un Centro Permanente de Arbitraje que:

— Aplica un determinado reglamento que suele ser internacional.
— Designa o propone los árbitros
— Fija el lugar y forma de determinar honorarios, costos y vigila el desarrollo del arbitraje.

En definitiva, un Arbitraje Administrado ofrece a las partes mayor seguridad y confianza en que el resultado será rápido, eficiente e independiente.

En lugar de designar árbitro a una persona física, es preferible encomendar a una institución de arbitraje la solución de conflictos que puedan surgir en una relación contractual. La institución arbitral difícilmente desaparecerá. Las partes eligen así la institución que por su experiencia y prestigio les merece mayor confianza. Es decir, la que a través de su actividad diaria es buena garantía de eficaz gestión y acreditada neutralidad. A la institución arbitral se le encomienda la labor importantísima de

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

designar los árbitros si faltara el acuerdo al respecto entre las partes, al igual que la labor de controlar imparcialmente la recusación que los árbitros pudieran realizar las partes en el conflicto. La institución arbitral, además, vigilará el procedimiento arbitral en todas sus fases, respaldando el laudo final con la autoridad del prestigio, no sólo del árbitro que dicta la sentencia, sino de la institución en cuyo marco se ha realizado el procedimiento arbitral. El arbitraje institucional supone un verdadero refuerzo de la actividad concreta de los árbitros, quienes se saben respaldados por una entidad especializada en temas arbitrales; de esta forma, se facilita el recurso a personal auxiliar especializado (expertos técnicos, asesores, traductores...). El centro arbitral cede, de igual manera, lugares neutrales adecuados para la celebración de las sesiones. En fin, el árbitro se siente seguro al dictar su sentencia porque confía en que la misma pasará por el lógico control institucional del órgano arbitral que, al dictarse la sentencia en su marco y con su respaldo, tiene un interés indiscutible en que el resultado final no venga en descrédito de su labor administradora.

3. *Arbitraje de derecho y arbitraje de equidad.*

Esta clasificación está en función de si el arbitraje corresponde ser resuelto por árbitros con arreglo a Derecho o que resuelvan la controversia según su leal saber y entender.

El arbitraje de derecho obliga a los árbitros a emitir un laudo conforme a las disposiciones de fondo, teniendo presente además la jurisprudencia y la costumbre.

Son jueces privados en el más estricto sentido. No se les está dado prescindir de la ley y como los jueces, a falta de norma legal expresa deben aplicar las que la analogía permita y en su defecto, los principios generales del Derecho.

A estos árbitros se les exige que tengan conocimientos profesionales. Incluso la ley interna de cada país, exige el cumplimiento de ciertas formalidades y requisitos como el hecho de ser abogado.

Las partes deciden si será o no un arbitraje de Derecho. En caso que no decidieran suele entenderse que se trata de un arbitraje de Derecho. En otras palabras, el Arbitraje de Equidad debe optarse expresamente.

El arbitraje de equidad supone la participación de árbitros que resuelven según su leal saber y entender, para lo que no requieren ser profesionales, sino poseer conocimientos y sentido común.

Fallan conforme a la idea de justicia que tienen, a lo que entienden justo.

En el fondo es un arbitraje de conciencia. Con la sola observancia de ciertos principios fundamentales como pueden ser citación de las partes y posibilidad efectiva de prueba.

4. *Arbitraje forzoso y arbitraje voluntario.*

Voluntario: se origina en la voluntad de las partes. Es lo más común.

Obligatorio o forzoso: se origina en la ley. En Costa Rica lo establece la Ley de Seguros. 30/10/24 Nº 12. Art. 25: (ratificado en la ley 5279 del 27/7/73: "Toda cuestión de hecho o de derecho que surja entre el Instituto y el asegurado, relativa al contrato (póliza), será resuelta por el juicio arbitral, excepto en lo que concierne al seguro de riesgos profesionales".

1.4. La transacción y la conciliación.

a) La transacción.

Es la solución que supone un trato directo entre las partes sin la intervención de terceros que puede concluir con una transacción. A fin de facilitar la negociación directa y por ende la transacción, conviene tener en cuenta las disposiciones contenidas en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercancías (Viena 80) que en sus artículos 45 al 52 establece los derechos y acciones del comprador en caso de incumplimiento del vendedor, y en sus artículos 61 al 65 se refiere a los derechos y acciones del vendedor frente al incumplimiento del contrato por parte del comprador.

En la transacción existen concesiones recíprocas que se hacen las partes, distinto al arbitraje donde, mediante un proceso, se dicta un laudo que determina a cuál de las partes corresponde el derecho.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

En un procedimiento arbitral, las partes pueden llegar a una transacción que resuelve el litigio, el tribunal dará por terminadas las actuaciones, y, si lo piden ambas partes, y el tribunal lo admite, hará constar la transacción en forma de laudo arbitral en los términos convenidos por las partes. En este caso, el laudo no tiene por qué ser motivado.

b) La conciliación.

Cuando las partes deciden la participación de un tercero, éste puede simplemente sugerir soluciones al conflicto, no resolver como en el arbitraje. En este caso estamos frente a la conciliación.

La conciliación tiene un procedimiento sencillo y flexible que puede ser modificado durante su desarrollo por las partes.

El arbitraje es un mecanismo autónomo, la conciliación es un medio instrumental. El laudo tiene título ejecutivo. El documento fruto de una conciliación carece de dicho título, salvo que pueda constituir una transacción.

En la práctica, a nivel de conflictos internacionales, la conciliación se está utilizando con mucha frecuencia y su vigencia es reconocida en las instituciones que arbitran. Es voluntaria, pudiendo las partes recurrir a la conciliación primero y, si fracasa, recurrir al arbitraje que sí es obligatorio.

Características fundamentales de la conciliación:

i) Es de carácter no-procesal.

En la Conciliación, las únicas formalidades admisibles son las que las propias partes deseen establecer cuando consideran que son necesarias para el mejor desarrollo del diferendo, aunque la experiencia demuestre que en muchos casos sean prácticamente inexistentes.

ii) Libertad y buena voluntad de las partes.

Estos dos postulados son esenciales en la conciliación al punto que de su respeto depende directamente el éxito o el fracaso de un acuerdo de conciliación.

iii) Participación de conciliadores especializados.

Una de las aristas más importantes de la conciliación la constituye la presencia de un conciliador especializado, esto es, respetable, imparcial, objetivo, ecuánime, convincente, independiente y con dominio del tema propio de la diferencia a cuya superación trata de contribuir. De su actuación dependerá la forma como el diálogo se desarrolle y, consecuencialmente, la concreción o fracaso del arreglo.

iv) Es de carácter reservado.

Los reglamentos de conciliación existentes establecen una "reserva" sobre todos aquellos elementos de juicio o información que hayan allegado las partes a las conversaciones, para que no puedan ser utilizados en el proceso arbitral u ordinario.

II. CARACTERÍSTICAS DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

2.1. Los árbitros.

Árbitro es toda persona designada por las partes para que, luego de analizar una controversia, dicte un laudo, sea con arreglo a derecho (abogado) o según su leal saber y entender (lego).

Cualidades: imparcialidad, pues el árbitro es un juez y no un abogado de las partes.

Independencia, dado que no debe existir vínculo económico, de dependencia, de consanguinidad con las partes. En este sentido el Conciliador no debe ser árbitro, ni testigo del arbitraje posterior.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Confianza, porque las partes lo conocen o por la garantía que ofrece la Institución que administra y lo designa.

Conocimiento: experto o no, depende; abogado o no, depende; tal vez combinar en el tribunal el experto, el abogado, el lego, con distinta formación para una decisión más fundamentada y sólida.

De acuerdo al Reglamento de UNCITRAL, utilizado como modelo para el Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, las partes son libres para determinar el procedimiento para la designación de los árbitros.

Cada parte designa uno y los dos un tercero. Si una parte no nombra en 30 días del requerimiento de la otra para que lo haga; o si los dos árbitros designados no se ponen de acuerdo sobre el tercero después de 30 días de ser nombrados los designa el tribunal u otra autoridad competente a pedido de una parte.

La tendencia uniforme es permitir a los extranjeros desempeñar la función de árbitros. Así se desprende, por ejemplo, de la Convención Europea de 1961 sobre Arbitraje Comercial Internacional y de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, suscrita en Panamá en 1975.

Composición del tribunal.

El principio básico es el de la libre determinación de los árbitros, número y sus integrantes o sistema de nombramiento. Esta libertad obviamente está limitada por ciertas normas de orden público, como aquellas que fijan los requisitos que deben llenar los árbitros como tales.

La tendencia fundamental es la de indicar un número impar, dejando de antemano a las partes la indicación del número exacto ej.: Venezuela, Colombia, Perú; en algunos países como Uruguay y Nicaragua, expresamente indican el número de árbitros.

El otro sistema utilizado es el de no indicar expresamente el número de los árbitros. Normalmente lo que ocurre es que se crea la figura del tercer árbitro dirimente que debe entrar a decidir los empates, como su mismo nombre lo indica. Dicha previsión existe en Brasil y Chile principalmente.

Finalmente vale la pena mencionar cómo en la Ley de Arbitraje Comercial Ecuatoriana y en la legislación colombiana la intervención de la justicia ordinaria se ha reducido en forma tal que ante la ausencia de árbitros, dicho nombramiento lo realizan en el primer caso, en la Cámara de Comercio por sorteo y, en el segundo, el Director del Centro de Arbitraje correspondiente.

Los árbitros en Costa Rica.

1. *Designación.*

En el compromiso arbitral, señalando nombres, apellidos, profesión u oficio y el domicilio o procedimiento para nombrarlos.

Si partes no los nombran lo hace el juez.

2. *Requisitos.*

i) Abogados, árbitros de derecho.

— Distinguidos.
— Costarricenses.
— Más de 10 años de práctica profesional.

ii) De equidad.

— Aptas para el cargo.
— Sin nexos con los litigantes.

3. *Aceptación de los árbitros.*

Los árbitros deben aceptar el cargo.

Si no aceptan, es sustituido por las partes.

4. *Recusación e impedimento.*

No pueden ser nombrados árbitros de derecho o de equidad:

— Quienes tengan motivo de impedimento, recusación o excusa.
— Los incapaces.

De equidad: los analfabetos.

5. *Funcionarios y tribunales de justicia.*

Pueden ser investidos como árbitros.

No están obligados a cumplir con el plazo para laudar. (No más de 6 meses).

6. *Número de árbitros.*

Uno o colegiado (3).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

7. *Remuneraciones.*

Se fija en el compromiso arbitral.

De lo contrario se aplica el artículo 517. Los funcionarios y tribunales en caso que las partes se sometan al órgano jurisdiccional atribuyéndoles capacidad arbitral, no cobran honorarios.

La retribución del o de los árbitros se encuentra garantizada normalmente en el arbitraje institucional por el hecho de que el árbitro percibe su remuneración a través de la propia institución.

En general, los gastos del arbitraje, incluyendo los honorarios de los árbitros, suelen ser fijados por la institución administradora, conforme a unas escalas porcentuales en función de la cuantía objeto del litigio. En la CCI existe una doble escala porcentual de honorarios mínimos y máximos a percibir por los árbitros en función de su intervención, corriendo a cargo de la Corte la definitiva fijación.

En el caso de Costa Rica, el artículo 517, fija las pautas para establecer los honorarios de los árbitros, cuando éstos tienen derecho a cobrarlos.

2.2. Instituciones que arbitran.

En el mundo se han ido estableciendo más de 70 centros de arbitraje que pueden clasificarse en:

— Generales.
— A nivel de productos.
— Generales, como la Corte de Arbitraje Internacional de Londres, las Cámaras de Comercio, Asociaciones de Arbitraje, Comisión Interamericana de Arbitraje, Cámara de Comercio Internacional de París.
— Especializados, por productos, como la Asociación de Cereales, Asociación de Café, de Granos, Cacao, etc. que reúnen a comerciantes de determinados productos para fines gremiales y además ofrecen el servicio de administrar arbitraje en la rama de producción de su actividad.

Las instituciones que administran cuentan básicamente con lo siguiente:

— Secretaría.
— Reglamento de arbitraje.
— Árbitros.
— Corte o tribunal de arbitraje.

Entre los principales institutos de arbitraje internacionales encontramos la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) con sede en París, que fue fundada en 1919 y adoptó sus primeras reglas de arbitraje en 1922.

En los Estados Unidos funciona la American Arbitration Association (AAA), con sede en Nueva York, de gran importancia en ese país. A nivel interamericano, encontramos la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC), fundada en 1934, como consecuencia de la Resolución XLI de la VII Conferencia de Estados Americanos reunida en Montevideo (Uruguay) en 1933. Esta resolución recomendó a las Cámaras de Comercio de los diversos países del hemisferio que preparasen y firmasen una Convención sobre arbitraje internacional, fijando normas de procedimiento en materia arbitral.

Por otro lado en diversos países, las Cámaras de Comercio e Industria, Bolsas de Comercio, Cámaras especializadas y asociaciones profesionales ofrecen sus servicios para dirimir controversias entre los interesados, a través del arbitraje, la conciliación, la mediación, según el caso, a través de la organización de tribunales permanentes o ad-hoc.

2.3. Tipos de litigios que se arbitran.

Revisada la Jurisprudencia en materia de arbitraje comercial internacional de laudos dictados en Estocolmo, París, Nueva York, Londres, Ginebra, Estrasburgo etc., por Centros de Arbitraje como la Cámara Arbitral Marítima de París, la Grain and Feed Trade Association Ltd. (GAFTA) de Londres, la Federation of Oils Smed and Fath Associations Ltd. de Nueva York, la Cámara Arbitral de Estrasburgo, la Federación de Comercio del Café de Londres, se advierte que los litigios objeto de arbitraje son de los mas variados, destacando los referidos a:

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

— Interpretación de los contratos de compraventa internacional
— Demoras y daños en el cumplimiento de un contrato de fletamento.
— Incumplimiento en el transporte de mercancías según el conocimiento de embarque.
— Transporte aéreo de mercancías: responsabilidad por pérdida de la mercancía; límite de la responsabilidad.
— Conflicto entre el Convenio Internacional de Nueva York y el Tratado franco-suizo sobre la competencia judicial y la ejecución de los laudos.
— Interpretación de los contratos de fletamento.
— Inejecución de los contratos de distribución.
— Embargo de buques.
— Definición de remuneraciones en un contrato de corretaje o agencia.
— Definir la competencia en base al contrato de fletamento y no al contrato de seguro en un contrato de transporte internacional de mercancías.
— Violación de la cláusula arbitral contenida en un contrato de fletamento.
— Demora en la descarga en contrato de transporte internacional terrestre.
— Régimen de condiciones en un contrato de préstamo internacional.
— Calificación jurídica del buque como establecimiento mercantil.
— Nulidad de un contrato de fianza por insuficiente demostración de la cuantía de la deuda garantizada.
— Verificación de oficio de la arbitrabilidad de una controversia.
— Concesión de derechos a un tercero en un contrato de licencia
— Omisión de la "cláusula valor" en una letra de cambio para el pago en un contrato de compraventa internacional.

En relación con la institución arbitral con más experiencia, es decir, la Cámara de Comercio Internacional, la naturaleza de los litigios que arbitra es de una gran variedad, destacándose dos grandes categorías: el suministro de equipos industriales y trabajos públicos de ingeniería (30%) y las transacciones comerciales (25%). Además, se tratan otros asuntos relacionados con contratos de representación de productos farmacéuticos, aparatos de laboratorio, productos químicos, maquinaria agrícola, equipos eléctricos, etc. La propiedad industrial (patentes de invención, procesos de fabricación, marcas comerciales) ocupa una categoría de menor vuelo, junto con los asuntos marítimos, contratos de edición, publicación, disolución de sociedades comerciales, etc. De estos litigios, un 53% son de una cuantía superior a US $ 200.000.

2.4. Ventajas y dificultades del funcionamiento del arbitraje.

De los factores que mayor incidencia han tenido para el auge del proceso arbitral en la época moderna son, sin duda, el factor tiempo y la necesidad de que los conflictos sean resueltos por expertos en la materia objeto de la diferencia a lo cual, cada día menos responde la justicia ordinaria.

Podría decirse que las ventajas del arbitraje comercial internacional frente a cualquier solución jurisdiccional son las siguientes:

a) La existencia —y probablemente la inviabilidad inmediata de su constitución— de un tribunal mercantil internacional exige en muchos casos hacer equilibrios en torno a la jurisdicción competente. Muchos contratos se contraen entre partes de diferente nacionalidad y se ejecutan en lugares muy distintos. Una primera dificultad para encontrar el tribunal competente radica, precisamente, en los múltiples puntos de conexión que puedan tener los diferentes aspectos de un contrato.
b) Además, el tráfico mercantil internacional tiene cada vez más un carácter desnacionalizado. Con dificultad podrían localizarse muchos de estos contratos que diariamente se suscriben en un determinado ordenamiento jurídico y mucho menos en una determinada organización jurisdiccional.
c) La institución resulta atrayente por el hecho de que la solución jurisdiccional es inevitablemente lenta. Los jueces están someti-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

dos a una norma de procedimiento que difícilmente pueden acelerar si no es en perjuicio de la seguridad jurídica de cuantos pueden y deben intervenir en un determinado procedimiento; no debe olvidarse que el respaldo jurisdiccional no es otro que la propia soberanía estatal y que sólo cuando se cumplan requisitos formales y de procedimiento puede hablarse de una verdadera garantía de la seguridad jurídica. La lentitud del procedimiento se complica enormemente en temas internacionales si es necesario oír testigos que residen al margen de las fronteras, realizar pruebas en lugares distantes donde no puede ejercitarse la soberanía del Estado en cuestión.

d) El juez es un funcionario y, como tal, alejado del mundo de los negocios. Su decisión estará basada sobre el sentido común, pero no puede pedírsele en la mayoría de los casos una necesaria especialización, que sólo tiene quien habitualmente y por profesión participa en el mundo de los negocios dentro del cual se desenvuelve la relación contractual de los conflictos.

e) La seguridad jurídica del procedimiento judicial implica necesariamente la publicidad para llamar a quienes puedan estar interesados en el procedimiento y permitirles que manifiesten sus puntos de vista. Muchas relaciones comerciales exigen una decisión sin trascendencia para terceros y amparadas por el secreto profesional de quienes intervienen en el procedimiento.

Por otro lado, los servicios de arbitraje internacional ofrecen sus propias ventajas, pues han sido especialmente concebidos para resolver litigios de naturaleza comercial. Ello se ve confirmado por la gran cantidad de asuntos que ellos tratan cada año y el éxito que alcanzan en la solución de los mismos. Las ventajas pueden sintetizarse del modo siguiente:

Neutralidad.

— Neutralidad de la nacionalidad del árbitro único o del presidente del tribunal arbitral.
— Neutralidad del lugar del arbitraje.
— Neutralidad del idioma utilizado.

Flexibilidad.

— Las partes pueden elegir las personas más aptas para resolver el litigio, según un procedimiento apropiado a las circunstancias del litigio. De esta manera las partes, actuando de común acuerdo, pueden derogar parcialmente las disposiciones del Reglamento de Arbitraje y conferir a los árbitros las facultades de amigables componedores, renunciando a todos los recursos que puedan entablar en contra de la sentencia arbitral.

Eficacia.

— La flexibilidad del arbitraje comercial internacional es una garantía más de su eficacia, pues ella favorece las posibilidades de una solución amigable. Por otra parte, la mayoría de las sentencias son cumplidas sin necesidad de recurrir a la ejecución forzada de las mismas. Las convenciones internacionales, asimismo, confieren a las sentencias arbitrales mayor eficacia internacional que a las sentencias ordinarias.

Soluciones internacionales.

— El árbitro puede buscar la ley aplicable al conflicto que sea la más apropiada, según la naturaleza del asunto, sin estar sometido de una manera rígida a los conflictos de leyes estáticas. El conocimiento profundo de las prácticas del comercio internacional le permite aplicar aquellas que mejor se avienen con la materia en disputa.

Es confidencial.

— En el arbitraje comercial internacional las partes conservan su anonimato. Las audiencias no son públicas y ninguna persona, excepto los litigantes, puede recibir copia de la sentencia arbitral.

En razón de las ventajas antes enumeradas, resulta de ordinaria frecuencia que en los contratos internacionales se incluya un acuerdo arbitral y se mencione un Centro de Arbitra-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

je Internacional que dé garantías a ambas partes.

¿Por qué, entonces, si la posibilidad del arbitraje está establecida desde hace cerca de 100 años; si ha sido ratificada en diferentes normas legales; si su desarrollo está previsto en los Códigos de Procedimientos Civiles; si hay convenciones internacionales que lo establecen, el arbitraje no ha logrado una aceptación generalizada que lo convierta en un mecanismo usual en la solución de conflictos?

Podríamos mencionar tres aspectos principales que han atentado contra el uso generalizado del arbitraje:

1. En primer término, la mistificación del arbitraje. Algunos de los más expertos juristas se han encargado de rodear de un hálito de misterio la práctica del arbitraje, haciendo olvidar que se trata, simplemente, de una técnica para la solución de los conflictos, consistente en que las partes trasladan la competencia de los jueces especiales para resolver, en derecho o en conciencia, las controversias que se le sometan convierten el arbitraje en cada vez menos "transparente" y menos accesible a la mayoría de las personas que podrían utilizarlo si lo consideran un mecanismo próximo, cercano a sus posibilidades.
2. Conceptuación "elitista": como consecuencia de su mistificación el arbitraje ha adquirido la imagen de una justicia elitista, a la cual sólo tiene acceso quienes puedan pagar los altos honorarios que le "autoliquidan" los árbitros.
3. La justicia arbitral no ha sido realmente organizada, por tanto no garantiza la celeridad de los procedimientos.

   Es así como en la más extendida forma de funcionamiento el arbitraje en Latinoamérica, el "arbitraje ad-hoc", los procesos se desarrollan en las oficinas personales de los árbitros y bajo el inefectivo impulso de secretarios improvisados, circunstancias que en conjunto, generan una nueva lentitud no muy diferente a la de una justicia tradicional que se pretende agilizar.

III. EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL

3.1. Formalización del arbitraje.

1. Clasificación.

Antes que suceda la controversia:

— Cláusula compromisoria o contrato preliminar de arbitraje, que puede ser independiente o estar incorporado en un contrato; que viene a ser un pacto de someter a arbitraje una futura controversia.

Sucedida la controversia:

— Compromiso arbitral, que es un contrato porque dos o más convienen que una controversia existente sea resuelta por terceros a quienes designan y a cuya decisión se someten.

Sucedida o por suceder la controversia:

— Acuerdo de arbitraje: contrato por el que las partes deciden someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual.

2. Aspectos básicos a considerar.

Los aspectos básicos sobre los que las partes se ponen de acuerdo en la formalización del arbitraje, son los siguientes:

— árbitros
— procedimiento
— idioma
— lugar/sede
— ley aplicable

En cuanto a los árbitros y al procedimiento nos remitimos a lo ya expuesto.

a) Idioma.

Normalmente no corresponde al de ninguna de las dos partes y conviene que sea de uso internacional: inglés, francés, etc. por su estre-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

cha vinculación con los documentos de embarque y las reglas internacionales que suelen formularse en dichos idiomas.

b) Lugar o sede del arbitraje.

En el Acuerdo Arbitral suele adoptarse un lugar neutral.

El lugar del arbitraje tiene estrecha vinculación con la ley aplicable, tanto en cuanto al procedimiento y como al laudo.

Así por ejemplo, la Convención de Nueva York, en su artículo V, 1) párrafo d) establece que, a falta de acuerdo entre las partes en relación a la ley aplicable al procedimiento arbitral, se aplica la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje.

En cuanto al laudo, el lugar del arbitraje podrá determinar la llamada "nacionalidad del laudo". En principio el laudo tiene la nacionalidad del lugar donde se dicta.

c) Ley aplicable.

Como la norma suprema del arbitraje es la voluntad de las partes, el árbitro decidirá su laudo así como llevará el procedimiento de acuerdo a la ley y al procedimiento elegido de común acuerdo por las partes y determinado en el Acuerdo Arbitral. A falta de este acuerdo será aplicable la ley que determinen los árbitros.

La ley aplicable tiene que considerarse en dos aspectos: el fondo del asunto y el procedimiento.

1. *Ley aplicable al fondo del asunto.*

Será el que la voluntad de las partes hubiesen establecido en el Acuerdo Arbitral. Y se completa por los usos del comercio internacional.

Cuando las partes no dijeron nada, se aplicará la ley que determinen los árbitros.

2. *Ley aplicable al procedimiento.*

Será no tanto la ley aplicable sino más el procedimiento que las partes hubiesen estipulado. Sin embargo, puede suceder que el procedimiento no se pronunciara sobre todos los aspectos, por ejemplo: cuando procede la recusación del árbitro, determinar si el árbitro es o no competente para pronunciarse sobre un tema, etc. En estos casos la ley procesal aplicable será norma supletoria.

Es conveniente tener en cuenta la Convención de Panamá que señala en su artículo 3 que "a falta de acuerdo expreso entre las partes, el arbitraje se llevará conforme a las reglas de procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial" (CIAC).

3. *Cláusula compromisoria/Contrato preliminar de arbitraje.*

a) Concepto.

Es aquel convenio por el cual las partes se obligan a someter a arbitraje todas o algunas discrepancias que en el futuro se susciten entre ellas derivadas de una relación jurídica concreta, y que pueden ser objeto de solución arbitral.

b) Características.

1) Es un contrato, pues supone un acuerdo entre las partes sobre una declaración de voluntad común.
2) Su objeto está dado por la celebración de otro contrato. Lo que las partes buscan es que se dé un nuevo acuerdo de voluntades para que surja el contrato definitivo.
3) Sus efectos son futuros.
4) Es un contrato preparatorio, en cuanto está destinado a preparar la celebración del contrato definitivo.

c) Formalización.

Es libre, es decir podría ser inclusive verbal. Sin embargo, siendo un contrato preliminar debe seguir la forma de éste. Y la doctrina y los reglamentos exigen que el compromiso sea escrito, por lo que se recomienda que sea escrito.

d) Cláusula compromisoria en Costa Rica.

Sobre los efectos y alcances de la cláusula compromisoria, el artículo 509 del Código Procesal Civil establece: Esta cláusula le da derecho a cada uno de los contratantes, una vez que se presenten las cuestiones previstas para obligar al otro a que otorgue el compromiso, en caso de que no quisiera, se establece a

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

cargo del renuente una responsabilidad de daños y perjuicios. El juez, en este caso, redactará el compromiso, su exposición y las bases, pero previamente debe demostrársele al Juez la negativa a otorgar el compromiso, por parte de uno de los sujetos del conflicto. La redacción la hará el juez sin más trámite.

A su vez, la cláusula compromisoria implicará la renuncia a la jurisdicción ordinaria y las partes, por medio de ella se someten voluntariamente a la decisión de los árbitros. Como puede verse, esta norma recoge la doctrina más moderna al respecto.

4. Compromiso arbitral.

a) Definición.

Se define como el acuerdo por el cual dos personas convienen que una controversia determinada sea resuelta por tercero a quienes designan y a cuya decisión se someten expresamente.

No es necesario que el compromiso se encuentre precedido por una cláusula compromisoria.

b) Características.

1) Se trata de un contrato que debiera celebrase por escrito.
2) Su objeto es una controversia determinada, existente entre las partes, que incluso puede ser o no materia de un juicio.
3) Es un contrato con prestaciones recíprocas.
4) Se le considera un contrato previo de la institución de arbitraje pues es el antecedente obligado para que los árbitros, una vez aceptado su nombramiento, puedan actuar.

c) Formalización.

Por escrito, así lo disponen las convenciones internacionales sobre la materia.

El arbitraje es demasiado serio para dejarlo desprovisto de seguridades. El documento escrito garantiza:

— la voluntad de someterse al arbitraje
— pautas de sometimiento.

Puede ser un intercambio de correspondencia. Incluso comunicación telegráfica.

d) El compromiso arbitral en Costa Rica.

El artículo 510 del Código Procesal Civil establece los requisitos de fondo que debe contener el compromiso.

Se establece la forma escrita en escritura pública o escrito firmado por ambos interesados; ésta debe ir dirigida al Juez o Alcalde que haya que calificarla y deberá venir autorizada por un abogado, con su firma, quien será quien responda por la redacción y la técnica de ella; éste párrafo segundo no establece la clase de responsabilidad en que puede incurrir el abogado que autoriza el escrito o exposición del compromiso arbitral.

5. Acuerdo arbitral.

a) Definición.

En este caso se encuentra la mayoría de las cláusulas de los Centros de Arbitraje, así como la Ley Modelo de UNCITRAL, dado que se reúnen los dos contratos en uno solo: la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral.

Comprende las controversias existentes o futuras. Por tanto comprenden ambos contratos.

La definición contenida en la Ley Modelo de UNCITRAL, señala que: "El 'acuerdo de arbitraje' es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente".

Igual referencia encontramos en la Convención de Nueva York que define así este Acuerdo Arbitral:

"Acuerdo escrito conforme al cual las partes se obligan a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica contractual o

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje".

b) Contenido.

— Si es un arbitraje ad-hoc o institucional.
— Sede del arbitraje.
— Lengua del arbitraje.
— Ley aplicable.

Su contenido formal será distinto según el tipo de arbitraje adoptado.

(i) Arbitraje institucional.

Se utiliza la cláusula modelo propuesta por el Centro de Arbitraje que se escoja. Por ejemplo, en el de la Cámara de Comercio Internacional de París se señala: "Todas las desavenencias que deriven de este contrato serán resueltas definitivamente de acuerdo con el Reglamento de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, por uno o más árbitros nombrados conforme a este Reglamento".

(ii) Arbitraje ad-hoc.

Se recomienda la estipulada en el Reglamento de UNCITRAL, cuyo texto es como sigue: "Todo litigio, controversia o reclamación resultante de este contrato o relativo a este contrato, su incumplimiento, resolución o nulidad, se resolverá mediante arbitraje de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, tal como se encuentra en vigor".

De lo contrario deberá redactarse una que deseen las partes, lo que puede ser muy riesgoso, sea por ser muy cortas, muy extensas o contradictorias.

c) Formalización.

Por escrito, contenida en un contrato o en forma independiente.

En la Ley Modelo de UNCITRAL se explica qué se entiende por escrito, especificándose: "Se entenderá que el acuerdo es escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, télex, telegramas u otros medios de telecomunicaciones que dejen constancia del acuerdo".

3.2. Reglamentos de procedimientos de arbitraje y de conciliación.

1. Concepto.

Celebrado el convenio arbitral, designados los árbitros, corresponde continuar con el desarrollo de las operaciones entre los árbitros, las partes y la secretaria para que los árbitros puedan formarse y exteriorizar el criterio dirimente del conflicto en un laudo. Todo ello constituye el procedimiento arbitral.

El procedimiento a seguir depende de la voluntad de las partes. Como se ha señalado el procedimiento se decide en el acuerdo arbitral.

En el arbitraje ad-hoc, las partes determinan el procedimiento.

En el arbitraje administrado, las partes se someten al procedimiento de la Institución Arbitral.

La autonomía de las partes para determinar el procedimiento es importante en los casos internacionales porque les permite seleccionar o adoptar una norma según sus necesidades concretas.

2. Características generales.

A manera de modelo se explica el procedimiento contenido en el Reglamento de Conciliación y Arbitraje de UNCITRAL, toda vez que consideramos que debe ser la base para el Reglamento a utilizar por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio.

a) Reglamento de Conciliación.

La conciliación es facultativa y se aplica si las partes lo acuerdan previa al arbitraje.

El procedimiento contenido en el Reglamento de UNCITRAL fue aprobado por las Naciones Unidas el 4 de diciembre de 1980.

1. *Inicio del procedimiento de conciliación*

— Una parte por escrito o verbalmente le plantea a la otra la invitación, con mención al objeto de la controversia.

2. *Designación de los conciliadores*

— Será uno salvo que las partes acuerden que sean dos o tres.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

3. *Procedimiento.*

— El conciliador solicita a las partes que presenten una exposición por escrito de la controversia. Así como los documentos que estime adecuados.
— Las partes pueden representarse por terceros.
— En cualquier etapa del procedimiento, el conciliador puede formular propuestas para una transacción.

4. *La transacción.*

— El conciliador formula proyecto y lo somete a las partes. Caben observaciones y nuevo proyecto.

Así, se pone fin a la controversia y las partes quedan obligadas a su cumplimiento.
Las partes pueden acordar que los litigios derivados de la transacción deban someterse a arbitraje.

b) Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL.

Fue adoptado por resolución de las Naciones Unidas del 15 de diciembre de 1976.
Se aplica cuando las partes así lo determinan o porque la Institución arbitral al que las partes se someten lo han adoptado.

1. *Composición del tribunal arbitral.*

— Los árbitros pueden ser nombrados por las partes o la Institución Arbitral.
Número: tres; excepcionalmente uno.

2. *Procedimiento.*

— Los árbitros lo dirigen como consideren conveniente.
— Las audiencias se celebran de oficio o a petición de las partes: sean testimonios, peritajes o alegatos orales.
— Lugar del arbitraje: el fijado por las partes, si no, lo fijan los árbitros.

El tribunal puede reunirse donde lo juzgue conveniente. El laudo sí se dicta en el lugar del arbitraje.

— Idioma: lo deciden las partes.
— Demanda.
— Contestación.

El tribunal determina la admisión, pertinencia e importancia de las pruebas. Cabe la prueba pericial y en la audiencia respectiva se puede interrogar a los peritos o examinar los documentos en que se basaron o pedir un nuevo dictamen pericial.

c) Procedimiento en el Código Procesal Civil de Costa Rica.

El compromiso arbitral contiene el procedimiento a seguir. Si no se dice nada se observará el establecido en los arts. 521 al 524 del CPC.

— Constitución del Tribunal
— Pretensiones y Prueba
— Contestaciones a alegaciones
— Etapa de pruebas
— Escrito de conclusiones
— Dictado del laudo

3. *El laudo.*

a) Concepto.

La decisión de los árbitros sobre el litigio o controversia se denomina sentencia o laudo arbitral.

Al igual que en todas las fases del procedimiento el laudo carece de formalidad.

b) Procedimiento para laudar.

De acuerdo al Reglamento modelo de UNCITRAL:

— Decisiones

Se resuelve por mayoría de votos. Caben laudos provisionales o parciales.

— Forma

Por escrito, debiendo exponerse las razones que motivan el laudo, salvo que las partes hayan convenido en que no se dé ninguna razón.

Debe ser firmado por los árbitros. Señalando fecha y lugar.

c) Ejecución de los laudos.

Un porcentaje muy alto de los laudos arbitrales son cumplidos voluntariamente por las partes. Ello es fruto de "cumplir con la palabra" en el medio comercial, la confianza y credibilidad de los árbitros e instituciones arbitrales.

En el caso, de la ejecución de un laudo extranjero, se requiere que el laudo sea mate-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ria de reconocimiento en una jurisdicción determinada para que pueda ejecutarse.

Para que se ejecute el laudo extranjero dependerá de las regulaciones del país donde se solicita su ejecución. Existen diversas formas en que las legislaciones extranjeras tratan las resoluciones extranjeras en su ordenamiento jurídico interno.

En este sentido, hay extremos:

— Países cuya legislación niega la ejecución de toda sentencia extranjera
— Otros requieren de una concesión discrecional por el Jefe de Estado u otra alta autoridad
— O concesión de los propios tribunales
— Es común la reciprocidad basada en lo dispuesto por tratados multilaterales (Nueva York y Panamá) o los que establezcan las leyes del Estado donde se va a ejecutar la sentencia.

d) Convenciones Internacionales y ejecución de laudos extranjeros.

Las Convenciones más importantes que tratan sobre la ejecución de los laudos extranjeros son las siguientes:

1) *Congreso de Montevideo, 1889.*

Como se conoce, se suscribieron 8 tratados y un protocolo adicional. En relación al arbitraje interesa el Tratado sobre Derecho Comercial Internacional, vigente en Argentina, Bolivia, Colombia, Paraguay, Uruguay y Perú.

Los artículos 5, 6 y 7 se refieren al cumplimiento de sentencias y laudos arbitrales. Es decir, se permitió el exequátur de sentencias o laudos arbitrales, tanto en materia civil como comercial.

2) *Protocolo de Ginebra, 1923.*

a) Reconoce la cláusula compromisoria.
b) El procedimiento de arbitraje se rige por la voluntad de las partes.
c) Todo Estado contratante se compromete a asegurar la ejecución de sentencias arbitrales.

3) *Convención sobre ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, Ginebra, 1927.*

Establece requisitos para otorgar el exequátur de sentencias arbitrales extranjeras.

4) *Código de Derecho Internacional Privado, Código Bustamante.*

Establece el procedimiento para la ejecución de sentencias dictadas por tribunales extranjeros. Las condiciones se fijan en el artículo 423. La ejecución de la sentencia reconocida se hará por los trámites de la ley del juez o tribunal respectivo. Los requisitos coinciden con el Tratado de Montevideo.

5) *Sétima Conferencia Internacional Americana, 1933.*

Recomendó constituir una agencia internacional destinada a representar los intereses comerciales de todas las repúblicas y a asumir la responsabilidad de implantar un sistema de arbitraje. En base a ello el Consejo Directivo de la Unión Panamericana creó, en 1934, la CIAC.

6) *Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo, 1940.*

En sus artículos 5, 6 y 7 contienen normas sobre ejecución de las sentencias y laudos extranjeros. Sigue los mismos principios que el Tratado de 1889.

7) *Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras de Nueva York, 1958.*

Origen. Tuvo su origen en un proyecto propuesto por la Cámara de Comercio Internacional (CCI) al Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC).

Países ratificantes. Ha sido ratificada por más de 50 países entre ellos nueve (9) del Sistema Interamericano: Colombia, Cuba, Chile, Ecuador, Estados Unidos, Guatemala, México y Trinidad y Tobago. España la ratificó también, hace ya algún tiempo. Aparece suscrita, además, por Argentina, Costa Rica, El Salvador y últimamente por el Perú.

Acuerdo Arbitral. A pesar de que la Convención se refiere al reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, su

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

artículo 2º trata, también, del Acuerdo Arbitral. En efecto, dicho artículo 2º dispone en su inciso primero que: "Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obligan a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas deficiencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que puede ser resuelto por arbitraje. El inciso segundo del mismo artículo agrega: "La expresión "acuerdo por escrito" denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o compromiso firmado por las partes o contenidas en un canje de cartas o telegramas".

Ámbito de aplicación (art. 1). El inciso primero del artículo 1º se refiere a las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquél en que se pide el reconocimiento y ejecución y que tengan su origen en diferencias entre personas naturales y jurídicas.

Su inciso segundo reconoce, también, las sentencias dictadas por Órganos Permanentes (Corte de Arbitraje, CCI, CIAC, etc.).

Importancia de la Convención de Nueva York de 1958. A diferencia de la Convención de Ginebra de 1927, en la que la parte que solicitaba la Ejecución debía probar que se habían reunido las condiciones para el reconocimiento, aquí se adopta un criterio más objetivo, expedito y ágil, pues se parte de la base de presumir la fuerza obligatoria del Laudo, dejando la "carga de la prueba" de cualquier impugnación a la parte contra la cual se invoca la sentencia.

En la Convención de Nueva York de 1958 no hay ninguna contradicción con la normativa del Código Procesal Civil de Costa Rica. En todo caso, el Código establece un mínimo de requisitos que se complementan con la Convención de Nueva York.

8) Convención interamericana sobre arbitraje comercial internacional de Panamá, 1975.

Origen. Tuvo su origen en el Comité Jurídico interamericano de la Organización de Estados Americanos (OEA).

Países ratificantes. Ha sido ratificada por nueve (9) países latinoamericanos, a saber: Costa Rica, Honduras, México, Chile, Panamá, Uruguay, Paraguay y El Salvador. Fue suscrita, también, por Brasil, Colombia, Ecuador, Estados Unidos, Guatemala, Nicaragua, Venezuela y recientemente por el Perú.

Acuerdo Arbitral (art. 1º). La Convención reconoce la validez de la "Cláusula compromisoria" y del "Compromiso" en los negocios internacionales de naturaleza comercial. El acuerdo respectivo deberá constar en el escrito firmado por las partes o en el canje de cartas, telegramas o comunicaciones por télex.

Procedimiento arbitral (art. 3º). Se rige por el acuerdo expresado de las partes. A falta de este acuerdo expreso, el arbitraje se llevará a cabo conforme a las reglas de procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC).

Fuerza del Laudo como sentencia judicial ejecutoriada (art. 4º). La Convención de Panamá va más lejos que contra convenciones sobre la materia, pues el reconocimiento y ejecución del Laudo pueden exigirse en la misma forma que las sentencias dictadas por tribunales ordinarios del país en ejecución.

En la medida que Costa Rica ha ratificado las Convenciones de Nueva York y de Panamá se ha posibilitado la ejecución de los laudos extranjeros, más aún teniendo en cuenta la cantidad de países que del mundo y de América Latina en particular, han ratificado ambas convenciones.

e) Ejecución del laudo extranjero en Costa Rica.

Conforme al Código Procesal Civil, el órgano competente para la ejecución del laudo extranjero es la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

Para que el laudo surta efectos debe reunir los siguientes requisitos (art. 705):

1) Que el laudo esté autenticado.
2) Que el demandado hubiere sido emplazado, representado o declarado rebelde, según la ley del país de origen y que hubiere sido notificado del laudo.

3) Que la pretensión invocada no sea de competencia exclusiva de tribunales costarricenses.

4) Que no exista en Costa Rica proceso en trámite, ni sentencia ejecutoriada, por tribunal de Costa Rica que produzca Cosa Juzgada.

5) Que sea ejecutoria en el país de origen. Es decir, que contra el laudo no quepan ulteriores recursos en el país donde se dictó.

6) Que no sea contrario al orden público.

IV. INTERVENCIÓN DEL PODER JUDICIAL Y LA LEY MODELO DE UNCITRAL

4.1. La Ley Modelo de UNCITRAL.

a) Orígenes.

— En 1977 el Comité Consultivo Asiático Africano manifestó su inconformidad por problemas con la Convención de Nueva York: excesivo control judicial y lato procedimiento de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros.

— Se celebró en París una reunión de dicho Comité con UNCITRAL, y la CCI, donde en lugar de modificar la Convención de Nueva York se consideró preferible la redacción de una ley modelo o uniforme.

— UNCITRAL se avocó a su elaboración sobre la base del Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL y la Convención de Nueva York.

— Finalmente se adoptó el 21 de junio de 1985, con la presencia de 61 países y 18 organizaciones internacionales. El 11 de diciembre de 1985 la ONU reconoció su importancia y solicitó su difusión y consideración por Estados miembros.

b) Principios que rigen la ley modelo.

— La autonomía de la voluntad. Se le da total amplitud al acuerdo de las partes. El arbitraje asume así el papel de "procedimiento consensual de solución de controversias".

— Sin embargo se promueve se respeten los intereses del Estado con los principios de equidad y de debido proceso.

c) Objetivos de la ley modelo.

— Limitar la intervención del los tribunales nacionales, de modo que coadyuven en el desarrollo del arbitraje, sin obstaculizarlo.

— Dar efectividad al principio de autonomía de la voluntad de las partes, permitiendo que sean ellas las que determinen cómo resolver sus controversias. Y de este modo se sustraen de la leyes nacionales.

— Proveer un marco para el desarrollo del arbitraje de modo que, si las partes no llegan a un acuerdo sea posible, no obstante, seguir adelante. En estos casos la decisión corresponde a los árbitros, lo cual garantiza la aplicación de normas adecuadas al arbitraje en vez de las vigentes en el lugar del arbitraje.

d) Aproximación general.

La configuración del texto como una ley modelo no es arbitraria, Tal estructuración intenta consistir en sí misma un instrumento de "expansión" de los principios recogidos en la ley.

El texto de UNCITRAL descansa sobre la consideración de la voluntad de las partes como el elemento motor en el arbitraje comercial internacional. El texto les reconoce una amplia libertad a la hora de diseñar el marco dentro del cual se va a desarrollar el mismo: las partes pueden concretar la composición del tribunal arbitral y determinar el proceso para el nombramiento e impugnación de árbitros, siendo libres de elegir las normas procesales y sustantivas de acuerdo a las cuales va a realizarse el arbitraje.

Esta libertad, sin embargo, no es absoluta. La ley admite dicho principio como la regla general, pero junto a ella recoge una serie de excepciones al mismo. Así, la ley modelo incorpora un conjunto de normas de carácter imperativo destinadas a garantizar unos mínimos de

BIBLIOTECA
II CIRCUITO
JUDICIAL
SAN JOSE
DIRECCION EFECTIVA

equidad y justicia a lo largo de todo el procedimiento.

De allí que se recomiende que en Costa Rica se considere la posibilidad de modificar el actual Código Procesal Civil sobre la base de la Ley Modelo como lo han hecho entre otros países, Canadá, Escocia, Australia, varios Estados de los Estados Unidos y recientemente el Perú.

4.2. Intervención del Poder Judicial.

a) Situación en América Latina.

En todos los países de América Latina, salvo Colombia, el proceso arbitral de una u otra manera pasa por la instancia de la justicia ordinaria.

El principal parámetro que toman las legislaciones es de que la justicia ordinaria decida todos aquellos asuntos que no son definidos por las partes como el nombramiento de árbitros (excepto Ecuador y Brasil) y la determinación de aquellos asuntos del compromiso en que las partes no lograron un acuerdo y que la ley de manera supletoria no solucione.

En Colombia, como un fenómeno atípico, esta intervención judicial está temporalmente eliminada y todos los aspectos en los cuales debería intervenir un juez y que están claramente determinados en el cuadro comparativo fueron delegados al Directorio del Centro de Arbitraje que de esta manera tiene un mayor campo para desarrollar su asesoría en esta materia y facilitar por la experiencia que tiene en este asunto un más ágil desarrollo del proceso arbitral en aquellas instancias en que por razones eminentemente operativas no pueden intervenir los árbitros.

b) Las necesarias interferencias entre las actividades arbitrales y judiciales y la ley modelo de UNCITRAL.

Sea cual fuere la posición que se tenga en torno a la más o menos estrecha dependencia del árbitro respecto del juez en el cumplimiento de su actividad, hay zonas en las cuales tiene necesariamente que haber ciertas interferencias. No puede olvidarse que la esencia del arbitraje es dirimir conflictos y que en consecuencia el laudo arbitral tiene que tener una necesaria eficacia vinculante, respaldado con una serie de sanciones para quien lo incumpla.

Los puntos de intersección más importantes entre las trayectorias arbitral y judicial son los siguientes:

1) Valor de la cláusula arbitral.

Cuando las partes de un contrato convienen en una de sus cláusulas que las diferencias que puedan surgir en la interpretación o ejecución de un contrato sean sometidas al arbitraje de una persona o al celebrado en el marco de una institución, se comprometen a estar y pasar por lo que se determine en dicha decisión. Para las partes del contrato surge la obligación de colaborar en el procedimiento arbitral; a los árbitros o a la institución arbitral se efectúa una verdadera oferta contractual, cuya aceptación genera responsabilidades; frente a la jurisdicción ordinaria surge una causa de excepción que impide que los jueces conozcan de litigios derivados de dicho contrato, por ser su decisión de la competencia arbitral.

Ahora bien, el problema adquiere especial vigencia en el momento en el cual las partes del contrato incumplen su acuerdo arbitral, obstruyendo el desarrollo del procedimiento de arbitraje o bien solicitando del juez determinadas pretensiones que según lo pactado competen al árbitro. La intervención judicial en este punto es verdadera garantía del arbitraje; el juez, colaborando con la parte que desea acudir al arbitraje conforme a lo pactado, no hace sino restablecer la voluntad contractual, designando qué árbitro o institución administrará el arbitraje, delimitando los puntos sometidos a arbitraje, señalando los plazos del procedimiento arbitral, etc. Y esta intervención judicial es importante para la vida del arbitraje ya que existen ordenamientos jurídicos —especialmente los que tienen sus orígenes en el derecho tradicional español— para quienes el incumplimiento de la cláusula arbitral no genera sino responsabilidad por daños y perjuicios. Es decir, para estos ordenamientos jurídicos no cabe el arbitraje, sino cuando las partes se hayan sometido de manera expresa y formal a

la decisión de un tribunal arbitral en una concreta y determinada contienda.

El hecho de que las partes de un contrato puedan acudir al juez, no para pedir daños y perjuicios, sino para que ponga en marcha el procedimiento arbitral conforme a lo pactado, es la mejor garantía del propio arbitraje.

2) Medidas provisionales y cooperación judicial.

En el tema de medidas provisionales y, en general, respecto a la adopción de decisiones en cierta forma coercitivas, la diferencia entre la postura del juez y del árbitro es clara. La intervención del primero en la contienda deriva de la fuerza del Estado, mientras que el árbitro se basa en un contrato. Por ello, la garantía de la futura decisión arbitral puede exigir medidas que escapen a las posibilidades del árbitro, quien en consecuencia se ve obligado a solicitar la cooperación judicial.

3) Control judicial de la actividad del árbitro.

Si el juez estatal garantiza el exacto cumplimiento del convenio arbitral, deben articularse los procedimientos a través de los cuales pueda controlar el que la actividad del árbitro coincida con lo deseado por las partes.

Una primera forma de asegurar dicha adecuación del procedimiento arbitral a lo convenido por las partes es a través de la inevitable responsabilidad —contractual y extracontractual— de los árbitros y de las entidades administradoras en el ejercicio de la función encomendada.

Pero puede suceder también que los árbitros, sin incurrir en responsabilidad alguna, se hayan equivocado adoptando una decisión en contra o al margen de lo contractualmente convenido por las partes. Es ahí donde se debe principalmente encuadrar la actividad revisora de los jueces sobre el procedimiento arbitral. En algunos ordenamientos jurídicos dicho control se realiza a la hora de depositar los árbitros el laudo arbitral ante la autoridad judicial, quien antes de dotar de eficacia a la sentencia arbitral comprueba el que efectivamente se ha cumplido el convenio de arbitraje. En otros ordenamientos donde no se da tal importancia al depósito judicial de los laudos la garantía del cumplimiento del convenio en el procedimiento arbitral se centra en la eventual recurribilidad de las sentencias arbitrales ante órganos jurisdiccionales. Una y otra solución deben andar con cuidado para evitar el que la introducción de medidas precautorias de seguridad no impliquen una judicialización del arbitraje: en el primer caso, complicando el control judicial en cada sentencia arbitral; en el segundo, dilatando la obtención de la sentencia definitiva por medio de complicados recursos jurisdiccionales, que a la postre pueden ser de mayor complicación y dilatación que si se pusiera en duda la validez o eficacia de una sentencia judicial.

4) Ejecución forzosa de los laudos arbitrales.

La experiencia se encarga de probar el que la muy inmensa mayoría de los arbitrajes son cumplidos voluntariamente por las partes, que hacen así frente a los compromisos contraídos.

En muchos casos, el prestigio de los árbitros y en su caso de las entidades administradoras del arbitraje son causa eficaz que contribuye al cumplimiento de las decisiones arbitrales. Las medidas que ciertas asociaciones o instituciones arbitrales tienen para dar publicidad a los incumplidores son coacción más que suficiente para quien dudara a la hora de acatar voluntariamente lo establecido por los árbitros, pues de lo contrario el anuncio público de su incumplimiento puede acarrearle perjuicios de difícil reparación; sobre todo, en torno a su credibilidad mercantil dentro del sector en el cual realiza sus actividades.

Pero no cabe duda de que la decisión arbitral es verdadera y definitiva solución, sobre todo porque en el caso de incumplimiento de las partes sería el propio Estado quien se encargaría de la ejecución forzosa. Esta es una actividad inexpropiable de la autoridad judicial, precisamente porque los árbitros llegan hasta donde alcanza la voluntad de las partes; más allá escapa a su competencia y sólo el juez puede forzar a alguien, si fuera necesario en forma coactiva, a cumplir lo establecido en la sentencia arbitral.

5) Eficacia de los laudos arbitrales extranjeros.

Si el laudo arbitral goza de eficacia y eventualmente puede ser ejecutado forzosamente, es lógico que dicha condición le sea atribuida por el Estado dentro de cuya demarcación va a tener eficacia.

De ahí que la soberanía de los Estados respecto a los laudos arbitrales procedentes del extranjero consista precisamente en el establecimiento de un control judicial para comprobar que efectivamente la sentencia arbitral ha sido dictada conforme a la voluntad válida de las partes, sin que a ello se opongan preceptos de orden público dentro del Estado en el cual va a tener lugar la ejecución en su caso forzosa del laudo arbitral.

Si bien resulta indispensable la intervención judicial en los aspectos descritos, mucho depende de la forma de dicha intervención y de qué organismo debe encargarse de tal función. En este sentido la ley modelo de UNCITRAL soluciona esta situación proponiendo un Tribunal ad-hoc.

La ley modelo, en su artículo 5, delimita el posible ámbito de intervención de los Tribunales nacionales en los procedimientos arbitrales. A pesar de su "categórico" enunciado, la norma no está basada en una visión negativa de dicha intervención. Se trata de un precepto "neutral", cuyo objetivo fundamental estriba en otorgar certeza a las distintas partes mediante una especificación de todas aquellas ocasiones en que un Tribunal puede intervenir en un arbitraje.

La norma del artículo 5 tiene su complemento lógico en el número 6. Si el artículo 5 señala que los Tribunales pueden únicamente intervenir en el arbitraje en ciertos supuestos específicos, el 6 concreta los Tribunales o autoridades que van a llevar a cabo tal intervención. El precepto solicita a cada Estado la designación de un Tribunal, clase de Tribunales o autoridad encargada de desarrollar las funciones de asistencia recogidas en el artículo 11, 3); 13 3); 14 y 34 2). Con dicha concreción se intentan alcanzar los beneficios de centralización, aceleración de los procedimientos y especialización.

Aún más, la designación de un único Tribunal puede constituir un importante elemento en la consecución de una cierta uniformización de los criterios para su intervención, siendo a la vez muy importante para que la parte extranjera pueda identificar el Tribunal competente y obtener información sobre el mismo.

c) Establecimiento de un Tribunal Especial de Arbitraje.

El comentado artículo 6 de la ley modelo de UNCITRAL insta a cada Estado a que adopte la ley modelo para designar un tribunal especial que cumplirá determinadas funciones de asistencia y supervisión durante el arbitraje.

La concentración de las funciones relativas al arbitraje en un tribunal determinado ayudará a las partes, en particular a las extranjeras, a ubicar más fácilmente el tribunal competente y a obtener información sobre cualquiera de las características que conciernan a este "tribunal", incluidas sus políticas aprobadas en decisiones anteriores. Se prevé que la especialización de ese tribunal será aún más ventajosa para el funcionamiento del arbitraje comercial internacional.

El tribunal designado no ha de estar necesariamente constituido por el pleno del tribunal o por una sala del mismo. Por ejemplo, tratándose de rapidez y el carácter irrevocable de la decisión sean especialmente convenientes (es decir, artículos 11, 13 y 14), el tribunal designado bien podría estar constituido por el presidente de un tribunal o de una sala. En qué medida se materializará esta otra ventaja prevista dependerá de las disposiciones sobre la organización o procedimiento del tribunal. Se puede confiar esas funciones administrativas incluso a un órgano ajeno a su sistema judicial, por ejemplo, una comisión o institución nacional de arbitraje que tramite asuntos internacionales.

Este tribunal especial podría estar conformado por una Sala Especial del Poder Judicial o por una asociación de instituciones de arbitraje, estableciéndose un reglamento que fije la forma de designarlos, sus atribuciones. En este sentido debiera constituirse una organización autónoma creada por los propios centros de

arbitraje. Qué mejor que los propios gestores y administradores del arbitraje conformen la organización que los agrupe y a su vez establezcan la institución superior encargada de velar por la buena marcha del arbitraje.

Este tribunal especial que se propone podría funcionar igualmente para el arbitraje nacional.

Asimismo, en aras a esta autonomía se considera adicionalmente que debe facultarse a los árbitros a acudir a la autoridad policial para ejecutar sus resoluciones.

Por las razones expuestas, se propone establecer un Tribunal Especial Arbitral que tenga las atribuciones que corresponden al Juez o a la Corte Superior en la mencionada ley. Esta será una forma adecuada de garantizar una ejecución pronta de los laudos arbitrales y además de facilitar y promover el uso del arbitraje.

V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1. El arbitraje comercial internacional constituye una alternativa ampliamente aceptada por los comerciantes, gobiernos, organismos intergubernamentales y organizaciones de arbitraje de todo el mundo. Si bien en la mayoría de los casos las partes en litigio cumplen voluntariamente los acuerdos de arbitraje y acatan los laudos, cuando no ocurre así, es obvio que es necesario el respaldo de los sistemas jurídicos nacionales. De ahí la gran importancia que poseen las relaciones entre el arbitraje y los tribunales.
2. Los procedimientos de arbitraje que utilizan los centros de arbitraje comercial internacional se basan en el Reglamento de Arbitraje y en el Reglamento de Conciliación de UNCITRAL, que precisamente fueron aprobados por las Naciones Unidas para su uso como modelo por las instituciones que administran arbitraje.
3. El arbitraje administrado se ha desarrollado por la seguridad, flexibilidad y celeridad que ofrece, habiéndose instalado más de 70 centros especializados y generales en el mundo, tales como la Corte Española de Arbitraje, la Cámara Internacional de Comercio, la Asociación Americana de Arbitraje y la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial.
4. Los litigios que se someten a arbitraje son de lo más variados, tanto por el tipo de contratos (compraventa, seguros, transporte internacional, préstamos, crédito documentario, etc.), como por su naturaleza y cuantía.
5. El éxito del arbitraje se centra en el factor tiempo, la necesidad de que los conflictos sean resueltos por expertos, la libertad y confidencialidad en el proceso, su carácter desnacionalizado y en las ventajas de neutralidad y eficacia que ofrecen los centros de arbitraje.
6. En algunos medios jurídicos existe una cierta resistencia o desconfianza con el arbitraje que, parece, deriva del celo con que los magistrados de carrera, sustentan su propia jurisdicción como única, firme y verdadera y por la deficiente formación de profesionales del derecho en lo que concierne al arbitraje, por lo que resulta indispensable una amplia divulgación y capacitación, tanto en las universidades como en el Poder Judicial y en la propia comunidad con el objeto de que el arbitraje sea conocido y aprovechado.
7. El Código Procesal Civil de Costa Rica debiera recoger casi el articulado de la ley modelo de UNCITRAL, por lo que facilitará el funcionamiento del arbitraje comercial administrado.
8. El Código Procesal Civil requiere de una modificación fundamental a fin de incorporar una norma por la que se establezca un Tribunal Especial de Arbitraje que asuma las funciones que en dicha ley se asigna al juez o a la Corte Superior. De esta forma se garantizará una total independencia y sobre todo, una pronta y eficaz ejecución

de los laudos, así como mayor credibilidad en esta fórmula de solución de conflictos.

9. Siendo Costa Rica suscriptor de la Convención de Nueva York y de la Convención de Panamá sobre ejecución de laudos extranjeros, garantiza y facilita el funcionamiento del arbitraje, como alternativa para la solución de conflictos derivados de contratos internacionales.
10. Resulta fundamental se promueva la instalación en Costa Rica de un Centro de Arbitraje Comercial Internacional que se sustente en los Reglamentos de Conciliación y Arbitraje de UNCITRAL.

* * *

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

EL DERECHO A MORIR CON DIGNIDAD Y EL TESTAMENTO VITAL

DR. PEDRO F. SILVA-RUIZ
Catedrático de Derecho, Universidad de Puerto Rico. (C) PFSR, 1992.

SUMARIO

Pág.

I. Introducción 38

II. El caso *Cruzan* en el Tribunal de Primera Instancia del Estado de Missouri 38

III. El caso *Cruzan* ante el Tribunal Supremo del Estado de Missouri 40

IV. El caso *Cruzan* ante el Tribunal Supremo de los Estados Unidos. Se reconoció a un adulto capaz el derecho constitucional —bajo el "derecho a la libertad" y no como "derecho a la intimidad"— a rehusar recibir o suspender tratamiento médico 42

V. El caso *Cruzan*, nuevamente ante el Tribunal de Primera Instancia estatal 43

VI. La eutanasia 44

VII. El derecho a morir con dignidad o a una muerte digna 45

VIII. El "testamento vital" ("living will") 46

IX. Conclusiones 47

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

I. INTRODUCCIÓN

1. Este ensayo versa sobre el denominado "derecho a morir con dignidad". Estudia el renombrado caso de Nancy Cruzan y el testamento vital, con algunas notas sobre otros aspectos íntimamente relacionados.

II. EL CASO CRUZAN ANTE EL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA DEL ESTADO DE MISSOURI

2. La sentencia recaída en el Tribunal de Instancia aparece reproducida *ad verbatim* en una de las opiniones disidentes emitidas en la decisión del caso a nivel del Tribunal Supremo del Estado de Missouri.[1]

3. Los hechos más relevantes son los siguientes: el día 11 de enero de 1983, a las 12.50 de la medianoche, Cruzan conducía sola, esto es, sin acompañantes, un vehículo de motor. Informada la patrulla estatal de caminos, a las 12.54 de la mañana, de un accidente automovilístico, llegó al lugar de los hechos unos minutos más tarde (1.00 a.m.). Allí encontró a la peticionaria, Cruzan, en una zanja, boca abajo, a 35 pies (aproximadamente 3 metros) de su auto, el cual se encontraba volcado. Ella no respiraba.

A la 1.12 a.m. aproximadamente, Cruzan comenzó a respirar nuevamente. Su hipoxia[2] se estimó entre 6 a 20 minutos, con una duración probable entre los 12 a 14 minutos. El tribunal concluyó que menos de seis minutos es, quizás, el máximo período de tiempo durante el cual puede privarse, de oxígeno, al cerebro sin causarle algún daño permanente.

La paciente, ya que fue intervenida quirúrgicamente, estuvo en coma varias semanas, luego estuvo inconsciente, estado que nunca superó.

El 1 de febrero de 1983, con el consentimiento de su entonces esposo, pues se divorciaron luego del accidente, se le practicó una gastrostomía,[3] que ha sido su única vía para la nutrición e hidratación.

A los treinta años de edad, a la paciente se le considera una cuadraplégica espástica.[4] Su cerebro continúa degenerándose. Además, mantiene una actitud pasiva,[5] con la excepción de que responde a estímulos reflexivos al ruido y al dolor. No hay esperanzas de mejoría de la paciente, así como tampoco de su restablecimiento. En otras palabras, su estado es vegetativo; no está muerta, pero tampoco es paciente en condición terminal. Podría continuar

---

1. Nancy Beth Cruzan, et al. v. Harmon, et al., 760 S.W. 408, 430-34 (Mo. 1988). Puede verse, además, las págs. 410-12 para un resumen de los hechos. La decisión del tribunal inferior es del 27 de julio de 1988.

2. El texto en inglés dice "anoxia". El Diccionario de la Lengua Española, vigésima edición, 1984, t. 1, al definir "anoxia" dice: "f. *Med.* hipoxia". En el t. II, misma edición y año, "hipoxia" se define como el "Estado que presenta un organismo viviente sometido a un régimen respiratorio con déficit de oxígeno".

3. "Gastrostomy feeding tube" dice el texto en inglés. "Gastrostomy" es gastrostomía o incisión o abertura en el vientre o estómago, colocando un tubo para introducir alimento o nutriente y agua o líquido.

4. "Spastic quadriplegic" es el texto en inglés.

5. "Oblivious" dice el texto en inglés, que significa "abstraído", "absorto", "desmemorizado" y "olvidadizo".

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

¿viviendo?, existiendo, sin reestablecerse, por muchos años.[6]

4. Es conveniente señalar que los altos y prolongados costos de hospitalización y cuidado de Cruzan son satisfechos por el Estado de Missouri. No hay terceras personas inocentes —como hijos que quedarían huérfanos— o bienes cuantiosos que distribuir en herencia.

5. Es de rigor significar que cuando Cruzan tenía veinticinco años de edad, en una conversación con una amiga expresó que, si se enfermaba o lesionaba, no quisiera continuar viviendo, a menos que pudiera hacerlo con normalidad media. El tribunal determinó un deseo de Cruzan de no continuar siendo alimentada (a través del tubo de gastrostomía, como quedó dicho).

6. Así las cosas, los tutores nombrados —tanto los padres de Cruzan como uno particular para el caso—[7] solicitaron del hospital, donde estaba recluida la paciente, que cesaran de alimentarla e hidratarla a través del tubo de gastrostomía. El establecimiento sanitario se negó a ello, en ausencia de orden judicial al efecto. Los tutores radicaron una sentencia declaratoria.[8]

7. Ante la descrita situación de hechos, el tribunal declaró que "la ley de este Estado y la política pública, legislativamente declarada, prohíben suspender o retirar la nutrición o la hidratación de una persona, como procedimiento que alarga la vida, impidiendo la muerte. Los procedimientos que alargan la vida e impiden la muerte tan sólo pueden suspenderse si no hay terceros inocentes que requieran la protección del Estado... Nuestra ley reconoce el derecho de un individuo de rehusar tratamiento médico y ordenar al médico suspender o retirar tratamiento posterior".[9]

8. Resolvió "Hay un fundamental derecho natural, expresado en nuestra Constitución como 'derecho a la libertad', que permite al individuo rehusar, ordenar, suspender o retirar, procedimientos que, artificialmente, prolonguen la muerte cuando la persona carece de funciones cerebrales cognoscitivas, como la peticionaria, y los médicos están de acuerdo en que no hay esperanza de recuperación o restablecimiento, y, entretanto, el cerebro continúa deteriorándose, con las correspondientes consecuencias para todo el cuerpo. En la medida que la legislación o la política pública [estatal] prohíbe suspender o retirar la nutrición e hidratación bajo cualquier circunstancia, arbitrariamente y sin excepción alguna, constituye una violación de los derechos constitucionales de la peticionaria al privarle de su libertad sin debido proceso de ley. Resolver lo contrario, esto es, que el tratamiento médico una vez iniciado ha de continuar, irrespectivo de su éxito o beneficio para el paciente, entrega, efectivamente, el cuerpo del paciente a la ciencia médica sin su consentimiento."[10]

En consecuencia, el tribunal ordenó al Estado a suspender o retirar la nutrición e hidratación de Cruzan.

---

6. "Persistent vegetative state, who is neither dead nor terminally ill" dice el texto en inglés. En otro lugar indica: "unresponsive to her environment and without hope of further recovery".

7. "Guardian *ad litem*".

8. A título de ejemplo, en Puerto Rico la sentencia declaratoria "provee al ciudadano un mecanismo procesal de carácter remedial o profiláctico mediante el cual pueda anticiparse a dilucidar ante los tribunales los méritos de cualquier reclamación que en forma patente entrañe un peligro potencial en su contra". *Charana v. Pueblo*, 109 DPR 641, 653 (1980). En un caso anterior, que es citado, se señala que la sentencia declaratoria "concede la oportunidad de *anticipar* el ejercicio futuro de determinadas causas de acción mediante una *declaración previa de derechos. Se trata precisamente de un remedio anterior al ejercicio efectivo de una causa de acción convencional*". p. 654, (subrayado nuestro).
En el *Black's Law Dictionary* (4 ed., West Publishing Co., 1991) se define la "sentencia declaratoria (Declaratory Judgment) como "una que sencillamente declara los derechos de las partes o expresa la opinión del tribunal en una cuestión de derecho, pero sin emitir orden alguna".

9. Supra nota 1, a la p. 433 (traducción nuestra).

10. Supra nota 1, a la p. 434 (traducción liberal nuestra) (citas omitidas).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

III. EL CASO CRUZAN ANTE EL TRIBUNAL SUPREMO DEL ESTADO DE MISSOURI

9. La cuestión a resolver, conforme textualmente formulada por el propio tribunal, es si "¿Puede un tutor ordenar le sea suspendida, a su pupilo, en estado vegetativo persistente y continuo, que no está muerto ni enfermo con condición terminal, toda alimentación e hidratación?".[11]

10. Revocó, por voto mayoritario, al tribunal inferior, al entender que el estado de derecho es diferente al resuelto.

11. A juicio del más alto foro judicial estatal "Este no es un caso en el cual se nos pide dejar morir a alguien. Nancy no está muerta. Tampoco es una enferma con condición terminal. Este es un caso en el cual se nos solicita accedamos a que la profesión médica haga que Nancy muera/fallezca de hambre y deshidratación. El debate es, pues, no entre la vida y la muerte, sino entre la calidad de vida y la muerte".[12]

12. En la opinión emitida hay una exposición sobre la doctrina jurisprudencial en otros Estados. Conocido es que un Estado de la unión norteamericana puede considerar el estado de derecho sobre una materia en otro Estado, con carácter persuasivo, esto es, sin que le vincule.[13] Veamos algunas de esas otras decisiones de otros Estados norteamericanos:

a. El caso de mayor impacto es del Estado de Nueva Jersey: *In re Quinlan.*[14] Quinlan sufrió agudo daño cerebral como resultado de una hipoxia. El diagnóstico médico fue de enfermedad terminal, en estado vegetativo persistente, del cual no había posibilidad de recuperación. Un respirador mecánico le ayudaba a respirar; a través de un tubo gástrico se le nutría alimentos. El padre de Quinlan solicitó al tribunal autorización para desconectar el respirador, estimando que la muerte sería rápida. Ella vivió nueve años luego de que se desconectara el respirador.

El Tribunal Supremo de Nueva Jersey dictaminó un derecho, fundamentado en el derecho a la intimidad, de la paciente a terminar con su vida, debido a su "existencia vegetativa, no cognoscitiva". Sobre el balance que hay que mantener entre el derecho a la intimidad del individuo y el interés estatal en la protección de la vida, se manifestó diciendo: "Pensamos que el interés estatal se debilita y el derecho de intimidad individual se robustece en la medida que la invasión del cuerpo humano aumenta y el diagnóstico (sobre la posibilidad de vida cognoscitiva) se torna confuso o debilita".[15]

En consideración a que la paciente no podía ejercer por sí misma el derecho a solicitar se le desconectara de los aparatos mecánicos que le permitían continuar viviendo, por lo que fue su padre quien invocó el derecho, dice el tribunal: "La única manera práctica de prevenir que se le destruya su derecho, es admitiendo que su tutor y familia ejerzan su mejor criterio... tal y como ella lo hubiese ejercido en las mismas circunstancias. Concluimos que el derecho a la intimidad de Karen puede hacer-

---

11. Supra nota 1, a las págs. 410 y 422. El tribunal significa, además, que "no resolvemos ningún planteamiento sobre la autoridad de personas capaces de ordenar se descontinúe el tratamiento para mantener la vida ante el hecho de enfermedad de carácter terminal. Nuestra atención está expresamente delimitada a aquellas instancias en las cuales una persona que recibe tratamiento para mantener la vida no es capaz de tomar una decisión" (p. 424).

12. Supra nota 1, a la p. 412.

13. Hay áreas del llamado derecho norteamericano que son de la competencia estatal y no de la federación. Por esto, el derecho de un estado puede ser diferente al de otro estado, en aquellas materias de la competencia estatal.

14. 355 A. 2d 647 (1976), *cert. denied,* 429 U.S. 922, 97 S. Ct. 319, 50 L. Ed. 2d 289 (1976). Al caso *Quinlan* se le llama "seminal case" o caso semillero, pues "crea" derecho, e inicia toda una nueva tendencia en una particular área del derecho.

15. Supra nota 1, a la p. 413 (traducción nuestra) (citas omitidas). Los hechos del caso se traducen de la exposición en la misma página.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

se valer, en su beneficio, por su tutor y familia, bajo las circunstancias del presente caso".[16]

b. *Superintendent of Belchertown State School v. Saikewicz,*[17] es un caso del estado de Massachusetts. Se trataba de un retardado mental que sufría de leucemia y necesitaba de tratamiento de quimioterapia, pero era incapaz de dar consentimiento informado para su tratamiento. El tribunal reconoció un derecho a rehusarse a recibir tratamiento médico, que extendió a incapaces. Dado que el demandado era incapaz, el tribunal adoptó la norma del consentimiento sustituto ("substituted judgment standard") para determinar si una persona, capaz, hubiese decidido someterse a la quimioterapia. Concluyó que Saikewicz hubiese decidido, de haber sido capaz, no continuar con el tratamiento.

El tribunal llegó a la conclusión de que el derecho constitucional protegía la decisión de un paciente para rehusar someterse a un particular tratamiento. No obstante, evitó expresarse sobre las consideraciones en torno a la calidad de vida del caso *Quinlan.* Por el contrario, determinó que la naturaleza extraordinaria del tratamiento conlleva una intromisión masiva en la intimidad de una persona que justifica su decisión de rehusar someterse al mismo.[18]

c. Por el contrario, en el Estado de Nueva York los tribunales consideraron innecesario recurrir a derechos constitucionales para fundamentar decisiones declarando que un paciente o individuo puede rehusar someterse o continuar determinado tratamiento médico. En el caso *In re Storar,*[19] se rechazó la norma del consentimiento sustituto.

En resumen: en el derecho estatal norteamericano el fundamento jurídico para el reconocimiento del derecho de un paciente/individuo para rehusar someterse o continuar sometiéndose a tratamiento médico no es único, pues fluye desde el derecho constitucional a la intimidad hasta el ancestral *common law,* que permitía negarse a recibir tratamiento médico.

Es conveniente significar que los casos precedentemente reseñados se referían a pacientes en condición terminal. Mas otros casos, resueltos en fechas posteriores, extendieron a pacientes en condiciones no terminales, los mismos derechos.[20]

13. El tribunal reconoce que el paciente ha de dar consentimiento informado[21] al tratamiento al cual quiere sometérsele.

14. Más, contrario al tribunal de Nueva Jersey, en el caso *Quinlan,* resuelve que no hay un derecho a la intimidad, de carácter absoluto, en que pueda descansar el derecho de una persona a rehusar tratamiento médico. Igualmente indica que hay un interés por parte del Estado en proteger la vida de sus ciudadanos. En el caso de *Cruzan,* como no es una paciente con condición terminal, su muerte es inminente tan sólo si no se le provee agua y alimentos. En el deseado balance entre el interés estatal de preservar la vida y el derecho del individuo a rehusar tratamiento, en este caso

16. Ibídem.

17. 373 Mass. 738, 370 N.E. 2d 417 (1977). La exposición del caso sigue el resumen que se hace en el caso *Cruzan.*

18. Supra nota 1, a la p. 414. Traducimos del resumen que se hace en *Cruzan.*

19. N.Y. 2d 363, 420 N.E. 2d 64 (1981), citado en nota 1, supra a la p. 414.

20. Supra nota 1, a las pp. 414-15. Ver *In re Conroy,* 98 N.J. 321, 486 A. 2d 1209 (1985); *Bouvia v. Superior Court,* 179 Cal. App. 3d 1127, 225 Cal. Rptr. 297 (1986).

21. Los tres requisitos para un consentimiento informado son los siguientes: (1) el paciente ha de ser capaz para razonar y tomar decisiones; (2) la decisión ha de ser voluntaria y tomada sin vicio del consentimiento y (3) el paciente ha de tener un claro entendimiento de los riesgos y beneficios de las propuestas alternativas para su tratamiento o no tratamiento, conjuntamente con una cabal comprensión de la naturaleza de la enfermedad y la prognosis. Supra nota 1, p. 417 (traducción liberal nuestra).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

prevalece el del primero, esto es, el del Estado.[22]

15. El más alto foro judicial estatal también concluye que las manifestaciones de *Cruzan* de que, en la eventualidad de una enfermedad o lesión que le incapacitara, prefería no continuar viviendo, a menos que pudiera hacerlo con mediana normalidad, de donde se desprendería una decisión de descontinuar con tratamiento médico que le mantuviera o prolongara la vida, no cumplen con los requisitos del "testamento vital".[23]

IV. EL CASO CRUZAN ANTE EL TRIBUNAL SUPREMO DE LOS ESTADOS UNIDOS[24]

16. La opinión indica que el Tribunal Supremo del Estado de Missouri decidió que por no existir evidencia clara y convincente del deseo de *Cruzan* de que se suspendiera tratamiento médico que le permitiera continuar con vida, sus padres —tutores— carecían de autoridad para solicitar se descontinuara el mismo. Se confirmó la sentencia recurrida.

17. El más alto foro judicial de los Estados Unidos expidió *certiorari*,[25] con el único y exclusivo propósito de resolver si *Cruzan* tiene un derecho, bajo la Constitución Federal, para ordenar al hospital suspender el tratamiento médico que le mantiene viva.[26]

18. A juicio del tribunal: "la doctrina del consentimiento informado [de un paciente], del *common law*, comprende el derecho de un individuo capaz a rehusar tratamiento médico. Ello se desprende de las constituciones estatales, sus legislaciones o el *common law ancestral*. [Pero] en este Tribunal, el planteamiento es, sencilla y llanamente, si la Constitución de los Estados Unidos prohíbe a Missouri la elección de la norma escogida. Este es el primer caso en el cual se nos ha sometido directamente la cuestión de si la Constitución de los Estados Unidos concede lo que en el lenguaje común, se conoce/se refiere como 'el derecho a morir'."[27]

19. Concluyó que el Estado de Missouri podía utilizar el criterio de requerir evidencia, clara y convincente, de cuál hubiese sido el deseo o decisión de un paciente, al juzgar la solicitud de un tutor para que se descontinúe la alimentación e hidratación de su pupilo, el paciente incapaz, en persistente y continuo estado vegetativo.

Así, la evidencia que tuvo ante sí el tribunal de instancia, en el Estado de Missouri, esto es, las declaraciones verbales de Cruzan a una

---

22. Entre otras expresiones del tribunal, pueden significarse las siguientes: "No creemos que su derecho a rehusar tratamiento —proceda ese derecho de uno constitucional a la intimidad o del ancestral *common law* a negarse a recibir tratamiento—, compense/pese más que el evidente interés de mantener la vida que tiene el estado", supra nota 1, p. 424.

23. "Living will" o "testamento vital": es el documento formal mediante el cual una persona capaz rehúsa tratamiento médico que le prolonga la vida, impidiendo la muerte, en la eventualidad de una enfermedad con condición terminal. Supra nota 1, p. 419.

24. *Cruzan v. Director, Missouri Department of Health*, 110 S. Ct. 2841 (1990) (25 de junio de 1990).

25. Auto o recurso privilegiado que expide un tribunal de mayor jerarquía, dirigido a uno de menor jerarquía, ordenándole que le envíe el expediente de un caso con el propósito de revisión. La orden no prejuzga la cuestión en controversia. La decisión del tribunal inferior queda suspendida. Una vez revisado el expediente, puede revocarse la decisión recurrida o anularse el auto expedido, ejecutándose, entonces, la sentencia que había sido recurrida.

26. Supra nota 23, p. 2846.

27. Supra nota 23, p. 2851.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

amiga, no es clara y convincente de su deseo de que le suspendan la alimentación e hidratación, dejándola, pues, morir. Por ello, el tutor no puede pedir, en nombre de su pupila, lo que ella no hubiese solicitado.

Además, el debido proceso de ley no requiere que el Estado acepte el juicio sustituto de un tutor —familiares de la paciente; de hecho, sus padres— en ausencia de evidencia sustancial que sus puntos de vista reflejaban los de la paciente, la pupila.[28]

20. El tribunal señala que la doctrina del consentimiento informado —de un paciente para su tratamiento médico— está firmemente enraizada en el derecho norteamericano y que un corolario lógico de ella es el derecho a rehusar aquél.

No obstante, el tribunal no hace extensivo a los incapaces el derecho a rehusar tratamiento.

En el balance que debe existir entre el derecho de un incapaz a rehusar tratamiento médico y el interés estatal por proteger y preservar la vida, el Estado puede requerir prueba, clara y convincente, de la decisión o deseo de un paciente incapacitado.

En resumen: es muy posible que el caso *Cruzan* se recuerde por la negativa a autorizar se suspendiera el tratamiento médico de la paciente. Pero más significativo es que el tribunal reconoció que adultos capaces tienen un derecho constitucional[29] a rehusar tratamiento médico, que comprende la nutrición e hidratación que les mantiene con vida.

V. EL CASO CRUZAN, NUEVAMENTE ANTE EL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA DEL ESTADO DE MISSOURI

21. El 1 de noviembre de 1990 —una vez recaída la decisión del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, que, a su vez, confirmó la emitida por el Tribunal Supremo estatal— los tutores de *Cruzan,* sus padres, volvieron ante el Tribunal de Primera Instancia.[30]

Solicitaron se ordenara retirar el tratamiento médico, esto es, el tubo de gastrostomía, a la paciente.

22. El tribunal determinó, señalando que hay evidencia clara y convincente en el expediente, que: (1) si la paciente fuese capaz, hubiese terminado (u ordenado terminar) su alimentación e hidratación; (2) no hay evidencia sustancial que induzca a creer que la paciente quisiera continuar viviendo en estado inconsciente, alimentada e hidratada por un tubo de gastrostomía, sin esperanza de mejoría, existiendo en lento, pero continuo y progresivo deterioro.

23. En consecuencia, el 14 de diciembre de 1990, autoriza a los peticionarios —los tutores de Cruzan, sus padres— ordenar se remueva/suspenda la alimentación e hidratación de la paciente/pupila. El día 26 del mismo mes, desconectado el tubo que hacía posible su nutrición, ella falleció.

---

28. Supra nota 27, p. 2855.

29. Su fundamento es la cláusula del "debido proceso de ley" de la Decimocuarta Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos (protected liberty interest). Al fundamentar el derecho a rehusar tratamiento en la "libertad", y no en la "intimidad", se evitó elevar el "derecho a morir" a la categoría de "derecho fundamental". ¿Se habrá querido evitar cualquier asociación con el asunto del "derecho al aborto"?
Véase, supra nota 23, a las pp. 2851-3, incluyendo la nota núm. 7 de las de pie de página en la p. 2851.

30. *Cruzan v. Mouton,* In the Circut Court of Jasper County, Missouri, Probate Division at Carthage.

VI. LA EUTANASIA

24. Se distingue entre "eutanasia", "distanasia" y "ortotanasia". Eutanasia es "la acción médica que tiene como consecuencia primera y primaria la supresión de la vida del enfermo próximo a la muerte".[31] Distanasia "significaría la prolongación exagerada del proceso de muerte de un paciente y sería próxima a la de 'encarnizamiento terapéutico'."[32]

Por el contrario, ortotanasia "tiene el sentido de muerte 'a su tiempo', sin abreviaciones tajantes ni prolongaciones desproporcionadas del proceso de morir... La ortotanasia es sensible a algo que debe estar muy presente en la actuación del médico ante un paciente terminal: el interés por humanizar su proceso de muerte, por aliviar sus dolores, por no incurrir en abusivas prolongaciones de su existencia con la aplicación de medios extraordinarios, o, mejor, desproporcionados.[33]

25. Conviene significar que la Congregación para la Doctrina de la Fe, de la Iglesia Católica Romana, en su *Declaración sobre la eutanasia,* emitida en Roma, el 5 de mayo de 1980, con la aprobación del Pontífice Juan Pablo II, entre otros, señaló: "Ante la inminencia de una muerte inevitable, a pesar de los medios empleados, es lícito en conciencia tomar la decisión de renunciar a unos tratamientos que procurarían únicamente una prolongación precaria y penosa de la existencia, sin interrumpir sin embargo las curas normales debidas al enfermo en casos similares. Por esto, el médico no tiene motivo de angustia, como si no hubiera prestado asistencia a una persona en peligro".[34]

26. De lo que podría decirse que "el documento vaticano significa un claro *sí* a lo que bastantes calificamos como *ortotanasia* y que clásicamente ha sido llamada *eutanasia pasiva:* 'Es también lícito interrumpir la aplicación de tales medios (desproporcionados), cuando los resultados defraudan las esperanzas puestas en ellos'."[35]

27. El Concilio de Asuntos Éticos y Judiciales de la poderosa Asociación Médica Americana aprobó, en 1986, una opinión que, en parte, reza:

> Aunque la muerte no sea inminente, pero el estado de coma de un paciente sea, sin duda, irreversible, y se confirme la precisión o exactitud del diagnóstico, concurriendo aquéllos que tienen la responsabilidad del cuidado del paciente, no es inético descontinuar todo tratamiento médico que prolongue/mantenga la vida.
>
> Tratamiento médico que prolonga/mantenga la vida comprende dar medicamento y suplir respiración artificial, nutrir e hidratar [a un paciente]. En el tratamiento de un paciente que sufre de una condición terminal, o está irreversiblemente comatoso, el médico debe determinar si los beneficios del tratamiento compensan su agobio/carga. En todo tiempo, la dignidad del paciente debe mantenerse.[36]

28. Volviendo sobre la eutanasia, Barrenechea, enseña que "Existen varias acepciones... la *genuina,* que consiste en la ayuda a bien

---

31. Javier Gafo, *La eutanasia: el derecho a una muerte humana,* Ediciones Temas de Hoy, Madrid, 1989, p. 63. Este autor no favorece la despenalización de la eutanasia (p. 205).

32. Ibídem, p. 62. El prefijo "dys" tiene el sentido de "acto defectuoso".

33. Ibídem, p. 62. "Orto" significa "correcto".

34. Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe, *Declaración sobre la eutanasia,* Roma, 5 de mayo de 1980, Ediciones Tripode, Caracas, Venezuela, 1980, páginas 10-11.

35. Javier Gafo, *La eutanasia y la Iglesia Católica,* en "La eutanasia y el arte de morir", ed. Javier Gafo, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1990, p. 118.

36. Opinión 2.18 of the Current Opinions of the Council on Ethical and Judicial Affairs, American Medical Association, aprobada en 1986, transcrita en *Cruzan,* supra nota 1, a la p. 423, nota 18 de las de pie de página (traducción nuestra).

morir, paliando los dolores del enfermo, sin acortar la vida que extingue en el transcurso natural de la enfermedad; la *indirecta*, en que la actividad se dirige a paliar los dolores causados por una enfermedad con el efecto secundario de acortar la vida de una persona, con su consentimiento y en el supuesto de una enfermedad de pronóstico infausto, irreversible y doloroso. Por último, la *pasiva* que se concreta en la omisión del empleo, en el supuesto de una enfermedad de pronóstico infausto, de un tratamiento de mantenimiento artificial, extraordinario y no curativo".[37] No hay que olvidarse de la eutanasia "eugenésica, que consiste en la eliminación de los deficientes para evitar la transmisión genética de su deficiencia mental, y la *económica*, que consiste en la eliminación de los que suponen una carga para la sociedad al no reportar utilidad alguna".[38]

29. No es éste el lugar para la consideración penal, incluyendo su despenalización, de la eutanasia.

30. Mas, "existe un movimiento doctrinal que propugna una modificación legal del tratamiento penal de la eutanasia directa, porque los valores que sustentan la responsabilidad penal han sufrido un cambio fundamental... Esta doctrina profundiza en la naturaleza y contenido de los derechos fundamentales, derecho a la vida y derecho a la libertad y dignidad personal, que se contraponen en el problema de la punición de la eutanasia activa. Para esta corriente el derecho a la vida no constituye un derecho público fundamental en las relaciones entre los particulares, sino que su contenido se refiere a la relación entre el Estado y el ciudadano y a la protección de éste frente a aquél. Esta concepción estima que el derecho a la vida no tiene carácter absoluto sino relativo, lo que supone que no existe el deber de vivir y la persona puede ejercer su libertad y decidir acortar su vida. El derecho a la libertad supone el derecho a vivir con dignidad y por ello autoriza al titular, en determinados supuestos, a pedir a un tercero la adopción de las medidas precisas para hacer real su voluntad de morir".[39]

El autor citado concluye diciendo: "El derecho a la libertad tiene, para esta doctrina, un carácter prioritario y superior... lo que exige modificar la regulación de la punición de la eutanasia directa. Se concede total relevancia al consentimiento en casos de enfermedad o padecimiento sin solución, en cuanto afecten a la dignidad y libre desarrollo de su personalidad. Se afirma el mantenimiento de la punición del auxilio ejecutivo, pero se admite que, en supuestos de enfermedad irreversibles o padecimiento fuera de lo normal, la conducta del que acorta la vida del desahuciado a petición de éste, no es contraria al derecho siempre que exista el consentimiento personal del sujeto pasivo, imposible de ser prestado por tercera persona."[40]

VII. EL DERECHO A MORIR CON DIGNIDAD O A UNA MUERTE DIGNA

31. El Consejo de Europa se muestra partidario a regular legalmente la eutanasia, particularmente de los tres aspectos que considera integran la (eutanasia) pasiva, a saber:

37. Juan José Barrenechea, *Aspectos legales de la eutanasia*, en "La eutanasia y el arte de morir", ed. Javier Gafo, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1990, págs. 87-8.

38. Ibídem, p. 88.

39. Ibídem, p. 93.

40. Ibídem, págs. 93-4.

(1) "no comenzar o continuar un tratamiento cuando el enfermo, consciente o explícitamente, lo pida"; (2) "no aplicar medidas excepcionales para prolongar artificialmente la vida de un enfermo irrecuperable"; (3) "y aplicar tratamiento para mitigar el dolor, aunque estos tratamientos, por su naturaleza, acorten la vida."[41]

32. En opinión del precitado autor "El progreso económico y la utilización generalizada de medidas de higiene en las sociedades modernas han llevado a una importante prolongación del promedio de vida. De otra parte, gracias al desarrollo de la técnica, el camino hacia la muerte se recorre hoy más lentamente. En ocasiones, sin embargo, esta técnica moderna puede llevar la prolongación artificial de la vida a estados de crueldad y dramatismo, a causa de lo que ha llegado a calificarse como encarnizamientos terapéuticos, cuyo rechazo social es notorio."[42] A lo que añade: "La opinión general estima preciso que se regulen legislativamente estas situaciones para permitir, en cualquier caso, a quienes lo expresen libre y conscientemente, una muerte natural, específicamente humana, sin la degradación de sufrimientos que para el paciente pueden resultar insoportables."[43]

33. Con todo acierto, el autor precitado significa que "El derecho a una muerte digna supone el de elegir libremente el tratamiento adecuado en determinadas circunstancias. Se trata de un acto voluntario que exige la capacidad necesaria para tomar la decisión correspondiente, tras ser informado. Si a esto se añade que la persona que use de tal derecho debe hallarse en circunstancias de dolor y sufrimiento que le resulten insoportables, nos encontramos ante la más adecuada noción de eutanasia, y de precisión de sus circunstancias, para su reconocimiento como un derecho humano."[44]

34. Finalmente, a juicio del mismo autor "El pilar básico del concepto de eutanasia, en la reivindicación social como derecho humano, es la libre voluntad del enfermo. En este sentido, se viene utilizando en algunos países el llamado "testamento vital" o "disposición de eutanasia", documento en el que la persona expresa su voluntad de no ser sometida, en el caso de enfermedad o daño físico o psíquico grave que cause sufrimiento o incapacite para una existencia racional y autónoma, a tratamientos de prolongación artificial de la vida, solicitando, incluso, que se le administren cuantos fármacos sean necesarios para evitar dolores y sufrimientos, y que se utilicen, con tal objeto, todos los procedimientos disponibles, aunque ello pueda adelantar el momento de la muerte total."[45]

VIII. EL TESTAMENTO VITAL ("LIVING WILL")

35. No cabe duda de que debido a los vertiginosos avances en la tecnología, puede mantenerse, artificialmente —mediante medios extraordinarios o desproporcionados— una vida, posponiendo el momento de la muerte.

36. El "testamento vital" puede ser descrito como una declaración escrita, en previsión de la eventual incapacitación del declarante —estado de coma irreversible, condición terminal— en la cual se ordena, a los familiares y

41. Cesáreo Rodríguez-Aguilera, *El derecho a una muerte digna*, en "La eutanasia y el arte de morir", ed. Javier Gafo, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1990, p. 95.

42. Ibídem, p. 96.

43. Ibídem.

44. Ibídem, p. 105.

45. Ibídem, p. 106.

médicos del futuro paciente, si tratamiento médico extraordinario o desproporcionado debe ser iniciado, continuado o descontinuado.

Dicho de otra manera, el testamento vital es una orden escrita dada por un individuo, mientras se encuentra en el ejercicio de sus facultades mentales, indicativa del tratamiento médico que quisiera recibir en el momento en que, como paciente, se encuentre incapacitado —coma irreversible, condición terminal— para tomar decisiones.

37. En los Estados Unidos se ha preparado una propuesta de legislación uniforme sobre los derechos del enfermo que sufre de una condición terminal.[46]

Cada Estado tiene la facultad de aprobarla o no, con o sin modificaciones.[47]

Esta legislación permite que un paciente que sufre de una condición terminal pueda ordenar —con anterioridad, mientras no padecía de enfermedad que le incapacitara— se suspenda tratamiento médico que le mantenga viviendo. "Condición terminal" significa "una condición incurable e irreversible que, sin el auxilio de tratamiento para mantener la vida, en opinión médica resultará en muerte, en un corto período de tiempo".[48] A su vez, "tratamiento que mantenga la vida" se define como "cualquier procedimiento o intervención médica que, suministrado a un paciente cualificado —aquél que se ha determinado sufre de una condición terminal— tan sólo servirá para prolongar la muerte".[49]

38. En Puerto Rico, legislación propuesta reconocería "el derecho del paciente que sufre de una condición terminal a rechazar tratamiento para prolongarle la vida, /y/ establecer el procedimiento para hacer valer ese derecho."[50] El proyecto no ha sido aprobado por el Poder Legislativo, razón por la cual no lo comentaremos.

Entre los miembros de la clase togada ha estado disponible un ejemplar de testamento vital.[51]

IX. CONCLUSIONES

39. Con el propósito de que un paciente, con condición irreversible, y terminal, pueda hacer respetar su decisión sobre el tratamiento médico a recibir, rehusarse a recibir, continuar o descontinuar, debe expresar su voluntad o deseo mientras disfruta de plena capacidad, utilizando para ello un "testamento vital".

40. Debe aprobarse legislación que reconociendo el derecho del paciente que sufre de una condición terminal a rechazar tratamiento para prolongarle la vida, establezca el procedimiento para hacer valer ese derecho.

---

46. *Uniform Rights of the Terminally Ill Act (1989),* que es una revisión de la propuesta en 1985. Ambas están reproducidas en el *Uniform Laws Annotated,* vol. 9B, 1992 Cummulative Annual Pocket Part (West Publishing Co., St. Paul, Minn.).
Además, puede verse: Society for the Right to Die. *Handbook of Living Will Laws* (1987 edition), 152 págs., donde se reproducen las legislaciones estatales vigentes, en unión a la propuesta de legislación, versión de 1985, señalada en el párrafo anterior.

47. La legislación propuesta en 1985 fue adoptada por Alaska, Arkansas, Iowa, Maine, Missouri, Montana, North Dakota y Oklahoma. Otros estados tenían alguna otra legislación sobre testamento vital ("living will") o "muerte natural" ("Natural Death Acts"), como, entre otros, California, el Distrito de Columbia y Nueva York.

48. Supra nota 46, "Terminal condition" (1985 Act) (1989 Act).

49. Ibídem, "Life-sustaining treatment" (1989 Act).

50. Parte del título del Proyecto de la Cámara de Representantes núm. 922 (P. de la C. 992) (7 de mayo de 1990).

51. Apareció publicado en *Entre colegas,* Pro Bono, Inc., Colegio de Abogados de Puerto Rico, sept.-oct., 1991, p. 9 y se reproduce en Pedro F. Silva-Ruiz, *Derecho de sucesiones,* Butterworth Legal Publishers/Equity Publishing Division, New Hampshire, USA, 1992, p. 801.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

RESPONSABILIDAD TRIBUTARIA DEL PROFESIONAL EN DERECHO EN COSTA RICA

LIC. LUIS E. RODRÍGUEZ PICADO
Presidente del Tribunal Fiscal Administrativo; profesor de Derecho Tributario, UACA.

"...El bien común demanda que los ciudadanos efectúen pagos que se llaman *impuestos*. Tales impuestos se pagan al Estado considerado en forma central y las tasas a las corporaciones municipales por sus servicios.

Los impuestos los pagan los ciudadanos particularmente considerados y las diversas sociedades intermedias.

La Constitución Política estipula que 'los costarricenses deben... contribuir para los gastos públicos...' ...También mediante impuestos el Estado trata —en lo que se llama política económica— de orientar en la dirección deseada la vida económica, —sin echar a perder las cosas—, haciendo que tribute más quien más tiene y menos quien poco tiene..."

"...Un régimen justo de impuestos debe hacer que cada uno de los que tiene que pagar pague y que ninguno de éstos se quede sin pagar.

Un régimen de impuestos bien establecido obliga en conciencia, de manera que hay que dar entrada en la vida consciente al deber de tributar y hay que saber que se actúa moralmente mal si no se cumple con el pago respectivo..."

"...Costarricense ¿cumples tu obligación de contribuir para los gastos públicos?".(1)

Vamos a analizar a continuación, la responsabilidad tributaria ante el Estado, del profesional en Derecho en Costa Rica, en su carácter de abogado y notario público, en el ejercicio liberal de su profesión; igualmente su responsabilidad cuando este profesional tiene ingresos por trabajo personal dependiente y cuando tiene ambas actividades sea la de profesional liberal y además de trabajador dependiente. De la misma manera se analizará la función del notario público, como agente perceptor de impuestos y para concluir la responsabilidad del funcionario judicial en el desempeño de su cargo.

PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN FORMA LIBERAL

1. ¿Qué tipo de contribuyente, es el abogado y notario público en Costa Rica?

Dispone el artículo 2, de la Ley de Impuesto sobre la Renta 7092, publicada en La Gaceta Nº 96 de 19 de mayo de 1988:

"Independientemente de la nacionalidad, del domicilio y del lugar de la constitución de las personas jurídicas o de la reunión de sus juntas directivas o de la celebración de los contratos, son contribuyentes todas las empresas públicas o privadas que realicen actividades o negocios

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

de carácter lucrativo en el país: a)... b)... c)... d)... e)..., f) Los profesionales que presten sus servicios en forma liberal..."

De acuerdo con lo transcrito, al equipararse el abogado y notario público, a personas físicas con actividades lucrativas, éste debe cumplir con todas las disposiciones relativas a estos contribuyentes, que se encuentran previstas y reguladas por la Ley de Impuesto sobre la Renta citada.

El profesional en Derecho, además de su obligación de pagar anualmente el impuesto sobre la renta, por sus ingresos obtenidos en el período fiscal, debe de cumplir con una serie de deberes de carácter formal que se pasan a analizar a continuación.

CUMPLIMIENTO DE DEBERES FORMALES

El profesional está obligado a cumplir con una serie de requisitos de carácter formal, los cuales se enumeran a continuación:

1. En materia de libros, registros y comprobantes deben llevar los contribuyentes a que se refiere el artículo 13 de la Ley de Impuesto sobre la Renta, los que determine el reglamento, a efecto de poder ejercer un control y una administración eficientes de tales operaciones (art. 13, inciso ii), párrafo V, de la Ley de Impuesto sobre la Renta). Al reglamentar esta disposición legal, el reglamento de aquella Ley, en su artículo 15, párrafo tercero, dispone:

"...En todos los casos, el profesional o técnico que ejerza su profesión en forma liberal, está obligado a:

i) Inscribirse en la administración tributaria como profesional liberal o técnico, dentro de los tres meses siguientes a la fecha de publicación de este Reglamento; para aquellos que posteriormente inicien la práctica de la profesión, dentro de los tres meses siguientes al inicio de la actividad;

ii) Registrar diariamente las operaciones efectuadas y mantener los comprobantes que respalden sus registros en el mismo orden en que se hayan efectuado; y

iii) Emitir recibos o facturas debidamente timbrados por la administración tributaria, por todos los servicios profesionales que preste. La Dirección queda facultada para establecer otras formalidades y requisitos en cuanto a dichos comprobantes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 105 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios..."

Sobre esta última exigencia, por ser una disposición reglamentaria, se ha interpuesto acción de inconstitucionalidad, por considerarse que viola el principio de reserva de ley en materia tributaria consagrado en el art. 121, inciso 13), de la Constitución Política de Costa Rica, sin que a la fecha se le haya dado curso a la misma.

2. Pagos parciales de impuestos, (pagos a cuenta) correlativamente el artículo 22 ibídem dispone: "Los contribuyentes a que se refiere el artículo 2 de esta ley están obligados a efectuar pagos parciales a cuenta del impuesto de cada período fiscal, conforme con las reglas siguientes:

   a) Servirá de base para calcular las cuotas de pagos parciales el impuesto determinado en el año inmediato anterior, o el promedio aritmético de los tres últimos períodos fiscales, el que fuere mayor.

   En el caso de contribuyentes que por cualquier circunstancia no hubieren declarado en los tres períodos fiscales anteriores, la base para calcular las cuotas de los pagos parciales se determinará utilizando las declaraciones que hubieren presentado y, si fuere la primera, mediante estimación fundada que al efecto deberá proporcionar a la administración tributaria el contribuyente de que se trate. Dicha estimación deberá presentarse a más tardar en el mes de

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

enero de cada año. Si no se presentare, la administración tributaria establecerá de oficio la cuota respectiva..."

3. Presentación de declaraciones.
Los profesionales en Derecho, que ejercen liberalmente su profesión, aunque la misma sea en forma ocasional, deben presentar la declaración jurada de impuestos, —independientemente de que también presten servicios en forma dependiente y en consecuencia, por esta razón se encuentren sujetos al impuesto sobre el salario— y proceder al pago de los impuestos a más tardar el último día hábil del mes de diciembre de cada año.
Actualmente se tramita proyecto de ley por el cual se exigirá, que la presentación de la declaración jurada y el pago del impuesto se hagan conjuntamente, caso de que no se cancele el monto correspondiente, la declaración se tendrá por no presentada.

PRESUNCIÓN DE INGRESOS PROFESIONALES

"a) Todo profesional o técnico que preste servicios sin que medie relación de dependencia con sus clientes, que no lleve registros contables respaldados por comprobantes fehacientes o que no emita recibos por los servicios que preste, o que no hubiere presentado declaraciones, obtendrá una renta neta mínima anual de acuerdo con la clasificación siguiente:

i) Médicos, odontólogos, arquitectos, ingenieros, abogados, notarios, contadores públicos, profesionales de las ciencias económicas y corredores de bienes raíces: ¢1.335.000 (un millón trescientos treinta y cinco mil colones).

ii) Agrimensores, peritos, contadores privados, técnicos y, en general, todos los profesionales y técnicos colegiados no contemplados en el numeral anterior: ¢890.000 (ochocientos noventa mil colones).

Cuando el profesional o técnico de que se trate tenga menos de cinco años de ejercer libremente su profesión, los montos antes indicados se rebajarán en un cincuenta por ciento (50%).

Estas presunciones de renta mínima en ningún caso se deberán prorratear entre el tiempo que el profesional o técnico de que se trate dedique a la prestación de otros servicios, ya sean éstos en relación de dependencia o bien por el desarrollo de otras actividades sujetas a este impuesto.

Las presunciones a que se refiere este artículo no limitan las facultades que tiene la administración tributaria para establecer las rentas netas que realmente correspondan por aplicación de las disposiciones de esta ley..."

De acuerdo con lo anteriormente transcrito, un profesional, con una renta neta mínima anual de un millón trescientos treinta y cinco mil colones, pagaría anualmente la suma de impuesto de renta de ¢152.000 y si dicho profesional tuviera menos de cinco años de ejercer libremente la profesión pagaría la suma de ¢33.325.

Se tramita actualmente proyecto de ley en la Asamblea Legislativa, denominado: "Ley de Eficiencia Tributaria", por el cual entre otras cosas, se pretende aumentar la presunción de renta neta mínima anual a la suma de veinte millones de colones, por lo que el impuesto resultante estaría alrededor de los cuatro millones de colones anuales. La idea es presionar a los profesionales a cumplir con todos los requisitos formales y materiales antes indicados. Actualmente son declarantes del impuesto sobre la renta en Costa Rica 1.078 abogados y notarios y pagan en total ¢46.616.000 (cuarenta y seis millones seiscientos dieciséis mil colones). *En total los profesionales que ejercen libremente la profesión liberal* en el país que declararon sus rentas en el período fiscal anterior lo fueron 4.029.

En esas condiciones podemos contestar la pregunta formulada al inicio, en el sentido de que realmente en Costa Rica, deja mucho que desear desde el punto de vista moral la conducta asumida por los profesionales que ejer-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán".

cen liberalmente la profesión, pues existe escasa conciencia tributaria sobre el deber de contribuir a los gastos públicos del país. Situación diferente lo es la de los profesionales que tienen una relación de dependencia y están sujetos al impuesto sobre el salario; en muchos casos este impuesto sobrepasa a un mes de salario anual.

NOTARIOS PÚBLICOS COMO AGENTES DE PERCEPCIÓN

Los escribanos públicos, por las operaciones realizadas por ante sus registros y con relación al impuesto de sellos son responsables del impuesto retenido. (2)

En Costa Rica no existe disposición expresa alguna que indique que el notario público sea un agente de percepción. No obstante lo anterior no cabe la menor duda, de que cuando el notario público como funcionario, dotado de tal carácter, le retiene a los comparecientes o terceros sumas de dinero por concepto de impuestos de traspaso de bienes inmuebles u otros similares, sustituye al administrado o usuario en el pago de las mismas, y se instituye como único deudor ante el Estado. Se da la figura del sustituto. Lo anterior tiene fundamento jurídico en los artículos 23 y 24 del Código Tributario que establecen.

> "Artículo 23.—Agentes de retención y de percepción. Son agentes de retención o de percepción, las personas designadas por la ley, que por sus funciones públicas o por razón de su actividad, oficio o profesión, intervengan en actos u operaciones en los cuales deban efectuar la retención o percepción del tributo correspondiente".
>
> "Artículo 24.—Responsabilidad del agente de retención o de percepción. Efectuada la retención o percepción del tributo, el agente es el único responsable ante el fisco por el importe retenido o percibido; y si no realiza la retención o percepción, responde solidariamente, salvo que pruebe ante la administración tributaria que el contribuyente ha pagado el tributo. Si el agente, en cumplimiento de esta solidaridad, satisface el tributo, puede repetir del contribuyente el monto pagado al fisco.
>
> El agente es responsable ante el contribuyente por las retenciones efectuadas sin normas legales o reglamentarias que las autoricen; y en tal caso el contribuyente puede repetir del agente las sumas retenidas indebidamente".

EL AGENTE DE PERCEPCIÓN EN SU FUNCIÓN DETERMINADORA DE IMPUESTOS

La determinación de la obligación tributaria, por regla general, corresponde a los contribuyentes y consiste, en el acto por el cual se fija la existencia y cuantía de un crédito tributario o su inexistencia (art. 116, Código Tributario).

En un instrumento público, las partes comparecientes, le declaran al notario público, los elementos de la obligación tributaria y aquel funcionario así los consigna, confeccionando la escritura pública y procediendo a la liquidación y cálculo de los impuestos y timbres a cargo de las partes. Esta función de liquidación y cobro de tributos, para su posterior reintegro al fisco, es lo que lo identifica como agente de percepción. Si bien es cierto que por dicha labor el Estado no remunera sus servicios, también cabe decir, que el Poder Ejecutivo, cuando fija los aranceles del notario público, ha tomado en cuenta para la fijación de los mismos, la tramitación e inscripción del documento en los

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Registros Públicos, lo cual implica necesariamente la retención de aquellos impuestos. Adicionalmente debe considerarse que el profesional debe colaborar con el fisco en las tareas de fiscalización de impuestos, en aras de la consecución del bien común.

Ahora bien, hay que tomar en cuenta, que al otorgarse un instrumento público, piénsese una escritura de compraventa de un inmueble, el notario debe de investigar en las oficinas y registros públicos, con el objeto de verificar, que al menos, los valores declarados por las partes, no sean inferiores a los avalúos fiscales y así proceder a una correcta determinación de impuestos. En caso de que el valor declarado sea inferior al fiscal, prevalecerá éste sobre aquél, caso contrario la base imponible será la declarada por las partes.

La práctica notarial nos dice, que los instrumentos públicos, siempre se consignan tomando como base imponible el valor subvaluado, registrado en las oficinas de la administración tributaria, con el evidente perjuicio para los intereses del Estado y lo más grave aún es que se cobran los honorarios por el valor real de la negociación y los demás impuestos, derechos y timbres por el valor registrado, que es en la gran mayoría de los casos muy inferior al valor venal de la propiedad.

Como correctivo de tal situación, debe de inmediato, hacerse una actualización de valores de los inmuebles y una modificación a la alícuota vigente, para que el impuesto resultante, no sea confiscatorio. Lo anterior solucionaría el problema y daría al notario la seguridad necesaria, para que a la hora de otorgar un instrumento público, pueda liquidar correctamente los impuestos que deberá retener a sus clientes.

Comentario adicional merece la situación originada con la Ley de Impuesto de Traspaso de Bienes Inmuebles. El artículo 4, de la Ley 7088 de 30 de noviembre de 1987, Alcance Nº 34 a La Gaceta Nº 229 de 30 de noviembre de 1987, modifica el artículo 7 de la Ley de Impuesto de Traspaso de Bienes Inmuebles y establece: "Artículo 7.—Base imponible. El impuesto deberá cancelarse dentro de los tres meses siguientes a la fecha de otorgamiento del documento respectivo, y se calculará sobre el valor que las partes consignen en la escritura pública en la que se asiente el respectivo negocio. La Dirección General de la Tributación Directa queda facultada para ajustar el valor declarado, utilizando como antecedentes, avalúos anteriores, informaciones bancarias, precio real de mercado por zona, precio de venta de inmuebles similares de la región, índices de precios establecidos por el Banco Central de Costa Rica, el valor de la hipoteca que se consigne en el documento respectivo, cuando proceda, u otros factores que determine.

En casos de adjudicación en remate, el impuesto se calculará sobre el precio de la subasta.

El reajuste del precio deberá efectuarlo la Dirección General de la Tributación Directa, dentro del plazo de los ocho días siguientes a la presentación del documento a que se refiere la Ley Nº 6575 del 20 de abril de 1982, según el cual las partes deben suministrar a la referida Dirección, bajo declaración jurada, los datos físicos del inmueble objeto del traspaso. Si transcurrido el plazo de ocho días, la administración tributaria no hiciere objeción alguna, se tendrá por cierto el valor declarado por las partes en la escritura pública..."

A partir de la vigencia de esa norma jurídica, se presentó una situación muy particular, el notario consignaba como base imponible, el precio declarado por las partes, que correspondía en la generalidad de los casos, al valor fiscal, valor que podría ser modificado, como se indicó por la administración tributaria, creándose una situación de total incertidumbre, al no saber el notario autorizante, ni las partes, cuál sería en definitiva la base imponible para el cálculo de los impuestos, derechos y timbres. En esas condiciones, si no se cancelaban los mismos, con base en el nuevo valor determinado por la administración tributaria, no se inscribía el documento. Lo anterior originó problemas de carácter administrativo entre funcionarios del Registro y de Tributación Directa. Posteriormente para solucionar el problema, se llegó a un acuerdo consistente en que, si las partes dentro del plazo de ley, objetaban en la nueva determinación del valor, el acto adminis-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

trativo se suspendía y se procedía a inscribir el documento con base en el valor declarado en la escritura pública. Cualquier diferencia resultante como consecuencia de aquella modificación, una vez agotada la vía administrativa, se cobraría en forma solidaria a los otorgantes. La citada situación originó varios miles de reclamos, los cuales nunca fueron resueltos por la administración tributaria e inclusive el Tribunal Fiscal Administrativo en muy pocas veces conoció de recursos de apelación.

Después de muchos meses de planteado el problema y para darle solución al mismo, la Dirección General de la Tributación Directa, por resolución Nº 1693 de dieciséis horas del veintiséis de mayo de mil novecientos noventa y tres, publicada en el Diario Oficial La Gaceta de 30 de junio de ese mismo año, dejó sin efecto legal alguno todos aquellos avalúos practicados, que se encontraban pendientes de resolución final.

Hoy día, la situación se encuentra igual que antes de promulgarse la Ley Nº 7088 citada, siendo la base imponible para el cálculo de los impuestos, derechos de registro y timbres, el valor declarado por las partes, siempre y cuando, no fuese inferior, al avalúo fiscal registrado en las oficinas de la administración tributaria.

Es necesario apuntar la situación anterior, con la finalidad, de sugerir una solución al problema, la cual sería, una actualización de los valores de los inmuebles y una modificación a la alícuota vigente para que el impuesto no sea confiscatorio. Los anterior solucionaría el problema y daría al notario la seguridad jurídica necesaria para liquidar y calcular los impuestos correctamente, en el momento de otorgar la escritura pública del caso.

LA PERCEPCIÓN Y LOS ILÍCITOS TRIBUTARIOS

Respecto de esta infracción (incumplimiento del deber de enterar al Estado, los impuestos retenidos) es de destacar algunas normas reguladoras de tributos que sancionan dicho incumplimiento.

Concretamente los artículos 97 y 98 del Código Tributario costarricense, establecen sanciones de tipo económico para el agente de retención o de percepción, que estando obligado a retener un impuesto no lo hace, o que habiéndolo retenido no lo entrega al Estado, para el primer caso se aplica un recargo del 25% del tributo no retenido o no cobrado y para el segundo caso de un 50% del impuesto retenido o cobrado y no pagado en tiempo.

APROPIACIONES O RETENCIONES TRIBUTARIAS INDEBIDAS

La Ley Reguladora de Todas las Exoneraciones Vigentes, su Derogatoria y sus Excepciones, número 7293 de dos de junio de mil novecientos noventa y dos, establece una sanción de carácter penal para el agente de retención, que retiene y no entrega los tributos al Estado. Dispone el artículo 51 de dicha ley:

"Artículo 51.—Apropiaciones o retenciones tributarias indebidas. La persona que retenga o perciba tributos y no efectúe su pago al Estado dentro del mes siguiente al vencimiento de los plazos establecidos en las leyes tributarias respectivas, será sancionada con pena de prisión de uno a tres años, según la cuantía de los tributos retenidos o percibidos indebidamente.

Igual sanción se aplicará a los presidentes, vicepresidentes, directores, gerentes, administradores, representantes de los fideicomisos o representantes legales de las personas jurídicas o entes colectivos con personalidad jurídica que incurran en dicho delito.

Esta disposición es de orden público y deroga cualquier otra general o especial, que se le oponga".

En consecuencia no cabe duda que el notario público en Costa Rica, cuando retiene impuestos y contribuciones obligatorias en virtud de la función que realiza, y no entera las sumas de dinero al Estado, en el plazo estipulado, ipso facto, se hace acreedor a la sanción penal indicada.

PROFESIONALES SUJETOS AL IMPUESTO ÚNICO POR LAS RENTAS PERCIBIDAS POR EL TRABAJO PERSONAL DEPENDIENTE O POR CONCEPTO DE JUBILACIÓN O PENSIÓN (Ley 7203, La Gaceta Nº 134, 15 de julio de 1992)

Este impuesto lo deben pagar únicamente los profesionales por servicios prestados en el país y en el supuesto de que exista relación de dependencia. También la ley grava los ingresos que reciban los profesionales por remuneraciones profesionales ocasionales; en este último caso la alícuota es del 10%. Para las personas sujetas a un salario se establecen las siguientes tarifas:

a. Hasta ¢96.000 mensuales no están sujetas al impuesto.
b. Sobre el exceso de ¢96.000 y hasta ¢144.000 mensuales el 10%.
c. Sobre el exceso de ¢144.000 el 15%.

No obstante lo anterior, si los citados contribuyentes ejercen liberalmente la profesión se encuentran sujetos a las regulaciones del impuesto sobre la renta, para las personas físicas con actividades lucrativas, con las implicaciones que ello conlleva, entre las cuales se encuentra la presunción de renta mínima anual prevista en el artículo 13 citado. "Estas presunciones de renta mínima en ningún caso se deberán prorratear entre el tiempo que el profesional o técnico de que se trate dedique a la prestación de otros servicios, ya sean éstos en relación de dependencia o bien por el desarrollo de otras actividades sujetas a este impuesto.

Las presunciones a que se refiere este artículo no limitan las facultades que tiene la administración tributaria para establecer las rentas netas que realmente correspondan por aplicación de las disposiciones de esta ley".

RESPONSABILIDAD TRIBUTARIA DEL PROFESIONAL EN DERECHO QUE DESEMPEÑA CARGOS PÚBLICOS

De acuerdo con el artículo 23 del Código Tributario citado, el funcionario público: "Que por sus funciones públicas o por razón de su actividad oficio o profesión, intervenga en actos u operaciones en los cuales deban efectuar la retención o percepción del tributo correspondiente", debe fiscalizar porque los instrumentos públicos, contratos o demás operaciones de trascendencia jurídica sujetos al pago de impuestos y timbres de toda naturaleza, cancelen oportunamente los mismos bajo pena de hacerse acreedor a las sanciones antes indicadas y otras disposiciones contenidas en el Código Fiscal, que establece en lo que interesa:

"Artículo 276.—Todo funcionario público que expida testimonio o certificación de documentos o instrumentos públicos, o que autorice poderes,

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

fianzas o certificaciones apud acta, pondrá constancia de la suma a que monta el valor del impuesto y de quedar pagado en la forma legal. Mientras el timbre no esté pegado, el funcionario no debe autorizar el documento, a menos de que se trate de casos que no devengan timbre y que tal exención quede advertida".

"Artículo 286.—No se admitirá ni se recibirá en las oficinas públicas ningún documento que, debiendo haber pagado timbre, sea presentado sin él en todo o en parte. El documento en que no se haya satisfecho ese impuesto del todo, o que no esté completo, o no haya sido cancelado conforme a las reglas del artículo 285, será inútil e ineficaz para apoyar en él acción o derecho alguno mientras no se pague la multa que se dirá, y los tribunales y funcionarios de la Administración Pública, lo declararán así de oficio.

Sin embargo, tales documentos surtirán efecto legal, si el interesado agrega timbres en cantidad diez veces la que correspondía cuando nada se pagó o estuvieron los timbres sin cancelar o mal cancelados; y diez veces la cantidad que hubiere dejado de pagarse, si el timbre estuviere incompleto.

Los instrumentos y documentos sujetos a inscripción en el Registro Público, quedan excluidos del pago de la multa en referencia. El Registro no inscribirá documento alguno sujeto al pago de timbres que no lo haya satisfecho debidamente".

De todo lo anterior queda claro la responsabilidad en que pueden incurrir los funcionarios públicos al no exigir en forma completa el pago de impuestos al Estado.

CIERRE DEL ESTABLECIMIENTO

Además de las sanciones indicadas anteriormente, por el incumplimiento de deberes de carácter formal, existe una disposición legal que tiene gran trascendencia jurídica, concretamente la clausura o cierre del establecimiento, entiéndase de la oficina o bufete profesional.

Dispone el artículo 28 de la Ley Reguladora de Todas las Exoneraciones Vigentes, su Derogatoria y sus Excepciones:

"Artículo 28.—Modifícase el artículo 20 de la Ley General sobre las Ventas para que, en lo sucesivo diga:

"Artículo 20.—Cierre del negocio. La administración tributaria queda facultada para ordenar el cierre de los establecimientos cuyos contribuyentes o sus representantes o dependientes, según sea el caso, incurran en cualquiera de las siguientes causales:

1) No estar debidamente registrados ante la administración tributaria.

2) No emitir o no entregar al cliente, en el mismo acto de la compraventa o de la prestación del servicio, la factura o el comprobante debidamente autorizados por la administración tributaria.

3) No percibir o no retener, el tributo correspondiente. Los contribuyentes o sus representantes o dependientes que incurran en las causales segunda y tercera, serán sancionados con el cierre del negocio de la siguiente manera:

a) La primera infracción de cualquiera de dichas causales, por un término de quince días naturales.

b) La segunda infracción de cualquiera de dichas causales, por un término de treinta días naturales.

c) La tercera infracción de cualquiera de dichas causales, por un término de tres meses.

ch) La cuarta o posteriores infracciones de cualquiera de dichas causales, por un término de seis meses.

Las infracciones de las cláusulas segunda y tercera, serán acumulables dentro del plazo de cinco años, contados a partir de la fecha de la primera infracción. El procedimiento administrativo de cierre del negocio será previsto en el Reglamento.

Las anteriores disposiciones serán aplicables al impuesto sobre la renta y al impuesto selectivo de consumo.

En cuanto al impuesto sobre la renta, en caso de no existir establecimiento, se aplicarán supletoriamente los artículos 97 y 98 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios.

En cualesquiera de los casos, la causal por la que se efectuó el cierre de un establecimiento, se hará constar por medio de sellos oficiales que se colocarán en las puertas, ventanas u

otros lugares del negocio. La ruptura, destrucción o alteración de los sellos oficiales, provocadas o instigadas por el propio contribuyente, sus representantes, administradores, socios o su personal, constituyen infracción tributaria. Dichas personas serán sancionadas con una multa que va desde los veinticinco mil colones (25.000) a los cien mil colones (100.000), de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo 83 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios. En todos los casos de cierre, el contribuyente siempre deberá asumir la totalidad de las obligaciones laborales con sus empleados, así como las demás cargas sociales. En todo momento, su incumplimiento será sancionado de conformidad con la legislación aplicable".

El Tribunal Fiscal Administrativo, ha consultado a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, si en virtud de haberse interpuesto, acción de inconstitucionalidad contra la totalidad de la ley citada, que establece dicha sanción, debe el citado Tribunal, abstenerse de dictar resolución final, pronunciándose en vía de apelación, sobre el cierre de establecimientos. Dicha consulta, aún no ha sido evacuada y en consecuencia los casos que ahí se ventilan, se encuentran pendientes del pronunciamiento, suspendido el dictado de la resolución final, a lo que en definitiva resuelva la citada Sala Constitucional.

No obstante lo anterior los profesionales, debemos de tener presente y acatar lo dispuesto por aquella ley, hasta tanto no sea declarada inconstitucional.



CONCLUSIÓN

Se dice, que la solución para evitar la defraudación fiscal en Costa Rica, sería convertir esa figura en un delito tributario penal, se afirma que en los países, que existe esta figura, no se da la defraudación fiscal. Estimo que esa no sea realmente la solución, para países subdesarrollados, por la pasión que podría desatar entre gobernantes de turno y administrados; en los países que han ensayado esta figura, no les ha dado buen resultado, para ejemplo el caso de la cantante española Lola Flores, que no obstante ser hallada culpable por las autoridades judiciales, no fue a prisión.

Como se ha podido observar, a lo largo de este artículo, en nuestro Ordenamiento Jurídico, existe cualquier cantidad de normas jurídicas, que establecen serias sanciones, como privación de la libertad y clausura de los establecimientos, sin embargo las autoridades administrativas y judiciales, por razones que no vienen al caso comentar y que todos conocemos, se han abstenido de aplicar, o la aplican parcialmente.

En relación propiamente al contribuyente, en este caso el profesional en derecho, de acuerdo con información suministrada por la Dirección General de la Tributación Directa, del Presupuesto General Ordinario del país, para el período de 1992, cuyos ingresos se estimaron en ¢160.000.000.000 (ciento sesenta mil millones de colones), todos los profesionales en conjunto, que ejercían liberalmente la profesión en este país, contribuyeron con la suma de ¢167.000.000 (ciento sesenta y siete millones de colones), prácticamente el 1% del citado presupuesto, del cual nuestros profesionales en derecho aportaron ¢46.616.000 (cuarenta y seis millones seiscientos dieciséis mil colones), violentándose los principios constitucionales de equidad, justicia, proporcionalidad, razonabilidad y generalidad, este último consagrado de manera expresa en el artículo 18 de nuestra Carta Magna.

Debemos tener plena conciencia, que las obligaciones tributarias, por disposición expresa de la ley, tienen carácter privilegiado, dado que es una *obliga ex lege,* y tienen por objeto la satisfacción de necesidades prioritarias de orden público. La satisfacción de este tipo de prestaciones, exige de los ciudadanos el pago oportuno de las mismas, por estar de por me-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

dio el bien común, de lo contrario se privaría al Estado de prestar una serie de servicios públicos necesarios, fundamentales e imprescindibles, como la seguridad y educación entre otros.

Señores abogados, paguemos los tributos y cumplamos con los requisitos que exige la ley, por ser nosotros los ciudadanos encargados de todo lo relacionado con la disciplina del derecho. ¡Adelante!

BIBLIOGRAFÍA

1. Por el camino de la ética, Dr. Guillermo Malavassi Vargas, Universidad Autónoma de Centroamérica.
2. Derecho financiero, Dr. Carlos María Giuliani Founroge, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, cuarta edición.
3. Ley de Impuesto sobre la Renta Nº 7092, de 19 de mayo de 1988.
4. Reglamento a la Ley de Impuesto de la Renta.
5. Código de Normas y Procedimientos Tributarios, Código Tributario.
6. Ley Reguladora de Todas las Exoneraciones Vigentes, su Derogatoria y sus Excepciones, Nº 7293 de 2 de junio de 1992.
7. Ley de Reajuste Tributario, Nº 7088 de 30 de noviembre de 1987, Alcance Nº 34-A a La Gaceta Nº 29.
8. Ley de Impuesto sobre Traspaso de Bienes Inmuebles, contenido en la Ley de Prórrogas y Nuevos Ingresos, Nº 6999 de 3 de setiembre de 1985.

* * *

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

LA POSESIÓN AGRARIA

LIC. ÁLVARO JOSÉ MEZA LÁZARUS

1. CONSIDERACIONES GENERALES ACERCA DE LA POSESIÓN AGRARIA COMO INSTITUTO TÍPICO DEL DERECHO AGRARIO

Como primer aspecto a destacar en la presente investigación debe de indicarse que cuando hablamos de posesión lo hacemos considerando a la misma como institución autónoma e independiente, abstracción hecha de la propiedad.

La **posesión agraria,** como instituto típico del Derecho Agrario nace en el momento en que la doctrina iusagrarista toma conciencia de la imposibilidad e inapropiabilidad de un tratamiento jurídico sistemático de la posesión de los bienes considerados como agrarios, desde el punto de vista del Derecho Civil. Asimismo, del convencimiento de que la propiedad agraria (instituto anteriormente identificado por la doctrina del Derecho Agrario como típico de esa rama) no era capaz de comprender todas las formas de posesión, alejadas de la propiedad agraria, que poco a poco (por ejemplo con la apertura conceptual del contrato de arrendamiento agrario) aparecían en el contexto agrario.

La ilusoria concepción de algunos agraristas que señalaban que en el Derecho Agrario se había extinguido la diferencia entre propiedad y posesión a raíz de la concepción de la propiedad agraria como esencialmente posesiva, fue cayendo por su propio peso al descubrirse una gran cantidad de situaciones jurídicas y fácticas que ante la ausencia de una concepción orgánica de la posesión desde la perspectiva agraria obligaba al agrarista a acudir al Derecho Civil.

El análisis de algunas leyes a nivel latinoamericano y a través del Derecho Comparado realizado por algunos iusagraristas (DUQUE CORREDOR), o de algunas leyes específicas a nivel nacional en algunos países latinoamericanos (MOTA MAIA y FIGALLO ADRIANZEN), sentaron las bases para la elaboración orgánica de una teoría jurídica de la posesión desde el punto de vista agrario bajo el principio inspirador de que si existían *las propiedades* en vez de *la propiedad,* con mucho mayor razón debían de existir *las posesiones* (y entre ellas la agraria), en vez de *la posesión,* dado que como lo señala el autor HERNÁNDEZ GIL, La posesión es anterior a la propiedad, pudiéndose comprender la existencia de un sistema en donde exista posesión sin propiedad pero nunca uno en donde exista propiedad sin posesión.

Es así como, de la experiencia legislativa, doctrinaria y jurisprudencial de países como Perú, Venezuela, Brasil y Costa Rica, principalmente, nace la teoría de la posesión agraria y se constituye esta en instituto típico del Derecho Agrario. (Para todo véase MEZA LÁZARUS, Álvaro, *La posesión agraria,* San José, segunda edición, 1990).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

2. EL CONCEPTO DE POSESIÓN AGRARIA

En virtud del análisis de Derecho Comparado de las legislaciones más importantes en Latinoamérica ha sido definida la misma, de la siguiente manera: *"La posesión agraria es un poder de hecho sobre un bien de naturaleza productiva unido tal poder al ejercicio continuo o explotación económica, efectiva y racional, con la presencia de un ciclo biológico, vegetal o animal, ligado directa o indirectamente al disfrute de las fuerzas y los recursos naturales".* (MEZA LÁZARUS).

A través de esta definición se ha pretendido unificar el concepto de posesión agraria a nivel teórico determinándose que siempre que el bien que se posea es agrario la posesión también deberá de serlo, exigiéndose, para su existencia, una serie de elementos y requisitos que se enunciarán en el presente artículo, pero, aclarando, que en algunos países, Costa Rica para citar un ejemplo, existen varias especies del género posesión agraria, así v.gr., la posesión precaria de tierras establecidas por el artículo 92 de la Ley de Tierras y Colonización de Costa Rica, la posesión agraria regulada por el Código Civil e impregnada de la concepción ius agrarista de la teoría de la posesión agraria, etc.

3. LOS ELEMENTOS DE LA POSESIÓN AGRARIA

La posesión agraria igual que la civil tiene los mismos elementos que esta, sólo que caracterizados de una manera diferente en donde los aspectos objetivos prevalecen sobre los subjetivos, por lo que prácticamente la posesión, en el Derecho Agrario, vuelve a su origen tratando de alejarse de las connotaciones subjetivistas, psicológicas y formalistas impregnadas por el Derecho canónico y moderno fundamentalmente.

En la posesión agraria existe igualmente un elemento subjetivo (llamado *ánimus)* y un elemento objetivo (llamado *corpus).* El *ánimus* implica, a diferencia de la concepción savigniana, una intención de ser poseedor, dejándose únicamente para la posesión *ad usucapionem* el ánimo de poseer como dueño. Por su parte, el *corpus* implica la materialidad determinada en la tenencia de la cosa. Al igual que en Derecho Civil se considera que estos elementos deben verse a través de la moderna concepción del estudio de las instituciones del Derecho por medio del análisis de su estructura, esto es, del *sujeto, objeto* y de la relación entre ambos, o sea, de la *relación posesoria.*

En cuanto al sujeto o poseedor agrario se exige dentro de la posesión agraria que quien ha de ser calificado como poseedor sea un sujeto que reúna ciertas características. Evidentemente, surge, como requisito sine qua non, para ser tenido como poseedor agrario, la capacidad técnica, capacidad esta que no es la comúnmente conocida en el Derecho Privado dado que ésta sería una capacidad metajurídica en la cual lo importante es que exista la posibilidad, tanto intelectual como física, de desarrollar, o al menos organizar, todos los elementos necesarios a fin de que se desarrolle en el bien poseído, o a través del mismo, el ciclo biológico vegetal o animal ligado directa o indirectamente al disfrute de las fuerzas de los recursos naturales. Como puede verse, la capacidad técnica no es la misma capacidad jurídica y necesariamente tampoco implica la capacidad de actuar, concebida por el Derecho Civil, sino que va más allá de dichos conceptos jurídicos.

En cuanto a las personas jurídicas, sobre todo en lo que a las sociedades de capital se refiere, resulta una cuestión de Derecho Positivo el admitir o no la posibilidad de ellas de ser

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

sujetos poseedores agrarios, permitiéndose o excluyéndose según el país. Si puede decirse como una constante que cuando el bien poseído está sujeto a programas de reforma, transformación o reordenamiento agrario aquellas sociedades que no son de personas sino de capital, están excluidas de ser poseedoras agrarias. Lo anterior más por una razón propia del fundamento de los programas de reforma agraria que de la naturaleza jurídica de la posesión agraria, un ejemplo de ello, en Costa Rica, lo constituye la posesión precaria de tierras, tipo especial de posesión agraria, en la cual no sólo se impide a las sociedades de capital poseer sino también a todo tipo de asociación o sociedad dado que el fundamento de la misma radica en el estado de necesidad del sujeto persona física que lo lleva a poseer un inmueble a los efectos de su subsistencia y la de su familia.

En cuanto al objeto de posesión agraria, al igual que sucede como con la propiedad agraria, los bienes que pueden ser poseíbles son tanto los muebles como los inmuebles, no circunscribiéndose la posesión agraria a un ámbito de territorialidad. Claro está que la posesión sobre los muebles, igual que en el Derecho Civil, tiene sus características de suyo particularísimas en virtud del principio de que la posesión vale o hace presumir el título según sea concebido por el Derecho Positivo.

Los bienes que pueden ser poseídos en forma agraria deben en primer lugar ser considerados como bienes agrarios, esto es, que tengan directa o indirectamente a través de su uso, la posibilidad de producir vegetales o animales. A partir de este requisito, los bienes poseíbles son tanto los públicos disponibles como los privados, los que se encuentran en estado de abandono o sin dueño, haciéndose necesaria únicamente la distinción en que algunos de ellos, por ejemplo, los públicos disponibles, son poseíbles únicamente para obtener de los mismos la utilidad agraria deseada teniendo además la tutela interdictal, mientras que otros, los privados sin dueño o con dueño, también a efectos de la adquisición en propiedad de los mismos a través de la usucapión. También son poseíbles los derechos pero sólo aquellos en los cuales el derecho implique una tenencia corporal dado que los mismos no podrían poseerse, de acuerdo con la concepción agraria de la posesión, si sobre los mismos no se pueden realizar actos posesorios agrarios propiamente tales.

En cuanto a la relación posesoria, la misma puede ser directa o en forma mediata sobre el objeto de posesión, tomando en cuenta si el Derecho Positivo exige que quien tenga la cosa sea considerado el único poseedor de la misma o bien si admite que alguien pueda ser poseedor agrario de un bien sin la tenencia material del mismo, a través de otro (doctrina del mediador posesorio) o bien solo con la intención (doctrina de la posesión incorporal). Sobre este aspecto debe decirse que el mismo es regulado por el Derecho Positivo, considerándose, como una máxima, que si el bien es cedido en virtud de programas de asignación de tierras otorgadas por el Estado, la relación posesoria se hace directa, inmediata y personal entre el sujeto y el objeto de posesión.

En torno al concepto de la relación posesoria también es debatido el punto a que si la actividad que sobre el bien realiza el poseedor es una actividad técnica de desarrollo del ciclo biológico o si bien puede consistir en una relación directa con la organización de los factores de la producción, capital y trabajo, a efectos de que la actividad agraria técnica de producción y desarrollo del ciclo biológico sea realizada por medio del trabajo ajeno. En este aspecto debe decirse que aun y cuando ello es lo ideal no debemos de alejarnos de una realidad económica en la cual vivimos y debemos aceptar la posibilidad de que la relación del poseedor con la cosa sea una relación de organización de los bienes a efectos de realizar la obtención de frutos por medio del trabajo ajeno, exigiendo, únicamente, esta relación directa técnica y productiva en los casos de programas de reforma agraria.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

4. EL CICLO DE VIDA DE LA POSESIÓN AGRARIA

De la definición que se determinó como propia del concepto de posesión agraria surge, como requisito sine qua non para la existencia misma de dicho instituto, el concepto de *actos posesorios agrarios,* concepto este, que es uno de los elementos determinantes de la diferenciación entre la posesión agraria de la civil y que será el norte en la especificación de un ciclo de vida de la posesión agraria distinto del civil.

Mientras que en el Derecho Civil el concepto de acto posesorio se limita a tener el bien bajo el poder de esfera de voluntad del poseedor con lo cual la materialidad efectiva no es requisito para la existencia de la posesión, pudiendo poseerse solo *ánimus* o intención mientras otro sujeto no invada y violente el poder de esfera de voluntad del poseedor; en la posesión agraria, por el contrario, el concepto de acto posesorio agrario cobra una dimensión más real, más efectiva, ligada a la materialidad y a la naturaleza y destino productivo del bien.

En efecto, los actos posesorios agrarios están ligados a un concepto de actividad de donde se reputan como actos posesorios agrarios únicamente aquellos que sujetos a una secuencia determinada, desembocan, forzosamente, en la realización de una actividad agraria de cultivo de vegetales o cría de animales, es decir, en la explotación económica del bien, aunado a la idea de que dicha explotación debe ser al mismo tiempo efectiva y racional. Asimismo se reputan como actos complementarios de la posesión, los cuales por sí solos no dan lugar a la posesión agraria, aquellos que realizados en el bien no conllevan como fin inmediato la producción, como ejemplos de estos actos, cabe citar: el amojonamiento, los cortes de madera, el cercamiento del fundo, etc.

De conformidad con lo anterior el ciclo de vida de la posesión agraria estará supeditado a la realización de estos actos posesorios agrarios.

La posesión agraria se adquiere, a través de los mismos modos de adquisición que la civil, pero, a dichos modos debe de unírsele la realización de los actos posesorios agrarios, como se dijo en el párrafo anterior. Los modos de adquisición son tanto unilaterales como bilaterales, asimismo, son tanto derivados como originarios.

En cuanto a la posesión adquirida por los modos originarios y unilaterales debe decirse que los mismos son dos, igual que en lo civil: la *ocupación* y la *desposesión* (llamado por PEÑA GUZMÁN, *Usurpación),* dependiendo si la posesión no pertenece a nadie o si la misma pertenece a un sujeto. En virtud de lo anterior se adquiere por ocupación la posesión agraria no con la simple presencia de un poder de hecho sobre la cosa, sino que es necesario que ese poder de hecho sea actuante, es decir, que en cuanto a la adquisición por desposesión o usurpación, ésta es al mismo tiempo una adquisición por ocupación con la diferencia de que en la desposesión la cosa era poseída por otro. Debe recordarse que en este caso la violencia, como modo de adquisición no es permitida, pero también debe recordarse que una vez que cese la violencia —como lo establecen la mayoría de las legislaciones— la posesión puede adquirirse.

La adquisición bilateral de la posesión, si bien es un modo de adquisición derivado en el Derecho Civil, debe decirse, que en el Derecho Agrario lo es mixto, distinguiéndose en la misma dos etapas de adquisición. Así en una primera etapa, cuando se produce la cesión de los derechos de posesión inter vivos o la adquisición mortis causa vía herencia, lo que se adquiere es una posesión civil, la cual se adquiere derivadamente, sin embargo, la adquisición de la posesión agraria se da en un segundo momento cual es el determinado por la puesta en producción o explotación eficiente del bien. En el caso de la adquisición mortis causa de la posesión agraria es claro que la tendencia es a determinar una gradación en los derechos sucesorios relativos al bien posesión agraria tomando en cuenta las calidades del causante como poseedor agrario a efectos de

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

tutelar la continuidad en el ejercicio de la empresa agraria.

Del mismo modo la conservación agraria dependerá de que los actos posesorios agrarios no sean interrumpidos por causas que no sean naturales, propias de la actividad, o de causas que sean ajenas al poseedor. Puede decirse que existen ciertas reglas a efectos de la conservación de la posesión agraria y estas son: a) Que es preciso el ejercicio inmediato del poseedor para que se conserve la posesión, b) que es necesario que el ejercicio inmediato del poder vaya acompañado de la continuidad en la realización efectiva de los actos posesorios agrarios, en la oportunidad y en el orden debido, c) que nunca se conserva la posesión solo con la intención salvo el caso de las causas naturales que impiden tal realización, y d) que en orden a los derechos que puedan ser poseídos éstos se limitan a aquéllos que impliquen una tenencia corporal necesaria para la realización de los actos posesorios agrarios.

Por su parte dentro de las causas de pérdida de la posesión agraria se incluyen todas aquellas que dan lugar a la pérdida de la posesión civil (pérdida de la posesión sólo *corpus*, pérdida de la posesión sólo *ánimus*, y pérdida *corpus* y *ánimus*, sean por acto unilateral como la renuncia o por acto bilateral como la cesión o bien por causa de un tercero como es la desposesión) mas la no realización de la actividad agraria, la cual se manifiesta en el abandono de la realización de los actos posesorios agrarios propiamente tales sin una causa justa agraria, o lo que es lo mismo, cuando se dejan de ejercitar los actos conservativos de la posesión agraria señalados en el párrafo anterior.

5. TIPOS DE POSESIÓN AGRARIA

La posesión agraria, igual que la civil está inmersa dentro de una serie de tipos y conceptos posesorios, así, encontramos la posesión en nombre propio y en nombre ajeno, la posesión como dueño y la posesión en concepto distinto del de dueño, la posesión de buena fe y la posesión de mala fe, la posesión mediata y la posesión inmediata, la posesión *ad interdictam* o interdictal y la posesión *ad usucapionem* o apta para la usucapión.

En la teoría de la posesión agraria quizás es importante distinguir los tipos posesorios más generales y prácticos a saber la posesión interdictal y la posesión para la usucapión, a efectos de distinguir estos conceptos posesorios de los civiles. Sin embargo, no debe caerse en el error de considerar que por ese solo hecho no existen los conceptos posesorios señalados en el párrafo anterior, dado que los mismos existen en la teoría de la posesión agraria con las variaciones necesarias a efectos de su adaptación a las necesidades de este tipo especial de posesión.

En la posesión *ad interdictam* como en el Derecho Civil se protege el mero hecho de la posesión sin hacer distinción con respecto al mejor derecho de posesión o la propiedad. La distinción entre el Derecho Civil y el Derecho Agrario, en materia de posesión, se inicia con el fundamento de la tutela interdictal dado que en la posesión interdictal agraria el fundamento de la misma no está sólo en la preservación de la paz social, como en el civil, sino que en la protección de la producción agraria y en el mismo trabajo humano.

Es considerada como distinción entre ambas posesiones, el concepto de acto perturbatorio, dado que en el Derecho Civil los actos perturbatorios están caracterizados por ser una lesión posesoria, inquietación o despojo, en la cual lo determinante es que se dé la desposesión o que se inquiete la misma con intención de desposeer, siempre manifestada a través de actos externos. Por su parte, en el derecho posesorio agrario el concepto de actos perturbadores de la posesión se amplía en concor-

dancia con la realidad económica, social, cultural y política en que se desenvuelve el instituto posesorio.

De conformidad con un estudio de Derecho Comparado notamos cómo el acto perturbatorio de la posesión agraria no consiste únicamente en aquel despojo o intención de despojo sino que comprende situaciones en las cuales no existe un despojo o una intención de ello sino que existe una perturbación que conlleva una interferencia en el proceso productivo agrario o en sus etapas posteriores, o bien una interferencia o perturbación en el trabajo de los poseedores u ocupantes. Un ejemplo claro de lo anterior lo constituye el artículo 149 de la Ley de Reforma Agraria venezolana que considera como *actos de desalojo indirecto* —no otra cosa que actos perturbatorios de la posesión agraria— los siguientes: a) negar la autorización de prenda agraria requerida por los organismos crediticios para otorgar créditos a los arrendatarios u ocupantes, b) impedir el aprovechamiento normal del agua a los arrendatarios u ocupantes, impedir el acceso de ellos a las fuentes de agua de las cuales se abastecen normalmente para sus necesidades humanas y para sus animales de trabajo y cría, c) reducir o permitir la reducción del área que los arrendatarios u ocupantes hayan venido utilizando en sus labores agrícolas o pecuarias, d) dejar libre ganado y otros animales, fuera de potreros y cercados de modo que invadan y causen daño en las siembras de arrendatarios u ocupantes, salvo cuando el hecho ocurra en sabana abierta o dentro de potreros ya existentes, e) impedir el paso por medio de cercas, o en cualquier otra forma, por los caminos vecinales, rurales y de acceso para arrendatarios u ocupantes, f) imponer a los ocupantes la obligación de sembrar semillas, gratuitamente o mediante el pago de un precio notoriamente inferior al que correspondiere, una vez cosechados los cultivos, g) cualquier otro hecho semejante que altere las condiciones actuales de trabajo de arrendarios y ocupantes. De la lectura anterior se desprenden actos perturbatorios que determinan modificaciones en las cuales no existe la intención del despojo del fundo pero sí la perturbación de la producción o el trabajo de los poseedores, máxime con el inciso g) del artículo citado, en el cual se nota la amplitud del concepto.

Debe señalarse que en cuanto a la llamada posesión *ad interdictam* agraria, la misma es concebida como el mínimo grado posesorio agrario cual es la existencia de ese poder de hecho sobre el bien de naturaleza productiva acompañado tal poder de la puesta en producción del bien, si no existen estas circunstancias entonces podrá existir tutela posesoria civil pero no agraria.

La posesión *ad usucapionem* agraria es fruto de las necesidades y exigencias del Derecho Agrario. Entre las exigencias del moderno Derecho Agrario debemos citar, como la más importante, la de la necesidad de satisfacer la demanda alimenticia y de vestido no sólo para el autoconsumo de un país sino también a efectos de la exportación de los mismos con el fin de captar divisas. Esta circunstancia es producto, entre otras cosas de una mala distinción de la tierra y de la existencia de propietarios que no cumplen la función social debida, dado que el problema sólo encuentra solución a través del aumento en la producción y productividad de un país. Una de las formas en las que el Derecho Agrario moderno cuenta a efectos de obtener solución al problema alimentario y de vestido lo es la usucapión agraria, porque, como veremos, este modo de adquisición pretende la búsqueda del propietario agrario ideal.

En el Derecho Comparado, la usucapión agraria ha sido admitida en varios países, entre ellos cabe citar al Brasil que en virtud de la Ley número 6969 de 1981 estableció la llamada *usucapio pro-labore* en la que se establece en el artículo 1, lo siguiente: "Todo aquél que no siendo propietario rural ni urbano, posea como suya, por cinco años ininterrumpidos sin oposición, una área rural, en forma continua, que no exceda de 25 hectáreas, tornándola productiva con su trabajo y teniendo en ella su morada, adquiere el dominio de la misma, independientemente del justo título y la buena fe, pudiendo requerir al juez para que así lo declare en sentencia, la cual le servirá de título para su inscripción en el Registro de Inmuebles". Por su parte el artículo 8 en su párrafo final de la

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Ley 17716, Ley de Reforma Agraria peruana de 1969, dispone una usucapión similar al establecer que: "El que ha poseído para sí, tierras rústicas en la forma en que se ha indicado en los acápites precedentes de modo continuo y durante el término de 5 años, las adquiere por prescripción y puede entablar juicio ante el fuero privativo agrario para que se declare dueño. La acción reivindicatoria y demás acciones reales prescriben en igual término; por su parte el artículo 94, párrafo cuarto, de la Ley de Tierras y Colonizaciones también define una prescripción similar para los poseedores en precario —como lo veremos más adelante— pero estableciendo el término de la prescripción en 10 años.

En todas estas leyes aparece como realidad que no nos encontramos ante una usucapión extraordinaria civil sino ante una prescripción positiva diferente, agraria, en la cual en lugar de aumentarse el período de tiempo para prescribir positivamente —como sucede con la extraordinaria civil— más bien se reduce el término en líneas generales a cinco años.

La razón para disminuir el término posesorio a cinco años, en el Derecho Comparado, y para eliminar la buena fe y el justo título, la constituye que al poseedor agrario se le establecen nuevos requisitos, básicamente la obligación de poner en producción el bien en forma eficiente debiendo demostrarse dicha producción a lo largo de los cinco años exigidos para prescribir y no simplemente demostrando la producción actual. Lo anterior nos lleva a determinar que en la posesión agraria *ad usucapionem* no existen las ficciones posesorias ni la continuidad posesoria, por medio de las cuales el nuevo poseedor adquiere el tiempo poseído por su transmitente. En la posesión agraria como el término es corto, se exige que los cinco años de producción y posesión sean personalísimos no pudiendo transmitirse a otros dado que se pretende como fin último la búsqueda del propietario agrario ideal.

Por su parte los requisitos referidos a la buena fe y el justo título, que son base fundamental de la usucapión civil, son excluidos de la agraria.

La buena fe es excluida por cuanto no es necesaria dado que en el Derecho Posesorio Agrario no existe la categorización de la buena fe al ser el fundamento de la usucapión el trabajo y no la seguridad jurídica —como en la posesión civil—. No se requiere de verificar si hay buena fe o no para atribuir al poseedor los frutos o el pago de las mejoras, dado que éstas le pertenecen al poseedor por cuanto son producto de su trabajo. Lo anterior no quiere decir que el poseedor agrario pueda poseer el bien en forma violenta, clandestina u oculta dado que estos requisitos son de aplicación en la posesión agraria, lo mismo que el *animus domini* para la *ad usucapionem,* sino que los frutos, el derecho a la indemnización de las mejoras y la propiedad, las adquiere independientemente de que "crea" o no que con su conducta lesiona el derecho de otro; lo que se valora en la posesión agraria es el trabajo.

En cuanto al justo título o título traslativo de dominio en la posesión agraria este es un requisito que también ha sido eliminado a efectos de la adquisición de la propiedad vía modo de adquisición usucapión. En la posesión agraria la máxima que existe es que la posesión agraria *vale* por título y no sólo lo presume, y esta posesión puede adquirirse vía ocupación o vía despojo. La no exigencia del título permite a su vez la adquisición contra-tabulas, es decir, en bienes inscritos en el Registro Público.

Todo lo anterior, en resumen, es explicable en el tanto se exige la realización y prueba de los actos posesorios agrarios propiamente tales en todo el ejercicio de la posesión y no es admitida la continuidad en la posesión por el nuevo adquirente debiendo este iniciar el plazo de prescripción positiva, asimismo por cuanto el fundamento de la existencia de la prescripción positiva agraria lo es el trabajo y no la seguridad.

6. LA POSESIÓN AGRARIA EN COSTA RICA. DOCTRINA, LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

Al igual que como sucede con la propiedad agraria, en Costa Rica, si bien sobre todos aquellos bienes considerados como agrarios, la posesión que sobre ellos se ejerce es agraria, no sucede lo mismo en cuanto a la regulación que sobre ella establece la ley. La posesión agraria no tiene la misma regulación jurídica para todas sus formas o modos de manifestación en Costa rica. Dependerá de circunstancias como la calidad del sujeto *(posesión precaria),* el modo de adquisición *(posesión dotacional* y *posesión adquirida mediante la legislación común),* o el tipo de bien *(posesión mobiliaria, posesión sobre bienes públicos,* etc.), la regulación jurídica a la que están sometidas.

En efecto, si examinamos la legislación costarricense podemos llegar a concluir que sobre todos los bienes agrarios debe desarrollarse la posesión agraria, sin embargo, la legislación nacional tiene normas jurídicas que determinan la presencia de tipos de posesión agraria para casos diferentes, de donde vamos a encontrar en algunos casos la regulación es netamente agraria (posesión precaria de tierras) mientras que en otros la regulación está teñida de disposiciones civiles (posesión de bienes adquiridos mediante la legislación común), lo cual de ningún modo quiere decir que esta posesión, la última señalada, sea civil y no debe ser contemplada desde el punto de vista agrario, todo lo contrario. Es pues de obligada metodología, al estudiar a la posesión agraria en Costa Rica, el establecer una clasificación tomando en cuenta la regulación propia y distinta de cada una de ellas.

7. LA POSESIÓN PRECARIA DE TIERRAS Y SU REGULACIÓN JURÍDICA

La normativa establecida por los artículos 92 y siguientes de la Ley de Tierras y Colonizaciones establece un tipo especial de posesión agraria que es la posesión precaria de tierras, la cual está delimitada, fundamentalmente, por el sujeto poseedor.

Establece el artículo 92 citado: "El instituto es el organismo facultado para intervenir en todos los asuntos de posesión precaria de tierras, y procurará encontrarles solución satisfactoria, de acuerdo con las disposiciones establecidas por esta ley. Para los efectos de esta ley se entenderá que es poseedor en precario todo aquél que por necesidad realice actos de posesión estables y efectivos como dueño, en forma pacífica, pública e ininterrumpida, por más de un año, y con el propósito de ponerlo en condiciones de producción para su subsistencia o la de su familia, sobre un terreno debidamente inscrito a nombre de un tercero en el Registro Público.

Los poseedores en precario que tengan posesión decenal en las condiciones enunciadas en el párrafo anterior, podrán inscribir su derecho de acuerdo con lo establecido en esta ley y por el procedimiento de información posesoria, pero una vez involucrados en la resolución de un conflicto motivado por la posesión precaria de tierras, quedarán sujetos a lo dispuesto en el párrafo final del artículo 101 de esta ley, los que no tuvieran posesión decenal, reclamarán sus derechos conforme las disposiciones de este capítulo".

Como se desprende de la lectura del citado artículo, la posesión precaria de tierras es un tipo especial de posesión agraria en el tanto recae sobre un bien de naturaleza agraria y específicamente sobre un inmueble, sin embar-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

go, no toda posesión agraria es una posesión precaria de tierras por cuanto en este tipo de posesión, (la precaria de tierras) se requieran ciertas condiciones subjetivas y objetivas para que la misma se manifieste, aparte de ello, la misma está limitada por el concepto de territorialidad.

Las condiciones subjetivas para que se dé la posesión precaria de tierras implican que exista un sujeto, poseedor agrario, el cual reúne las condiciones de profesionalidad o habitualidad en la agricultura, y posee capacidad técnica para llevar a cabo las actividades agrarias. También se exige que dicho sujeto se encuentre en una situación de necesidad que le obligue a él a introducirse en un terreno ajeno y realizar actos posesorios agrarios a efectos de su subsistencia o la de su familia.

En otras palabras este sujeto-poseedor debe encontrarse en un estado de necesidad, con la cual, como se desprende del mismo artículo no es un aspecto a considerar si actúa de buena o mala fe dado que lo que importa es que las circunstancias lo obliguen a introducirse en un terreno que no es suyo con el fin de obtener del mismo los medios de subsistencia. Debe destacarse que este requisito subjetivo obliga a considerar que la posesión precaria de tierras es una posesión directa y personal del sujeto con la cosa, es decir la relación entre el sujeto poseedor y la cosa poseída es personal, directa y existencial.

Por su parte dentro de las condiciones objetivas se exige que el terreno esté inscrito, a nombre de un tercero, en el Registro Público de la Propiedad, con lo cual aún se hace más evidente el que en este tipo de posesión agraria si se ha extinguido la distinción entre posesión de mala fe y posesión de buena fe dado que de una lectura del artículo 92 citado no se desprende otra cosa al no exigirse para la adquisición de la propiedad la misma.

Asimismo, también debe considerarse como requisito objetivo la realización de actos posesorios estables y efectivos, es decir, actos posesorios tendientes a la realización irremediable de actividad agraria, los cuales son aquellos que definimos en el capítulo referido a la posesión agraria en general. De igual modo debe considerarse como tal el requisito de la posesión por más de un año.

En el caso en que pueda estar comprendido un problema de posesión en precario, siempre que se haya de entablar una acción judicial, señala el artículo 94 de la Ley de Tierras y Colonizaciones, debe agotarse previamente la vía administrativa, de manera que los propietarios deberán presentar su reclamo ante el Instituto de Desarrollo Agrario, que es el ente encargado de buscarle la solución a los conflictos sobre posesión precaria de tierras. Al respecto, la jurisprudencia más reciente del Tribunal Superior Agrario ha establecido que este es un *requisito de procedibilidad,* de manera que cuando el juez, sea civil, penal o agrario, considerare que se puede ante un caso de posesión en precario, de oficio, debe ordenar archivar el expediente y no suspender los procedimientos. (Véase sentencia del Tribunal Superior Agrario número 341 de las dieciséis horas del treinta de mayo de mil novecientos ochenta y nueve, asimismo sentencia número 90 de las ocho horas del veintidós de junio de 1988).

Compete al Instituto de Desarrollo Agrario el comprobar la existencia de los requisitos señalados en el artículo 92 de la ley citada a efectos de declarar la existencia o no de la posesión precaria, para esto, cuenta el instituto citado con un plazo de tres meses a fin de pronunciarse sobre la declaratoria de posesión precario o no. Una vez que se haya declarado precarista al poseedor el instituto citado cuenta con un año a efectos de solucionar el conflicto entre poseedores y propietarios. En ambos casos ante el silencio o no declaratoria de conflicto o de no solucionado el mismo en el plazo correspondiente, debe agotarse la vía administrativa permitiendo a las partes acudir a la vía judicial.

Debe señalarse que aun y cuando el Instituto no se pronuncie, dentro de los tres meses señalados para ello, o cuando luego de declarado el conflicto de posesión en precario de tierras, el Instituto no soluciona el conflicto, (y con ello se permita a las partes el acudir ante los tribunales a aplicar la legislación común), el poseedor que cumpla con los requisitos del

artículo 92 citado debe ser considerado como poseedor en precario de tierras y aplicarse su normativa por encima y con exclusión de la civil, de manera que si en eventual caso tuviese posesión decenal podrá usucapir el fundo contra el propietario y sin necesidad de los requisitos de buena fe y justo título. Nuestros tribunales se han pronunciado en el mismo sentido, así veamos la sentencia número 341 de las dieciséis horas del treinta de mayo de mil novecientos ochenta y nueve cuando señala:

> "Es decir, aun y cuando el instituto no declarare el conflicto, por cuanto no se ha solicitado su intervención, o no solucione el conflicto luego de declarado este, **el sujeto que se encuentra en el inmueble inscrito a nombre de un tercero y cumpliendo los otros requisitos establecidos por el artículo 92 citado, es un poseedor en precario, que obtiene dicha calidad por realizar y estar en aquellas condiciones y no porque el Instituto de Desarrollo Agrario lo constituya en tal, con lo que la resolución que lo declara poseedor en precario es declarativa y no constitutiva,** se encuentra comprobado en autos que tal condición la ostenta el demandado, asimismo también se comprueba que el demandado es quien ha poseído el inmueble a reivindicar durante los últimos veinte años (véase prueba para mejor resolver solicitada, declaración de los testigos *Aurelio Padilla Rojas, Sigifredo Solís Ureña* a folios 205 a 208) con lo cual debe establecerse que el término de diez años para la prescripción positiva ha transcurrido dentro de la llamada *posesión en precario* ejercida por el demandado, lo que también le permite la adquisición de la propiedad (artículo 92, párrafo tercero, de la Ley de Tierras y Colonización) con lo cual procede declarar con lugar la excepción de prescripción positiva a favor del demandado y que ha sido propuesta por él así como la de prescripción negativa en contra de la actora, en lo que a la pretensión se refiere, revocando la sentencia apelada y declarando sin lugar en todos sus extremos la demanda" (lo destacado en letra negrilla no es de la sentencia citada).

El poseedor en precario que haya cumplido con la posesión decenal del bien en las condiciones establecidas por el tantas veces citado artículo 92 de la Ley de Tierras y Colonizaciones, por medio de diligencias de información posesoria, podrá optar por la adquisición del título formal como propietario mediante la inscripción registral de su propiedad, ya adquirida a través del modo de adquisición usucapión. Sobra decir que este es el único caso que estando el bien inscrito en el Registro Público procede la información posesoria, la cual, por las circunstancias de que deberá de incluirse una solicitud de nulidad de la inscripción anterior, tiene algunas diferencias con la común diligencia de jurisdicción voluntaria. En todos los demás casos en que exista prescripción positiva sobre un inmueble inscrito a nombre de un tercero en el Registro Público y no exista posesión precaria decenal, el trámite a seguir para la formalización registral de la propiedad del nuevo adquirente es mediante la vía del juicio ordinario mediante demanda al propietario, o en su caso, mediante reconvención en caso de que el demandado sea el poseedor.

En el caso de que exista un juicio de usurpación contra el sujeto poseedor, que ha sido declarado poseedor en precario, debe señalarse que en tal circunstancia, nos encontramos con una causa de exoneración del delito dado que la misma ley penal contiene las bases necesarias, a través del estado de necesidad, que determinan la inaplicabilidad de la ley penal, por otra parte no se puede castigar a quien ha adquirido un derecho con respecto al bien, por lo que el asunto deberá tramitarse en la vía agraria común es decir, a través de un juicio ordinario agrario, al no existir antijuridicidad en la adquisición de la posesión.

8. LA POSESIÓN AGRARIA ADQUIRIDA A TRAVÉS DE LA LEGISLACIÓN COMÚN. "POSESIÓN AGRARIA COMÚN"

La posesión sobre bienes con aptitud frugífera, adquirida mediante la legislación común y/o en la que el poseedor no reúne las condiciones subjetivas para ser considerado un posee-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

dor en precario, es también una posesión que debe calificarse como agraria.

Debe aclararse que existe una diferencia entre la posesión agraria como género con respecto a aquella posesión conocida como precaria, por lo menos en nuestro país, diferencia esta que es marcada por la regulación específica que establece nuestro derecho para la precaria, a diferencia de la que no es tal, *(la agraria común), como pasaremos a llamarla en lo sucesivo,* carece de una regulación al menos sistemática y diferente de la establecida para la posesión regulada en el Código Civil. Esta distinción, debe aclararse, es una distinción de Derecho Positivo, válida únicamente para nuestro particular caso en el cual, como sabemos, existe una regulación escasa de algunos de los institutos del Derecho Agrario, como sucede con la posesión agraria.

Entre la posesión agraria común y la posesión precaria de tierras existen varias diferencias, pero, la fundamental, puede decirse que es determinada por la existencia de una regulación propia y particular de la posesión precaria de tierras y la ausencia de una regulación similar para la posesión agraria común, debiéndose regular esta última por la normativa del Código Civil, sin embargo, debe llamarse la atención en el sentido de que ello no significa que carece de importancia el distinguir a la posesión agraria común en nuestro país pues si bien es cierto la misma se encuentra regulada en el Código Civil, es también cierto, que *está informada y modificada en cuanto a sus elementos y conceptos posesorios por la entera doctrina de la posesión agraria,* lo cual, como veremos más adelante, así se ha entendido en nuestros tribunales de justicia. Así los tribunales de justicia se han pronunciado al respecto en varias de sus resoluciones, pudiendo citarse entre ellas, la resolución del Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Primera, número 500 de las nueve horas del primero de julio de 1983, la cual en el considerando quinto, en lo conducente, señala:

> "De manera que, cuando se trata de un inmueble de importancia agrícola, titulado conforme a los lineamientos del Derecho Agrario, si el favorecido no opone la excepción de prescripción al reclamo del tercero, la vía ordinaria conduce a declarar el mejor derecho de este último, necesariamente".

Asimismo, la resolución del Juzgado Segundo Civil, número 273 de las dieciséis horas del diez de julio de mil novecientos ochenta y cuatro, cuando señala, en su considerando cuarto, en lo conducente que:

> "Al respecto cabe hacer notar que en el Derecho Agrario moderno el concepto clásico de acto posesorio, entendido como poder o relación de hecho de un sujeto sobre un bien (tierra), se modifica de manera sustancial, pues únicamente se considera tal, su racional y continua explotación económica que es conforme con su naturaleza productiva. Los actos posesorios agrarios, vienen definidos como aquellos que "sujetos a una secuencia determinada, desembocan forzosamente, en la realización de una actividad agrícola o pecuaria. Los demás actos ejecutados en el predio que no conduzcan de manera directa a ese objetivo, asumen carácter complementario de la posesión agraria en tanto integran instrumentalmente la explotación".

Para finalizar cabe citar las resoluciones del mismo Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Primera, de las catorce horas treinta minutos del siete de agosto de 1987 y del mismo Tribunal misma Sección número 507 de las nueve horas treinta y cinco minutos del primero de julio de 1983.

No puede olvidarse que los bienes agrarios están sometidos a un específico contenido en cuanto a su función social y que dicha función involucra el desarrollo de una actividad agraria eficiente y racional, tampoco puede negarse la existencia hoy del Derecho Agrario y su autonomía tanto procesal, científica legislativa y didáctica, con lo cual es obligatorio para todo juez el aplicar la legislación establecida en el Código Civil pero a través de la interpretación de la misma a la luz de las nuevas teorías agrarias al respecto.

La aplicación de la teoría de la posesión agraria, en aquello que no se oponga a la normativa establecida en el Código Civil debe de aplicarse a la hora de la resolución de los juicios agrarios por cuanto el juez tiene la obliga-

ción de adaptar, mediante la interpretación evolutiva del Derecho, la normativa existente a las necesidades de la Costa Rica de hoy. No puede esperarse la aplicación rígida de la interpretación de la normativa sobre posesión existente y promulgada en un código, que como el Civil, ha cumplido los cien años de existencia, pues la realidad de hoy no es la de la época precapitalista que conoció el legislador, y esto puede verse incluso en la misma jurisprudencia civil sobre posesión, la cual ha venido enriqueciendo nuestra normativa producto de la asimilación de las teorías modernas sobre posesión civil. Así pueden citarse las resoluciones del mismo Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Primera, el cual cuando no se habían instalado los juzgados y el Tribunal Superior Agrario resolvió los casos sobre posesión de bienes con capacidad productiva de acuerdo con nociones propias de la teoría de la posesión agraria y aplicando como doctrina los textos de Derecho Agrario publicados al efecto, las cuales se encuentran citadas en esta investigación, pero sería conveniente citar, además, del mismo Tribunal la número 71 de las ocho horas con cuarenta minutos del veintisiete de enero de 1988, en la cual, el Tribunal, establece una consideración respecto de una sentencia basada en el Código y doctrina civil, señala el Tribunal:

> "IV.—La representación de los demandados ha venido argumentando que el señor juez ha resuelto el presente asunto con evidente confusión de las disposiciones civiles y de las agrarias, inclusive haciendo cita de una jurisprudencia de la Sala de Casación que está referida a resolver una circunstancia en un juicio de carácter civil. *Considera este Tribunal que efectivamente, aunque la cita en mención tal vez no resulta muy feliz,* para el caso en concreto, en nada afecta el fondo de la cuestión discutida, como luego veremos".

La posesión agraria común se diferencia también de la precaria, en Costa Rica, por cuanto en la primera no entran en consideración los aspectos referidos a la relación directa, personal y existencial del sujeto con la cosa, tampoco se requiere el estado de necesidad para que exista y, como tiene una relación con la regulación civil sobre posesión, sí toma en cuenta los aspectos referidos a la buena fe y el justo título en lo referente a la usucapión o prescripción positiva, sin embargo, desde la perspectiva e interpretación dada por la teoría de la posesión agraria.

En efecto, para que exista posesión agraria común, el sujeto debe tener capacidad técnica para la realización de la actividad agraria, sin ella, si el bien es apto para la posesión agraria, habrá posesión civil pero no agraria. Asimismo para que exista posesión agraria común deben realizarse los actos que previamente hemos calificado como actos posesorios agrarios propiamente tales, los cuales pueden ser desarrollados tanto por el poseedor personalmente como por otro en su nombre y bajo su dirección. Son elementos a considerar por un juez, al encontrarnos ante un bien apto para la actividad agraria, a efectos de determinar la existencia de posesión o no, la realización de los actos posesorios agrarios propiamente tales, con lo cual el juez debe probar la posesión por elementos objetivos que le permitan con mayor certeza detectar la posesión de un bien, olvidándose un poco de los criterios subjetivos referidos a la intención.

Del mismo modo la existencia de la buena o mala fe deberá ser examinada por el juez, al tratarse de la posesión sobre un bien agrario, de acuerdo con los criterios objetivos de producción y realización de aquellos actos posesorios agrarios, tomando en consideración el carácter de la función social el cual ha sido mencionado ya en sentencias como la número 507 de las nueve horas treinta y cinco minutos del primero de julio de 1983, del Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Primera, en la que refiriéndose a un problema de nulidad de información posesoria señalan los jueces superiores: "...porque la ley se inscribe en la perspectiva del Derecho Agrario en este último, la llamada función social de la propiedad es criterio dominante que manda favorecer al que está en la tenencia del inmueble para hacerla producir, frente a la persona que la tiene inscrita, pero no trabaja en ella ni la explota diligentemente. Artículo 45 de la Constitución Política".

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Con respecto al título justo o título traslativo de dominio deberá tomarse en cuenta la posesión como el elemento presumidor de la presencia del título y volver a darle relevancia a la ocupación como modo de adquisición unilateral y originario de la posesión y título mismo en caso de posesión adquirida originariamente. Puede citarse al respecto la sentencia número 19 de la Sala Primera de la Corte de las catorce horas con treinta minutos del diecinueve de abril de 1983, en la que evolutivamente se señala lo siguiente con respecto al título traslativo de dominio o justo título:

> "En nuestro Derecho Civil, que sólo admite la usucapión ordinaria, hay sin embargo algunos casos en el hecho de la posesión se constituye en título. Así ocurre por ejemplo en el artículo 279, inciso 2), del Código Civil, que dispone que independientemente del derecho de propiedad se adquiere el de posesión, por el hecho de conservar la posesión por más de un año; en los artículos 281, 282, 283 y 854 ibídem, conforme a los cuales el hecho de la posesión hace presumir el derecho de poseer... Algo parecido ocurre con la usucapión en el Derecho Agrario, que no exige el justo título traslativo de dominio, artículos 92 y 101 de la Ley de Tierras y Colonización, de acuerdo con lo que se indicó en el final del considerando II".

Por otro lado es importante, dentro de esta perspectiva de la posesión agraria común la idea de que la posesión ha de ser real y efectiva. Así con respecto a la usurpación sobre bienes agrarios ha sido bastante aceptable la tesis de que siendo el bien jurídico tutelado en este delito la posesión, desde la perspectiva agraria si no ha existido en el ofendido una posesión real y efectiva sobre el bien usurpado no existirá la posibilidad de existencia del delito al no lesionarse el bien tutelado por medio de la conducta del imputado.

La importancia de la posesión agraria en nuestra jurisprudencia también ha sido sostenida por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia a efectos de determinar la legitimación activa del propietario a efectos de declarar con lugar una acción reivindicatoria, al efecto es oportuno indicar los conceptos que al efecto fueron esbozados en la sentencia número 230 de las dieciséis horas del veinte de julio del año mil novecientos noventa, cuando establece: "La propiedad agraria en la acción reivindicatoria, para que se configure el presupuesto de la legitimación activa, requiere necesariamente de la demostración por parte de quien reclama su titularidad de que por sí o por sus transmitentes, la ejerció cumpliendo con el destino económico del bien, que ejerció en ella actos posesorios tendientes a cultivarla y mejorarla, y que sobre el bien desarrolló una actividad empresarial..."

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

LA ZONA MARÍTIMO-TERRESTRE Y SU LEGISLACIÓN

MÁSTER ROXANA SALAZAR

BIENES DEL DOMINIO PÚBLICO

Nos referiremos a los bienes del dominio público, a fin de enmarcar, de manera general, los diferentes tipos de propiedad y los parámetros dentro de los cuales se desenvuelve la normativa especial sobre la zona marítimo-terrestre.

Se han definido como *cosas públicas* las que por ley están destinadas de un modo permanente a cualquier servicio de utilidad general y aquellas que de todos pueden aprovecharse por estar entregadas al uso público. Según el *Código Civil* todas las demás cosas son privadas y objeto de propiedad particular, aunque pertenezcan al Estado o a las municipalidades.

Nuestra jurisprudencia define como: *"cosas públicas o de dominio público,* de acuerdo con nuestro Ordenamiento jurídico, son las que están *destinadas al uso público,* como los caminos, los ríos, plazas, y también las que se hallen dedicadas a un servicio general, reguladas en sus propios rasgos distintivos de las privadas, por el Derecho Administrativo" (1976. Tribunal Superior Contencioso Administrativo, Nº 1851 de las 9,50 h del 5 de mayo).

Otra característica de las cosas públicas, como establece el artículo 262 del Código Civil, es que *están fuera del comercio* y no podrán entrar en él, mientras legalmente no se disponga así, separándolas del uso público a que estaban destinadas. El modo de usar o aprovecharse de las cosas públicas se rige por los respectivos reglamentos administrativos, pero las cuestiones que surjan entre particulares, sobre mejor derecho o preferencia de uso y aprovechamiento de las cosas públicas, serán resueltas por los tribunales. Los bienes del *dominio público* se hallan fuera del comercio, por el procedimiento de la *afectación.* Los bienes de dominio público se caracterizan además de incomerciables, por ser *inalienables, imprescriptibles e inembargables.*

JURISPRUDENCIA SOBRE BIENES PÚBLICOS

Incluimos jurisprudencia sobre los bienes públicos relacionados con el tema principal para tener claro qué son estos bienes:

"La posesión sobre las *cosas públicas* la ejercen los entes titulares del derecho por el uso o el servicio a la que la cosa está destinada o dedicada y los particulares no ejercen posesión

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

sobre esas cosas, ya que ni de hecho ni de derecho las tienen bajo su poder y voluntad, solo las pueden usar o disfrutar del servicio que prestan, conforme a la ley y a los reglamentos; así, cuando un camino o calle pública es cerrado, los interesados tienen el camino del procedimiento administrativo de reapertura o, en su caso, la vía contencioso administrativa cuando ésta proceda, mas no la interdictal posesoria, la cual versa sobre bienes de dominio privado". (1976. Tribunal Superior Contencioso Administrativo, Nº 1851, 5 de mayo).

"Los *bienes demaniales* son bienes caracterizados por ser inalienables, inembargables, sujetos al uso y servicio público a que han sido destinados, destino inmutable, al amparo de la permanencia de la necesidad que satisfacen y del derecho de todos al uso reconocido, conforme a las leyes y reglamentos administrativos; la salud, la seguridad de las personas, la especial protección de los niños, la recreación y el sano esparcimiento, la protección del medio ambiente natural y de los ambientes artificiales, y la estética y ornato de las ciudades y poblaciones, son bienes jurídicos de interés público y siempre han gozado de especial protección del Estado como uno de sus fines esenciales". (1981. Tribunal Superior Contencioso Administrativo, Sec. Primera, Nº 5579 de las 10,50 h del 25 de mayo).

En punto a las aguas, un recurso tan importante, encontramos en primer lugar que en el concepto de propiedad de las aguas, se establece que la propiedad de las aguas es del Estado, que las aguas son *bienes de uso público,* que existe el dominio público de las aguas, que su aprovechamiento se realiza de conformidad al interés social. Por supuesto, se prohíbe arrojar a las corrientes de agua, cualquier cosa que las contamine. Sin embargo, la realidad nos presenta un cuadro alarmante, las aguas son contaminadas con toda clase de desechos. Los ríos son los medios para evacuar aguas negras, industriales, basuras, etc. que terminan en el mar, con el deterioro inmediato de la vida marina, por ejemplo, los manglares que están siendo objeto de una degradación que afectará de manera directa las actividades pesqueras, una de las más importantes para el país. Vemos cómo conceptos tradicionales como *la propiedad de las aguas es del Estado,* son *bienes de uso público, dominio público* de las aguas, su aprovechamiento lo será conforme al *interés social,* aceptados tradicionalmente como parte de nuestra cultura jurídica, en el fondo nos llevan a que los bienes que tienen tal connotación, no reciban ninguna protección real. Los bienes que han sido cubiertos bajo estos conceptos son generalmente, las aguas, los bosques, el aire, la zona marítimo-terrestre, que actualmente se encuentran bajo una fuerte presión, producto de la degradación a que son sometidos. Son bienes que requieren de acciones inmediatas para su verdadera protección.

LA ZONA MARÍTIMO-TERRESTRE

Considerando que la zona costera es muy delicada, por cuanto en ella se encuentran concentrados gran cantidad de recursos naturales, pero asimismo es una zona económica de gran importancia, es necesario analizar esta legislación.

Información básica sobre la zona marítimo-terrestre.

La zona marítimo-terrestre es patrimonio nacional, pertenece al Estado y es inalienable e imprescriptible. Su vigilancia y administración está en manos del Instituto Costarricense de Turismo —ICT— y de las municipalidades de las zonas costeras. Éstas deben velar por el cumplimiento de las normas de la ley y uso de la zona marítimo terrestre y en especial de las áreas turísticas de los litorales.

La zona costera en este momento es una zona de alta explotación donde se desarrollan usos muy variados, y hasta incompatibles entre ellos. Igualmente es una fuente valiosa de recursos naturales. Los usos que se le den a las zonas tienen impacto directo sobre los recursos

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

marinos, por ejemplo, la destrucción de estuarios afecta la reproducción de los peces y mariscos, lo mismo que la contaminación del mar por fuentes terrestres, así podemos continuar indicando los efectos negativos que actividades terrestres ejercen sobre la zona marítimo-terrestre y por recursos marinos.

La *zona marítimo-terrestre* es definida como la franja de doscientos metros de ancho a todo lo largo de los litorales Atlántico y Pacífico de la República, cualquiera que sea su naturaleza, medidos horizontalmente a partir de la línea de la pleamar ordinaria y los terrenos y rocas que deje el mar en descubierto en la marea baja.

La zona marítimo-terrestre se compone de dos secciones:

1) *Zona pública,* que es la faja de cincuenta metros de ancho a partir de la pleamar ordinaria y las áreas que quedan al descubierto durante la marea baja; se incluye dentro de esta también todos los manglares de los litorales continentales e insulares y esteros del territorio nacional. En esta área es prohibido realizar cualquier tipo de construcción, esta área pertenece a todos los costarricenses, no puede cercarse, ni prohibirse su paso por ella.

2) *Zona restringida* constituida por la franja de los ciento cincuenta metros restantes o por los demás terrenos, en casos de islas. En esta parte se pueden levantar proyectos, deberán contar con el permiso de la municipalidad, que da una concesión por un plazo determinado.

Para determinar una adecuada utilización de la zona debe partirse de un ordenamiento del territorio, conforme a los usos que debe dársele a cada región fomentando un desarrollo económico que no perjudique los recursos naturales, puesto que estos se encontrarán en zonas distintas. La ley ha previsto la adecuada utilización de la ZMT con la aprobación de *planes reguladores,* en cuya formación participa la Dirección de Urbanismo del INVU, que es posteriormente aprobado por la municipalidad de la jurisdicción respectiva.

El *plan regulador* es el instrumento de planificación local que en un conjunto de plano, mapas, reglamentos y cualquier otro documento gráfico o suplemento, establece la política que permitirá la distribución y uso racional de la tierra de acuerdo con normas urbanísticas y reglas de distribución de la población, usos del suelo, vías de circulación, servicios públicos, facilidades comunales y construcciones.

En relación con los planes reguladores y la participación de la municipalidad, encontramos que esta normativa sufre de gran falta de eficacia y de vigilancia. Pero no solo en esto reside el problema de la zona costera, encontramos que las municipalidades, en la mayoría de los casos, no cuentan con recursos —humanos y financieros— para realizar el plan regulador y su control. También en las zonas costeras se presenta la situación, de que gran cantidad de terrenos están titulados a nombre de propietarios privados, lo que impide que la normativa de la zona marítimo-terrestre se aplique en esas zonas, que han sido excluidas expresamente por la ley. En algunos casos, la municipalidad de la jurisdicción, ha permitido construcciones incluso en la zona pública, con miras a percibir un canon anual, no importa que vaya en detrimento del ambiente o de nuestro patrimonio nacional.

En el caso del Refugio de Fauna Silvestre de Ostional, encontramos que cuando se ampliaron sus límites con el Decreto Ejecutivo Nº 16531-MAG, se presentó un problema con las zonas restringidas de la zona marítimo-terrestre, ya que se habían otorgado concesiones sobre ellas. Una empresa privada alegaba tener un derecho de concesión otorgado por la Municipalidad de Nicoya que, además, esa zona tenía un plan regulador, con fines turísticos. Esta concesión se vio afectada por dicho decreto. La Procuraduría ante una consulta de la Municipalidad de Nicoya manifestó que la compañía afectada debía continuar tramitando ante las autoridades de vida silvestre, para lograr el otorgamiento de los permisos para llevar a cabo su proyecto. Dicha compañía tiene planteado un recurso de inconstitucionalidad contra la ampliación del refugio.

Debemos indicar algunos de los problemas que existen en las zonas costeras de nuestro país, con el fin de puntualizar posibles necesidades a tomar en cuenta en caso de realizarse

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

un plan regulador. Entre los problemas que deben estudiarse en la zona costera se encuentran:

1) la falta de ordenación del territorio;
2) la falta de claridad de la competencia de los entes administrativos;
3) los efectos de los usos de aguas y tierras sobre las aguas marinas;
4) la destrucción de los manglares y estuarios;
5) el mal aprovechamiento de los recursos pesqueros;
6) la explotación irracional de estos recursos;
7) la inadecuada regulación de ciertas actividades como minería, turismo, transporte, etc.

JURISPRUDENCIA DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA SOBRE LA ZONA MARÍTIMO-TERRESTRE EN REFUGIOS DE FAUNA SILVESTRE

Debemos referirnos a la resolución emanada de la Procuraduría General de la República en que se analiza que los refugios no se regulan por la normativa que existe para la zona marítimo-terrestre. Según lo dispone el artículo 73 de la Ley de la Zona Marítimo-Terrestre, Ley 6043, los *refugios* forman parte del *concepto de reservas equivalentes,* excluyéndose la administración municipal de estas áreas. Ahora bien, sería un contrasentido suponer que la anterior exclusión significa que ya *no es necesario elaborar un plan regulador* para la zona marítimo terrestre comprendida en un refugio y su área de influencia, es decir, el refugio en su totalidad. Dicho plan se mantiene como una necesidad y una obligación legal, solo que ahora le corresponde realizarlo a la Dirección General Forestal (o al ente administrativo que corresponda), debiendo ser un *plan de manejo* que implique mayores controles en atención a las consideraciones de creación del refugio. El *plan de manejo* del área protegida por supuesto debe comprender un plan regulador, que defina la zonificación o uso del suelo dentro del refugio, además, determine los lineamientos de manejo del área. Ese *plan de manejo* es la planificación total del manejo y administración del refugio.

La Procuraduría General de la República ante una consulta de la Dirección General Forestal sobre la delimitación del concepto de reservas equivalentes de la Ley sobre la Zona Marítimo-Terrestre se ha manifestado de la siguiente manera:

1) Si bien técnicamente se ha dado a la expresión "reservas equivalentes" connotaciones más restringidas, en nuestro Ordenamiento jurídico y, en concreto en la Ley sobre Zona Marítimo-Terrestre, se ha utilizado para aludir a todas las áreas silvestres protegidas, junto con los parques nacionales que conforman el patrimonio forestal del Estado: reservas biológicas, zonas protectoras, reservas forestales y refugios nacionales de fauna silvestre, las cuales, con carácter inalienables e inembargables, están sometidos a planes específicos de manejo público que garanticen la adecuada protección, conservación y uso racional de los recursos, para un desarrollo sostenido.

2) Que las zonas marítimo terrestres incluidas en dichas áreas no se rigen por la Ley de la Zona Marítimo-Terrestre, sino por la Ley Forestal.

3) Consecuentemente, la DGF tiene la administración exclusiva respecto a las mismas cuando se refieren a reservas forestales, zonas protectoras y refugios nacionales de fauna silvestre (estos a través de su Departamento de Vida Silvestre), administración que ejerce en todo caso, al calificar las áreas de aptitud forestal (o estar dada la calificación por ley o mediante decreto) e incorporarse automáticamente al patrimonio forestal del Estado.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

4) El Poder Ejecutivo ejerce la facultad de establecer reservas forestales, zonas protectoras y refugios de fauna silvestre en todo el territorio nacional, comprendida la zona marítimo-terrestre.

Se debe resaltar que, aunque en un refugio no rige la legislación de la zona marítimo terrestre, las comunidades aledañas, en la misma zona costera, sí están sometidas a estas regulaciones, por lo que su protección y manejo está sometido al plan regulador. Además, la zona pública, localizada o no dentro de un refugio, *sigue siendo un bien demanial o bien público,* que continúa en manos del Estado. De manera similar sucede con la denominada zona restringida, su ocupación no otorga ningún derecho, se puede utilizar por concesión, pero nunca titular.

Las categorías de *zona pública* y *zona restringida* pareciera que no son utilizables en el caso de un refugio. En esta situación la normativa que rige es la *Ley de Aguas* (Nº 276) que establece que son de propiedad nacional: *las playas y zonas marítimas.* En el artículo 69 se indica que por *zona marítima* se entiende el espacio de las costas de la República que baña el mar en su flujo y reflujo y los terrenos inmediatos hasta la distancia de una *milla o sean mil seiscientos setenta y dos metros,* contados desde la línea que marque la marea alta. Esta zona marítima se extiende también por las márgenes de los ríos hasta el sitio en que sean navegables o se hagan sensibles las mareas, con un ancho de doscientos metros desde cada orilla, contados desde la línea que marque la marea alta.

La zona marítimo-terrestre, cualquiera sea su regulación, es un *bien de dominio público,* que por ley está destinado de un modo permanente a cualquier servicio de utilidad general, y de que todos pueden aprovecharse por estar entregadas al uso público (artículo 261, Código Civil).

En la resolución número 447-91 (recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de la Zona Marítimo-Terrestre) la Sala Constitucional dijo: "En nuestro medio, con toda claridad desde el siglo pasado se ha reconocido el carácter público de esa franja, como una prolongación de la propiedad del Estado en la zona marina adyacente al territorio nacional, en la que ejerce su soberanía. Sería una tarea que excede el propósito de esta resolución señalar los antecedentes normativos que recogen el carácter de 'cosa pública' de la zona marítimo-terrestre, que no hacen más que plasmar con carácter mandatario algo que la misma doctrina ha aceptado como un *'destino natural'* dadas las particularidades de las playas y costas, otorgándoles a estos, entonces, un *destino de afectación".*

SITUACIÓN ACTUAL

El principal problema que se nos presenta es lograr establecer una balanza entre los diferentes usos y un equilibrio entre uso y protección. Para determinar una adecuada utilización de la zona debe partirse de una adecuada planificación, conforme a los usos que debe dársele a cada región fomentando un desarrollo económico que no perjudique los recursos naturales, puesto que estos se encontrarán en zonas distintas.

Con base en los principios constitucionales, los recursos y riquezas naturales existentes en las aguas nacionales, en el suelo y el subsuelo son patrimonio nacional. Se cuenta con varios problemas legales, que podemos indicar de la siguiente manera:

1) se carece de controles claros sobre las actividades en el medio marino; la infraestructura existente no permite ejercer verdaderos controles;

2) la estructura administrativa vigente presenta gran descoordinación entre los organis-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

mos encargados del sector; no existen programas conjuntos para lograr un mejor uso y administración de la zona costera; falta delimitación clara sobre las zonas costeras en relación con la competencia de cada uno de los organismos en determinadas jurisdicciones;

3) la normativa no contempla la capacitación ambiental de los funcionarios, incluyendo los guardias rurales, y menos de los ciudadanos;
4) tanto los usuarios como los administradores desconocen la naturaleza y alcance de la normativa vigente;
5) no existe una planificación sobre el uso del recurso desde las esferas públicas;
6) faltan regulaciones sobre la contaminación e información sobre los efectos de la contaminación de las aguas cercanas a la costa;
7) ciertas áreas —como estuarios, manglares, arrecifes, desembocaduras— o actividades como la pesca deportiva carecen de la legislación adecuada.

ACTIVIDADES DE UN MANEJO COSTERO

Para lograr la verdadera protección de nuestra zona costera se debería al menos partir de las siguientes recomendaciones:

Primera.

Delimitar el uso actual de la zona marítimo terrestre en relación con su explotación en la distribución espacial. Debe incluirse un análisis de casos específicos que sirvan para ilustrar los problemas alrededor del recurso.

Segunda.

Identificar los entes administrativos y sus funciones en relación con la zona marítimo-terrestre. Se debe determinar la eficacia de los controles existentes determinados en la legislación.

Tercera.

Analizar la legislación vigente aplicable —general o específica— para determinar su eficacia y determinar contradicciones o vacíos.

Cuarta.

Estudiar las políticas y ejecuciones de las instituciones, determinando su fundamentación, con el fin de relacionar la gestión ambiental con los problemas existentes.

Quinta.

Elaborar un proyecto de plan de manejo costero que incluya las necesidades reales, basado en una ordenación territorial.

* * *

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

LA HISTORIA Y EL DERECHO. SU PROBLEMÁTICA

LIC. BERNY ARIAS HIDALGO

A. EL DERECHO COMO MANIFESTACIÓN CULTURAL

El derecho es consubstancial al hombre, como ser gregario y político (en el sentido aristotélico) que es. Este ha creado Derecho desde los albores del paleolítico, pues siendo un animal estructurado psíquicamente para hacer vida en sociedad, su alternativa desde un principio fue la de aprender a regir toda su vida en relación con los demás; esto es, creando un sistema de reglas de las cuales no tuvo necesariamente conciencia y que le permitieran la viabilidad de una vida en comunidad.

Podríamos por ello afirmar, parangoneando a Newton que, el Derecho ha existido en todos los estadios de la evolución humana, a pesar de la ignorancia del hombre acerca de su incuestionable presencia, pues no importa que éste tenga o no conciencia de su existencia; lo cierto es que se le impone desde fuera, le subyuga y le sujeta en todos los órdenes de la vida, sin necesidad de que esté escrito, promulgado o más aún, sin necesidad siquiera de que haya la intención de su instrumentalización. Ciertamente a través de la prehistoria, por ejemplo el hombre precategorial no tuvo conciencia de la norma jurídica, pues su adaptación al ambiente se dio en una forma "cuasi-animal", sin cuestionarse el mundo circundante, sin someter a juicios valorativos ninguna de sus actuaciones. Sin embargo, no por ello hubo ausencia de la "res" jurídica en aquellos lejanos días.

En todo caso lo que realmente importa, es que, independientemente del grado de civilización alcanzado, más aún, sin que importe su nivel cultural, cada pueblo en cada época y en todas las latitudes del globo, ha tenido un especial y peculiar sistema de normas —indispensables por lo demás—; por medio de las cuales ha regulado la caza, la propiedad mueble e inmueble, el apareamiento y hasta la muerte y el más allá.

Cabe preguntarse aquí, ¿cuál es la fuente primigenia de este concepto que no por intangible dejará de ser tan real y que ahora nos preocupe tan señaladamente?

La respuesta tentativa es que posiblemente tan singular acontecimiento debió de brotar espontáneamente, desde el propio instante en que dos hombres en su sentido genérico, se encontraron uno frente al otro, allí en ese momento hubo necesidad de definir su vida de relación, esto es, la sujeción o la contienda, lo mío y lo tuyo, la obediencia y el mando. Por ello se afirmó al inicio, que en su más lleno y prosaico sentido, el Derecho es consubstancial al ser humano, y que sin importar lo rudimentario de sus concepciones, ha estado acompañándolo

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

desde aquel instante en que se separó en su cadena evolutiva del simio, y lo va a seguir regulando en su ignoto viaje a las estrellas. Es en resumen un producto exclusivamente humano, a la vez manifestación cultural de espontánea e indispensable presencia.

B. ALGUNAS CONSIDERACIONES FILOSÓFICAS SOBRE LA HISTORIA DEL DERECHO

Nos dice el gran filósofo del Derecho Carl Joachim Friedrich en su obra La Filosofía del Derecho, que este es "historia congelada" y agrega que "en un sentido elemental todo lo que estudiamos, cuando estudiamos derecho es la narración de un acontecimiento histórico, y toda la historia consiste en relatos o testimonios de esta clase".[1]

La anterior afirmación del ilustre iusfilósofo alemán, nos pone de relieve en todo su esplendor, la íntima y esencial relación que entrelaza la historia y el Derecho. Ambos conceptos son las dos caras de una misma realidad, la historia engloba al Derecho y esta a su vez, no es concebible sin aquél. Por ello es ciertamente innecesario discurrir sobre la importancia de los textos históricos en lo que a la comprensión de la ley se refiere; el nexo es tan íntimo y tan obvio, que no requiere mayor esfuerzo para aceptarlo. Sin embargo es necesario decir que un buen abogado es inconcebible sin la perspectiva histórica tanto de una historia general del Derecho, como de una visión conceptual y retrospectiva de su propio Derecho nacional.

La Historia del Derecho no es la letra muerta como el lego conceptúa un problema que no entiende por el contrario, es la fuente indispensable de donde emergen las presentes instituciones que no comprenderíamos en su praxis actual, si desconocemos su génesis evolutiva. No sin cierta razón, por lo menos en lo que al Derecho Privado respecta, se ha afirmado que el Derecho Romano lo contiene todo, y que la producción posterior medieval, renacentista y moderna, en este campo no es más que notas al margen. Tal vez ello sea exagerado, pero lo cierto es que gran parte de la obra de los grandes juristas contemporáneos —a partir de la Revolución Francesa—; se basa precisamente en lo que dijeron u omitieron los jurisconsultos romanos. Y que decir de la tutela e influencia que el citado derecho ha ejercido en buena parte de Europa, y por extensión en nuestra América de habla hispana sobre todo en el período colonial o a través del Derecho Español.

Por lo anterior es que se considera indispensable para el jurista de cualquier época, el abocarse si quiere presumir de tal a una auscultación sincera y sostenida del pasado jurídico, de su realidad presente, o de lo contrario correrá el riesgo de ser superado por el peso innegable de unas normas jurídicas y de un sistema, del cual ignora su más vital esencia. Pero no solo es el jurista quien debe abordar en el devenir del presente jurídico para comprender la realidad en que se desenvuelve sino que además, el historiador está sometido y obligado a idéntica perspectiva, pues tal y como quedó dicho, la historia es inconcebible sin el Derecho y es por lo demás evidente que: "Ni la historia medieval ni la moderna se hubieran podido escribir sin prestar cuidadosa atención a las instituciones legales. Desde el feudalismo hasta el capitalismo, desde la Carta Magna hasta las instituciones de la Europa contempo-

1. FRIEDRICH, Carl Joachim, *La Filosofía del Derecho*, **Revista del Fondo de Cultura Económica**, primera edición en español, 1964, pág. 331.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ránea, el historiador en cada vuelta da con el Derecho como un factor decisivo".[2]

En resumen, debe quedar claro que, la importancia del estudio de la historia del Derecho, no requiere de presentación, es evidente por sí mismo y constituye uno de los pilares fundamentales en que se asienta toda la estructura jurídica de una nación en una determinada época. De allí que para el futuro abogado o para todo aquel que por una u otra razón incursione en el campo de la juridicidad le es indispensable comenzar por tratar de formarse una sólida base historiográfica del derecho, tanto del nacional como general, para de allí partir hacia el manejo y comprensión de todo el andamiaje jurídico que constituye la realidad de los modernos Estados.

No resta más que concluir este acápite, con las sabias palabras de Oliver Wendel Holmes, las cuales tienen la virtud de la elocuencia, sin que precisen de inútiles explicaciones "Las necesidades sentidas en cada época, las teorías morales y políticas dominantes, instituciones de política pública, declaradas o inconscientes, incluso los perjuicios que los jueces comparten con sus conciudadanos, tiene mucho más que ver que el silogismo, en la determinación de las reglas por las cuales deberían gobernarse los hombres. El Derecho encarna la historia del desarrollo de una nación en el transcurso de muchos siglos y no puede recibir el mismo trato que si no contuviere más que los axiomas y corolarios de un libro de matemáticas. Para saber lo que es, hemos de saber lo que ha sido, y lo que tiende a ser de nuevo".[3]

C. LA HISTORIA: SU CONCEPCIÓN TRADICIONAL Y REALIDAD PRESENTE

Todavía en los primeros lustros del presente siglo, el panorama historiográfico estaba dominado por una serie de concepciones heredadas del siglo diecinueve. Estas concepciones o esta categorización de la historia, que dominó a través de toda la centuria pasada y que desgraciadamente aún perdura como lastre decimonónico en la enseñanza universitaria y sobre todo en la secundaria, se denomina hoy en día, bajo las categorías indistintas de: historia historizante, historia singular, historia lineal de los hechos singulares, también llamada historia episódica.

Es decir, estas conceptualizaciones historiográficas conciben el estudio de la historia, como simple relato de hechos lineales episódicos, con una explicación de los mismos a nivel superficial, pero sin profundizar en la última esencia y estructura de cada uno de ellos, mirando únicamente la cúspide, pero ignorando toda la concepción estructural de su base.

Así encuadrados dentro de estas categorías encontramos definiciones de la historia tales como: "Relatos de los hechos ocurridos en la vida del hombre desde el pasado hasta el presente", o "ciencias que se interesen por el porqué de los acontecimientos importantes ocurridos en relación al hombre", o aquella otra de "ciencias de interpretación de hechos históricos importantes que trata de encontrar su significado en el presente", etc.

La misión del historiador en esa concepción, consistiría entonces en establecer a partir de documentos los "hechos históricos", individualizados estos, coordinarlos y finalmente exponerlos en forma coherente. Profundizando

2. FRIEDRICH, Carl Joachim, *op. cit.*, pág. 332.

3. HOLMES, Oliver Wendel, *The Conmo Law*, TEA, Buenos Aires, 1881, pág. 1.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

un poco más, hay que decir que en esta tradición, *"hechos históricos"* serían aquellos "singulares e individuales que no se repiten, los cuales deberían ser recogidos por el historiador en forma total, objetiva sin escoger entre ellos; viéndolos como la materia de la historia que existiría ya latente en los documentos antes de que el historiador se ocupase de ellos. Su ordenación en una cadena lineal de causas y consecuencias constituiría la síntesis, la interpretación de los hechos estudiados. Estos hechos históricos serían siempre de carácter político, diplomático o militar".[4]

Esta idea o aprehensión del hecho histórico, como algo único e irrepetible está hoy día superada, y superada también la concepción de encuadrar únicamente dentro del marco histórico susceptible de estudio, hechos de carácter militar o político. Ciertamente aún en nuestros días las "historias" de cualquier época están constituidas únicamente por "relatos" de batallas, rebeliones, guerras, revoluciones, etc.

Dejando fuera del ojo auscultador del historiador todo el universo de la macrohistoria, sus ciclos de mediana y larga duración, estructuras, coyunturas, recurrencias, etc.

CH. DIRECCIONES ACTUALES DE LA HISTORIA. DE LA HISTORIA EPISÓDICA A LA HISTORIA ESTRUCTURAL

La historia moderna se orienta hacia el estudio de campos muy específicos que antes estuvieron fuera del foco del estudioso de esta ciencia especial. Hoy día ya no se hace historia lineal sino transversal, ya no interesa el hecho "histórico", "único" e "irreproductible", sino la recurrencia cíclica de éstos. Ya no interesa la concepción estática, sino dinámica en el campo de la historiografía.

En este orden de cosas el objeto del historiador en nuestro tiempo, está centrado en el estudio de las "estructuras" y los "ciclos coyunturales"; hoy día su atención está puesta en los "hechos recurrentes", así como por aquellos singulares, por las realidades conscientes, así como por aquellos de las cuales los contemporáneos no tienen conciencia necesariamente. Ejemplo los ciclos coyunturales de larga duración. Estructura y coyuntura son conceptos ligados, se contraponen en relación dialéctica, la existencia de uno presupone e implica la presencia del otro. De su observación, de su ligazón debe salir la explicación histórica".[5]

La estructura alude fundamentalmente a lo que podríamos denominar permanencias o sea, precisando más el término aquello que cambie lentamente. Son los datos relativamente estables de una economía; su concepto privilegia la idea de estabilidad relativa. Es pues en síntesis el marco dentro del cual se mueve su otro correspondiente dialéctico, sea la coyuntura. Así tenemos que, a un marco estructural determinado, corresponde un tipo de coyuntura igualmente específico.

La coyuntura privilegia las ideas del movimiento, es el aspecto dinámico del marco estructural, es el conjunto de fuerzas que mueven como si dijéramos subterráneamente la historia como un todo. Conjunto de alzas y bajas, flujos y reflejos, hechos cíclicos, recurrencias, crisis, expansión, recesión e inflación, etc.

---

4. CARDOSO, I.S. Ciro, *Metodología y técnicas de la historia demográfica, económica y social*, U. de C.R., Departamento de Historia y Geografía, 173.

5. CARDOSO, I.S. Ciro, *op. cit.*, pág. 30.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

La coyuntura se compone esencialmente de tres ritmos:

A) Corta duración: Son aquellos movimientos de tipo estacional o cualquier movimiento regular de duración inferior a un año.

B) Ciclo económico decenal e intradecenal: Este posee a su vez dos fases, expansión y depresión. Así el momento en que se interrumpe la expansión se llama crisis.

C) La larga duración: Oscila entre diez y veinte años, ciclo de difícil observación para el no "iniciado" realidad inconsciente la mayoría de las veces, solo detectable gracias a procedimientos tales como la estadística, la computación, cuantificación, etc.

Este punto de la cuantificación reviste extraordinaria importancia para la investigación histórica hoy en día, es uno de los medios más eficaces con que cuenta el científico para rastrear y determinar secuencias de hechos históricos, que de otro modo pasarían inadvertidos.

Al respecto nos dice el historiador Cardoso lo siguiente: "Con la cuantificación la concepción histórica tradicional se derrumba, pues su objeto el hecho histórico singular deja de dominar el horizonte del historiador. Este se interesa ahora en captar las pulsaciones, los ciclos de larga y corta duración de la vida económica, sus efectos sociales u otros. Hoy día la historia se mueve no sólo en el nivel de los acontecimientos de la historia episódica que se mueven en el tiempo corto, sino que estudia el nivel intermedio de la historia coyuntural cuyo ritmo es más lento y el nivel profundo de la historia estructural de larga duración".[6]

Hechas las anteriores disgregaciones sobre el panorama que domina hoy día el horizonte historiográfico, pasaremos al tema del Derecho en la prehistoria; pero con la convicción de que esa visión retrospectiva y un tanto esquemática que se acaba de hacer es absolutamente indispensable para poder entrar de lleno al estudio de una época dada. Ciertamente en nuestra opinión no es posible entrar directamente al examen de la génesis evolutiva del derecho sin antes tener un panorama más o menos actual, de los problemas de la ciencia histórica moderna, su metodología, logros y aspiraciones.

Por lo anterior se ha insertado la explicación somera de la materia que constituye hoy día el objetivo de la historiografía para que el estudiante adquiera una más cabal comprensión de su realidad actual en la esperanza de que ella le permitirá una mejor comprensión de lo que es por ahora nuestro objetivo primordial: la historia del Derecho.

6. CARDOSO, I.S. Ciro, *op. cit.*, pág. 3.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

PROCESO, DEMOCRACIA Y HUMANIZACIÓN[1]

LIC. JUAN MARCOS RIVERO SÁNCHEZ
Profesor Universidad de Costa Rica

SUMARIO

Pág.

A. Racionalidad procesal y humanización 86

B. El significado de humanizar el proceso 87
   1. Proceso y dignidad 87
   2. Proceso y vida moderna 88
   3. El hombre frente al proceso 88

C. Humanización y comunicación forense 89

D. Se requiere una concreta humanidad 90

E. Una cuestión de legitimación 91

F. Humanización y derechos humanos 92

G. El trasfondo socioeconómico de la humanización 93
   1. La transformación del Estado liberal 93
   2. La diversidad de la sociedad moderna 94
   3. La masificación de la justicia 94

H. Criterios mínimos para humanizar el proceso 94
   1. Personalización 95
   2. Tecnificación 95
   3. Principios conducentes a la humanización 96
   4. Sencillez de formas y rapidez de los procedimientos 98
   5. Instrucción de la población 99

I. A manera de conclusión 99

1. Ponencia presentada al Seminario Internacional de Derecho Comparado denominado: "Ziviljustizsysteme, Zivilgerichtsverfahren und Juristenberufe im internationalen Vergleich", dirigido por los profesores *Dr. Peter Guilles* y *Dr. Takeshi Kojima* y que tuvo lugar en la ciudad de Frankfurt a.M. en los meses de enero y febrero de 1992.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

A. RACIONALIDAD PROCESAL Y HUMANIZACIÓN

Repetidamente se ha señalado [2] que cuando una persona es lesionada en sus intereses puede adoptar una de las siguientes reacciones: a) resignarse, b) repeler la agresión o agravio con sus propias fuerzas, c) imponer al supuesto agresor la propia solución del conflicto —o plegarse a la de aquél, si se está en posición de inferioridad— y d) confiar la decisión del pleito a un tercero imparcial. Resignación, autotutela, autocomposición y heterocomposición son en consecuencia distintas respuestas a un mismo problema: el de la insatisfacción de una o más personas debida a la vulneración de sus intereses jurídicos.[3] Con todo la resignación no entraña en realidad ninguna solución, dado que el daño causado no encuentra reparación. Significa una continuación —e incluso agravación—, de la injusticia, pues el agraviado renuncia a la posibilidad de hacer valer sus derechos. La autotutela conduce por su parte a excesos indeseables, por lo que se encuentra hoy en general rigurosamente prohibida, salvo en los casos de excepción expresamente previstos por el Ordenamiento jurídico. La autocomposición puede dar entrada a soluciones egoístas, impuestas por la superioridad de medios de una de las partes. La heterocomposición, en cambio, se basa en la idea de introducir criterios de equidad, mesura y racionalidad en la solución de un conflicto. Aquí se está ante la figura del arbitraje si son las mismas partes interesadas las que se ponen de acuerdo para designar al tercero que habrá de resolver la controversia y se someten a su decisión. Pero si el tercero es un funcionario nombrado por el Estado conforme a la Constitución y las leyes, dotado de competencia general para resolver un número indeterminado de casos y con potestad de imponer sus decisiones, se estará propiamente ante un proceso.[4] Mucho se ha discutido sobre la contribución real que presta el proceso a la solución de los conflictos sociales. No es extraño que los funcionarios de la administración de justicia le asignen un papel preponderante en esta tarea, en tanto que sociólogos, sicólogos [5] e incluso algunos juristas cuestionen dicha valoración.[6] No obstante, existe acuerdo en la idea de que la invención del proceso marca un decisivo progreso de las relaciones humanas y de la cultura en general,[7] por cuanto pone a disposición de los hombres un mecanismo *racional* para la solución de los conflictos sociales. El carácter racional del proceso se revela en la circunstancia de que pone fin a los métodos violentos, abusivos o egoístas de solución de los conflictos que se presentan en la comunidad y *fuerza* [8] a las partes en desacuerdo a que

---

2. Véase en este sentido: FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *La humanización del proceso*, en: Towards a justice with human face. The first international congress on the law of civil procedure, Kluwer-Antwerpen/Deventer, 1978, p. 191. En igual sentido ver: GUILLES, Peter, *Optisches Zivilprozeßrecht*, Herne/Berlin, Verlag Neue Wirtschafts-Briefe, 1977, Schaubild Nr. 1.

3. Así, FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *op. cit.*, p. 191.

4. *Ibidem*, pp. 191-192.

5. Ver así: GOTTWALD, Peter, *Die Bewältigung privater Konflikte im gerichtlichen Verfahren*, en: Zeitschrift für Zivilprozeßrecht, volumen 95, cuaderno 3, julio de 1982, p. 245.

6. Es común que los juristas en la actualidad se cuestionen si los procedimientos judiciales son efectivamente adecuados para la solución de los conflictos privados, si existe efectivamente un libre acceso a los tribunales de justicia para todos, etc. Ver así: GOTTWALD, Peter, *op. cit.*, s. 246.

7. Así GOTTWALD, Peter, *op. cit.*, s. 247. En igual sentido: JAUERNIG, Othmar, *Zivilprozeßrecht*, 23 edición, München, Editorial C.H. Beck, 1991, s. 2.

8. Es claro que de conformidad con el principio dispositivo las partes pueden decidir si someten o no la controversia que afecte sus intereses privados a conocimiento de los tribunales y pueden del mismo modo terminar el proceso *anormalmente*, por medio de una transacción o conciliación. Pero en el tanto en que las partes estén vinculadas por un litigio ante los tribunales de justicia, se encuentran *sometidas* a la específica racionalidad procesal.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ventilen sus diferencias por medio de la *exposición ordenada* de los hechos y el derecho que asiste a cada una, a fin de que pueda el juez tomar la decisión adecuada a la litis.[9] En la apuntada racionalidad del proceso se revela también su carácter humanizante: se trata de un instrumento hecho por los seres humanos para la solución de problemas humanos. Resulta entonces indispensable indagar si, por qué y en qué sentido resulta todavía necesario hablar de humanización del proceso.

B. EL SIGNIFICADO DE HUMANIZAR EL PROCESO

Cuando se habla de humanizar el proceso debe tenerse cuidado de no confundir las diversas acepciones que en la literatura jurídica se ligan a este término. En realidad es posible distinguir con claridad tres significados diversos de esta palabra: 1) Humanizar significa *respetar* la dignidad humana en el proceso; 2) humanizar es *actualizar* el proceso para adecuarlo a la vida moderna; 3) humanizar es *acercar* el proceso al ser humano.

1. Proceso y dignidad.

La humanización del proceso se presenta, primeramente, como antítesis de la barbarie, de la crueldad, del menosprecio de la persona humana y de su dignidad.[10] Se trata en realidad de una vieja exigencia. Originariamente deben buscarse sus raíces en los primeros movimientos culturales tendientes a la mitigación de los excesos perpetrados en los procesos penales en contra de las personas a ellos sometidas. En la obra de *Beccaria* se encuentra por lo demás uno de los primeros —y principales— intentos por hacer del proceso algo humano en el sentido apuntado.[11] La idea de un proceso en que se respete la dignidad al lado de garantías procesales básicas como la del derecho a ser oído en juicio goza hoy en día de reconocimiento internacional, como lo confirman los preceptos —preferentemente orientados a lo penal, pero que encuentran también aplicación en el terreno del proceso civil—,[12] contenidos en los artículos 5 y 10 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre,[13] 3 y 6 de la Convención Europea para la Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales[14] y 8.1 de la Convención Americana

9. Sobre el carácter humanizador del proceso, ver en este sentido: GELSI BIDART, Adolfo, *La humanización del proceso*, en: Towards a justice with human face, *op. cit.*, p. 249.

10. Así: FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *op. cit.*, p. 196.

11. Ver así: CALAMANDREI, *"Prefazione" a la obra de Beccaria, "Dei delitti e delle pene"*, 2 ed. Firenze, Felice Le monnier, 1950, pp. 73 y s. Citado también por FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *op. cit.*, p. 196.

12. *Ibídem*, p. 204.

13. Art. 5: "Ninguna persona será sometida a tortura ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes".
Art. 10: "Toda persona tiene derecho, en régimen de igualdad, a que su causa sea oída equitativa y públicamente por un tribunal independiente e imparcial, que decidirá ya de sus derechos y obligaciones, ya del fundamento de toda acusación dirigida contra aquella en materia penal".

14. Art. 3: "Nadie puede ser sometido a torturas ni a penas o tratamientos inhumanos o degradantes".
Art. 6: "Toda persona tiene derecho a que su causa sea vista equitativa y públicamente y en plazo razonable por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá por medio de respuestas sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil, sea sobre el fundamento de toda acusación en materia penal dirigida contra ella. El juicio debe ser hecho públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o una parte del proceso, en interés de la moralidad, del orden público, o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso lo exigen o en la medida juzgada estrictamente necesaria por el tribunal cuando en circunstancias especiales, la publicidad implicaría inconvenientes a los intereses de la justicia".

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

sobre Derechos Humanos, también llamada Pacto de San José de Costa Rica.[15]

2. Proceso y vida moderna.

En un segundo sentido humanizar significa tanto como actualizar el proceso para adaptarlo a las necesidades y características de la vida humana de hoy.[16] El problema básico a resolver aquí es el del carácter *retrasado* del proceso. Se hace énfasis en el hecho de que el código procesal debe adecuarse a los adelantos de la vida moderna a fin de que no venga a menos su carácter funcional. En este sentido se habla de humanización, por ejemplo, en el nuevo Código Procesal costarricense.[17]

3. El hombre frente al proceso.

Humanizar en sentido estricto significa crear *una justicia con rostro humano.*[18] Con ello se pretende dar una respuesta al problema de la conformación del proceso y en general de la actividad judicial como una enorme, anónima, despersonalizada, extraña, lejana, fría, burocrática y deshumanizada maquinaria, cuya manera de ser y funcionamiento escapa a la inteligencia y comprensión del hombre común y entierra su confianza en el aparato judicial.[19] El elevado tecnicismo y abstracción del lenguaje jurídico, el excesivo formalismo y la enorme duración de los litigios, convierten al proceso en un laberinto intimidatorio, que se asemeja, por lo desconcertante, al proceso kafkiano.[20] Esta situación puede inducir a muchos a tolerar el agravio sufrido, antes que acudir a los tribunales en procura de una reparación. Ello origina en la población un *malestar,*[21] en el sentido en que *Freud* introdujo el término en la literatura científica, es decir, como descontento o insatisfacción con un fenómeno social. El origen de este malestar *en* (e incluso *dentro* de), la administración de justicia se relaciona con *el olvido del factor humano* en los procedimientos judiciales.[22] La humanización en sentido estricto es, pues, una reacción en contra de ese olvido. Como ya lo observara *Wassermann,*[23] es necesario que la justicia se torne más humana, comprensible y accesible.

Las observaciones que siguen se refieren, en general, al postulado de la humanización procesal en el sentido estricto que se le ha dado aquí a la palabra.[24]

---

15. Art. 8.1: "Toda persona tiene derecho a ser oída, con las garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral o de cualquier otro carácter".

16. Ver por ejemplo: SENTIS MELENDO, *"Humanización del proceso"*, en: "Estudios de Derecho Procesal", Buenos Aires, EJEA, I, 1967, pp. 219 y ss. (También citado por FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *La humanización del proceso, op. cit.*, p. 197.

17. La Comisión Redactora estimó en este sentido que: "Adecuando los mecanismos procesales a la vida humana de hoy se humaniza el proceso; así, los nuevos medios de prueba documentales, la inclusión de los informes entre los medios de prueba, la posibilidad del uso de la taquigrafía, la grabación, e incluso las computadoras y la televisión, constituyen, entre otros, aspectos de la vida humana actual, que, al ser incorporados al proceso, logran conseguir su humanización". Ver así: Comisión Redactora del Proyecto de Código Procesal Civil, exposición de motivos, San José, Costa Rica, Corte Suprema de Justicia, edición mimeografiada, 1989, p. 25.

18. Así: WASSERMANN, Rudolf, *Justiz mit menschlichem Antlitz-Die Humanisierung des Gerichtsverfahrens als Verfassugsgebot*, en Menschen vor Gericht, Neuwied und Darmstadt, Editorial Hermann Luchterhand, 1979, p. 13. En igual sentido: GUILLES, Peter, *Die Berufung in Zivilgerichtliche Instanzenordnung*, en: Humane Justiz, Die deutschen Landesberichte zum ersten Internationalen Kongreß für Zivilzprozeßrecth in Gent 1977, Kronberg, Editorial Athenäum, 1977, p. 147. También: WENZEL, Gehard, *Menschlichere Justiz, Deutsche Richterzeitung*, 1980, p. 161.

19. WASSERMANN, *op. cit.*, p. 16.

20. Ver en este sentido FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *La humanización del proceso, op. cit.*, p. 197, quien a su vez hace referencia a las observaciones de SENTIS MELENDO.

21. Véase así: WASSERMANN, *op. cit.*, p. 17. En igual sentido: GOTTWALD, *op. cit.*, p. 250.

22. WASSERMANN, *op. cit.*, p. 17.

23. *Ibidem*, p. 21.

24. Es decir, como lucha contra el olvido del factor humano en el proceso.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

C. HUMANIZACIÓN Y COMUNICACIÓN FORENSE

Distanciamiento, incomprensibilidad, formalismo, burocratismo y lentitud, son reclamos que de ordinario se le hacen a la administración de justicia cuando se aborda el tema de la humanización del proceso. Pero también se hace necesario tomar aquí en consideración el problema del alejamiento del conflicto de los actores originales merced a la intervención del aparato judicial. A través del proceso se sustrae el conflicto del terreno estrictamente privado y es profesionalizado y racionalizado gracias a la intervención de abogados y jueces.[25] Y este conflicto racionalizado y profesionalizado tiene a menudo poco que ver con el originario enfrentamiento emocional de las partes. El litigio se convierte así en un *metaconflicto.*[26] Como bien ha sido apuntado,[27] tan pronto como se mira el litigio desde una *perspectiva jurídica,* termina el diálogo real entre las partes: No son estas las que se enfrentan en realidad en los tribunales, sino sus abogados. Todos estos factores dificultan, a veces de manera duradera, la comunicación procesal. En efecto, el hecho de que ante los tribunales intervengan sujetos en diversas posiciones, ya sea de parte o de autoridad convierte al proceso en un *sistema de comunicación,* en el que se intercambian diversas informaciones a través del lenguaje,[28] circunstancia ésta que se acentúa en el contencioso, por la contraposición de intereses que en él tiene lugar. Como la adecuada defensa de estos intereses depende de la habilidad de las partes y de sus abogados para orientarse adecuadamente en el sistema de comunicación judicial, no es entonces una casualidad el que se estime actualmente que la tarea principal de la humanización consista en hacer del diálogo una realidad en el proceso, por medio de una efectiva participación de todos los sujetos que en él intervienen.[29] Es en este sentido que la comunicación forense se considera como el problema central de la humanización del proceso.[30] No es por lo demás extraño que uno de los principales obstáculos que se oponen a esta tarea sea de carácter lingüístico. El alto grado de especialización del lenguaje jurídico, el carácter arcaico que de ordinario presenta o las inversiones del significado ordinario de las palabras a las que es también a veces propenso, lo hace entendible, en tesis de principio, tan sólo para los juristas. Para la comprensión del común de las gentes representa una barrera infranqueable.[31] Con razón se ha hablado repetidamente del carácter *antidemocrático* de la terminología jurídica,[32] en cuanto deja a las personas comunes a merced de los juristas, esto es, sin posibilidad real de comprender lo que se hace en el proceso ni de intervenir efectivamente en él. La posibilidad de crear una terminología jurídica cercana al pueblo o de comprensión general ha sido puesta repetidamente en duda. Ello debido a la dificultad de regular un mundo altamente complejo como el moderno con un derecho

25. Así: GOTTWALD, *op. cit.*, p. 248.

26. *Ibídem*, p. 248.

27. *Ibídem*, p. 248.

28. Así: WASSERMANN, *op. cit.*, p. 33. También: GELSI BIDART, *op. cit.*, p. 264.

29. Ver: GELSI BIDART, *op. cit.*, p. 264: "En consecuencia, la humanización radica en acentuar la necesaria estructura dialogal del proceso, para que todos los sujetos participen realmente en el desarrollo progresivo del mismo y constituyan efectivamente una comunidad jurídica (sujetos que colaboran en la determinación de la situación jurídica y de la solución de derecho que la misma plantea)".

30. Así, WASSERMANN, *op. cit.*, p. 25.

31. Ver: MENNE, Heinz, *Sprachbarriere und Rationalisierung im Zivilprozeß, Zeitschrift für Zivilprozeß*, 88 (1975), p. 263.

32. *Ibídem*, p. 34.

BIBLIOTE
CORTE SUPREMA DE JUSTI

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

simple o, incluso, simplista. La naturaleza altamente abstracta de las modernas leyes, en las que se vierten conceptos cada vez más técnicos, es una exigencia de nuestros días. No parece posible, por otra parte, el desarrollo de la ciencia jurídica sin un lenguaje científico adecuado a sus necesidades de expresión. Pero lo dicho no excluye que el postulado de la humanización le imponga al juez el deber de expresarse de la manera más clara posible, de forma tal que todos aquellos que intervienen en el proceso puedan entender cabalmente el contenido esencial de sus resoluciones.[33] Ello conduce a dar preferencia, siempre que sea posible, al empleo de palabras de uso común, las que, a diferencia de la terminología técnica, pueden ser comprendidas por el común de las gentes. Dicho deber, que rige en cada una de las etapas procesales, cobra particular importancia en el momento de dictar sentencia, donde la finalidad de decir el derecho que corresponde a cada quién sólo queda plenamente cumplida en la medida en que la decisión del juez sea comprendida por todos.

D. SE REQUIERE UNA CONCRETA HUMANIDAD

La preocupación por hacer del hombre el centro de la especulación jurídica —calificada como "humanismo jurídico"—,[34] debe en consecuencia conducir aquí hacia una reglamentación del proceso de conformidad con la realidad, naturaleza y condición concretas del hombre. No debe confundirse el humanismo jurídico que aquí que se pregona con el antropocentrismo hermético, que considera como valioso para el Ordenamiento jurídico tan sólo al hombre y sus intereses, descuidando con ello el valor intrínseco de la naturaleza y del ambiente. Contra este carácter antropocéntrico, que domina lamentablemente parte de la doctrina jurídica, ha reaccionado con vigor el relativamente moderno Derecho Ambiental. Lo que interesa es más bien resaltar la circunstancia de que el proceso se debe adaptar al hombre y no éste a aquél. La condición y naturaleza humana son conceptos que no ha inventado el legislador. Este puede regularlos y desarrollarlos en los respectivos textos legales, mas no así alterarlos. Las normas jurídicas que no toman en cuenta esto acusan de inmediato una pérdida de significado y eficacia. El problema consiste en determinar cuáles son las concretas características del hombre que deben ser tomadas en consideración para la reglamentación del proceso. Es cierto que existe un cúmulo de caracteres que determinan de manera más o menos general la vida del hombre moderno, tales como la constante tecnificación, la rapidez con que acontecen los cambios en los diversos terrenos del actuar humano y la consecuente sensación de inseguridad vital que de ello deriva.[35] Estos caracteres deben ser ciertamente objeto de análisis.[36] Pero al lado de ellos deben valorarse las concretas situaciones sociales y culturales en que viven los sujetos destinatarios del Ordenamiento jurídico, pues ellas determinan la forma en que los hombres perciben la realidad, así como su

33. *Ibídem*, p. 34.

34. Así: GELSI BIDART, *op. cit.*, p. 247.

35. *Ibídem*, p. 253.

36. La Comisión Redactora del nuevo Código Procesal Civil costarricense se pronunció significativamente en favor de tomar en cuenta algunos de estos caracteres generales de la vida humana en la nueva reglamentación. Señala en este sentido que "Adecuando los mecanismos procesales a la vida humana de hoy se humaniza el proceso; así, los nuevos medios de prueba documentales, la inclusión de los informes entre los medios de prueba, la posibilidad de uso de la taquigrafía, la grabación, e incluso las computadoras y la televisión, constituyen, entre otros, aspectos de la vida humana actual, que al ser incorporados al proceso, logran conseguir su humanización". Ver así: Comisión Redactora del Proyecto de Código Procesal Civil, exposición de motivos, *op. cit.*, p. 25.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

lenguaje y comportamientos. La sociología del conocimiento y especialmente la teoría de la realidad como construcción social, ponen de manifiesto la circunstancia de que la interacción de los hombres con su entorno social, es decir con la familia, escuela, trabajo, etc., fija la forma en que estos perciben la realidad.[37] No es extraño, en consecuencia, que también la posibilidad de participar de manera eficaz en el diálogo judicial esté condicionada por la pertenencia a un determinado grupo social.[38] Por ello se ha señalado que el juez, en el momento de conducir el debate o de redactar las resoluciones judiciales, debe tener siempre presente el componente humano concreto que es destinatario de sus comportamientos.[39] De acuerdo con el postulado de la humanización puede afirmarse entonces que el juez sólo procede adecuadamente en la medida en que tenga presente la capacidad de comprensión del destinatario de sus actuaciones y resoluciones.[40] Pero estas observaciones son además una advertencia para el legislador, en el sentido de que éste debe evitar por todos los medios posibles el caer en la trampa de copiar acríticamente legislaciones extranjeras, generalmente europeas, sin tomar en cuenta la realidad sociocultural propia. Este es un problema muy extendido en los distintos países latinoamericanos, en los que la técnica de copiar codificaciones es vista, ilusoriamente, como factor de modernización. Y finalmente la advertencia vale también para el procesalista teórico, pues también los institutos dogmáticos responden a las realidades socioeconómicas de los países en que han sido elaborados, por lo que la conveniencia de aplicarlos en diversos contextos debe ser siempre analizada a partir del efecto que puedan tener en el componente humano nacional. En síntesis, tanto jueces, legisladores, abogados o teóricos del Derecho deben tener presente que la transferencia de conocimiento y, en lo que aquí interesa, del conocimiento jurídico, no es nunca un fenómeno *ideológicamente* neutral. En realidad toda ley, sentencia o construcción doctrinaria se apoya en un determinado modelo social,[41] el cual refleja el conjunto de representaciones que las instancias encargadas de crear, aplicar o interpretar el Derecho se forman de los hombres, la sociedad y el Estado.[42] La medida en que las instituciones procesales van a tener eco en la población es, por otra parte, algo que atañe directamente al carácter democrático de un Estado.

Oficina Defensor de los Habitantes
Goicoechea
San José, Costa Rica

E. UNA CUESTIÓN DE LEGITIMACIÓN

El fenómeno de la deshumanización implica que la administración de justicia pierde *funcionalidad.* Este problema no puede pasarse por alto, ya que se traduce en una falta de legi-

37. Ver así: BERGER-LUCKMAN, *Die gesellschaftliche Konstruktion der Wirklichkeit-Eine Theorie der Wissenssoziologie,* 1969. En igual sentido: KÜBLER, Friedrich, *Über die praktischen Aufgaben zeitgemäßer Privatrechtstheorie,* Karlsruhe, 1975, p. 24.

38. WASSERMANN, *op. cit.*, p. 34.

39. *Ibídem,* p. 34.

40. *Ibídem,* p. 34.

41. La introducción del concepto de modelo social se debe en buena parte al artículo del *Prof. Franz Wieacker* intitulado: *"Das sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft"*, el cual fue publicado por primera vez en el año 1953. Actualmente se encuentra recopilado en el libro del mismo autor denominado: *"Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung"*, Frankfurt a.M., 1974, pp. 9 y ss.

42. Ver así: WESTERMANN, Harm Peter, *Sonderprivatrechliche Sozialmodelle und das allgemeine Privatrecht,* en: Archiv für die civilistische Praxis, 178 (1978), p. 158.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

timación,[43] entendida aquí en el sentido que le atribuyó *Max Weber* al término, esto es, como explicación del porqué y bajo qué circunstancias la estructura y sistema del orden social existente es aceptado o al menos tolerado por los sujetos y grupos que lo constituyen y se posibilita su existencia misma.[44] El concepto de legitimación es en realidad una palabra clave de la sociología política, que designa la base de confianza sin la cual la estructura del orden social y de las instituciones que lo componen no son capaces de mantenerse y desarrollarse.[45] En tanto que la facultad de juzgar fue atribución exclusiva de un monarca o gobernante impuesto al y colocado sobre el pueblo, bien poco podría importar lo que los subordinados pudieran pensar sobre la forma de impartir justicia.[46] La progresiva democratización de los poderes del Estado, sin embargo, obligó a desechar el aislamiento en que estaba colocado el titular de la potestad de decir el derecho con respecto a la sociedad. A partir de este momento pasa a ser base fundamental de la administración de justicia la confianza que el común de los hombres deposite en ella y la opinión que los integrantes de la sociedad se formen sobre su idoneidad para cumplir adecuadamente el encargo social que le ha sido confiado. Será indispensable en adelante que la administración de justicia encuentre *eco* en la conciencia del pueblo. Con ello no se quiere decir que los tribunales estén compelidos a acceder a todo lo que reclamen los diversos componentes del complejo social, porque ello equivaldría claramente a sacrificar la imparcialidad que debe caracterizar su actuación y funcionamiento.[47] Se trata, por una parte, de remover todo aquello que la hace extraña y ajena al modo de ser del común de los hombres. Pero sobre todo importa aquí hacer realidad en lo que concierne al Poder Judicial el postulado democrático de participación efectiva.

F. HUMANIZACIÓN Y DERECHOS HUMANOS

El reconocimiento por parte del Estado y de la comunidad internacional de la dignidad del hombre se manifiesta históricamente en la elaboración de diversas *tipologías* de derechos humanos, las cuales se han incorporado al cuerpo normativo de las Constituciones de varios países, o han sido adoptadas en tratados o declaraciones internacionales. Este reconocimiento implica, desde una perspectiva estrictamente procesal, el deber de reglamentar el proceso de forma tal que la dignidad humana no resulte menoscabada. Pero debe también hacerse notar, que los derechos humanos traen a escena al *hombre concreto,* con sus aspiraciones y necesidades. Es éste el que es portador del valor de la dignidad y titular de esos derechos fundamentales, nunca un ser ideal o abstracto. Los derechos humanos introducen así un punto de conexión entre el sistema jurídico y la realidad humana a la que éste debe servir,[48] provocando así el deber de humanizar el derecho por medio de la valoración,

43. Así, WASSERMANN, *op. cit.*, p. 18.

44. Así: WEBER, Max, *Wirtschaft und gesellschaft,* 4 edición, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), vol. II, 1956, pp. 551 y ss.

45. Ver: KÜBLER, Friedrich, *op. cit.*, p. 28.

46. Así: WASSERMANN, *op. cit.*, p. 18.

47. *Ibídem,* p. 20.

48. GELSI BIDART, Antonio, *Para la humanización del proceso penal,* ponencia presentada *"Un Codice Tipo di Procedura Penal per l'America Latina, incontro preparatorio"*, Roma, 1990, p. 4.

no del hombre abstracto, sino del ser humano de carne y hueso, en las situaciones en que éste se encuentre. En lo que toca a las situaciones procesales se sigue de lo anterior el deber de regular y conducir el proceso en un *estilo humano*, interpretando las normas, cuando ello sea necesario, de conformidad con lo que convenga a la humanización del proceso.

G. EL TRASFONDO SOCIOECONÓMICO DE LA HUMANIZACIÓN

La necesidad de humanizar el proceso, haciéndolo más comprensible y cercano al hombre común, se ha incrementado gracias a la aparición de tres fenómenos que pueden observarse en los ordenamientos jurídicos no sólo de los países industrializados sino también de los que se encuentran en vías de desarrollo.

1. La transformación del Estado liberal.

La transformación del Estado liberal en un Estado social de Derecho es un fenómeno complejo, que se presenta con diversos matices según sea el contexto sociopolítico en que haya tenido lugar. Interesa mencionar aquí solamente el hecho, ya destacado por otros,[49] de que esa transformación se ha acompañado normalmente de una fuerte movilización popular, principalmente de clases o grupos sociales antaño marginados o discriminados, los cuales demandan una mayor participación en la distribución de la riqueza y una mayor democratización de la vida colectiva.[50] Estos movimientos generaron una crisis de legitimación del Estado liberal, que conduce a la aparición de la legislación de carácter *social*.[51] Esta persigue, en general, una *igualdad real* de todos los miembros del conglomerado social, lo que se trata de lograr otorgándole a las personas menos favorecidas social o económicamente un número determinado de derechos, de los que carecían en las leyes de corte liberal, orientadas hacia el principio de igualdad formal. La circunstancia de que los sujetos beneficiados con esta legislación deban acudir a la administración de justicia en procura de protección para sus derechos implica una constante presencia en los tribunales de los sectores que integran por lo general el grueso de la población. Estas personas esperan una respuesta judicial concreta, sencilla, libre de formalismos y complicaciones innecesarias y sobre todo rápida, a sus pretensiones. En última instancia se trata de aspectos en los que están en juego aspectos básicos para la subsistencia del individuo: techo, trabajo, etc. La administración de justicia se encuentra así ante un desafío, porque debe garantizar a la población destinataria de la nueva legislación la posibilidad de hacer valer efectivamente sus derechos y a la vez tiene que mostrarse como la sede idónea para resolver los nuevos problemas.

---

49. Así: DE SOUSA SANTOS, Boaventura, *La participaçao popular na administraçao da justiça nos países capitalistas democráticos*, en *A participaçao popular na administraçao da justiça*, Lisboa, Livros Horizonte, 1982, p. 90.

50. *Ibidem*.

51. Costa Rica no constituye en cuanto a este punto una excepción. En efecto, las tres crisis mundiales que han tenido lugar en el siglo 20 (la Primera Guerra Mundial —1914-1918—, la Depresión que se originó en 1929 y la Segunda Guerra Mundial —1939-1945—), tuvieron un efecto decisivo para la economía costarricense y alteraron de manera general el curso político y social del país. El modelo del Estado liberal se haría entonces insuficiente para dar respuesta a todos los desafíos que la nueva época traía consigo. La exigencia de cambio, que es sentida en todos los campos, tuvo una clara manifestación en el aspecto jurídico, principalmente con la promulgación del Código de Trabajo, la incorporación de una sección de garantías sociales en la Constitución Política de 1871 y la adopción de un nuevo texto constitucional en 1949. Sobre el punto ver: GUTIÉRREZ, Carlos José, *El funcionamiento del sistema jurídico*, San José, Costa Rica, Editorial Juricentro, 1979, pp. 47-48.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

2. La diversidad de la sociedad moderna.

La sociedad moderna se caracteriza cada vez más por la diversidad de sus componentes. Representantes de los más distintos intereses étnicos, políticos, económicos, culturales, religiosos, nacionales, etc. conviven en las grandes ciudades, fenómeno éste que tiende hacia la formación de la *ciudad universal.*[52] La convergencia de esos componentes sociales ante los tribunales de justicia representa un desafío para el sistema de comunicación procesal, el cual se ve compelido a armonizar los distintos universos significativos y constelaciones de valor de que aquellos son portadores en los canales comunes de diálogo que representan los diversos procedimientos judiciales.

3. La masificación de la justicia.

Cappelletti ha señalado[53] que la sociedad moderna se caracteriza por la presencia de fenómenos que tienen lugar en masa, como la producción, intercambio y consumo de bienes y servicios, todo lo cual genera una masiva conflictividad. El crecimiento de la litigiosidad produce la saturación de los tribunales de justicia, los que, gracias al masivo reclamo de sus servicios, tienden a burocratizarse. Con ello se fomenta el alejamiento de la administración de justicia del ciudadano común.

Las medidas que persiguen la simplificación de los procedimientos y en general, la creación de una justicia más próxima al hombre común, son una respuesta a los tres fenómenos antes enunciados.

H. CRITERIOS MÍNIMOS PARA HUMANIZAR EL PROCESO

Debe aclararse que no existen *recetas* absolutas para hacer del postulado de la humanización una realidad. Más bien debe tenerse presente que la selección y adopción de medidas concretas depende de las características y requerimientos propios de cada Ordenamiento jurídico. Con todo, es posible señalar algunos *criterios generales,* cuya observancia *conjunta* puede mejorar, en tesis de principio, el diálogo forense y darle al proceso un carácter más humano.

Así, por ejemplo, en el Primer Congreso Internacional de Derecho Procesal Civil, que tuvo por tema precisamente el de la creación de "una justicia con rostro humano", celebrado en 1978 en Gent, Bélgica, se consideró que el postulado de la humanización implica la creación de procedimientos orales, eliminación de formalidades innecesarias, simplificación de la ley sustantiva, asegurarle una debida publicidad a las audiencias orales, procurar la comparecencia personal de los litigantes a dichas audiencias y en general establecer procedimientos de conciliación y mediación.[54]

En diversos ordenamientos jurídicos europeos y especialmente en la República Federal Alemana se ha considerado además que el postulado de la humanización supone la realización efectiva de diversas aspiraciones, tales como: a) Protección jurídica igual para todos, b) igualdad real de oportunidades para las partes en el proceso, c) facilitación del acceso a la justicia, d) mejoramiento de la información relacionada con los mecanismos de protección jurídica, e) eliminación de las barreras de comunicación en el proceso, f) introducción de

52. Así: CAPPELLETTI, Mauro, *Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile,* en : **Rivista di Diritto Processuale,** Padova, Cedam-Casa editrice Dott. Antonio Milani, volume XXX (II serie), Anno 1975, p. 366.

53. CAPPELLETTI, *op. cit.,* p. 365.

54. Así: The First International Congress on the Law of Civil Procedure, "Towards a justice with human face", Summary Report, *op. cit.,* p. 526.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

una mayor transparencia y claridad en el proceso, g) aumento de las oportunidades de participación individual en el proceso, h) aceleración y simplificación de los procedimientos, i) aumento de la eficiencia procedimental y j) disminución de los costos privados y sociales de la protección jurídica.[55]

Interesa ahora hacer especial referencia a algunos aspectos que se estiman de particular interés para lograr la constitución de un proceso humano.

1. Personalización.

Se trata de promover la intervención personal y directa de todos aquellos que intervienen en el proceso, a fin de convertirlos en verdaderos protagonistas del litigio y combatir su alejamiento y desinterés en él.[56] La imagen macabra de un proceso en el que los litigantes se comunican tan sólo por medio de una computadora que a la vez es la encargada de resolver el litigio, es la antítesis por excelencia de un proceso humano. Se requiere en este sentido un aumento efectivo de las oportunidades de participación personal en todas las etapas procesales. Uno de los principales obstáculos que se presenta en este punto es, como ya ha sido puesto de manifiesto, la tendencia a delegar en otros la propia actuación, ya sea por medio del apoderamiento de las partes[57] o la delegación del juez en sus funcionarios.[58]

2. Tecnificación.

La introducción de un mayor grado de humanización supone, en segundo término, la tecnificación del proceso, criterio éste que conlleva dos exigencias diversas. En primer lugar implica un mejoramiento de las aptitudes personales del juez para dirigir y conducir el proceso en un *estilo dialogal.*[59] Resulta indispensable que el juzgador conozca en cierta medida las contribuciones que algunas disciplinas metajurídicas como la sicología, la sociología, la lingüística, la medicina, etc. han hecho y hacen para el entendimiento de los procesos de comunicación humana. Por otro lado se hace necesaria la tecnificación *jurídica* del proceso.[60] Esta exigencia, en cuanto a las partes, se traduce en la necesidad de la defensa técnica de sus intereses —o asistencia letrada—, lo que vale tanto como desechar la posibilidad de defenderse por sí mismo en un litigio, sin ser profesional en derecho.[61] En cuanto al Tribunal, según un sector de la doctrina,[62] que estimamos correcto, supone su integración por profesionales en leyes, capaces de dirigir y orientar el diálogo forense de manera adecuada y no por peritos en diversas materias. La tecnifica-

---

55. GILLES, Peter, *Die Berufung...*, *op. cit.*, p. 148.

56. Así: GELSI BIDART, *La humanización del proceso*, *op. cit.*, p. 262.

57. Se ha señalado que el apoderamiento de las partes responde a la necesidad de tecnificar el proceso y que no es incompatible con el principio de personalización, siempre y cuando se admita la convocatoria de las partes para: a) su interrogatorio, b) procurar la reconstrucción de los hechos en todo aquello en que las partes concuerdan y c) la solución consensional del conflicto. Así lo afirma expresamente GELSI BIDART, *La humanización del proceso*, *op. cit.*, pp. 262-263. En este aspecto, "La humanización consiste en dar intervención directa y personal a quienes pueden —inmejorablemente— relatar los hechos transcurridos, confrontando (y superando) las disidencias al respecto y promoviendo soluciones que contemplen todos los aspectos del problema, como sólo los interesados en el caso, con la autoridad imparcial promotora de la justicia, pueden tomar en cuenta", *ibídem*, p. 263.

58. "En relación con el Tribunal, personalizar significa tanto como judicializar, vale decir, imponer la actuación del hombre-juez y no su actuación a través del juez delegado del Colegio o, lo que es peor, del Tribunal por medio de funcionarios de la oficina". Así: GELSI BIDART, *La humanización del proceso*, *op. cit.*, p. 263.

59. Así: WASSERMANN, *op. cit.*, p. 29.

60. Así: GELSI BIDART, *La humanización del proceso*, p. 263.

61. *Ibídem*, p. 263.

62. *Ibídem*, p. 263.

ción procesal, así entendida, se opone por lo demás a la existencia del llamado jurado popular.[63] Con todo, no falta quien considere que la presencia de *jueces populares* es un factor de humanización.[64] No obstante, debe recalcarse que la tecnificación del tribunal es garantía de que el litigio será resuelto por conocedores de la ley, según criterios elaborados por la ciencia jurídica, lo que conduce a un mayor grado de objetividad y certeza en la aplicación del derecho y decisión de la controversia.[65] Objetividad y certeza que como antítesis de la arbitrariedad, conducen a una mejor solución del problema humano que se revela en el litigio.[66] Pero resulta indispensable recalcar aquí que la tecnificación del proceso, si no va acompañada de un aumento efectivo de las posibilidades de participación personal de las partes puede más bien contribuir a la deshumanización, al convertir al litigio, como ya se indicó, en un *metaconflicto.* Debe recordarse una vez más que la humanización resulta sólo de la observancia *conjunta* de los criterios que tienden a realizarla, no de la aplicación dogmática de uno sólo de ellos.

3. Principios conducentes a la humanización.

Debe además subrayarse la importancia que para la tarea de humanizar el proceso tiene la observancia coordinada y armónica de determinados principios. Se trata aquí de la oralidad, inmediación, y concentración. En efecto, la introducción de la oralidad en el proceso es tendencia generalizada en muchos ordenamientos jurídicos modernos. Se trata de un principio que, históricamente considerado, es reflejo del modelo procesal liberal.[67] En su sentido más puro significa que sólo lo que haya sido expuesto y presentado oralmente en el debate puede ser admitido como fundamento de la sentencia.[68] Originalmente se pretendió con este postulado:[69] 1) evitar que la parte que no supiera leer o escribir resultara perjudicada, 2) conceder a las partes la oportunidad de discutir y rebatir verbalmente todo aquello que se relacione con el litigio ante el tribunal competente, 3) acelerar el curso del proceso y 4) otorgar a la opinión pública la oportunidad de controlar la actividad de los tribunales de justicia (en este sentido es el principio de publicidad hermano de la oralidad). En la actualidad no se discute si debe ser un proceso totalmente escrito o totalmente verbal. Ambas posiciones extremas resultan inaceptables. Contra la conveniencia de concebir un proceso totalmente escrito hablan fundamentalmente dos razones: a) la lentitud y pesadez con que transcurren los procedimientos escritos[70] y b) que el mero intercambio de opiniones por escrito va en detri-

---

63. *Ibídem*, p. 263.

64. Así: DE LIMA CLUNY, Pedro, *O Juiz popular-Factor de humanizaçao*, en: *A participaçao popular na administraçao da justiça, op. cit.*, pp. 57 y ss.

65. No en vano se ha señalado que el éxito de la humanización del Poder Judicial depende esencialmente de las cualidades y facultades del órgano encargado de decir el derecho. "La calidad de la judicatura fomenta la de la administración de justicia". Así WOLF, Manfred, *Ausbildung, Auswahl und Emennung der Richter*, en: *Humane Justiz, op. cit.*, p. 73.

66. Ver en este sentido: GELSI BIDART, Adolfo, *Intervención en el diálogo sobre el Código Penal-modelo para Iberoamérica*, en: Un "Codice tipo" di procedura penale per l'America Latina, incontro preparatorio, Roma, Consiglio Nazionale delle Ricerche, progetto Italia-America Latina, 1990, p. 205: "La sentencia es un acto técnico-jurídico que no ha de encomendarse a quienes carecen de formación al respecto y que, además, con mayor facilidad que el juez togado, pueden sucumbir a tentaciones de parcialidad".

67. Así: WASSERMANN, *Der soziale Zivilprozeß, Neuwied und Darmstadt, Luchterhand*, 1978, p. 41.

68. Así: BAUMANN, Jürgen, *Grundbegriffe und Verfahrensprinzipien des Zivilprozeßrechts*, 2 edición, Stuttgart, Editorial W. Kohlhammer, 1979, p. 55. En igual sentido: ARENS, Peter, *Zivilprozeßrecht*, 4 edición, München, Editorial C.H. Beck, 1988, p. 17.

69. Así: BAUMAN, Jürgen, *op. cit.*, p. 55.

70. Así: JAUERNIG, *op. cit.*, p. 88.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

mento de una fluida comunicación procesal.[71] A la existencia de un proceso totalmente oral se oponen las siguientes circunstancias:[72] a) que resulta imposible que el juez retenga en la memoria los detalles de todos y cada uno de los muy variados litigios que se presentan a su consideración, circunstancia esta que se agrava por la duración de los procesos que en la mayoría de los casos es bastante considerable, b) la posibilidad de que se introduzca un margen de inseguridad en el proceso en lo concerniente a la ejecución y contenido de las diversas actuaciones de los sujetos procesales así como de las resoluciones judiciales, c) que no es aconsejable una desvalorización total de la prueba documental, como sucedería en caso de una aplicación irrestricta del principio de publicidad y d) que en la fase ejecutiva del proceso la importancia y utilidad de la oralidad decrece, cuando no desaparece por entero.[73] Por ello se orientan los derechos procesales modernos hacia un sistema mixto: preparación escrita y debate oral.[74] Se trata, por tanto, de determinar qué segmentos del proceso conviene desarrollarlos en forma escrita y cuáles otros en forma oral. Con todo, no debe ponerse hoy en duda que la introducción de la oralidad, a través del establecimiento de un debate oral, contribuye en gran medida a mejorar el sistema de comunicación procesal, pues supone el contacto directo de cuantas personas intervienen en el litigio. En este sentido apunta la posibilidad de exponer verbalmente los hechos y el derecho propios y rebatir de igual forma los del contrario, así como la oportunidad de eliminar las contradicciones y falta de claridad que se puedan presentar en el discurso de los sujetos procesales sin pérdida de tiempo.[75] Todo ello le impone a la discusión agilidad y rapidez. Además no debe perderse de vista en este sentido que gracias a la oralidad puede formarse el juez una impresión directa de los intervinientes en el proceso, así como de la disposición de ánimo y cualidades éticas con que éstos actúan.[76] La existencia de procesos totalmente escritos contraviene por tanto el postulado de la humanización. Incluso la doctrina ha llegado a afirmar que *"la humanización del proceso escrito no puede consistir sino en sustituirlo in totum por el proceso oral..."*,[77] manifestación ésta que debe entenderse, no en el sentido de establecer un proceso absolutamente oral, por las inconveniencias apuntadas, sino más bien como llamado al establecimiento de una fase de juicio oral. Por lo demás, el adecuado funcionamiento del principio de la oralidad supone normalmente: 1) Inmediación. Se trata de que el juzgador entre en contacto directo, íntimo e inmediato con las alegaciones y material probatorio que sean presentados en el debate, de que *hable directamente* con los partícipes de la litis, a fin de que recoja de esta forma las impresiones que habrán de determinar su ánimo y plasmarse luego en sentencia.[78] Por ello el principio de la inmediación debe regir dos momentos diversos: el de la práctica de la prueba y el de la elaboración de la sentencia, siendo así conveniente que el tribunal sen-

---

71. El principio de la escritura orienta al curso del proceso de manera sucesiva y monogal, lo que impide "la real comunicación entre los sujetos y la tarea conjunta de los mismos, a través de su desarrollo, sin lo cual no existe verdadero proceso". "El proceso en que predomina la escritura, en que ésta no es elemento complementario (preparación de la audiencia: registración indispensable) sino modo de expresión fundamental de los sujetos, trae consigo el alejamiento entre éstos y la acentuación de la formalidad". Así: GELSI BIDART, *La humanización del proceso*, p. 297.

72. Ver: JAUERNIG, *op. cit.*, p. 88. En igual sentido: BAUMANN, Jürgen, *op. cit.*, pp. 55-56.

73. Así: FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *op. cit.*, p. 221.

74. *Ibidem*, p. 220. También, BAUMANN, Jürgen, *op. cit.*, p. 56. Además: HEINZ SCHWAB, Karl, *Beschleunigung des Verfahrens*, en: *Humane Justiz*, *op. cit.*, p. 31.

75. Así: JAUERNIG, *op. cit.*, p. 88.

76. Ver en este sentido las observaciones y la bibliografía a que hace referencia: FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *op. cit.*, pp. 212 y 213.

77. Así: GELSI BIDART, *La humanización del proceso*, *op. cit.*, p. 295.

78. Así: FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *op. cit.*, p. 221.

tenciador sea además el que evacua las pruebas;[79] 2) Concentración. La eficacia de la inmediación se pierde con el tiempo. Las impresiones del debate tienden a desaparecer a las pocas horas y los recuerdos se tornan inexactos. Por ello resulta necesario concentrar los actos procesales en la menor cantidad posible y en el lapso de tiempo más corto que pueda concebirse, esto es, en una sola audiencia o, de ser necesario, en varias muy próximas, a fin de que los recuerdos no se borren de la mente del juez.[80] Queda ahora por analizar el problema de la publicidad del proceso. Como ya se dijo, oralidad y publicidad funcionan como principios hermanos. La publicidad es generalmente consecuencia de la oralidad, ya que resulta difícil combinar el carácter público de un proceso con su naturaleza escrita.[81] Su finalidad es la de reforzar la confianza del pueblo en la administración de justicia, ya que es conforme a la naturaleza de los hombres el desconfiar de los procesos que se realizan a puerta cerrada.[82] En el carácter de instrumento para acercar la justicia al pueblo se ha querido ver el valor de la publicidad para la humanización del proceso.[83] No obstante, debe señalarse que la importancia de este principio en el proceso civil es notablemente menor que la que pueda tener, por ejemplo, en el penal, laboral o agrario, ya que la naturaleza de los casos que se ventilan en el primero sólo muy raramente despierta el interés de la colectividad.[84] Además no puede perderse de vista el hecho de que la presencia de terceros en el debate en que se discuten asuntos de carácter estrictamente privados tendría el efecto de alejar la discusión de esos conflictos de los tribunales de justicia.[85] Finalmente debe destacarse que la puesta en funcionamiento de los anteriores principios supone normalmente un aumento del personal judicial para dar adecuada atención a todas las audiencias que se presenten y evitar situaciones de *estrés procesal.*[86] Ello hace que a menudo la lucha por la oralidad asuma un carácter económico —y no pocas veces político—, bajo la forma de búsqueda del presupuesto necesario para tal fin.[87]

4. Sencillez de formas y rapidez de los procedimientos.

El legislador debe eliminar a la hora de reglamentar el proceso todos aquellos formalismos innecesarios, que enturbian la transparencia del curso procesal y lo hacen incomprensible para el común de los hombres.[88] A su vez

---

79. *Ibidem*, p. 223.

80. Sobre el principio de concentración véase en este sentido: FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *op. cit.*, pp. 223-227.

81. HABSCHEID, *Les principes fondamentaux du droit judiciaire prive*, en: *Towards a justice with human face, op. cit.*, p. 63.

82. Así: JAUERNIG, *op. cit.*, p. 89. También: FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *op. cit.*, p. 228.

83. FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *op. cit.*, p. 228.

84. JAUERNIG, *op. cit.*, p. 90.

85. En efecto, es difícil para las partes y testigos comprender por qué sus problemas privados deben ventilarse ante un "público cuestionable", tan sólo por el hecho de encontrarse en un tribunal de justicia. El derecho a la tutela de la intimidad parece en estos casos chocar con el principio de publicidad. Así: JAUERNIG, *op. cit.*, p. 90.

86. El concepto de estrés procesal lo utiliza: FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *op. cit.*, p. 229.

87. Véanse en este sentido las razones que para la renuncia a la introducción de la oralidad en el nuevo Código de Procedimientos Civiles costarricense, da la correspondiente Comisión Redactora. Entre otras razones, se indica que "...tomando en cuenta la cantidad de procesos existentes en cada uno de los circuitos judiciales, sería necesario crear un número grande de tribunales colegiados que responda a un previo estudio estadístico y a la circunstancia, propia de la oralidad y de la naturaleza de este tipo de procesos, de que celebrada una audiencia en la mañana, la sentencia deberá producirse en la tarde, salvo desde luego que la prueba sea abundante por cuyo motivo fuese necesario celebrar otras audiencias. Eso significaría un fuerte egreso para el Estado lo cual contrastaría, en estos momentos de crisis, con la austeridad recomendada como una de las formas de solventar dicha crisis". Así: Comisión Redactora, *Proyecto de Código Procesal Civil, exposición de motivos, op. cit.*, p. 29.

88. Así: GELSI BIDART, *La humanización del proceso, op. cit.*, p. 265.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

debe procurar la simplificación de los procedimientos, con miras al establecimiento de un mayor grado de celeridad en el actuar judicial.[89] Pero debe tenerse presente que la introducción de procedimientos más sencillos y rápidos debe hacerse sin perjuicio del derecho de defensa en juicio, que es elemento esencial del concepto del debido proceso.

5. **Instrucción de la población.**
El éxito que pueda tenerse en la tarea de hacer del proceso algo más humano, más cercano al hombre común, depende en mucho de que se tomen medidas concretas para mejorar el conocimiento que tienen las personas de sus derechos y de los medios legales para hacerlos valer.[90] No es suficiente por lo demás que el ciudadano se limite a hacerse representar por su abogado en juicio. Más bien debe estar consciente de su *rol* de sujeto del proceso y prepararse mejor para participar activamente en la formación del diálogo judicial.[91]

I. A MANERA DE CONCLUSIÓN

La lucha por la humanización es una de las exigencias del llamado *proceso social,*[92] cuya importancia no puede minimizarse en ningún Estado que se precie de ser democrático. Lo importante en esta tarea no es ver los pasos que ya se han dado por constituir un proceso más cercano al hombre común. Más valioso es preguntarse qué falta por hacer en este sentido en cada Ordenamiento jurídico. Actualmente se habla, por ejemplo, de la importancia que puede tener la informática para acelerar la labor de los tribunales y de la necesidad de que los edificios en que se imparte justicia se construyan de forma tal que inviten al diálogo y pierdan la naturaleza intimidatoria que de ordinario tienen.[93] Una mayor resonancia social de la administración de justicia será, en definitiva, el premio del empeño por humanizar el proceso. Por lo demás, puede aplicarse a los jueces la sentencia de *Goethe: "Soll er strafen oder schonen, muß er Menschen menschlich sehn".*[94]

---

89. Una administración de justicia con carácter humano supone la rápida tramitación de los asuntos judiciales en conexión con las garantías de una decisión adecuada y justa. Así: WOLF, Manfred, *Juristen und andere Rechtsflegeberufe,* en: *Humane Justiz, op. cit.,* p. 177.

90. WASSERMANN, *op. cit.,* p. 35.

91. *Ibidem,* p. 36. Interesante es la experiencia de los llamados *"cursos de extensión universitaria"*, que sobre temas jurídicos —entre otros—, ha puesto la Universidad de Costa Rica desde hace algún tiempo al servicio de la población. Estos cumplen un papel importante en la tarea de humanizar el proceso por medio de la concientización de los ciudadanos con respecto a sus derechos y su *rol* ante los tribunales de justicia.

92. Así: WASSERMANN, *Der soziale Zivilprozeß, op. cit.,* p. 92.

93. Ver: MAKOWKA, Roland, *Gefahren für eine effektive Anwendung des Rechts, Deutsche Richterezeitung,* abril, 1991, 128. Ver además: LEAGE, Gehart, *Gerichtsbauten —Bollwerke der Einschüchterung—,* en: *Menschen vor Gericht, op. cit.,* p. 169.

94. "Ya sea que castigue o indulte, debe mirar a los hombres humanamente", GOETHE, en: *"Der Gott un die Bajadere"*, citado por WASSERMANN, en: *Justiz mit menschlichem Antlitz, op. cit.,* p. 37 (traducción libre).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL Y RECURSOS GENÉTICOS

LIC. JORGE CABRERA MEDAGLIA

Tradicionalmente, se ha considerado a la tierra, el agua y el aire como los recursos naturales básicos con que cuenta nuestro planeta. No obstante, recientemente se ha puesto en evidencia la falsedad de la distinción, en el tanto omite referirse a un cuarto elemento de crucial importancia: el genético, constituido por el material hereditario que cada ser viviente posee.[1] Las trascendencia de este nuevo recurso en las relaciones económicas y políticas actuales es incalculable, en virtud de que el mismo configura el insumo o materia prima de la tecnología del siglo XXI: La biotecnología. Los datos y ejemplos del aprovechamiento del germoplasma para la industria biotecnológica, en especial para los sectores, alimenticio, farmacéutico, agroquímico y de semillas son múltiples y aleccionadores.

Más de un 25 por ciento de las drogas farmacéuticas contienen ingredientes activos extraídos de plantas. Según datos de la Organización Mundial para la Salud el porcentaje asciende a un 60 por ciento. En el campo de la medicina contra el cáncer, las cifras aumentan considerablemente.[2] Adicionalmente, los ingredientes activos del 15% de las drogas farmacéuticas son derivados de microorganismos o de animales vertebrados.[3] En términos económicos el mercado de plantas medicinales alcanzará para el año 2000 un valor de $47 billones de dólares.[4] Los ejemplos concretos son sintomáticos: gran parte del proceso quirúrgico depende de un relajador muscular que fue aislado de una liana del Amazonas. El esteroide digestin, ingrediente principal de las pastillas contraconceptivas, es extraído de un ñame silvestre nativo de México y Guatemala. De la "Rosa Periwinkle", una flor de Madagascar, se obtiene vincristina y vinblastina, sustancias utilizadas efectivamente contra la enfermedad de Hodgkin y contra la leucemia juvenil, cuya venta depara beneficios por $160 millones. De la "rawolfia" una planta del Asia se extrae el tranquilizante reserpina, percibiéndose ganancias por un monto de $260 millones al año.[5] Una eficaz droga (taxol) anticáncer ha sido

1. Cfr. RODRÍGUEZ, Silvia, *Papel de la ética en la patentización de la biodiversidad*, en **Revista Praxis**, Heredia, Universidad Nacional, Nº 43-44, octubre de 1992, p. 70.
2. Cfr. SCIENCE, *Combing the Earth for cures to cancer, AIDS, News and Comment*, 28 de agosto de 1987, p. 969.
3. Cfr. KLOPPENBURG, Jack Jr. y GONZÁLEZ VEGA, Tirso, *¡Prohibido cazar! Expoliación científica, los derechos indígenas, y la biodiversidad universal*, ponencia presentada al Encuentro Internacional: Biotecnología, Recursos Genéticos y el Futuro de la Agricultura en los Andes, julio-agosto de 1992, p. 4.
4. Cfr. RAFI, *Hungoo, arrogance and the gene revolution. Farmer's rights in the age of biotechnology*, Reporte Especial, sin más datos de identificación, p. 8.
5. Cfr. KLOPPENBURG, *op. cit.*, pp. 4-5.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

producida a partir de ciertos árboles milenarios ubicados en el Pacífico Noroeste, cuya síntesis se espera tomaría algunos años.[6] Una papa de Bolivia adaptada a los Estados Unidos puede representar igualmente, una fortuna.[7] Pero no sólo las plantas y la vegetación presentan interés para las empresas, también el conocimiento tradicional de los campesinos y de los indígenas, su labor histórica en el mejoramiento de los cultivos y las semillas, constituyen una valiosa materia prima. El conocimiento de los curanderos, de los chamanes o "medicine men" es invaluable —como luego veremos con mayor detalle— por ello, los científicos occidentales, buscan cada vez en la jungla por más milagros, mismos que han encontrado.[8] De esta manera, la Monsanto ha iniciado pruebas de laboratorio con el "uruchnumi" una más de las tantas especies de plantas recolectadas de los Jíbaros del Perú.[9] La Merck explora los usos de un anticoagulante utilizado por la población de los wau-wau del Brasil. Como lo ha expresado con toda claridad un funcionario occidental: "aunque ustedes tienen un Ph.D. y los otros individuos no saben leer, esto no significa que ustedes sepan más de botánica que ellos.[10] Sería factible continuar con la enumeración de ejemplos, no obstante los anteriores resultan representativos de la situación que se pretende ilustrar.

El actual desarrollo y perspectivas de crecimiento de la industria biotecnológica ha conducido a múltiples empresas líderes en ese campo a fijar su atención en una materia cuyo potencial económico parece ser de incalculables proporciones. Al respecto téngase en cuenta que "Hoy en día nos ubicamos al borde del comienzo de una nueva era de la producción, en la que la información genética será utilizada como la materia prima fundamental. Gracias a su nueva condición de instrumento de producción para el ingeniero genético, la reserva entera de los recursos genéticos se ha vuelto pertinente en sentido económico. Según Winston Brill, alto representante de la empresa biotecnológica Agracetus, actualmente entramos a un siglo en que la riqueza genética, en particular de las regiones tropicales como la de la selva, cuyos recursos hasta hace poco constituían un fondo inaccesible, va convirtiéndose en "moneda corriente" con un valor alto e inmediato".[11] Según el World Resources Institute, el germoplasma será considerado el "Petróleo de la era de la información". Cabe acotar que la ubicación de este nuevo recurso no es igualitaria.[12] La superficie de la tierra contiene regiones de una enorme riqueza en biodiversidad. Estas regiones, llamadas en ocasiones Centros Vavilov de Diversidad Genética, se ubican en el denominado Tercer Mundo, en contraste con la pobre diversidad biológica que poseen los países del Primer Mundo. Adicionalmente, solamente se ha catalogado y analizado una porción relativamente pequeña de todos los recursos genéticos existentes. Por ello, si la porción hasta ahora estudiada ha permitido efectuar innovaciones como las reseñadas (con el consiguiente beneficio económico), el potencial que se esconde en las especies vegetales, animales y microorganismos aún no descubiertos resulta impresionante. Cuántas medicinas, fertilizantes y nuevas semillas no se obtendrán

6. WILDLIFE AND HABITAT, *Recent developments. New anticancer drug from trees in Pacific Northwest*, sin más datos de identificación.

7. Cfr. RAFI, *op. cit.*, p. 7.

8. JOY ASCHENBACH, *Medicine Men. Westerners search for jungle miracles*, en **Wisconsin State Journal**, 3 de abril de 1989, p. 2H.

9. KLOPPENBURG, *op. cit.*, p. 6.

10. Cfr. RAFI, *op. cit.*, p. 3.

11. KLOPPENBURG, *op. cit.*, p. 1.

12. Sobre la desigualdad e interdependencia que se presenta respecto a los recursos genéticos véase, KLOPPENBURG, Jack y LEE KLEIMANN, Daniel, *The plant germplasm controversy*, **Bioscience**, Nº 3, vol. 37, marzo de 1987, pp. 190-198 y además de los mismos autores, *Seed Wars: common heritage, private property and political strategy*, en **Socialist Review**, Nº 95, setiembre-octubre de 1987, pp. 7-40.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

en el futuro cercano. La búsqueda ya se ha iniciado no sólo por parte de agencias públicas como el Instituto del Cáncer o el Departamento de Agricultura de los Estados Unidos, sino también por parte de una serie de empresas privadas, que miran en tal actividad una "mina de oro", un nuevo "pozo de petróleo".

Sin embargo, la forma en que la producción, manejo, industrialización y comercialización de los recursos genéticos y de las invenciones biotecnológicas se llevan a cabo ha resultado absolutamente injusta. Seguidamente analizaremos cuál es la problemática de fondo que ha sustentado esa afirmación.

I. BIODIVERSIDAD: ¿HERENCIA COMÚN DE LA HUMANIDAD?

Hemos ya referido como la distribución geográfica de la biodiversidad es desigual. En este caso la riqueza verde se concentra en los países del Sur, de tal forma que en ocasiones naciones de poco desarrollo económico y de reducida extensión territorial, poseen más recursos genéticos que países como los Estados Unidos o la Comunidad Europea.

Por tanto, los recursos genéticos en su gran mayoría, son colectados por científicos e investigadores de las empresas transnacionales interesadas (o de universidades en acuerdo con éstas) de países en desarrollo como Perú, Brasil, Madagascar o Costa Rica. Una vez que son procesados en los laboratorios de las compañías y se extrae de ellas un nuevo producto farmacéutico, una nueva semilla u obtención vegetal, la misma es protegida como propiedad privada (bajo diferentes títulos) y objeto de operaciones económicas lucrativas. Sin embargo, los materiales colectados son considerados "Herencia o patrimonio común de la humanidad" por ende un bien público que pertenece a todos y por el cual no se debe remunerar al país en el cual se encuentra el recurso. Es decir el libre acceso al germoplasma es la pauta imperante.[13] Por ello, todo parece indicar que en nuestros sistemas capitalistas de mercado la única materia prima que es entregada gratuitamente es la "biodiversidad". Paradójicamente, los "donadores" son los países pobres del Sur, pero ricos en diversidad, y los "beneficiados", los países ricos del Norte, pobres en recursos genéticos.

Nos encontramos ante "una profunda ironía que los países desarrollados no paguen nada por los recursos genéticos del Tercer Mundo, a pesar de que los hayan extraído por largo tiempo, de que han extraído enormes beneficios de ellos, y de que aún dependen sustancialmente de los mismos. En efecto, los países del Sur han sido utilizados en un programa de enorme ayuda que beneficia a los países del Norte. La ironía es de que la información genética y cultural ha sido producida y reproducida por los campesinos y los pueblos tradicionales a través de milenios. Los frutos de sus esfuerzos no están valorizados a pesar de su evidente utilidad. Esto se asemeja al modo en que se valora el trabajo doméstico de las mujeres como trabajo gratis. Es más, cuando se transforma esta información en los laboratorios de los países desarrollados la realización de su valor se impone por mandatos legales y políticos".[14]

Entonces cabe plantearse qué respuesta debe ser sugerida para hacer frente a esa asimetría. El camino allanado hasta el momento ha sido trazado por la Agencia de las Naciones Unidas para la Agricultura (FAO), por el Progra-

13. Sobre los argumentos para considerar a los recursos genéticos como un bien público y por ende no remunerar a las naciones fuentes de estos y su refutación. Cfr. KLOPPENBURG, *Seed Wars...*, *op. cit.*, pp. 27 y ss.

14. Cfr. KLOPPENBURG, *Prohibido...*, *op. cit.*, p. 7.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ma de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), especialmente a través de la Convención sobre Biodiversidad firmada en la Cumbre de la Tierra, en Rio de Janeiro; por la UNESCO y por diferentes organizaciones no gubernamentales. No obstante, otros foros negocian aspectos íntimamente relacionados con esta temática. Nos referimos a las negociaciones sobre propiedad intelectual de la Ronda Uruguay del GATT y otros acuerdos de comercio (por ejemplo la Zona de Libre Comercio de América del Norte, NAFTA) así como las discusiones realizadas en la Organización Mundial para la Propiedad Intelectual (OMPI) y en el Convenio para la Protección de las Variedades Vegetales (UPOV).

II. LOS DERECHOS DE LOS AGRICULTORES EN LA ERA DE LA BIOTECNOLOGÍA

Tómese en cuenta que, "Hace más de diez años los países subdesarrollados comenzaron a observar una contradicción entre la condición de sus recursos genéticos como recursos gratuitos, y la condición de las variedades genéticas de las compañías comerciales como propiedad privada".[15] La inequidad existente ha producido una serie de reacciones con miras a cambiar la injusticia de este sistema. Inicialmente, en el seno de la FAO en 1983 en la segunda conferencia bianual de ese organismo, se aprobó la "Resolución Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos" (8-83), que para los objetos de esta investigación, resulta de suma importancia. La misma establecía el principio de que "los recursos fitogenéticos son herencia de la humanidad y por consiguiente deben estar disponibles sin restricción alguna", pero a paso seguido agrega que igualmente son patrimonio común de la humanidad, los "inventarios genéticos especiales" (incluyendo las líneas de elite y de creadores contemporáneos). En otras palabras, herencia común de la humanidad son no sólo los recursos genéticos sino también las variedades comerciales creadas (generalmente obtenidas por biotecnología). La decisión resultó inaceptable para los países desarrollados (sedes de las empresas transnacionales), ya que, sostenían, constituía una afrenta a los derechos de propiedad intelectual, un despojo de los derechos de propiedad. El conflicto planteado fue, en su momento, calificado como la "Guerra de las semillas", por analogía con la "Guerra de las galaxias".[16] Desde ese entonces, "el acceso y control sobre la preservación de los recursos genéticos de las plantas ha emergido como un asunto de interés y conflicto internacionales".[17]

Las reacciones que se suscitaron a raíz de la resolución comentada y la actitud de los países del Sur de condicionar el libre acceso a su germoplasma, condujo a que en 1989 se aprobara una "interpretación acordada" de la Resolución 8-83. Esta interpretación, la Resolución 5-89, reconoce los derechos de los creadores de plantas y la protección legal de las variedades vegetales. Sin embargo, al mismo tiempo declaraba la existencia de "Derechos de los Agricultores", es decir, los legítimos derechos que detentan los campesinos y pueblos tradicionales por su histórica labor en la preservación, mejoramiento y reproducción de los recursos fitogenéticos. Por tal motivo se establecía un "Fondo Internacional para los Recur-

15. KLOPPENBURG, *Prohibido...*, *op. cit.*, p. 8.

16. KLOPPENBURG, *Seed Wars...*, *op. cit.*, p. 7.

17. *Ídem*, p. 7.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

sos Fitogenéticos", que pretendía hacer tangible la compensación debida a estos sujetos. Es evidente que la misma dependerá de la real y efectiva instrumentalización de ese fondo.

La exigencia moral y jurídica de reconocer a los campesinos sus "derechos", representa a la vez un imperativo práctico para la eficaz conservación de la biodiversidad. Debe darse una respuesta diferente a la siguiente pregunta "...por qué Madagascar debe preservar la Rosa Periwingle. La comunidad mundial obtiene beneficios de la planta, pero qué beneficios quedan para la gente nativa o el gobierno de Madagascar. La respuesta es nada en absoluto".[18] La ausencia de este adecuado reconocimiento producirá tarde o temprano, efectos negativos sobre las prácticas tradicionales de los pueblos y ello a su vez tendrá serias repercusiones sobre la diversidad genética de los países del Tercer Mundo. Sin embargo, no es suficiente el reconocimiento de este importante esfuerzo intelectual, deben preverse mecanismos que aseguren que los beneficiarios reales sean los agricultores, y no grupos gubernamentales o élites científicas, que desvirtúen cualquier posibilidad de retribución a los agricultores y tan sólo conduzcan a una nueva expoliación de los derechos de estos sujetos, en favor de otros grupos internos nacionales que poco tienen que ver con la labor de los pueblos tradicionales. Debe evitarse que "...las elites políticas o científicas canalicen los beneficios de compensación por la extracción de recursos genéticos a la satisfacción de sus intereses y no los de los agricultores o los pueblos indígenas".[19]

La historia de los "Derechos de los Agricultores" (Farmer's Rights) no ha sido fácil. Las repercusiones ocasionadas por la Resolución 8/83 sobre el sistema internacional de intercambio de germoplasma fueron múltiples. En todo caso, la misma no fue aceptada por los países desarrollados en virtud de contrariar sensiblemente sus intereses económicos. Ante tal circunstancia, las estrategias para buscar un orden más justo equitativo se dirigieron en otras direcciones. Así, en 1987, los Derechos de los Agricultores surgen como una respuesta efectiva, en el seno de la Comisión de Recursos Fitogenéticos de la FAO y han sido puestos al lado de los "Derechos de los Mejoradores de Plantas" (Plant Breeder's Rights), es decir a los privilegios otorgados a los creadores de plantas y de nuevas variedades vegetales (fundamentalmente recogidos en la Convención de la UPOV, ya citada, así como en las legislaciones internas nacionales). De esta manera, "El Sur considera que los derechos de los agricultores son práctica y moralmente equivalentes a los derechos de los creadores de plantas y que el Norte debe reconocer los derechos de los agricultores a través del pago de una tasa al Fondo Internacional para los Recursos Genéticos. El Norte cree que un simple "gracias" será suficiente para reconocer los derechos de los agricultores".[20]

En febrero de 1989, el camino para la consolidación de este concepto continuaba. En una mesa redonda sobre licenciamiento tecnológico copatrocinada por el Centro Internacional para la Fisiología de Insectos y la Ecología y la Academia Africana de Ciencias se avanzó considerablemente en el concepto de derechos de los agricultores, haciendo alusión a la existencia de un Modelo no Occidental de Invención o de un Sistema Informal de Innovación.

El Sistema Informal de Innovación desarrollado por los agricultores, campesinos, pueblos indígenas y curanderos, descansa sobre una sólida base ética y jurídica. Sus principios fundamentales son los siguientes:

1. Los cultivos de los agricultores, las plantas utilizadas para propósitos medicinales y

18. ARNE, SCHLOTZ, *Conserving Biological Diversity: Who is responsible?*, en **Ambio**, vol. 18, Nº 8, 1989, p. 454.

19. KLOPPENBURG, Jack, *Conservationist or corsairs*, en **Seedling**, junio/julio de 1992, p. 17.

20. RAFI, *Farmer's Rights. The informal innovation system at GATT (TRIPS) and in intellectual property negotiations in the context of new biotechnologies*, mayo-junio de 1989, p. 3.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

otros procesos y productos biológicos en uso son el resultado del ingenio humano y constituyen invenciones o descubrimientos.

2. Muchas de esas invenciones/descubrimientos no son el producto de investigaciones académicas o comerciales sino que provienen de esfuerzos informales, cuyo sentido y creatividad resulta similar a los emprendidos en los sistemas o modelos formales de innovación.

3. Los colectores de cultivos de plantas recogen en el presente material mejorado. Las botánicas colectan al mismo tiempo plantas medicinales y el conocimiento (o propiedad intelectual) de aquellos que criaron, descubrieron y protegieron el material genético.[21]

Por lo tanto, los principios que le dan sustento a la estructura del sistema de propiedad intelectual y a los derechos y privilegios concedidos a los titulares de estos, se encuentran, quizá con algunas variantes, presentes en estos modelos informales de innovación. Sin embargo, los mismos son desconocidos por las legislaciones nacionales y por las convenciones internacionales y tratados con cierto desprecio y arrogancia por los sectores científicos del Norte.[22]

No obstante, la importancia de este conocimiento no ha sido ignorada por algunos: los científicos de las universidades y de las empresas aún requieren el acceso a la biodiversidad del Tercer Mundo para obtener nuevas variedades vegetales y nuevos medicamentos. La estrategia de recolección e investigación es nítida y ha sido bien enfocada: de la inmensa cantidad de especies deben escogerse algunas por donde empezar, quizá por aquellas que ya han sido probadas por organizaciones humanas. El conocimiento que sobre estos tópicos poseen los pueblos indígenas es de incalculable valor. No es de extrañar entonces, que las tres cuartas partes de las plantas que proveen ingredientes activos para drogas farmacéuticas fueran investigadas primero por sus usos en la medicina tradicional, por los curanderos, médicos brujos o chamanes. La biodiversidad no es un producto exclusivo de la naturaleza, la actividad humana de los pueblos indígenas ha sido invaluable en el mejoramiento de los cultivos y en la medicina tradicional. Norman Simmonds ha notado que "probablemente el cambio total genético logrado por los agricultores a lo largo de milenios ha sido mucho más importante que lo realizado en el último siglo por los esfuerzos sistemáticos de la ciencia".[23] Es decir, se reconoce que un "sistema comunal de información ha existido por centurias en los países del Tercer Mundo en la agricultura. Los agricultores del Tercer Mundo continúan produciendo material genético de gran valor..."

El Tercer Mundo tiene una genuina bofetada económica. La biotecnología y las modernas creaciones de plantas cuentan con los genes hallados en el Tercer Mundo. Pero esos genes no son "materia prima" en el sentido tradicional del término, porque ellos han sido seleccionados, mejorados y desarrollados por los agricultores del Tercer Mundo. Estos materiales reflejan el ingenio, la inventividad y el genio de la gente. Pero el sistema tradicional de patentes está inclinado hacia el estilo de innovación común para el Norte".[24]

Únicamente de manera indirecta, los derechos de los agricultores han sido objeto de tutela. Básicamente, se ha acudido a dos expedientes con tal fin: las apelaciones o denominaciones de origen y la protección del folclor. Estas últimas reguladas implícitamente en la Convención de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas y de forma expre-

21. RAFI, *Farmer's..., op. cit.*, pp. 3 y 4.

22. Cfr. RAFI, *Hungoo..., op. cit.*, pp. 3 y ss.

23. KLOPPENBURG, *Prohibido..., op cit.*, p. 3.

24. RAFI, *Farmer's..., op. cit.*, p. 2.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

sa en algunas legislaciones nacionales como las de Bolivia y Marruecos. Asimismo es relevante, el trabajo de la UNESCO en la Ley Modelo para las Leyes Nacionales sobre la Protección de las Expresiones del Folclor contra su Explotación Ilícita y otras Acciones Perjudiciales.[25] Sin embargo, se carece de disposiciones expresas que en el campo internacional protejan a este conocimiento tradicional y le brinden el reconocimiento adecuado. Es decir, no basta con reconocer su relevancia en el actual sistema de relaciones económicas (lo que sí efectúan las empresas y los países desarrollados), se requiere atribuir a los mismos una justa compensación (algún tipo de pago), que permita sostener todo este andamiaje de sabiduría.

Cabe ahora, analizar cuál es el trasfondo en que se plantea esta trascendente cuestión. En todos aquellos foros donde se discuten actualmente derechos de propiedad intelectual (incluida la biotecnología) debería formar parte de su agenda la compensación o tutela de los sistemas informales de innovación. Si se considera que debe ampliarse la protección de la propiedad intelectual hasta incluir el patentamiento de materia viva, tema ligado con la biodiversidad, consecuentemente debe negociarse la protección de los derechos de los agricultores.

A continuación, presentaremos una breve reseña de las negociaciones recientes en materia de derechos de propiedad intelectual (DPI) en los diferentes foros internacionales.

III. EL GATT Y LA OMPI

Las dimensiones de las negociaciones en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), escapan a los límites impuestos a esta investigación. Sin embargo, se amerita realizar algunas precisiones. El sistema multilateral de comercio regido por el GATT se había mantenido ajeno a la temática de los DPI. Si bien algunos artículos del Acuerdo se refieren a este tópico y cierta labor al respecto se había desarrollado, este tratado de comercio era considerado extraño a esa problemática. Pese a ello, en setiembre de 1986, se lanza la octava ronda de negociaciones del GATT, denominada Ronda Uruguay. La Declaración Ministerial contemplaba dentro de sus puntos a los Derechos de Propiedad Intelectual Relaciones con el Comercio (TRIPS en su acrónimo en inglés), incluido el comercio de mercancías falsificadas. El tema fue objeto de una oposición radical de parte de los países en desarrollo, encabezados por India y Brasil. Eran conscientes de que los objetivos buscados por los países desarrollados, con los Estados Unidos al frente, pretendían limitar su soberanía en materia de política industrial y en otras áreas sumamente sensibles para estas naciones. No obstante, la nueva configuración mundial de la economía y sus características esenciales (globalización, etc.) requieren de nuevas regulaciones jurídicas. Esto resulta particularmente cierto en el caso de las nuevas tecnologías. Las mismas implican enormes gastos en investigación y desarrollo, gastos cuya recuperación debe planificarse a escala mundial. Para ello, debe ser posible contar con mecanismos que permitan la apropiación de los resultados de la investigación en todos los mercados potenciales. Como las leyes de propiedad intelectual de cada país difieren entre sí, se requiere de una cierta unificación que asegure que esa apropiación puede producirse en todos los países. La única forma de obtener estos resultados, dicen los Estados Unidos, es en el GATT, de tal manera que, aquella nación

25. Cfr. el informe de la FAO denominado *Informal innovative systems. Legal aspects*, pp. 2 y ss.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

que no proteja los DPI tal y como se estipulen en un acuerdo concertado en el seno del GATT, serían objeto de represalias económicas legítimas (llamadas medidas de retorsión), a tenor de lo dispuesto en los artículos XXII y XXIII del Acuerdo General. Teóricamente, hoy en día no podrían aplicarse éstas ante la ausencia de disposiciones sobre DPI en éste.[26]

El área de mayor conflicto en esta nueva discusión es el de las patentes de invención, por razones obvias. En este sentido las propuestas formuladas en la Ronda Uruguay, por los Estados Unidos, Japón y, posteriormente, por Suiza, propugnaban por una definición excesivamente amplia de materia patentable y restringían al máximo la procedencia de exclusiones a la patentabilidad. De esta forma, según estas naciones, la materia viva (variedades de plantas y animales y microorganismos) serían patentables sin discriminación alguna, patentamiento que resulta imprescindible para las estrategias de desarrollo de sus poderosas industrias biotecnológicas y farmacéuticas. En este sentido, las particulares circunstancias de la legislación de los Estados Unidos y de las interpretaciones de las oficinas de patentes de ese país resultan sintomáticas. Este país, cuenta con un sistema de protección a la materia viva que posee tres vertientes: la Ley de Patentes de Plantas de 1930, la Ley Variedades de Plantas de 1970 y el Pronunciamiento sobre las Patentes de Plantas de 1985, que posibilita otorgar patentes normales a tenor de lo dispuesto en el Código Industrial de ese país. Fue en 1980 con la sonada decisión de la Corte Suprema de Justicia de Diamond vs. Chakrabaty que se estableció la posibilidad de patentar un microorganismo —una bacteria que ayudaba a solventar los derrames de petróleo— que se dieron los primeros pasos en la patentabilidad de vida. Posteriormente, se otorgaron patentes sobre variedades vegetales hasta culminar en 1988 con el patentamiento del primer animal en el mundo: el ratón MYC, un ratón transgenético útil en la lucha contra el cáncer creado por Harvard y comercializado por la DU PONT DE NEUMORS.

Semejante postura, patentar toda clase de vida, resultó inaceptable para los países en desarrollo y así lo manifestaron en múltiples ocasiones a lo largo de la Ronda Uruguay.

La Comunidad Europea mantuvo una posición más equilibrada. El pensamiento europeo de corte más tradicional que el de los Estados Unidos, no consideró pertinente otorgar patentes para materia viva. A su juicio la procedencia de tales títulos de propiedad no era algo aún claro por lo que no resultaba adecuado obligar a las naciones a asumir una postura uniforme sobre un tema aún en discusión. Con ello, la Comunidad no hacía más que adoptar la posición existente en la normativa de la Convención Europea de Patentes (MUNICH), administrada por la Oficina Europea de Patentes, en sus artículos 52 y 53. Según la Convención, se excluyen del ámbito del patentamiento las variedades de plantas y las especies de animales. No obstante, las fuerzas que presionan por obtener el patentamiento de formas de vida han tomado auge. De esta manera, el Consejo de la Comunidad Europea intentó adoptar una directiva sobre las invenciones biotecnológicas, bajo cuyos supuestos prácticamente toda materia viva sería patentable, de manera que se reconozca que "...toda forma de vida es objeto legítimo de investigación industrial y son por lo tanto materia propia de protección por patentes".[27] A favor de esta

---

26. Cfr. sobre esta temática CABRERA MEDAGLIA, Jorge; COGHI ARIAS, Jaime; ECHANDI GURDIÁN, Roberto y GRANADOS BRENES, Jaime, *La Ronda Uruguay y el fortalecimiento del sistema multilateral de comercio del GATT*, San José, seminario de graduación para optar al título de licenciados en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1991, pp. 678 y ss.; CABRERA MEDAGLIA, Jorge, *Las negociaciones sobre los derechos de propiedad intelectual de la Ronda Uruguay*, aún inédito y CABRERA MEDAGLIA, Jorge, *Implicaciones para Costa Rica de los nuevos lineamientos en el sistema internacional de propiedad intelectual*, en **Revista Acta Académica**, San José, octubre de 1992, pp. 202 y ss.

27. STEPHEN CRESPI, R., *Patents in biotechnology: the legal background*, en **Patenting life forms in Europe**, Barcelona, ICDA, 1989, p. 8. Este estudio es sumamente valioso para entender el conflicto sobre la patentabilidad de la vida a la luz del pensamiento europeo.

corriente se citaban infinidad de argumentos así como precedentes judiciales de la Corte Suprema de Alemania y alguna decisión de la Oficina Europea de Patentes. Dentro de las motivaciones que impulsan a esta directiva, se cita la necesidad de adquirir mayor competitividad en relación con los Estados Unidos y el Japón.

La oposición no se hizo esperar. El borrador de directiva dio pie a múltiples críticas de parte de diversos sectores, razón por la cual al fin no se aprobó. Pese a ello, en octubre de 1991, "...y después de subterfugios utilizados por los abogados de la empresa Du Pont de Neumors, la Oficina Europea de Patentes otorgó al ratón MYC una licencia..." Después de esta decisión histórica que según Charles, confirma el proceso de "cosificación de lo viviente", una multitud de peticiones se han presentado en las cortes y oficinas respectivas de Estados Unidos, Japón y Europa para patentar productos y procedimientos biotecnológicos. Se está consolidando así el andamiaje de un nuevo sistema de explotación comercial de genes vegetales, animales y microorganismos —y quizá pronto de la vida humana misma— que afectará negativamente a los países subdesarrollados".[28]

Asimismo, como parte de esta corriente, en 1990, se hace público un Proyecto del Consejo de la Comunidad sobre Derechos de Obtención Vegetal Comunitarios.

Aunque todo parece indicar, que la tradicional actitud europea hacia estas materias ha cambiado, la posición comunitaria en la Ronda Uruguay representó un punto mucho más moderado que el de otros países desarrollados. Así, el Proyecto de Acta Final de la Ronda, presentado por el Director General del GATT Arthur Dunkel a finales de 1991 recogió, en lo fundamental, la postura de la Comunidad. Este Proyecto (conocido como el DUNKEL DRAFT), pretendía obtener un paquete equilibrado de resultados eliminando los corchetes —que indican falta de acuerdo sobre alguna materia— en los textos de negociación. En el caso que nos ocupa, el tema de la protección jurídico de la biotecnología, era objeto de profundas controversias. El Proyecto Dunkel, partiendo de las propuestas comunitarias, dispuso en el artículo 27.3.b) del Acuerdo sobre Derechos de Propiedad Intelectual, que las partes contratantes pueden excluir de la patentabilidad: "las plantas y los animales, salvo los microorganismos, así como los procesos esencialmente biológicos para la producción de plantas y animales salvo los procesos no biológicos o microbiológicos. Sin embargo, las partes proveerán protección a las variedades de plantas por medio de las patentes o por un sistema sui géneris o por una combinación de ambos".

De esta manera, las partes firmantes del Acta Final, inclusive si son partes en desarrollo, deberán otorgar patentes sobre los microorganismos y adoptar al menos un sistema de protección para las variedades vegetales.[29]

La posibilidad, bajo esta óptica, de conceder patentes a las plantas puede tener efectos sumamente adversos sobre las prácticas existentes entre los agricultores sin que nadie sepa con seguridad a dónde conduciría tal sistema.[30] Volveremos sobre tales consecuencias al tratar la Convención de la UPOV. De cualquier manera, la comentada disposición, representa un

---

28. RODRÍGUEZ, *op. cit.*, pp. 71-72. Originalmente la Oficina Europea de Patentes rechazó la concesión de la patente, pero la corte de apelaciones modificó el fallo y ordenó proceder a otorgar la misma.

29. Cfr. *GATT and the legal systems protection of plants in the Third World*, en **Monitor. Biotechnology and Development**, Amsterdam, Nº 10, marzo de 1992. p. 14. Cfr. además *Intellectual property protection for plants. Possible impact on developing countries*, en **Monitor. Biotechnology and Development**, Amsterdam, Nº 4, setiembre de 1990, pp. 3 y ss.

30. Cfr. *GATT and legal..., op. cit.*, p. 15. Las justificaciones para excluir del sistema de patentes a las obtenciones vegetales son variadas. Según un documento de la OMPI que analizó las leyes de patentes de 101 países se atribuyen a: 1) la imposibilidad de describir la invención y cumplir los requisitos necesarios para su descripción; 2) razones de índole moral y de orden público; 3) la existencia de un sistema alterno de protección. Cfr. SUÁREZ, Blanca, *La desregulación de la industria de semillas: patentes y biotecnología*, en **La biotecnología y sus repercusiones socioeconómicas y políticas**, México, UNAM, 1992, p. 95.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

enorme logro para las industrias de tecnología de punta y sin duda, un gran paso adelante en la protección jurídica de la biotecnología y de la materia viviente. Sin embargo, analizado en su globalidad, el texto Dunkel, carece de cualquier referencia a la tutela de los Sistemas Informales de Innovación.

Paralelamente a la Ronda Uruguay, las negociaciones sobre los tratados de libre comercio presentan un panorama similar: el Tratado de Libre Comercio entre México, Canadá y los USA conocido por sus siglas en inglés como NAFTA, contempla un capítulo específico sobre la propiedad intelectual (capítulo 17). El mismo considera la protección y efectiva observancia de los DPI: derechos de autor, marcas, señales de satélite, patentes, circuitos integrados (chips), indicaciones geográficas secretos comerciales, etc. No es nuestra intención analizar con detalle el contenido concreto de esta temática en la NAFTA, sino tan sólo esbozar algunos conceptos importantes.

Los grupos industriales trabajaron duro para asegurarse que el texto Dunkel en materia de TRIPS fuese considerado como un piso y no como un techo, a efectos de determinar el nivel máximo de protección que se acordaría en la NAFTA.[31] Por ello, no debe ser sorpresa, que ciertos grupos industriales resultaran complacidos por la conclusión del Acuerdo, especialmente los miembros del Comité de Propiedad Intelectual (IPR).[32] De esta forma, los más beneficiados han sido las empresas farmacéuticas, biotecnológicas y la industria del software.[33]

Dos aspectos merecen ser resaltados por su íntima conexión con el tema que aquí desarrollamos. Primero, la ausencia de cualquier mención a los derechos de los pueblos indígenas por el conocimiento tradicional y por la producción intelectual que realizan. Esta es desconocida y continúa sin ser compensada adecuadamente.

El segundo aspecto toca lo relativo al patentamiento de formas de vida. El artículo 1709 determina las exclusiones a la patentabilidad y reza:

> "una parte puede excluir de su patentabilidad las invenciones con el fin de proteger el orden público o la moral, incluyendo la protección de la vida humana, de los animales o vegetales o la salud o para evitar serios perjuicios a la naturaleza o al ambiente. Asimismo, una parte puede excluir de la patentabilidad:
>
> a) Los métodos de diagnóstico terapéuticos y quirúrgicos para el tratamiento de humanos y animales.
> b) Plantas y animales salvo microorganismos.
> c) Procesos esencialmente biológicos para la protección de plantas y animales, salvo los procesos no biológicos o microbiológicos para su producción".

Finalmente, el artículo 1709.3 establece la obligación de proteger las variedades de plantas a través del sistema de patentes o por medio de la protección del sistema de obtenciones vegetales.

Es palmario como el proceso de cosificación de lo viviente parece alcanzar la cima.

Estas disposiciones finales contrastan notablemente con algunas de las contenidas en los borradores anteriores de la NAFTA, que comprendían una más amplia lista de exclusiones, consistentes con la legislación mexicana de 1991, a saber:

A) Procesos esencialmente biológicos.
B) Especies de plantas y especies de animales y sus variedades.
C) Material biológico tal y como se encuentra en la naturaleza.
D) Material genético.

---

31. Cfr. el documento *Intellectual property*, 1992, sin más datos de identificación, p. 2.

32. Algunos de los miembros de este grupo son: Bristol Meyers, Squibb, FMC, Hewlett-Packard, Johnson y Johnson, Monsanto, Du Pont, Merck, Pfizer, IBM y General Electric.

33. *Ídem*, p. 2.

E) Invenciones relativas a la materia viva comprendido el cuerpo humano.

Los dos aspectos citados son caras de una misma moneda: se desconocen los derechos de los campesinos y pueblos indígenas por su conocimiento y cualquier compensación por el acceso al rico germoplasma de los países del Tercer Mundo, al mismo tiempo, se conceden títulos de propiedad intelectual sobre las invenciones biotecnológicas, que en gran medida parten de ese material genético. Los grandes ganadores, un conjunto de empresas y los perdedores el agricultor del Tercer Mundo, el campesino, y los consumidores de todo el orbe, fundamentalmente aquellos donde se ubica el germoplasma.

Las relaciones mutuas entre biodiversidad y biotecnología han sido puestas al descubierto, existen lazos esenciales entre ambos de manera[34] que:

> "...prácticamente todo lo rentable puede patentarse, y lo que no corresponda a este rubro sólo requiere de tiempo y de dinero, es decir de investigación, para que la alteración previa de su estado 'natural' pueda protegerse. De este modo, nuestra riqueza genética queda expuesta a la apropiación privada, mediada por un proceso de transformación que, independientemente de lo costoso, arduo o difícil que haya sido requirió de la base genética que natura da y que nuestras comunidades campesinas han preservado".[35]

Adicionalmente, el Tratado incluye a México. Por lo que:

> "Desgraciadamente, después de los intentos latinoamericanos por lograr un trato más justo en la apropiación del germoplasma vegetal, el gobierno, que hasta entonces parecía ser uno de los líderes latinoamericanos en esa materia, perdió el interés en ese papel protagónico. El tratado de libre comercio con Estados Unidos y Canadá le demandó una posición diametralmente opuesta otorgando unilateralmente una protección de veinte años a las patentes extranjeras industriales, extendiéndola además a plantas y procesos biotecnológicos... y así las cosas se encuentran en un punto muerto en lo que se refiere a acuerdos y legislación sobre recursos fitogenéticos que mejoran variedades agrícolas, no hay ni siquiera antecedentes para la defensa de los recursos silvestres..."

Las recientes modificaciones al sistema mexicano de propiedad intelectual producidas por la Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Industrial y la Ley sobre Producción, Certificación y Comercio de Semillas, ambas de 1991,[36] presentan un cambio radical en las políticas tradicionales de ese país en estas materias y evidencian los efectos que las negociaciones de comercio tienen sobre esta temática. El hecho de que el artículo 20 de la primera de esas leyes deba excluir expresamente de la patentabilidad la materia viva referente al cuerpo humano, constituye un claro ejemplo de hacia dónde nos dirigimos. Quizá, pronto el único argumento para no aceptar conceder patentes sobre seres humanos sean las normas constitucionales que prohíben la esclavitud.

De tal forma México es el primer país en desarrollo que prevé protección, mediante patentes, para productos biotecnológicos inclu-

---

34. Cfr. ACHARYA, Rohini, *Intellectual property, biotechnology and trade. The impact of the Uruguay Round on Biodiversity*, Holanda, ACTS Press, 1992, pp. 6 y ss.

35. ABOITES, Gilberto, *Problemas que plantea la biotecnología en el marco legislativo de la propiedad intelectual*, en **Biotecnología y sus repercusiones socioeconómicas y políticas**, México, UNAM, 1992, p. 78.

36. Cfr. SUÁREZ, *op. cit.*, pp. 87 y ss.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

yendo las variedades vegetales. No obstante nada parece indicar que sea el único.[37]

Las propuestas que en materia de propiedad intelectual ha realizado Estados Unidos en el seno de la Iniciativa para las Américas en cuanto a la materia patentable se orientan por la misma línea de pensamiento de la NAFTA y el GATT. Cabe indicar que nuestro país firmó un acuerdo marco para negociar este tratado de comercio con los USA.[38] Valgan las anteriores precisiones para poner al descubierto las implicaciones que se verifican entre las temáticas de la biodiversidad, la biotecnología y el comercio exterior, las cuales ameritan un estudio específico, mismo que efectuaremos con posterioridad.[39]

IV. LA UPOV Y LA OMPI

Las nuevas tendencias en materia de protección jurídica de la biotecnología no se concentran solamente en los foros de negociación comercial internacional. La OMPI, organismo que administra la mayoría de las convenciones internacionales relativas a los DPI, también ha efectuado un proceso de revisión de éstas. Las recientes discusiones acaecidas en ese organismo en relación con la materia patentable y los trabajos de diferentes comités o grupos de expertos señalan una fuerte inspiración hacia las tendencias indicadas arriba: patentar vida y limitar fuertemente las exclusiones a la patentabilidad en áreas tan sensibles como la alimenticia, la química y la farmacéutica.[40]

Así se deduce de las diferentes labores que para actualizar los tratados ha venido efectuando este organismo, dentro de lo cual se incluye la creación de una Convención Suplementaria sobre Armonización de Leyes de Patentes (Cfr. especialmente, artículo 10, alternativa B).

Algo similar ocurre en la UPOV, firmada en 1961 y revisada en 1972, 1978 y 1991. No es nuestra intención explicar en qué consiste este sistema y cuáles son sus diferencias con el sistema de patentes. Sin embargo, debemos indicar que tanto en lo concerniente a los requisitos para obtener una patente como en relación con los derechos conferidos existen varias

---

37. La reciente ley chilena sobre la materia, la Ley 19039, Normas aplicables a los industriales y protección a los derechos de propiedad industrial y su reglamento de 1991 se enmarca en la misma línea que la ley mexicana. Adicionalmente, 5 naciones latinoamericanas protegen las variedades vegetales, a saber Argentina, Perú, Paraguay, México y Chile. En este momento, producto de presiones por parte de los Estados Unidos y de su legislación comercial, especialmente el artículo 301 de la Ley de Aranceles de 1974 y sus reformas y de la denominada lista prioritaria de observación, debido a la concertación de acuerdos de comercio que supeditan su negociación a la existencia de leyes de propiedad intelectual "fuertes", a causa de programas internos de ajuste y liberalización así como de presiones de parte de organismos financieros internacionales, etc., los países en desarrollo se encuentran en una etapa de modificación de sus legislaciones sobre DPI de conformidad con las pautas sugeridas por los Estados Unidos.

38. USA propone que se otorguen patentes de invención en todas las áreas exceptuando la materia referente a la energía nuclear y las armas atómicas.

39. Cfr. ACHARYA, *op. cit.*, y KHALIL, Mohamed y otros, *Property rights, biotechnology and genetic resources*, Holanda, ACTS Press, 1992, pp. 1-58. En realidad no se trata más que una de las múltiples perspectivas que las relaciones entre medio ambiente y comercio exterior presentan. Cfr. CABRERA MEDAGLIA, Jorge, *Comercio exterior y medio ambiente*, en **Revista Praxis**, Heredia, UNA, Núms. 43-44, octubre de 1992, pp. 213 y ss.

40. Ejemplo de esta afirmación lo constituye la posición de la OMPI en el sentido de interpretar restrictivamente cuando un proceso es estrictamente biológico, y por ende no patentable, o bien el sostener que un microorganismo que es aislado de su entorno natural debe considerarse un invento y no un simple descubrimiento, etc.

diferencias de importancia.[41] Sólidos argumentos se han esgrimidos para justificar el otorgamiento de una tutela distinta a los mejoradores de plantas que parta de consideraciones propias de la forma en como estos sujetos obtienen su invención y de la necesidad de garantizar el adecuado desarrollo de los regímenes de explotación agrícola y de las prácticas de intercambio de semillas entre los agricultores. Por ello, los derechos exclusivos que se otorgan a los creadores de variedades vegetales son diferentes a los otorgados a los inventores bajo el sistema de patentes. Además, la UPOV contiene algunas reglas de importancia en lo tocante a su forma de funcionamiento:

Según la UPOV, el uso de una variedad vegetal para crear nuevas variedades y la explotación comercial de éstas permanece libre (Breeder's exemption). También se permite a los agricultores el uso de sus propias semillas de variedades protegidas para la siembra de la siguiente cosecha en su propia granja (Farmer's Privilege).

Por las características del desarrollo agrícola, repetimos, la protección de las variedades vegetales bajo el sistema patente como lo pretenden en cierta medida el GATT y la NAFTA, puede resultar negativa para los agricultores y sus prácticas tradicionales y para los institutos de investigación agrícola públicos.

Si bien las empresas cada día prefieren el patentamiento al sistema de la UPOV, la lucha por acercar este último al primero se efectúa. De esta manera en la revisión anterior del Convenio sobre Variedades Vegetales, en marzo de 1991 pero que aún no se encuentra en vigencia, ha limitado el libre uso de variedades protegidas y puede tener efectos restrictivos sobre las prácticas agrícolas de difusión.[42]

Las consecuencias de esta incesante búsqueda de DPI han llegado incluso a los Centros Internacionales de Investigación Agrícola, miembros del Grupo Consultivo sobre Investigación Agrícola (G.C.). Estos centros, ubicados en diferentes partes del mundo, han estado colectando material genético proveniente de países del Tercer Mundo, de forma que han creado un banco de genes de un incalculable valor. El dueño de los mismos: ninguno y todos. El libre acceso a estos —inclusive para países que no los habían aportado, vgr. países desarrollados— fue la tónica dominante, una política denominada de puertas abiertas (OPEN DOOR'S POLICY) en beneficio especialmente de los agricultores de naciones en desarrollo. Las variedades mejoradas como consecuencia de la investigación en ellos realizada eran igualmente compartidas y los resultados de éstas puestas a disposición de la mayor cantidad posible de personas mediante las publicaciones. Hoy soplan otros aires. Se habla de otorgar patentes y derechos de obtención vegetal sobre los resultados, con las evidentes repercusiones que ello traerá consigo para el libre intercambio de recursos genéticos (retraso en las publicaciones, quizá recorte de donaciones ante las supuestas regalías por percibir, etc.). Los argumentos brindados para justificar esta postura no convencen y parecen tener como punto de apoyo una nueva tendencia que los relaciona con las universidades y con los laboratorios de las empresas transnacionales.[43]

El ICRISAT, Instituto Internacional de Investigación en Cultivos para los Trópicos Semi Áridos de la India y el CIMMYT, Centro Interna-

---

41. Los requisitos, contemplados en el artículo 6 de la UPOV versión 1978 y en los artículos 6 al 9 de la reciente modificación de 1991 son: la distinción, la homogeneidad, la estabilidad y la novedad. Respecto a los derechos conferidos al titular. Cfr. el Capítulo V del citado Convenio. Cfr. SELA, *La protección de las invenciones tecnológicas*, en **Revista Capítulos del SELA**, Nº 21, octubre-diciembre de 1988, pp. 41-49.

42. Cfr. *GATT and the..., op. cit.*, p. 14.

43. Cfr. sobre toda esta problemática GRAIN, *Patentando vida en los Centros Internacionales*, **Revelaciones**, Nº 3, octubre de 1991; KOMEN, John, *CGIAR statement on genetic resources and intellectual property*, en **Monitor. Biotechnology and Development**, Amsterdam, Nº 11, junio de 1992, p. 20. También léase del mismo autor. *IBPGR and genetic resources*, en el número 4, de setiembre de 1990, p. 11 de la revista citada anteriormente.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

cional para el Mejoramiento del Maíz y del Trigo de México, han comenzado, aparentemente, a implementar esta política. Los centros, creados para ayudar a resolver los problemas de cultivos agrícolas, proveedores de resultados de investigación todo con el fin de paliar la crítica situación alimentaria de los países en desarrollo, han escuchado el llamado que la biotecnología ha hecho a sus puertas y han decidido abrir. No obstante, conocen los complejos problemas que a nivel práctico y jurídico, es aceptado, esta decisión traerá consigo.

V. LA FAO Y LA CONVENCIÓN DE BIODIVERSIDAD

Las tendencias que con respecto a los DPI hemos reseñado líneas atrás poseen un denominador en común: desconocen los derechos de los pueblos indígenas y campesinos y los derechos de los dueños del material genético, rehúsan compartir los beneficios derivados del desarrollo biotecnológico. Al mismo tiempo incrementan los títulos de propiedad sobre las invenciones de este género, incluyendo la materia viva.

Sin embargo, tendencia contraria no se ha hecho esperar, la FAO con la labor indicada en las resoluciones 8/83 y 5/89,[44] el Diálogo Internacional de Recursos Fitogenéticos de Keystone, la UNESCO, y en especial la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y su Convención sobre Biodiversidad han intentado revertir las anteriores manifestaciones.

La creciente preocupación por la pérdida de la biodiversidad mundial condujo a la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza —UICN— a emprender una iniciativa tendiente a lograr la aprobación de un convenio que facilite su conservación. El proceso fue avanzado en el Programa de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente (PNUMA), y enfocado hacia la Cumbre de Rio de Janeiro. Luego de más de dos años de intensas negociaciones se obtuvo un resultado relativamente fructífero: la Convención sobre Biodiversidad. Las discusiones anteriores a su conclusión fueron difíciles y mostraron siempre un claro matiz Norte-Sur. El texto final que se presentó a Rio, acabado en mayo de 1992 en Nairobi, no debe ser subestimado en su importancia.

El preámbulo de este reafirma el valor de los recursos genéticos y el derecho soberano de cada Estado sobre su diversidad biológica. La Convención tiene entre sus objetivos:

> "...la conservación de la diversidad biológica, el uso sostenible de sus componentes y el justo y equitativo reparto de los beneficios producidos por la utilización de los recursos genéticos, incluido el acceso apropiado a esos recursos y la transferencia de adecuada tecnología..."

Para nuestros efectos, las principales disposiciones del convenio son las siguientes:

> Artículo 3.—Determina el derecho soberano de cada nación para explotar sus recursos genéticos de conformidad con sus políticas ambientales.
>
> Los artículos 6-9.—Establecen importantes parámetros para la conservación y utilización de biodiversidad.
>
> El artículo 15.—Acceso a los recursos genéticos. Establece el derecho soberano de cada Estado sobre sus recursos naturales y la autoridad para determinar el acceso a los mismos, sujeto a lo que dispongan las legislaciones nacionales.
>
> No obstante, debe evitarse que las partes impongan restricciones contra los objetivos de la Convención.

---

44. Sobre la labor de la FAO véase además, *FAO, Global action on plant genetic resources and biotechnology*, en **Monitor. Biotechnology and Development**, Amsterdam, Nº 8, setiembre de 1991, p. 3.

Otros supuestos relevantes contemplados por este artículo son:

— El acceso será recíprocamente acordado.
— El acceso debe basarse en el consentimiento previo de las partes contratantes, salvo que se disponga otra cosa.
— Cada parte contratante tomará las medidas legislativas apropiadas para lograr compartir los beneficios obtenidos a partir de la utilización comercial de los recursos genéticos con la parte contratante que ha provisto tales recursos.
— La forma de compartir estos beneficios será mutuamente acordada.

El artículo 16, sobre el acceso a la transferencia de tecnología, determina que una de las partes esenciales para el cumplimiento de los objetivos de la Convención es la transferencia de tecnología, incluida la biotecnología, entre las partes, inclusive la transferencia en términos más favorables y preferenciales para los países en desarrollo. Además reconoce la existencia de una tecnología tradicional e indígena. Aspecto que también se contempla en el principio 22 de la Declaración de Rio.

En el artículo 19, Desarrollo de la biotecnología y distribución de sus beneficios, se reconoce que "Cada parte contratante tomará las medidas legislativas, administrativas o las medidas políticas apropiadas para proveer la efectiva participación en las actividades de investigación biotecnológica especialmente para los países en desarrollo que proveen los recursos genéticos para tal investigación". Adicionalmente, refiere esta norma que cada parte puede tomar las medidas adecuadas para facilitar el acceso, sobre una base justa para las partes contratantes países en desarrollo, a los resultados y beneficios que provienen de biotecnología basada en los recursos genéticos aportados por tales partes. El acceso será realizado en términos mutuamente acordados.

Otras disposiciones, fundamentalmente relacionados con el aspecto financiero, son de relevancia a nuestros efectos, no obstante, omitiremos hacer mayores referencias al respecto. Lo que sí queremos dejar claro es que muchas e importantes variables quedaron fuera de la Convención en virtud del lógico proceso de negociación.[45]

Esta somera reflexión sobre tan complejo y trascendental acuerdo internacional, es suficiente por sí misma para indicar la profunda divergencia que representa esta cosmovisión del problema: se habla de compartir los beneficios derivados de la biotecnología, de transferencia de tecnología, de concesiones en términos más favorables, del derecho soberano de cada nación sobre sus recursos genéticos, etc. Este último punto es de crucial importancia y constituye un giro radical: la noción de recursos genéticos como "Herencia común de la humanidad" que permeó siempre el acceso al germoplasma, es sustituido por un "nuevo concepto", ya reconocido por la Declaración de Estocolmo de 1972, principio 22, el del "Derecho soberano de los Estados", sobre su diversidad biológica, una nueva estrategia,[46] que define el inicio de una etapa en el tratamiento de esta temática.

La Convención es firmada por 153 países. Muchos de ellos naciones desarrolladas que habían rehusado apoyar la Resolución 5/83 de la FAO. Sin embargo, el Gobierno de los Estados Unidos, pese a las múltiples presiones de la comunidad internacional, no la firmó. Para justificar tal actitud esgrimieron varias razones:

— La Convención posee defectos técnicos, ambigüedades y da pie a interpretaciones divergentes de muchos de sus términos: por ejemplo qué significa país de origen de un recurso, qué implica el tomar las medidas adecuadas para asegurar compartir las ventajas de la biotecnología, acaso esto conlleva a permitir establecer licencias no

45. Además, LA AGENDA 21 contiene una sección relativa a la biodiversidad y una sobre la biotecnología.

46. Cfr. acerca de la necesidad de esta nueva estrategia KLOPPENBURG, *Seed Wars..., op. cit.*, pp. 31 y ss.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

voluntarias o de utilidad pública sobre las patentes, etc.

— Traería consigo la pérdida de empleos para los Estados Unidos, agravando aún más la recesión económica de esa nación.

— La Convención era inadecuada en lo tocante al tema de los DPI, especialmente, los relativos a la biotecnología y contrariaba obligaciones adquiridas por los Estados Unidos en materia de DPI.

En el fondo pueden detectarse dos tipos de argumentos reales:

Primero, el reconocimiento de la necesidad de pagar un precio justo por el acceso a los recursos genéticos no era adecuado para las industrias biotecnológicas, semilleras y de fármacos, cuyas prácticas en ese sentido se habían construido sobre la base del acceso gratuito. Estas temían que las disposiciones de la Convención envalentonaran a ciertos países en desarrollo y estos condicionaran el acceso al germoplasma, situación que ya se había comenzado a presentar.

Segundo, las negociaciones del GATT, así como de otros foros de comercio, que negocian DPI, no serían beneficiadas por la firma de la Convención que tiende a dirigir sus objetivos hacia otra dirección. De tal forma que, el *rol* de las industrias biotecnológicas en la negativa a firmar la Convención fue decisivo. Estas empresas temieron que la Convención restringiera los DPI, menoscabara la competitividad de los Estados Unidos al forzarlos a transferir tecnología a los países en desarrollo y sentara al fin y al cabo un mal precedente en las negociaciones del GATT y de otros foros de comercio.[47] Al final, las presiones de estas empresas y la visión del Poder Ejecutivo de ese país conllevaron la falta de firma del acuerdo en mención. Quizá muchos de los augurios de estas compañías resultan infundados a la luz de la versión final de la Convención.

Nuestro país firmó dicha Convención. Pero no se ha detenido allí. Mientras se negociaba en Brasil, los Presidentes de Centroamérica firmaban la Convención Centroamericana sobre Biodiversidad. La misma contempla disposiciones relevantes en el tanto afirma el derecho soberano de cada nación sobre sus recursos genéticos, la necesidad de compensar a los campesinos y pueblos indígenas, etc. y configura, por tanto, una iniciativa más que se dirige en la dirección de la FAO, de la UNCED, que al fin y al cabo no hacen más que consagrar una aspiración muy justa, pero hasta hoy en día desatendida.

VI. CONCLUSIONES

El potencial de los recursos genéticos en la era de la biotecnología es impresionante. Su acceso, por tanto constituye un tema de conflicto y controversia cargado de alegaciones de justicia y compensación económica. Sobre el mismo, se plantean posiciones divergentes ubicables dentro del ámbito Norte-Sur. Actualmente, se debe proceder a reconocer una justa compensación a los países de donde se extrae la biodiversidad. El acceso, sus condiciones y formalidades debe ser determinado por cada nación en ejercicio de su soberanía

47. *Biotech industry played role in U.S. refusal to sign bioconvention*, en **Diversity**, Reporte Especial de la Cumbre de la Tierra, vol. 8, Nº 2, 1992, p. 8. Además de este mismo diario véase RAEBURN, Paul, *The Convention on Biological Diversity: Landmark Earth Summit Pact opens uncertain new era for use and exchange of genetic resources*, pp. 4 y ss. y PISTORIAS, Robin, *Was the US' refussall to sign the Biodiversity Convention necessary?*, en **Monitor. Biotechnology and Development**, Amsterdam, Nº 12, setiembre de 1992, pp. 8 y ss.

nacional, para lo cual pueden esbozarse varias modalidades:[48]

- Pago de una cantidad de dinero por la realización de labores de recolección de diversidad biológica.
- Pago de royalties o porcentajes sobre las ganancias obtenidas por la comercialización de productos o procesos derivados a partir de los recursos genéticos colectados en una nación.
- Transferencia en términos no comerciales, es decir más favorables, de tecnología y de los resultados obtenidos a partir de la diversidad genética.
- Capacitación científica, etc.

Adicionalmente, cada país debe tomar las medidas adecuadas para compensar a los pueblos campesinos por sus conocimientos, es decir para distribuir internamente los beneficios obtenidos de las negociaciones con las empresas.

Por ello, respecto a los sistemas informales de innovación, ante la ausencia de una regulación expresa y conveniente, podrían pensarse en varias alternativas:

- Enmendar las convenciones internacionales para incluir los derechos de los agricultores.
- Crear una nueva Convención exclusivamente para tutelarlos.
- Desarrollar un sistema alternativo de reconocimiento y compensación económica para los innovadores informales.[49]
- Incorporar en las negociaciones sobre DPI efectuadas en foros de libre comercio el reconocimiento de estos derechos.

En todo caso, las legislaciones nacionales, deben empezar a regular dos aspectos cruciales de esta problemática: la propiedad, formas de disposición y distribución de beneficios provenientes de los recursos genéticos y la protección jurídica de la biotecnología, en particular de la materia viva.

Precisamente, nuestro país avanza por esos senderos. La reciente Ley de Conservación de la Vida Silvestre ha intentado efectuarlo. A estos efectos son relevantes los antecedentes que brinda el proceso de aprobación de la ley, fundamentalmente su redacción anterior a la consulta de la misma a la Sala Constitucional, así como los artículos 3, 4 y 50 de la ley ya aprobada. Mucho podría comentarse sobre ellos, especialmente sobre la precisión técnica y constitucionalidad de los mismos, principalmente del artículo 3, no obstante, tan crucial tema no puede ser tratado en estas conclusiones con la profundidad debida. Únicamente, pretendemos realizar algunas aseveraciones sobre el contenido del artículo 50 de la ley, dice el mismo:

> "Todas las actividades de investigación y desarrollo que se realicen con el fin de obtener nuevas variedades vegetales, híbridos, fármacos o cualquier otro producto que se obtenga de las especies silvestres, de sus partes, productos y subproductos, deberán contar con la autorización correspondiente de la Dirección de Vida Silvestre del Ministerio de Recursos Naturales, Energía y Minas, la que podrá rechazar cualquier solicitud contraria al interés público. Le corresponde a este Ministerio fiscalizar la ejecución de estas actividades, para lo cual podrá hacer uso del conocimiento de las nuevas simientes así producidas para desarrollar programas de interés nacional".

Esta norma contiene una disposición similar, en cierta medida, a la Resolución 8/83 de la FAO. Presenta una seria limitación a la industria biotecnológica, limitación que se encuentra en seria discrepancia con las negociaciones que Costa Rica deberá afrontar sobre DPI en los foros de comercio, ya sea el GATT o la Ini-

48. Cfr. lo que se expone en McNEELY, Jeffrey A., *How to pay for conserving biological diversity*, sin más datos de identificación.

49. Cfr. RAFI, *Farmer's..., op. cit.*, p. 6.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ciativa para las Américas, por lo que alguna de las dos corrientes ha de prevalecer.[50]

Téngase presente que: "...si los propósitos del GATT y de la OMPI tienen éxito, las únicas formas de innovación humana... que no serán patentables serán aquellas de los innovadores informales. Tiempo después, comida, medicina y aspectos de seguridad nacional serán sujetos de monopolios exclusivos sólo el germoplasma mejorado será considerado (por el Norte) muy importante o muy inconveniente para ser patentado".[51]

Este artículo ha pretendido solamente sentar las bases para la discusión de una temática cuya actualidad sólo es superada por su importancia, sin perseguir agotar una problemática de ricos matices. Sólo queremos indicar que la misma no constituye un mero ejercicio académico o una cuestión meramente teórica. Por el contrario, configura un asunto de notable interés práctico. Valga la ilustración de esta afirmación con dos ejemplos concretos. El primero, el conocido convenio firmado entre la empresa transnacional farmacéutica Merck Sharp and Dohme con el Instituto Nacional de Biodiversidad —INBIO, organización costarricense—, mediante el cual el segundo le asegura el acceso a la biodiversidad costarricense, incluida la existente en parques nacionales, al primero a cambio de ciertos beneficios económicos, en lo que se conocen, US 1.000.000, participación (royalties) en las eventuales ganancias que depare la biodiversidad recolectada, capacitación científica, etc. Para algunos este convenio representa un modelo y un ejemplo de la manera de obtener una compensación por el acceso al germoplasma, para otros no es más que un mal negocio y una indebida disposición, por parte de un sujeto privado de bienes que no le pertenecen. Más allá de la controversia, lo cierto es que nuestro país ha sentido con inquietante fuerza, la realidad práctica que envuelve a la discusión que hemos esbozado a través de este artículo.

El segundo de los ejemplos es igualmente relevante aunque menos publicitado. A partir de un recurso genético existente en nuestra nación —el cartílago de tiburón— se ha obtenido un producto de utilidad contra el cáncer, cuya venta en los Estados Unidos se efectúa en $60, aproximadamente 8.000 colones, por cada 300 pastillas. No obstante, cabe preguntarse qué beneficios recibe Costa Rica, lugar de origen del tiburón referido.[52]

Posteriormente, se ha publicado que una industria costarricense estaba comercializando sus propias pastillas cuyo precio era de 700 colones un frasco de 30. Lo anterior sirve para reseñar la cotidianeidad que la cuestión que analizamos posee, que la aleja de ser una discusión abstracta.

Por último, citaremos algunas palabras que escribiera el extraordinario poeta Kahlil Gibrán:

> "Tus niños no son tus niños,
> ellos son hijos e hijas de
> la vida que corre por ellos.
> Ellos vienen a través de ti,
> pero no de ti.
> Y si bien están contigo, no
> pertenecen a ti".
>
> *El Profeta*

50. De todas formas, nuestro país no otorga patentes biotecnológicas a tenor de lo dispuesto en la Ley de Patentes, art. 1.3, de las restricciones existentes al patentamiento de productos y procesos farmacéuticos, químicos y alimenticios, arts. 2, 6.8 y 20 y por la falta de aplicabilidad de las normas que sobre variedades protegidas se encuentran en la Ley de Semillas Nº 6289 de 1978 y su reglamento.

51. RAFI, *Farmer's..., op. cit.*, p. 7.

52. Cfr. RODRÍGUEZ, *op. cit.*, pp. 77-78.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL EJERCICIO DEL NOTARIADO
(PRESUPUESTOS Y ELEMENTOS)*

DR. VÍCTOR PÉREZ VARGAS

SUMARIO

Pág.

Generalidades 120
Presupuestos subjetivos de la función notarial 122
Titularidad 122
Compatibilidad e incompatibilidad 123
Casos de incompatibilidad 123
a) La legitimación activa (para actuar) 124
b) La Legitimación pasiva (para recibir) 125

Responsabilidad civil 125
La aplicabilidad de las reglas generales sobre responsabilidad civil subjetiva. 126
El daño 128
a) El daño sobre la validez y los efectos sustanciales inmediatos del documento 128
b) El daño sobre los efectos probatorios del documento 130
c) El daño sobre los efectos ejecutivos del documento 130
ch) El daño sobre los efectos relativos del documento (efectos del acto o negocio en relación con terceros) 131

Causalidad 131
Culpabilidad 132
Antijuridicidad 133
Responsabilidad civil subjetiva indirecta del Notario 134
Deberes específicos que aparecen en la ley. Obligatoriedad de la función notarial 134
En particular: Reglas de responsabilidad sobre instrumentos públicos 134
Bibliografía 136

* *III Jornada de Derecho Notarial, Colegio de Abogados, Instituto Costarricense de Derecho Notarial, ICODEN.*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

GENERALIDADES

Me ha solicitado el Comité Organizador, al que agradezco la invitación, conversar sobre el tema de la Responsabilidad Civil en el ejercicio del Notariado.

Quiero decir, en primer lugar que ha sido muy acertada la programación de estas Jornadas, porque en la función notarial pueden darse, precisamente, *cuatro* formas de responsabilidad, que no se excluyen entre sí, pudiendo el Notario ser llamado a responder por todas y cada una de ellas en forma simultánea o sucesiva; estas formas son: la civil, a la que nos referiremos hoy; la administrativa o tributaria, de la que nos hablará el Dr. Luis Rodríguez; la penal, que resulta de actuaciones profesionales delictuosas y que es competencia de los tribunales penales,[1] a la que se referirá el Lic. Marcos Castro Alvarado (o Dr. Fernando Cruz Castro) y, finalmente, la gremial o disciplinaria,[2] a cargo del Lic. Rodrigo Montenegro Trejos, cuya competencia es tanto de la Corte Suprema de Justicia,[3] como del Tribunal de Ética del Colegio de Abogados,[4] esta última es mal llamada por algunos "profesional")[5] (pues todas, realmente, son "profesionales") y se encarga del régimen disciplinario.

En nuestro medio las causas de sanciones disciplinarias han sido múltiples y variadas.

Entre ellas podemos citar, como ejemplos:

- La inscripción tardía de un matrimonio.[6]
- Edictos de matrimonio mal publicados.[7]
- Celebración de matrimonio de una hermana.[8]
- Consignación improcedente del "no, corre".[9]
- Firma fuera de los márgenes de la matriz.[10]
- Matrimonio celebrado antes de 300 días de divorciada la contrayente.[11]

Nos ocuparemos aquí de la modalidad civil reparadora de los daños y perjuicios.

El Notario, como cualquier otro profesional, en el cumplimiento de su misión, puede incurrir en conductas antijurídicas y culpables capaces de acarrearle responsabilidad civil, relativa al deber de afrontar de su peculio la indemnización por el monto de los daños y perjuicios que haya causado en el ejercicio de su profesión, sin perjuicio de las otras formas de responsabilidad a que está sometido. Los datos positivos que regulan esta forma de responsabilidad se

---

1. Por ejemplo en caso de falsificación de documento privado. TRIBUNAL SUPERIOR PRIMERO PENAL ALAJUELA, Sec. A, Nº 1276 de 14 y 35 h de 24 de julio de 1984 o de falsedad ideológica. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 156 de 10,05 h de 23 de noviembre de 1983, TRIBUNAL SUPERIOR SEGUNDO PENAL, Sec. Primera Nº 53 de 17 h de 1 de marzo de 1983. SALA PRIMERA CIVIL, Nº 98 de 9 h de 31 de marzo de 1978.

2. "La responsabilidad de los escribanos es: civil por los daños causados, disciplinaria frente al Colegio, Administrativa frente al Estado, penal, etc." ITURRASPE-KEMELMAJER, p. 464.

3. "Aun cuando no hubiesen sido comunicadas dichas faltas, éstas siempre podrían ser sancionadas por la Sala, pues la jurisdicción disciplinaria sobre los Notarios, puede ser ejercida incluso de oficio por la Corte (artículo 26 de la Ley Orgánica de Notariado)". SALA PRIMERA DE LA CORTE, Nº 27 de 17 h de 15 de marzo de 1989.

4. Código de Moral (publicado en Revista de Ciencias Jurídicas Nº 40, Colegio de Abogados, facultad de Derecho, U.C.R.), art. 39 y ss.

5. —Como lo hace la Ley 12.990 de 3 de julio de 1947, de Argentina—. (Véase Gaceta del Foro, setiembre 5 de 1947, tomo 190, pág., 43).

6. SALA PRIMERA DE LA CORTE, Nº 31 de 13 y 45 h de 5 de mayo de 1989, Nº 403 de las 10 y 40 h de 6 de enero de 1988, Nº 40 de 16 y 30 h de 7 de setiembre de 1988, Nº 30 de 9 y 40 h de 18 de mayo de 1988.

7. SALA SEGUNDA DE LA CORTE, Nº 82 DE 10 y 35 h de 16 de noviembre de 1988.

8. SALA SEGUNDA DE LA CORTE, Nº 64 de 16 y 10 h de 7 de setiembre de 1988.

9. SALA SEGUNDA DE LA CORTE, Nº 74 de 10 y 25 h de 16 noviembre de 1988.

10. SALA SEGUNDA DE LA CORTE, Nº 58 de 15 y 30 h de 5 de octubre de 1988.

11. SALA SEGUNDA DE LA CORTE, Nº 406 de 9 y 30 h de 18 mayo de 1988 y Nº 414 de 8 y 30 h de 24 de agosto de 1988.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

encuentran en las reglas del Código Civil y en la Ley de Notariado.

> "...el notariado ofrece a los profesionales una polifacética actividad. No todo consiste en redactar escrituras públicas que instrumentan negocios jurídicos, aunque sea éste el quehacer más importante y característico. Los escribanos asesoran a las partes acerca del negocio a celebrar, debiendo hacerlo con imparcialidad, aún cuando actúen a requerimiento de ellas. Intervienen para constatar o verificar hechos, a pedido de parte, labrando la pertinente acta de intervención; para certificar firmas puestas al pie de un contrato; en la redacción de contratos".[12]

Aunque el Notario desempeña en la vida real diversos roles, por ejemplo, como se ha dicho, los de asesor de las partes, calificador y valorador de situaciones jurídicas que se le presentan e, inclusive, el de mediador o conciliador, la verdad es que la función notarial gira alrededor de un eje, que es *la redacción, documentación y autenticación de "el instrumento público" y alrededor de un principio "la fe pública (su potestad pública autenticante, legitimante y certificante)*, en aras de la seguridad jurídica.

Sobre *el instrumento público* se ha dicho, en nuestra jurisprudencia:

> "Si bien para la legislación española toda la técnica notarial está basada en la distinción fundamental entre escrituras y actos, tal distinción no resulta fundamental en Costa Rica pues... el término "escritura pública se entiende en sentido amplio, abarcando todos los instrumentos que figuran en el protocolo bien contengan o exterioricen un negocio jurídico o simplemente un hecho o acto... nuestra Ley de Notariado no distingue entre escritura y acto" [13]

La fe pública ha sido conceptualizada jurisprudencialmente como:

> "...la veracidad, confianza o autoridad legítima atribuida a los Notarios, secretarios judiciales, escribanos, etc... acerca de actos, hechos y contratos realizados o producidos en su presencia y que se tienen por auténticos o con fuerza probatoria, mientras no se demuestre su falsedad." [14]

También, de la fe notarial, se ha dicho:

> "...obedece a la necesidad general de dar un medio de prueba; la función notarial es esencialmente autenticación de hechos para garantizar su certeza; para cumplir con su labor el Notario tiene necesidad de legalizar el acto, a base de adaptarlo a normas legales que le den valor; debe cumplir con la función de legitimación que es la conexión del acto con la situación jurídica que le sirve de base y con la configuración jurídica, mediante la cual adecua el acto, de acuerdo con el interés de las partes, a la ley; debe darle forma jurídica con el objeto de que la voluntad de las partes adquiera efectos legales; para que el Notario pueda cumplir esa función de tomar los deseos e intereses de las partes y adecuarlos conforme a derecho para que produzcan efectos legales, se le inviste del poder de dar fe una vez que haya acreditado los requisitos de capacidad y competencia..." [15]

Es claro que la fe pública comprende lo que el Notario puede percibir, pero no la verdad de las declaraciones que los otorgantes hagan:

> "...no abarca la veracidad intrínseca de las declaraciones, ni la intención que las anima, ya que tales aspectos escapan a la apreciación del fedatario, razón por la cual no pueden quedar

12. ITURRASPE-KEMELMAJER, et al. p. 464.

13. TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL, Alajuela, Nº 614 de 14 y 40 h de 5 de mayo de 1975.

14. (TRIBUNAL SUPERIOR SEGUNDO CIVIL, Sección Segunda, Nº 499 de 9.05 h de 26 de setiembre de 1989, Revista Judicial Nº 56, p. 431).

15. SALA DE CASACIÓN, Nº 87 de 13 h 20 m. de 26 de junio de 1975.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

amparados por la fe pública que a éste le asiste".[16]

En consecuencia, las responsabilidades del Notario, normalmente, van a estar ligadas a conductas antijurídicas y culpables (aunque no necesariamente penales) relacionadas con estas actuaciones y, en especial, con la producción del instrumento público.

El ejercicio de esta función requiere de la existencia conjunta de diversos presupuestos, cuya ausencia puede afectar la validez del acto o su eficacia y generar responsabilidad civil.

PRESUPUESTOS SUBJETIVOS DE LA FUNCIÓN NOTARIAL

Además de la capacidad de actuar que debe tener el Notario, hay tres presupuestos subjetivos adicionales de la función notarial:

1. titularidad,
2. legitimación, y
3. compatibilidad.

Su relevancia para los efectos de la responsabilidad civil se observa en los casos en que falta alguno de ellos, con lo que el acto o negocio puede quedar perjudicado de raíz.

TITULARIDAD

a) *La titularidad* de la situación jurídica del Notario y la consecuente titularidad de la potestad (central en su profesión) de fedatario público.

El primer requisito para que el Notario pueda ejercer su tarea es la titularidad de la potestad de "fe pública".

Para la titularidad es necesaria la investidura en la función.

> "La responsabilidad se inicia con el juramento de buen desempeño de la profesión y desde su inscripción en la matrícula respectiva."[17]

Esta es una situación jurídica presupuesto, a su vez, de las que se exponen a continuación.

Las potestades públicas de que es titular el Notario dependen de su investidura en la función. Ellas están ligadas a ciertos requisitos de

16. TRIBUNAL SUPERIOR SEGUNDO CIVIL Nº 1147 de 7 y 45 h de 16 de julio de 1982. También en el mismo sentido: SALA PRIMERA DE LA CORTE, Nº 50 de 9 y 30 h de 31 de mayo de 1982 y N-42 de 16 h de 25 de mayo de 1982; TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL, Nº 798 de 9 y 10 de setiembre de 1976; SALA PRIMERA CIVIL, Nº 335 de 9 y 10 h de 2 de setiembre de 1977 y Nº 167 de 8 y 10 h de 13 de mayo de 1977, en un caso de simulación, se dijo: "...se limita a consignar lo que dicen los contratantes, esto es lo único que tiene valor de plena prueba, sin que en tal caso deba tenerse por cierto que el contrato es como lo refieren las partes, porque bien pueden convenir una cosa y decir otra." SALA PRIMERA CIVIL, Nº 167 de 8 y 10 h de 13 de mayo de 1977. En otro caso se dijo: "...tratándose de instrumentos públicos, el Notario no puede dar fe de la razón de verdad que encierran las declaraciones de los otorgantes, sino simplemente de la existencia material de los hechos que afirma haber realizado él mismo, o haber pasado en su presencia en el ejercicio de sus funciones..." TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL, Nº 798 de 9 y 15 h de 10 de setiembre de 1976. El principal antecedente de esta orientación jurisprudencial es la sentencia (redactada por el Magistrado Fernando Coto Albán) Nº 123 de 14 y 45 h de 6 de diciembre de 1968, II, p. 1105.

17. YUNGANO-LÓPEZ, BOLADO-POGGI-BRUNO, responsabilidad profesional de los médicos. Cuestiones civiles, penales, médico-legales y deontológicas. Editorial Universidad Buenos Aires, 1982. p. 24.

fondo (calidades personales) y de forma (debida autorización) que deben cumplirse y se refieren a: edad... (art. 3), caución (art. 8), ausencia de impedimentos (art. 18), etc.

Cumplidos estos presupuestos el Notario adquiere titularidad: La situación jurídica de la que es titular es una potestad, un poder-deber: la fe pública (art. 1 L.N.).

COMPATIBILIDAD E INCOMPATIBILIDAD

b) *La compatibilidad* de la función notarial misma con determinadas otras funciones, cuya aceptación determinaría la extinción de su competencia notarial (el cese de sus funciones).

La regla general está prevista en el Código de Moral, artículo 9:

> "El profesional en derecho debe respetar las disposiciones legales que establecen *incompatibilidades* para ejercer la profesión y abstenerse de desempeñar cargos u ocupaciones *incompatibles* con el espíritu de la misma".

CASOS DE INCOMPATIBILIDAD

> "El que acepte empleo o cargo pública incompatible con las funciones de notario" (18-7 LN).
>
> "Aun cuando sean Notarios *no pueden ejercer el notariado* los funcionarios y empleados de los Poderes Ejecutivo y Judicial, así como los municipales. Se exceptúan de esta prohibición los profesores de enseñanza, los magistrados suplentes, los jueces interinos, los alcaldes suplentes e interinos, los fiscales específicos, los munícipes y apoderados municipales y los funcionarios y empleados que no devenguen sueldos sino dietas".
>
> "El Notario que aceptare cargo o empleo *incompatible* con el ejercicio del notariado, cesará en sus funciones..." (art. 19 LN).

En un caso se discutió sobre la incompatibilidad y consecuente causa de legitimación activa del Notario-Albacea:

> Se discutió si el Notario podía vender como albacea de una sucesión. El Registro dijo que necesitaba comparecer como albacea ante otro cartulario. La Sala Civil confirmó la resolución agregando:
>
> "No es posible admitir como buena la actuación del Licenciado... en su doble carácter de albacea que representa los intereses de una sucesión y de Notario que procede como funcionario público dando fe de un acto contractual sujeto a determinadas formalidades".

La sala de Casación, en cambio, dijo que:

> "...esas consideraciones así generales no precisan la inconveniencia o *incompatibilidad* (además de la falta de legitimación n. del a.) legal para que haya un albacea, cuando es Notario y se le comisiona para protocolizar, extienda una escritura en que conste que ha sido autorizado por el Juez de la sucesión para vender extrajudicialmente bienes de ésta y que los ha vendido a determinada persona, quien comparece aceptando"
>
> "...tampoco se puede argüir que hay incompatibilidad en que el Notario pudiere dar fe de su propia capacidad para la formalización escrituraria de la venta; cuando el Notario hipoteca sus propios bienes, práctica admitida, él mismo certifica su capacidad."

Esto, en razón de que el Notario debe dar fe de la personería del albacea, con vista del Registro de Personas (artículos 466 inciso 4 del código Civil y 753 y 913 del Código Procesal Civil).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

En otro caso el Notario certificó fotocopias del albaceazgo que ostentaba, admitiéndose esto como válido.[18] Sin embargo, se ha mantenido la tesis de que el Notario no puede certificar su propia personería, ni tampoco puede ser autenticado un poder otorgado a su favor por alguno de los parientes que se indican en el artículo 21 de la Ley Orgánica de Notariado ...porque de ese acto notarial la misma persona, deriva el derecho a dirigir el juicio, a gestionar en él a nombre de sus representados y a percibir los honorarios de su trabajo." [19]

Se ha discutido si hay incompatibilidad o falta de legitimación cuando el Notario es el propio testador. En un caso se dijo que no había incompatibilidad,[20] considerándose que no se trataba de derechos de terceros a favor del Notario.

LEGITIMACIÓN.

c) *La Legitimación* para el cumplimiento del acto específico y concreto.

Legitimación (en sentido estricto).

Para que haya legitimación (activa o pasiva) no deben existir prohibiciones particulares en relación con determinadas personas (por ejemplo, parientes) o cosas (por ejemplo, los bienes objeto de un determinado testamento) que puedan afectar la validez o eficacia del acto o negocio.

a) La legitimación activa (para actuar).

A diferencia de la capacidad e actuar, que expresa una posición genérica de la persona, referible a todo comportamiento que se encuentre dentro del ámbito de su autonomía privada, la legitimación designa una posición concreta en relación con los sujetos o los objetos del acto o negocio.

La importancia de esta figura se comprende en los casos en que falta, o sea, cuando la especial posición del Notario, en relación con determinadas personas o cosas, determina la invalidez del acto o negocio que autorice, legitime o certifique.

Así:

> "El Notario no podrá autorizar escrituras en que se consignen derechos a favor de él o de alguno de los intérpretes o testigos instrumentales o de conocimiento, o de sus respectivos cónyuges, así como de sus ascendientes, descendientes, hermanos, tíos o sobrinos, por consanguinidad o afinidad". [21] (Art. 21 LN).

> La consecuencia según el artículo 90 inciso 6 de la LN es la nulidad absoluta. Sin embargo, en un caso se dijo que es un supuesto de anulabilidad.[22]

Es diferente el supuesto de anulabilidad del artículo 91 de la misma Ley:

> "Es anulable la escritura en que alguno de los testigos instrumentales o de conocimiento de partes o intérpretes tuviere con respecto al Notario o a uno de los otorgantes cualquiera de los vínculos que producen impedimento relativo según el artículo 734 del Código Civil".

Este artículo (734 CC), hoy derogado por la ley que emitió el Código Procesal Civil, se refe-

---

18. TRIBUNAL SUPERIOR SEGUNDO CIVIL, SECCIÓN PRIMERA, Nº 866 de 10 y 35 h de 15 de noviembre de 1988.

19. TRIBUNAL SUPERIOR SEGUNDO CIVIL, SECCIÓN PRIMERA, Nº 362 de 9 y 20 h de 4 de julio de 1986.

20. "De acuerdo con el artículo 21 de la ley Orgánica de Notariado, el Notario no podrá autorizar escrituras en que se consignen derechos a favor de él u otros, pero tal norma ha de entenderse para aquellos casos en que el Notario consigne en escrituras, derechos que corresponden a terceros comparecientes y no a derechos correspondientes al mismo Notario, pues nada impide que un cartulario consigne en su protocolo, traspasos de bienes o derechos que le fueron propios, ya que no existe prohibición expresa para ello. "TRIBUNAL SUPERIOR SEGUNDO CIVIL, Sec. Segunda, Nº 64 de 9.05 h de 4 de marzo de 1986.

21. Un ejemplo de violación se da cuando un Notario realiza una hipoteca de su cuñado. SALA PRIMERA DE LA CORTE, Nº 27 de las 17 h de 15 de marzo de 1989.

22. En otro caso (TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL, Alajuela, Nº 498 de 8 y 35 h de 18 de mayo de 1977, se dijo que una actuación en contra de esta prohibición puede ser convalidada (un caso de autenticación de firma referido a casos en que se consignan derechos a su favor o de alguno de los testigos, intérpretes, etc); lo que se ha dicho, en otras palabras, es que se trata de anulabilidad (o nulidad relativa), a pesar de que estamos frente a una norma imperativa).

ría a las personas impedidas absoluta y relativamente para ser testigos instrumentales. En cuanto a los segundos incluía a:

1) quien esté directamente interesado en el acto o contrato a que se refiere la escritura y
2) El ascendiente, cónyuge, hermano, tío o sobrino, ya lo sean por consanguinidad o afinidad; y el sirviente doméstico del cartulario y
3) El que esté ligado por matrimonio o por cualquiera de los otros vínculos especificados en el inciso anterior con el otorgante que adquiera derechos en virtud del acto o contrato objeto de la escritura."

Cabe aclarar que "el impedimento antes referido no tiene relación alguna con la facultad que el artículo B2 bis de la misma Ley, otorga al Notario, para extender certificaciones bajo su responsabilidad, relativas a inscripciones o documentos existentes en registros y oficinas públicas. Al certificar asientos en un registro, el Notario no está adquiriendo derecho alguno a su favor, sino que se limita a certificar lo que ahí consta. No debe confundirse una certificación con una escritura pública",[23] ni con un documento privado autenticado.[24]

b) La legitimación pasiva (para recibir los efectos).

En algunos casos el Notario carece de legitimación para recibir.

Tal es el supuesto del artículo 592, inciso 5), del Código Civil, que indebidamente habla de incapacidad relativa de recibir por testamento: "del testador el cartulario que le hace el testamento público o autoriza la cubierta del testamento cerrado y la persona que le escriba esta".

Nótese que el testamento, en sus demás estipulaciones, mantiene su validez; es mula solamente la disposición del testador en favor del Notario. Estamos frente a lo que se denomina "invalidez parcial".[25] Decía Ulpiano: "Non vitiatur utile per inutile".

RESPONSABILIDAD CIVIL

Debe tomarse en consideración que la infracción de las leyes notariales por parte del Notario puede hacer que el negocio jurídico resulte inválido o ineficaz y cause con ello un daño a los otorgantes o a los beneficiarios. En tal caso "el profesional en Derecho debe reconocer su responsabilidad cuando resultare de negligencia, error inexcusable o dolo, allanándose a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados" (artículo 10, Código de Moral).

Responsabilidad contractual o extracontractual.

El Notario, normalmente, asume una responsabilidad de orden contractual, frente a sus clientes.

---

23. TRIBUNAL SUPERIOR PRIMERO CIVIL, Nº 725 de 7 y 30 h de 13 de mayo de 1988. TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL, Nº 402 de 9 y 20 h de 13 de junio de 1979.

24. "La facilidad que tiene un Notario para extender certificaciones, se refiere a inscripciones o documentos existentes en registros y oficinas públicas, pero cuando se trata de certificaciones, que provienen de documentos privados las firmas de las partes que allí consten, deben ser autenticadas con anterioridad para que se consideren auténticas de lo contrario carecerán de efecto alguno de acuerdo a los requisitos exigidos por la ley." TRIBUNAL SUPERIOR PRIMERO CIVIL, Nº 1746 de 8 h de 27 de octubre de 1982.

25. Sobre el tema de la invalidez parcial es abundante la bibliografía: CARIOTA FERRARA, Il negozio giuridico, Morano ed, Napoli, p. 364 y otros como STOLFI, BETTI, BORDA, RESCIGNO, etc.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

> "...en relación con el cliente, es de naturaleza contractual, existiendo algunos deberes comunes para la mayoría de las profesiones; así, el deber de lealtad, el secreto profesional y la indemnización del daño que se hubiere –culposa o dolosamente– ocasionado. [26]

Las violaciones a este deber de diligencia profesional acarrean frente al cliente responsabilidad contractual. El Notario se compromete a poner todos los medios a su alcance para que el acto o negocio jurídico concreto sea válido y eficaz; por lo que el Notario se obliga contractualmente, con los otorgantes, a asegurar esta validez y esta eficacia.

Sin embargo, si las partes insisten en hacer constar actos ineficaces, el Notario debe advertírselos y debe extender la escritura consignando en ella la advertencia (art. 63 LN).

La responsabilidad del Notario, "en ocasiones, puede ser también extracontractual". [27]

En muchos casos el daño no es causado sólo a las partes otorgantes sino, también, a los terceros beneficiarios del acto o negocio (por ejemplo en los casos de estipulación en favor de tercero, de fideicomisos, de fundaciones, etc.). No habiendo relación jurídica entre el Notario y los beneficiarios estaríamos en el campo de la responsabilidad extracontractual subjetiva. Otro ejemplo es el caso en el que Notario "autorice escritura de compraventa de una finca, en la que como vendedor actúe quien no es su propietario y, por aquélla, pase a un tercero protegido por la fe pública registral".[28]

El incumplimiento de los deberes del Notario puede también restarle eficacia al negocio, afectar negativamente a las partes o a los terceros beneficiarios del acto, cuando este acto por no inscribirse no es oponible a terceros. De este modo los otorgantes no podrán alegar frente a terceros la eficacia del acto. Sobre este punto regresaremos al hablar del daño en cuanto a los efectos del acto o negocio.

> "Es obvio —dice el Dr. William Muñoz— que la relación entre el Notario y sus clientes reviste carácter profesional, puesto que el escribano es un profesional liberal que ejerce una función pública...
>
> En segundo lugar... está obligado a ejercer su función... a través de la llamada rogación.
>
> En nuestro criterio —sigue diciendo el autor citado— lo que realmente se configura es un contrato de prestación profesional de servicios notariales...
>
> ...pero cuando el escribano, en el ejercicio de la función notarial, incurre en responsabilidad respecto de terceros, el fundamento de la misma habrá de buscarse en la llamada culpa aquiliana extracontractual". [29]

Si bien con algunas diferencias muy particulares sobre los daños imprevisibles y la carga de la prueba, los principios que rigen ambas formas de responsabilidad son los mismos de la responsabilidad subjetiva directa e indirecta.

LA APLICABILIDAD DE LAS REGLAS GENERALES SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL SUBJETIVA

En algunos casos se ha intentando dar un régimen especial a la responsabilidad de los profesionales. Sin embargo, la responsabilidad profesional es solamente una especificación de la responsabilidad civil general y cualquier régimen especial sería inconstitucional.

---

26. YUNGANO, et al. p. 24.

27. BORREL, Responsabilidades... p. 203.

28. BORREL, op. cit. p. 203.

29. (MUÑOZ, William, Responsabilidad civil y profesional del Notario, Lección mimeografiada, Facultad de Derecho, 1972).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Se ha argumentado que los profesionales deben tener un tratamiento especial, más atenuado, de responsabilidad civil;[30] entre otras cosas se ha dicho que sólo los errores gravísimos deben dar lugar a ella, no las equivocaciones menores, aunque puedan tener resultados cuantiosos para la víctima; que, por tratarse a menudo de errores científicos y técnicos, no hay certeza de que el camino seguido por el profesional sea errado; que sólo la culpa grave, además del dolo podía dar lugar a la responsabilidad; que hay dificultades probatorias de la causalidad; que la carga de la prueba debe pesar exclusivamente sobre el cliente que alega la "mala práctica" e, inclusive, que ya hay tribunales de ética para tal efecto, por lo que no debe conocer del tema el juez ordinario.

Todos estos intentos de tratar en forma desigual al profesional han chocado con el principio de igualdad y con el derecho de la víctima a obtener plena reparación del daño, sea o no profesional quien se lo haya causado.

Por ejemplo, en Costa Rica se presentó un proyecto de Ley que la Corte, en consulta,[31] consideró *inconstitucional*, para dar un tratamiento privilegiado a los médicos (que comprendía entre otras cosas, la exclusión de la vía penal, la exclusión del daño moral, la fijación de un máximo de daño material, una caducidad corta, etc.) y en los Estados Unidos, en varios Estados, se dictaron leyes que daban un tratamiento privilegiado a los médicos, en cuanto a montos de indemnización para determinados daños,[32] ausencia de vía penal, plazos breves de prescripción o caducidad para el ejercicio de la ación,[33] leyes todas ellas que ya han sido atacadas por la doctrina y ya han sido declaradas *inconstitucionales.*[34] las diversas Cortes han afirmado que estas leyes violan los principios de "igual protección" y que serían una "legislación especial prohibida". [35] El principio constitucional de igualdad no puede admitir excepciones en perjuicio de las víctimas.

A médicos, ingenieros o Notarios y profesionales en general resultan aplicables las reglas generales de responsabilidad.[36]

Dicen Planiol y Ripert: "No vemos por qué razón los médicos no han de responder, como todo el mundo de su impericia o negligencia".[37] Lo mismo podría decirse de los Notarios.

El principio de igualdad exige un tratamiento uniforme para las diferentes profesiones en cuanto a las reglas generales sobre la responsabilidad civil. Lo que diverge en cada caso son las modalidades de producción del daño. Así como el médico puede causar negligentemente una lesión, o el ingeniero puede ser imprudente al diseñar un puente, así el Notario también puede incurrir en culpa en el ejercicio de su función y, en particular, en el ejercicio de su potestad de federatario público y puede causar daños de diverso tipo, según veremos seguida-

---

30. ITURRASPE-KEMELMAJER, cit. p. 454.

31. En sesión de Corte Plena, de 21 de mayo de 1984, ante una consulta de la Asamblea legislativa sobre la constitucionalidad de un proyecto de ley que limitaba los derechos de las víctimas se dijo: "De aprobarse la moción, haría que la ley sea totalmente contraria al artículo 33 de la Constitución Política, pues entrañaría un privilegio legal en beneficio exclusivo de los señores médicos y cirujanos... podría entrañar también una desventaja para las personas ofendidas en delitos culposos... se acordó: rendir informe desfavorable a la Comisión de Asuntos Sociales de la Asamblea Legislativa.

32. V. RICHARDS, Kent, Statutes limiting malpractice damages, federation of insurance Counsel Quaterly, Iowa, Vol. 32, Nº 3, spring, 1982, p. 247.

33. Sobre la reducción de los plazos de prescripción para el ejercicio de la acción de responsabilidad civil profesional v: GIBSON, William, Medical Malpraxia, Journal of Insurance, Nov. Dec., 1981.

34. STRAZEWSKY, Len, Florida proposing reform of malpractice system, Businees Insurance, febrero 25, 1983.

35. Así en varios casos: Carson v Maurer 120 N H 925, 424, A 2d, 825, 830 (1980) y Wright v Central du Page Hospital 63 111, 2d, 313, 326, 330, 347, N.E. 2d, 736, 741, 743 (ya desde 1976). También v. Arneson v. Olson, 279, N.W 2d, 125, 136, 137, N.D. 1978.

36. TRIGO REPRESAS, Félix y STIGLITZ, Rubén, El seguro contra la responsabilidad civil profesional del médico, Buenos Aires, Astrea, 1983. p. 435.

37. PLANIOL Y RIPERT, cit. p. TRIGO, p. 435.

mente, que él debe reparar como cualquiera, de conformidad con los principios generales.

> "La responsabilidad profesional es un capítulo de la teoría general de la responsabilidad y está sujeta a las normas generales de ésta". [38]

Para la configuración de la responsabilidad civil, el primer requisito es la lesión de algún interés jurídicamente relevante, la producción de un daño. Si bien en algún momento se habló de daño a un derecho real (porque estos se consideraban "erga omnes" y debían ser respetados por todos), hoy la doctrina (Busnelli, en particular) habla de la lesión de un derecho de crédito. A menudo la lesión causada por el Notario es sobre un derecho relativo. Además, no solamente un derecho subjetivo puede verse afectado. A la par del derecho subjetivo hay muchas otras situaciones jurídicas, tales como las potestades (piénsese, por ejemplo, en la patria potestad en un convenio de divorcio por mutuo consentimiento), o bien, como las expectativas o los intereses legítimos. En otras palabras: el daño posible no se reduce solamente a los derechos subjetivos.

Junto al daño debe haber una relación de causalidad, una culpabilidad y un antijuridicidad, para que podamos hablar de responsabilidad civil subjetiva.

Veamos separadamente estos elementos:

EL DAÑO

El daño causado en el ejercicio de la función notarial.

Por la conducta culpable del Notario un instrumento público puede verse afectado de diversas formas:[39]

a) El daño sobre la validez y los efectos sustanciales inmediatos del documento.

En el ejercicio de su profesión el Notario puede causar daños que están en relación directa con la validez y las consecuencias jurídicas esperables del acto o negocio, ya sea, haciéndolas desaparecer del todo, o no nacer siquiera, o bien quitándole al acto parte de su eficacia jurídica, como en los diversos casos de inoponibilidad o ineficacia relativa, en materia registral.

Sería, por ejemplo, *nulo* el acto donde el Notario no cumpla con las formalidades "ad substantiam" requeridas.[40] Sería –en cambio– *inoponible* el acto o negocio que, requeriéndolo, no sea inscrito.

La doctrina notarial[41] distingue entre:

a) nulidad de fondo, que son nulidades referidas al contenido o al valor sustancial mismo del instrumento público por requisitos esenciales.
b) nulidad formal o instrumental, que afecta el documento mismo y en consecuencia el contenido (en forma indirecta) y que está sujeta a los principios de "excepcionalidad" (solo en los casos previstos), "finalidad" (por el principio de conservación de la eficacia) y subsanabilidad (mediante redac-

---

38. YUNGANO-LÓPEZ, BOLADO-POGGI-BRUNO, responsabilidad profesional de los médicos. Cuestiones civiles, penales, médico-legales y deontológicas. Editorial Universidad Buenos Aires, 1982. p. 24.

39. (Siguiendo la clasificación de los efectos del instrumento público de SALAS-HERNÁNDEZ, Apuntes de Derecho Notarial, Tomo I, p. 153).

40. Por ejemplo: "la escritura pública en la donación de inmuebles (art. 1397 del Código Civil) es una formalidad ad solemnitatem, o sea, referible a la esencia misma del acto, por lo que no es admisible la prueba testimonial presentada por el actor para demostrar la donación alegada" TRIBUNAL SUPERIOR SEGUNDO CIVIL, Sec. segunda, Nº 726 de 14 y 10 h de 15 de octubre de 1984.

41. V. SALAS-HERNÁNDEZ, cit., p. 169 .

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ción de una nueva escritura, por nota puesta al final de la escritura, por el transcurso del tiempo en los casos de nulidad relativa, por la subsanación por acta, por subsanación judicial o por asumir de inmediato el Notario su propia responsabilidad, a su costo).

Es discutible, a mi juicio, que en los casos de error material, que sea corregido por el propio Notario pueda hablarse de una forma de anulabilidad, a causa de esta razón. Esto no implica que el defecto no pueda acarrear nulidad o anulabilidad, según su gravedad, si no es subsanado a tiempo.

En los casos de nulidad o anulabilidad encontramos una disconformidad en relación con el Ordenamiento jurídico.

Casos de nulidad.

Algunos casos de *nulidad absoluta* se encuentran en la Ley de Notariado (artículo 90) y se refieren a:

— La escritura no extendida en protocolo (con las salvedades del art. 2 LN).
— La escritura hecha por el Notario que hubiere cesado en sus funciones (con salvedad de buena fe y de público ejercicio) (art. 90, inciso 2), LN).

Esta falta ha sido considerada grave en nuestra jurisprudencia; se dijo:

> "...el continuar cartulando pese a encontrarse suspendido implica un proceder completamente irregular, ya que autorizó escrituras, con el consiguiente grave perjuicio para las partes otorgantes, a tenor del artículo 90, inciso 2), de la Ley Orgánica de Notariado... [42]

Aunque, a primera vista, éste podría parecer un caso de nulidad absoluta, por carecer el Notario de titularidad para el ejercicio del notariado, y por existir un procedimiento (arts. 9 y 25 LN) para reintegrarse a sus funciones, la verdad es que la propia Ley (en el inciso 2 del artículo 90) hace la excepción, al decir:

> "...salvo que la parte que la hace valer (la escritura) hubiere obrado de buena fe y que al tiempo de otorgar la escritura el Notario todavía ejerciere públicamente sus funciones."

Otros casos de *nulidad absoluta:*

— La escritura que sin estar firmada por los otorgantes no explique el motivo de su omisión.
— Las que no estén firmadas por el Notario, por los intérpretes si los hubiere y por los testigos instrumentales cuando la ley exija este requisito... etc.

Casos de anulabilidad.

En el artículo 91 LN encontramos algunos casos de *anulabilidad:*

> " Es anulable la escritura en que alguno de los testigos instrumentales o de conocimiento de partes o intérpretes tuviere con respecto al Notario o a uno de los otorgantes cualquiera de los vínculos que producen impedimento relativo..."

Ya sobre este tema hemos hablado, al tratar de la incompatibilidad y los impedimentos.

Casos de *defectos, errores y omisiones subsanables por el propio Notario.*

Puede distinguirse entre la anulabilidad (llamada también nulidad relativa en nuestro medio) y aquellos casos, previstos en los artículos 62-bis-a y 62-bis-b de la Ley de Notariado, donde se trata simplemente de "subsanar" un error de orden material, pues como lo expresa el Código Civil en su artículo 1016, "el simple error de escritura o de cálculo sólo da derecho a su rectificación".

---

42. SALA SEGUNDA DE LA CORTE, Nº 37 de 9 y 30 h de 1 de junio de 1988.

Del mismo modo, en las resoluciones judiciales este tipo de errores da lugar a su corrección.[43]

La responsabilidad del Notario puede surgir precisamente por dejar de corregir el defecto.

El hecho de que este tipo de errores, defectos u omisiones, sea subsanable por el propio Notario, no significa que se trate de un acto anulable y por esto mismo, convalidable.

Son diversas las razones para afirmar esto:

La anulabilidad o nulidad relativa tiene sus propios plazos legales de prescripción. Basta el no ejercicio de la acción de anulación dentro del plazo para que la patología originaria quede superada y el acto se convalide.

En algunos supuestos relativos a los defectos, errores y omisiones que pueden ser corregidos por el propio Notario, no puede hablarse de una convalidación por el transcurso del tiempo, por lo tanto no puede hablarse de anulabilidad. Hay defectos de nulidad también, defectos que si no fueran corregidos por el Notario determinaría la nulidad absoluta del acto.

En la anulabilidad la convalidación es una facultad del propio afectado (no del Notario).[44]

De tales nulidades, anulabilidades, errores, defectos u omisiones, o formas de ineficacia, pueden derivar consecuencias perjudiciales para las partes o para terceros, con lo que el Notario podría ser sujeto de la obligación correspondiente de indemnizarlos.

De este modo, el Notario, en caso de escrituras inscribibles, está obligado a que las escrituras otorgadas ante él cumplan con los requisitos legales para su inscripción "independientemente de si está obligado a inscribirlas".[45]

b) El daño sobre los efectos probatorios del documento.

Este tipo de daño en el ejercicio del notariado puede darse cuando la eficacia "ad probationem" depende de una determinada formalidad y ésta se incumple.

Sería grave por ejemplo en los casos donde la ley no admite la prueba testimonial si falta esta formalidad documental mínima.

Un ejemplo grave podría ser la culpa profesional en el levantamiento de una acta notarial sin las debidas formalidades, dada su particular fuerza probatoria,[46] recordemos que:

> "...la existencia material de los hechos contenidos en el documento hace plena prueba, no sólo porque el Notario goza de fe pública... sino también porque dicha prueba únicamente es posible desvirtuarla de esa relevancia jurídica si el documento es argüido de falso... [47]

c) El daño sobre los efectos ejecutivos del documento.

Dado el fuerte valor probatorio y dada la ejecutividad del instrumento público, la violación en que pueda incurrir el Notario podría atentar contra el mismo sentido práctico del documento.

Algunos ejemplos:

---

43. "...si en un divorcio por mutuo consentimiento una de las partes apeló de la resolución que aprueba el convenio de divorcio, alegando la confusión de apellidos, éste no es de recibo, porque aunque en la resolución haya habido un error, este resulta irrelevante y sólo da derecho a su rectificación, especialmente porque la identidad entre el impugnante y quien compareció ante el Notario para firmar el divorcio no queda en entredicho. "TRIBUNAL SUPERIOR SEGUNDO CIVIL, Sección Primera, Nº 294, 8 y 10 h de 26 de mayo de 1982 y Nº 122 de 16 y 45 h de 10 marzo de 1981.

44. "...puede ser convalidada si fuere ratificada *por el articulante*" TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL, Alajuela, Nº 498 de 8 y 35 h de 18 de mayo de 1977.

45. SALA PRIMERA DE LA CORTE, Número 80 de las 14 h de 22 de julio de 1983.

46. (Sobre el tema v. ROMERO PÉREZ, Jorge Enrique, Reflexión sobre la prueba documental en el proceso civil de Costa Rica, Revista de Ciencias Jurídicas, Nº 27, setiembre-diciembre de 1975, p. 272).

47. (TRIBUNAL SUPERIOR SEGUNDO CIVIL, Sección Segunda, Nº 499 de 9.05 h de 26 de setiembre de 1989, Revista Judicial Nº 56, p. 431).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Un poder elaborado indebidamente puede no tener efectos y el Notario deberá asumir su responsabilidad.[48]

Una indebida certificación de una escritura, como título ejecutivo.[49]

ch) El daño sobre los efectos relativos del documento (efectos del acto o negocio en relación con terceros).

La inscripción determina, a menudo, la oponibilidad o enfrentabilidad del acto a terceros.

Sería ineficaz (para terceros) inoponible (frente a terceros) el negocio que, requiriéndolo, no sea inscrito en el Registro correspondiente.

El acto o negocio que, debiendo inscribirse registralmente, no sea inscrito, se encuentra en una situación de ineficacia relativa: hay eficacia de tal acto o negocio entre las partes,[50] pero no es oponible a terceros, no es eficaz frente a terceros.[51]

La indemnización que podría tener que afrontar el Notario, por responsabilidad civil derivada de una falta de inscripción culpable (con la concomitante ineficacia relativa) puede llegar a sumar el valor total del negocio.

Así:

> "Cuando un acto o contrato autorizado por Notario deje de inscribirse, en el Registro correspondiente, por dolo, culpa o ignorancia inexcusable de aquél, subsanará la falta extendiendo a sus costas una nueva escritura, de ser posible, e indemnizando en todo caso a los interesados de los perjuicios que les hubiese ocacionado." [52]

CAUSALIDAD

Es unánime la doctrina y la jurisprudencia en considerar el nexo de causalidad como un elemento indispensable para que surja la responsabilidad subjetiva.[53] Para que ésta nazca, el daño ha de haber sido causado por la persona a quien se reclama. En la doctrina, se habla de la causalidad adecuada y eficiente en la producción del daño. Esto significa que la conducta (activa u omisiva) del Notario ha de ser una condición "sine que non" del efecto lesivo de los intereses de otorgantes o terceros.

El Tribunal Supremo Español ha hablado de la "causalidad adecuada", según la cual deben considerarse como causa aquellos antecedentes de los cuales cabe esperar, según criterios de probabilidad o razonable regularidad, la producción del resultado dañoso.

---

48. TRIBUNAL SUPERIOR PRIMERO CIVIL, Nº 1272 de 9 y 35 h de 19 de julio de 1988.

49. TRIBUNAL SUPERIOR PRIMERO CIVIL, Nº 2274 de 9 y 50 h de 7 de diciembre de 1984.

50. "...la falta de inscripción en el registro no produce la invalidez del contrato, sino su ineficacia frente a terceros..." SALA DE CASACIÓN, Nº 108 de 15 h de 26 de octubre de 1979. Sobre la validez entre las partes de la escritura no inscrita v. SALA SEGUNDA CIVIL, Nº 196 de 15 y 35 h de 4 de julio de 1978.

51. Por ejemplo: Si el demandado vendió a sus hijos menores el bien objeto de discusión mediante escritura que fue presentada al diario del registro dos años y nueve meses después de su otorgamiento, cuando ya estaba anotada al margen la demanda de divorcio establecida por la actora... esa venta no tiene ningún valor frente a la anotante, aunque reúna todos los requisitos de ley, porque conforme a las disposiciones del Código Civil relativas a los títulos sujetos a inscripción, el contrato de compraventa celebrado entre el accionado y sus hijos quedó desprovisto de eficacia y no podría perjudicar a la actora." SALA SEGUNDA DE LA CORTE, Nº 86 de 10 y 45 h de 3 de setiembre de 1982. V tamb.: SALA DE CASACIÓN, Nº 63 de 15 y 30 h de 4 de agosto de 1978.

52. BORREL, op. cit, p. 204.

53. (SALA DE CASACIÓN, Nº 69 de 1963, II, p. 591; Nº 29 de 15 y 40 h de 25 de marzo de 1958, tomo II, I semestre p. 567; Nº 129 de 15 h de 14 de diciembre de 1955, Semestre II, 2, p. 962).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

También en nuestra Ley de Notariado la causalidad es vista en función de la acción de "*producir*" el daño, término que bien puede entenderse como sinónimo de "*causar*".

Expresa la citada ley, en lo que interesa:

> "b) a quien por ignorancia, descuido o negligencia produjere daños a los otorgantes o a terceros (art. 23 LN).

Se entiende que queda excluida la causalidad en los casos de fuerza mayor, hecho de la víctima o de un tercero.[54]

Si el daño resulta de un hecho inevitable no puede hablarse de causalidad. Esta relación desaparece igualmente cuando es la propia víctima la que causa su daño, o éste es producto de la intervención de otro sujeto.

CULPABILIDAD

El siguiente elemento de la responsabilidad es la culpabilidad, en sentido estricto, que hace referencia a los aspectos psíquicos de la actuación notarial:

En los últimos años se ha comenzado a hablar ampliamente de "Malpraxis" en relación con los médicos. Hoy este concepto se usa para todas las profesiones.

La "Malpraxis" ha sido definida como impericia profesional, pero engloba todas las formas de responsabilidad por culpa como negligencia, imprudencia o falta en el desempeño profesional. Incluye también la falta de actualización de conocimientos.

En relación con el ejercicio de las profesiones liberales, se ha considerado que el que las ejerce está obligado a tener los conocimientos suficientes para tal ejercicio. No basta poseer un título universitario, porque el progreso de las ciencias, en algunos casos y las nuevas complicaciones que van surgiendo, en otros, imponen una diligencia posterior a la obtención del título académico.[55]

Dentro de un sentido amplio la "malpraxis" incluye también al dolo.

Hay dolo si hay conciencia y voluntad del hecho lesivo; hay culpa, en cambio, si el daño es resultado de falta, negligencia, imprudencia o impericia.

Es evidente que hay dolo en los casos de daños intencionales, por ejemplo, "en escrituras fraguadas, falsas, celebradas en complicidad con una de las partes para hacer figurar una venta irreal o una donación que nunca se quiso hacer.[56]

Podemos, en cambio, hablar de culpa en particular en las siguientes modalidades:

— por supuestos previstos en el régimen disciplinario (art. 23 y ss. LN).

Estos supuestos configuran lo que el artículo 1045 del Código Civil llama "*falta*" o inobservancia de reglamentos, una de las formas de la culpa.

Además, estos supuestos pueden configurar la impericia notarial, por referirse a reglas que tienen que ver con el ejercicio del notariado, por lo que son parte de los deberes de la

---

54. (Es abundante la jurisprudencia; por ejemplo: SALA SEGUNDA CIVIL, Nº 294 de 15 y 30 h de 17 de setiembre de 1975, TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL, Nº 195 de 10 y 40 h de 21 de marzo de 1978, SALA DE CASACIÓN, Nº 33 de 9 y 30 h de 9 de abril de 1953, I, I, p. 657, SALA PRIMERA DE LA CORTE, Nº 84 de 14 y 45 h de 19 de noviembre de 1980).

55. Así BORREL, Responsabilidades, p. 66.

56. ITURRASPE-KEMELMAJER, p. 464.

profesión, deberes no sólo frente al gremio, sino también frente a otorgantes y terceros.

También se refiere la Ley a las diferentes modalidades de culpa y habla de:

> "b) quien por ignorancia, descuido o negligencia produjere daños a los otorgantes o a terceros (art. 23 LN)".

El *atraso* puede dar lugar también a culpa; en la Ley de Notariado se menciona a:

> "c) quien, comprometido en la inscripción de documentos en los Registros respectivos, diere lugar a *atraso* salvo que demuestre que no ha habido de su parte culpa alguna (art. 23 LN)".

Así, por ejemplo en nuestra jurisprudencia[57] se sancionó un caso de protocolización tardío.

Además, cualquier:

> d)"...otra falta grave... (art. 23 LN)"

Por ejemplo, en nuestra jurisprudencia, se ha hablado sobre la responsabilidad del Notario por no establecer mediante la cédula la verdadera identidad de un otorgante.

> "Ninguno de los argumentos que aduce en descargo de su proceder son aceptables, pues él fue víctima, también de la actitud culpable del corredor, se excedió en la confianza que puso en dicho señor e incurrió en la ligereza de olvidar su deber de identificar al presunto x x, como imperativamente lo ordena el artículo 70 de la Ley de Notariado vigente".[58]

No hay duda acerca de la responsabilidad del Notario por el hecho de dar fe de la identidad de un otorgante. Esta responsabilidad puede ser dolosa, cuando el Notario es cómplice, por ejemplo en delitos de sustitución de persona, pero es normalmente de orden culposo y

> "encuadra dentro de lo dispuesto en la Ley cuando establece que "todo el que ejecutare un hecho que por su culpa o negligencia ocasionara un daño a otro está obligado a la reparación del perjuicio." [59]

Del mismo modo podría considerarse negligencia el no estar seguro de la capacidad del otorgante.[60]

Otro ejemplo (también en nuestra jurisprudencia): Ha sido considerado, el omitir el estudio de registro con anterioridad a la confección de una escritura, como "una violación del deber de cuidado que le era exigible en el desempeño de su función."[61]

ANTIJURIDICIDAD

La falta de justificación de la conducta, o sea la antijuricidad, es el otro elemento que debe considerarse.

Se incluye aquí toda transgresión de deberes legales o reglamentarios. Pero, sustancialmente, debe verse como una lesión axiológica (no exceptuada por una causa de justificación) sobre el Ordenamiento.

---

57. Resolución de la Sala Primera Civil de la Corte Suprema de Justicia de 10 y 35 h de 7 de enero de 1938.

58. SALA DE CASACIÓN, Nº 80 de 15 y 40 h de 22 de julio de 1959, 2- semestre, I tomo, p. 230.

59. (Gaceta del Foro, Buenos Aires, julio 29 de 1948, p. 639).

60. SALA PRIMERA DE LA CORTE, Nº 33 de 14.45 h de 18 de junio de 1984.

61. SALA PRIMERA DE LA CORTE, Nº 27 de las 17 h de 15 de marzo de 1989. También: TRIBUNAL SUPERIOR CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Sección Primera, Nº 8325 de 9 y 30 h de 14 de febrero de 1986.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

RESPONSABILIDAD CIVIL SUBJETIVA INDIRECTA DEL NOTARIO

También las reglas generales de responsabilidad indirecta resultan aplicables en la función notarial.

Es un principio general que se responde solidariamente por los daños causados por los dependientes y encargados.

En otras palabras, el Notario no responde solamente de sus propias actuaciones, sino también de las de sus dependientes o encargados, secretarias, asistentes, conserjes, etc.

En nuestra jurisprudencia hay un caso de un Notario que prestaba su Protocolo a un estudiante de Derecho, en el que se estableció que "el Notario es responsable de los documentos que autoriza."[62]

Este es el campo de la llamada responsabilidad indirecta solidaria "in eligendo" e "in vigilando".

DEBERES ESPECÍFICOS QUE APARECEN EN LA LEY. OBLIGATORIEDAD DE LA FUNCIÓN NOTARIAL

— Debe tener su oficina abierta al público en el lugar que ha informado (art. 17).

Por ser una función pública la cumplida por el Notario, éste debe tener abierta la prestación de sus servicios al público. "De tal suerte que el Notario que se negare a prestar sus servicios profesionales, sin mediar justa causa, incurriría evidentemente en responsabilidad civil."[63] Al respecto comenta Borrel:

> "...la autorización del instrumento público tiene carácter obligatorio para el Notario con jurisdicción, a quien se sometan las partes o corresponda en virtud de los preceptos de la legislación notarial, salvando los casos que especifica.
>
> Naturalmente que sí por negarse el Notario, sin una razón suficiente a autorizar una escritura o testamento se derivará un perjuicio concreto y determinado, tal perjuicio deberá repararlo."[64]

— Debe informar a la Corte para ejercer fuera (art. 17).

— Debe conservar su protocolo, como depositario, bajo ciertas condiciones (art. 38 LN).

EN PARTICULAR: REGLAS DE RESPONSABILIDAD SOBRE INSTRUMENTOS PÚBLICOS

Aunque son innumerables las posibles conductas dolosas o culposas relacionadas con los instrumentos públicos, es posible considerar cuáles son los principales deberes del

62. SALA SEGUNDA DE LA CORTE, Nº 113 de 9 y 40 h de 13 de abril de 1988.

63. (SALAS-HERNÁNDEZ, Apuntes de Derecho Notarial, Tomo I, p. 127).

64. BORREL, op. cit., p. 302.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Notario en relación con ellos. Precisamente la transgresión de estos deberes podría ser fuente de responsabilidad civil.

— información a las partes

> "debe en todo caso informar a las partes de la trascendencia y efectos legales de los actos jurídicos que formalicen con su intervención..." [65]

— "redacción en castellano" (art. 58 LN)
— "traducción verbal bajo su responsabilidad"(art. 59 LN)
— "traducción de documentos bajo su responsabilidad" (art. 61 LN).[66]

Agnes CHAVERRI FONSECA realiza una interesante clasificación de los deberes del Notario que, en forma esquemática resumimos a continuación:

Deberes del Notario en el sistema latino de Derecho Notarial.

La naturaleza de la función del Notario abarca dos aspectos:

a) como profesional en Derecho
b) como funcionario público.[67]

> "son funcionarios y a la vez profesionales".[68]

Así lo ha considerado nuestra jurisprudencia:

> "...el diccionario antes citado (Real Academia Española de la lengua) define al Notario como el funcionario público autorizado para dar fe de los contratos, testamentos y otros actos extrajudiciales, conforme a las leyes: La Ley Orgánica de Notariado otorga al Poder Judicial la facultad de autorizar o conceder licencia para el ejercicio del notariado, y a la vez se reserva la jurisdicción disciplinaria de los Notarios; si puede disciplinarlos es por la función pública que delega el estado en ellos. El Código Civil indica la calidad de funcionario público del Notario, al decir que los documentos e instrumentos públicos... hacen plena prueba de la existencia material de los hechos que el oficial público afirma en ellos haber realizado él mismo o haber pasado en su presencia en el ejercicio de sus funciones." [69]

Deberes derivados de su condición de profesional en Derecho.

Deberes éticos en sus funciones de asesoramiento y consejo.

Por ejemplo:

— el "deber (del artículo 64 de la LN) de advertir a los comparecientes de las posibilidades, requisitos y consecuencias del acto o negocio que pretenden realizar... el Notario está, pues, en la obligación de instruir a los interesados sobre las posibilidades legales, requisitos y consecuencias probables que pudieren resultar de la relación jurídica que desean establecer entre sí"[70]
— el deber de asistencia técnica o asesoramiento, en cuya violación resulta clara la responsabilidad civil profesional
— deberes éticos respecto de la retribución económica del Notario, relacionados con el concepto de "justo provecho" [71]
— deber de asegurarse que el consentimiento que presta el otorgante corresponda a su voluntad.[72]

---

65. (SALAS-HERNÁNDEZ, Apuntes de Derecho Notarial, Tomo I, p. 133).
66. TRIBUNAL SUPERIOR SEGUNDO CIVIL, Sec. segunda, Nº 178 de 9 y 20 h de 31 de octubre de 1980.
67. (CHAVERRI FONSECA, Agnes, p. 76).
68. ITURRASPE-KEMELMAJER, p. 464.
69. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 134 de 8 y 30 h de 25 junio de 1986.
70. (CHAVERRI FONSECA, Agnes, p. 80).
71. (CHAVERRI FONSECA, Agnes, p. 84).
72. (CHAVERRI FONSECA, Agnes, p. 85).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Deberes gremiales con sus colegas.

— deber de abstenerse de emitir innecesarios juicios desfavorables de un colega Notario[73]

— deber de perfeccionar culturalmente su ministerio,[74] la que significa, mantenerse actualizado en conocimientos.

Deberes derivados de la colegiación.[75]

Deberes de cooperación y solidaridad.[76]

Deberes fiscales que son aquellos que "le imputan las leyes tributarias en razón del ejercicio de su profesión..."[77]

BIBLIOGRAFÍA

CORONADO PÉREZ, EDUARDO, DE LOS DOCUMETOS PÚBLICOS, León Nicaragua, 1966.

CHAVERRI FONSECA, Agnes, Deberes del Notario en el Sistema Latino y Derecho Notarial, Tesis, Facultad de Derecho, 1990.

GIBSON, William, Medical Malpraxia, Journal of Insurance, Nov. Dec., 1981.

MOSSET ITURRASPE-KEMELMAJER DE CALUCCI-GHERSI-STIGLITZ-PARELLADA, Respondabilidad Civil, Hammurabi-Depalma, Buenos Aires, 1992.

MUÑOZ, William, Responsabilidad civil y profesional del Notario, Lección mimeografiada, Facultad de Derecho, 1972.

RICHARDS, Kent, Statutes limiting malpractice damages, federation of insurance Counsel Quaterly, Iowa, Vol. 32, Nº 3, spring, 1982.

RIU, Jorge Alberto, Responsabilidad profesional de los médicos. Lerner, Buenos Aires, 1981.

RODRÍGUEZ ARGUEDAS, José Fabio. El acta notarial en Costa Rica, Tesis, Facultad de Derecho, UCR, 1981.

RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, Naturaleza jurídica del documento auténtico notarial, Ediciones Universidad Notarial Argentina, La Plata, 1969.

ROMERO PÉREZ, Jorge Enrique, Reflexión sobre la prueba documental en el proceso civil de Costa Rica, Revista de Ciencias Jurídicas, Nº 27, setiembre-diciembre de 1975.

STRAZEWSKY, Len, Florida, proposing reform of malpractice system, Business Insurance, febrero 25, 1983., p. 1.

SALAS-HERNÁNDEZ, Apuntes de Derecho Notarial, Tomo I, Facultad de Derecho, UCR, 1970.

TRIGO REPRESAS, Félix y STIGLITZ, Rubén, El seguro contra la responsabilidad civil profesional del médico, Buenos Aires, Astrea, 1983.

YUNGANO-LÓPEZ BOLADO-POGGI-BRUNO, Responsabilidad profesional de los médicos. Cuestiones civiles, penales, médico-legales y deontólogicas. Editorial Universidad Buenos Aires, 1982.

73. (CHAVERRI FONSECA, Agnes, p. 90).

74. (CHAVERRI FONSECA, Agnes, p. 91).

75. (CHAVERRI FONSECA, Agnes, p. 94).

76. (CHAVERRI FONSECA, Agnes, p. 98).

77. (CHAVERRI FONSECA, Agnes, p. 102).