



# EL FORO

Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica • Número 11 • Junio 2011 • Revista Semestral • ISSN 1659-1496



Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica • Número 11 • Junio 2011 • Revista Semestral • ISSN 1659-1496



Teléfono: 2202-3600

De la rotonda de las Garantías Sociales 200 m oeste y 100 m norte. Zapote, San José  
[www.abogados.or.cr](http://www.abogados.or.cr)

# Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica Adquiere licencia de Biblioteca Digital



**Colegio de Abogados y Abogadas**  
**Teléfono: 2202-3617**  
**bibliotecadialnet@abogados.or.cr**

**P**romover el ejercicio profesional de la abogacía con excelencia es una de las prioridades del Colegio de Abogados y Abogadas. Es por esto que han adquirido la licencia de la biblioteca digital Dialnet de la Universidad de la Rioja, España, para uso de las y los agremiados.

Dialnet es una de las bibliotecas digitales más grandes del mundo. Su base de datos se alimenta de bibliotecas de 45 universidades españolas y 8 latinoamericanas.

Acceda a través de <http://dialnet.unirioja.es> y regístrese como usuario (a) con su correo del Colegio de Abogados y Abogadas, especificando el país (Costa Rica) y tipo de institución (Colegio Profesional, Colegio de Abogados de Costa Rica).

**El servicio para los profesionales es gratuito y puede utilizarse desde cualquier lugar del mundo donde se encuentren**

REVISTA  
**ELFORO**

Edición No. 11  
Revista del Colegio de Abogados  
San José, Costa Rica  
Junio 2011



**DIRECTOR**  
Lic. Álvaro Sánchez González

**CONSEJO EDITORIAL**

MSc. José Pablo Alvarado Cascante\*  
Dr. Gary Amador Badilla\*  
Licda. Gabriela Badilla Zeledón\*  
MSc. Edgar Castrillo Brenes\*  
Licda. Vanessa Quesada Córdoba\*

**Asesoría Editorial**

Departamento de Comunicación  
del Colegio de Abogados y Abogadas  
de Costa Rica

**Impresión**

Impresión Gráfica del Este, S.A.

Colegio de Abogados de Costa Rica  
Teléfono 2202-3648  
[www.abogados.or.cr](http://www.abogados.or.cr)  
De la Rotonda de las Garantías Sociales  
200 metros al oeste y 100 metros al norte  
Zapote, San José, Costa Rica

\* Todos Miembros del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica

**SUMARIO**

- 4 MENSAGE EDITORIAL**  
**5 "ASPECTOS RELEVANTES SOBRE CIRCULACIÓN DE TÍTULOS"**  
Lic. Ignacio Monge Dobles
- 9 CONCUSIÓN Y EXACCIÓN ILEGAL EN COSTA RICA**  
Dr. Álvaro Burgos Mata
- 15 ALGUNAS NOCIONES BÁSICAS SOBRE EL DERECHO HUMANO A LA LIBRE EXPRESIÓN DEL PENSAMIENTO EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS**  
MSc. Jerry Campos Monge
- 23 DETERMINACIÓN Y CONTROL DE TASAS DE INTERÉS ABUSIVAS**  
MSc. Víctor Soto Córdoba
- 28 LAS INMUNIDADES PARLAMENTARIAS Y EL JUZGAMIENTO PENAL DE LOS DIPUTADOS**  
Lic. Juan Alberto Corrales Ramírez
- 35 INSTRUMENTOS DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN EL DERECHO PÚBLICO COSTARRICENSE**  
Lic. Francisco Obando León
- 47 LUIS DEMETRIO TINOCO CASTRO**  
Prof. Tomás Federico Arias Castro
- 57 LA PENSIÓN PROVISIONAL COMO MEDIDA CAUTELAR INTERPRETADA A LA LUZ DE LOS DERECHOS HUMANOS**  
MSc. Max Fernández López
- 63 EL CONTRATO DE REASEGURO**  
Licda. Jennifer Isabel Arroyo Chacón
- 70 DISCURSO Y PRE-JUICIO: A PROPÓSITO DE LA INIMPUTABILIDAD Y PERPETUIDAD DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD DE INTERNAMIENTO EN UN HOSPITAL PSQUIÁTRICO**  
MSc Norberto E. Garay Boza
- 78 "USO DE LA MARCA, COMERCIO ELECTRÓNICO Y CADUCIDAD DE LA MARCA POR FALTA DE USO EN COSTA RICA.**  
Ronald Eduardo Segura Mena

# MENSAJE EDITORIAL

**L**a democratización del pensamiento, ese es el principal objetivo de una revista, en especial de una que reboza carácter jurídico y que llega al mayor número de abogados y abogadas.

La ciencia jurídica conoce del Derecho, pero aún no existe ni siquiera una definición. Esto motiva a la aventura de seguir investigando por parte de los estudiosos del derecho; incluidos los filósofos jurídicos, quienes incitan a crear, fomentar, elaborar las bases de nuevos conceptos y temas que la ciencia jurídica tiene que conocer, tiene que descubrir y tratar, pues el resultado de esa amalgama de conocimientos, con perspectivas diferentes, tiene un factor común: nos une el Derecho.

Esta revista jurídica, nos llena de orgullo, no de vanidad; sus autores son connotados abogados y abogadas, que transmiten a sus lectores y lectoras, parte de sus conocimientos, para compartirlos con la comunidad jurídica. Y como dije al principio, así logramos democratizar cada día el pensamiento y a través de él generar polémica, entendimiento y la sana discusión, que reanima en medio de la multiplicidad de disciplinas para alcanzar un mejor desarrollo de la ciencia jurídica.

Somos conscientes de nuestras obligaciones y esta es una buena razón para optimizar los medios que tenemos, en función del Derecho como una ciencia real e indiscutible.

Agradecer a los autores y las autoras de todos los artículos que se publican en esta revista es un deber y una gran satisfacción, que también hacemos extensivo a nuestros lectores y lectoras.

**Lic. Álvaro Sánchez González**  
Director  
Revista El Foro

# “ASPECTOS RELEVANTES SOBRE CIRCULACIÓN DE TÍTULOS”

Lic. Ignacio Monge Dobles\*

## **Resumen:**

El presente artículo analiza los modos básicos de circulación de los títulos valores y de crédito desde una óptica comercial y procesal, según la doctrina, legislación y jurisprudencia reciente en esta materia. Además, se analiza el tema del endoso tardío y el endoso de facturas comerciales.

## **Abstract:**

This article examines the basic forms of circulation of securities from a commercial and procedure point of view, according to recent doctrine, legislation and case law in this area. It is also discussed the late endorsement of securities and the endorsement of commercial invoices.

## **Palabras Claves, Key Words:**

Títulos Valores; Securities  
Endoso; Endorsement  
Endoso Tardío; Cesión;  
Factura; Invoice; Endoso de Facturas; Invoice endorsement

## **I. INTRODUCCIÓN**

Probablemente, los títulos valores y de crédito representan una de las mayores contribuciones por parte del Derecho Comercial a las economías modernas, pues evitan riesgos inherentes a la circulación material del dinero, procurando la agilidad de transmisión pretendida por la mayor parte de los agentes económicos y comerciantes.

La celeridad y la seguridad transaccional en el tráfico mercantil hacen surgir diversas formas de circulación de títulos para la celebración y ejecución de distintos negocios jurídicos. Con ello, el endoso y la cesión son formas típicas de circulación de títulos; sin embargo, existen hoy día algunos cuestionamientos y dudas acerca de los alcances y características de cada una de ellas.

Sin lugar a dudas, lo anterior produce un ostensible resultado enérgico: la enajenación del crédito, visto en sí mismo, en el cual el portador adquiere, según sea el caso, distintos derechos y obligaciones, con plena autonomía o sin ella.

\* Ignacio Monge Dobles es abogado, notario público y profesor universitario, dedicado al derecho comercial, al derecho contractual y al derecho informático. Ha sido conferencista invitado en seminarios nacionales e internacionales. Actualmente, es consultor en franquicias y es asociado de la prestigiosa firma de abogados Pacheco Coto, la cual cuenta con oficinas en Costa Rica, Suiza y Nueva Zelanda.

Por lo anterior, este artículo pretende analizar el endoso y la cesión como formas básicas de circulación, incluyendo además temas de interés como su tratamiento en grupos de interés económicos, el endoso de facturas y el endoso tardío con efectos de cesión.

## **II. EL ENDOSO**

El autor colombiano Rengifo define el endoso como “una declaración cambiaria unilateral y accesoria que se perfecciona con la entrega del título, incondicional, integral, asimilable a una nueva letra de cambio, que tiene por objeto transmitir la posesión del título, de la cual el adquirente obtiene sus propios derechos autónomos; y que vincula solidariamente con los demás deudores al endosante, respecto de la aceptación y el pago”.<sup>1</sup>

Dada la incorporación del derecho al título, entonces será necesaria para la legitimación cambiaria la transferencia de la posesión material del título mediante el endoso. La obligación es causal y el transferente puede por ello oponer al endosatario inmediato las excepciones deducibles sobre cuya base cambiaria fue transferida. Por consiguiente, en caso de falta de pago del título, el endosatario puede accionar contra el endosante que le transfirió el título, sea con la acción cambiaria de regreso o con la acción que deriva de la relación de transferencia.

La jurisprudencia del Tribunal Primero Civil de San José ha determinado que el endoso es la forma de circulación de los títulos valores cambiarios, donde el endosatario adquiere un derecho autónomo y aplican los principios de tales títulos.

El endoso puro y simple, aunque considerado no formal, resulta ser un verdadero contrato cambiario celebrado entre el endosante y el tomador, el cual adquiere eficacia mediante la entrega del título (letra de cambio, pagaré, cheque, factura comercial, cédula hipotecaria, acción societaria, etcétera) bajo la firma del endosante. Así, el nuevo portador del título adquiere un derecho autónomo y literal nacido del mismo endoso.

Según jurisprudencia reciente, de darse un endoso en materia de grupos de interés económico, el título se ha considerado que no circula en sentido estricto al no haber entrado en la corriente cambiaria. Así pues, como el título no entra en el mercado mercantil en estos casos, se ha estimado

<sup>1</sup> Rengifo, Ramiro. **La Letra de Cambio.** Quinta edición, Colección Pequeño Foro, Bogotá, 1986.

que sí es necesario analizar el negocio causal del título y por ende las eventuales excepciones personales que se planteen en proceso.

Con todo ello, el verdadero endoso en propiedad se da cuando el título se transmite con todos los derechos, principales y accesorios a él incorporados, y mediante una transferencia total y de buena fe.

Ahora bien, el crédito cartular puede venir perfectamente acompañado de una garantía real prendaria, hipotecaria, o cédula hipotecaria; o de una garantía personal mediante el aval o la fianza, por lo que en caso de endoso y traspaso del título valor también se trasladará al adquirente el derecho de garantía.<sup>2</sup>

Precisamente, la celeridad y la seguridad en el tráfico mercantil hacen que el endoso independice la relación cambiaria de la relación subyacente, pues conforme a la autonomía que al endosatario respecta, no se le pueden oponer las excepciones personales que se le pudieron haber eventualmente opuesto al anterior poseedor de ese título y solo se podrán oponer aquellas excepciones personales que tengan los obligados frente al endosatario. El tercer adquirente de buena fe adquiere sobre el título un derecho autónomo, sin importar las deficiencias y nulidades del negocio que ese título pudiera tener en poder de quien lo transmitió, salvo cuestiones de la *exceptio doli* en esta materia.

Cabe rescatar que el artículo 681 del Código de Comercio señala que quien endose un título valor en nombre de otro sin poder suficiente o facultades legales para hacerlo, se obliga personalmente como si hubiera actuado en nombre propio. Por su parte, el artículo 682 ibídem establece que la ratificación expresa o tácita de los actos a que se refiere el numeral 681, por quien pueda legalmente autorizarlos, lo obliga en los mismos términos en que lo habría obligado el firmante si en realidad fuera su apoderado o representante y que es tácita la ratificación que resulte de actos que necesariamente impliquen la aceptación de lo hecho y de sus consecuencias.

Hasta hace pocos años, la factura comercial circulaba mediante cesión, lo que implicaba las solemnidades de fecha cierta y notificación al deudor. Sin embargo, producto de los mercados globalizados y del desarrollo del contrato de *factoring*, como contrato comercial moderno para la financiación y obtención ágil de liquidez empresarial, dio lugar a la inclusión del artículo 460 bis en el Código de Comercio, el cual

permite la circulación de las facturas por medio de endoso. Ahora bien, ¿lo anterior hace presumir a la factura como un título valor?

Desde el punto de vista de este autor, técnicamente la factura no podría ser considerada como un título valor, ni asumir que el adquirente de una factura debidamente endosada lo hace con plena autonomía, pues la condición de título valor solo la gozan aquellos documentos a los cuales el legislador se las ha otorgado por reserva legal, lo cual no se define claramente, ni legislativa ni jurisprudencialmente, para el caso de las facturas comerciales.

Lo cierto es que para que esa declaración “cambiaris” tenga verdadera fuerza ejecutiva, aunque hoy en la nueva Ley de Cobro Judicial no se exige, además de cumplir con los requisitos legales formales<sup>3</sup>, debe contener una deuda dinerraria, líquida y exigible.

El endoso es un acto típico mercantil por el cual se transmite el dominio de un crédito contenido en un título valor, y difiere en mucho de la cesión ordinaria en varios aspectos, entre los cuales cabe destacar la forma (pues el endoso debe consignarse en el título mismo o en un documento a él adherido en forma permanente según el artículo 695 del Código de Comercio, mientras que la cesión ordinaria puede hacerse constar en el mismo título o en documento separado, según los artículos 1007, 1008, 1022, 1025, 1101 y 1104 del Código Civil), los distintos efectos (pues el endoso no requiere fecha cierta ni ser notificado al deudor, salvo el endoso tardío explicado adelante, en tanto que la cesión ordinaria sí debe comunicársele, pues, de lo contrario, no surte ningún efecto frente a él), y el principio de autonomía (propio del endoso en los títulos valores del artículo 744 del Código de Comercio, en tanto que en la cesión ordinaria no existe tal principio, toda vez que el deudor cedido puede oponer al cesionario todas las excepciones que le fueran oponibles al cedente de conformidad con el artículo 1111 del Código Civil).

Sin lugar a dudas, el endoso nace como una figura comercial para dar respuesta a la agilidad del tráfico mercantil de los títulos valores en la globalización económica, bien regulado en nuestra legislación comercial y destinado a eliminar posibles formalismos en cuanto a la circulación cambiaria, como los propios de la cesión, entre ellos, los requisitos de la fecha cierta y la notificación a los deudores, lo cual no deja de ser necesario para ciertos actos legales.

<sup>2</sup> Al efecto, los artículos 673 y 741 del Código de Comercio disponen: “Artículo 673.-La transmisión del título valor, salvo pacto en contrario, implica no sólo el traspaso de la obligación principal, sino también el de los intereses, dividendos y cualesquier otras ventajas devengadas y no pagadas. Comprende, además, las garantías que lo respalden, sin necesidad de mención especial de éstas, así como de cualquier otro derecho accesorio”. “Artículo 741.- El endoso trasmite todos los derechos resultantes de la letra de cambio. Cuando el endoso sea en blanco, el tenedor podrá: a) Llenar el blanco, sea con su nombre o con el de otra persona; b) Endosar nuevamente la letra en blanco o a otra persona; y c) Entregar la letra a un tercero, sin llenar el blanco y sin endosarla”.

<sup>3</sup> El Código de Comercio, en sus artículos 460 y concordantes, dispone en lo conducente que la factura comercial, como título ejecutivo de crédito, deberá estar firmada por el deudor legitimado, es decir, por el deudor físico, por el representante legal tratándose de una persona jurídica, por el mandatario o encargado, debidamente autorizado por escrito y con el timbre fiscal respectivo en el acto de presentarla al cobro, el cual se cargará al deudor como gastos de cobro. De tal manera, la suma consignada en una factura se presume cierta y las firmas como auténticas.

### III. LA CESIÓN Y EL ENDOSO TARDÍO

La transmisión por endoso se conoce como circulación propia de los títulos valores, y la transmisión por cesión ordinaria se conoce como circulación impropia, ya sea por voluntad expresa de las partes o por mandato legal, la cual se rige por los principios, solemnidades y normas aplicables del derecho civil común y no por las comerciales que les son propias a los títulos valores.

La cesión, como figura más antigua y solemne que el endoso y aplicable generalmente a títulos de crédito, cuotas societarias, entre otros, es regulada en el Código Civil en los artículos 1104 y siguientes, donde se dispone, entre otras formalidades, que con respecto al deudor, la cesión solo es eficaz por la notificación que se le haga del traspaso; y respecto de terceros, solo será eficaz desde la fecha cierta de la cesión, salvo que el crédito fuere de aquellos que la ley permite se deban al portador del título o que se transmiten por simple endoso.

La salvedad de notificación, también, prima en los casos donde se hayan realizado previsiones contractuales en este sentido y siempre que se trate de operaciones en las que se cedan derechos como componentes de una cartera de créditos para garantizar la emisión de títulos valores mediante oferta pública; o para constituir el activo de una sociedad, con el objetivo de que esta emita títulos valores que se puedan ofrecer públicamente y cuyos servicios de amortización e intereses estén garantizados con dicho activo.

Por su parte, el deudor puede oponer al cesionario todas las excepciones reales o personales que hubiera podido oponer al cedente y puede hacerlas valer, aunque no hubiera hecho ninguna reserva a este respecto al notificarle la cesión; aun en el caso de aceptación pura y simple, podrá oponer toda otra excepción fuera de la compensación, salvo el reparar el perjuicio causado al cesionario por la aceptación, si según las circunstancias, constituyera esta una falta o imprudencia grave de su parte.

El cedente garantiza, sin necesidad de cláusula especial, la existencia y legitimidad del crédito, así como también su derecho de propiedad al tiempo del traspaso, extendido a los accesorios.

Por su parte, disponen los artículos 704 y 745 del Código de Comercio que el endoso posterior al vencimiento de la letra de cambio (endoso tardío) surte los mismos efectos de una cesión ordinaria. Por su parte, el artículo 802 del mismo Código dispone que son aplicables al pagaré las disposiciones de la letra de cambio, referentes al endoso, al vencimiento, al pago; a las acciones por falta de pago, etcétera.

Con todo ello, cabe aclarar que, en efecto, el endoso tardío no es una cesión ordinaria, sino simplemente un endoso al que la ley le atribuye los efectos de una cesión, por lo cual requerirá necesariamente de ciertas solemnidades tales como la notificación al deudor cedido y la fecha cierta comentada anteriormente.

Con lo anterior se analiza en la última sección cuál será el momento oportuno para notificar al deudor, sea anterior o posterior a la interposición de una eventual demanda.

### IV. ALCANCES DE LA NOTIFICACIÓN EN EL ENDOSO TARDÍO

Tal como se ha analizado, el Código Civil de Costa Rica dispone que para que surta efectos la cesión frente al deudor, debe notificársele a este. Esta notificación lo que pretende es avisarle al deudor de la cesión que ha ocurrido, y que verifique el hecho en forma clara y precisa, de que el deudor reconoce a su acreedor, para que así pueda interponer los medios de defensa de manera oportuna.

La jurisprudencia civil ha establecido que en cuanto al endoso tardío con efectos de cesión, al notificarse la demanda al deudor este acepta a la contraparte como su acreedor, aplicando hoy por mayoría la teoría del pago liberatorio con preferencia sobre la teoría de la legitimación, la cual exige la notificación previa a la interposición de la demanda.

Es decir, hoy la falta de notificación es subsanada con la notificación de la demanda, permitiéndose que este ejerza la defensa correspondiente, ya que el hecho de que la cesión no se hubiera notificado al deudor previamente a la interposición de la demanda no desvirtúa la condición de título ejecutivo del documento que se trate; además, con la notificación de la demanda estos últimos se enterarán de la situación; es decir, de la cesión efectuada, pudiendo oponer las excepciones personales contra el acreedor original, las cuales sí serían totalmente analizables en el proceso.

Entonces, la importancia de la teoría del pago liberatorio, hoy aplicable por nuestros tribunales, radica en determinar la naturaleza del pago realizado, para lo cual se toma como punto de partida la notificación de la demanda judicial, pues con ese acto procesal el deudor adquiere pleno conocimiento de quién es el nuevo tenedor del título endosado de manera tardía.

### V. CONCLUSIONES

Tal como se analizó, existen distintas formas de circulación del título: la transmisión por endoso, la transmisión por cesión ordinaria (circulación impropia), y la transmisión mediante el endoso tardío con efectos de cesión, las cuales difieren en cuanto a la forma y los alcances que conllevan cada una de ellas.

La comprensión de la materia cartular en el Derecho comercial, así como las distintas formas de circulación y sus efectos jurídicos en materia civil y mercantil, resultan absolutamente necesarias para un adecuado sistema de distribución y circulación de la riqueza en las economías modernas, así como para garantizar un correcto control y una ejecución válida de diversos negocios jurídicos.

Nuestro Derecho, como ciencia realidad, deberá ser ágil y cambiante para garantizar una respuesta adecuada a las nuevas necesidades sociales y empresariales globalizadas que surjan día a día, para lo cual habrá de adaptarse a las nuevas figuras civiles o comerciales que mejor se ajusten a los distintos modelos de negocios adoptados.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- Arguedas Salazar, Olman. **Código Civil de Costa Rica.** Editorial Jurítexto, San José, 1999.
- Certad Maroto, Gastón. **Código de Comercio de Costa Rica.** Editorial Jurítexto, San José, 2002.
- Barrantes Gamboa, Jaime. **El Endoso Tardío o Posterior al Vencimiento en la Letra de Cambio.** Revista IVSTITIA, N.º 106, Año 9, San José.
- Capella Molina, Gino. **La libertad de emisión en materia de títulos valores.** Revista IVSTITIA, N.º 57, Año 5. San José.
- Monge Dobles, Ignacio. **El endoso tardío: Alcances de la notificación.** Trabajo de investigación del curso doctoral “Ley de Cobro Judicial: Derecho de Fondo” impartido por el Dr. Gerardo Parajeles Vindas, Universidad Escuela Libre de Derecho, San José, 2009.
- Parajeles Vindas, Gerardo. **Los Procesos Cobratorios: Co-branza de Obligaciones Dinerarias.** Editorial Sapientia, San José, 2009.
- Rengifo, Ramiro. **La Letra de Cambio.** Quinta edición, Colección Pequeño Foro, Bogotá, 1986.
- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. **Resoluciones:** 273-F-90 de las nueve horas cuarenta y cinco minutos del catorce de setiembre de mil novecientos noventa; 114 de las nueve horas cuarenta y cinco minutos del

treinta y uno de octubre de mil novecientos noventa y seis; 028-F-98 de las catorce horas cincuenta y cinco minutos del once de marzo de mil novecientos noventa y ocho; y 927-F-02 de las nueve horas treinta minutos del veintinueve de noviembre del año dos mil dos.

Tribunal Segundo Civil, Sección Primera. **Resolución N.º 313** de las nueve horas cuarenta y cinco minutos del tres de agosto del dos mil uno.

Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda. **Resolución N.º 460** de las nueve horas cinco minutos del dieciséis de noviembre del dos mil uno.

Tribunal Primero Civil. **Resoluciones:** 92 -G- de las siete horas cincuenta minutos del siete de Febrero del año dos mil tres; 536 -G- de las siete horas treinta y cinco minutos del veintitrés de Mayo del año dos mil tres; 1528-G, de las siete horas treinta minutos del diecisiete de diciembre del año dos mil tres; 266-G de las ocho horas cinco minutos del primero de Abril del año dos mil cinco; 533-N de las siete horas cuarenta minutos del treinta y uno de mayo del año dos mil cinco; y resolución de las siete horas treinta minutos del tres de Agosto del año dos mil siete.

Tribunal Primero Civil, Sección Segunda. **Resolución N.º 539 -F** de las siete horas cuarenta minutos del dieciocho de marzo del año dos mil cuatro.

# CONCUSIÓN Y EXACCIÓN ILEGAL EN COSTA RICA

Dr. Álvaro Burgos Mata.<sup>1</sup>

## Resumen:

En Costa Rica los delitos de “Concisión” y de “Exacción Ilegal” son poco conocidos por estudiantes y profesionales en Derecho. Este artículo pretende puntualizar los aspectos más relevantes de dichos tipos penales con referencia a nuestra legislación y jurisprudencia penal.

## Palabras claves:

Concisión, exacción, funcionario público.

## Abstract:

In Costa Rica “Concisión” and “Illegal Exaccion” are two types of crimes that are not very well known by students and law professionals. This paper seeks to indentify the most relevant aspects of them, with an especial reference to our criminal legislation and jurisprudence.

## Palabras Claves, Key Words:

Concusion, exaccion, public funcionary.

## I. INTRODUCCIÓN

Es hasta el Código Penal de 1971 cuando en Costa Rica se conciben estos delitos de forma autónoma, mediante normas específicas. Históricamente, ha habido una gran confusión terminológica en la doctrina sobre estos delitos, por ser ambos muy similares; sin embargo, en el Código Penal de 1971 se dio una diferenciación básica que delimita con mucha precisión el alcance de estas dos figuras típicas.

En aras de hacer un análisis completo, el presente trabajo hará referencias a las definiciones de administración y funcionario público, para la mejor comprensión de los términos utilizados por el legislador.

## II. FUNCIONARIO PÚBLICO

El funcionario público es, en términos generales, toda persona investida por la autoridad legítima de una función pública.<sup>2</sup> El funcionario público es la persona que tiene poder público, que cuenta con la confianza del Estado para determinada actividad. Según la Ley General de la Administración Pública, el funcionario público de hecho no necesariamente

tiene que recibir un salario por sus funciones, mientras estas se puedan atribuir a la Administración. En cierto sentido, la Ley inviste de función pública a funcionarios que no han sido seleccionados previamente por la Autoridad.

En la doctrina, se ha diferenciado la figura del funcionario público y del empleado público:

*“Tanto el empleado público como el funcionario público suelen trazar diferencias señaladas. La primera es el carácter profesional del empleado, inferior en jerarquía, y la índole directa y menos estable del funcionario. Por eso el ministro es funcionario y no empleado público, condición que sí posee un oficinista del Estado. El empleado ha de estar forzosamente retribuido, por lo general con sueldo mensual”<sup>3</sup>.*

Para efectos de lo que nos interesa, describiremos las características de la función pública del sujeto activo determinado en ambos tipos penales en estudio<sup>4</sup>:

### Profesionalidad

Es decir, que se tenga la habitualidad de una profesión, teniendo la permanencia y atribución económica de esta. Quien ocupe el puesto, debe llenar requisitos de educación, experiencia, capacidad, conocimientos, eficiencia, habilidad y otros más, reluciendo la prestación personal de un servicio.

### Continuación de la actividad

Es la exigencia de que el servidor ofrezca todo el tiempo útil para que haya una mayor efectividad de los resultados por obtener; es decir, atendiendo un orden previamente instaurado, con la finalidad de conseguir una mayor utilidad de energía que se requiere del órgano seleccionado.

### Dinamismo en el escalafón

Como la actividad pública está en cargos agrupados por grados, determinados por las diferencias e importancia, dificultad, responsabilidad y valor del trabajo, se establece un escalafón jerárquico por respetar, pero que es a la vez incentivo por alcanzar mayores posiciones por parte del funcionario público.

1 Dr. Derecho Penal y Criminología, Máster Psicología Forense, Especialista en Ciencias Penales. Juez Superior Penal Juvenil y Juez de Juicio del II Circuito Judicial de San José, Catedrático de Derecho Penal Especial, y Criminología de la Maestría en Ciencias Penales de la UCR. Prof. del Programa Doctoral en Derecho Penal de la U. Escuela Libre de Derecho y de la Maestría en Psicología Forense de la UNIBE.

2 VER ÁLVARES GENDIN, SANDINO, Tratado General de Derecho Administrativo, tercera edición, Barcelona, casa editorial Bosch, tomo III, 1973.

3 CABANELAS, GUILLERMO. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Décimosexta Edición, Buenos Aires, Editorial Heliasta, Tomo II, 1981.

4 MURILLO ZAMORA, OSCAR MARIO. Tesis de Grado para optar por el grado de Licenciado en Derecho. Universidad de Costa Rica, 1987.

### **Comutatividad de prestaciones**

Consiste en el intercambio de bienes en la que el servidor presta sus servicios para una contraprestación que le otorgará el Estado. La mayoría de los puestos públicos son remunerados; se retribuye el gasto de energía que representa el ejercicio de la labor pública, lo que no impide que excepcionalmente haya cargos honoríficos, en que no medie una apreciación pecuniaria como medio retributivo.

### **III. DEBERES DEL FUNCIONARIO**

#### **Deber de Fidelidad**

Consiste este deber en la obligación de que los funcionarios públicos contemplen en su actuar una fidelidad a la ley a la cual juran cumplir y defender. El artículo 194 de la Constitución Política, en el párrafo segundo, establece que los funcionarios deberán cumplir fielmente los deberes del cargo que asumen; es decir, con plena y total adhesión al cumplimiento de las obligaciones que contraen, sin necesidad de que se obtenga por coacción jurídica.

#### **Deber de obediencia**

Es el que tiene estrecha relación con la jerarquía organizativa dentro de la Administración Pública con relación a sus funcionarios. La escala jerárquica consiste en una sucesión de grados que constituyen un orden jerárquico que va de una voluntad a otra en forma escalonada y que constituye una relación de órganos de distinta competencia. El deber de obediencia se caracteriza porque tiene su fundamento en la jerarquía individual y también conjuntamente en la jerarquía orgánica. Así, no todo funcionario superior puede ordenar a cualquier funcionario inferior y no todo funcionario inferior debe obediencia a cualquier funcionario superior, dado que está de por medio la competencia, pues todo superior jerárquico debe obrar dentro de los límites de su competencia, ya sea esta por razón de la materia, por razón del territorio o por razón del grado.<sup>5</sup>

#### **Dignidad en la conducta**

Todo sujeto que de una u otra forma va a trabajar en la Administración Pública como funcionario, deberá cumplir con esta condición, la cual no se limita a su estatus como servidor, sino también interesan la moral y las costumbres de la persona. Es un principio de decoro, de honra, de crédito y de todo aquello que se refiera a la buena reputación.

#### **Dedication al cargo**

Es otra de las condiciones que se le solicita al funcionario, la cual se relaciona con la lealtad y fidelidad que debe mostrar todo funcionario. Debe cumplir con sus obligaciones, ocupándose por entero del cargo confiado, no llevando a cabo otras actividades que puedan entorpecer el buen funcionamiento del suyo.

<sup>5</sup> CANASI, JOSÉ. *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ediciones Desalma, tomo IV, 1978.

### **Deber guardar secreto**

Es un principio que está implícito en la función pública y consiste en el deber de todo funcionario de no revelar los datos o hechos que se le confían en virtud de su cargo.

La Ley General de la Administración Pública define el término de funcionario público como "servidor", y expresamente menciona que se considerarán equivalentes los términos de "empleado público" y "servidor público".

#### *"Artículo 111."*

1. *Es servidor público la persona que presta servicios a la Administración o a nombre y por cuenta de ésta, como parte de su organización, en virtud de un acto válido y eficaz de investidura, con entera independencia del carácter imperativo, representativo, remunerado, permanente o público de la actividad respectiva.*
2. *A este efecto consideráranse equivalentes los términos "funcionario público", "servidor público", "empleado público", "encargado de servicio público" y demás similares, y el régimen de sus relaciones será el mismo para todos, salvo que la naturaleza de la situación indique lo contrario.*
3. *No se consideran servidores públicos los empleados de empresas o servicios económicos del Estado encargados de gestiones sometidas al derecho común."*<sup>6</sup>

A pesar de que la Ley omite la opinión doctrinal de que existe una diferencia fundamental entre funcionario y empleado público, esto no trae mayores problemas a la luz del análisis del tipo, pues en ambas figuras de menciona que la actividad delictual tiene que realizarse en abuso de sus funciones. No es tan necesario que el empleado público tenga una potestad específica, sino que el empleado actúe abusando de su figura de empleado de la administración para pedir o exigir una contribución económica. No son iguales. El funcionario puede aprovechar su situación de representante de la administración para abusar del administrado.

Lo que hay que tener en cuenta es que el elemento subjetivo en los tipos penales en estudio es una persona con representación de la Administración. Esta es una de las características principales del funcionario público<sup>7</sup>, y es en esa calidad de representante que el tipo establecido tiene que realizar la actividad delictiva.

### **IV. HISTORIA**

Al estar ambos tipos íntimamente relacionados, el repaso histórico de su evolución debe hacerse en forma conjunta, ya que no es hasta muy recientemente que fueron separados conceptualmente, y ni siquiera en todas las legislaciones.

<sup>6</sup> LEY GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. REPÚBLICA DE COSTA RICA.

<sup>7</sup> CANASI, JOSÉ. *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ediciones Desalma, tomo IV, 1978.

**ROMA**

En la Antigua Roma Republicana, la función pública cobró gran importancia. Desde ese momento, se tiene referencia específica de esta tipificación.

*“las circunstancias en que se operó su propio engrandecimiento por un lado, y por otro, la consideración mucho mayor que se tuvo hacia los derechos individuales, especialmente durante la república, hicieron que se reprimieran con rigor las expoliaciones y los abusos de los funcionarios públicos, no solo los cometidos en el seno de la ciudad capital, sino también los perpetrados en torno del Mar Mediterráneo”<sup>8</sup>*

Según la concepción romana, no era admisible que nadie recibiera recompensa alguna por cumplir las obligaciones del ciudadano. Sin embargo, refiere Teodoro Mommsen que, “(...) no faltaban acciones penales que pudieran invocarse y ejercitarse contra los funcionarios públicos que ilegalmente se apropiaran de bienes del Estado o bienes de los ciudadanos o de los no ciudadanos, pero si realizaban extorsiones o cohechos mediante regalos, su conducta, como tal, no caía bajo la acción de ninguna de las leyes penales vigentes”<sup>9</sup>.

En la Roma republicana, la dura moral romana no hacía necesario una penalización de la conducta, puesto que, en general, los funcionarios respetaban las reglas de la moral y la honestidad, pero una vez que se conquistaron mayores territorios, las depredaciones comenzaron a hacerse más comunes, por parte de funcionarios que reunían todos los poderes y no estaban sujetos a ninguna fiscalización. Los ciudadanos romanos podían reclamar los daños civilmente, pero esta posibilidad estaba vedada a los que no eran ciudadanos, por lo que surgieron leyes específicas para tratar este problema.

Surgieron entonces los *“crimen repetendarum”*, nombre genérico de la acción mediante la cual las personas podían recuperar los daños patrimoniales percibidos por los funcionarios abusivos, pero su función no era tanto penal como retributiva. “(...) se buscó más bien proporcionar al damnificado a un medio adecuado de carácter privado a fin de recuperar el dinero extorsonado, repitiendo del culpable el monto respectivo”.<sup>10</sup>

*Repentundae* se refiere a bienes sujetos a restitución por haberlos obtenido por concusión algún magistrado romano en la administración de una ciudad o territorio en el ejercicio abusivo de cualquier cargo público y que en virtud de diferentes leyes, cabía reclamar en defensa del interés público e incluso particular beneficio, además de la sanción<sup>11</sup> penal por el delito. También comprendía el cohecho de los jueces y la obtención de los cargos públicos por soborno.<sup>12</sup>

8 RAMOS MEJÍA, ENRIQUE. *El delito de concusión*. Buenos Aires, Ediciones Desalma, 1963.

9 MOMMSEN, TEODORO. *El Derecho Penal Romano*, Madrid, Editorial la España Moderna, tomo II.

10 RAMOS MEJÍA, op. cit.

11 Ver RAMOS MEJÍA, op. cit.

12 Ver CABANELAS, op. cit.

Surgieron, entonces, dos tipos de delito, el *“crimen peculatus* (peculado), y *“crimen de concussionis”*<sup>13</sup>. Esta tipificación como *“crimen concussionis”* se mantuvo prácticamente igual hasta la etapa de codificación de la Revolución Francesa.

**PERÍODO INTERMEDIO**

En el período medieval, no hubo un gran desarrollo de este tipo de delitos, probablemente porque al estar Europa gobernada por señores feudales con una autoridad casi absoluta, no había protección para el siervo de la eventual rapacidad del señor feudal.

Sin embargo, existieron algunas excepciones. En Inglaterra, al estar delimitado el poder monárquico por la Carta Magna, también se penalizaba este tipo de conducta en los funcionarios públicos con multa, destitución y hasta prisión, como un ultraje a la justicia.<sup>14</sup> En España, las Partidas Españolas también hacen una mención a este delito:

*“Recelando que los selladores tomarían más que deben por el sellar de las cartas: queremos mostrar en esta Ley, que galardón es el que debe haber por el sellar (...) e si más tomaren de lo que esta Ley manda, que se lo escarmiente el Rey, según tuviere por derecho.”*<sup>15</sup>

En Francia también esta conducta era considerada un delito, al parecer a la luz del Derecho Romano.

**ÉPOCA DE CODIFICACIÓN**

En la Revolución Francesa, al ponerse límites efectivos a la función pública, se delimitó más claramente los delitos que cometían los funcionarios. Así, aparece en el Código Francés de 1810 como conclusión:

*“(...)Los empleados u oficiales públicos y sus agentes encargados, los recaudadores de derechos, tasas, contribuciones o rentas públicas o comunales y sus agentes o encargados, que hubieran sido declarados culpables del delito de concusión mandando percibir o exigiendo o recibiendo lo que sabían no se debía o con exceso sobre lo que se debía por derechos, tasas, contribuciones o rentas, o por salarios o sueldos, serán castigados (...)”*<sup>16</sup>.

**V. LEGISLACIÓN COSTARRICENSE**

En el Código de Carrillo se hace una mención al delito, consistente en aprovechar la función pública como medio para extraer más dinero del debido por el administrado, pero no es

13 Ver MAGGIORE, GIUSEPPE. *Derecho Penal, Parte Especial*, Bogotá, Editorial Temis.

14 Ver RAMOS MEJÍA, op. cit.

15 RODRÍGUEZ DEVESA, JOSÉ MARÍA. *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Barcelona, Editorial Francisco Seix S.A.

16 BATTCOCK, CARLOS. *Enciclopedia Jurídica Ameba*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina S.R.L, 1981

hasta el Código Penal de 1970 cuando se hace la diferencia fundamental entre exacción ilegal y concusión.

## VI. CONCUSIÓN

### *Concepto*

“(...)acción arbitraria o injusta cometida por funcionario o empleado público, abusando de su cargo o de sus funciones, en orden a obtener en beneficio propio o de un tercero, dinero u otra utilidad, cometida sobre cualquier persona”.<sup>17</sup>

Otros autores lo definen de formas diferentes, ya que la doctrina en este aspecto no es única. Algunos lo definen de una forma muy similar a la exacción ilegal, estipulando que la concusión es la exigencia, por o parte de una figura de autoridad administrativa, de una contribución o impuesto no establecido, en beneficio de sí mismo.<sup>18</sup>

Semánticamente, la palabra concusión proviene del latín “concuſſio-onis”, que significa agitación, sacudida, extorsión, derivado de *concutere* que significa sacudir a fondo, hacer vacilar, derivado de *quatere* que significa sacudir.<sup>19</sup>

Sin embargo, para nosotros, la definición de don Gustavo Rendón es mucho más acorde a nuestro ordenamiento. En general, se establece la exigencia de una prestación a un particular por parte de un funcionario público, la cual va en su provecho personal, abusando claramente de la función o autoridad que tiene.

En cuanto a las acciones subyacentes dentro del tipo, son las siguientes:

### **Obligar**

Del latín *obligare*. **1. tr. Mover e impulsar a hacer o cumplir algo, compeler, ligar.**<sup>20</sup>

En algunas legislaciones se utiliza el término *constreñir*. El significado jurídico de este vocablo, se puede decir que quien constriñe, mediante violencia o amenazas, ejerce una presión sobre una persona, de tal modo que se altere el proceso formativo de la voluntad y determinarla a una acción u omisión diversa de aquella que, de otra manera, sin coacción, habría cumplido.<sup>21</sup>

### **Inducir**

Del latín *inducere*. **Instigar, persuadir, mover a uno. Ocasionar, causar.**<sup>22</sup>

El significado de la expresión inducción es más amplio que el de constreñimiento, pues comprende todo comportamiento que tenga como resultado determinar al ofendido a una cierta conducta.<sup>23</sup>

17 RENDÓN GAVIRIA, GUSTAVO. *Derecho Penal Colombiano*, tercera edición, Parte Especial, Bogotá, Editorial Temis, 1973.

18 CABANELAS, GUILLERMO. *Diccionario Encyclopédico de Derecho Usual*, Buenos Aires, Editorial Heliasta, Tomo II, 1981.

19 Ver COROMINAS, JOAN. *Breve diccionario etimológico de la lengua castellana*, tercera edición, Madrid, Editorial Gredos, 1976.

20 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*, Vigésima Segunda Edición.

21 BERNAL PINZÓN, JESUS. *Delitos contra la Administración Pública y Asociación para Delinquir*, Bogotá, Editorial Temis, 1965.

22 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Op. cit.

23 BERNAL PINZÓN, JESUS. Op. cit.

Inducir y obligar son similares en cuanto a que hay una voluntad viciada. Existe la voluntad, porque al fin y al cabo el ofendido puede sustraerse de la persona coaccionándola, pero su voluntad está viciada.

### **ARTÍCULO 348.-**

*Se impondrá prisión de dos a ocho años, el funcionario público que, abusando de su calidad o de sus funciones, obligare o indujere a alguien a dar o prometer indebidamente, para sí o para un tercero, un bien o un beneficio patrimonial.*

## VI. ANÁLISIS TÍPICO

**Elementos interpretables:** Beneficio patrimonial

**Remisiones valorativas:** No hay

**Elementos normativos de recorte:** Tiene que existir abuso en las funciones

**Resultado o mutación física:** Abuso de función pública y perjuicio patrimonial a la víctima

**Sujeto activo:** Funcionario público

**Sujeto pasivo:** Indeterminado

### **Aspecto conglobante:**

**Lesividad:** Hay lesividad en el patrimonio de la víctima y en la fe pública.

**Imputación como perteneciente a un agente:**

**Dominabilidad:** La dominabilidad en este caso no es relevante, porque en el supuesto de que el sujeto no estuviera en dominio de sus actos, estaríamos ante un caso de ausencia de conducta.

### **Aspecto subjetivo**

**Aspecto cognitivo:** requeriría que el autor conozca efectivamente que sus acciones constituyen un abuso de autoridad y que van dirigidas al beneficio patrimonial de él o de un tercero.

**Aspecto conativo:** requiere la voluntad de consumar el hecho típico, y requiere de un resultado (beneficio patrimonial).

**Elementos subjetivos del tipo**

**Ultraintenciones:** En el tipo está expuesto el motivo final (beneficio patrimonial) así que estas no se analizan.

**Disposiciones internas:** No hay en el tipo.

### **Según el objeto**

**Según la relación existente entre la acción y el objeto de la acción:** Delito de resultado. Tiene que existir abuso de poder y beneficio patrimonial.

**Según las formas básicas del comportamiento humano, la actividad y la pasividad:** Delito de actividad.

**Delitos de medios determinados y resultativos:** Los medios que se utilicen (abuso de autoridad) determinan si se configura el tipo.

**Delitos de un acto, de pluralidad de actos y alternativos:** Los actos pueden ser múltiples, si llevan al resultado típico.

**Según los sujetos**

**Tipo de delito:** Propio, el sujeto activo tiene que ser un funcionario público.

**Delito de propia mano:** Es de propia mano, el actor debe realizar físicamente la acción, al ser el abuso de autoridad un requisito.

**Según la relación con el bien jurídico**

**Bien jurídico tutelado:** Propiedad privada (integridad patrimonial), y fe pública (funcionario está actuando en nombre de la administración).

**VII. EXACCIÓN ILEGAL****Concepto**

El término exacción deriva del latín *exigere*, exigir, y hacer pagar, cobrar, cumplir, ejecutar, derivado de *agere* que significa empujar.<sup>24</sup>

La exacción ilegal es una exigencia indebida y arbitraria, en la cual el funcionario arbitrariamente exige que se pague más de lo que se debe al Estado.

*“(… ) el cobro de impuesto no debido, o en mayor cuantía de la autorizada o de multa irregularmente impuesta, realizando abusivamente por el funcionario público encargado de la recaudación o por sus auxiliares”<sup>25</sup>*

**Exigir**

Del latín *exigere*. Cobrar, percibir, sacar de uno por autoridad pública, dinero u otra cosa. Demandar imperiosamente.<sup>26</sup>

Al respecto, define lo siguiente por Puig Peña:

*“exigir equivale a cobrar, percibir o sacar de otro una cosa. Hace falta pues la exigencia, el cobro; la mera proposición de un funcionario, aunque sea insistente, no integrará el delito”.*<sup>27</sup>

Para cierto sector de la jurisprudencia, sin embargo, con la acción de exigir se configura el tipo, sin que sea necesario que el pago se produzca. Para la legislación argentina, por ejemplo, el delito es formal y se consuma con la exigencia, estableciendo además que no es necesario que se produzca el pago.<sup>28</sup>

<sup>24</sup> COROMINAS, op. cit.

<sup>25</sup> DE PINA, RAFAEL. *Diccionario de Derecho*, duodécima edición, México, Editorial Porrúa SA, 1984.

<sup>26</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Op. cit.

<sup>27</sup> PUIG PEÑA, FEDERICO. *Derecho Penal*. Barcelona, Ediciones Nauta, 1959.

<sup>28</sup> LABATUT GLENA, GUSTAVO. *Derecho Penal*, cuarta edición, Parte Especial. Santiago de Chile, 1964.

**Hacer pagar o entregar**

Una vez que se hace entrega o paga una cosa, el delito pasa de ser formal a material, por lo cual, es nuestro criterio y el de buena parte de la doctrina, que solo una vez que se da esta acción, se configura el tipo. Una vez que se realiza el pago, se completa la conducta de exigir con el resultado de que el sujeto pasivo da o entrega la cosa, el bien, el dinero.<sup>29</sup>

**ARTÍCULO 349.-**

*Será reprimido con prisión de un mes a un año el funcionario público que abusando de su cargo, exigiere o hiciere pagar o entregar una contribución o un derecho indebidos o mayores que los que corresponden. Exigencia improcedente de contribuciones, derechos o dádivas, por un funcionario público que así abusa de sus funciones.*

**VIII. ANÁLISIS DEL TIPO****Aspecto sistemático:**

**Elementos interpretables:** Beneficio patrimonial

**Remisiones valorativas:** No hay

**Elementos normativos de recorte:** Tiene que existir abuso en las funciones **Resultado o mutación física:** Abuso de función pública y perjuicio patrimonial a la víctima

**Sujeto activo:** Funcionario público

**Sujeto pasivo:** Indeterminado

**Aspecto conglobante:**

**Lesividad:** Hay lesividad en el patrimonio de la víctima y en la fe pública.

**Imputación como perteneciente a un agente:**

**Dominabilidad:** La dominabilidad en este caso no es relevante, porque en el supuesto de que el sujeto no estuviera en dominio de sus actos, estaríamos ante un caso de ausencia de conducta.

**Aspecto subjetivo**

**Aspecto cognitivo:** Requeriría que el autor conozca efectivamente que sus acciones constituyen un abuso de autoridad y que van dirigidas al beneficio patrimonial de él o de un tercero.

**Aspecto conativo:** Requiere la voluntad de consumar el hecho típico, y requiere de un resultado (beneficio patrimonial)

**Elementos subjetivos del tipo:**

**Ultraintenciones:** En el tipo está expuesto el motivo final (beneficio patrimonial) así que estas no se analizan.

**Disposiciones internas:** No hay en el tipo.

<sup>29</sup> CREUS, CARLOS. *Derecho Penal*, decimocuarta edición, Parte Especial, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1975.

**Según el objeto**

**Según la relación existente entre la acción y el objeto de la acción:** Delito de resultado. Tiene que existir abuso de poder y beneficio patrimonial.

**Según las formas básicas del comportamiento humano, la actividad y la pasividad:** Delito de actividad.

**Delitos de medios determinados y resultativos:** Los medios que se utilicen (abuso de autoridad) determinan si se configura el tipo.

**Delitos de un acto, de pluralidad de actos y alternativos:** Los actos pueden ser múltiples, si llevan al resultado típico.

**Según los sujetos:**

**Tipo de delito:** Propio; el sujeto activo tiene que ser un funcionario público.

**Delito de propia mano:** Es de propia mano; actor debe realizar físicamente la acción, al ser el abuso de autoridad un requisito.

**Según la relación con el bien jurídico**

**Bien jurídico tutelado:** Propiedad privada (integridad patrimonial), y fe pública (funcionario está actuando en nombre de la administración).

## IX. CONCLUSIONES

Del análisis realizado de los tipos penales de concusión y exacción ilegal, podemos concluir que las diferencias entre ambos tipos penales de conformidad con la legislación costarricense, son dos:

1. *Beneficio Patrimonial*
2. *Legitimidad del Cobro*

En cuanto al beneficio patrimonial, es claro que en la concusión debe existir como resultado de la acción del agente un beneficio patrimonial para sí mismo o para un tercero; es decir, que la acción debe ir dirigida a tomar el dinero para sí, no para la Administración. En la exacción ilegal, solo es necesario que se realice un cobro indebido, que al final termina siendo en beneficio de la Administración, pero ilegítimo por su cantidad en exceso.

En cuanto a la legitimidad del cobro, entendemos por legítimo que el cobro, o impuesto o dádiva exista. En la concusión, el cobro puede existir o no, pero de todas formas se realiza sin estar basado en una obligación del administrado

existente con la Administración. El funcionario inventa un cobro. En cambio, en el delito de exacción, el cobro es legítimo, pero el funcionario, al excederse en este, comete el delito respectivo.

## X. BIBLIOGRAFÍA

- Álvares Gendin, Sabino. Tratado General de Derecho Administrativo, Barcelona, casa editorial Bosch, tercera edición, tomo III, 1973.
- Cabanellas, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Buenos Aires, Editorial Heliasta, Decimosexto Edición, Tomo II, 1981.
- Murillo Zamora, Óscar Mario. Tesis de Grado para optar al título de Licenciado en Derecho. Universidad de Costa Rica, 1987
- Canasi, José. Derecho Administrativo, Buenos Aires, Ediciones Desalma, tomo IV, 1978.
- Ley General de la Administración Pública. República de Costa Rica.
- Ramos Mejía, Enrique. El delito de concusión. Buenos Aires, Ediciones Desalma, 1963.
- Mommsen, Teodoro. El Derecho Penal Romano, Madrid, Editorial la España Moderna, tomo II.
- Maggiore, Giuseppe. Derecho Penal, Parte Especial, Bogotá, Editorial Temis.
- Rendón Gaviria, Gustavo. Derecho Penal Colombiano, Parte Especial, Bogotá, Editorial Temis, 1973
- De Pina, Rafael. Diccionario de Derecho, México, Editorial Porrúa SA, duodécima edición, 1984.
- Corominas, Joan. Breve diccionario etimológico de la lengua castellana, Madrid, Editorial Gredos, tercera edición, 1976
- Puig Peña, Federico. Derecho Penal. Barcelona, Ediciones Nauta, 1959.
- Labatut Glena, Gustavo. Derecho Penal, Parte Especial. Santiago de Chile, cuarta edición, 1964.
- Creus, Carlos. Derecho Penal, Parte Especial, Barcelona, Bosch Casa Editorial, decimocuarta edición, 1975.
- Battcock, Carlos. Encyclopedie Jurídica Ameba, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina S.R.L, 1981
- Rodríguez Devesa, José María. Nueva Encyclopedie Jurídica, Barcelona, Editorial Francisco Seix S.A.
- Bernal Pinzón, Jesús. Delitos contra la Administración Pública y Asociación para Delinquir, Bogotá, Editorial Temis, 1965.
- Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española, Vigésimo Segunda Edición.

# ALGUNAS NOCIONES BÁSICAS SOBRE EL DERECHO HUMANO A LA LIBRE EXPRESIÓN DEL PENSAMIENTO EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Msc. Jerry Campos Monge<sup>1</sup>  
Máster en Derechos Humanos

## Resumen:

Con el presente artículo se pretende hacer comprender al lector que la libertad de expresión se practica y se manifiesta de diferentes formas, ámbitos o dimensiones. La podemos practicar en el nivel más personal y cotidiano. Lo hacemos cuando manifestamos nuestras simpatías por un candidato, cuando planteamos nuestros puntos de vista en una sala de clase o por supuesto cuando a voz en cuello criticamos al gobierno. Eso sí, el derecho de expresarnos libremente debemos ejercerlo con responsabilidad, a sabiendas de que también las otras personas tienen el mismo derecho de manifestar sus ideas y puntos de vista. Se aborda la importancia de la libertad de expresión para el desarrollo y protección de los derechos humanos, y el papel fundamental que le asigna la CIDH y el pleno apoyo con que contó la creación de la Relatoría para la Libertad de Expresión, como instrumento fundamental para la protección de este derecho en el hemisferio, reconociendo que la libertad de expresión no es una concesión de los Estados, sino un derecho fundamental.

## Abstract:

The present article seeks to make the reader understand that free speech is practiced and manifested in different forms, fields or dimensions. We can practice in everyday personal level. What we do when we express our sympathy for a candidate, when we raise our views in a classroom or course when loudly criticize the government. That yes, the right to free expression must be exercised responsibly, knowing that other people also have the same right to express their ideas and viewpoints. It addresses the importance of freedom of expression for the development and protection of human rights and the fundamental role assigned it by the CIDH and the full support that was the creation of the Special Rapporteur

for Freedom of Expression as a fundamental tool for the protection of this right in the hemisphere, recognizing that freedom of expression is not a concession by the States, but a fundamental right.

## Palabras Claves:

Libertad de expresión

## Key Words:

Freedom of expression.

## I. ORIGEN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Los seres humanos, para explicar y entender ciertos fenómenos sociales, nos refugiamos en la costumbre, entendida esta última como una práctica repetitiva que asumimos como permitida; sin embargo, no se investiga el porqué de esta conducta. Para entender la necesidad de implementar y defender nuestros derechos básicos, como la libertad de expresión, objeto de análisis en el presente artículo, debemos remontarnos a los orígenes propiamente históricos de los derechos humanos.

Muchos autores coinciden en que el origen de los derechos humanos se derivan propiamente de los derechos naturales, o sea, de los principios que antiguamente regían el bien o el mal, o ley natural. En este sentido, se argumenta que la existencia de derechos, originariamente estaba tutelada al amparo de las antiguas religiones, filosofías.

Brenes (1992)<sup>2</sup> en este sentido refiere que:

*“(...) En la Biblia, se particulariza a la justicia en varios preceptos pero también se le prescribe de una manera general, indefinida pero intuitiva, y se le requiere tanto de Dios como del hombre. El Génesis apoya la igualdad y la dignidad del hombre con la narración de un ancestro común y la paternidad de Dios hacia todos ellos (...)”*

*“La teoría de la ley natural hizo énfasis en los deberes impuestos por Dios a cada sociedad humana en un cosmos ordenado. Con el tiempo, los deberes de la sociedad llegaron a verse como derechos naturales para el individuo (...)”*

1 El autor del presente artículo es costarricense. Hizo estudios de Derecho en la Universidad de Costa Rica y de postgrado en Derechos Humanos en la Universidad Estatal a Distancia en Costa Rica, actualmente es Doctorando en Derecho en dicha casa de estudios superiores y Jefe de Despacho del Diputado Alexander Mora Mora, en la República de Costa Rica, asesor en la Presidencia de la Comisión de Derechos Humanos, Justicia y Políticas Carcelarias del Parlamento Latinoamericano y Asesor Legislativo en materia de derechos humanos en la Asamblea Legislativa costarricense. Además, es docente en varias universidades públicas como privadas, dentro de sus planes de estudio en Derecho y posgrados, principalmente afines al campo de los Derechos Humanos. Miembro fundador y Vicepresidente del Instituto Costarricense de Derechos Humanos y del Instituto Latinoamericano de Derechos Humanos en el 2007. Cuenta con varios años de experiencia en diversas facetas profesionales dentro del campo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos / E-mail: jcampsom@abogados.or.cr

2 Antología Introducción a los Derechos Humanos, Brenes Rosales Raymundo, primera edición, San José, Costa Rica, EUNED, 1992, pp. 16-17.

Sin embargo, aunque en los derechos humanos existe una innegable influencia del derecho natural, es reconocido que sus orígenes se remontan a acontecimientos históricos de los siglos XVII y XVIII, propiamente a la guerra de independencia de los Estados Unidos, la Revolución Francesa y declaraciones que en la época implantaron ideales considerados como revolucionarios (igualdad, fraternidad y libertad).

El mayor esfuerzo que se reconoce en la historia mundial es la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en la cual se establece que la libertad, la justicia, y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana.

No obstante, la voluntad de la comunidad internacional no se ha limitado y se han implementado otros instrumentos jurídicos internacionales también de carácter regional.

En el ámbito normativo del Sistema Interamericano, el derecho humano a la libertad de expresión del pensamiento está consagrada en los principales tratados internacionales de derechos humanos, tales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, precisamente en su artículo 13, transcrita más adelante, así como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 19. Por su parte, en el Sistema Europeo, también está incluido en la Convención Europea de Derechos Humanos, en su artículo 10; en el Sistema Africano en la Carta Africana de Derechos Humanos, en su artículo 9. Demás está recalcar que tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos así como la Declaración Americana de Derechos Humanos también han sido contestes en reconocer tal derecho.

## **II. EL DERECHO HUMANO A LA LIBRE EXPRESIÓN DEL PENSAMIENTO COMO UN DERECHO ABSOLUTO**

Situados en este contexto, para la comprensión de los alcances y limitaciones de los derechos, es menester hacer un análisis de su naturaleza jurídica, y en el caso general de los derechos humanos, esto es de suma importancia, mas aún en el caso específico del derecho humano a la libre expresión del pensamiento, que como derecho absoluto es una prerrogativa que se considera indispensable para que el hombre pueda cumplir normalmente sus fines naturales y sociales.

Aunque los derechos absolutos se consagran en las Constituciones para precisarlos y reafirmarlos; su existencia, según se sostiene en la teoría política, es superior y anterior a todo pacto constitucional; su revelación y reconocimiento ha ido ocurriendo a través de la historia y su número se ha ido haciendo más nutrido a medida que las sociedades han ido progresando en moralidad y en actividades.

Los derechos absolutos son llamados también derechos del hombre, derechos individuales, derechos fundamentales, derechos inherentes a la personalidad humana y también derechos humanos. Estos derechos son aplicables de igual forma para todos los que habitan en el territorio, ya sean nacionales o extranjeros, residentes o transeúntes, estos vienen a ser una especie de derecho común aplicable a todos por igual.

El objetivo de su declaración y reconocimiento con carácter absoluto es el de proporcionar a todos, con la posibilidad de su ejercicio, una esfera de actividades dentro de la cual puedan desenvolver sus facultades y realizar los fines de la vida con seguridad, provecho y bienestar.

Los primeros derechos del hombre fueron reconocidos por la vía constitucional en Inglaterra con la Carta Magna. En el caso de la Constitución de Costa Rica, los derechos absolutos se denominan Derechos y Garantías Individuales y Sociales, y estos están plasmados entre los artículos 20 al 74 de dicho cuerpo normativo.

Los derechos del hombre figuran, al día de hoy, expresamente reconocidos, con diferencias poco fundamentales, en todas las constituciones democráticas, solo habiendo divergencia en lo relativo a la inviolabilidad de la vida, debido a que en varios países existe la pena de muerte, negándole así el carácter absoluto a esta prerrogativa humana.

El derecho humano a la libre expresión del pensamiento como un derecho absoluto, por ende, es esencial para el hombre; se denomina también libertad o derecho de libre opinión; este es un derecho múltiple o complejo, que abarca tanto la libertad de hablar como la de escribir y la de transmitir el pensamiento por cualquier medio que sea conocido o por conocerse; su manifestación más importante es la libertad de impresa y de prensa.

Finalmente, es importante tener presente que la libertad de expresión comprende diversos derechos, como lo son: el derecho a la libertad de pensamiento, el derecho a la libertad de buscar información e ideas, el derecho a la libertad de difundir información e ideas y finalmente la libertad de recibir información.

## **III. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL**

Tal y como se indicó, la libertad de expresión está plasmada en la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en el artículo 13. El que ha permitido que la jurisprudencia dictada por el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos ofrezca un marco ideal para comprender los estándares de respeto y garantía a la protección de la libertad de expresión.

Es, sin embargo, la Convención Americana de Derechos Humanos la que perfila garantías más generosas, para reducir al mínimo las restricciones a la circulación libre de ideas (Corteidh, OC-5/85). Esto ha permitido al Sistema Interamericano de los Derechos Humanos establecer estándares elevados de protección a esta libertad fundamental.

*“(...) las garantías de la libertad de expresión contenidas en la Convención Americana fueron diseñadas para ser las más generosas y para reducir al mínimo las restricciones a la libre circulación de las ideas (...)” (OC-5/85 Corteidh).*

Esta interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido clave para el desarrollo de la

doctrina sobre libertad de expresión en el Sistema Interamericano Las opiniones consultivas, sentencias y medidas cautelares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, junto con los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, constituyen un marco interpretativo fundamental, que ha sido complementado y desarrollado en cada uno de los informes de la Relatoría para la Libertad de Expresión.

Por su parte, la Corte Europea ha señalado que esta libertad no se limita a opiniones que puedan ser favorables o bien aceptadas, sino también proteger aquellas chocantes, ofensivas o que molesten al Estado o algún sector de la población, pues es un requisito del pluralismo y la tolerancia sin los cuales no existe una sociedad democrática (Otto Preminger Institut v. Austria, 1994).

Finalmente, es de suma importancia para el objetivo del presente artículo, analizar la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 2 de julio del 2004 sobre el Caso Herrera Ulloa vrs. Costa Rica, de suma importancia para la libertad de prensa latinoamericana.

La introducción de la causa a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se realizó el 28 de enero del 2003.

La Comisión presentó la demanda con base en el artículo 51 de la Convención Americana, con el fin de que la Corte decidiera si el Estado violó el artículo 13 (Libertad de Pensamiento y de Expresión) en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) y 2 (Deber Adoptar Disposiciones de Derecho Interno) de dicho tratado, en perjuicio de los señores Mauricio Herrera Ulloa y Fernán Vargas Rohrmoser, por cuanto el Estado emitió una sentencia penal condenatoria, en la que declaró al señor Herrera Ulloa autor responsable de cuatro delitos de publicación de ofensas en la modalidad de difamación, con todos los efectos derivados de la misma, entre ellos la sanción civil.

Los hechos expuestos ante la Comisión se refieren a las supuestas violaciones cometidas por el Estado, al haber emitido el 12 de noviembre de 1999 una sentencia penal condenatoria, como consecuencia de que los días 19, 20 y 21 de mayo y 13 de diciembre, todos de 1995, se publicaron en el periódico La Nación diversos artículos escritos por el periodista Mauricio Herrera Ulloa, cuyo contenido supuestamente consistía en una reproducción parcial de reportajes de la prensa escrita belga que atribuían al diplomático Félix Przedborski, representante ad honórem de Costa Rica en la Organización Internacional de Energía Atómica en Austria, la comisión de hechos ilícitos graves.

La referida sentencia de 12 de noviembre de 1999 fue emitida por el Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de San José, y en esta se declaró al señor Mauricio Herrera Ulloa autor responsable de cuatro delitos de publicación de ofensas en la modalidad de difamación, por lo que se le impuso una pena consistente en una indemnización y además se

le ordenó que publicara el “Por Tanto” de la sentencia en el periódico La Nación.

Además, la comentada sentencia declaró con lugar la acción civil resarcitoria y, por ende, se condenó al señor Mauricio Herrera Ulloa y al periódico La Nación, en carácter de responsables civiles solidarios, al pago de una indemnización por concepto del daño moral ocasionadas por las mencionadas publicaciones en el periódico La Nación y, a su vez, al pago de costas procesales y personales.

Igualmente, en dicha sentencia se ordenó al periódico La Nación que retirara el “enlace” existente en La Nación Digital, que se encontraba en internet, entre el apellido Przedborski y los artículos querellados, y que estableciera una “liga” en La Nación digital, entre los artículos querellados y la parte resolutiva de la sentencia. Finalmente, la Comisión alegó que, como efecto derivado de tal sentencia, el ordenamiento jurídico costarricense exige que se anote la sentencia condenatoria dictada contra el señor Herrera Ulloa en el Registro Judicial de Delincuentes.

Aunado a lo anterior, la Comisión indicó que el 3 de abril del 2001, el Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de San José emitió una resolución, mediante la cual intimó al señor Fernán Vargas Rohrmoser, representante legal del periódico La Nación, a dar cumplimiento a lo ordenado en el fallo de 12 de noviembre de 1999, bajo apercibimiento de incurrir en el delito de desobediencia a la autoridad judicial.

El 3 de diciembre del 2001 la Comisión aprobó el Informe de Admisibilidad N.º 128/01, mediante el cual declaró admisible el caso. El 28 de octubre del 2002 la Comisión transmitió un informe sobre el caso al Estado y le otorgó un plazo de dos meses para que dejara sin efecto la sentencia, mientras se analizaba el caso. El 28 de enero del 2003 la Comisión sometió el caso a la jurisdicción de la Corte.

La Corte resolvió dicho caso el 7 de septiembre del 2001 lo siguiente:

- 1. Requerir al Estado de Costa Rica que adopte, sin dilación, cuantas medidas sean necesarias para dejar sin efecto la inscripción del señor Mauricio Herrera Ulloa en el Registro Judicial de Delincuentes hasta que el caso sea resuelto de manera definitiva por los órganos del sistema interamericano de derechos humanos.**
- 2. Requerir al Estado de Costa Rica que suspenda la orden de publicar en el periódico “La Nación” el “por tanto” de la sentencia condenatoria dictada por el Tribunal Penal de Juicios del Primer Circuito Judicial de San José el 12 de noviembre de 1999, y que suspenda la orden de establecer una “liga”, en La Nación Digital, entre los artículos querellados y la parte dispositiva de esa sentencia.**
- 3. Requerir al Estado de Costa Rica que, dentro del plazo de 30 días contados a partir de la notificación de la presente Resolución, informe a la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre**

*las medidas que haya adoptado en cumplimiento de la misma, y asimismo a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que presente sus observaciones a dicho informe dentro del plazo de 30 días a partir de su recepción.”*

Marcando así el presente más importante en el último decenio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en aras de salvaguardar la libertad de expresión como derecho humano absoluto.

#### **IV. LA RELATORÍA PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN**

En octubre de 1997, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) acordó, por unanimidad, crear una relatoría especial, permanente y con independencia funcional, para promover el pleno respeto a la libertad de expresión e información en el hemisferio.

Dicha relatoría es una oficina de carácter permanente, con independencia funcional y presupuesto propio, creada por la CIDH.

Demás está recordar que la CIDH es un órgano de la OEA, que vela por la observancia y defensa de los derechos humanos y sirve como órgano consultivo de la organización en esta materia.

Dichas atribuciones se derivan de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos y Deberes del Hombre y de la propia carta de la OEA. Con este propósito, la Comisión investiga y decide sobre denuncias de violaciones sobre derechos humanos, así como informes sobre la situación de los derechos humanos en los países de la región.

La Comisión trata sus problemas por medio de peticiones individuales, en los cuales se ha pronunciado sobre casos de censura, crímenes contra periodistas y otras restricciones directas e indirectas a la libertad de expresión. Se ha pronunciado sobre amenazas y restricciones a los medios de comunicación social, mediante informes especiales.

Ha adoptado medidas cautelares con el objetivo de actuar de manera urgente, a fin de evitar daños irreparables a las personas (artículo 25. 1 del Reglamento de la Comisión).

La iniciativa de la Comisión de crear una relatoría para la libertad de expresión de carácter permanente encontró pleno respaldo de los Estados miembros de la OEA durante la Segunda Cumbre de las Américas; en dicha cumbre, los jefes de Estado y Gobierno de las Américas, reconocieron el papel fundamental que la libertad de expresión e información juega en materia de derechos humanos y dentro del sistema democrático y así expresaron su satisfacción por la creación de esta relatoría. Siendo así las cosas, en la Declaración de Santiago, adoptada en abril de 1998, los jefes de Estado y de Gobierno manifestaron:

*“(...) coincidimos en que una prensa libre desempeña un papel fundamental (en materia de derechos humanos) y reafirmamos la importancia de garantizar la libertad de expresión, de información y de opinión.*

*Celebramos la reciente constitución de un Relator Especial para la Libertad de Expresión, en marco de la Organización de los Estados Americanos (...)” (Declaración de Santiago, Segunda Cumbre de las Américas, 18 y 19 de abril de 1998).*

En la tercera Cumbre de las Américas, celebrada en Québec, Canadá, los jefes de Estado y de Gobierno ratificaron el relato de la Relatoría, agregando:

*“(...) Apoyaran la labor del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en materia de Libertad de Expresión a través del Relator Especial Sobre la Libertad de Expresión de la CIDH y procederán a la difusión de los trabajos de jurisprudencia comparada, y buscaran así mismo, asegurar que su legislación nacional, sobre libertad de expresión, esté conforme a las obligaciones jurídicas internacionales (...)” (Tercera Cumbre de las Américas, 20 al 22 de abril del 2001).*

Dicha relatoría inicia sus funciones en 1998 en el mes de noviembre, sus objetivos son crear conciencia y conocimiento entre los sectores de la sociedad sobre la importancia del Sistema Interamericano en la protección de los derechos humanos, la jurisprudencia comparada de la materia y la importancia de la libertad de expresión en el contexto y desarrollo de la sociedad democrática.

La Relatoría se ha constituido como impulsor de reforma legislativa en materia de libertad de expresión; esto mediante los lazos que se han establecido con los Estados miembros y distintos organismos de la sociedad civil.

Esta oficina ha iniciado un proceso de colaboración para la puesta en marcha de iniciativas que promuevan la modificación de leyes que limitan el derecho a la libertad de expresión, así como para la inclusión de leyes que amplíen el derecho de los ciudadanos a participar activamente en el proceso democrático por medio del acceso a la información.

Entre las funciones de dicha Relatoría tenemos:

- Analizar denuncias recibidas ante la Comisión referidas a violaciones a la libertad de expresión y remitir a dicho organismo sus consideraciones y recomendaciones con respecto a la apertura de casos.
- Hacer el seguimiento de los casos abiertos ante la Comisión, relacionados con violaciones a este derecho.
- Requiere a la Comisión la solicitud de medidas cautelares a los Estados miembros para proteger la integridad personal de los periodistas y otros comunicadores sociales amenazados o en riesgo de sufrir daños irreparables.
- Efectúa sus recomendaciones a la comisión en el otorgamiento de audiencias para el periodo ordinario de sesiones, y durante este la Relatoría par-

ticipa, junto a la Comisión, en aquellas audiencias relacionadas con denuncias de violaciones a la libertad de expresión.

- También la Relatoría colabora con las partes para encontrar soluciones amistosas dentro del marco de la CIDH.

El Sistema Europeo, por medio de su Corte, así como el Sistema Interamericano, mediante su Relatoría y el Comité de Derechos Humanos, han realizado valiosos aportes que nutren la doctrina sobre las garantías a esta libertad.

## V. TRATAMIENTO NORMATIVO

La Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales garantiza la libertad de expresión en su artículo 10, como el derecho a sostener sus propias opiniones, a recibir y distribuir informaciones e ideas, sin interferencia de las autoridades públicas y sin estar limitada por las fronteras.

Pero también señala que el ejercicio de estas libertades acarrea deberes y responsabilidades, por lo que puede estar sujeta a algunas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones definidas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática.

Dentro de esta misma línea de pensamiento, el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos humanos reza:

***“Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.”***

La Asamblea General de las Naciones Unidas, al celebrar el Día Mundial de la Libertad de Prensa, el 2 de mayo de 1997, manifestó:

***“La Libertad de Expresión no es una graciosa concesión de las autoridades, gobiernos o conglomeraciones de medios, es un derecho inalienable de los pueblos”.***

La libertad de Información es considerada por muchos autores como valor intrínseco de la sociedad, por medio de la cual, esta puede informarse completamente de todos los factores que la influyen y le interesan en su entorno. Como es ya sabido, es un Derecho Humano, el cual ha sido ampliamente discutido y reconocido en diferentes instrumentos jurídicos internacionales que regulan la materia, esto último impone a nuestros Estados y por ende a nuestros ordenamientos jurídico el deber de incorporarlos, respetarlos, aplicarlos y consolidarlos en nuestras Constituciones Políticas. Además, es un instrumento importante para la sociedad, en materia de fiscalización del actuar gubernamental.

En este sentido, el carácter universal que en principio debe tener este, es indiscutible, ya que expresamente la Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>3</sup> en su artículo 19 señala:

***“Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión, este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.”***

Al igual, en el ámbito regional la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>4</sup> en su artículo 13, referente a la Libertad de Pensamiento y de Expresión, establece:

- “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección...”***
- “3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.”***

Por lo tanto, se puede concluir que en ningún país y en ningún Gobierno se podría hablar de democracia plenamente entendida, sin el sano y correcto ejercicio de la libertad de información, que ha sido flagelado en etapas históricas, por sus detractores. Si bien las elecciones garantizan y son un componente esencial de la vida democrática, no podría esta constituirse sin el pleno ejercicio de libertad para informar e informarse.

La comunidad internacional debe dar luz a ese respeto por la libre expresión, como punto básico de vida, o sea, se debe considerar que el establecimiento y acatamiento de este derecho y demás derechos humanos contribuyen en todo el mundo a eliminar la práctica de silenciar a la prensa, hostigamiento que ya se manifiesta por ejemplo en la sociedad costarricense.

Por consiguiente, para el sano desarrollo de nuestras naciones, es inevitable implementar medidas legales para castigar a quienes pretenden limitar este derecho.

La mayoría de gobiernos democráticos entienden que no se puede prescindir de los mecanismos necesarios para la

<sup>3</sup> Adoptada y proclamada por la Asamblea General de O.N.U , en su resolución 217 A(III), del 10 de diciembre de 1948.

<sup>4</sup> Ley de la República, No. 4534 aprobada el 23 de febrero de 1970.

protección de este derecho; por ende, sus esfuerzos se han consumado en la adopción e implementación de organismos y convenciones internacionales, que custodian a los Estados en su deber de vigilar que la libertad de información no sea violentada.

La Convención sobre Derecho Internacional de Rectificación (1952) entrada en vigor 24 de agosto de 1962<sup>5</sup>, establece para los países signatarios, en sus artículos 1 y 2:

**“Artículo I**  
**A los efectos de la presente Convención:**

1. *La expresión “despacho informativo” se aplica al material de información transmitido por escrito o por vía de telecomunicaciones, en la forma habitualmente empleada por las agencias de información para transmitir tal material de información, antes de su publicación, a diarios, publicaciones periódicas y organizaciones de radiodifusión;*
2. *La expresión “agencia de información” se aplica a toda organización, pública o privada, de prensa, radio, cine, televisión o telefotocopia, regularmente dedicada a la obtención y difusión de material de información, creada y organizada con arreglo a las leyes y reglamentos del Estado Contratante en cuyo territorio esté situada la oficina central de la agencia, y que funcione con arreglo a las leyes y reglamentos del Estado Contratante en cuyo territorio ejerza su actividad;*
3. *La palabra “corresponsal” se aplica a todo nacional de un Estado Contratante o a toda persona empleada por una agencia de información de un Estado Contratante, que en cualquiera de los dos casos se dedique profesionalmente a la obtención y difusión de material de información, y que, cuando se encuentre fuera de su país, se identifique como corresponsal por un pasaporte válido o por un documento análogo aceptado internacionalmente.*

**Artículo II**

1. *Reconociendo que la responsabilidad profesional de los corresponsales y de las agencias de información les impone dar cuenta de los hechos sin discriminación y sin separarlos de los elementos conexos necesarios para su recta apreciación, a fin de fomentar el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales, favorecer la comprensión y la cooperación entre las naciones y contribuir al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales; Considerando asimismo que, conforme a la ética profesional, todos los corresponsales y agencias de información, en el caso de que se haya demostrado que ciertos despachos informativos transmitidos o*

*publicados por ellos son falsos o tergiversados, deberían seguir la práctica establecida de transmitir por los mismos medios, o de publicar, rectificaciones de tales despachos;*

*Los Estados Contratantes convienen en que, cuando un Estado Contratante alegue que determinado despacho informativo, capaz de perjudicar sus relaciones con otros Estados o su prestigio o dignidad nacionales, es falso o tergiversado y tal despacho informativo haya sido transmitido de un país a otro por corresponsales o agencias de información de un Estado Contratante o no contratante, y publicado y difundido en el extranjero, aquel Estado podrá presentar su versión de los hechos (denominada en adelante “comunicado”) a los Estados Contratantes en cuyos territorios haya sido publicado o difundido. Al mismo tiempo, se enviará un ejemplar del comunicado al corresponsal o a la agencia de información interesados, a fin de que tal corresponsal o agencia de información pueda rectificar el despacho informativo de que se trate.”*

En similar sentido, la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2000) ha preceptuado una serie de principios propios para la libertad de expresión:

**“Principios**

1. *La libertad de expresión, en todas sus formas y manifestaciones, es un derecho fundamental e inalienable, inherente a todas las personas. Es, además, un requisito indispensable para la existencia misma de una sociedad democrática.*
2. *Toda persona tiene el derecho a buscar, recibir y difundir información y opiniones libremente en los términos que estipula el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Todas las personas deben contar con igualdad de oportunidades para recibir, buscar e impartir información por cualquier medio de comunicación sin discriminación, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, sexo, idioma, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.*
3. *Toda persona tiene el derecho a acceder a la información sobre sí misma o sus bienes en forma expedita y no onerosa, ya esté contenida en bases de datos, registros públicos o privados y, en el caso de que fuere necesario, actualizarla, rectificarla y/o enmendarla.*
4. *El acceso a la información en poder del Estado es un derecho fundamental de los individuos. Los Estados están obligados a garantizar el ejercicio de este derecho. Este principio sólo admite limitaciones excepcionales que deben estar establecidas previamente por la ley para el caso que exista un peligro real*

5 [www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/i\\_ilocor\\_sp.htm](http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/i_ilocor_sp.htm)

- e inminente que amenace la seguridad nacional en sociedades democráticas.*
5. *La censura previa, interferencia o presión directa o indirecta sobre cualquier expresión, opinión o información difundida a través de cualquier medio de comunicación oral, escrito, artístico, visual o electrónico, debe estar prohibida por la ley. Las restricciones en la circulación libre de ideas y opiniones, como así también la imposición arbitraria de información y la creación de obstáculos al libre flujo informativo, violan el derecho a la libertad de expresión.*
  6. *Toda persona tiene derecho a comunicar sus opiniones por cualquier medio y forma. La colegiación obligatoria o la exigencia de títulos para el ejercicio de la actividad periodística, constituyen una restricción ilegítima a la libertad de expresión. La actividad periodística debe regirse por conductas éticas, las cuales en ningún caso pueden ser impuestas por los Estados.”*

La Declaración de Chapultepec<sup>6</sup> sobre Libertad de Prensa (1994), adoptada por la conferencia hemisférica sobre libertad de expresión en México, DF. el 11 de marzo de 1994, establece en sus principios:

#### **“Principios”**

*Una prensa libre es condición fundamental para que las sociedades resuelvan sus conflictos, promuevan el bienestar y protejan su libertad. No debe existir ninguna ley o acto de poder que coarte la libertad de expresión o de prensa, cualquiera sea el medio de comunicación. Porque tenemos plena conciencia de esta realidad, la sentimos con profunda convicción y estamos firmemente comprometidos con la libertad, suscribimos esta Declaración, con los siguientes principios:*

1. *No hay personas ni sociedades libres sin libertad de expresión y de prensa. El ejercicio de ésta no es una concesión de las autoridades; es un derecho inalienable del pueblo.*
2. *Toda persona tiene el derecho a buscar y recibir información, expresar opiniones y divulgarlas libremente. Nadie puede restringir o negar estos derechos.*
3. *Las autoridades deben estar legalmente obligadas a poner a disposición de los ciudadanos, en forma oportuna y equitativa, la información generada por el sector público. No podrá obligarse a ningún periodista a revelar sus fuentes de información.*
4. *El asesinato, el terrorismo, el secuestro, las presiones, la intimidación, la prisión injusta de los periodistas, la destrucción material de los medios de comunicación, la violencia de cualquier tipo y la impunidad de los agresores, coartan severamente la libertad de*

*expresión y de prensa. Estos actos deben ser investigados con prontitud y sancionados con severidad (...)”*

Igualmente en la Declaración de Santiago (1994) se condena “enérgicamente” el hecho de que:

*“los periodistas, editores y radiodifusores sean todavía víctimas de represión, amenazas, agresiones, asesinatos, arrestos, encarcelamientos y secuestros, actos criminales que en muchos casos quedan impunes”.*

Asimismo –añade el acuerdo– que sufran presiones políticas y económicas, tales como la censura, restricción en la adquisición de papel para periódicos y otros equipos y materiales profesionales; sistemas de licencias y controles abusivos que limitan la posibilidad de publicar o transmitir; negativas y restricciones de trasladados y de visa que impiden el libre desplazamiento de los periodistas; limitaciones en el libre flujo de noticias e información; y restricciones para la circulación de periódicos dentro de los países y a través de las fronteras.

La Declaración de Quito (1995), firmada por los participantes en el Gran Festival de la Radio y la Televisión Comunitaria y Popular de América Latina y el Caribe, celebrado en Quito, Ecuador, del 20 al 24 de noviembre de 1995, establece:

7. *Repudiamos las acciones de algunos gobiernos y propietarios de medios destinadas a entorpecer la labor de los medios comunitarios y populares. El cierre arbitrario de emisoras, la confiscación de equipos, la detención de periodistas y comunicadores, la negativa o demora injustificada en la asignación de frecuencias, atentan contra la libertad de expresión y deben ser condenadas.*
8. *Los gobiernos no solamente deben autorizar, sino garantiza la existencia de los medios de comunicación comunitarios y populares como una tercera forma de propiedad, la social, con igual categoría que la privada comercial y la estatal. De este modo, se asegura la independencia del ejercicio comunicacional respecto a finalidades lucrativas o políticas.”*

## **VI. CONCLUSIONES**

En el marco de lo aquí expuesto podemos arribar a las siguientes conclusiones que nos permiten visualizar el norte que tiene el derecho de la libertad de expresión de pensamiento como derecho humano:

- Debemos entender que la libertad de expresión se practica y se manifiesta de diferentes formas y en diferentes ámbitos o dimensiones. La podemos practicar en el nivel más personal y cotidiano. Lo hacemos cuando manifestamos nuestras simpatías por un candidato

6 <http://www.revistalgn.com.ar/Leyes/chapultepec.htm>

- o por un club de futbol, cuando planteamos nuestros puntos de vista en una sala de clase o en una reunión, cuando damos a conocer nuestra opinión sobre un proyecto familiar o comunal y por supuesto cuando a voz en cuello criticamos al Gobierno, a la municipalidad o al empresario dueño del bus en que viajamos. Eso sí, el derecho de expresarnos libremente debemos ejercerlo con responsabilidad, a sabiendas de que también las otras personas tienen el mismo derecho de manifestar sus ideas y puntos de vista.
- Es necesario asegurar de una mejor manera en el mundo por su carácter universal el respeto y la plena vigencia de las libertades individuales y los derechos fundamentales de los seres humanos por medio de un estado de derecho.
  - La consolidación y desarrollo de nuestras democracias depende en la medida de la existencia de libertad de expresión.
  - El derecho a la libertad de expresión es esencial para el desarrollo del conocimiento y del entendimiento entre los pueblos, que conducirá a una verdadera comprensión y cooperación entre las naciones del mundo.
  - Cuando se obstaculiza el libre debate de ideas y opiniones, se limita la libertad de expresión y el efectivo desarrollo del proceso democrático.
  - Garantizando el derecho de acceso a la información en poder del Estado, se conseguirá una mayor transparencia de los actos del Gobierno, afianzando las instituciones democráticas.
  - La libertad de expresión es un derecho fundamental reconocido en la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Resolución 59(I) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, la Resolución 104 adoptada por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, La Ciencia y la Cultura (UNESCO), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como en otros instrumentos internacionales y constituciones nacionales.
  - Los principios del Artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos representan el marco legal al que se encuentran sujetos los Estados Miembros de la Organización de Estados Americanos.
  - El artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que establece que el derecho a la libertad de expresión comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas sin consideración de fronteras y por cualquier medio de transmisión.
  - La importancia de la libertad de expresión para el desarrollo y protección de los derechos humanos, el papel fundamental que le asigna la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el pleno apoyo con que contó la creación de la Relatoría para la Libertad de Expresión, como instrumento fundamental para la protección de este derecho en el hemisferio, en la Cumbre de las Américas celebrada en Santiago de Chile.
  - La libertad de prensa es esencial para la realización del pleno y efectivo ejercicio de la libertad de expresión e instrumento indispensable para el funcionamiento de la democracia representativa, mediante la cual los ciudadanos ejercen su derecho a recibir, difundir y buscar información.
  - Los principios de la Declaración de Chapultepec constituyen un documento básico que contempla las garantías y la defensa de la libertad de expresión, la libertad e independencia de la prensa y el derecho a la información.
  - La libertad de expresión no es una concesión de los Estados, sino un derecho fundamental.

## VII. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- Antología Introducción a los Derechos Humanos, Brenes Rosales Raymundo, San José, Costa Rica, EUNED, 1992.
- Introducción al Derecho Internacional, segunda edición, Vargas Carreño Edmundo, San José, Editorial Juricentro, 1992.
- Libertad de Expresión en las Américas, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2003.
- El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: su jurisprudencia sobre debido proceso, DESC, libertad personal y libertad de expresión, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2005.
- Resoluciones de la Sala Constitucional sobre libertad de expresión y prensa: 00274-07, 17740-06, 9530-06, 16272-05, 2001-01546.
- Sentencia de 2 de julio de 2004, Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Amiama. Lic. Manuel A. Notas de Derecho Constitucional. Editorial Tiempo, S.A. – Santo Domingo, República Dominicana. 1995.

# DETERMINACIÓN Y CONTROL DE TASAS DE INTERÉS ABUSIVAS

MSc. Víctor Soto Córdoba\*

**Resumen:**

Se propone, con base en un análisis de la normativa patria, la viabilidad de crear un parámetro que sirva para establecer si una determinada tasa de interés pactada, derivada de una obligación nacida con ocasión de préstamo de dinero, puede ser calificada como abusiva, y de ser este el caso, se plantea que su naturaleza abusiva sea eliminada readecuándola al parámetro previamente establecido. El parámetro se determinará con base en la información de la conducta del mercado financiero, lo que garantiza que la intervención del Estado en este campo no se constituya en un obstáculo a la libre actividad comercial.

**Palabras Claves:**

Tasas, interés, mercado.

**Key Words:**

Loan, profit, lending, institutions.

**Abstract:**

This essay provides a brief study of Costa Rican legislation, regarding an specific subject. This subject is the judge's capacity to place a cap on the profit obtain by a lender on a specific loan. This limit is fixed, taken into consideration the profit made by all lending institutions. All banks and lending operators must provide profit information, this data is registered by the Central Bank. Taking into consideration this information the judge can reckon if the profit made by a specific lender is much higher than the others, and decide to lower it, into a range that duplicates the average gain.

## I. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo se analiza la viabilidad de que el juez ordinario pueda oficiosamente interpretar y adecuar el contenido de la voluntad de las partes contratantes; en específico, definir si una determinada tasa de interés resulta excesiva, y, definido este punto, establecer si el operador jurídico cuenta con la capacidad de readecuar la tasa pactada a un parámetro que no resulte desproporcionado. Este tema se configura en un punto frontera de las potestades constitucionales de la actividad de un órgano jurisdiccional y, sin duda, tales potes-

tades del juez deben ser analizadas con mucha cautela. Este tema referente al abuso de las tasas de interés por el préstamo de dinero, ha tenido históricamente relevancia (toda vez que es una práctica, no poco común) y adquiere especial preponderancia en la actualidad, ya que con ocasión de la promulgación de reciente normativa (Ley de Cobro Judicial y Ley de Notificaciones Judiciales), el derecho de defensa en juicio para los efectos del deudor en procesos "cobratorios" se ha tornado prácticamente inexistente.

## II. LÍMITES DEL CONTROL FISCALIZADOR DEL JUEZ

### 2.1. Potestades del juez en análisis de los contratos:

El juez como todo otro funcionario público es un simple depositario de la autoridad; está obligado a cumplir los deberes que la ley le impone y no puede arrogarse facultades no concedidas en ella (artículo 11 de la Carta Política). Esta disposición es un elemento esencial en todo Estado democrático regido por el bloque de legalidad. Desde esta limitación impuesta, cabe cuestionarse si un juez de manera oficiosa puede entrar a valorar los términos en que fue pactado un contrato, sus condiciones, y más grave aún, si puede modificar la voluntad exteriorizada por las partes contratantes, cambiando las obligaciones y contraprestaciones de una o ambas partes. En tesis de principio parece que la respuesta a esta interrogante debe ser categóricamente negativa; ya que permitir al Estado, por medio de un órgano jurisdiccional, ingresar a violentar el ámbito de la voluntad de las partes, tiene una connotación totalitaria, propia de regímenes dictatoriales. Sin duda el permitir que un juez se inmiscuya de manera oficiosa en las negociaciones de las personas, se configuraría en una flagrante violación de los derechos humanos de estas, además de constituir una afectación gravísima a la actividad humana que se configura en el pilar fundamental de la producción de bienes y servicios, o sea, el comercio. El daño de una actividad desmedida de los órganos jurisdiccionales tiene el potencial de crear una intolerable inseguridad jurídica, (al ser el juez quien entre a valorar, de oficio, si las prestaciones acordadas en un contrato son proporcionadas, y si según su "criterio" son "justas" o no) que eventualmente tendría repercusiones económico-sociales muy serias. Atendiendo esta problemática y la prudencia que debe caracterizar la actividad jurisdiccional, la jurisprudencia patria ha sido reacia en permitir que el juez ordinario pueda entrar a valorar la proporcionalidad o no, de la ganancia obtenida por el préstamo de dinero, en otras palabras si una tasa de interés pactada es excesiva o no.

\* Juez 3 Civil. Segundo Circuito Judicial de San José, Máster en Derecho Público, Universidad de Costa Rica

## 2.2. Excepción:

Se tiene entonces una regla muy válida, en el sentido de que el juez se encuentra impedido para valorar de manera oficiosa el contenido de un acuerdo entre sujetos de derecho privado. Pero qué ocurre cuando uno de los contratantes acude al aparato estatal para, mediante la vía jurisdiccional compelir a su contraparte a cumplir con lo pactado. El papel del juzgador debe ser el de un simple verificador, que solamente revise los requisitos del título sometido al proceso “cobradorio”, un autómata quien de manera mecánica efectúe su labor, sin ser capaz de realizar elaboraciones axiológicas o intelectuales de ningún tipo. De forma tal que se presente un proceso “cobradorio”, en el que consigne en el documento base del proceso una tasa de interés del cien o ciento sesenta por ciento anual, en obligaciones en colones, o del sesenta y cinco por ciento, o más en dólares (como actualmente ocurre) y el juez simplemente le dé curso al proceso, sin analizar la inmensa desproporcionalidad existente entre la prestación dada y la contraprestación a cambio exigida. Entonces, utilizando el aparto estatal un acreedor podrá hacer valer una obligación carente de toda equidad, obteniendo un enriquecimiento sin causa, ajeno a todo principio contenido en la Carta Política de nuestro país. Nos encontramos ante dos males: el primero es el peligro de que el juez violente los derechos fundamentales de las personas, inmiscuyéndose oficiosamente en la voluntad de contratar de las partes, y modificando la voluntad plasmada de los contratantes, y el segundo es que se utilice el aparato estatal para compelir el pago de obligaciones ostensiblemente injustas. En el caso del análisis por parte del juzgador de la tasa de interés pactada por las partes, y solamente en este único supuesto, parece más adecuado evitar que los órganos del Estado sean utilizados para compelir por la vía del apremio patrimonial, el cobro de obligaciones contrarias a los principios que orientan el bloque de legalidad actualmente vigente. A continuación, se presenta una propuesta que se desarrolla al amparo de la normativa vigente, donde valora la posibilidad de imponer límites a la ganancia obtenida por un acreedor, teniendo claro que las potestades otorgadas por la ley al órgano jurisdiccional tienen un carácter restrictivo, por cuanto podría resultar aún más peligrosa la excesiva intervención del Estado en la actividad privada, que el ejercicio abusivo de un derecho de un sujeto de derecho privado en perjuicio de otra persona.

## III. LIBERTAD CONTRACTUAL

### 3.1. Regulación constitucional:

El cobro de una determinada tasa de interés con ocasión del préstamo de una suma de dinero es un tema que queda dentro del ámbito de la libertad contractual de las partes, como derivación de lo preceptuado en el artículo 28 de la Constitución Política. En el sentido de que toda actividad humana que no esté comprendida dentro de las excepciones previstas en la misma norma, está fuera del dominio de control

estatal. Sin embargo, este derecho (de las partes de pactar una determinada tasa de interés), se encuentra como todo derecho sujeto a límites; ello, con la finalidad de que en su ejercicio no se vulnere el contenido de la norma constitucional arriba citada. Estos límites pueden ser definidos por el legislador atendiendo a criterios de razonabilidad. La Sala Constitucional en torno al punto afirma: *La Sala se ha ocupado ya sobre el tema de la debida proporcionalidad y razonabilidad que toda norma y acto administrativo deben respetar.- En efecto, el principio de razonabilidad implica que el Estado puede limitar o restringir el ejercicio abusivo del derecho, pero debe hacerlo de tal modo que la norma jurídica se acomode en todos sus elementos, como el motivo y el fin que persigue, con el sentido objetivo que se contempla en la Constitución. Quiere ello decir que debe existir una proporcionalidad entre la regla jurídica adoptada y el fin que persigue, referida a la imperiosa necesidad que la ley satisfaga el sentido común jurídico de la comunidad, expresado en los valores que consagra la misma Constitución*<sup>1</sup>. De esta resolución se infiere como el desarrollo de toda la legislación inferior debe estar orientado por el criterio de razonabilidad tendiente, entre otras cosas, a evitar el ejercicio abusivo de los derechos, por parte de sus titulares y en perjuicio de terceros.

### 3.2. Normativa de rango legal:

Una derivación bastante abstracta de los principios constitucionales que se tutelan en el artículo 28 de la Constitución Política está comprendida en el artículo 22 del Código Civil, que señala que todo acto u omisión dentro de un contrato, que por su objeto sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para la contraparte, dará lugar a la adopción de medidas judiciales tendientes a impedir la persistencia del abuso. Como se puede ver, esta norma impone la obligación al juzgador de analizar la razonabilidad de los acuerdos pactados por las partes, a efectos de dar tutela efectiva a los derechos fundamentales garantizados mediante el artículo 28 de la Carta Política. Esta norma, es de aplicación en todo el ámbito del derecho privado, no siendo factible circunscribir su validez al derecho civil nótese que el artículo en cuestión se encuentra ubicado dentro del título preliminar de este cuerpo normativo, que informa no solo el derecho civil, sino otras ramas del derecho como la comercial, agrario, y familia. En esta norma de rango legal, están plasmados los principios de razonabilidad y proporcionalidad, ya tantas veces analizados por la Sala Constitucional. Mediante la ley, (artículo 22 del Código Civil) se impone la obligación al juzgador, de manera oficiosa, de determinar cuando existe un ejercicio abusivo de un derecho; por consiguiente, las cláusulas contractuales que facultan el ejercicio abusivo de este derecho devienen en irrazonables, por lo que en su interpretación y aplicación deben ser adecuadas a criterios razonables.

<sup>1</sup> Al efecto se puede consultar el Voto 2000-7730 de la Sala Constitucional.

## IV. CRITERIOS PARA DEFINICIÓN DE LA PROPORCIONALIDAD

### 4.1. Criterio objetivo:

Como un elemento previo e indispensable para proceder a realizar valoraciones tendientes a determinar si el ejercicio de un derecho resulta desproporcionado o abusivo (como lo califica la norma civil), se debe contar con un parámetro objetivo respecto del cual realizar un análisis comparativo. De lo contrario, la razonabilidad o la proporcionalidad se reducen a ser valoraciones totalmente subjetivas, sin mayor validez jurídica. Existe en el mercado financiero nacional una tasa de interés operativa, que se define de acuerdo con la tasa promedio activa cobrada por todas entidades financieras del país. El Banco Central de Costa Rica lleva documentada esta tasa activa promedio, que bien puede ser en dólares o colones.<sup>2</sup> Este es un parámetro objetivo mediante el cual se puede establecer si efectivamente una tasa de interés pactada dentro de un contrato privado resulta proporcionada o si, por el contrario, se configura en abusiva, determinando de esta forma la aplicación del artículo 22 arriba citado.

### 4.2. Criterio subjetivo:

Otro aspecto en torno al análisis de la razonabilidad o proporcionalidad de una determinada tasa de interés, (y definitivamente el más complicado) es el criterio que se debe aplicar para determinarla, cuando se realiza la comparación con el parámetro objetivo ya disponible. En otras palabras, cuantas veces debe ser mayor la tasa pactada por las partes, al parámetro objetivo, para que en definitiva deba ser considerada como desproporcionada o abusiva. Este límite podría ser definido analógicamente, aplicando los parámetros establecidos en el artículo 498 del Código de Comercio. Esta norma mercantil establece que los intereses moratorios no pueden exceder en un treinta por ciento a los corrientes; este es un criterio que impone un límite máximo a una determinada ganancia pactada por las partes. Sin embargo, establecer como límite máximo de ganancias, en un treinta por ciento superior, a aquél obtenido como promedio por parte de las entidades financieras, podría generar un perjuicio indebido para el acreedor, además de limitar en forma indebida la libertad de comercio. Para arribar a la determinación de este límite, se debe, necesariamente, recurrir a un elemento valorativo subjetivo, adecuado al criterio objetivo ya fijado, que se debe determinar conforme a las reglas de la proporcionalidad y razonabilidad que el Tribunal Constitucional ha definido así: “Para analizar la constitucionalidad de un límite impuesto a un derecho, debe estudiarse si dicho límite quebranta o no el contenido esencial del derecho. El límite de los límites está inserto en la propia necesidad de justificación de éstos. Debe realizarse una relación entre la limitación y el bien cuya protección se persigue. De manera que, ha de realizarse el juicio de proporcionalidad (prohibición del límite arbitrario) y el juicio de razonabilidad (resistencia frente a una

limitación injustificada). Es una especie de juicio económico donde ha de analizarse la relación: costo, beneficio y sacrificio del derecho fundamental. El contenido esencial o núcleo del derecho, es lo constitucionalmente garantizado, no así el resto del derecho.”<sup>3</sup> Con esta resolución quedan sentados los parámetros que deben orientar tanto al legislador como al juez ordinario, para poder valorar la potencial imposición de límites a los derechos de las partes contratantes.

### 4.3. Determinación:

En este punto, lo que procede es determinar qué resulta razonable y qué no; sobre este tema, Pedro Haba indica: “recurrir a lo razonable como complemento de lo racional, en la medida en que esto último no baste, de hecho, para conocer suficientemente o para resolver en una medida adecuada los asuntos en consideración. Tal principio heurístico, si es aceptado, lleva a que, antes que nada, el esfuerzo se dirija a incrementar en la mayor medida posible el control metódico de los conocimientos también en las, así llamadas, ciencias del espíritu. Ello no se opone para que los tipos de casos en donde sea posible actualmente alcanzar un intersubjetividad racional de su tratamiento, ahí los métodos estrictos podrían ser completados mediante consideraciones razonables si las hay; pero esto, nada más que en la medida en que, verdaderamente, resulte imposible, o inadecuado (en vista de los fines prácticos perseguidos), obtener o aplicar soluciones propiamente metódicas.”<sup>4</sup> Según lo expone el autor, la aplicación de criterios de razonabilidad y, por ende, de proporcionalidad, deben tener un ámbito muy reducido, circunscrito a situaciones donde una solución metódica (en sentido estricto) al problema, no resulta viable. Lo anterior, en virtud de que las argumentaciones en torno a la sustentación de un criterio que se afirma razonable, pueden ser fundamentadas por simples alegatos de persuasión, que no buscan convencer mediante de una elaboración intelectual, sino más bien integrar elementos emotivos que justifiquen la razonabilidad de la decisión por motivos culturales. En el caso en cuestión, parece configurarse en una situación de carácter excepcional, en la cual se debe recurrir al criterio de razonabilidad; ello, por cuanto la misma ley así lo define. Definido este punto, se puede echar mano a una de las primeras, y, por ende, más básicas definiciones de qué tipo de elaboración intelectual puede ser clasificado como razonable: “Los argumentos utilizados en estos diálogos se califican de razonables porque quienes los sostienen apelan, así, a un reconocimiento virtual de su plausibilidad por parte de todo el mundo, o a lo menos por cualquier ciudadano “razonable” (presentes o ausentes, actuales y futuros). Debe tratarse pues de unas razones universalizables, en el sentido de que quien las maneja piensa que serán aceptables a los ojos de toda

<sup>3</sup> Voto N.º 2883-96 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia dictado a las diecisiete horas del trece de junio de mil novecientos noventa y seis.

<sup>4</sup> (Haba Müller Enrique Pedro, Elementos Básicos de Axiología General, Editorial de la Universidad de Costa Rica, San José 2004, pag 168).

<sup>2</sup> Consultar la página web de la entidad: <http://indicadoreseconomicos.bccr.fi.cr/indicadoreseconomicos>

*persona capaz de pensar adecuada y honestamente, o que, en todo caso, tales gentes no han de considerarlas absurdas. (cf la cita de Aristóteles: supra). De ahí que, por ejemplo, Perelman dice que son razones válidas para un “auditorio universal”<sup>5</sup>.*

## V. LÍMITE QUE DEFINE EL EJERCICIO ABUSIVO DEL DERECHO Y CONSECUENCIAS

### 5.1. Límite:

Partiendo de esta elemental y categórica definición, queda claro que sería factible esperar un reconocimiento virtual por parte de la mayoría, a la decisión de imponer un límite a las ganancias de un acreedor, que se establezca en el doble del promedio obtenido por todas las instituciones financieras del mercado. Este límite es probablemente válido para un auditorio universal, por lo que deviene en razonable; de ahí que una tasa de interés superior al límite fijado (límite que representa el doble del interés, con que operan en promedio todos los operadores comerciales), se configura en abusiva. Obtener una ganancia superior al doble, que cualquier otro operador comercial supera los límites normales del ejercicio de este derecho comercial de lucrarse con el préstamo del dinero; por lo que se violenta el artículo 22 del Código Civil. Por último, se debe agregar que como consecuencia de la categorización de razonable del límite aquí fijado, se puede concluir que este no vulnera el contenido esencial de los derechos tutelados en el artículo 28 de la Carta Política. Por lo anterior, se puede definir que una tasa de interés que duplique la determinada en promedio para las operaciones mercantiles es aceptable; mas una tasa que supere este límite debe necesariamente ser considerada como abusiva y en consecuencia la aplicación del artículo 22 del Código Civil se hace imperativa. Véase que el acreedor en una operación crediticia privada puede obtener válidamente ganancias equivalentes al doble de las obtenidas por cualquiera de las entidades financieras (públicas y privadas), pero permitir una ganancia superior a esta sería permitir la vulneración indebida de los derechos del deudor tutelados por medio de la norma civil ya citada, admitiendo un abuso del derecho que hace el acreedor. Es importante destacar que existe un elemento financiero trascendente para la fijación de una determinada tasa de interés; este elemento es el riesgo de la recuperación del crédito; esta variable sin duda debe ser considerada en torno a la imposición de este límite.

### 5.2. Readecuación de lo pactado:

De existir una tasa de interés superior al doble del promedio de la obtenida por los bancos y demás entidades financieras, lo procedente sería reducir esta a este límite fijado. Nótese que no se trata de la eliminación por completo de la cláusula abusiva, tal y como lo prevé el artículo 1023 del Código Civil, sino de su adecuación, para eliminar su naturaleza

abusiva. Esta adecuación consiste en reducir la tasa cobrada a una que represente una ganancia que duplica a aquella a la obtenida por las entidades financieras del país, la cual, sin duda, es elevada. Lo anterior implica dar una interpretación y aplicación razonable a las regulaciones pactadas por las partes dentro del acuerdo, que ante la instancia judicial, una de ellas ejecuta. Esta interpretación se encuentra dentro de las potestades otorgadas por el legislador al juez ordinario, mediante la promulgación del artículo 22 del Código Civil; esto debe estar orientada por la norma de rango constitucional de la cual se deriva el artículo recién citado, y los criterios vinculantes, que al efecto ha emitido la Sala Constitucional, de razonabilidad y proporcionalidad.

## VI. APPLICACIÓN PROPUESTA EN EL PLANO FÁCTICO

### 6.1. Ejemplo de una potencial situación:

Supóngase que la obligación al cobro está garantizada con un crédito hipotecario y que nació a la vida jurídica el catorce de junio del año 2004; a esta fecha la tasa de interés activa promedio cobrada por las entidades financieras del país para la tasa activa en moneda nacional fue del veintisiete punto cero seis por ciento anual. Mientras que en el convenio pactado por las partes, se estableció una tasa de interés del siete por ciento mensual, o sea ochenta y cuatro por ciento anual en colones. Como se puede apreciar, esta tasa de interés pactada por las partes debe ser calificada como abusiva, por cuanto se está obteniendo una ganancia casi tres veces superior a la obtenida por cualquier otra institución financiera, durante ese período; aunado al hecho de que el riesgo del no pago del crédito es mínimo por existir una garantía hipotecaria. Por consiguiente, en el caso de que el deudor alegue la naturaleza abusiva de la tasa, o aun de oficio el juez, en la lógica aquí esbozada lo procedente es que se readecue la tasa de intereses a una tasa equivalente al doble de la tasa de interés activa promedio del sistema financiero de préstamos en moneda nacional, para la fecha en que fuera pactada la obligación, fijándose de esta forma la tasa de interés en un cincuenta y cuatro punto doce por ciento anual. Por consiguiente, los intereses derivados de esta obligación se deben calcular con base en esta tasa obtenida de multiplicar en dos, la tasa promedio de ganancia obtenida por todas las entidades financieras legalmente inscritas en el país. De no hacerse así, el aparato jurisdiccional sería utilizado como instrumento coactivo para compelir el pago de una obligación que solo puede ser calificada como groseramente injusta.

## VII. CONCLUSIÓN

La intervención oficiosa del juez civil, en lo que al establecimiento de límites a la actividad civil o mercantil se refiere, es una conducta violatoria de principios fundamentales. Sin embargo, de ser presentada para su cobro ante una instancia judicial una obligación derivada de un

5 (Haba Müller Enrique Pedro, op.cit. p. 154).

contrato de préstamo de dinero, en la cual se constate el ejercicio exorbitantemente abusivo del derecho a lucrar, el juez que ejecute de tal obligación se encuentra en la obligación de adecuar la tasa de interés a parámetros objetivamente proporcionales; esta obligación se la impone al órgano jurisdiccional, normativa tanto de rango legal como constitucional. En la actualidad, se cuenta con esos parámetros, los cuales son brindados por el ente rector de la economía del país, y tomando este punto de referencia se puede válidamente establecer un límite, el cual variará de acuerdo con el mercado. Con base en este parámetro brindado por el Banco Central de Costa Rica, se propone que una ganancia que supere el doble de la obtenida en promedio por todos los entes financieros del país, debe ser catalogada como desproporcionada y en conse-

cuencia su naturaleza abusiva debe ser eliminada (bien a instancia de la parte afectada en un proceso “cobradorio”, o aun de oficio), readecuando la tasa de interés a este límite.

### VIII. BIBLIOGRAFÍA

Voto 2000-7730 de la Sala Constitucional.

Banco Central de Costa Rica. Página web: <http://indicadoreseconomicos.bccr.fi.cr/indicadoreseconomicos>

Voto N.º 2883-96 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia dictado a las diecisiete horas del trece junio de mil novecientos noventa y seis.

Haba Müller Enrique Pedro, Elementos Básicos de Axiología General, Editorial de la Universidad de Costa Rica, San José 2004, p. 154 y 168.

# LAS INMUNIDADES PARLAMENTARIAS Y EL JUZGAMIENTO PENAL DE LOS DIPUTADOS

Lic. Juan Alberto Corrales Ramírez<sup>1</sup>

## Resumen:

Este ensayo desarrolla el régimen jurídico de las inmunidades parlamentarias, analizando la normativa actual y la jurisprudencia desde la perspectiva del Derecho constitucional y el Proceso penal.

## Abstract:

This essay develops the juridical regime of the parliamentary immunities analyzing the current normative and jurisprudence from the Constitutional Law and Criminal procedure perspective.

## Palabras Claves:

Inmunidades parlamentarias, antequicio político, Asamblea Legislativa

## Key Words:

Parliamentary immunities, political pretrial, Legislative Assembly.

## I. INTRODUCCIÓN

He querido abarcar en esta investigación los institutos de las inmunidades parlamentarias contra detenciones, el levantamiento del fuero y la suspensión de la prescripción de la acción penal en los juzgamientos contra diputados y la naturaleza penal de la inviolabilidad de las opiniones parlamentarias. De esta forma, se persigue delimitar y caracterizar este tipo de privilegios, identificando las principales prerrogativas a través de la historia, así como sus aplicaciones constitucionales en nuestro país.

Se debe considerar que la mayoría de estudios de la doctrina costarricense relacionados con este tema se han llevado a cabo en el contexto del Código de Procedimientos Penales derogado.

En el estudio de las prerrogativas de los miembros de los supremos poderes, se debe considerar como las divergencias entre los juristas son innumerables y la verdad de sus opiniones es la mayoría de las veces indecible. Lo anterior es aplicable a los institutos parlamentarios, debido a las múltiples interpretaciones suscitadas en la jurisprudencia, la doc-

trina, el Derecho comparado y la falta de uniformidad en la determinación de sus alcances.

El enjuiciamiento de los diputados está regulado por el privilegio de la inmunidad que en su sentido literal no quiere decir impunidad, aunque su práctica así lo ha consentido.

Es ante la desidia de los órganos instructores penales (Ministerio Público, Procuraduría) a través de nuestra historia, en relación con el juzgamiento de los miembros de los supremos poderes, que la censura vinculante debería presentarse como un paliativo para salvar los obstáculos procesales del desafuero y establecer las responsabilidades políticas y de inhabilitación en casos de peculado y enriquecimiento ilícito, figuras cuya aplicación punitiva al igual que el control político han sido reservadas a los pequeños funcionarios sujetados en su actuación a la autoría mediata de los jerarcas de las instituciones cubiertos por la mencionada inmunidad, lo cual puede ser representado como el hilo de Ariadna dentro del laberinto o el uso selectivo de la máquina kafkiana.

El análisis del reproche político no debe desviar la atención hacia el estudio de fueros como la inmunidad que no requiere una nueva instrumentalización, sino la voluntad de aplicar los mecanismos ya establecidos.<sup>2</sup>

Con lo anterior no se pretende señalar categóricamente la inconveniencia de la inmunidad. El instituto de la dispensa parlamentaria sirve de precaución contra las potenciales represalias del poder como medio de afirmar el derecho de las minorías o de la oposición para enfrentar, si es preciso, a los gobiernos de turno. El ejercicio del control político es impensable sin el resguardo que brindan las indemnidades en favor de los diputados (*Florian, E. pp. 160-165*).

En este mismo sentido, la inmunidad es definida como el “sistema de protección contra las amenazas o medidas de intimidación de que pudiera ser objeto un parlamentario con ocasión del ejercicio de su mandato” (*André Hauriou, p. 581*). Lo anterior no debe dar lugar, como ha sido en la

1 Abogado y Notario Público. Máster en Acción Política, Participación ciudadana y Fortalecimiento institucional en el Estado de Derecho. IX Edición. Universidad Francisco de Vitoria (España). Ha sido Asesor parlamentario, Asesor del Viceministro de Trabajo. Actualmente, es Director Jurídico del SENARA.

2 El establecimiento de la suspensión de la prescripción de las acciones penales pendientes del trámite del desafuero una vez incoada la comunicación por parte de la Corte Suprema de Justicia, fue instaurada con el actual Código Procesal Penal en su artículo 34 inciso a, tesis vale decir instruida en votos salvados por la Sala Tercera V-172-F del veintidós de junio de mil novecientos noventa y uno anteriores al actual Código. La suspensión de la acción penal ya había sido aplicada por el artículo 181 de la Ley de Tránsito anterior para las infracciones derivadas de esa normativa, derogada tácitamente en materia de inmunidad por la exención del procedimiento del suplicatorio y desafuero en materia de contravenciones con la entrada en vigencia del actual Código Procesal Penal

práctica, a arbitrariedades que siguen a la falta de claridad de lo que figura y constituye su levantamiento.

En relación con la aceptación del suplicatorio de los tribunales supremos para proceder a juzgamiento de miembros de los poderes del Estado, la experiencia comparada nos da noticia de la regulación de los abusos de la indemnidad ya no solo por mandatarios del Gobierno, sino del privilegio de los diputados, según lo establecido por la sentencia 306/1992 de 27 de noviembre del Tribunal Constitucional español referida a la institución de la inmunidad parlamentaria. Hasta esa fecha lo más destacado de la inmunidad en España era que se manifestaba como una prerrogativa de carácter individual que ostentaban los parlamentarios para proteger el ejercicio de su función. Con la sentencia en cuestión, se dice que la prerrogativa tiene un valor institucional, y solo cuando se altere el funcionamiento de la institución parlamentaria, se podrá denegar el suplicatorio o desafuero, en el resto de los casos se debe conceder.

Dentro de este estudio se hace énfasis a los precedentes de la Sala III de la Corte Suprema de Justicia, debido a que la Sala Constitucional ha declinado la competencia en materia de prerrogativas parlamentarias; así ha dicho que “(...) si el interesado estima que uno de los miembros de la Comisión investigadora incurrió en algún delito, no es esta la vía para conocer de ello” (SCV 1898-97).

Se excluye del presente ensayo el caso del contrabando de Chomes por ser anterior al actual Código Procesal Penal; no obstante, se recomienda su disertación en estudios comprensivos de normas de enjuiciamiento derogadas por ser antecedente histórico de un juzgamiento criminal mediante el antequicio de la Asamblea Legislativa.

**Las inmunidades parlamentarias.** Los hechos políticos que llevaron a nuestro país a los enfrentamientos armados conocidos como la Revolución del 48, las presiones políticas y la necesidad de ordenar nuestro sistema, provocaron la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente. En esta Asamblea se discutió ampliamente sobre el órgano que debería encargarse de autorizar el juzgamiento de los diputados, prevaleciendo la posición de otorgar a esta decisión el sesgo político y representativo natural del parlamento sobre la tesis de colocar dicha responsabilidad en la Corte Plena.

La Constitución establece dos artículos relativos a las inmunidades parlamentarias, los artículos 110 y 121. El primero se refiere a la irresponsabilidad del diputado por sus opiniones y sobre la regulación del arresto por motivo penal y civil, mientras que el segundo se refiere en el inciso 9 a las atribuciones de la Asamblea Legislativa para admitir las acusaciones interpuestas contra el Presidente y vicepresidentes de la República, ministros de gobierno, ministros diplomáticos diputados y magistrados. El inciso 10 del artículo 121 se refiere a la suspensión de estos funcionarios. El procedimiento para el levantamiento del fuero de estos servidores se detalla en el Código Procesal Penal y el Reglamento de la Asamblea Legislativa.

- 1- La inmunidad contra arresto civil. El artículo 110 de la Constitución establece que el parlamentario: “(...) Durante las sesiones no podrá ser arrestado por causa civil, salvo autorización de la Asamblea o que el Diputado lo consienta”. En nuestro país por la integración de los artículos 38 y 39 de la Constitución y el 113 inciso ch de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, el único arresto por causa civil permitido es el apremio corporal por incumplimiento de las obligaciones alimentarias. Es nuestro criterio que el término de sesiones se refiere a sesiones ordinarias y extraordinarias y no a las reuniones llevadas a cabo en el plenario o en comisiones.
- 2- La inmunidad contra arresto penal. El artículo 110 de la Constitución establece que el diputado no puede ser arrestado por motivo penal. Las excepciones a esta inmunidad son:
  - a- Por suspensión del diputado dictada por la Asamblea. El inciso 10 del 121 establece que la única posibilidad para suspender al diputado es cuando sea encausado por un delito común; es decir, se excluye de la suspensión y por consiguiente del arresto penal las detenciones derivadas de ilícitos ejecutados en el ejercicio de las funciones del diputado. Esta hipótesis no es la sustentada por el artículo 397 del Código Procesal Penal que establece en su último párrafo “En todo caso una vez autorizado el juzgamiento por la Asamblea Legislativa, la Sala Penal podrá decretar cualquiera de las medidas cautelares, si lo estima procedente.”

Lo puesto sobre el lineado anterior fija dos extremos. El primero es que el arresto del diputado establecido en el Código Procesal Penal como la prisión preventiva cabe, como indica la norma constitucional, para delitos comunes. El segundo es que la autorización legislativa para juzgar al diputado conlleva la posibilidad de arresto penal, siendo la detención consecuencia de la suspensión expresa de la Asamblea.

En ese segundo supuesto, la autorización constitucional para juzgar a un diputado no conlleva la suspensión tácita de este. La no suspensión impide la privación de libertad del diputado aunque el Código Procesal Penal en la norma transcrita así lo admite.

- b- Flagrante delito, aunque debe ser liberado si la Asamblea así lo ordena,
  - c- Por renuncia del propio diputado a esa inmunidad.
- 3- El régimen de suspensión del diputado como fuero relativo al agotamiento de las inmunidades parlamentarias. El artículo 191 del Reglamento de la Asamblea Legislativa establece que la resolución del plenario que ordena levantar el fuero a un diputado implica su suspensión automática. La norma reglamentaria no hace distinción entre el levantamiento incoado por delitos comunes y el seguido por delitos funcionales.

El inciso 10 de artículo 121 permite como atribución de la Asamblea decretar la suspensión de un diputado en los casos de delitos comunes, siendo la norma reglamentaria contraria a lo dispuesto en el marco constitucional en caso de delitos funcionales. De la misma forma, el 192 del Reglamento indica que el dictado de la prisión preventiva contra el diputado, posterior al levantamiento del fuero, conlleva necesariamente la suspensión del diputado, trasladando este artículo una competencia de la Asamblea hacia el Poder Judicial.

Las citas constitucionales del 121 inciso 9 y 10 conforman una inmunidad no reconocida por las normas infraconstitucionales de nuestro país y consistente en que la no suspensión del diputado impide su arresto penal, sea preventivo o definitivo, aunque sea consecuencia de una sentencia firme. Esta hipótesis no es la seguida, como hemos visto, por el Reglamento de la Asamblea ni por el Código Procesal Penal.

La normativa deja algunos vacíos. ¿Se puede sustituir al diputado suspendido? Si resulta un diputado condenado con pena privativa de libertad, ¿ pierde su credencial?

En el primer caso, se debería sustituir temporalmente al diputado procesado durante el lapso de su suspensión por el candidato siguiente en la lista provincial del partido respectivo, con el fin de evitar la pérdida de representación parlamentaria de una fracción política y mantener la proporción original en correspondencia con la voluntad del electorado.

En relación con la hipótesis de una condenatoria penal contra un diputado, es al Tribunal Supremo de Elecciones al que le corresponde, en virtud del artículo 220 del Código Electoral, cancelar la credencial del diputado por el dictado por el Poder Judicial de una pena privativa de libertad en firme. No cabe aplicar directamente a la Sala Tercera la cancelación de la credencial del diputado en sus funciones de legislador al ser esta sanción competencia del TSE, arrogada a favor de ese órgano desde la declaratoria oficial de elección del funcionario.

- 4- El fuero de improcedibilidad penal: Este fuero es irrenunciable. El desafuero o antequicio político que equivocadamente en la praxis parlamentaria se le llama levantamiento de inmunidad, se debe producir tanto cuando se trata de delitos comunes como funcionales.

La norma constitucional no hace ninguna distinción sobre el particular, puesto que el fuero consagrado en el 121 inciso 9 de la Constitución en favor de los miembros de los supremos poderes es la garantía de que no pueden ser procesados en la vía penal si dicho fuero no es levantado previamente.

Los diputados son responsables por los delitos que cometen dentro o fuera del ejercicio de sus funciones parlamentarias. No obstante, este fuero se opone a su sometimiento a juicio y se convierte en un obstáculo que condiciona el ejercicio de la acción penal. Esta inmunidad es removible mediante el llamado “desafuero previo” o “antejuicio políti-

co”, dispuesto en el artículo 121 inciso 9) de la Constitución Política.

El antequicio o desafuero es un juicio político, debido a que la decisión final de la Asamblea se dicta mediante el procedimiento establecido en el artículo 189 y siguientes del Reglamento de la Asamblea Legislativa y puede tomar en cuenta además de los factores legales para establecer la probabilidad de haberse cometido un delito, factores de oportunidad y conveniencia no condicionados más que por la praxis política.

Basada en esto, la Asamblea puede autorizar el juzgamiento por dos terceras partes del total de los diputados (incluyendo el diputado sometido a la causa) o negar el procesamiento.

Si el parlamento no admite el levantamiento del fuero del diputado, la acusación trasladada a la Asamblea Legislativa por la Corte Suprema de Justicia se encuentra impossibilitada de continuar su curso, entrando en un periodo de enervación, que suspende la prescripción de la acción penal durante la legislatura. En caso de que la decisión parlamentaria sea afirmativa, el diputado debe ser puesto a disposición de la Corte para que continúe el procedimiento.

Es importante advertir que este fuero cesa cuando el diputado es separado o termina el período para el cual fue nombrado, sin importar si el hecho ilícito fue cometido durante el ejercicio del mandato como diputado o no. Es decir, el privilegio solo cubre al diputado mientras ejerce el cargo. Sin embargo, por disposición de la Ley Orgánica del Poder Judicial los tribunales penales deben integrarse, sin excepción, de forma colegiada con independencia de la pena prevista, en los procesos seguidos contra personas que a la fecha de los hechos fueron diputados.

El desafuero, a diferencia de las excepciones de arresto por causa civil o penal, no puede ser renunciado por el diputado, dado que el procedimiento de antequicio es una atribución constitucional de la Asamblea Legislativa y en el citado artículo 121 inciso 9) no se prevé la posibilidad de renuncia.

Los reclamos y demandas de otras materias como civil, administrativo y familia no sufren ningún obstáculo, salvo el privilegio del Código Procesal Civil, el cual establece en el artículo 348 que la declaración de los diputados, los magistrados del Tribunal Supremo de Elecciones, el Contralor, Subcontralor de la República, arzobispos, los obispos diocesanos, los embajadores acreditados en el país o quienes hagan sus veces, los jueces superiores y los jueces de primera instancia, puede ser efectuada en la casa u oficina del declarante.

Compartimos los criterios de la jurisprudencia española, que supone la sentencia del Tribunal Constitucional 306/1992 de 27 de noviembre, referida a la institución de la inmunidad parlamentaria. Hasta la fecha, lo más destacado de la inmunidad en ese país era que se manifestaba como una prerrogativa de carácter individual que ostentaban los parlamentarios para proteger el ejercicio de su función. Con

esa sentencia se dice que la prerrogativa tiene un valor institucional y solo cuando se altere el funcionamiento de la institución parlamentaria se podrá denegar el suplicatorio; en el resto de los casos, se debe conceder.

En el mismo alcance, nuestros antecedentes judiciales han reconocido este carácter al considerar que la inmunidad no es personal; por ello, el diputado pierde la protección especial al ser cesar su cargo. Así, la concepción de la inmunidad como condición subjetiva del diputado conllevaría desconocer la igualdad y la inderogabilidad del proceso.

Las inmunidades parlamentarias, heredadas de las experiencias fundadoras del liberalismo europeo y trasladadas a la tradición de nuestras cartas fundamentales, pueden ser clasificadas en cuatro privilegios personales: a- inmunidad de opinión y expresión; b- inmunidad de arresto; c- desafuero; y d- dieta (no se analizará por ser un privilegio que no está relacionado con la inmunidad).

Dentro de esta clasificación el actual Código Procesal Penal costarricense instituye como prerrogativa del diputado que el juicio sea sustanciado por los máximos órganos instructores y jurisdiccionales del Poder Judicial.

##### 5- Procedimiento penal especial para juzgar a los diputados

- a- Aplicabilidad. Art. 391 CPP. Por disposición constitucional, se exige un juicio especial en el que se garantice que la Asamblea Legislativa autorice, vía antejuicio, el sometimiento del diputado al procedimiento penal. Se aplican las disposiciones comunes para los extremos no regulados en el procedimiento especial. No cabe la aplicación de este privilegio para contravenciones e infracciones de tránsito.
- b- La acción penal. Art. 392 y 75 CPP.

En delitos de acción pública corresponde a:

- \*- Ministerio Público
- \*- Procuraduría General de la República en los casos del 16.2 del CPP
- \*- La víctima mediante querella, la cual puede ser desistida (Voto 2001-1063 Sala III)
- \*- Cualquier ciudadano en caso de delitos funcionales.

En delitos de acción privada: Solamente el ofendido.

- c- La acción popular por delitos funcionales contra diputados. No existe en nuestro ordenamiento legitimación activa de los particulares para solicitar ante la Asamblea el desafuero de un diputado. Nuestro Código Procesal Penal contempla el ejercicio de la Acción Popular en el artículo 392 que establece:

*“Acción Popular: Si a los miembros de los Supremos Poderes y funcionarios referidos se les imputa un de-*

*lito de acción pública, ésta será ejercida por el Ministerio Público, sin perjuicio del derecho de querellar que tendrá cualquier persona si se trata de un delito funcional o la víctima en los demás casos. Si se trata de un delito de acción privada, ésta será ejercida exclusivamente por el ofendido.”*

El trasanterior Código de Procedimientos Penales establecía dos vías diferentes según se entablara una investigación por delito común o funcional. En este último caso, el Código permitía un procedimiento de acusación directa ante la Asamblea, la cual celebraba el antejuicio. En los casos de delitos comunes, la denuncia se planteaba ante el tribunal penal competente, que planteaba, si lo estimaba necesario, la solicitud del levantamiento del fuero ante la Asamblea.

- d- Detención. Art. 393 CPP. Si el diputado es detenido en flagrante delito, será puesto a la orden de la Corte Suprema de Justicia, la cual debe comunicar a la Asamblea Legislativa en un plazo no mayor de 24 horas la detención. En este acto, la Corte Suprema de Justicia debería proveer al diputado de un defensor público (Art. 81, 82, 93 y 100 CPP). Si la Asamblea Legislativa autoriza la privación de libertad, el Ministerio Público debe acusar en un plazo no mayor de 24 horas. Si la Asamblea no autoriza la detención, el diputado debe ser puesto en libertad.
- e- Investigación. Art. 394. CPP. Art. 25 inciso j Ley Orgánica del Ministerio Público. El Fiscal General practica la investigación para formular la acusación o solicitar fundadamente la desestimación o el sobreseimiento ante la Sala Tercera. (Sobre fundamentación de desestimaciones so pena de reenvío del expediente al despacho del Fiscal General para que redacte de nuevo la solicitud Voto 2002-1232 Sala III). (Sobre posibilidad para el Fiscal de solicitar el sobreseimiento Voto 2000-1426).
- f- Acusación. Art. 395. CPP. La acusación o la querella se presentan ante la Sala Tercera, la cual puede desestimar, sobreseer o trasladar a la Asamblea para que se pronuncie en antejuicio sobre la autorización o el no juicio del diputado. (Con el actual Código solo está el precedente de solicitud de antejuicio contra un diputado dictado mediante resolución 2001-634 de la Sala Tercera).
- g- Renuncia al antejuicio. Art 192. Reglamento de la Asamblea Legislativa. Ese artículo estatutario establece que no será necesaria la remisión del expediente penal en caso de que el diputado haya desistido de su inmunidad. Ese artículo es inconstitucional dado que lo renunciable es el privilegio a no ser detenido por motivo penal,

- pero no la prerrogativa de la Asamblea como cuerpo colegiado de autorizar o no el juzgamiento.
- h- Procedimiento parlamentario. Esta etapa es una condición de procedibilidad por lo que la no admisión por la Asamblea del suplicatorio de la Sala Tercera no produce cosa juzgada. Una vez recibida la solicitud de la Corte, será leída en el Plenario. Se nombra una comisión especial de tres diputados para recibir las pruebas ofrecidas. Se leerá en sesión secreta un informe preliminar ante el imputado.
  - i- Medidas cautelares Art. 397. Le corresponde a la Sala Tercera de la Corte la aplicación de medidas cautelares en caso de ser autorizado el juzgamiento.
  - j- Actos del magistrado instructor. Art. 398. En el proceso especial para juzgar a los miembros de los supremos poderes no se establece un proceso intermedio. Al ser autorizado el juzgamiento del diputado por parte de la Asamblea, se nombra un magistrado instructor de los miembros de la Sala III, quien debe prevenir al parlamentario sobre el nombramiento de un defensor para proceder a tomarle declaración y solicitarle que ofrezca prueba y lugar para notificaciones. Para garantizar la constitucionalidad del proceso, el magistrado debería llamar a audiencia para promover la aplicación de un criterio de oportunidad reglado, la suspensión del procedimiento a prueba, la conciliación o la aplicación del procedimiento abreviado. Ninguna de estas posibilidades está regulada en el procedimiento para juzgar a los miembros de los supremos poderes al no estar disciplinada la audiencia citada. Después de analizar la prueba, el Magistrado instructor se debe pronunciar sobre su admisibilidad y señalará hora y fecha para celebrar el juicio oral y público.
  - k- Recurso contra la sentencia. Art. 399. Cabe recurso de casación, que será conocido por la Corte Plena previa sustitución de los magistrados que intervinieron en el juicio. El Código de Procedimientos de 1973 establecía que la sustanciación del juicio correspondía al Pleno de la Corte, por lo que la sentencia no tenía recurso alguno.
  - l- Acumulación de causas. Si dentro de una investigación entre varios imputados uno es diputado, la causa debe separarse para que continúe el curso del procedimiento ordinario contra los que no son diputados. Si la Asamblea autoriza el juzgamiento, las causas se acumulan y son conocidas por la Sala Tercera. Esta normativa es acorde con el voto de la Sala Constitucional

419-93, que establece la necesidad de que el anátejucio no debe perjudicar a los imputados que no son diputados en el sentido de que el Código de Procedimiento de 1973 regulaba que la sentencia no tenía casación al ser conocido por el pleno de la Corte.

- 6- La prescripción de la acción penal en el juzgamiento de diputados. Debido a la protección de la que gozan estos funcionarios, además de los favores otorgados por las prerrogativas, existe la posibilidad de que la acción penal se extinga como consecuencia del transcurso del tiempo. Como es sabido, estos funcionarios duran en sus cargos como mínimo cuatro años, con la prescripción de la acción penal si no se da una causa de suspensión, ese paso del tiempo provoca la extinción de la acción penal y por consiguiente el sobreseimiento del imputado.

Los legisladores de la Asamblea Constituyente de 1949 discutieron en el Acta Número 60 que “*La inmunidad parlamentaria suspende la prescripción de las acusaciones que procedan contra el Diputado.*” En el caso de la suspensión del cómputo de la prescripción, el cálculo se inmoviliza temporalmente durante el lapso desde que es dictada la solicitud de la Corte hacia la Asamblea para que se dictamine el desafuero, hasta que este es aprobado por el Plenario. Así, el Código Procesal Penal dispone la cesación temporal de la prescripción cuando en virtud de una disposición constitucional o legal, la acción penal no pueda ser promovida ni perseguida. Esta disposición no regirá cuando el hecho no pueda perseguirse por falta de la instancia privada.

La anterior Ley de tránsito por vías públicas terrestres, que es una ordenanza previa al nuevo Código Procesal Penal, establecía en su artículo 181 la suspensión de la prescripción de las infracciones de tránsito:

#### *Artículo 181:*

*La prescripción de la acción penal se interrumpe por el señalamiento para audiencia oral y pública o por concurrencia de cualquiera de las causales previstas en el Código Penal.*

*También se suspende si se interpone un recurso de inconstitucionalidad, si es necesario realizar los trámites de levantamiento de inmunidad o en los demás casos previstos en el Código Penal.*

De este asunto es importante rescatar el hecho de que la promulgación del nuevo Código Procesal Penal instituyó que todo lo referente a contravenciones e infracciones de tránsito no están contempladas por las inmunidades y el procedimiento especial para el juzgamiento de los miembros de los Supremos Poderes, incluyendo a los diputados, quedando así la normativa de la Ley de Tránsito suprimida por la ley posterior.

En resoluciones de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, en el voto 172-F, dictado el 22 de junio de 1990, y en el voto 93-F de 27 de marzo de 1991, se conoció sobre las reglas de la prescripción de la acción penal cuando mediara dentro del plazo un procedimiento de antequicio ante la Asamblea en contra de un diputado.

El recurso de casación en el primer caso fue interpuesto en virtud de que el Juzgado Cuarto Penal dictó sentencia de sobreseimiento en favor del diputado querellado, al estimar que la acción penal estaba prescrita por el tiempo que estuvieron los procedimientos paralizados mientras se conocía en la Asamblea Legislativa sobre el levantamiento de la inmunidad. El recurrente estimó que todos esos actos previos suspendían la prescripción, con fundamento en el párrafo segundo del artículo 83 del Código Penal, en cuyo caso no podía sobreseerse al querellado.

Se concluyó en ambas resoluciones que toda la actividad dirigida al desafuero ante la Asamblea Legislativa no constituían actos prejudiciales, y consecuentemente no tenían la virtud de suspender los plazos de prescripción de la acción, tal y como se regulaba en el Código Penal. Por lo anterior, los recursos se rechazaron. El Magistrado Ramírez salvó su voto al decir que la doctrina es contestes con que la naturaleza jurídica de la necesidad del desafuero es la de una condición de procedibilidad.

La jurisprudencia de casación discutía antes del actual Código Procesal si durante el período en que el diputado no puede ser juzgado por no haberse procedido a su desafuero se cumplía el término de la prescripción de la acción, o bien si esta se encontraba suspendida. Para el Magistrado Jesús Ramírez, el Código Penal en su artículo 83 párrafo 2.<sup>º</sup> establecía como única causal para suspender la prescripción de la acción penal el surgimiento en el proceso de una cuestión prejudicial, manteniéndose dicha cesación mientras esta no se definiera.

Debe entonces precisarse qué se entendía por prejudicialidad. Al respecto, es importante indicar que no existía regla en nuestro Código Procesal Penal que se refiriera a tal precepto. El Código Penal en 1990 establecía, entre otras causas, de suspensión de la prescripción, la existencia de “(...) cuestiones previas o prejudiciales que deban ser resueltas en otro juicio (...)”

Prejudicial significa aquello que requiere o pide decisión anterior y previa a la sentencia de lo principal viene del latín “*prae judicium*”, lo cual significa “antes del juicio”.

Tenemos así que cuestión prejudicial es aquella que mientras no se resuelva por un órgano diferente al juez del proceso, impide que se inicie, prosiga o se dicte sentencia por este.

Así, los obstáculos fundados en privilegio constitucional constituyen una cuestión prejudicial, que hacía suspender el término para la prescripción de la acción penal tal y como estaba regulada antes del actual Código Procesal Penal, que instituye hoy día el antequicio como una causa explícita de suspensión de la prescripción.

La consecuencia de ubicar la necesidad de desafuero como cuestión prejudicial en ese entonces era la suspensión de la prescripción de la acción penal, mientras no se procediera al desafuero o cese en el cargo del diputado, acorde con lo que al respecto dispone la legislación comparada de acuerdo con la interpretación dada por la doctrina, lo cual no fue acogido por la jurisprudencia nacional de entonces.

## II. CONCLUSIÓN

Las numerosas definiciones de la institución parlamentaria en las que aparece como el gobierno de la discusión permanente, deberían ser meditadas como un ensueño oxidado. Si se sigue profesando todavía fe en la existencia de la Asamblea Legislativa, se deben ofrecer nuevas motivaciones que las ofrecidas en la actualidad.

Con referirse al oficio del control político ya no basta. Se debe compartir la idea de que la Asamblea Legislativa atestigua, sin más, la procesión de una élite, la abolición del parlamento.

Al fin y al cabo, las nuevas justificaciones de la institución parlamentaria que se han dado en los últimos años de “transparencia y rendición de cuentas” solamente afirman que la Asamblea funciona para hacer leyes, como instrumento útil, incluso imprescindible de la técnica social, lo cual es una forma digna de misticismo patriótico llevado a la práctica. Sin embargo, es justo referirse a una reflexión más intensa, del principio de una forma de Estado o de gobierno, por la convicción o demérito específico, por la fe o invalidación del parlamento. Es cuestionable si en verdad ha sido esta institución un foro de representación auténtica, lo cierto es que en la actualidad no es posible identificarla como garante de la relación fiduciaria con el electorado.

En la tradición de las ideas políticas, hay tiempos de grandiosos impulsos y ciclos de quietud, de un *statu quo* carente de ideas. Así, se puede considerar como terminado el tiempo de las propuestas del presidencialismo instalado en la Constitución actual, al no haberse consagrado en la realidad el semiparlamentarismo desecharido en la Constituyente. Así las cosas, la Asamblea constituida por todos los ciudadanos debe cambiar la estructura (no necesariamente la Constitución) en un nuevo contrato mutuo para limitar el poder estatal.

¿Es una quimera que los diputados se juzguen a sí mismos? Los trances del funcionamiento de la Asamblea Legislativa nacen a partir de las circunstancias fundadas por los problemas de la formación cívica que se refleja en la madurez de las decisiones del electorado y los gobernantes.

La actual democracia de masas como *ultima ratio* del liberalismo pretende ejecutar la coincidencia entre gobernantes y gobernados, pero se tropieza con el parlamento, una instauración que no se adapta a la realidad. Si se pretende llevar la identidad democrática adelante ninguna corporación vigente puede enfrentarse en caso de conflicto con la incuestionable voluntad del pueblo, pero, ¿cuál es ese albedrío?

Es permisible diferenciar tres crisis: la crisis de la democracia, la crisis del Estado social y, por consiguiente, la crisis de la institución parlamentaria.

La crisis del Estado moderno se funda en que un liberalismo basado en élites partidarias no puede llevar a cabo ninguna forma de Estado democrático y, por consiguiente, los motivos fundadores que llevaron al constituyente a establecer el régimen de las inmunidades parlamentarias han sido encadenados.

*Aldous Huxley* (1977), con su practicada agudeza, en su obra *La filosofía perenne* asignó los términos del control social al aseverar que su objeto es perpetuar un credo, un ritual y una organización político-financiera considerada necesaria para la salvación de la sociedad. Esta perspectiva nos permite introducir el problema: las consideraciones

mORALES de las inmunidades parlamentarias no pueden abordarse mientras sigamos siendo creyentes de una corporación fundada en el carácter de lo que debe verse como una estructura estatal-económica en lugar de aplicarle el término conveniente de *Democracia*.

Nos encontramos con la pregunta fundamental: ¿Vale la pena preservar el actual régimen? Un juicio definitivo sobre la Asamblea Legislativa indica que no.

### III. BIBLIOGRAFÍA

*Florian, Eugenio.* De las pruebas penales. 3<sup>a</sup> ed. 4<sup>a</sup> reimp. Ed. Temis.

*Hauriou, André.* Derecho Constitucional e Instituciones Políticas. Ediciones Ariel S. A. Madrid. España. 1971.

*Huxley Aldous.* La filosofía Perenne. Barcelona, Ed.1977.

# INSTRUMENTOS DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN EL DERECHO PÚBLICO COSTARRICENSE

Lic. Francisco Obando León\*

## Resumen:

La participación de los ciudadanos en el marco de una sociedad democrática debe hacerse bajo el imperio del Derecho. En un sentido amplio, la participación comprende las acciones colectivas o individuales de apoyo o de presión, mediante las cuales una o varias personas intentan incidir en las decisiones acerca del tipo de gobierno que debe regir una sociedad, en la manera cómo se dirige el Estado en dicho país, o en decisiones específicas del Gobierno que afectan a una comunidad o a sus miembros. En el caso de Costa Rica, la mayoría de las instancias de participación ciudadana en la formulación, ejecución y evaluación de políticas públicas es de reciente creación. Para los efectos correspondientes, de seguido se estudiarán el referéndum, la iniciativa popular, el plebiscito, y en el ámbito municipal el referendo, el cabildo y el plebiscito, para finalmente hacer un breve enunciado de otros mecanismos de participación presentes en nuestro ordenamiento jurídico.

## Abstract:

The participation of citizens within a democratic society should be under the rule of law. Participation includes class actions and individual support or pressure, whereby one or more people try to influence decisions about the type of government that must govern a society. In the case of Costa Rica, most instances of participation are a recent development. For the corresponding effects were studied followed by referendum, popular initiative, the referendum and the referendum at the municipal level, the council and the plebiscite, to finally make a brief statement of other participatory mechanisms present in our legal system.

## Palabras Claves:

Participación ciudadana.

## Key Word:

Citizen Participation

## I. INTRODUCCIÓN

El Estado es una creación social; ha nacido para satisfacer las diferentes necesidades que tienen los habitantes dentro de un determinado territorio. Consecuentemente, su origen es

teleológico; nace para cumplir fines y cometidos de carácter general, de interés público.

Con base en lo anterior, existe obviamente una interdependencia entre el ciudadano y el Estado, en el sentido de que este último trata de paliar o solucionar los diferentes problemas que se dan en la vida social. Así, acercar a la sociedad y al Estado constituyen norte o guía de una verdadera sociedad democrática, que se desarrolla simple y llanamente porque a más participación ciudadana en los procesos públicos, más democracia como poder del pueblo.

La participación ciudadana como principio esencial de la Democracia actual e incluida en las diferentes constituciones y legislaciones en el Derecho comparado, conlleva, concomitantemente, también el deber del Estado y de sus funcionarios públicos, de rendir cuentas, o sea, de ser transparentes en la función pública.

Dicho lo anterior, en las siguientes líneas pretendemos examinar los instrumentos formales de democracia participativa que se emplean en Costa Rica en los ámbitos nacional y local, si han sido y están siendo utilizados como práctica política en el proceso de toma de decisiones sin intermediación, o si constituyen una manifestación ornamental de democracia avanzada sin sustanciación.

## II. EL ESTADO DEMOCRÁTICO

La forma democrática de gobierno o de organización política descansa en los principios que establece la misma Constitución Política como organización suprema de un Estado. En Costa Rica, el artículo 1.<sup>º</sup> del Texto Fundamental establece que:

**“Costa Rica es una República democrática, libre e independiente.”**

Por su parte el artículo 2.<sup>º</sup> de nuestra Carta Política dispone:

**“La soberanía reside exclusivamente en la Nación.”**

En ese orden, el artículo 3.<sup>º</sup> de la Constitución determina:

**“Nadie puede arrogarse la soberanía; el que lo hicie-re cometerá el delito de traición a la Patria.”**

\* Abogado Asociado del Bufete Rojas Franco & Asociados. Abogados especialistas en Derecho Público.

Finalmente, el artículo 4.<sup>º</sup> estipula:

**“Ninguna persona o reunión de personas puede asumir la representación del pueblo, arrogarse sus derechos, o hacer peticiones a su nombre. La infracción a este artículo será sedición.”**

En estos cuatro artículos se expresan los principios democráticos costarricenses, en cuanto a que el pueblo es el ostentador del poder público y el Derecho es la garantía que protege ese poder y las libertades fundamentales. Así, un Estado de Derecho es aquel que no solo dicta las normas o las impone sino que se autolimita en su poder normativo.<sup>1</sup> Por su parte, los artículos 28 de la Constitución Política y 18 de la Ley General de la Administración Pública<sup>2</sup>, establecen el principio de autonomía de la voluntad, que conlleva también al principio de la libertad contractual.

En ese orden, se destacan esos dos grandes principios: uno como una restricción normativa o jurídica del Estado actual, de modo que en caso de no existir norma habilitante no puede actuar válidamente; y el otro, como el poder de actuar, siempre y cuando no se violen los derechos de otro, no se atente contra la moral o las buenas costumbres. Lo anterior significa, en primer término, simple y llanamente, que en un Estado democrático, la esencia es simplemente respetar esos dos principios, que valen como principios jurídico-políticos esenciales de una convivencia en un Estado democrático.

1 En ese sentido, los artículos 11 de la Constitución Política, así como el 11 de la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica, establecen literalmente: Artículo 11. CONSTITUCIÓN POLÍTICA.-

“Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad. Están obligados a cumplir los deberes que la ley les impone y no pueden arrogarse facultades no concedidas en ella. Deben prestar juramento de observar y cumplir esta Constitución y las leyes. La acción para exigirles la responsabilidad penal por sus actos es pública.

La Administración Pública en sentido amplio, estará sometida a un procedimiento de evaluación de resultados y rendición de cuentas, con la consecuente responsabilidad personal para los funcionarios en el cumplimiento de sus deberes. La ley señalará los medios para que este control de resultados y rendición de cuentas opere como un sistema que cubra todas las instituciones públicas.”

Artículo 11. LEY GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.-

“1. La Administración Pública actuará sometida al ordenamiento jurídico y sólo podrá realizar aquellos actos o prestar aquellos servicios públicos que autorice dicho ordenamiento, según la escala jerárquica de sus fuentes.

2. Se considerará autorizado el acto regulado expresamente por norma escrita, al menos en cuanto a motivo o contenido, aunque sea en forma imprecisa.”

2 Artículo 28.-

Nadie puede ser inquietado ni perseguido por la manifestación de sus opiniones ni por acto alguno que no infrinja la ley.

Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley.

No se podrá, sin embargo, hacer en forma alguna propaganda política por clérigos o seglares invocando motivos de religión o valiéndose, como medio, de creencias religiosas.

Artículo 18.-

1. El individuo estará facultado, en sus relaciones con la Administración, para hacer todo aquello que no le esté prohibido.

2. Se entenderá prohibido todo aquello que impida o perturbe el ejercicio legítimo de las potestades administrativas o de los derechos del particular, así como lo que viole el orden público, la moral o las buenas costumbres.

### III. EL DERECHO DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COSTA RICA:

La participación de los ciudadanos en el marco de una sociedad democrática debe hacerse en el contexto del imperio del Derecho. En esos términos, obviamente hay que remontarse a la jerarquía normativa, con el objeto de comprender, de acuerdo con la legislación de cada país, el grado de participación del ciudadano en los asuntos públicos.

En ese contexto, la participación ciudadana simplemente significa no tomar una posición pasiva, sino activa en las diferentes funciones que tiene a su cargo el Estado. De ahí, por ejemplo, que nuestra Constitución Política establece varias posibilidades de participación. Así, en el preámbulo de la misma Constitución Política encontramos:

**“Nosotros, los Representantes del pueblo de Costa Rica, libremente elegidos Diputados a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando el nombre de Dios y reiterando nuestra fe en la Democracia, decretamos y sancionamos la siguiente CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA.”**

Seguidamente, el artículo 9.<sup>º</sup> constitucional dispone:

**“El Gobierno de la República es popular, representativo, participativo, alternativo y responsable. Lo ejercen el Pueblo y tres Poderes distintos e independientes entre sí. El Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial”.**<sup>3</sup>

Es claro entonces que todo este sistema de generación política costarricense está encaminado a desarrollar los principios jurídico-políticos de la Democracia representativa, que se ejerce normalmente por medio de los partidos políticos. Ese principio de representación debe tener una activa participación de los ciudadanos en los procesos internos de los partidos políticos para elegir a sus representantes, los cuales, eventualmente, van a conducir al Gobierno y a la Administración Pública; es decir, al Estado. Sin embargo, bien cabe resaltar un aspecto importante, y es que la Constitución dispone expresamente –de modo reciente– que el Gobierno es **participativo** y lo ejerce **el Pueblo** y los Tres Poderes.

En virtud de esa reformulación experimentada por la Constitución Política en el año 2003, se pasó a entender que el Gobierno de la República, además de *representativo*, es *participativo*. Esta reformulación del numeral noveno constitucional cobra sentido a la luz de la modificación que simultáneamente sufrió el artículo 105 de la Carta Fundamental, por lo que aunque se mantuvo el principio según el cual la potestad legislativa está, por regla general, en manos de la Asamblea Legislativa, por delegación popular, se innovó la

3 Así reformado parcial y expresamente por la Ley N.º 8364 de 1.<sup>º</sup> de julio de 2003, publicada en La Gaceta N.º 146 de 31 de julio de 2003.

normativa para prever que, excepcionalmente, el pueblo pueda avocar el ejercicio de esa potestad.

Adicionalmente en Costa Rica, el derecho ciudadano de participar en los asuntos públicos está estipulado en la Constitución Política, en lo que respecta a los derechos de asociación (artículo 25), de reunión (artículo 26), de petición (artículo 27), de libertad de expresión (artículo 29) y de sufragio (artículo 93), así como en los deberes de observar la Constitución y las leyes, de contribuir a los gastos públicos (artículo 18) y el sufragio, definido como una “función cívica primordial y obligatoria” (artículo 93).

Aunado a lo anterior, mediante Ley N.º 8281 de veintiocho de mayo del año dos mil dos, se realizó una reforma parcial a la Constitución Política de Costa Rica, en la cual se crea la figura del referendo a escala nacional. Esa ley reforma los artículos 105, 123, el primer párrafo del artículo 124, el último párrafo del artículo 129, el primer inciso del artículo 195 y determina una adición a los artículos 102 y 195, todos de la Constitución Política.

Con la referida reforma, la Constitución Política dispone que la potestad de legislar reside en el pueblo, el cual la delega en la Asamblea Legislativa, por medio del sufragio, siendo que el pueblo también podrá ejercer esta potestad mediante el referéndum, para aprobar o derogar leyes y reformas parciales de la Constitución, cuando: (i) lo convoque al menos un cinco por ciento (5%) de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral; (ii) la Asamblea Legislativa, mediante la aprobación de las dos terceras partes del total de sus miembros, o (iii) el Poder Ejecutivo junto con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de la Asamblea Legislativa, dejándose claro que no podrá convocarse a más de un referéndum al año, y que los resultados serán vinculantes para el Estado si participa, al menos, el treinta por ciento (30%) de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral, para la legislación ordinaria, y el cuarenta por ciento (40%) como mínimo, para las reformas parciales de la Constitución y los asuntos que requieran aprobación legislativa por mayoría calificada.

## IV. LA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

### Aspectos generales

En una democracia de alta calidad, las instituciones ofrecen a las personas numerosas oportunidades de participación en la deliberación, aprobación, ejecución y evaluación de las políticas públicas. Los ciudadanos hacen un uso efectivo de las garantías constitucionales para la participación en la gestión pública, influyendo en las decisiones sobre las prioridades, condiciones, cobertura y calidad de las intervenciones estatales.

En un sentido amplio, participación política comprende las acciones colectivas o individuales de apoyo o de presión, mediante las cuales una o varias personas intentan incidir en las decisiones acerca del tipo de gobierno que debe regir una sociedad, en la manera cómo se dirige el Estado

en dicho país, o en decisiones específicas del Gobierno que afectan a una comunidad o a sus miembros. Así, la participación está presente en todas las actividades de la convivencia democrática, pues se trata del ejercicio de un derecho ciudadano básico que comprende acciones colectivas o individuales, ejercidas por intermedio de canales institucionalizados, o espontáneos e informales; puede ser local o de carácter nacional; puede limitarse a la expresión pública de una opinión, o involucrarse activamente en la ejecución u oposición de políticas públicas.

En su contenido esencial, la democracia participativa trata de un proceso ampliamente deliberativo para llegar a decisiones ciudadanas reforzadas, apoyadas por puntos de vista que pueden ser profesionales o de experto o de simple sensibilidad e interés de los individuos.

Claro lo anterior, debe partirse del ideario de que si la democracia representativa es satisfactoria y articula los intereses de la mayoría y no de grupos particulares, el Contrato Social se mantiene vigente, pero si además esa democracia está nutrida con instrumentos como: las consultas, los referendos, los plebiscitos y otras formas de participación, el sistema se reproduce, reconduce y retroalimenta constantemente. La Democracia participativa constituye así el enriquecimiento permanente de la Democracia representativa y no al revés.

Así, para el tema de la participación ciudadana en las políticas públicas en una democracia de alta calidad, podemos determinar como aspiraciones máximas:

- La ciudadanía debe disponer de medios abiertos, reales y eficaces de participación en las políticas públicas de mayor relevancia para la sociedad.
- La ciudadanía exige la rendición de cuentas a las autoridades de gobierno, los diputados, los funcionarios en cargos de confianza y los servidores públicos, por medios diversos y eficaces, y sin menoscabo de sus derechos y su dignidad.
- La ciudadanía hace uso efectivo de las oportunidades para participar en las decisiones referentes a asuntos de interés público.<sup>4</sup>

## V. ALGUNOS ASPECTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS RESPECTO A LA DEMOCRACIA DIRECTA

Hay cuestiones atrayentes que comentar respecto del empleo de la Democracia Directa, así, este mecanismo, como podemos observar en el cuadro que a continuación se detalla<sup>5</sup>, consigue ser fuente de alabanzas como de críticas. La mayoría de las opiniones se decantan por atribuirle fortalezas y perfeccionamiento a la democracia; sin embargo, otra co-

<sup>4</sup> En ese sentido el Tomo II de la Auditoría sobre la Calidad de la Democracia, Capítulo 11: “Participación Ciudadana en las Políticas Públicas”, iniciativa del proyecto Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible para fortalecer las prácticas democráticas en Costa Rica.

<sup>5</sup> El cuadro relativo a las alabanzas y críticas a las técnicas de democracia directa ha sido tomado de la ponencia “Institutos de Democracia Participativa en Costa Rica”, de ARIAS RAMÍREZ, Bernal, En: Duodécimo Informe sobre el estado de la Nación en Desarrollo Humano y Sostenible, San José, Costa Rica, Año 2006.

rriente sugiere que va en contra de la partidocracia por salirse del control de las cúpulas partidarias. Ciertamente, la democracia moderna es representativa, toda vez que en sociedades altamente complejas y diversas como las actuales, una democracia directa en la deliberación y gestión de los asuntos públicos impondría una obligación imposible de cumplir por la ciudadanía. En estas sociedades, cuán representativa y

cuán participativa es, o debe ser la democracia, es un debate permanente entre personas y grupos con visiones diferentes.

Así, entre los extremos de nula y plena participación en la gestión pública, uno perjudicial y otro imposible, pueden generarse acuerdos parciales entre la ciudadanía sobre ciertos grados y tipos de participación que contribuirían a mejorar la calidad de la convivencia democrática.

### Alabanzas y críticas a las técnicas de democracia directa

ALABANZAS	CRÍTICAS
La democracia directa evita la desmotivación política de los ciudadanos	Desautorización a las instituciones representativas y desestimigian al parlamento
La democracia directa mantiene la soberanía popular en los períodos entre elecciones	Son manipulables con ventaja desde el poder
Los democratizaciones adecua las instituciones a la evolución de la sociedad	Las cuestiones se plantean en beneficio populista
Los resultados de las decisiones políticas están más cercanos a las preferencias de los ciudadanos	Los asuntos (contenidos) son complejos para la mayoría de los ciudadanos
La democracia directa mejora la gestión pública	Los medios de comunicación y los grupos de poder juegan un rol importante
El efecto acelerador: la democracia directa como motor de reformas	Correrían peligro nuestros derechos civiles o los de las minorías
El efecto freno: la democracia directa como control de los representantes políticos	Las minorías concienciadas pueden imponerse sobre la mayoría indiferente
La democracia directa mejora el proceso de toma de decisiones	La democracia directa es muy lenta. Puede ralentizar reformas necesarias
Los ciudadanos están mejor informados allí donde hay democracia directa	La democracia directa es muy cara y los recursos disponibles saldrían del Estado
La democracia directa es un catalizador de reformas electorales más justas	No todo se puede decidir mediante referéndum
La democracia directa refuerza el parlamento y las instituciones representativas	Los asuntos se limitan a una decisión si/no
La democracia directa da más poder real a los representantes electos	El referéndum no deja claro quién es responsable de la decisión
La democracia directa fortalece el sistema de partidos políticos	Las fuerzas con mucho poder económico pueden secuestrar la posibilidad de convocar referéndum
La democracia directa previene la violencia política	Los intereses a largo plazo, de interés general y de los desfavorecidos económicamente no son considerados
La democracia directa garantiza una menor centralización de las instituciones	Basta con reformar la democracia representativa
La democracia directa permite decidir en temas específicos	La democracia directa debilita a los partidos políticos
La democracia directa disminuye el poder de influencia de grupos poderosos	La democracia directa produce líderes políticos más débiles
La democracia directa es una válvula de escape en casos de impasse político	La democracia directa para todo tipo de consulta es algo utópico

### VI. DEMOCRACIA PARTICIPATIVA A ESCALA NACIONAL:

Como fuese ya expresado líneas atrás, ningún sistema en el mundo practica la democracia directa pura; en general, las instituciones de la democracia combinan aspectos representativos con alguna mezcla de instrumentos de democracia participativa. Ahora, no cabe duda que empiezan a adquirir cada vez más presencia y aceptación esos institutos en

los sistemas políticos; aun así, nos sumamos al criterio que determina que no son mecanismos universalizados, sino en etapa germinal.

En ese orden, la participación ciudadana en las deliberaciones sobre las políticas públicas, permite que más intereses sean tomados en cuenta a la hora de decidir, que la decisión resultante tenga mayor apoyo entre la población y

puede reforzar el sentimiento de pertenencia a una comunidad (local y nacional).

Así las cosas, la participación de las personas crea un poder social que contrapesa el poder de los políticos y los funcionarios en la gestión pública, pues esa participación de las personas en órganos públicos creados por la Constitución, las leyes, decretos o reglamentos administrativos, como mecanismos de consulta, decisión y control para la formulación, aprobación, ejecución o evaluación de políticas públicas, bien podríamos decir deviene en una democratización de la democracia.

En el caso de Costa Rica, la mayoría de las instancias de participación ciudadana en la formulación, ejecución y evaluación de políticas públicas es de reciente creación. Al efecto, los mecanismos de democracia participativa a escala nacional en Costa Rica son procesos activados “desde arriba”, por agentes del Estado, excepto el denominado referéndum ciudadano con el impulso del 5% del registro electoral, que puede ser activado “desde abajo”.

### **A.- El referéndum**

Por medio del referéndum popular, los ciudadanos tienen la oportunidad de hacer saber a quienes han sido elegidos para tomar decisiones, los puntos de vista de la población acerca de un determinado asunto. Por el referéndum entreviene el pueblo en forma directa en el régimen político del Estado, participando en cierta manera en la sanción de leyes u ordenanzas municipales y decidiendo en algunos casos como última instancia, sobre los asuntos que le afectan en forma directa.

El referéndum, como muchas otras instituciones políticas, potencialmente tiene ventajas y desventajas. Las ventajas incluyen su rol legitimante: una decisión asumida aun por quienes se oponían al tema y que no habrían aceptado una decisión similar si hubiera sido tomada por el parlamento o el Gobierno. Adicionalmente, el referéndum incrementa la participación popular en la toma de decisiones y tiene un efecto educativo en la población, quien busca estar mejor informada acerca de los temas en consulta.

Dentro de las posibles desventajas, podría enunciarse que los instrumentos del gobierno representativo como los parlamentos, puedan ser disminuidos en su papel y un público que no esté lo suficientemente bien informado podría tomar decisiones políticas equivocadas. También existe el temor del mayoritarismo, una inquietud de que la mayoría pueda usar el referéndum para pisotear los derechos de la minoría.

#### **a.1.- La incorporación constitucional del referéndum:**

En nuestro medio, es mediante Ley N.º 8281 de 28 de mayo del 2002, que la Asamblea Legislativa reformó parcialmente la Constitución Política con el fin de formalizar la introducción del referéndum. Las modificaciones constitucionales concretas fueron las siguientes:

#### **1.- Se introdujo un nuevo inciso 9 al artículo 102, corriendo la numeración del actual, y que reza así:**

“Artículo 102.- El Tribunal Supremo de Elecciones tiene las siguientes funciones:

- (...)
- 9) Organizar, dirigir, fiscalizar, escrutar y declarar los resultados de los procesos de referéndum. No podrá convocarse a más de un referéndum al año; tampoco durante los seis meses anteriores ni posteriores a la elección presidencial. Los resultados serán vinculantes para el Estado si participa, al menos, el treinta por ciento (30%) de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral, para la legislación ordinaria, y el cuarenta por ciento (40%) como mínimo, para las reformas parciales de la Constitución y los asuntos que requieran aprobación legislativa por mayoría calificada.”

#### **2.- Se enmendó el texto del numeral 105, que ahora dispone lo siguiente:**

“Artículo 105.- La potestad de legislar reside en el pueblo, el cual la delega en la Asamblea Legislativa por medio del sufragio. Tal potestad no podrá ser renunciada ni estar sujeta a limitaciones mediante ningún convenio ni contrato, directa ni indirectamente, salvo por los tratados, conforme a los principios del Derecho Internacional.

El pueblo también podrá ejercer esta potestad mediante el referéndum, para aprobar o derogar leyes y reformas parciales de la Constitución, cuando lo convoque al menos un cinco por ciento (5%) de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral; la Asamblea Legislativa, mediante la aprobación de las dos terceras partes del total de sus miembros, o el Poder Ejecutivo junto con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de la Asamblea Legislativa.

El referéndum no procederá si los proyectos son relativos a materia presupuestaria, tributaria, fiscal, monetaria, crediticia, de pensiones, seguridad, aprobación de empréstitos y contratos o actos de naturaleza administrativa.

Este instituto será regulado por ley, aprobada por las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de la Asamblea Legislativa.”

#### **3.- Se reformó el artículo 123, que actualmente establece:**

“Artículo 123.- Durante las sesiones ordinarias, la iniciativa para formar las leyes le corresponde a cualquier miembro de la Asamblea Legislativa, al Poder Ejecutivo, por medio de los ministros de Gobierno y al cinco por ciento (5%) como mínimo, de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral, si el proyecto es de iniciativa popular.

La iniciativa popular no procederá cuando se trate de proyectos relativos a materia presupuestaria, tributaria, fiscal, de aprobación de empréstitos y contratos o actos de naturaleza administrativa.

*Los proyectos de ley de iniciativa popular deberán ser votados definitivamente en el plazo perentorio indicado en la ley, excepto los de reforma constitucional, que seguirán el trámite previsto en el artículo 195 de esta Constitución.*

*Una ley adoptada por las dos terceras partes del total de los miembros de la Asamblea Legislativa, regulará la forma, los requisitos y las demás condiciones que deben cumplir los proyectos de ley de iniciativa popular.”*

**4.- Se enmendó el primer párrafo del artículo 124 constitucional, así:**

*“Para convertirse en ley, todo proyecto deberá ser objeto de dos debates, cada uno en día distinto no consecutivo, obtener la aprobación de la Asamblea Legislativa y la sanción del Poder Ejecutivo; además, deberá publicarse en La Gaceta, sin perjuicio de los requisitos que esta Constitución establece tanto para casos especiales como para los que se resuelvan por iniciativa popular y referéndum, según los artículos 102, 105, 123 y 129 de esta Constitución. No tendrán carácter de leyes ni requerirán, por tanto, los trámites anteriores, los acuerdos tomados en uso de las atribuciones enumeradas en los incisos 2), 3), 5), 6), 7), 8), 9), 10), 12), 16), 21), 22), 23) y 24) del artículo 121 así como el acto legislativo para convocar a referéndum, los cuales se votarán en una sola sesión y deberán publicarse en La Gaceta.”*

El resto del numeral retiene su texto anterior.

**5.- Se modifica el párrafo final, únicamente, del artículo 129, para que ahora diga:**

*“La ley no queda abrogada ni derogada sino por otra posterior; contra su observancia no podrá alegarse desuso, costumbre ni práctica en contrario. Por vía de referéndum, el pueblo podrá abrogarla o derogarla, de conformidad con el artículo 105 de esta Constitución”.*

**6.- Se reformó el primer inciso del artículo 195 y se agregó uno más al final, que disponen:**

*“Artículo 195.- La Asamblea Legislativa podrá reformar parcialmente esta Constitución con absoluto arreglo a las siguientes disposiciones:*

*1) La proposición para reformar uno o varios artículos debe ser presentada a la Asamblea Legislativa en sesiones ordinarias, firmada al menos por diez diputados o por el cinco por ciento (5%) como mínimo, de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral;*

*(...)*

**8) De conformidad con el artículo 105 de esta Constitución, las reformas constitucionales podrán someterse a referéndum después de ser aprobadas en una legislatura y antes de la siguiente, si lo acuerdan las dos terceras partes del total de los miembros de la Asamblea Legislativa.**

El referéndum se consolida entonces como el medio a través del cual el Pueblo, los ciudadanos, pueden aprobar, improbar o derogar leyes y reformar parcialmente la Constitución Política. Asimismo, es una forma pacífica y democrática de resolver controversias sociales y asuntos de interés común, mediante voto directo.

Tal y como se desprende de la redacción actual del artículo 105 constitucional, arriba transcrita, nuestro ordenamiento prevé tanto lo que en doctrina se conoce como referéndum legislativo, dirigido a aprobar o derogar leyes (vertientes constitutiva y abrogativa, respectivamente), como el denominado referéndum constitucional, mediante el cual la ciudadanía interviene en el trámite de las reformas parciales a la Constitución y que se prevé también en el inciso 8) del artículo 195 de esta.

En ese orden, apreciando las disposiciones constitucionales respectivas, podemos señalar que el referéndum constitucional encuentra limitaciones temporales y sustanciales. En cuanto a las primeras, la Constitución es clara en cuanto a que no podrá convocarse a más de un referéndum al año; y tampoco durante los seis meses anteriores ni posteriores a la elección presidencial (art. 102, inc. 9) constitucional). En lo que toca a las limitaciones sustanciales, no pueden ser objeto de referéndum los proyectos de ley relativos a materia presupuestaria, tributaria, fiscal, monetaria, crediticia, pensiones, aprobación de empréstitos y contratos ni actos de naturaleza administrativa (art. 105 constitucional). Asimismo, identificamos lo que el mismo Tribunal Supremo de Elecciones denomina el umbral de participación mínima: esto es, para que el referéndum tenga un resultado vinculante deberá participar en él, independientemente de cómo voten o incluso si dejan la papeleta en blanco o la anulan, un total de “al menos, el treinta por ciento (30%) de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral, para la legislación ordinaria, y el cuarenta por ciento (40%) como mínimo, para las reformas parciales de la Constitución y los asuntos que requieran aprobación legislativa por mayoría calificada.

Ahora bien, es claro entonces que se legitiman tres vías para propiciar el referéndum, dado que el artículo 105 autoriza a convocarlo cuando lo solicite un 5% de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral (lo que la Ley N.º 8492 denomina *referéndum ciudadano*), la Asamblea Legislativa por acuerdo respaldado por las dos terceras partes de sus miembros (*referéndum legislativo*, en la terminología de esa ley) o el Poder Ejecutivo cuando cuente con el respaldo de al menos veintinueve diputados (*referéndum por gestión del Ejecutivo*).

En síntesis, la reforma constitucional que comentamos es, sin duda alguna, una de las más trascendentales que se ha producido desde la promulgación de la Carta de 1949, no sólo porque la actualiza con la introducción de un instituto usual en el constitucionalismo contemporáneo, sino, especialmente, porque este ofrece oportunidades extraordinarias de profundización democrática.

### **a.2.- El desarrollo de la Ley de referéndum:**

La reforma constitucional ya estipulada requería una ley que normara y desarrollara el instituto. Para esos efectos, hubo que esperar tres años después del vencimiento del transitorio de la reforma que otorgaba un año para desarrollar la ley que le daba contenido, y ello ocurrió en virtud de una estimación con lugar de una acción de inconstitucionalidad por omisión, promovida por la Defensoría de los Habitantes de la República, que fue declarada con lugar por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, mediante voto N.º 5649-05, que declaró inconstitucional la omisión absoluta de la Asamblea Legislativa en el ejercicio de su poder normativo y en el cumplimiento del mandato expreso impuesto por la reforma parcial a la Constitución Política a los artículos 105 y 123 –entre otros– mediante Ley N.º 8281 del 28 de mayo del 2002, para dictar, según el Transitorio Único, en el plazo de un año siguiente a la publicación de esta las leyes de desarrollo del referéndum y de iniciativa popular en la formación de la ley. Al efecto, la Sala Constitucional otorgó a la Asamblea Legislativa el plazo de seis meses, contado a partir de la notificación de la sentencia, para que dictara las referidas leyes.

No es sino hasta febrero del año 2006 cuando la Asamblea Legislativa elabora el Decreto Ley para ser sancionado por el Presidente de la República, Ley sobre Regulación del Referéndum N.º 8492, que tiene por objeto regular e instrumentar el instituto de la democracia participativa denominado referéndum, mediante el cual el pueblo ejerce la potestad de aprobar o derogar leyes y hacer reformas parciales de la Constitución Política, de conformidad con los artículos 105, 124, 129 y 195 de la Constitución Política. Al efecto, la regulación de este instrumento no impedirá el desarrollo de otras formas de participación ciudadana en la vida política, económica, social y cultural del país, ni el ejercicio de otros derechos políticos no mencionados en la Ley.

Tal y como se ha indicado, en nuestro ordenamiento jurídico, pese a ser uno solo el instituto del referéndum –como ejercicio directo de la potestad de legislar por el pueblo–, se contemplan tres modalidades de convocatoria: la de iniciativa ciudadana, la acordada por la Asamblea Legislativa y la dispuesta conjuntamente por el Poder Ejecutivo y la Asamblea Legislativa. En todas ellas existe una fase de relevancia jurídica, que surge a partir de la convocatoria oficial, una vez cumplidos los requisitos establecidos para cada una de ellas (actos preparatorios), etapa previa a su fase de ejecución o eficacia, que es precisamente la realización efectiva del referéndum.

En el caso del referéndum legislativo, como actos preparatorios tenemos los contemplados en los incisos a) y b) del artículo 12 de la Ley; en el de iniciativa conjunta Poder Ejecutivo-Legislativo, el señalado por el inciso a) del artículo 13; y en el de iniciativa ciudadana, los prescritos por los artículos 6, 7, 8 y 9 de la Ley sobre Regulación del Referéndum. Una vez completados estos requisitos preliminares, se debe cumplir en todos los casos con uno adicional, que opera

como condición para que la expectativa adquiera relevancia jurídica:

En el caso del Legislativo: *Que concurran dos terceras partes del total de los miembros de la Asamblea Legislativa para la aprobación del acuerdo.* (artículo 12 inciso c).

En el de iniciativa conjunta Poder Ejecutivo-Legislativo: *La Asamblea, mediante acuerdo aprobado por la mayoría de la totalidad de sus integrantes, decidirá someter o no a referéndum (...)* (artículo 13 inciso b).

En el de iniciativa ciudadana: *Cuando se haya reunido satisfactoriamente un número de firmas equivalente al menos a un cinco por ciento (5%) de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral, se tendrá por convocado el referéndum* (artículo 11), una vez verificada su autenticidad por parte del Tribunal Supremo de Elecciones (artículo 9 *in fine*).

Si estas condiciones no se cumplen, la expectativa no llega a alcanzar relevancia jurídica ni mucho menos la eficacia buscada con la gestión y tutelada como tal por el ordenamiento jurídico que, como se ha dicho, es precisamente la realización de la consulta, que no será posible.

Así vemos cómo, en cada caso, la Ley dispone la misma consecuencia para las gestiones de convocatoria fallidas: En el caso de la iniciativa legislativa: *Si no se obtiene la votación requerida, el proyecto de acuerdo se archivará* (artículo 12, inciso c). Para el supuesto de iniciativa conjunta: *Si la Asamblea Legislativa no aprueba la propuesta de convocatoria a referéndum, se ordenará su archivo* (artículo 13, inciso d). Por último, en el de iniciativa ciudadana no solo se requiere que se llegue a completar la recolección de firmas dentro del plazo establecido, sino que, habiéndolo hecho, se logre verificar la autenticidad de las firmas aportadas: *El interesado en la convocatoria a referéndum contará con un plazo hasta de nueve meses para recolectar las firmas a partir de la publicación indicada. De vencerse dicho plazo sin haber recolectado las firmas respectivas, el interesado podrá solicitar ante el Tribunal una prórroga hasta por un mes más. Expirado este plazo adicional, se denegará cualquier petición de prórroga adicional y la gestión se archivará sin más trámite* (artículo 6, inciso e).

De conformidad con la normativa, el Tribunal *Deberá pronunciarse en torno a la validez de los nombres, las firmas y los números de cédula presentados. De no haberse completado el mínimo de firmas previsto en la Constitución y si algunas firmas no son verificables, el Tribunal solicitará al responsable de la gestión que estas sean aportadas o sustituidas, según corresponda, en un plazo de quince días hábiles. Para tales efectos, se aplicará lo dispuesto para la recolección de firmas. De resultar no verificable el quince por ciento (15%) de las firmas necesarias para convocar a referéndum, el proyecto de ley o la reforma parcial a la Constitución Política quedará invalidado para dicho fin* (artículo 9, párrafo final).

En cuanto al trámite, de conformidad con la Ley, el referéndum se efectuará un domingo y la votación se realizará entre las seis y las dieciocho horas. La decisión del votan-

te solamente podrá ser “sí” o “no”, o quedar en blanco. Se tendrán por nulas las papeletas que no se ajusten al modelo oficial, las que ofrezcan dudas sobre la decisión del votante y las que contengan tachaduras, raspaduras, enmiendas, interlineados, signos o palabras ajenas a la consulta. Tanto los votos en blanco como los nulos serán computados por el Tribunal como ciudadanos que han participado en el referéndum, para formar parte de los porcentajes de ley.

En el escrutinio del referéndum deberán establecerse el número de votantes, los votos a favor y en contra del texto sometido a consulta, el número de votos en blanco y el de votos nulos. El TSE contará con quince días naturales para realizar dicho escrutinio, siendo que una vez finalizado hará la declaratoria oficial de los resultados de este, y los notificará, al siguiente día, al Poder Legislativo.

En caso de ser positivo el resultado del referéndum y habiendo cumplido los porcentajes requeridos para convertirse en ley de la República, el Poder Legislativo, sin más trámite, le comunicará al Poder Ejecutivo el decreto legislativo, con la razón de que fue aprobado en referéndum, para su inmediata publicación y observancia.

Si el resultado del referéndum es negativo, el proyecto se archivará sin más trámite. De no alcanzarse el porcentaje de participación necesario, si el referéndum no es vinculante, el TSE enviará el proyecto de reforma a la Asamblea Legislativa, para que continúe el trámite ordinario.

Como puntos por resaltar, de la lectura de la referida Ley que regula la puesta en práctica del referéndum, bien puede señalarse que no se regula la participación de los partidos políticos, pues únicamente se habla de la participación de ciudadanos (no se especifica si agrupados) excluyendo a los partidos políticos en todo tipo de acto; por ejemplo, en propaganda, en el impulso de foros, etc. como expresión del pluralismo político y como instrumentos fundamentales para la participación política según lo determina el artículo 98 de la Constitución. Por otra parte, no se regula consulta preventiva sobre el proyecto ad referendo, pues no se acopló en la Ley de Regulación de Referéndum las competencias de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sobre todo en la revisión preventiva del texto del Proyecto de Ley o la Ley en vigor a someter a consulta.

Cabe agregar que mediante resolución N.º 11-2007, con fundamento en los artículos 99 y 102 inciso 9) de la Constitución Política, el numeral 19 inciso f) del Código Electoral y la Ley sobre Regulación del Referéndum N.º 8492, el Tribunal Supremo de Elecciones decretó el denominado “REGLAMENTO PARA LOS PROCESOS DE REFERENDUM”.

#### **B.- La Iniciativa Popular:**

La iniciativa popular es un instituto de democracia semidirecta que junto con el referéndum son los más utilizados en la democracia, y consiste en la potestad que le confiere el ordenamiento a un número determinado de electores, que varía en cada legislación, que para el caso costarricense es

del 5% de los electores del padrón electoral, cuya atribución es iniciar el procedimiento legislativo, sea de reforma constitucional o de ley ordinaria. La iniciativa obliga a la Asamblea Legislativa a considerar el texto propuesto, poniendo en movimiento todas las fases del proceso parlamentario.

Este instrumento constituye la manifestación evidente del poder soberano del pueblo con funcionalidad política y significación jurídica. Se cataloga como un movimiento “de abajo hacia arriba” que impele al legislador a conocer y votar –aunque no necesariamente a aprobar– el texto que le somete al menos un 5 por ciento de la ciudadanía inscrita en el padrón electoral.

De conformidad con la Ley de Iniciativa Popular, Ley N.º 8491 del 9 de marzo de 2006, la iniciativa es posible en periodo de sesiones ordinarias de la Asamblea, procediendo, al igual que en el referéndum, algunas excepciones tales como la materia presupuestaria, tributaria, fiscal, de aprobación de empréstitos y contratos o actos de naturaleza administrativa. La capacidad de impulso la tiene cualquier ciudadano o grupo de ciudadanos organizados de hecho o de derecho, quienes depositaran en la Asamblea Legislativa el correspondiente proyecto de ley. La Asamblea ordenará publicarlo en el periódico oficial La Gaceta. Una vez presentada la iniciativa ante la Asamblea Legislativa, esta, en un plazo máximo de ocho días, deberá remitirla al Tribunal Supremo de Elecciones (TSE). Este tribunal revisará las firmas disponiendo de un plazo de treinta días naturales para verificar, si no están completas, el TSE les dirá a los interesados que completen las firmas para lo cual les dará un plazo de noventa días, caso contrario la iniciativa se archivará. Revisadas las firmas y verificado el porcentaje requerido, el TSE trasladará el proyecto a la Asamblea Legislativa<sup>6</sup>.

El proyecto deberá tramitarse por los procedimientos legislativos ordinarios. Iniciará el trámite legislativo sin necesidad de ser publicado. En todo caso, deberá publicarse un extracto de referencia que permita ubicarlo en la corriente legislativa. Como cuestión fundamental, se señaló en la Ley, que los proyectos de iniciativa popular deberán ser votados en la Asamblea Legislativa, en un plazo máximo de dos años, salvo si se refieren a reformas constitucionales, en cuyo caso seguirá el trámite previsto en el artículo 195 de la Constitución Política.

Como aspecto novedoso que se aplica para nuestro medio, la Oficina de Iniciativa Popular de la Asamblea Legislativa brindará asesoría técnica gratuita para la redacción de los proyectos a los ciudadanos interesados en ejercer el derecho de iniciativa popular.

#### **C. El Plebiscito:**

La figura del plebiscito en Costa Rica está colocada en la Constitución Política, en el Título XII sobre “El Régimen Municipal”, específicamente en el artículo 168 que determina:

<sup>6</sup> Para los efectos correspondientes, el Tribunal Supremo de Elecciones emitió el Reglamento sobre la Aplicación del artículo 3 de la Ley de Iniciativa Popular.

*“Artículo 168.- Para los efectos de la Administración Pública, el territorio nacional se divide en provincias; éstas en cantones y los cantones en distritos. La ley podrá establecer distribuciones especiales.*

*La Asamblea Legislativa podrá decretar, observando los trámites de reforma parcial a esta Constitución, la creación de nuevas provincias, siempre que el proyecto respectivo fuera aprobado de previo en un plebiscito que la Asamblea ordenara celebrar en la provincia o provincias que soporten la desmembración.*

*La creación de nuevos cantones requiere ser aprobada por la Asamblea Legislativa mediante votación no menor de los dos tercios del total de sus miembros.”*

A nuestro juicio, el hecho de tener como prerrequisito de la consulta un proyecto de ley aprobado, y que ese proyecto debe seguir las mismas formas o procedimientos de una reforma a la Constitución, hace el procedimiento altamente gravoso, inalcanzable para quienes pretendan poner en práctica la consulta popular.

## VII. DEMOCRACIA PARTICIPATIVA EN EL NIVEL LOCAL

El presente estudio no pretende profundizar exhaustivamente sobre la participación en el ámbito municipal. Lo que se pretende es señalar algunos conceptos de interés que vengan a reforzar el tema dentro de la denominada Democracia participativa, en donde la Democracia local es una de sus especies o soportes.

Dentro del ordenamiento iusplústico costarricense, encontramos como instrumentos jurídicos de democracia directa el Plebiscito municipal, establecido por el Código Municipal, que en su artículo 5.<sup>º</sup> señala:

*“Las municipalidades fomentarán la participación activa, consciente y democrática del pueblo en las decisiones del gobierno local. Las instituciones públicas estarán obligadas a colaborar para que estas decisiones se cumplan debidamente.”*

En igual sentido, el artículo 13, inciso j) del mismo cuerpo señala lo siguiente:

*“Son atribuciones del Concejo:*

*j) Acordar la celebración de plebiscitos, referendos y cabildos de conformidad con el reglamento que se elaborará con el asesoramiento del Tribunal Supremo de Elecciones, observando, en cuanto a la forma e implementación de estas consultas populares, lo preceptuado por la legislación electoral vigente.*

*En la celebración de los plebiscitos, referendos y cabildos que realicen las municipalidades, deberán estar presentes los delegados que designe el Tribunal Supremo de Elecciones, quienes darán fe de que se cumplieron los requisitos formales exigidos en el código y reglamento supraindicado. Los delegados del Tribunal supervisarán el desarrollo correcto de los procesos citados.”*

Cada municipio debe emitir un Reglamento, que, a su vez, tiene como base el Manual para la Realización de Consultas Populares a Escala Cantonal y Distrital, aprobado por el Tribunal Supremo de Elecciones y publicado en La Gaceta N.<sup>º</sup> 204 del 21 de octubre de 1998. El Manual establece, en el artículo 2.1.1, que la consulta popular es un mecanismo mediante el cual la Municipalidad somete a consideración de los ciudadanos un determinado asunto de competencia municipal, actual y de interés general para los habitantes de la comunidad, siendo que el resultado de la consulta pueda dar origen a un acto administrativo válido y eficaz de la Autoridad Municipal.

El Concejo Municipal es el órgano competente para convocar a plebiscitos, referendos y cabildos a escala cantonal. Para ello, deberá dictar un acuerdo de convocatoria, que deberá comunicar al Tribunal Supremo de Elecciones, y que contendrá la fecha en que se realizará la consulta, no será a menos de tres meses de haber sido publicada la convocatoria en los casos de plebiscito y referendo, y de un mes en el caso de cabildo. Asimismo, la definición clara y detallada del asunto que será objeto de consulta y la indicación de la previsión presupuestaria pertinente para la realización de la consulta popular.

Como aspecto criticable, encontramos que al corresponder al Concejo Municipal el decidir si consulta o no consulta, se genera un problema para el ejercicio de la Democracia directa, pues si el Concejo no quiere convocar, no se puede convocar, por lo que comunicamos que se debe establecer un número mínimo de pobladores del cantón que puedan solicitarle la ejecución de la consulta al Concejo Municipal, sin que exista posibilidad de negativa.

### A.- Plebiscito:

El Manual para la Realización de Consultas Populares a Escala Cantonal y Distrital, establece en el artículo 2.1.2, que el Plebiscito es la consulta popular mediante la cual los habitantes del cantón se pronuncian sobre un asunto de trascendencia regional, o se manifiestan sobre la revocatoria del mandato de un alcalde municipal.

De conformidad con el Manual, el resultado de la consulta, cuando se trate del plebiscito o referendo, será de acatamiento obligatorio para el Concejo Municipal.

### B.- Sobre el Plebiscito de Revocatoria de Mandato:

En materia municipal, también está referido el Plebiscito de Revocatoria de Mandato del Alcalde Municipal que es elegido popularmente. Está regulado en el artículo 19 del Código Municipal, y en el artículo 2.1.2 del Manual para la realización de Consultas Populares a Escala Cantonal y Distrital.

Para su realización es necesario que se presente una moción ante el Concejo Municipal, la cual deberá ser firmada por la tercera parte del total de los regidores y aprobada. El Alcalde Municipal podrá ser destituido si lo decide el diez

por ciento de la población (como mínimo) y que del total de los votos emitidos, dos tercios estén a favor de la revocatoria del mandato.<sup>7</sup>

Mediante este procedimiento, el electorado tiene el derecho a destituir del cargo a un funcionario público a quien el mismo pueblo eligió, antes de que concluya el período para el cual fue elegido; es decir, el pueblo, mediante el sufragio y de manera vinculante, decide sobre la continuidad en el desempeño del cargo de un funcionario de elección popular.

#### C.- Referendo:

En Costa Rica existe el referendo a nivel municipal, y está regulado también por el numeral 2.1.3 del Manual para la Realización de Consultas Populares a nivel Cantonal y Distrital. Se define como la consulta popular que tiene por objeto la aprobación, modificación o derogación de un reglamento o disposición municipal de carácter normativo. Aquí, el pueblo interviene con una potestad plena, para intervenir en la creación, modificación o derogación de un acto de carácter normativo municipal y hasta tanto no se realice esa consulta el texto normativo no tiene eficacia.

#### D.- El Cabildo:

Es la reunión pública del Concejo Municipal y los Concejos Distritales, a la cual los habitantes del cantón son invitados a participar directamente, con el fin de discutir asuntos de interés para la comunidad. Se le da una audiencia al pueblo para que manifieste su interés sobre un problema; es una simple consulta que no tiene efecto vinculante. Su origen se remonta a la época de la Colonia y obviamente derivado del practicado en los ayuntamientos españoles. La consulta es de carácter verbal, no es escrita. Cualquier tema puede ser objeto de un cabildo.

El cabildo puede ser abierto; es decir, a todos; o bien puede ser cerrado, en el que se invita a participar a un número determinado de interesados.

<sup>7</sup> El artículo 19 del Código Municipal establece cuanto sigue:

“Por moción presentada ante el Concejo, que deberá ser firmada al menos por la tercera parte del total de los regidores y aprobada por el mínimo de tres cuartas partes de los regidores integrantes, se convocará a los electores del cantón respectivo a un plebiscito, donde se decidirá destituir o no al alcalde municipal. Tal decisión no podrá ser vetada.

Los votos necesarios para destituir al alcalde municipal, deberán sumar al menos dos tercios de los emitidos en el plebiscito, el cual no podrá ser inferior al diez por ciento (10%) del total de los electores inscritos en el cantón.

El plebiscito se efectuará con el padrón electoral del respectivo cantón, con el corte del mes anterior al de la aprobación en firme del acuerdo referido en el párrafo primero de este artículo.

Si el resultado de la consulta fuere la destitución del funcionario, el Tribunal Supremo de Elecciones responderá al alcalde propietario, según el artículo 14 de este código, por el resto del período.

Si también fueren destituidos o renunciaren los dos alcaldes suplentes, el Tribunal Supremo de Elecciones deberá convocar a nuevas elecciones en el respectivo cantón, en un plazo máximo de seis meses y el nombramiento será por el resto del período. Mientras se lleva a cabo la elección el Presidente del Concejo asumirá como recargo el puesto de alcalde municipal, con todas las atribuciones que le otorga el código”.

## VIII. OTROS MEDIOS DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA PRESENTES EN LEYES COSTARRICENSES

Seguidamente, enlistamos algunos cuerpos legales que contemplan otras formas de participación ciudadana:

La Ley N.º 4240, “Ley de planificación urbana”, del 15 de noviembre de 1968, establece la competencia del gobierno local para dirigir la planificación urbana dentro de su territorio con la aprobación, promulgación e imposición de un plan regulador. Un requisito obligatorio es la convocatoria a una audiencia pública antes de la puesta en práctica del plan regulador en cualquier cantón del país. Dicha audiencia sirve para conocer el proyecto y presentar las observaciones verbales o escritas que tengan los interesados, antes de implantarlo totalmente o en alguna de sus partes. Los ciudadanos también pueden participar mediante una comisión, junta u oficina de administración local, integrada por los vecinos del cantón con el propósito de preparar y aplicar el Plan Regulador Urbano.

La Ley N.º 7135 “Ley de Jurisdicción Constitucional”, de 11 de octubre de 1989, en el artículo 75 párrafo segundo posibilita la acción directa de los ciudadanos cuando se trate de la defensa de intereses difusos, o que atañen a la colectividad en su conjunto.

La Ley N.º 7316, *Convenio 169 de la OIT sobre “Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes”* de 1989, aprobado por Costa Rica indica en su artículo 6 que, se deberá “consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”.

La Ley N.º 7317, “Ley de Conservación de Vida Silvestre”, de 21 de octubre de 1992, incluye un Comité Asesor para la Dirección General de Vida Silvestre (art. 8), nombrando, asimismo, el Minaet los Comités de Vigilancia de los Recursos Naturales (COVIRENAS). Estarán conformados por ciudadanos y ciudadanas ad honórem, motivados por el interés de coadyuvar en la conservación y vigilancia de los recursos naturales y del ambiente tanto urbano como rural.

La Ley N.º 7554 “Ley Orgánica del Ambiente”, indica en los artículos 6 al 11, la participación ciudadana en la toma de decisiones y acciones tendientes a proteger y mejorar el ambiente. Concretamente, el Capítulo II está dedicado en forma exclusiva al tema de participación ciudadana. En ese sentido, se señala que el Estado y las municipalidades, fomentarán la participación activa y organizada de los habitantes de la República, en la toma de decisiones y acciones tendientes a proteger y mejorar el ambiente. Para ello se crean los Consejos Regionales Ambientales, adscritos al Ministerio del Ambiente y Energía.

La Ley N.º 7593 “Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos”, en sus artículos 37 y 38 tratan la materia de las audiencias públicas vinculadas con el plazo para fijar precios y tarifas; en ese sentido, la Autoridad resolverá en definitiva toda solicitud ordinaria, en un plazo que no podrá exceder de treinta días naturales después de la

audiencia. La Autoridad Reguladora convocará a audiencia, en la que podrán participar las personas que tengan interés legítimo para manifestarse; con ese fin, ordenará publicar en el diario oficial La Gaceta y en dos periódicos de circulación nacional, los asuntos sobre los cuales pueden versar las audiencias, por ejemplo, en las solicitudes para la fijación ordinaria de tarifas y precios de los servicios públicos, las solicitudes de autorización de generación de fuerza eléctrica de acuerdo con la Ley N.º 7200, la formulación y revisión de las normas técnicas aplicables a los servicios públicos objeto de regulación, y la formulación o revisión de los modelos de fijación de precios y tarifas, de conformidad con el artículo 31 anterior. Las oposiciones habrán de formularse por escrito y se sustentarán oralmente con las razones de hecho y de derecho que sean pertinentes. En esta audiencia, podrán hacer uso de la palabra quienes hayan formulado las oposiciones, según lo estipule el reglamento.

En la Ley N.º 7788, “Ley de Biodiversidad”, del 30 de abril de 1998, en los artículos 92 al 97 mencionan el tema de la evaluación de impacto ambiental de proyectos que se consideren pueden afectar la biodiversidad. Esta ley establece varios mecanismos de participación ciudadana, que se hallan en varios capítulos de la ley. Uno de ellos es la Comisión Nacional para la Gestión de la Biodiversidad, creada como órgano descentrado del Ministerio de Ambiente y Energía. Por parte de la ciudadanía se contará con la siguiente representación: Un representante de la Asociación Mesa Nacional Campesina, un representante de la Asociación Mesa Nacional Indígena, un representante de la Federación Costarricense para la Conservación del Ambiente y un representante de la Unión Costarricense de Cámaras de la Empresa Privada.

La Ley N.º 8292 “Ley General de Control Interno” en el artículo 6 sobre confidencialidad de los denunciantes y estudios que originan la apertura de procedimientos administrativos reza que “La Contraloría General de la República, la administración y las auditorías internas, guardarán confidencialidad respecto de las identidad de los ciudadanos que presenten denuncias ante sus oficinas.”

La Ley N.º 8422 “Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública” artículos 8 y 24. Sobre confidencialidad y denuncia ciudadana.

## IX. CONCLUSIÓN

En una democracia de alta calidad, deben efectivamente existir oportunidades de participación en la deliberación, aprobación, ejecución y evaluación de las políticas públicas. En un sentido amplio, participación política comprende las acciones colectivas o individuales de apoyo o de presión, mediante las cuales una o varias personas intentan incidir en las decisiones acerca del tipo de gobierno que debe regir una sociedad, en la manera cómo se dirige el Estado en dicho país, o en decisiones específicas del Gobierno que afectan a una comunidad o a sus miembros. Así, la participación está presente en todas las actividades de la convivencia democrática, pues se trata del ejercicio de un derecho ciudadano básico

que comprende acciones colectivas o individuales, ejercidas por medio de canales institucionalizados, o espontáneos e informales, ya sea en la expresión pública de una opinión, o involucrarse activamente en la ejecución u oposición de políticas públicas.

Debe partirse del ideario de que si la democracia representativa es satisfactoria y articula los intereses de la mayoría y no de grupos particulares, el Contrato Social se mantiene vigente, pero si además esa democracia está nutrida con instrumentos como: las consultas, los referendos, los plebiscitos y otras formas de participación, el sistema se reproduce, reproduce y retroalimenta constantemente.

## X. BIBLIOGRAFÍA

### *Doctrina:*

Arias Ramírez, Bernal. (2006). “Institutos de Democracia Participativa en Costa Rica”, En: Duodécimo Informe sobre el estado de la Nación en Desarrollo Humano y Sostenible, San José, Costa Rica.

Muñoz Quesada, Hugo. (1999). “Informe Final de Consultoría/ Análisis Jurídico: “La ciudadanía hace uso efectivo de las oportunidades para participar en las decisiones referentes a asuntos de interés público”, Noviembre de 1999, En: Quinto Informe sobre el estado de la Nación, San José, Costa Rica.

Rodíguez Céspedes, Ennio. “De la Democracia formal a la Democracia participativa y del subdesarrollo al desarrollo”. En: *Democracia costarricense, pasado, presente y futuro, EUNED*.

Rojas Franco, Enrique, (2005). “Participación Ciudadana en el Derecho Administrativo Costarricense”, En: *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*, Costa Rica, Año 5, N.º 5.

Trejos Salas, Gerardo y otros. (2007) “Referéndum: Doctrina y Legislación”, primera edición, San José, Costa Rica, Editorial Juricentro.

Ubico Durán, Carlos. (2004). “Problemas legales en la aplicación del plebiscito y referendo municipal en Costa Rica”. En: *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*, Costa Rica, Año 4, N.º 4.

Villalta Fernández, Rafael. (1995). “Referéndum e Iniciativa Popular: Rutas de Democracia Real y Participativa”. En: *Revista Parlamentaria*, Costa Rica, Volumen 3, N.º 1.

### *Normativa:*

CÓDIGO MUNICIPAL, Ley N.º 7794 de 27 de abril de 1998.

REFORMA DE LOS ARTÍCULOS 105, 123, PRIMER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 124, ÚLTIMO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 129, PRIMER INCISO DEL ARTÍCULO 195 Y ADICIÓN A LOS ARTÍCULOS 102 Y 195 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA, Ley N.º 8281, de 28 de mayo de 2002, publicada en La Gaceta N.º 118, de 20 de junio de 2002.

REFORMA LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA, Ley N.º 8364, de 1.º de julio de 2003. Publicada en La Gaceta N.º 146, de 31 de julio de 2003.

LEY DE INICIATIVA POPULAR, Ley N.º 8491, publicada en La Gaceta N.º 66 de 3 de abril de 2006.

LEY SOBRE LA REGULACIÓN DEL REFERÉNDUM, Ley N.º 8492 publicada en La Gaceta, N.º 67, 4 de abril del 2006.

MANUAL PARA LA REALIZACIÓN DE CONSULTAS POPULARES A ESCALA CANTONAL Y DISTRITAL, aprobado por el Tribunal Supremo de Elecciones y publicado en La Gaceta N.º 204 del 21 de octubre de 1998.

REGLAMENTO PARA LOS PROCESOS DE REFERÉNDUM, resolución N.º 11-2007 del Tribunal Supremo de Elecciones.

**Votos de la Sala Constitucional:**

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia N.º 5649-2005.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia N.º 17617-2005.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia N.º 17618-2005.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia N.º 06856-2005.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia N.º 02999-2005.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia N.º 15093-2005.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia N.º 10117-2005.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia N.º 03497-2005.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia N.º 06852-2005.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia N.º 10380-2005.

**Resoluciones del Tribunal Supremo de Elecciones:**

Tribunal Supremo de Elecciones. Resolución N.º 790-E-2007, de las trece horas del doce de abril de dos mil siete.

Tribunal Supremo de Elecciones. Resolución N.º 977-E-2007 de las catorce horas con treinta minutos del dos de mayo del dos mil siete.

# “Luis Demetrio Tinoco Castro”

*Jurista y político de profesión;  
Humanista y ciudadano por convicción*

Prof. Tomás Federico Arias Castro<sup>1</sup>

## Resumen:

El presente artículo de investigación histórica, expone al lector, un minucioso y detallado estudio, acerca de la vida y obra de uno de los más destacados intelectuales del siglo XX en Costa Rica, el Lic. Luis Demetrio Tinoco Castro. Cuya impronta quedó profundamente marcada en las más diversas coyunturas de nuestra patria.

Hechos y acciones que propiciaron a lo largo de su dilatada vida, una serie de reconocimientos y condecoraciones a su persona, tanto a nivel nacional como internacional. Lo que lo convirtió en uno de los juristas más reconocidos de Costa Rica.

## Palabras Claves:

Historia - Derecho – Biografía – Política – Diplomacia.

## Key Words:

History – Law - Biography – Politics -Diplomacy.

## Abstract:

This article of historical research, presents the reader with a thorough and detailed study about the life and work of one of the most prominent intellectuals of the twentieth century in Costa Rica, Luis

Demetrio Tinoco Castro. Whose importance was deeply marked in many different joints of our country.

Facts and actions that led to its long life, a series of recognitions and awards to his person, both nationally and internationally, becoming thus one of the most renowned lawyers in Costa Rica.

## INTRODUCCIÓN

El recién festejado año 2010, representó para los integrantes del gremio jurídico en particular y la comunidad nacional en general, un motivo de gran satisfacción y valía, pues los Diputados de la Asamblea Legislativa (2006-2010), aprobaron la declaratoria como “Benemérito de la Cultura y la Educación Costarricense”, del Lic. Luis Demetrio Tinoco Castro.

<sup>1</sup> Licenciado en Derecho, Historiador, Egresado de la Maestra Centroamérica en Ciencias Políticas (UCR). Coordinador y profesor de la cátedra de Historia del Derecho de la UCR, de la cátedra de Historia Constitucional de la Maestría en Derecho Constitucional de la UNED y de la cátedra de Historia del Derecho Costarricense de la Escuela Libre de Derecho. Académico de Número de la Academia Costarricense de Ciencias Genealógicas.

Su eximio derrotero de vida, así como las particularidades de su ilustre desempeño público, como abogado, historiador, académico, profesor, diplomático y político, ciertamente lo colocaron, como una de las personalidades más destacadas e influyentes del pasado siglo XXI. Labor en cada una de las cuales, se destaca a lo largo de su dilatada vida, por el mas prístino e incólume ejercicio.

Producto de lo cual, nuestra patria, se vio enriquecida en los más diversos campos del quehacer nacional, pues de modo incuestionable, don Luis Demetrio, entregó los mejores y más valiosos esfuerzos y años de vida, al engrandecimiento de Costa Rica. Todo lo cual fue el resultado de una dedicación perenne y activa, al estudio y el trabajo.

Por lo que este artículo pretende ser un homenaje justo y merecido, a uno de los hijos de Costa Rica, cuyo retrato penderá, con todo merito y valía, en las paredes de la Sala de Beneméritos de la Patria, de nuestro Poder Legislativo.

## Genealogía y primeros años de vida

El origen genealógico de don Luis Demetrio Tinoco, está afincado en uno de los linajes familiares de más raigambre del siglo XIX en Costa Rica. Cuando el ciudadano nicaragüense, don Saturnino Tinoco López, arribó a nuestra patria en 18392, en compañía de su joven esposa costarricense, doña María Joaquina Iglesias Llorente; lo que propicio el establecimiento de éste apellido en nuestro suelo.

Dicho matrimonio se verificó en Nicaragua en 1837<sup>3</sup>, debido al traslado, que cuatro años antes, en 1835, había efectuado el ciudadano cartaginés y padre de doña María, don Joaquín de Iglesias Vidamartel. Como producto del exilio forzoso, al que había sido condenado, por parte del Jefe de Estado, don Braulio Carrillo C.

Lo anterior, debido a la profusa participación armada de Iglesias Vidamartel<sup>4</sup>, en los hechos de la “Guerra de

<sup>2</sup> ORTÍZ VOLIO, Félix, “Genealogía de la casa de D. Saturnino Díaz de Tinoco y López”, Revista de la Academia Costarricense de Ciencias Genealógicas, 1994, No. 34, p. 112.

<sup>3</sup> FERNÁNDEZ CASTILLO, Rodrigo, “Los Tinoco de Europa y los Tinoco de Costa Rica”, Periódico “La Prensa Libre”, 6 de junio de 2002, p. 8.

<sup>4</sup> SÁENZ CARBONELL, Jorge F., “Los años de la Ambulancia” (1834-1838), 1989, p. 117.

la Liga” (1835), cuando formó parte de la coalición de insurrectos de Cartago, Heredia y Alajuela, que se enfrentó a los vecinos de San José, por el intento infructuoso de las tres primeras ciudades, en que la capital de la nación se estuviere trasladando cada cierto tiempo, entre las cuatro provincias, según lo dispuesto en la insólita y malograda “Ley de la Ambulancia”.

Por lo que para 1839, y habiendo decretado el mandatario Carrillo Colina, una amnistía para todos los exiliados políticos, don Joaquín decidió volver a nuestro territorio<sup>5</sup>, en compañía de su familia y su nuevo hijo político.

Una vez en Costa Rica, don Saturnino se domicilió primero en Cartago y algún tiempo después en San José, con la idea de emprender una serie de negocios comerciales en la joven capital costarricense, especialmente relacionados al incipiente cultivo del café, como producto de la adquisición de unas parcelas en los terrenos de “Las Pavas”.<sup>6</sup>

Asimismo, compró en 1841, al Jefe de Estado Carrillo Colina, una casa ubicada en las inmediaciones de la antigua iglesia del Carmen (San José), en donde edificó posteriormente una vivienda de grandes proporciones. La cual, con el paso del tiempo, fue albergue de los juzgados y alcaldías de la capital y tiempo después, y hasta el presente, sede central del Banco de Costa Rica.<sup>7</sup>

En dicho hogar, don Saturnino y doña María Joaquina, procrearon varios hijos, entre los que destacó el octavo de ellos, don Demetrio Tinoco Iglesias. El cual, se desempeñó durante largo tiempo, como Gobernador Militar de Cartago y en la segunda administración presidencial de don Rafael Iglesias Castro, en el cargo de Secretario de Guerra y Marina.<sup>8</sup>

Don Demetrio contrajo matrimonio en primeras nupcias, con la señorita Dolores Gutiérrez Iglesias, producto de lo cual, se dio el nacimiento del primero de sus hijos, don Luis Demetrio Tinoco Gutiérrez, quien a su vez, se unió en matrimonio con la señorita Olivia Castro Gutiérrez.<sup>9</sup> Hecho que permitiría el advenimiento del pequeño Luis Demetrio de la Trinidad Tinoco Castro, en horas del mediodía, del 26 de septiembre de 1905<sup>10</sup>, en la ciudad de Cartago.<sup>11</sup>

Su educación básica la realizó en tres instituciones: el primer grado en la escuela de Cervantes<sup>12</sup>, el segundo y tercer grados en la escuela Buenaventura Corrales, y el cuarto y quinto grados, en la antigua escuela Juan Rafael Mora

<sup>5</sup> FERNÁNDEZ GUARDIA, Ricardo, “La Guerra de la Liga y la invasión de Quijano”, 2007, p. 47.

<sup>6</sup> OBREGÓN QUESADA, Clotilde, “Carrillo: Una época y un hombre” (1835-1842), 1989, p. 99.

<sup>7</sup> ORTÍZ VOLIO, op.cit., 1994, p. 117.

<sup>8</sup> GRUB LUDWIG, Udo, “Diccionario Cronológico y Genealógico del Poder Ejecutivo de Costa Rica” (1821-1998), obra inédita, tomo segundo, p. 164.

<sup>9</sup> FERNÁNDEZ CASTILLO, Rodrigo, “Los Tinoco de Europa y los Tinoco de Costa Rica”, Periódico “La Prensa Libre”, 13 de junio de 2002, p. 8.

<sup>10</sup> Certificación de Nacimiento: Libro No. 30 de nacimientos de la provincia de Cartago, folio 185, asiento 3050. Oficialía Mayor Civil, Registro Civil, Tribunal Supremo de Elecciones.

<sup>11</sup> MATA GAMBOA, Jesús, “Monografía de Cartago”, 1999, p. 726.

<sup>12</sup> GONZÁLEZ GARCÍA, Yamileth, “Un visionario triunfador”, Periódico La Nación (Sección Ancora), 7 de septiembre de 2008, p. 7.

Porras<sup>13</sup> (actual Teatro Melico Salazar, en San José). Paralelo a ello, formó parte del primer grupo de Boy Scouts de Costa Rica.<sup>14</sup>

Posteriormente, realizó un nuevo triplete estudiantil, al iniciar en 1917, la educación secundaria, en el Colegio San Luis Gonzaga<sup>15</sup>, para después trasladarse al Liceo de Costa Rica en 1918, y volver al centro de estudios cartaginés en 1918, obteniendo en esta institución, el título de Bachiller en Ciencias y Letras, en 1921.<sup>16</sup>

## Inicio del periplo público

Para 1922, y a pesar de su intención inicial en cursar la carrera de Ingeniería (la cual no se impartía en el país), ingresó a la Escuela de Derecho, obteniendo el título de Bachiller en Leyes en 1925 y el de Licenciado en Derecho, el 29 de diciembre de 1926<sup>17</sup>, cuando presentó de modo brillante, la tesis de graduación titulada “Evolución del Socialismo”.<sup>18</sup> Lo que le permitió incorporarse al Colegio de Abogados, con el carné No. 139.<sup>19</sup>

Durante su época de estudiante, trabajó como redactor y cronista parlamentario, en los periódicos “El Heraldo de Costa Rica” y “El Diario del Comercio” (1922), y como Oficial Mayor del recién creado “Registro Judicial de Delincuentes” (1924).<sup>20</sup>

A partir de 1927, y con el fin de ampliar las inquietudes intelectuales que siempre le acompañaron, decidió trasladarse a proseguir estudios superiores, allende a nuestras fronteras. Por lo ingresó al Foreign Service School de la prestigiosa Universidad de Georgetown (Washington), con el fin de cursar estudios en Derecho Internacional, así como a la afamada Universidad de Columbia (New York), en la que estudió Economía Política, en 1928.<sup>21</sup>

Al regresar a Costa Rica en 1929, asumió la dirección y administración de la afamada “Revista de Costa Rica”<sup>22</sup> (en su segunda etapa), cuya temática expandió a los más diversos tópicos del quehacer nacional. El primer ejemplar bajo su guía, se publicó en el mes de mayo, bajo la consigna de ser el órgano difusor de la incipiente “Sociedad Costarricense de Geografía e Historia”.<sup>23</sup>

De modo paralelo, inició un intrincado periplo docente, al impartir clases de Educación Cívica en el Liceo de Costa Rica<sup>24</sup>, la materia de Economía Agrícola en la

<sup>13</sup> Academia de Geografía e Historia de Costa Rica, “Discurso de don Luis Demetrio Tinoco”, en “40 Aniversario” (1940-1980), 1982, p. 32.

<sup>14</sup> ARCE VÍQUEZ, Juan G. y SANDÍ FALLAS, Kimberly, “Bio-bibliografía del Lic. Luis Demetrio Tinoco Castro”, 2005, p 14.

<sup>15</sup> GONZÁLEZ GARCÍA, op. cit., 2008, p. 7.

<sup>16</sup> www.fundacionluisdemetriotinoco.com

<sup>17</sup> Colegio de Abogados de Costa Rica, “Catalogo de Abogados”, 1968, p. 47

<sup>18</sup> DOBLES SEGREDA, Luis, “Índice Bibliográfico de Costa Rica” (Tomos VIII), 1936, p. 374.

<sup>19</sup> Colegio de Abogados de Costa Rica, “Catalogo de Abogados”, 1960, p. 14.

<sup>20</sup> www.fundacionluisdemetriotinoco.com

<sup>21</sup> MONGE ÁLVAREZ, Luis A., “Benemeritazgo para don Luis Demetrio Tinoco”, Periódico “Diario Extra”, 30 de agosto de 2008 (sección editorial).

<sup>22</sup> “Homenaje a don José F. Trejos Quirós”, Revista de Costa Rica, 1971, No. 1, p. 6.

<sup>23</sup> TINO CO CASTRO, Luis D., “A nuestros lectores”, Revista de Costa Rica, 1929, No. 1, pp. 1-4.

<sup>24</sup> ARCE VÍQUEZ y SANDÍ FALLAS, op. cit., 2005, p 15.

Escuela Nacional de Agricultura<sup>25</sup>, y los cursos de Economía Política, Derecho Fiscal y Finanzas Públicas<sup>26</sup> en la Escuela de Derecho. Estas ultimas tres materias, en las que fue nombrado como profesor propietario desde 1937.<sup>27</sup>

A mediados del segundo mandato presidencial del ex gobernante Cleto González Víquez (1928-1932), y debido al reconocimiento que se empezó a gestar entorno a su persona, por el conocimiento que tenía respecto de las ciencias económicas, don Luis Demetrio fue nombrado en 1931, como Subsecretario de Hacienda y Comercio.<sup>28</sup> A partir de 1932, fue electo como Diputado, por su provincia natal Cartago<sup>29</sup>, como militante del otrora Partido Republicano. Mismo cargo público, que volvería a ejercer durante el bienio 1934 -1936.<sup>30</sup>

Hasta que con motivo de la campaña electoral de 1939, fue uno de los más entusiastas y decididos partidarios que coadyuvaron en el amplio triunfo del candidato del Partido Republicano, Dr. Rafael Ángel Calderón Guardia, en dichos comicios. Motivo por el cual, y unido al prestigio que bahía adquirido en los años precedentes, el citado mandatario electo, le solicitó que asumiese la importante Secretaría de Educación Pública.<sup>31</sup>

### La Universidad de Costa Rica

A pesar de los inconmensurables esfuerzos que en 1883, y como Secretario de Instrucción Pública<sup>32</sup>, había realizado el Dr. Eusebio Figueroa Oreamuno<sup>33</sup>, por restablecer a la antigua Universidad de Santo Tomás (cercenada en sus funciones en 1874<sup>34</sup>), un lustro después, las autoridades del Poder Ejecutivo tomaron una de las decisiones más polémicas de nuestra historia patria.

Cuando basándose en una serie de argumentos ostensiblemente discutibles, el Presidente de la República, Lic. Bernardo Soto Alfaro y el Secretario de Instrucción Pública, Lic. Mauro Fernández Acuña, firmaron el 20 de agosto de 1888, el decreto No. 77<sup>35</sup>, que dispuso el cierre de la afamada universidad decimonónica. Creando en sustitución de ella, varias escuelas profesionales, entre las que destacó, la otrora Escuela de Derecho.

25 [www.fundacionluisdemetriotinoco.com](http://www.fundacionluisdemetriotinoco.com)

26 GONZÁLEZ GARCÍA, op. cit., 2008, p. 7.

27 MARTÍN CARRANZA, Gregorio, "Guía de la Universidad de Costa Rica", *Anales de la Universidad de Costa Rica*, No. 4, 1942, p. 39.

28 GRUB LUDWIG, op. cit., obra inédita, p. 224.

29 OBREGÓN LORÍA, Rafael, "El Poder Legislativo en Costa Rica", 1995, p. 453.

30 STONE ZEMURRAY, Samuel, "La Dinastía de los Conquistadores", 1976, p. 555.

31 FERNÁNDEZ GUARDIA, Ricardo, "Cartilla Histórica de Costa Rica", 1984, p. 153.

32 GRUB LUDWIG, op. cit., obra inédita, p. 135.

33 Fundador y primer Presidente de la Junta Directiva del Colegio de Abogados en 1881. ARIAS CASTRO, Tomás Federico, "Dr. Eusebio Figueroa Oreamuno" (Su derrotero e impronta en la historia decimonónica costarricense), obra inédita, pp. 74-79.

34 Debido a la creación del llamado Instituto Nacional, al cual se le habían asignado las instalaciones, enceres, personal y presupuesto de la Universidad de Santo Tomás, por disposición del Decreto No. XXXII. Colección de Leyes y Decretos (1874), pp. 90-93 y OBREGÓN LORÍA, Rafael, "Los Rectores de la Universidad de Santo Tomás", 1955, p.114.

35 Colección de Leyes y Decretos (1888), pp. 477-478.

Ante esta decisión tan desafortunada, surgieron una serie de oposiciones en distintos sectores académicos e intelectuales del país. Los cuales consideraron que dicha medida no solo atentaba contra el desarrollo educacional y cultural del país, sino que afectaba el derrotero académico de nuestra patria, pues se estaba vedando a un numeroso grupo de ciudadanos, la posibilidad de iniciar o mantener sus estudios superiores.

Al día siguiente, 21 de agosto y por disposición del Acuerdo No. 89<sup>36</sup>, el Poder Ejecutivo dispuso que el Colegio de Abogados, asumiese la designación de los profesores de la novel Escuela de Derecho, confiando al Presidente de dicho cuerpo gremial, la dirección académica; la Secretaría de Instrucción Pública, se convirtió en el órgano rector de la citada institución, en materia administrativa. Así, la Escuela de Derecho entró en funciones, el lunes 25 de marzo de 1889<sup>37</sup>, manteniéndose bajo la égida de la mencionada Secretaría, por espacio de dos años.

En ese mismo año de 1889, el Lic. Félix Arcadio Montero Monge (antiguo Rector Interino de la Universidad de Santo Tomás<sup>38</sup>) fue electo como diputado. A raíz de lo cual, desplegó una serie de esfuerzos, en pos de lograr la reapertura de dicha universidad, presentando un proyecto de ley que buscaba la supresión del Decreto No. 77 de 1888.

Ello se materializó finalmente el 1 de agosto de 1890, cuando el Congreso de la República, votó afirmativamente, el proyecto de cita. El cual estipuló no solo la derogatoria del Decreto No. 77, sino el restablecimiento de todas las atribuciones y prerrogativas de la feneida Universidad de Santo Tomás.<sup>39</sup>

Lamentablemente el anterior decreto, no pasó de las intenciones esgrimidas en el papel. Pues a pesar de lo contundente del articulado, ni el Presidente de la República, Lic. José Joaquín Rodríguez Zeledón, ni el Secretario de Instrucción Pública, Dr. Pánfilo Valverde Carranza<sup>40</sup>, realizaron acto alguno que pusiese de nuevo en funcionamiento, al otrora centro de estudios superiores.

Ante este panorama, Montero Monge presentó en 1891<sup>41</sup>, a las autoridades de la Secretaría de Instrucción Pública, el proyecto para el establecimiento un ente que de modo temporal, impartiese la carrera de Leyes, pero suprimiendo la regencia que la citada Secretaría venía ejerciendo desde 1888. Mientras la restauración de la Universidad se hacía efectiva.

En virtud de ello, el Secretario Valverde Carranza, emitió en marzo de ese año, el acuerdo No. CL<sup>42</sup>, por el que se creó una Escuela "provisional" de Derecho, encargando

36 Colección de Leyes y Decretos (1888), p. 498.

37 Colección de Leyes y Decretos (1889), p. 116.

38 OBREGÓN LORÍA, op. cit., 1955, p. 180.

39 Colección de Leyes y Decretos (1890), pp. 562-563.

40 GRUB LUDWIG, op. cit., obra inédita, p. 155.

41 Colección de Leyes y Decretos (1891), p. 140

42 Colección de Leyes y Decretos (1891), p. 140.

nuevamente al Colegio de Abogados, la dirección de dicho ente. Estipulación ratificada en julio de 1891, cuando el Congreso emitió el decreto No. XXIII<sup>43</sup>, y que fue complementado con la emisión del primer “Reglamento de la Escuela de Derecho”, el día 10 de octubre de 1892.<sup>44</sup>

Para septiembre de 1926 y con la idea de poseer una nueva edificación que estuviere acorde al prestigio de la carrera jurídica, se dio la colocación de la primera piedra del soberbio edificio la Escuela de Derecho, en el barrio González Lahmann<sup>45</sup> (propriamente en los terrenos del actual primer circuito Judicial de San José), en un acto solemne presidido por el presidente de la junta directiva del Colegio de Abogados, Lic. Alejandro Alvarado Quirós.<sup>46</sup>

En dicho evento, se empezó a plantear de nuevo, por parte de los integrantes del gremio forense, la posibilidad de creación de un claustro universitario para el país, que no solo albergare a los educandos en materia jurídica, sino que estuviese compuesto por alumnos y profesores de los más diversos ordenes profesionales.

Idea que comenzó a proyectarse en marzo de 1935, bajo la tercera administración del Lic. Ricardo Jiménez Oreamuno (1932-1936), cuando el Secretario de Educación Pública, Lic. Teodoro Picado Michalski<sup>47</sup>, dispuso la llegada al país, de una comisión tripartita pedagógica de Chile<sup>48</sup>, integrada por los catedráticos Luis Galdames, Oscar Bustos y Arturo Piga, con el fin de que redactasen un ante-proyecto en ese sentido. Trabajo que se plasmó ese mismo año, en una obra escrita y titulada por Galdames, con el nombre de “La Universidad Autónoma”.<sup>49</sup> Pero por distintas razones, el proyecto de marras finalmente no logró consolidarse.

Es en este panorama, que don Luis Demetrio aceptó en 1940, el desempeño de la Secretaría de Instrucción Pública, bajo el compromiso decidido del Dr. Calderón Guardia, de apoyar su propuesta de apertura de una nueva universidad pública.<sup>50</sup> Pues ambos personajes coincidían plenamente en la necesidad que tenía Costa Rica de volver a contar con una casa de estudios superiores.

Objetivo el cual, después de vencer una serie incommensurable de opiniones y actuares contrarios, se materializó el 15 de junio de 1940<sup>51</sup>, cuando el Congreso aprobó el proyecto de ley para la creación de una nueva universidad.

43 Colección de Leyes y Decretos (1891), pp. 5-6.

44 FUMERO VARGAS, Patricia, “Colegio de Abogados de Costa Rica: 120 años de historia” (1881-2001), 2001, p. 74.

45 ARIAS CASTRO, Tomás Federico, “De la Universidad de Santo Tomás a la Universidad de Costa Rica” (165 años de Historia de la Facultad de Derecho), Revista IUS Doctrina (Facultad de Derecho de la U.C.R.), 2008, No. 2, p. 93.

46 OBREGÓN LORÍA, Rafael y MOLINA de LINES, María, “Algunos acontecimientos importantes que contribuyeron a la creación de la Universidad de Costa Rica”, en “Rectores de la Universidad de Costa Rica”, sin año, p 26.

47 Estrada Molina, Ligia. Teodoro Picado M: su aporte a la historiografía, 1967. página 189.

48 RODRÍGUEZ VEGA, Eugenio, “Nacimiento de la Universidad de Costa Rica”, en “Rectores de la Universidad de Costa Rica”, sin año, p 32.

49 Al respecto, véase: GALDAMES, Luis, “La Universidad Autónoma”, 1935.

50 TINOCO CASTRO, Luis Demetrio, “La Universidad de Costa Rica: Trayectoria de su creación”, 1983, pp. 27-28.

51 ARIAS CASTRO, Tomás Federico, “Ius, Universitas, Collegium”, Revista El Foro, Colegio de Abogados, 2006, No. 7, p. 11.

Así, el 26 de agosto de 1940<sup>52</sup>, el citado mandatario y don Luis Demetrio, firmaron la ley No. 362, “Ley Orgánica de la Universidad de Costa Rica”<sup>53</sup>, que en su artículo primero expuso: “...Create, con el nombre de Universidad de Costa Rica, una institución docente y de cultura superior que tendrá por misión cultivar las ciencias, las letras y las bellas artes, difundir su conocimiento y preparar para el ejercicio de las profesiones liberales...”<sup>54</sup>

La cual se instaló de modo formal, el 7 de enero de 1941<sup>55</sup>, en la biblioteca de la Escuela de Derecho, cuando se reunió su primer Consejo Universitario, presidido por don Luis Demetrio, en calidad de Rector A.I.<sup>56</sup> (por su condición de Secretario de Instrucción Pública); cargo que ejerció entre el 1 de diciembre de 1943 y el 12 de marzo de 1944.<sup>57</sup>

El nuevo claustro superior, mantuvo el escudo, la divisa y la bandera de la antigua Universidad de Santo Tomás, e inició lecciones el día 7 de marzo del citado año<sup>58</sup>, cuando se matricularon un total de 719 estudiantes.

Acto de inauguración formal que estuvo presidido por el presidente Calderón Guardia y por don Luis Demetrio<sup>59</sup>, como representantes del Poder Ejecutivo, siendo bendecidas sus instalaciones por el Arzobispo Metropolitano, Mons. Víctor Manuel Sanabria Martínez.<sup>60</sup> Contando como acto principal, con la entrega simbólica del pabellón de la Universidad de Santo Tomás, por parte de don Anastasio Alfaro González<sup>61</sup> (antiguo alumno y graduado en Derecho, de este centro) al joven estudiante de Derecho, don Gonzalo Facio Segreda.<sup>62</sup>

## Otros acápite ministeriales

Una de las principales obras de don Luis Demetrio en el ejercicio de su cargo ministerial, fue la de dotar a Costa Rica de un ente que se encargase de la investigación, recopilación y difusión de todos los elementos relacionados a nuestra historia y geografía patrias. Obra que ya se había tratado de implementar en 1928 cuando se creó la ya mencionada “Sociedad Costarricense de Geografía e Historia”<sup>63</sup>. Pero, tanto la falta de interés gubernamental, como el exiguo respaldo económico, dieron al traste con este primer intento.

52 ARIAS CASTRO, op. cit., 2008, p. 96.

53 Colección de Leyes y Decretos (1940), pp. 442-443.

54 BARAHONA JIMÉNEZ, Luis, “La Universidad de Costa Rica” (1940-1973), 1976, p. 41.

55 RODRÍGUEZ VEGA, op. cit., sin año, p 37.

56 Universidad de Costa Rica, “Álbum conmemorativo”, 1941, sin numerar.

57 SOTO VALVERDE, Gustavo, “50 Aniversario de los Estudios Generales de la UCR”, 2007, p. 72.

58 MÉNDEZ A., Ricardo, MELÉNDEZ CH., Carlos, ZELEDÓN C., Elías y CARBALLO Q., Alberto, “Almanaque Histórico Costarricense”, 1999, p. 46.

59 Universidad de Costa Rica, op. cit., 1941, sin numerar.

60 HIDALGO BRENES, Mario, “Dr. Rafael Ángel Calderón Guardia: Reformador Social de Costa Rica”, 1983, p. 59.

61 TINOCO CASTRO, op. cit., 1983, p. 451.

62 ARIAS CASTRO, op. cit., 2006, No. 7, p. 11.

63 Academia de Geografía e Historia de Costa Rica, “Conmemoración del 25 aniversario de la Academia de Geografía e Historia de Costa Rica”, 1965, p. 11.

En ese sentido y según las propias palabras de don Luis Demetrio: "...tenía apenas tres o cuatro meses de haber ocupado el Ministerio, que haciéndome un gran honor me confirió el ex presidente de la República Dr. Calderón Guardia, cuando se presentó una oportunidad, para darle a la Sociedad vida de nuevo...con un insignificante aporte estatal de 600 colones al mes (ello unido a) que el eminente historiador nacional don Ricardo Fernández Guardia...dejó de ser Director de los Archivos Nacionales y entonces pudo dedicar todos sus esfuerzos y empeños a la Sociedad de Geografía e Historia de Costa Rica..."<sup>64</sup>

Para lo cual, el presidente Calderón Guardia y el Secretario Tinoco Castro, firmaron el diez de julio de 1940, el Decreto No. VII, que conformó la "Sociedad de Geografía e Historia de Costa Rica"<sup>65</sup>, invitándose a participar en ella a los más destacados investigadores de historia costarricense. Los cuales se reunieron el 12 de octubre de 1940, en el Teatro Nacional<sup>66</sup>, para realizar su primera sesión.

Como reconocimiento a su invaluable labor y en cumplimiento a lo establecido en el artículo 13 del acta constitutiva de la entidad recién formada, don Luis Demetrio fue electo como primer presidente de su Junta Directiva, entre 1940 y 1944. Volviendo a ejercer dicho cargo entre 1950 y 1952, así como la vicepresidencia en 1954-1955, y una de las vocalías entre 1977 y 1979. Estos últimos dos cargos, cuando la sociedad pasó a denominarse "Academia de Geografía e Historia de Costa Rica".

De modo paralelo, y siempre desde su cargo ministerial, planteó el proyecto (aprobado por decreto) para que los colegios privados pudieran otorgar el título de Bachillerato<sup>67</sup>, contribuyó a la creación del Consejo Superior de Educación, el Consejo de Deportes, El Conservatorio Nacional de Música, el Comité de Becas, la Escuela de Enseñanza Especial y codificó todas las leyes, reglamentos y decretos en materia educacional bajo el título de "Código de Educación"<sup>68</sup>, el cual también se aprobó como decreto ejecutivo.

Propuso asimismo a la Asamblea Universitaria de la U.C.R., la creación de la "Escuela de Ciencias Económicas y Sociales", la cual, una vez instalada, le nombró como su primer Decano (1943-1947) y profesor honorario.<sup>69</sup>

Finalmente, y ante la renuncia de don Carlos M. Escalante Duran, como Secretario de Hacienda y Comercio, de la administración Calderón Guardia, don Luis Demetrio asumió dicho puesto entre abril y agosto de 1943<sup>70</sup>, apoyando

64 Academia de Geografía e Historia de Costa Rica, *op. cit.*, 1982, pp. 33-34.

65 "Creación de la Sociedad de Geografía e Historia de Costa Rica", *Revista de los Archivos Nacionales*, 1940, No. 7 y 8, p. 348.

66 Academia de Geografía e Historia de Costa Rica, *op. cit.*, 1965, p. 12.

67 [www.fundacionluisdemetriotinoco.com](http://www.fundacionluisdemetriotinoco.com)

68 ARCE VÍQUEZ y SANDÍ FALLAS, *op. cit.*, 2005, p 15.

69 MARTÍN CARRANZA, *op. cit.*, 1942, pp. 140-141.

70 GRUB LUDWIG, *op. cit.*, obra inédita, p. 235

e impulsando la ley No. 49 del 22 de julio de 1943<sup>71</sup>, que permitió la creación del primer órgano cooperativo del país: "Cooperativa Agrícola Industrial Victoria".<sup>72</sup>

### Periplo diplomático

Una de las facetas mas prolíficas y destacadas de don Luis Demetrio, fue su eximia y aquilatada labor diplomática. Producto de la cual, brindó a Costa Rica, algunas de sus actuaciones mas brillantes.

Carrera la cual inició en 1942, al ser nombrado Enviado Extraordinario y Plenipotenciario en misión especial, ante los gobiernos de Argentina, Colombia, Chile y Perú. Seguido de su asistencia en 1944, como parte de la delegación costarricense, a la afamada "Conferencia de Bretón Woods"<sup>73</sup>, que permitió la fundación del Banco Mundial (BM) y el Fondo Monetario Internacional (FMI). Asimismo, participó en 1945, como nuestro representante, en la "Conferencia sobre problemas de la guerra y de la paz"<sup>74</sup>, en México. Año en que también asistió, como integrante de la delegación de Costa Rica, en la "Conferencia de San Francisco"<sup>75</sup>, que dio origen a la Organización de las Naciones Unidas (ONU).

En 1946, ejerció ad honorem, el cargo de Enviado Extraordinario y Plenipotenciario ante varias embajadas europeas<sup>76</sup>, como Francia y Bélgica, y como Embajador Especial en Misión Diplomática, ante la Santa Sede.<sup>77</sup> Asistiendo como delegado de Costa Rica, en la "Conferencia de las Naciones Unidas", en Cuba.

Posteriormente actuó como representante de nuestra nación, en la "Conferencia de Ministros de Relaciones Exteriores de América" en 1960, y acudió como delegado de Costa Rica, ante la conferencia<sup>78</sup> en que se creó el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) en 1959. También desempeñó en 1960, el cargo de Embajador de nuestra patria, ante los gobiernos de Alemania Occidental, Noruega y Suecia.<sup>79</sup>

Entre 1966 y 1968, el presidente José Joaquín Trejos Fernández, lo designó como Embajador en Jefe de la Misión Permanente de Costa Rica ante las Naciones Unidas<sup>80</sup>, accediendo en virtud de ello, a la vicepresidencia<sup>81</sup> de la Asamblea General de dicho órgano. Mientras que entre 1968

71 "Coopevictoria: Historia de nuestra empresa", en [www.coopevictoria.com](http://www.coopevictoria.com)

72 [www.fundacionluisdemetriotinoco.com](http://www.fundacionluisdemetriotinoco.com)

73 SÁENZ CARBONELL, Jorge F., "Historia Diplomática de Costa Rica" (1910-1948), Tomo II, 2000, p. 687.

74 Academia de Geografía e Historia de Costa Rica, *op. cit.*, 1982, p. 38.

75 SÁENZ CARBONELL, Jorge F. y CASCANTE SEGURA, Carlos H., "Diccionario biográfico de la Diplomacia Costarricense", 2006, p. 175.

76 GONZÁLEZ GARCÍA, *op. cit.*, 2008, p. 7.

77 SÁENZ CARBONELL, *op. cit.*, 2000, pp. 650-651 y 664-666.

78 [www.fundacionluisdemetriotinoco.com](http://www.fundacionluisdemetriotinoco.com)

79 MONJE ÁLVAREZ, *op. cit.*, 2008 (sección editorial).

80 RODRÍGUEZ S., Irene, "Luis Demetrio Tinoco fue declarado Benemérito de Cultura y Educación", *Periódico La Nación*, 15 de abril de 2010, p. 16 A.

81 ARCE VÍQUEZ y SANDÍ FALLAS, *op. cit.*, 2005, p. 17.

y 1970, ejerció como Embajador de Costa Rica en los EE.UU. y Canadá, y Embajador Permanente ante la Organización de Estados Americanos (OEA).<sup>82</sup>

Finalmente, en 1979, fue electo como miembro de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA, siendo reelecto en 1981 y hasta 1985.<sup>83</sup> Puesto desde el cual, fue designado como Presidente y Vicepresidente de dicho ente regional.

### Ciudadano de mil facetas

La ya de por si ilustre vida de don Luis Demetrio, se vio complementada con una serie de episodios profesionales y laborales, a los cuales también se dedicó con el ahínco del que hacia gala.

Así, cuando regresó a Costa Rica en 1946, fue electo como Presidente de la Junta Directiva del Colegio de Abogados, para el bienio 1946-1947, en cuya ocasión estuvo acompañado de los juristas: Napoleón Valle P., Gonzalo Salazar C., Froylan González L., Mario Barrantes S., Luis Bonilla C., José Pujol P., Julio Ruiz S., Gonzalo Dobles S., Napoleón Sanabria C. y Máximo Acosta S.<sup>84</sup>

En 1947, ingresó a la afamada Academia Costarricense de la Lengua<sup>85</sup>, como segundo ocupante de la silla L<sup>86</sup>, cuyo primer titular, había sido el eximio jurista costarricense, Lic. Alberto Brenes Córdoba<sup>87</sup> (antiguo profesor del joven estudiante Tinoco Castro, en los cursos de Historia del Derecho y Derecho Civil<sup>88</sup>, en la Escuela de Derecho). También se incorporó como Académico Correspondiente de la Real Academia Española, ingresó al Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional y fue nombrado como Miembro titular del Instituto de Cultura Hispánica de Madrid, desde 1975.<sup>89</sup>

A partir de las administración presidencial del ex mandatario Ulate Blanco (1949-1953) y durante los subsiguientes gobiernos de los presidentes Figueres Ferrer (1953-1958), Echandi Jiménez (1958-1962) y Orlich Bolmarcich (1962-1966), desempeño el honroso cargo de miembro del Consejo Superior de Educación.<sup>90</sup>

De modo paralelo, ejerció en el citado gobierno de Echandi Jiménez, el cargo de Ministro de Estado a cargo de la Secretaría General del Gobierno<sup>91</sup> (actual Ministerio de

<sup>82</sup> *Academia de Geografía e Historia de Costa Rica, op. cit., 1982, p. 37.*

<sup>83</sup> SÁENZ CARBONELL y CASCANTE SEGURA, *op. cit.*, 2006, p. 175.

<sup>84</sup> FUMERO VARGAS, *op. cit.*, 2001, p. 123.

<sup>85</sup> BONILLA BALDARES, Abelardo, "Historia de la Literatura Costarricense", 1967, p. 289.

<sup>86</sup> "Nómina histórica de Académicos de la Academia Costarricense de la Lengua", en [www.acl.ac.cr](http://www.acl.ac.cr)

<sup>87</sup> Considerado como el jurista costarricense más destacado de nuestra historia. ARIAS CASTRO, Tomás Federico, "Lic. Alberto Brenes Córdoba" (Vida y obra del jurisperito por antonomasia en Costa Rica), Edición Especial, Revista El Foro, Colegio de Abogados, 2008, pp. 4-13.

<sup>88</sup> Anexo: "Nómina de profesores de la Escuela de Derecho" (1924), Revista de Costa Rica, 1925, No. 1-2, p. 42.

<sup>89</sup> [www.fundacionluisdemetriotinoco.com](http://www.fundacionluisdemetriotinoco.com)

<sup>90</sup> Academia de Geografía e Historia de Costa Rica, *op. cit.*, 1982, p. 38

<sup>91</sup> GRUB LUDWIG, *op. cit.*, obra inédita, p. 276.

la Presidencia), entre junio de 1958 y noviembre de 1959. Así como el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, de forma interina, entre septiembre y octubre de 1958 y agosto de 1959.

En febrero de 1975, y junto a otros diecisiete intelectuales y académicos costarricenses, firmó el acta de constitución de la fundación "Universidad Autónoma de Centroamérica"<sup>92</sup>, que dio origen a la casa de estudios superiores homónima (primera universidad privada de Costa Rica).

Hecho que lo convirtió en el único costarricense, que ha tenido el honor de firmar los documentos de creación, de las dos primeras Universidades de nuestra nación, en el siglo XX.

### Obras literarias

Como complemento a su incansable labor de investigación y estudio, el Lic. Tinoco Castro, redactó y publicó una serie de opúsculos, artículos, folletos y obras literarias en los que desarrolló una gran pléyade de temas y en las que desplegó no solo una erudición destacada, sino un lenguaje y estilo rigurosos.

Entre sus principales escritos se encuentran los libros: "Ley General de Instituciones bancarias" (1933), "Proyecto de Ley de Seguros de Vejez y retiro de los empleados y obreros de la Imprenta Nacional" (1934), "Apuntes de finanzas y derecho fiscal costarricense" (1940), "El problema de la carestía de la vida y la reforma tributaria" (1943), "Por un nuevo Derecho del Mar" (1978), "La Universidad de Costa Rica: Trayectoria de su creación" (1983), e "Historia del desenvolvimiento económico de Costa Rica" (obra inédita)<sup>93</sup>

Así como los artículos: "Estatuto político de la provincia de Costa Rica: 16 de marzo de 1823" (1923), "Efemérides nacionales" (1925), "La nueva Universidad" (1943), "Derecho de Patronazgo" (1950), "Don Ricardo Fernández Guardia, diplomático" (1950), "Evocación del 17 de agosto de 1850" (1950), y "El ilustre Colegio de Abogados de Costa Rica, en el centenario de su fundación" (1981). Además del discurso: "San Martín: En el centenario de su muerte" (1950).

Participó también en calidad de co-autor en las obras: "Estudio de moneda y tarifas: Contratos del Estado con la compañía ferrocarrilera de Costa Rica"<sup>94</sup> (1966) y "San José y sus comienzos: Documentos fundamentales"<sup>95</sup> (1987). Asimismo, elaboró un notable y erudito introito<sup>96</sup>, para la obra "Población de Costa Rica y orígenes de los

<sup>92</sup> Universidad Autónoma de Centroamérica, "Acta Académica", 2009, p. 27.

<sup>93</sup> BONILLA BALDARES, *op. cit.*, 1967, p. 289.

<sup>94</sup> Coautor: Rodrigo Soley Carrasco.

<sup>95</sup> Coautores: El ex Presidente de la República Cleto González Víquez y el historiador Francisco María Núñez. GONZÁLEZ VÍQUEZ Cleto, NÚÑEZ MONGE, Francisco M. y TINOCO CASTRO, Luis D., "San José y sus comienzos: documentos fundamentales", 1987, p. 3.

<sup>96</sup> Biblioteca Patria, "Población de Costa Rica y orígenes de los costarricenses", 1977, pp. 7-13.

costarricenses” (1977), el cual destacó por el minucioso acápite de referencias al pie de pagina que utilizó para su redacción.

Unido a ello y debido a su preclaro afán de investigador histórico, había logrado recopilar y rescatar una de las dos colecciones de periódicos y hojas volantes mas prolíficas de nuestra historia.<sup>97</sup> En la que se encontraban valiosos ejemplares, desde los albores de esta actividad en 1830.

### Reconocimientos “In Vitae”

A lo largo de su vida, don Luis Demetrio recibió una serie de galardones y distinciones, que vinieron a ser testimonio certero, de las brillantes páginas que escribió en el desempeño de sus múltiples funciones y facetas.

Entre las que destacó la condecoración de la “Gran Cruz de San Gregorio Magno”, por parte del pontífice Pío XII, el nombramiento que le confirió el gobierno italiano como “Gran Oficial de la Orden del Mérito” (1959); la entrega de la Medalla de Oro como su fundador, por parte de la Caja de Prestamos y Descuentos de la Asociación Nacional de Educadores (1964); y el reconocimiento como gestor de la Universidad de Costa Rica, al entregársele la Medalla de Oro como su fundador, por parte del Consejo Universitario (1977).<sup>98</sup>

Asimismo el gobierno de Chile le otorgó la “Gran Cruz de la Orden del Merito”, las autoridades de República Dominicana le entregaron la “Gran Cruz de la Orden de Duarte” y el Poder Ejecutivo de Bolivia le confirió la “Medalla del Mérito al Maestro”.<sup>99</sup>

En 1980 y con motivo de la celebración del 40 aniversario de su fundación, la Universidad de Costa Rica le confirió el título más destacado de este ente, al otorgarle el Doctorado Honoris Causa.<sup>100</sup>

Recibiendo en 1982 un triple conjunto de homenajes al condecorársele por parte del Gobierno de España, con la “Gran Cruz del Mérito Civil”, el Colegio de Abogados galardonándolo con el premio “Fernando Baudrit Solera”, y la Academia Costarricense de Geografía e Historia de Costa Rica, disponiendo la colocación de su retrato<sup>101</sup>, en su Salón de Sesiones. Finalmente, en 1985, se le concedió el premio “Democracia y Libertad”, otorgado por la Cámara de Comercio de Costa Rica.<sup>102</sup>

### Ocaso y honores “Post Mortem”

A los ochenta años de edad y como epílogo a una trayectoria insigne, don Luis Demetrio falleció en la ciudad de San José, propiamente en las instalaciones del Hospital Clínica Bíblica, en horas de la madrugada, del 25 de marzo de 1986.<sup>103</sup> Su familia dispuso sepultarle, en las instalaciones del Cementerio General de la provincia de San José.<sup>104</sup>

Había contraído matrimonio con la señorita Carlota Alvarado Lahmann, el 14 de marzo de 1931<sup>105</sup>, en la Iglesia del Carmen (San José), cuyo fallecimiento acaeció el 11 de abril de 2010.<sup>106</sup> Enlace matrimonial del que nació su único hijo, don Luis Rafael Tinoco Alvarado.<sup>107</sup>

Dos años después de su deceso, en 1988, y con base en un informe colegiado, el Consejo Universitario de la U.C.R., decidió designar a la nueva Biblioteca de Ciencias Económicas e Ingenierías<sup>108</sup>, con su preclaro nombre.

Mismo acto que efectuó la Junta Administradora y el Comité Académico de la U.A.C.A., el 8 de febrero de 1991<sup>109</sup>, cuando bautizó con su nombre, a la Biblioteca de su sede central<sup>110</sup> e instauró el premio anual “Luis Demetrio Tinoco”, como reconocimiento a la mejor obra literaria, científica o tecnológica que realizase uno de los profesores de dicha Universidad.<sup>111</sup>

El miércoles 27 de Agosto de 2008, las autoridades del Consejo Universitario y de la Rectoría de la U.C.R., develaron un busto con su efigie, en los jardines exteriores de la Biblioteca que lleva su nombre. Asimismo, y gracias al empeño y esfuerzo de su hijo, se creó la fundación ”Luis Demetrio Tinoco”.<sup>112</sup>

### CONCLUSIÓN

El festejamiento de este artículo histórico, permite colegir la importancia y validez que don Luis Demetrio Tinoco Castro tuvo y sigue teniendo en los más diversos y variados acápitales, de nuestro entorno costarricense.

Ya que, el otorgamiento por parte del Congreso, del título de “Benemérito de la Cultura y la Educación Costarricense”, no sólo representa un merecidísimo homenaje

<sup>103</sup> Certificación de Fallecimiento: Libro No. 351 de Defunciones de la Provincia de San José, folio 430, asiento 859. Oficialía Mayor Civil, Registro Civil, Tribunal Supremo de Elecciones.

<sup>104</sup> Mausoleo 24, cuadro Sección Exterior, lado oeste, No. de Propiedad: 4137. Inventario de Fosas del Cementerio General de San José.

<sup>105</sup> Certificación de Matrimonio: Libro No. 40 de Matrimonios de la Provincia de San José, folio 242, asiento 443. Oficialía Mayor Civil, Registro Civil, Tribunal Supremo de Elecciones.

<sup>106</sup> Esquela mortuoria: señora Carlota Alvarado Lahmann, Periódico La Nación, 12 de abril de 2010, p. 34 A.

<sup>107</sup> ORTIZ VOLIO, op. cit., 1994, p. 148.

<sup>108</sup> RODRÍGUEZ CASTRO, Hernán, “Memoria de la Biblioteca de la Universidad de Costa Rica”, 1996, p. 32.

<sup>109</sup> “Biblioteca Luis Demetrio Tinoco” (Breve reseña histórica), en [www.uaca.ac.cr](http://www.uaca.ac.cr)

<sup>110</sup> MALAVASI VARGAS, Guillermo y GUTIÉRREZ, Pedro R., “Diccionario Biográfico de Costa Rica”, 1992, p.220.

<sup>111</sup> Universidad Autónoma de Centroamérica, op. cit., 2009, pp. 337 - 338.

<sup>112</sup> Al respecto consultese: [www.fundacionluisdemetriotinoco.com](http://www.fundacionluisdemetriotinoco.com)

<sup>97</sup> NUÑEZ MONGE, Francisco María, “Periódicos y Periodistas”, 1980, p. 112.

<sup>98</sup> Academia de Geografía e Historia de Costa Rica, op. cit., 1982, p. 39.

<sup>99</sup> ARCE VÍQUEZ y SANDÍ FALLAS, op. cit., 2005, p. 18

<sup>100</sup> GONZÁLEZ GARCÍA, op. cit., 2008, p. 7

<sup>101</sup> [www.fundacionluisdemetriotinoco.com](http://www.fundacionluisdemetriotinoco.com)

<sup>102</sup> “Rindieron homenaje a José María Crespo”, Periódico La Nación (sección Viva), 14 de noviembre de 1988, p. 11.

a un ciudadano de nuestra patria, que hizo de la vocación de servicio y del trabajo perenne, su mas representativa carta de presentación. Sino que al mismo tiempo significa, saldar una deuda ética y moral que Costa Rica estaba debiendo desde hace lustros, a uno de sus hijos más preclaros.

Por lo que no sorprende, que al presentarse a la corriente legislativa, el Proyecto No. 17.185 para dicho Benemeritazgo y habiéndose publicado en La Gaceta el 11 de noviembre de 2008<sup>113</sup>, los diputados integrantes de la Comisión de Honores, dieran su absoluto aval a dicha proposición. Proyecto aprobado en la sesión No. 151, del 6 de abril de 2010, por medio del Acuerdo No. 6413-09-10, emitido el 7 de abril siguiente y publicado el 6 de mayo de 2010, en La Gaceta.<sup>114</sup>

Pues aún y cuando, es innegable que todos los costarricenses en general, debemos un reconocimiento sempiterno al señor Tinoco Castro por sus incontables aportes en pos de nuestra patria, lo cierto es que las inconmensurables generaciones de estudiantes, que hemos pasado por las aulas universitarias, no podemos menos que emitir un sentido y emotivo agradecimiento, para don Luis Demetrio. Quien con todo merecimiento ocupa un lugar distinguido, en el sitio destinado para aquellos individuos que han forjado la grandeza de Costa Rica.

## BIBLIOGRAFÍA

### 1) Libros

- Barahona Jiménez, Luis, **La Universidad de Costa Rica (1940 - 1973)**, San José, Editorial Universidad de Costa Rica, 1976.
- Bonilla Baldares, Abelardo, **Historia de la Literatura Costarricense**, San José, Editorial Costa Rica, 1967.
- Dobles Segreda, Luis, **Índice Bibliográfico de Costa Rica (Tomo VIII)**, San José, Librería e Imprenta Lehmann y Cía. 1936.
- Fernández Guardia, Ricardo, **Cartilla Histórica de Costa Rica**, San José, Librería, Imprenta y Litografía Lehmann, 1984.
- .- **La Guerra de la Liga y la invasión de Quijano**, San José, Editorial Universidad Estatal a Distancia, 2007.
- Fumero Vargas, Patricia, **Colegio de Abogados de Costa Rica: 120 años de historia (1881 – 2001)**, San José, Instituto Costarricense de Ciencias Jurídicas del Colegio de Abogados de Costa Rica, 2001.
- González Víquez, Cleto, NUÑEZ MONGE, Francisco M. y TINOCO CASTRO, Luis Demetrio, **San José, y sus comienzos (Documentos fundamentales)**, San José, Comisión Nacional de Conmemoraciones Históricas, 1987.
- Hidalgo Brenes, Mario, **Dr. Rafael Ángel Calderón Guardia: Reformador Social de Costa Rica**, San José, Litografía e Imprenta Borrase S.A., 1983.

113 La Gaceta, No. 218 , 11 de noviembre de 2008, pp. 4 y 5.

114 La Gaceta, No. 87, 6 de mayo de 2010, p. 3.

Malavassi Vargas, Guillermo y GUTIERREZ, Pedro R., **Diccionario Biográfico de Costa Rica**, San José, Universidad Autónoma de Centroamérica, 1992.

Mata Gamboa, Jesús, **Monografía de Cartago**, Cartago, Editorial TEC de CR, 1999.

Méndez A., Ricardo, Meléndez Ch., Carlos, Zeledón C., Elías y Carballo Q., Alberto, **Almanaque Histórico Costarricense**, Heredia, Editorial UNA, 1999.

Núñez Monge, Francisco María, **Periódicos y Periodistas**, San José, Editorial Costa Rica, 1980.

Obregón Loría, Rafael, **Los Rectores de la Universidad de Santo Tomás**, San José, Editorial Universitaria, 1955.

—.- **El Poder Legislativo en Costa Rica**, San José, Asamblea Legislativa, 1995.

Obregón Quesada, Clotilde, **Carrillo: Una época y un hombre (1835-1842)**, San José, Editorial Costa Rica, 1989.

Sáenz Carbonell, Jorge F., **Los años de la Ambulancia (1834-1838)**, San José, Editorial universidad Estatal a Distancia, 1989.

—.- **Historia Diplomática de Costa Rica (1910 – 1948), Tomo II**, San José, Editorial Juricentro, 2000.

Sáenz Carbonell, Jorge F. y Cascante Segura, Carlos H., **Diccionario biográfico de la Diplomacia Costarricense**, San José, Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de Costa Rica e Instituto del Servicio Exterior: Manuel María de Peralta, 2006.

Soto Valverde. Gustavo A., **50 Aniversario de los Estudios Generales de la Universidad de Costa Rica (documentos fundamentales)**, San José, SIEDIN, 2007.

Stone Zemurray, Samuel, **La Dinastía de los Conquistadores**, San José, Editorial Universitaria Centroamericana, 1975.

Tinoco Castro, Luis Demetrio, **La Universidad de Costa Rica: Trayectoria de su creación**, San José, Editorial Costa Rica, 1983.

### 2) Folletos y Ediciones Especiales

Academia de Geografía e Historia de Costa Rica, **Commemoración del 25 aniversario de la Academia de Geografía e Historia de Costa Rica**, San José, Imprenta Nacional, 1965.

Academia de Geografía e Historia de Costa Rica, **40 Aniversario (1940-1980)**, San José, Editorial Texto Ltda., 1982.

Colegio de Abogados de Costa Rica, **Catalogo de Abogados**, San José, Imprenta Universal, 1960.

Colegio de Abogados de Costa Rica, **Catalogo de Abogados**, San José, Colegio de Abogados, 1960.

Martín Carranza, Gregorio, **Guía de la Universidad de Costa Rica**, Anales de la Universidad de Costa Rica, San José, No. 4, 1942.

Obregón Loría, Rafael y Molina de Lines, María, **Algunos acontecimientos importantes que contribuyeron a la creación de la Universidad de Costa Rica**, en Folleto: **Rectores de la Universidad de Costa Rica**, sin editorial, ni año de emisión.

Rodríguez Vega , Eugenio, **Nacimiento de la Universidad de Costa Rica**, en Folleto: **Rectores de la Universidad de Costa Rica**, sin editorial, ni año de emisión.

Universidad Autónoma de Centroamérica, **Acta Académica**, San José, Universidad Autónoma de Centroamérica, 2009.

Universidad de Costa Rica, **Álbum conmemorativo (1941)**, San José, Editorial Universidad de Costa Rica, 2006.

### **3) Artículos y Ensayos**

Arce Víquez, Juan G. y SANDÍ FALLAS, Kimberly, **Bibliografía del Lic. Luis Demetrio Tinoco Castro**, Universidad de Costa Rica, San José, 2005.

Arias Castro, Tomás Federico, **Ius, Universitas, Collegium**, Revista El Foro, Colegio de Abogados de Costa Rica, San José, No. 7, 2006.

—.- De la Universidad de Santo Tomás a la Universidad de Costa Rica (165 años de Historia de la Facultad de Derecho), Revista Ius Doctrina, Facultad de Derecho UCR, San José, No. 2, 2008.

—.- Lic. Alberto Brenes Córdoba (**Vida y obra del jurisconsulto por antonomasia en Costa Rica**), Revista El Foro, Colegio de Abogados, San José, 2008.

Fernández Castillo, Rodrigo, **Los Tinoco de Europa y los Tinoco de Costa Rica**, Periódico La Prensa Libre, 6 de junio de 2002.

—.- **Los Tinoco de Europa y los Tinoco de Costa Rica**, Periódico La Prensa Libre, 13 de junio de 2002.

González García, Yamileth, **Un visionario triunfador**, Periódico La Nación (Sección Ancora), 7 de septiembre de 2008.

Monge Álvarez, Luis A., **Benemeritazgo para don Luis Demetrio Tinoco**, Periódico Diario Extra (sección editorial), 30 de agosto de 2008.

Ortíz Volio, Félix, **Genealogía de la casa de D. Saturnino Díaz de Tinoco y López**, Revista de la Academia Costarricense de Ciencias Genealógicas, San José, No. 34, 1994.

Rodríguez Castro, Hernán, **Memoria de la Biblioteca de la Universidad de Costa Rica**, Universidad de Costa Rica, San José, 1996.

Rodríguez S., Irene, **Luis Demetrio Tinoco fue declarado Benemérito de Cultura y Educación**, Periódico La Nación, 15 de abril de 2010.

Tinoco Castro, Luis Demetrio, **A nuestros lectores**, Revista de Costa Rica, San José, No. 1, 1929.

### **4) Documentos del Tribunal Supremos de Elecciones**

**Certificación de Nacimiento**, Libro No. 30 de Nacimientos de la Provincia de Cartago. Oficialía Mayor Civil, Registro Civil, Tribunal Supremo de Elecciones.

**Certificación de Matrimonio**, Libro No. 40 de Matrimonios de la Provincia de San José. Oficialía Mayor Civil, Registro Civil, Tribunal Supremo de Elecciones.

**Certificación de Fallecimiento**, Libro No. 351 de Defunciones de la Provincia de San José. Oficialía Mayor Civil, Registro Civil, Tribunal Supremo de Elecciones.

### **5) Leyes**

**Colección de Leyes, Decretos y Ordenes expedidas por los Supremos Poderes Legislativo y Ejecutivo de Costa Rica en 1874**. San José, Imprenta de la Paz, tomo XXII, 1875.

**Colección de las Disposiciones Legislativas y Administrativas emitidas en 1888**. San José, Tipografía Nacional, 1889.

**Colección de las Disposiciones Legislativas y Administrativas emitidas en 1889**. San José, Tipografía Nacional, 1890.

**Colección de las Disposiciones Legislativas y Administrativas emitidas en el año 1890**. San José, Tipografía Nacional, 1891.

**Colección de las Disposiciones Legislativas y Administrativas emitidas en el año 1891. (Tomo I)**. San José, Tipografía Nacional, 1891.

**Colección de Leyes y Decretos, primer semestre, 1940**. San José, Imprenta Nacional, 1940.

### **6) Obras inéditas**

Arias Castro, Tomás Federico, **Dr. Eusebio Figueroa Oreamuno: Su derrotero e impronta en la historia decimal monárquica costarricense**, San José, 2007.

Grub Luddwing, Udo, **Diccionario Cronológico y Genealógico del Poder Ejecutivo de Costa Rica (1821 – 1998)**, San José, tomo segundo.

### **7) Periódicos**

**La Gaceta**, No. 218 (11 de Noviembre de 2008).

**La Gaceta**, No. 87 (6 de mayo de 2010).

### **8) Referencias en Internet**

Academia Costarricense de la Lengua, **Nómina histórica de Académicos de la Academia Costarricense de la Lengua**, en [www.acl.ac.cr](http://www.acl.ac.cr)

Cooperativa Coopevictoria, Coopevictoria: **Historia de nuestra empresa**, en [www.coopevictoria.com](http://www.coopevictoria.com)

Fundación Luis Demetrio Tinoco, **Biografía de don Luis Demetrio Tinoco Castro**, en [www.fundacionluisdemetriotinoco.com](http://www.fundacionluisdemetriotinoco.com)

Universidad Autónoma de Centroamérica, **Biblioteca Luis Demetrio Tinoco (Breve reseña histórica)**, en [www.uaca.ac.cr](http://www.uaca.ac.cr)

## 9) Otros

Anexo: **Nómina de profesores de la Escuela de Derecho (1924)**, Revista de Costa Rica, San José, No. 1-2, 1925.

Decreto: **Creación de la Sociedad de Geografía e Historia de Costa Rica**, Revista de los Archivos Nacionales, San José, No. 7-8, 1940.

Esquela: **Señora Carlota Alvarado Lahmann**, Periódico La Nación, 12 de abril de 2010.

Homenaje: **a don José Francisco Trejos Quirós**, Revista de Costa Rica, San José, No. 1, 1971.

Introito: **Población de Costa Rica y orígenes de los costarricenses**, Colección Biblioteca Patria No. 5, San José, Editorial Costa Rica, 1977.

Nota: **Rindieron homenaje a José María Crespo**, Periódico La Nación, sección Viva, 14 de noviembre de 1988.

Plano: **Ciudad de San José: 1851**, elaborado por Nicolás Gallegos. Litografiado por Instituto Geográfico Nacional.

Referencia: **Mausoleo 24, No. de Propiedad: 4137**. Inventario de Fosas del Cementerio General de San José.

# LA PENSIÓN PROVISIONAL COMO MEDIDA CAUTELAR INTERPRETADA A LA LUZ DE LOS DERECHOS HUMANOS

MSc. Max Fernández López<sup>1</sup>**Resumen:**

En el presente ensayo se hace un análisis sobre la pensión provisional que fijan los jueces de familia, la cual es considerada por la jurisprudencia constitucional como medida cautelar típica que si bien es cierto tiene sus propias particularidades, tampoco está ayuna de los presupuestos doctrinales y jurisprudenciales de otras ramas del Derecho.

Asimismo, se pone de manifiesto que el artículo 58 de la Ley de Pensiones Alimentarias regula el aumento automático para la pensión alimentaria, pero no define si puede fijarse para la pensión provisional o para la pensión definitiva, lo cual deja margen para que el operador jurídico pueda interpretar la norma en el sentido de darle más protección a la parte solicitante de una pensión provisional; sea, que a la luz de los derechos humanos tutele prioritariamente el derecho fundamental a la alimentación.

El hecho de que una pensión alimentaria provisional no sea objeto de los incrementos estipulados en la ley hace que el beneficiario pierda poder adquisitivo, mientras que los ingresos del proveedor sí se incrementan por ley, ya sea del sector público o privado.

**Abstract:**

The present essay makes an analysis of the provisional alimony which is fixed by the family judges and considered as a precautionary judicial measure; it is provided of its own particularities in sight of the Family branch of the law and does not lack of presumption of doctrinal and jurisprudence in the other areas of law.

It is also clear that the article 58 of the Alimony Law regulates the automatic increase for the alimony, but it is not well defined if it's applies to the provisional alimony or the definite alimony; this gives a margin of interpretation for the judges in order to give more protection to the applicant of the provisional alimony, in light of the human rights to protect the fundamental right for food.

The fact that the provisional alimony it's not subject to the regular law increments regulated by law makes the beneficiary to lose acquisitive power, whilst the provider receives regular increments provided by law as an employee, either from the public or the privative sectors.

**Palabras Claves:**

Pensión alimentaria provisional, medida cautelar, interpretación, derechos humanos.

<sup>1</sup> Máster en Derecho Constitucional, Abogado litigante, consultor, investigador y profesor universitario. / maxfernandezl@hotmail.com / 8358-2813

**Key Words:**

Provisional alimony, precautionary measure, interpretation, human rights.

**I. INTRODUCCIÓN**

El objetivo del presente ensayo es abrir el debate sobre la posibilidad de que a la pensión provisional, una vez firme, se le puedan aplicar los aumentos automáticos que establece el artículo 58 de Ley de Pensiones Alimentarias, de manera que no se vea menoscabado el derecho a la alimentación del beneficiario ni se afecte su poder adquisitivo, ya sea porque una de las partes abusa del Derecho procesal, al interponer todo tipo de recursos para dilatar el proceso o porque el órgano jurisdiccional por exceso de trabajo u otras circunstancias, contraviene el principio de justicia pronta y cumplida.

Para ahondar en el tema, se hará un análisis doctrinal, jurisprudencial y legislativo sobre la naturaleza jurídica de la pensión provisional, la cual desde el punto de vista procesal se concibe como una medida cautelar.

La pensión provisional, como medida cautelar, debe cumplir con los requisitos legales y jurisprudenciales de las medidas cautelares en general, e interpretarse a la luz de los principios especiales de la Ley de Pensiones Alimentarias,<sup>2</sup> pero con profundo respeto de los derechos humanos contemplados en los tratados internacionales ratificados por el país, específicamente en materia de familia<sup>3</sup>.

Otro de los objetivos de este análisis crítico es introducir el tema en la cultura jurídica y abrir la discusión sobre la posibilidad de que los jueces familiares interpreten el referido artículo 58, que regula la pensión provisional acorde con la jurisprudencia de la Sala Constitucional, sea desde el prisma del principio *pro homine pro libertate*, porque esa norma parece no distinguir meridianamente si el aumento automático se puede dar en la pensión provisional como se da en la definitiva.

<sup>2</sup> El artículo 2, párrafo tercero, de la Ley de Pensiones Alimentarias establece: En materia procesal, se estará a los principios de gratuidad, oralidad, celeridad, oficiosidad, verdad real, sencillez, informalidad y sumariedad, todo esto en equilibrio con el debido proceso.

<sup>3</sup> Véase Análisis sobre la normativa nacional e internacional que se aplica a los procesos alimentarios. Rojas Montero, Diana; Rojas Espinoza, Milagro, y Villanueva Monge, Zarela. *La duración y aspectos relevantes de los procesos de Pensión Alimentaria en el II Circuito Judicial de San José. Influencia de sesgos androcéntricos*. Tesis de Grado para optar por el título de Máster en Estudios sobre la Violencia Familiar e Intrafamiliar. Universidad de Estatal a Distancia, Sistema de Estudios de Posgrado. Páginas 83-3. También el artículo 8 del Código de la Niñez y la Adolescencia establece un sistema de aplicación jerárquica de fuentes.

## II. GENERALIDADES SOBRE LA PENSIÓN PROVISIONAL

El artículo 21 de la Ley de Pensiones Alimentaria, en relación con el artículo 168 del Código de Familia, establece la posibilidad que el juez de familiar<sup>4</sup> fije una pensión provisional como medida cautelar en el auto que le da traslado a la demanda, y valore preliminarmente las pruebas que aporta la parte accionante, y si media recurso de revocatoria con apelación en subsidio, deberá incorporar en su nueva resolución las pruebas que aporta el demandado.

La misma norma establece que la medida cautelar se mantiene aunque el auto que la fije no se encuentre firme, y en caso de incumplimiento se decrete orden de apremio corporal contra el obligado.

Para determinar el monto provisional, el operador jurídico debe ajustarse a la reformada fórmula *sui generis* que ideó el legislador en 1974 en el artículo 164 del Código de Familia;<sup>5</sup> pero inspirado fundamentalmente en los principios rectores que establece el artículo 2 de la Ley de Pensiones Alimentarias, y en el supuesto en que estén involucrados menores y mujeres, debe ajustarse con mayor apego al Código de la Niñez y la Adolescencia; a la Convención de los Derechos del Niño y a la Convención sobre la eliminación de todas formas de discriminación contra las mujeres, así como otras normas especiales o tratados internacionales si intervienen otros grupos como indígenas o discapacitados, por ejemplo.

Ahora bien, en la praxis judicial, tratándose de menores de edad, una vez probado el parentesco, el juez está obligado a decretar la pensión provisional “en una suma capaz de llenar, de momento, las necesidades básicas de los alimentarios y subsistirá mientras no fuere variada en sentencia.” Sin embargo, cuando es un mayor de edad el solicitante de la pensión, el juez tiene la facultad de otorgar o denegar la pensión provisional y reservarla hasta el dictado de la sentencia.

Como se puede colegir, cuando hay un menor de edad de por medio, el juez está obligado a fijar la pensión provisional con fundamento los principios establecidos en la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>6</sup>; pero si el solicitante es mayor de edad, aun siendo mujer, es facultativo por parte del operador jurídico decretar esa medida.

Obviamente, los jueces familiares deben analizar de manera preliminar el elenco probatorio y fundamentar la resolución que establezca el monto de pensión provisional o se deniegue, porque contra dicha resolución cabe recurso de apelación ante el superior jerárquico, quien deberá necesariamente hacer un análisis más profundo, porque el *a quo* ya realizó una valoración preliminar al dictar sentencia, y

<sup>4</sup> El artículo 3 inciso I de la Ley Contra la Violencia Doméstica le otorga competencia al juez de violencia como medida protección fijar una pensión provisional.

<sup>5</sup> Artículo modificado por la Ley de Pensiones Alimentarias, publicada en La Gaceta N.º 16, del 23 de enero de 1997.

<sup>6</sup> Especialmente, el Principio VII El interés superior del Menor regulado en la Declaración de los Derechos del Niño; retomado en el artículo 37 apartado C de la Convención de los Derechos del Niño y a nivel interno el artículo 5 del Código de la Niñez y la Adolescencia y el artículo 137 del Código de Familia.

probablemente en alzada afloren nuevos elementos y medien alegatos de ambas partes.

Desde el punto de vista procesal, la medida cautelar establecida por el juez de familia no debe apartarse de los requisitos legales, y puede integrar lineamientos jurisprudenciales y doctrinales relativos a la materia cautelar, pero no puede estar ayuna, ni omitir los principios propios de la especialidad y, por supuesto, debe ajustarse a la harta jurisprudencia constitucional que tiene carácter vinculante *erga omnes*.<sup>7</sup>

Es importante recordar que el artículo 58 de la ley comentada, establece la posibilidad por la vía incidental, de modificar el rubro de la pensión cuando varían las circunstancias, tanto del beneficiario como del proveedor; no obstante este es un procedimiento accesorio / incidental que se debe dirimir paralelamente con el proceso principal y que se da con mayor frecuencia cuando media una sentencia firme, y en menor grado cuando se está tramitando el proceso. En este último caso, porque eventualmente ya se ha discutido hasta en segunda instancia la pensión provisional y el juez de primera instancia está recabando y valorando otras pruebas que no constaban en el expediente.

Asimismo, los efectos jurídicos del incidente son inciertos, porque este puede declararse con o sin lugar, aparte de que son institutos procesales ideados por el legislador con fines y efectos distintos al de la pensión provisional.

Por otro lado, durante la tramitación del proceso de pensión la parte beneficiaria puede solicitar, por la vía incidental, una liquidación de gastos extraordinarios que no se contemplen en la pensión provisional; pero al igual que el ejemplo anterior, es un proceso accesorio/incidental al principal que puede correr con la suerte de ser acogido o no.

Por lo tanto, estos paliativos o remedios procesales para cobrar gastos extraordinarios, así como para solicitar un aumento por variación de las circunstancias de las partes, resultan inciertos y conllevan toda una tramitación que muchas veces es poco expedita, por lo que el monto recibido por la pensión provisional se mantendría incólume hasta que se resuelva el incidente, lo que redunda en un perjuicio real para el beneficiario, al ver menoscabado su poder adquisitivo del ingreso para adquirir bienes y servicios.

## III. LAS MEDIDAS CAUTELARES SEGÚN LA DOCTRINA NACIONAL

JINESTA señala que *la función principal de la medida cautelar es garantizar provisionalmente la eficacia de la sentencia definitiva* y así que no se dé una denegación a la justicia por una excesiva duración del proceso. Las medidas cautelares se pueden solicitar al juez antes de presentar la demanda, para lo cual se tiene un plazo perentorio para presentar la demanda; también se pueden solicitar con la demanda y durante el proceso.

<sup>7</sup> Artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

Como la normativa procesal en materia de pensión alimentaria no regula específicamente los presupuestos de las medidas cautelares, el juez de familia se podría ver obligado a recurrir, supletoriamente, al Código Procesal Civil,<sup>8</sup> a los Principios Generales de Derecho, a la jurisprudencia, a la doctrina y al Derecho comparado.

Sin embargo, como se indicó anteriormente, la fijación de la pensión provisional se encuentra regulada en el artículo 21 de la Ley de Pensiones Alimentarias, por lo cual estamos ante una medida cautelar típica, en la que el juez se debe ajustar a los presupuestos legales, pero por múltiples circunstancias podría tener que nutrirse de otras fuentes del ordenamiento jurídico, máxime si se plantea el supuesto de fijar un aumento automático antes de la firmeza de la pensión definitiva.

El artículo 242 del Código Procesal Civil regula específicamente las medidas cautelares y al efecto dice:

*Facultades del Juez. Además de los procedimientos cautelares específicos, el juez podrá determinar las medidas precautorias que considere adecuadas, cuando hubiere fundado temor de que una parte, antes de la sentencia, le cause al derecho de la otra parte una lesión grave y de difícil reparación.*

*Para evitar el daño, el juez podrá autorizar o prohibir la práctica de determinados actos, ordenar el depósito de bienes o imponer el otorgamiento de una caución.*

Esta norma ha sido objeto de un vasto desarrollo doctrinal y jurisprudencial, el cual escapa del objeto de este ensayo; sin embargo, es importante resaltar algunos aportes interesantes que sobre este instituto procesal han desarrollado algunos juristas.

Al respecto señala VIQUEZ<sup>9</sup> que las medidas cautelares en materia de derecho de familia, deben contener los mismos presupuestos de otras áreas del Derecho y sobre todo los que contiene la Sentencia de la Sala Constitucional N.º 6337-02, de las 14 horas 40 minutos del 26 de junio de 2002.

## IV. PRESUPUESTOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

### 4.1. El *Periculum in mora*

*El periculum in mora* es uno de los presupuestos que reconoce pacíficamente la doctrina nacional, y se relaciona directamente con el peligro que corre el reconocimiento del Derecho de verse inmerso en un proceso judicial que puede prolongarse indefinidamente hasta el dictado de la sentencia, cuando esa tardanza puede generar un daño irreparable para la parte solicitante.

Por lo tanto, debe convencerse al juez por medio de pruebas sobre la verosimilitud de lo que se está solicitando y de que una tardanza en ordenar dicha medida puede generar un daño irreparable para la parte solicitante.

8 Artículo 68 Ley de Pensiones Alimentarias.

9 Víquez Vargas, Shirley, "La flexibilidad en la aplicación de la Tutela Cautelar en Materia de Familia". Revista de la Judicatura, año V, N.º 5, San José, Costa Rica, marzo 2009, página 53.

PICADO señala que en este presupuesto "*la carga de la prueba varía según el derecho sustantivo que se tutele. En materias con un carácter social donde no existe igualdad real entre las partes y una sea objetivamente más débil de la relación jurídica – procesal, tales como en el derecho de Familia,*" entre otros, y "*la carga de la prueba se invierte en términos tradicionales, limitándose a la demostración de una posibilidad o eventualidad del un posible daño, el cual, aún no habiéndose producido, justifica la aplicación de la medida cautelar*".<sup>10</sup>

Esta valoración sobre la inversión de la carga de la prueba que hace el autor, evidentemente se aplica en el proceso de pensión alimentaria, porque con una certificación del Registro Civil en la que conste el parentesco, o con una denuncia por violencia doméstica, el juez puede decretar la pensión provisional; no obstante, debe estar vigilante para que no se dé un abuso del derecho de defensa, o se presenten fraudes procesales que pongan en peligro la libertad del proveedor.

Por otro lado, apunta JINESTA que, tratándose de medidas típicas, la discrecionalidad del juez resulta restringida por la tipicidad de la medida, y está privado de cualquier discrecionalidad.<sup>11</sup> En la fijación de la pensión provisional, esta aseveración se da parcialmente, porque el operador jurídico, una vez que verifique los presupuestos, tiene un amplio margen para establecer el monto de la pensión provisional; por supuesto, con un análisis preliminar de las pruebas aportadas y fundamentando su resolución.

### 4.2. El *fumus boni iuris*

Definido como "la apariencia de buen derecho", el *fumus boni iuris* es uno de los presupuestos que debe valorar el operador jurídico a la hora de ordenar la medida cautelar; y radica básicamente en un estudio técnico de la probabilidad de que al solicitante le asista el derecho, por lo cual es imperioso decretar la medida.

En el caso de la fijación de la pensión provisional, por ser una medida típica regulada en una norma especial, basta con verificar los presupuestos del artículo 168 del Código de Familia referentes, básicamente la legitimación activa y la pasiva, y cerciorarse de que no se encuadre dentro de los supuestos del artículo 173 para decretar la medida cautelar. No obstante, el meollo del asunto está en determinar cautelarmente el *quantum*, procurando no incurrir en una injusticia, porque se puede desproteger a la parte solicitante o se puede poner en riesgo de perder la libertad al proveedor por no poder hacerle frente económica al monto decretado.

10 Picado Vargas, Carlos Adolfo, *Medidas Cautelares en Procesos Comerciales (Aplicables en Materia de Protección al Consumidor, Propiedad Intelectual y Sociedades Mercantiles)*, Editorial Investigaciones Jurídicas S. A. San José, Costa Rica, 2005, páginas 57-60.

11 Jinesta Lobo, Ernesto, *La Tutela Cautelar Atípica en el Proceso Contencioso Administrativo*, Ediciones Colegio de Abogados, San José, Costa Rica, 1996, páginas 157-162

#### 4.3. La correlatividad e instrumentalidad

La correlatividad la define PICADO como la conexión que debe existir entre la pretensión cautelar y la pretensión principal, al existir identidad de los elementos esenciales de la relación jurídico-procesal, sean: sujeto, objeto y causa, y la instrumentalidad, como la idoneidad funcional de la medida cautelar en la que, dependiendo del objeto, el juez podrá aplicar una medida más o menos drástica.

#### 4.4. La residualidad

Indica ULATE que la residualidad se da cuando el derecho que se busca tutelar judicialmente se encuentra seriamente amenazado, sin posibilidad de que pueda protegerse mediante una medida cautelar típica.<sup>12</sup>

Otros autores, ARGUEDAS, indican que las medidas cautelares se nutren de expresiones y conceptos que son fundamentales, a saber: la prueba inequívoca, verosimilitud de la alegación, fundado recelo, daño de difícil reparación, abuso del derecho y manifiesto propósito dilatador.<sup>13</sup> Estos conceptos que desarrolla el jurista guardan similitud con los presupuestos descritos líneas arriba, pero llama la atención la advertencia con respecto al abuso del Derecho, y en que la legislación procesal civil debe darle al juez la posibilidad de frenar el fraude procesal y establecer sanciones, como en el caso del Derecho procesal colombiano.

### V. ALGUNAS CARACTERÍSTICAS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Según PICADO, las medidas cautelares tienen características propias que son correlativas y inseparables, entre las que están: *accesoriedad*; en el sentido de que su trámite corresponde a un procedimiento y no a un proceso, porque no tienen un fin propio; *temporalidad*; porque deben durar cuanto permanezca la situación de peligro y en principio no se deben extender más allá de la firmeza del fallo definitivo; *fungibilidad*, que va asociado a la fundamentación del *periculum in mora*, el cual, por diversas circunstancias puede cambiar y así también podrían modificarse o cancelarse las medidas adoptadas; *residualidad*, está ligada a la delimitación del contenido de las medidas ordenadas, las cuales deben ser racionales o proporcionadas a la situación alegada, y ante varias opciones cautelares el juez debe escoger la más adecuada y menos drástica para la contraparte; *sumario cognitio*, hace referencia a la celeridad con que se deben adoptar las medidas, pero sin dejar de lado la fundamentación y la valoración de la prueba y la cosa juzgada formal, que tiene efectos *inter partes* únicamente, y ante una sentencia desestimatoria se extinguén y si acoge la demanda se convierte en una medida sustitutiva.<sup>14</sup>

<sup>12</sup> Ulate Chacón Enrique, "Derecho a la Tutela Judicial Efectiva: Medidas Cautelares en el Ámbito Constitucional, Comunitario e Internacional", *Revista de Ciencias Jurídicas*, N.º 114, Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica, Setiembre-Diciembre 2007, página 145.

<sup>13</sup> Arguedas Salazar Olman, *Las Medidas Cautelares. La Gran Reforma Procesal*, Editorial Guayacán, Poder Judicial, San José, Costa Rica, 2000, páginas 264-269.

<sup>14</sup> Picado Vargas, Carlos Adolfo, *Medidas Cautelares en Procesos Comerciales*

#### 5.1. Flexibilidad

Advierte VIQUEZ que el Derecho de Familia es un Derecho de realidad en constante evolución, en el cual el intérprete familiar puede tener un margen de maniobra para flexibilizar los institutos propios de esta rama y así encontrar la solución que más se adapte al caso concreto, y en el que con el solo hecho de que exista un conflicto familiar "ya se va a tener presente siempre un peligro en la demora".<sup>15</sup>

### VI. SUSTRATO CONSTITUCIONAL DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

En otro orden de ideas, me sumo a la posición de los juristas PICADO,<sup>16</sup> JINESTA,<sup>17</sup> ARTAVIA<sup>18</sup> y ULATE<sup>19</sup>, quienes les dan un fundamento humanista a las medidas cautelares y manifiestan que el Estado debe garantizar una tutela judicial efectiva para que las personas, sin discriminación alguna, tengan el derecho a dirimir sus conflictos ante los diferentes órganos que se les reparen las injurias o daños que han recibido en su persona, propiedad o intereses morales; todo, en concordancia con el principio de justicia pronta y cumplida y conforme al debido proceso, según lo establece el artículo 41 de la Constitución Política y el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El principio de tutela judicial efectiva es uno de los pilares donde se apoyan los sistemas democráticos como el nuestro, y es en este principio, donde las medidas cautelares encuentran un sustrato ideal para desarrollarse, siempre en aras de salvaguardar la anhelada justicia.

### VII. JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Uno de los derroteros que ha seguido la Sala Constitucional para articular el goce de los derechos fundamentales, frente a las potestades de imperio de los órganos del Estado en sentido amplio, han sido los principios de proporcionalidad, razonabilidad y legalidad, que deben extraerse de las resoluciones de cada ostentador de poder, y especialmente de los órganos jurisdiccionales en su función cautelar.

<sup>16</sup> Aplicables en Materia de Protección al Consumidor, Propiedad Intelectual y Sociedades Mercantiles), Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. San José, Costa Rica, 2005, páginas 71-83.

<sup>17</sup> Víquez Vargas, Shirley, "La flexibilidad en la aplicación de la Tutela Cautelar en Materia de Familia". *Revista de la Juzgatura*, año V, N.º 5, San José, Costa Rica, marzo 2009, página 56.

<sup>18</sup> Ibídem, páginas 35-53.

<sup>19</sup> Jinesta Lobo, Ernesto, *La Tutela Sumaria Cautelar La Gran Reforma Procesal*, Editorial Guayacán, Poder Judicial, San José, Costa Rica, 2000, páginas 237-248.

<sup>18</sup> Artavia Barrantes, Sergio, *Tutela Anticipatoria; Cautelar y Procesal en el Proceso Civil –su estado actual–. La Gran Reforma Procesal*, Editorial Guayacán, Poder Judicial, Primera Edición, San José, Costa Rica, 2000, páginas 294-297.

<sup>19</sup> Ulate Chacón Enrique, "Derecho a la Tutela Judicial Efectiva: Medidas Cautelares en el Ámbito Constitucional, Comunitario e Internacional", *Revista de Ciencias Jurídicas*, N.º 114, Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica, Setiembre-Diciembre 2007, páginas 141 y 142.

Dentro de este marco se encuadra el artículo 242 del Código Procesal Civil, que contempla las medidas cautelares típicas y de manera residual las atípicas, lo que deja pie para el juzgador pueda decretar medidas cautelares por solicitud de parte o de manera oficiosa.

Por lo tanto, en estricto derecho, tanto las medidas cautelares típicas como las atípicas deben estar inspiradas por esos principios, y no pueden decretarse sin ningún límite de manera irrestricta, que pueda generar perjuicio para alguna de las partes.

Por otro lado, la jurisprudencia constitucional ha establecido algunos presupuestos que deben tener las medidas cautelares, a saber: lícitas y jurídicamente posibles, provisionales, fundamentales, modificables, accesorias, naturaleza preventiva, efectos asegurativos y ser homogéneas (Ver voto 633702 de las 14 horas 40 minutos del 26 de junio del 2002).

Especificamente en materia familiar, la Sala ha catalogado la pensión provisional como una medida cautelar y le encuentra arraigo en los artículos 51 y 52 constitucionales, con la finalidad de resguardar otros derechos fundamentales como el derecho a la vida, a la salud, la vivienda y la educación, al respecto ha señalado:

*“el derecho a la prestación alimentaria se deriva de los vínculos familiares que impone ya sea el matrimonio, la patria potestad o bien el parentesco, y tiene como objeto asegurar al beneficiario alimentario el suministro de aquellos extremos necesarios para su normal desarrollo físico y psíquico. Así, la obligación de dar alimentos tiene sustento tanto en los artículos 51 y 52 de la Constitución Política, como en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ya que con su satisfacción se le garantiza al acreedor alimentario el disfrute de una serie de derechos humanos indispensables para su subsistencia y desarrollo integral, entre los que se incluyen, entre otros, el derecho a la vida, a la salud, a la vivienda y a la educación (ver en este sentido las sentencias número 2001-07517 de las 14:50 horas del 1 de agosto del 2001 y 2003-15392 de las 15:58 horas del 19 de diciembre del 2003). Sentencia N.º 2008 -017708 de las trece horas y veintiuno minutos del cinco de diciembre del dos mil ocho.*

## VIII. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS

El juez de Familia debe ser un juez humanista y conocedor de la realidad social, pero, sobre todo, un protector a ultranza de los derechos fundamentales, con una visión amplia y no reduccionista, para que todas resoluciones y sentencias sea un fiel reflejo de los principios rectores del Derecho de Familia; pero especialmente en los principios contenidos en la Ley de Pensiones Alimentarias, la Constitución Política y los tratados internacionales relativos al reconocimiento de los derechos humanos; donde estos últimos, al tener rango superior a la ley ordinaria, dimensionan y complementan las

normas, y en algunos casos cuando tutelen con mayor protección los derechos fundamentales, priman sobre la misma Constitución<sup>20</sup>.

Es imperativo que intérprete del Derecho Familiar, a la hora de buscar la génesis de las normas, armonice el Derecho sustantivo a la luz de los derechos humanos y, ante la menor duda, interprete las normas según el principio *pro homine pro libertate*, y en el caso de los procesos alimentarios, protegiendo a la parte más vulnerable.

Tanto el Derecho de fondo, como las normas procedimentales en la materia familiar, tienen una fuerte raigambre constitucional de respeto por los derechos fundamentales, y el juez familiar no debe apartarse de ese derrotero.

La forma en que está redactado del artículo 58 de la Ley de Pensiones Alimentarias abre la posibilidad para que el operador jurídico del Derecho de Familia pueda, ante una gestión de parte por un aumento automático de la pensión provisional, interpretar la norma de manera que proteja el derecho fundamental a la alimentación, pero, obviamente, valorando cada caso en concreto.

Negar un aumento automático en la pensión alimentaria provisional violentaría los principios rectores contenidos en el artículo 2 de la Ley de Pensiones Alimentarias y los derechos fundamentales comentados, aparte que se estaría menoscabando el derecho a la alimentación del beneficiario, por las siguientes razones:

1. Técnicamente, el proceso de pensión alimentaria es sumario, pero en la *praxis* puede durar años, haciendo nugatorio los derechos de las partes, y, en caso concreto, el derecho del beneficiario.
2. Mientras el ingreso del proveedor se incrementa semestralmente, por mandato legal, según labore en el sector público o en el privado, el monto recibido por el beneficiario se mantiene congelado, lo que, evidentemente, va en detrimento del instituto procesal, que trata de resguardar sus necesidades básicas.
3. El hecho de que el monto de la pensión provisional se mantenga congelado hasta la firmeza de la sentencia, se va a ver reflejado en una pérdida significativa y, por tal, real del poder adquisitivo para el beneficiario, quien adquirirá menos bienes y servicios por la misma cantidad de dinero que recibe.

Revisando el expediente legislativo número 11.928 que dio origen a la Ley de Pensiones Alimentarias 7674, específicamente las actas donde se discutió el artículo 58 referente al aumento automático, se puede determinar que la iniciativa surgió por parte del diputado Gerardo Trejos,<sup>21</sup> quien inicialmente proponía un aumento fijo del 5%, pero ante las intervenciones con carácter de preguntas por parte de los diputados Benavides Benavides y Venegas Porras, se terminó por

<sup>20</sup> Sentencia 3435 de las 16 horas 20 minutos del 11 noviembre de 1992. Sala Constitucional de Costa Rica.

<sup>21</sup> Moción No 17-17, Acta No 17 del 25 de setiembre de 1996, Expediente Legislativo 11.928, páginas 25-30.

acordar un monto indexado a la inflación y se desechó la iniciativa inicial.

Por lo tanto, se puede concluir que ni en las fuentes parlamentarias de donde se origina la norma, se puede encontrar una respuesta al vacío normativo que motivó este artículo, en el sentido de que el legislador no abordó profundamente en este aspecto; es decir, no diferenció entre el aumento a la pensión provisional o definitiva; ahondado esto debido a que en el acta donde se consigna la discusión no se grabó la parte de la intervención del proponente, por lo que el espíritu de la norma se encuentra parcialmente velado.

## IX. BIBLIOGRAFÍA

- Arguedas Salazar, Olman: “*Las Medidas Cautelares*”, La Gran Reforma Procesal, Editorial Guayacán, Poder Judicial, Primera Edición, San José, Costa Rica, 2000.
- Artavia Barrantes, Sergio: “*Tutela Anticipatoria; Cautelar y Procesal en el Proceso Civil – su estado actual*”, La Gran Reforma Procesal, Editorial Guayacán, Poder Judicial, Primera Edición, San José, Costa Rica, 2000.
- Jinesta Lobo, Ernesto: “*La Tutela Sumaria Cautelar*”, La Gran Reforma Procesal, Editorial Guayacán, Poder Judicial, Primera Edición, San José, Costa Rica, 2000.
- Picado Vargas, Carlos Adolfo: “*Medidas Cautelares en Procesos Comerciales (Aplicables en Materia de Protec-*

*ción al Consumidor, Propiedad Intelectual y Sociedades Mercantiles)*”, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. San José, Costa Rica, 2005.

Víquez Vargas, Shirley: “*La flexibilidad en la aplicación de la Tutela Cautelar en Materia de Familia*”, Revista de la Judicatura, año V, número 5, San José, Costa Rica, marzo 2009.

Ulate Chacón Enrique: “*Derecho a la Tutela Judicial Efectiva: Medidas Cautelares en el Ámbito Constitucional, Comunitario e Internacional*”, Revista de Ciencias Jurídicas, No 114, Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica, Setiembre – Diciembre 2007.

### Tesis

Carmona Pérez, Adán Luis: “*Obligación Alimentaria: Estudio Jurídico-Social de la Pensión Alimentaria Provisional*”, Tesis de Grado para optar por el título de Licenciado en Derechos, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 2008.

Rojas Montero, Diana, Rojas Espinoza, Milagro, Villanueva Monge, Zarela: “*La duración y aspectos relevantes de los procesos de Pensión Alimentarias en el II Circuito Judicial de San José, Influencia de sesgos androcéntricos*”, Tesis de Grado para optar por el título de el título de Máster en Estudios sobre la Violencia Familiar e Intrafamiliar, Universidad de Estatal a Distancia, Sistema de Estudios de Posgrado, 2008.

# EL CONTRATO DE REASEGURO

Licda. Jennifer Isabel Arroyo Chacón\*

## Resumen:

La materia de seguros es sumamente amplia y compleja; no obstante, en nuestro país, no se le dada la publicidad requerida, quizás porque hemos gozado de un monopolio en esta materia durante muchos años; sin embargo, esta situación está cambiando, y es probable que pronto nos veamos bombardeados de mucha información sobre el tema. Dentro de las figuras propias de la materia de seguros, está el contrato de reaseguro, y es el interés de este artículo darle al lector una definición conceptual y explicativa de este tipo de contrato.

## Abstract:

The matter of insurances is extremely ample and complex, however, in our country, given to the required perhaps publicity, so that we have enjoyed a monopoly in this matter during many years, however, this situation to him this changing, and is not probable that soon we see ourselves we bombed of many information on the subject. Within the own figures of the matter of insurances, this the reinsurance contract, and is the interest of this article to give to the reader a conceptual and explanatory definition him of this type of contract.

## Palabras Claves:

Contrato de seguros  
Contrato de reaseguro  
Reaseguro facultativo  
Reaseguro automático

## Key Words:

Insurances contract  
Reinsurance contract  
facultative reinsurance  
Automatic reinsurance

## I. INTRODUCCIÓN

El pasado 22 de julio del 2008 se promulgó la Ley N.º 8653 denominada Ley Reguladora del Mercado de Seguros, que deroga la Ley N.º 12 denominada Ley del Instituto Nacional de Seguros del 30 de octubre de 1924. En este instrumento legal, originado en la aprobación del Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos y Centroamérica, se rompe el monopolio que en materia de seguros tenía el Instituto Nacional de Seguros, y se permite la introducción en el mercado nacional de otras compañías aseguradoras.

Ante este nuevo panorama, es lógico pensar que pronto nos veremos bombardeados de publicidad, en la que las

compañías aseguradoras que ingresen al mercado nos ofrezcan sus productos, y quizás esto dé pie para la creación de una cultura de seguros que hasta el momento no ha estado presente en nuestra sociedad.

Ahora bien, la materia de seguros es bastante amplia y en algunos aspectos compleja, por lo que el objetivo que busca este artículo es dar a conocer algunos términos básicos, en este caso el concepto de reaseguro. Para ello, debemos iniciar definiendo el término seguro, pues sin el seguro, el reaseguro no existiría; en consecuencia, es indispensable tenerlo claro antes de referirnos al reaseguro; al respecto, el presente artículo se divide en dos partes: la primera que versa sobre el seguro, y la segunda en donde se define el contrato de reaseguro.

## II. CONTRATO DE SEGURO

### Concepto de Contrato de Seguro

Para poder explicar el contrato de reaseguro, es necesario en primer lugar definir qué es un contrato de seguro, dado que es la base del reaseguro, tanto que sin el primero, el segundo no existiría.

La Ley N.º 8653 denominada Ley Reguladora del Mercado de Seguros, en el artículo 2 define el seguro como:

*La actividad aseguradora consiste en aceptar, a cambio de una prima, la transferencia de riesgos asegurables a los que estén expuestas terceras personas, con el fin de dispersar en un colectivo la carga económica que pueda generar su ocurrencia. La entidad aseguradora que acepte esta transferencia se obliga contractualmente, ante el acaecimiento del riesgo, a indemnizar al beneficiario de la cobertura por las pérdidas económicas sufridas o a compensar un capital, una renta u otras prestaciones convenidas.*

En palabras sencillas, podemos definir el contrato de seguro como el acuerdo mediante el cual un asegurado le traslada los riesgos de un acontecimiento que no se conoce con certeza si va a ocurrir a otra, a cambio de que en caso de suceder, el asegurador le cancelará el monto acordado, a fin de recuperar las pérdidas producidas por el siniestro. Igualmente, el asegurado se compromete a cancelar un monto, denominado prima al asegurador, aun cuando el acontecimiento no suceda y no requiera la indemnización correspondiente, con lo cual se benefician ambas partes: el asegurado, porque en caso de que surja un acontecimiento no perderá la totalidad de sus bienes, y el asegurador pues cobra las primas aun cuando no tenga que indemnizar a sus asegurados.

\* Contadora Pública y Abogada. Profesora Universidad San Marcos (USAM).

El contrato de seguro tiene una serie de elementos que resultan importantes de aclarar para la mejor comprensión del término, tales como:

- 1- Asegurador: Es la empresa cuya actividad comercial consiste en ejecutar masivamente contratos de seguros, asumiendo los riesgos sobre el patrimonio de otros sujetos con los cuales suscribe dicho contrato, de acuerdo con una programación científica de ocurrencia esperada, y a cambio de un precio técnicamente diseñado, denominado prima.
- 2- Asegurado: Persona física o jurídica que no puede soportar financieramente el acaecimiento de una posible pérdida patrimonial y traslada esa expectativa de pérdida (riesgo) a la empresa aseguradora, la que a cambio de un precio determinado y económicamente manejable para el asegurado, la indemnizará total o parcialmente, en el evento de que se precipite el riesgo esperado.
- 3- Prima: Corresponde a la suma de dinero que el asegurado o tomador del seguro le cancela al asegurador por el traslado del riesgo, la cual debe pagarse por adelantado o en partes pero con recargo, y debe responder a una medición técnica (tarifa) del costo del seguro, de acuerdo con la actividad asegurada, experiencia siniestral, expectativa de pérdida, montos asegurados, medidas de protección del riesgo, condiciones agravantes del riesgo y otros aspectos relevantes en la determinación de dicho monto.
- 4- Conservación de la cosa asegurada: El asegurado está obligado a procurar la conservación o mantenimiento del estado del riesgo tal y como fue asegurado, es decir, procurar que la cosa asegurada se mantenga en el mismo estado que cuando se firmó el seguro, salvo, claro está, el deterioro normal del bien, en los casos en los que se compruebe que el asegurado causó un daño al bien, el asegurador no está obligado a cancelar su indemnización.
- 5- Una característica especial del contrato de seguros es que el asegurado posee el control total sobre el equilibrio económico de las prestaciones pactadas, ya que el patrimonio protegido depende enteramente de aquel.
- Restitución total o parcial del patrimonio: La restitución total o parcial del patrimonio asegurado es el objetivo que busca el contrato de seguro. Mediante el pago de un precio, la reparación del bien o su sustitución, por parte de la empresa aseguradora si sucede el evento previsto y en las condiciones previstas en el contrato. La indemnización cubre únicamente una parte del patrimonio total.

### III. CONTRATO DE REASEGURO

#### Concepto de contrato de reaseguro

Una vez que tenemos claro el concepto del contrato de seguro, podemos proceder a definir el contrato de reaseguro.

El mismo numeral 2 de la Ley N.º 8653, denominada Ley

Reguladora del Mercado de Seguros, define la actividad reaseguradora como:

*Por actividad reaseguradora se entiende aquella en la que, con base en un contrato de reaseguro y a cambio de una prima, una entidad reaseguradora acepta la cesión de todo o parte del riesgo asumido por una entidad aseguradora, en virtud de los contratos de seguro subyacentes. En lo que corresponda, a las entidades reaseguradoras les serán aplicables las disposiciones establecidas en la legislación para las entidades aseguradoras.*

Por su parte, María Concepción, en el libro Concepto del Contrato de Reaseguro, lo define de la siguiente forma:

*El concepto del reaseguro viene dado por la finalidad que con este contrato busca el reasegurado, obtener la protección del seguro contra el posible riesgo de tener que realizar la prestación prometida al asegurado o al beneficiario, en caso de siniestro de la cosa o persona asegurada. Esto es, la responsabilidad del asegurador frente al asegurado, lo que hace que pueda parecer un seguro de responsabilidad civil, como afirman algunos autores*

*En efecto, lo que el asegurador busca en este contrato es la cobertura, ya sea total o parcial, del riesgo que para su patrimonio crea un seguro anterior.*

El reaseguro es el seguro del asegurador; es decir, es la póliza de seguro que adquiere el asegurador ante una compañía aseguradora que generalmente es más grande que ella, a la cual le traslada una parte del riesgo que él asumió frente a sus asegurados a cambio del pago de una prima, en el entendido de que si ocurre el siniestro la aseguradora no tenga que asumir la totalidad de la pérdida, pues una parte se la debe reintegrar la compañía reaseguradora, la que a su vez adquiere otro contrato de reaseguro con otra empresa, y así sucesivamente se va distribuyendo el riesgo, de manera tal que a ninguna compañía le corresponda asumir la totalidad del riesgo.

El reaseguro es un contrato de indemnización, ya que protege a la compañía aseguradora de una disminución de su patrimonio, debido a las obligaciones asumidas por medio de las pólizas de seguros.

Como se indicaba líneas arriba, el contrato de seguro es la base para que se pueda dar el contrato de reaseguro, dado que primero es necesario un contrato de seguro entre el asegurado y el asegurador, para que, posteriormente, este último adquiera un contrato de reaseguro con otra compañía aseguradora para disminuir el riesgo y la indemnización que debe darle al asegurado en caso de que ocurra el siniestro.

Ahora bien, frente al asegurado es responsable su asegurador; es decir, este está obligado, en primera instancia, a indemnizar al asegurador, y luego de que ha hecho dicho pago, procede a recurrir a sus reaseguradores para cobrarle la

parte que corresponde según el contrato de reaseguro; si a su vez, el reasegurador posee otro reasegurador, irá a cobrarle el monto que le canceló a la aseguradora, y así sucesivamente, como un efecto cadena, dado que el riesgo lo disminuyen entre varias empresas para que ninguna tenga que asumir la totalidad del monto pagado por concepto de indemnización, y así proteger las finanzas de todas las empresas.

Ahora bien, por lo general, el reaseguro no se hace de forma individual, pues sería muy caro y complicado, sino que agrupa a un conjunto de asegurados con características similares y reasegura todo el paquete; es decir, firma un contrato de reaseguro por toda su cartera de clientes en el seguro de vehículos, o toda su cartera de clientes para el seguro de incendios; además, para las compañías reaseguradoras es rentable solo si el monto por asegurar es alto; esto se conoce como reaseguro automático, y se explicará más adelante.

Pese a lo anterior, en casos muy calificados, por ejemplo seguros de compañías muy grandes que ascienden varios millones de dólares, o que por las características particulares de la empresa, posee necesidades de coberturas que el asegurador no le puede dar, se reasegura individualmente; este es el reaseguro facultativo, pero se reserva para casos excepcionales; la regla general es reasegurar todo un grupo de asegurados, los cuales ni siquiera se dan cuenta de la transacción que hace su asegurador con su póliza.

Dentro de los principales actores que están presentes en el contrato de reaseguro, encontramos:

**El reasegurado:** Se llama así a la empresa aseguradora que ha cedido un riesgo o un conjunto de ellos a otra empresa de seguros o reaseguros, mediante un contrato de participación en dichos riesgos.

**El reasegurador:** Es la empresa que da o acepta una cobertura de reaseguro.

**El reaseguro:** Es la operación de seguros realizada por el asegurador, por la que transfiere parte de los riesgos asumidos al reasegurador, pero es el único obligado con respecto al asegurado o tomador del seguro. Desde un punto de vista jurídico, es un acuerdo de voluntades por el cual el reasegurado (asegurador directo) transfiere a un reasegurador una parte de uno o más riesgos tomados por el primero, contra el pago de una prima. El reaseguro implica que el reasegurado

transfiere una parte o la totalidad de determinados riesgos tomados por él a un reasegurador, para que este responda por la parte transferida en caso de que se presente el evento objeto del seguro.

#### Clasificación del reaseguro

Existen diversas maneras de clasificar a los reaseguros. Procederemos a mencionar aquellas que son más comunes y aceptadas por los especialistas en la materia, que son: por la forma de contratación y por su cobertura.

#### **1. Por la forma de contratación:**

##### *a. Reaseguro facultativo:*

El facultativo es una forma de reaseguro para riesgos individuales; se utiliza en casos excepcionales, y se caracteriza por la libertad de las partes contratantes; el asegurador tiene la potestad o facultad de ofrecer o no un riesgo a un determinado reasegurador, quien por su parte, también tiene la facultad de aceptar, negociar, modificar las condiciones ofrecidas o rechazar el otorgamiento de la cobertura. En otras palabras, tanto el asegurador como el reasegurador no tienen obligación alguna de realizar ni formalizar un contrato facultativo y este se dará siempre y cuando las partes logren llegar a acuerdos acerca de las condiciones de aseguramiento y del reaseguro: cobertura, tarifas, deducibles, calendario de pagos, participación del reasegurador, comisiones de gastos, entre otros.

El reaseguro facultativo se aplicaría cuando al asegurador se le solicitará una póliza para cubrir toda una compañía con un valor muy alto y coberturas particulares; entonces, el asegurador iría ante el reasegurador para negociar de forma particular esta póliza; para aclararlo mejor, veámoslo con este ejemplo: pensemos en que el Instituto Costarricense de Electricidad vaya a construir una nueva planta hidroeléctrica en la zona sur, y acuda al Instituto Nacional de Seguros para que asegure la obra; al ser esta de un gran valor y con características propias, el INS recurre a un reasegurador, que puede ser MAPFRE, una compañía reaseguradora muy reconocida a escala mundial, para negociar un contrato de reaseguro específico y así cubrir esta planta hidroeléctrica.

Lo podemos apreciar mejor en el siguiente dibujo:



**¿Cuándo se utiliza el reaseguro facultativo?**

1. Cuando la compañía aseguradora no cuenta con protección automática para los riesgos de una rama de seguro en particular.
2. Cuando se sobrepasa la capacidad de los controles automáticos y aún resta parte de la suma asegurada de un riesgo para ser cubierta por medio del reaseguro.
3. Cuando el riesgo por asegurar está excluido de los contratos automáticos.
4. Cuando debido a un riesgo que se considera peligroso, la compañía de seguros estima inconveniente el sobre cargar sus contratos de reaseguro automáticos con riesgos particularmente peligrosos.

Ventajas que ofrece el reaseguro facultativo

Para la compañía aseguradora:

1. Incrementa sus límites de suscripción.
2. Tiene la opción de elegir con qué reasegurador colocar su riesgo.
3. Proporciona la posibilidad de encontrar un mercado para riesgos que no parecen atractivos o son del todo indeseables.
4. Con el reaseguro facultativo, la compañía aseguradora recibe asesoría específica por parte de los reaseguradores.

Para el reasegurador

1. Tiene la posibilidad de analizar individualmente el riesgo.
2. Tiene la opción de aceptar o rechazar y seleccionar los riesgos según sus políticas de suscripción.
3. Puede ejercer influencia sobre la suscripción de la aseguradora, al recomendar/solicitar que se incorporen mejoras en las pólizas de los riesgos ofrecidos.
4. Pueden negociar tarifas más adecuadas, aumentando las ofrecidas, o bien, reduciendo la comisión de gastos o fijando primas netas (sin reconocer comisión de gastos).
5. Pueden ejercer un control de sus acumulaciones por zona geográfica.
6. Por medio del reaseguro facultativo, adquiere un mejor conocimiento de las políticas y métodos de suscripción y selección de la compañía cedente.

Desventajas del reaseguro facultativo

Para la compañía aseguradora:

1. El reaseguro facultativo tiene el inconveniente de originar, con alguna regularidad, atrasos en la emisión de las pólizas ya que se debe contar antes con la aprobación por parte del reasegurador.
2. Los costos administrativos en virtud del trámite, llamadas telefónicas internacionales, envío de extensos documentos por medio de facsímil, *courier*, etc, en forma individualizada son muy altos.

3. El contrato póliza suscrito con el reasegurado no puede sufrir variaciones sin antes contar con el acuerdo del reasegurador.
4. Debido a lo anterior, la compañía de seguros debe resignarse a no poder fijar las condiciones del seguro a su antojo, y en algunos casos también pierde la libertad de ajustar los siniestros de estos riesgos.
5. En casos difíciles de colocar, es posible que la compañía cedente no obtenga una comisión de gastos suficiente para cubrir sus costos de operación.

#### **b. Reaseguro automático**

Es la modalidad de contrato de reaseguro más utilizada; consiste en un acuerdo estipulado por escrito, entre un asegurador y el reasegurador –pueden ser más de un reasegurador–, en virtud de los cuales el asegurador se compromete a ceder y las reaseguradoras a aceptar cesiones de negocios dentro de límites pre establecidos, no pudiendo rehusar el reasegurador la aceptación de ninguna cesión, una vez firmado el convenio; es decir, el asegurador hará un grupo con toda su cartera de clientes que posean características similares y las reasegura de manera global, no pudiendo el reasegurador negarse a aceptar alguno en particular. Será automático desde el momento en que empieza la vigencia del seguro original y la responsabilidad del asegurador, con respecto al asegurado.

Lo podemos apreciar mejor en el siguiente dibujo:



En este caso, el asegurador toma en conjunto a todos sus asegurados y los reasegura en grupo con la empresa reaseguradora; acá, no interesan las características particulares de cada póliza, pues es, en su conjunto, a diferencia del reaseguro facultativo, el asegurado no tiene conocimiento de la compañía que reasegura su póliza.

**Características del reaseguro automático**

1. Es un contrato obligatorio para ambas partes: El asegurador se obliga a ceder y el reasegurador a aceptar los riesgos cedidos.

2. Entre el reasegurador y el asegurador, existe comunidad de suerte, que es compartida por el reasegurador en todas las fases del contrato; es decir, ambas pierden en caso de ocurrir un siniestro; pero, en caso de liquidación o quiebra del asegurador, su reasegurador continuará recibiendo sus primas y los siniestros a su cargo serán pagados a la masa de la quiebra.
3. El reasegurador puede ejercer derecho de inspección de todos los documentos relacionados con las operaciones del contrato; su duración es continuada y su renovación es casi siempre automática. La parte que desea rescindirlo deberá dar aviso a la otra, en forma escrita, con una antelación de tres a seis meses. Las diferencias legales que surjan las dirime un tribunal de arbitramento, pero normalmente las solucionan amigablemente, dada la confianza entre las partes intervenientes.

## **2. Por el sistema de cobertura**

La otra forma de clasificar los reaseguros es por la cobertura, en tanto los reaseguros proporcionales y los no proporcionales:

### **a. Reaseguro proporcional**

Se dicen que son proporcionales en relación con el pago de la indemnización para el asegurado y el cobro de la prima; en este caso, se distribuye el valor asegurado asumiendo en él proporciones variables que regulan la responsabilidad en la pérdida. La prima, generalmente se ajusta al seguro original, de acuerdo con el modus operandi de la distribución. Esta cobertura es más afín al reaseguro facultativo, en donde el asegurado, la compañía aseguradora y el reasegurador negocian en conjunto la cobertura de la póliza, y por ende, el pago de la prima que hace el asegurado se distribuye proporcionalmente entre la aseguradora y el reasegurador.

#### Características del reaseguro proporcional

1. La responsabilidad del reasegurador comienza al mismo tiempo que la compañía aseguradora.
2. Las primas recibidas por el reasegurador, son proporcionales a las pagadas por el asegurado original.
3. La aseguradora recibirá una comisión del reaseguro, que tiene por objeto sufragar los gastos de adquisición del negocio, impuestos sobre primas y gastos generales.
4. El reasegurador ha de aceptar las indemnizaciones que la aseguradora aplique, derivadas de cualquier siniestro que afecte a los seguros amparados por el reaseguro.
5. El contrato tiene un periodo de vigencia indefinido y puede cancelarse a voluntad de cualquiera de las partes, según el término pactado por ellas.

### **b. Reaseguro no proporcional**

El reaseguro no proporcional se utiliza cuando el contrato de reaseguro se acuerda en términos diferentes al contrato de seguro original y la prima no puede dividirse entre el asegurador directo y el reasegurador, en la misma proporción en que pagan los siniestros. Esta modalidad se utiliza

generalmente, con el reaseguro automático, pues la empresa aseguradora agrupa a la totalidad de clientes de su cartera, y la negocia en un contrato particular con el reasegurador, con el fin de proteger su patrimonio, no siendo posible hacer proporcional la prima pues esta se pactó previamente con el asegurado original, por lo que la compañía aseguradora debe cancelarle una prima al reasegurador que generalmente es reajustable.

En este tipo de cobertura, el reasegurador interviene únicamente cuando un siniestro alcanza cierto importe. El reaseguro no proporcional se aplica a siniestros, limitando la cifra del asegurador original en cada siniestro; nunca se aplica a riesgos específicos. El asegurador no suele ceder riesgos individuales y el reasegurador acuerda pagar aquella cuota o cifra del siniestro, por encima de una cierta suma (la retención del asegurador)

### Beneficios del reaseguro

Luego de haber definido este instituto, lo procedente es enumerar los beneficios que posee para las compañías aseguradoras:

#### **1. Protección**

El reaseguro es una figura que utilizan las compañías aseguradoras entre sí, para protegerse mutuamente de:

#### **a. Riesgo financiero**

Si bien la actividad de seguros es una de las más rentables de la economía de un país, también es una de las más riesgosas y de influencia en el sector financiero de un país. Al invertir en el negocio de seguros, se corre el riesgo de no poder hacerles frente a las obligaciones adquiridas, sea por el advenimiento de una importante cantidad de siniestros que obligan a hacerles frente a muchas obligaciones al mismo tiempo, o bien, a sufragar una indemnización por un monto muy alto, lo cual le puede generar quiebra o insolvencia económica a la compañía aseguradora. Por lo tanto, el reaseguro sirve como "válvula de alivio", pues posibilita que parte de la carga asumida por el asegurador sea compartida con uno o varios reaseguradores, los cuales ante los eventos siniestrales a que se expone en esta actividad, cubrirán la parte que les corresponda de las pérdidas sufridas.

#### **b. La fluctuación en las tarifas**

En el mercado de seguros, los asegurados sufren de recargas de tarifas; esto es, aumentar el monto de la prima por las pérdidas que ha sufrido la aseguradora, para, de esta manera, recuperarse y sanear sus finanzas; no obstante, esta práctica encarece el seguro para el asegurado y hace a la compañía aseguradora menos atractiva, siendo más difícil colocar sus productos en el mercado. Sin embargo, si se cuenta con reaseguro, las pérdidas netas que pueda sufrir el asegurador son menores, lo cual evita que se hagan fluctuaciones significativas en sus tarifas y se logren niveles tarifarios más estables y se mantenga competitivo en el mercado.

### **c. La pérdida de fuentes de trabajo**

El reaseguro permite que la compañía seguradora haga frente a las responsabilidades contraídas con sus asegurados por la pérdida de fuentes de trabajo; empero, este beneficio no se aplica en nuestro país pues no tenemos un seguro de desempleo; de implementarse, sería una garantía para la aseguradora para poder hacerle frente a una contracción del mercado, en donde un significativo número de personas pierda su empleo y tenga que cancelar grandes sumas por concepto de indemnización por desempleo.

### **d. La acumulación de riesgos**

El reaseguro permite distribuir los riesgos entre varias compañías, no siendo una sola la que tenga que asumir la totalidad de las pérdidas, sino que cada una asume una pequeña parte, con lo cual el impacto en sus finanzas no es tan fuerte, contribuye a disminuir la exposición de pérdidas ante la acumulación de riesgos de cualquier área determinada; esto se refiere a distribuir los riesgos que produciría un siniestro en un lugar determinado; por ejemplo, la póliza de terremotos que posee el INS en el territorio nacional, en caso de que ocurriera un sismo importante y afectara gran parte del territorio nacional, el INS como asegurador tendría que asumir la totalidad de las pérdidas; sin embargo, por medio del reaseguro, aun cuando el siniestro se dé en una determinada región en, Costa Rica, las pérdidas serían asumidas por compañías reaseguradoras que están fuera de nuestro país.

### **e. La fuerza de la naturaleza**

Esta ventaja está muy relacionada con la anterior, pues se refiere a que el reaseguro permite aminorar el impacto de los desastres de la naturaleza en los resultados del asegurador y la seguridad de los asegurados de recibir su justa indemnización ante estas pérdidas.

## **2. Aumento de la capacidad**

Con el reaseguro se incrementa la capacidad de suscripción y aceptación de riesgos por parte del asegurador, ya que su capacidad se suma la que le aportan los reaseguradores, con lo que se motiva más a la fuerza de ventas y proporciona mayor flexibilidad de suscripción, aparte de que se le da más seguridad al asegurado en cuanto a que se le hará frente a su indemnización; ello permite dar un buen servicio al cliente y mejorar la imagen, al no tener que rechazar un riesgo muy grande por falta de capacidad.

## **3. Intercambio cognoscitivo y cultural:**

El reaseguro también es una forma en que las pequeñas compañías aseguradoras se relacionen directamente con otras compañías aseguradoras más grandes que ellas, que les sirven de reaseguradoras, y con ello, se da un intercambio de conocimiento tanto técnico como cultural en materia de reaseguros, que contribuye a lograr un mejor desarrollo profesional entre reasegurador y reasegurado, y a estrechar mayores lazos comerciales entre sí.

## **Riesgos del reaseguro**

Junto a los beneficios que posee esta figura, y que fueron explicados anteriormente, al igual que toda la actividad aseguradora, también posee sus riesgos, tales como:<sup>1</sup>

### **1. Riesgos derivados del asegurado (riesgo original)**

El reasegurador se ve afectado por los riesgos propios del contrato de seguro original, con la agravante de que en muchas ocasiones no lo pactó directamente, tal es el caso del reaseguro automático, donde está obligado a aceptar la totalidad de los riesgos reasegurados en su conjunto y no conoce las particularidades de cada uno. Dentro de los riesgos del contrato de seguro original, están:

#### **a. Riesgo técnico**

El riesgo técnico puede decirse que es el riesgo inherente a toda actividad de seguros; el riesgo que se corre al otorgar una cobertura mediante una póliza de seguro, y que está presente en todo momento.

#### **b. Falsos reclamos**

Existe el riesgo de que se presenten falsos reclamos, exagerados o fraudulentos; así como que el asegurador haga pagos improcedentes, los cuales van a implicar una pérdida para el reasegurador.

Los dos tipos de riesgo antes citados están amparados por el contrato de reaseguro, por medio de la cláusula de "Comunidad de suerte", la cual estipula que el reasegurador seguirá y correrá la misma suerte que corra el asegurador.

### **2. Riesgos derivados del asegurador o del reasegurador.**

La sanidad de las finanzas de la empresa aseguradora es de suma importancia, tanto que al momento en que una compañía reaseguradora decida contratar con una aseguradora, toma en cuenta este aspecto para decidir si contrata o no y en qué términos, pues una mala administración de los negocios, ya sea por negligencia o incapacidad del asegurador, puede agravar sensiblemente los riesgos que corre el reasegurador, y con ello las consecuentes pérdidas.

Métodos de selección deficientes, una generosidad exagerada en la liquidación de los siniestros, una producción incontrolada, contratación de personal técnico incapaz, todos estos factores tendrán consecuencias muy directas sobre los resultados del reaseguro. No se puede olvidar el riesgo moral inherente a toda empresa humana y que puede manifestarse en perjuicio tanto para el asegurador como para el reasegurador.

### **3. Riesgos independientes a la voluntad de las partes contratantes.**

Al igual que en toda actividad mercantil, el mercado y factores externos fuera del control de las empresas aseguradoras pueden influir negativamente en los negocios por ellas

realizados, tales como inflación de la economía local, el riesgo monetario (sobrevaluación o devaluación de la moneda), que puede afectar también muy directamente sus resultados; en este punto, recordemos que generalmente las reaseguradoras son compañías transnacionales que pactan con las compañías aseguradoras locales; en consecuencia, la moneda en que se pacta el contrato de seguro original es distinta a la moneda en que se contrata entre aseguradora y reaseguradora; por ende, las fluctuaciones de valor de las monedas en que opera puede obligar al reasegurador a efectuar prestaciones muy superiores (o inferiores) a las previstas en sus cálculos, sin que haya consecuencias para el asegurador, los perjudicados pueden ser tanto el asegurador como el reasegurador.

En síntesis, podemos incluir dentro de este tipo de riesgo, las economías locales cuyas variaciones constituyen un riesgo muy importante para las compañías reaseguradoras, pues puede repercutir negativamente en sus finanzas.

#### **4. Riesgos inherentes a la actividad como reasegurador**

El negocio del reaseguro implica que para lograr los mejores resultados en su gestión, los reaseguradores deben operar sobre una base lo más amplia posible; es decir, dar cobertura a un gran número de compañías aseguradoras. De esta forma, corre el riesgo de acumular participaciones sobre un mismo riesgo, pues un seguro puede estar compartido con uno o varios reaseguradores, que, a su vez, se reaseguran entre sí, y por ende, puede reasegurar un contrato de seguro ya reasegurado por sí mismo.

#### **5. Máxima Buena Fe (Uberrima FIDES)**

La relación entre el asegurador y el reasegurador debe caracterizarse por el principio de la más absoluta buena fe, máxime en los reaseguros automáticos, pues en esta actividad las negociaciones se llevan a cabo por la vía escrita (carta o fax) o telefónica y en la mayoría de los casos los riesgos no llegan a ser conocidos físicamente por los reaseguradores, sino que estos confían en la información que se les transmite y en la experiencia que tenga el asegurador para hacer una adecuada selección de riesgos, así como en la liquidación de siniestros, por lo que no pueden opinar en la concesión de las pólizas, pero si asumen las pérdidas que éstos generen.

#### **IV. CONCLUSIÓN**

La figura del reaseguro es poco conocida en nuestro entorno, quizás porque hemos tenido un monopolio en materia de seguros durante tanto tiempo, que no ha generado una competencia entre aseguradoras, que conlleven a la educación del costarricense en esta materia. No obstante, es de esperar que con la apertura y la introducción al mercado de otras compañías aseguradoras esta situación cambie, y pronto escucharemos de diferentes tipos de seguros. En lo que respecta al reaseguro podemos mencionar que aún con sus riesgos es una práctica que busca promover el apoyo entre las compañías aseguradoras para subsistir en el mercado, distribuyéndose las pérdidas entre sí, en consecuencia, se configura en una actividad muy importante para la sobrevivencia de las compañías aseguradoras y su respaldo ante el asegurado, con sus efectos positivos para la economía nacional, pues la materia de seguros es fundamental para garantizar las actividades lucrativas de un país y aportar a su desarrollo; en especial, para un país como el nuestro cuya actividad productiva recae en gran medida en las pequeñas y medianas empresas, las cuales, requieren de coberturas de seguros para sus riesgos.

#### **V. BIBLIOGRAFÍA**

- Ley N.º 8653 denominada Ley Reguladora del Mercado de Seguros, publicada en La Gaceta, Alcance N.º 30 del Jueves 7 de agosto de 2008.
- Autor desconocido (n.d). “*A History of Reinsurance*” (La Historia del Reaseguro), reproducido por el Instituto Nacional de Seguros.
- Unidad Didáctica de Derecho en Seguros, Instituto Nacional de Seguros y el Instituto Parauniversitario de Educación de Seguros y Afines –IPESA–.
- Unidad didáctica del Curso de Reaseguro (2007), Guía de Reaseguros. Instituto Nacional de Seguros.
- Departamento de Reaseguros (2006). Manual del Curso de Reaseguros. Instituto Nacional de Seguros.
- Hill Prados Concepción M, (n.d) Profesora Titular de Derecho Mercantil Concepto del contrato de reaseguro.

## DISCURSO Y PRE-JUICIO: A PROPÓSITO DE LA INIMPUTABILIDAD Y PERPETUIDAD DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD DE INTERNAMIENTO EN UN HOSPITAL PSIQUIÁTRICO

Máster Norberto E. Garay Boza\*

### Resumen:

La construcción teórica del concepto de inimputabilidad es la consecuencia histórica del manejo y desarrollo teórico dado a la enfermedad mental, por lo cual la inimputabilidad como concepto jurídico arrastra prejuicios disimulados por el discurso demencial, ampliando así el poder psiquiátrico al ámbito judicial por medio de las medidas de seguridad, en especial la de internamiento en un hospital psiquiátrico. Esta medida de seguridad maximiza la reacción ejercida en contra de los inimputables al ser de duración indeterminada, vulnerando los principios de dignidad humana, de igualdad ante la ley y de prohibición de penas perpetuas, siendo necesario tomar las medidas pertinentes para erradicar esta situación.

### Palabras Claves:

Enfermedad mental, discurso demencial, psiquiatría, inimputabilidad, medidas de seguridad, constitucional.

### Key Words:

Mental illness, demential discourse , psychiatrics, inimputability, security measures, constitutional.

### Abstract:

The theoretical construction of the concept of inimputability is the historical result of the theoretical treatment and development given to the mental illness. For this reason, inimputability, as a legal concept, carries prejudices hidden by the demential discourse, expanding the psychiatric power to the legal field, by means of security measures, especially hospitalization in a psychiatric facility. This safety measure maximizes the reaction exerted against the person not subject to imputability since its duration is indeterminate, which violates the principles of human dignity regarding equality before the law and the prohibition of life sentences, which demands the adoption of the necessary measures in order to eradicate this situation.

### I. INTRODUCCIÓN

El internamiento en un hospital psiquiátrico, ha sido dispuesto en nuestra legislación como medida de seguridad cuando es considerada la reacción necesaria y proporcional contra un inimputable que ha cometido un delito influido

por su trastorno mental. De tal manera, el numeral 98 del Código Penal establece que el juez impondrá obligatoriamente la medida de seguridad correspondiente cuando “*el autor de un delito haya sido declarado inimputable o tuviere disminuida su imputabilidad*”, siendo que según el artículo 100 del mismo cuerpo legal, estas medidas son de duración indeterminada.

La medida de seguridad de internamiento en un nosocomio psiquiátrico es la consecuencia de la declaración de inimputabilidad, concepto profundamente asociado al de enfermedad mental, siendo la historia de la locura la narración biográfica de los inimputables, por lo que podría pensarse que el concepto jurídico-penal de inimputabilidad, sería el heredero de las virtudes y prejuicios del concepto mismo de locura. A su vez, el carácter indeterminado de esta medida de seguridad evoca la sospecha de la perpetuidad como posible vulneración a derechos de los inimputables, situaciones objeto de análisis en este estudio que plantean las siguientes preguntas: ¿El concepto jurídico penal de inimputabilidad posee la influencia histórica de la elaboración del concepto de enfermedad mental? De ser así, ¿la indeterminación temporal de la medida de seguridad de internamiento en un hospital psiquiátrico; como corolario de la inimputabilidad con su respectiva carga histórica, vulnera los principios de dignidad humana, igualdad ante ley y prohibición de penas perpetuas? Tales son las interrogantes que motivan este texto, el cual se desarrollará de la siguiente manera. Primeramente se analizará la construcción histórica del manejo de la enfermedad mental por medio del discurso demencial. En segundo lugar, se expondrá la posible incidencia del discurso demencial en el derecho penal actual, y por último, una vez analizada la locura como fenómeno histórico, se examinará su influencia en el tema del internamiento como medida de seguridad desde una perspectiva crítico-constitucional, planteando la propuesta respectiva.

### II. DISCURSO Y PRE-JUICIO: ANÁLISIS HISTÓRICO DEL DISCURSO DEMENCIAL Y LA CREACIÓN DEL ENFERMO MENTAL.

“(…)*el punto de vista jurídico, que no es nuestro punto de vista, ni nuestro lenguaje, pero sí compartimos en palabras diferentes esa necesidad de determinar la responsabilidad de un individuo.*”<sup>1</sup>

Realizar un estudio del discurso supone efectuar un análisis del lenguaje como fenómeno social. Debe considerarse

\* Defensor público. Abogado y criminólogo.

que el vocablo discurso se emplea desde la perspectiva del poder; es decir, se le utiliza como herramienta, en ese sentido, el discurso deberá ser entendido como el uso del lenguaje, según el cual este es una instrumento al servicio del poder. El discurso demencial es aquel que versa sobre la existencia de la locura, el desarrollo socio-conceptual de la enfermedad mental, el cual desarrolló un juego del poder que, mediante la palabra, creó su objeto, siendo este la demencia. Sin embargo, debe indagarse cómo se origina esta lúdica dinámica discursiva, para mostrarse como discurso científico, probablemente en un sentido ideológico, partiendo del concepto marxista de ideología, según el cual este es aquel que procura una *falsa conciencia*,<sup>2</sup> por lo que aquí se considera que las personas que soportan el peso ideológico poseen un falso reconocimiento de la realidad, debido a la manipulación que el discurso –ideológico– ha realizado sobre ellas; en este sentido, sucede que la mayoría de los discursos que están al servicio del poder son ideológicos, de tal forma puede mantenerse la posición de que algún discurso sea científico cuando, en realidad, solo pretende servir al poder ideológicamente.

En el caso en estudio, el discurso demencial se considera ideológico, pues durante la historia se ha mostrado que el concepto mismo de demencia ha variado sustancialmente, lo que implica que su labor ha sido abiertamente retórica, procurando así catalizar una falsa representación de la realidad. En este sentido, previo al cristianismo, la concepción de lo que hoy se denomina enfermedad mental era distinta, vista desde el ojo de lo sagrado, como sucedía en Grecia, donde lo que, en la actualidad, se conoce como epilepsia, era percibida como una enfermedad sagrada. Sin embargo, hacia la Edad Media persistía una perspectiva demonológica de la locura, caracterizándose “(...)por una relación entre los demonios y la locura; con el Cristianismo se demonizaron los dioses paganos y los trastornos mentales fueron vistos como posesiones diabólicas. Cuando se consideraba al insano como poseído se le exorcizaba, o bien, se le consideraba criminal y era enviado a prisión. La teoría demonológica culminó en el siglo XV con la publicación del *Malleus Maleficarum*, texto sobre el diagnóstico y tratamiento de la brujería, apoyado por el Papa Inocente VIII y otras eminentes, como una manera de liberar al mundo de la herejía. Este fue el manual de la Inquisición.”<sup>3</sup>

El discurso manejado tanto previo al cristianismo como durante la Edad Media, era un discurso que inducía a una falsa representación de la realidad, pretendiendo inclusive que la razón fuera un acto de herejía, no de búsqueda del conocimiento, cuando al pensarlo, hoy se sabe que el conocimiento puede ayudar a tener una relación más sana con el cosmos. Época de profundo estancamiento intelectual, sirvió de bisagra a la historia de la Psiquiatría; no obstante, aún no se le denominaba como tal, faltarían unos siglos para que esta surgiese a la vida del conocimiento y fabricara su propio discurso.

En el año 1656, en París, por medio de edicto real nacía el *Hopital Général*, cuyo propósito primordial no era

relativo a la salud, sino “(...)tratar de impedir “la mendicidad y la ociosidad, como fuentes de todos los desórdenes”.<sup>4</sup> Este centro, antes que poseer una finalidad médica, poseía una función socioeconómica muy marcada, en este sentido, Foucault destaca un ejemplo citando que “*El domingo siguiente –13 de mayo de 1657– se canta en la iglesia de Saint-Louis de la Pitié, una misa solemne del Espíritu Santo; y el lunes 14 por la mañana, la milicia, que iba a convertirse, para la medrosa mitología popular, en “los arqueros del Hospital”, comienza a cazar mendigos y a enviarlos a las diferentes construcciones del Hospital; cuatro años más tarde, están recluidos en la Salpetrière 1460 mures y niños de tierna edad; en la Pitié, hay 98 muchachos, 897 muchachas entre siete y diecisiete años y 95 mujeres; en Bicetre, 1615 hombre adultos; en la Savonnerie, 305 muchachos entre ocho y trece años; en Scipion, finalmente, están las mujeres en cintas, las que aún dan el pecho y los pequeños son 530 personas... En toda Europa la internación tiene el mismo sentido, por lo menos al principio. Es una de las respuestas del siglo XVII a una crisis económica que afecta al mundo occidental en conjunto: descenso de salarios, desempleo, escasez de la moneda; este conjunto de hechos se debe probablemente a una crisis de la economía española... Pero fuera de las épocas de crisis, el confinamiento adquiere otro sentido. A su función de represión se agrega una nueva utilidad. Ahora ya no se trata de encerrar a los sin trabajo, sino dar trabajo a quienes se han encerrado y hacerlos así útiles para la prosperidad general. La alternación es clara: mano de obra barata...*<sup>5</sup>” Como se evidencia del extracto expuesto por el historiador francés, el Hospital General de París sirvió de centro de reclusión para desocupados, sin discriminar los motivos de su ocio, con el objetivo de obtener mano de obra barata, para así contrarrestar todo aquello que perjudicara los intereses económicos de la clase dominante en una época de crisis. En este sentido, se creó un discurso de salud para recluir a las personas, suplicio con el mito de la desocupación, legitimando así la privación de libertad de las personas tratadas; no obstante, la desnaturalización ante la que sucumbió la empresa médica fue notoria. Se emprendió una labor de caza al descalificado, dentro de los cuales estarían grupos de dementes, puestos al servicio de la producción, dándole a la reclusión el carácter obrero que se requería.

El trato dado hasta entonces al grupo de personas consideradas anormales; representado hoy parcialmente por los enfermos mentales, no era de carácter “terapéutico”, sino meramente utilitaria. No fue sino hasta fines del siglo XVIII cuando “(...)Philippe Pinel, en Francia, y Samuel Tuke, en Inglaterra, aplicaron a los enfermos mentales el moral treatment, o tratamiento moral. Se supuso que los enfermos podían entender y responder a un trato positivo, humano, sacándoles las cadenas y todos los tratamientos inhumanos a los que eran sometidos... La experiencia de Pinel en el hospital de Bicetre lo convenció de que habitualmente los orígenes de la alienación mental se relacionaban con tristeza y pérdida, y por lo tanto, la locura no provendría

de lesiones cerebrales, sino que sería gatillada por pasiones desbordadas... Pinel reorganizó primero el hospital de Bicetre y luego La Salpetrière sobre una base médica. Procedió a una clasificación ordenada de los reclusos en base a –sic– los síntomas que presentaban.”<sup>6</sup> La labor de Pinel, definitivamente, aminoró los ejercicios de violencia sobre los cuerpos de los internos; esto respondió a un cambio en el manejo del castigo; no obstante, su labor histórica fue de legitimación para ejercicios en el manejo de la descalificación psiquiátrica, pues se implementaron métodos básicos con un trasfondo de legitimación, que legitimarían las condiciones actuales de la Psiquiatría.

Hacia finales del siglo XVIII e inicios del XIX, se comenzó a gestar un movimiento de especialización en torno al manejo de la enfermedad mental, punto medular para su definición conceptual, ya que previo a esta época no se diferenciaban los dementes de los criminales o de los desocupados. Esquirol (1772-1840), quien fue discípulo de Pinel, empleó la técnica de aislamiento de los dementes y planteaba que el “(...)aislamiento de los enajenados (secuestro confinamiento) consiste en sustraer al alienado de todas sus costumbres; alejándolo de los lugares donde habita separándolo de su familia, de sus amigos, de su servidumbre; rodeándolo de extraños, cambiando su tenor de vida. El objetivo del aislamiento e modificar la dirección viciosa de la inteligencia y de los afectos de los alienados, en el medio más enérgico y por lo regular el más útil para combatir las enfermedades mentales.”<sup>7</sup> Curiosamente, en aquel entonces, Esquirol consideraba que las relaciones con la familia, eran determinantes para la enfermedad mental, hasta el punto de que la naturaleza de un delito podía explicarse en el que el criminal enajenado actuó así porque tenía buenas relaciones con su familia.<sup>8</sup> Esquirol perteneció al grupo de los alienistas, “(...) porque es el último en plantear la cuestión de la locura, es decir, de la relación con la verdad. Baillarger es el primero de los psiquiatras en Francia (en Alemania es Griesinger, más o menos en la misma época), porque es él quien plantea primero la cuestión de lo voluntario y lo involuntario, lo instintivo y lo automático, en el corazón de los procesos de la enfermedad mental.”<sup>9</sup>

El paso histórico, marcado por el cambio de paradigmas entre Esquirol y Baillarger, es fundamental para analizar el científico histórico de la Psiquiatría y la maximización de la depredación realizada por esta disciplina. A partir del momento en que se dejó de estudiar la enfermedad mental desde la perspectiva misma de la alienación, el universo de análisis psiquiátrico se expandió y se catalizó a sí mismo de manera incontrolable; en este sentido, “(...)Cuando la distancia y el automatismo son mínimos, es decir, cuando estamos ante una conducta conforme y voluntaria, tenemos, en términos generales, una conducta sana. Cuando la distancia y el automatismo, al contrario, crecen (por otra parte, no forzosamente a la misma velocidad y en el mismo grado), tenemos una enfermedad que hay que situar con precisión, en función de esta distancia y ese automatismo creciente. Si

eso es verdaderamente lo que va a calificar de patología una conducta, si realmente es eso, se comprende entonces que la psiquiatría pueda recuperar ahora, para su campo de análisis toda una masa enorme de datos, hechos, comportamientos, que podrá describir y cuyo valor sintomatológico examinará, a partir de esas distancias con respecto a la norma y en función del eje voluntario-involuntario.”<sup>10</sup>

El paso de la alienación al eje de lo voluntario-involuntario, permitió a la Psiquiatría ampliar su objeto de estudio, perder, de alguna manera, su condición estricta dada en sus inicios teóricos plasmados por los alienistas como Esquirol. Este salto le permitió anclarse más a la medicina neurológica, en el tanto todo acto que sea involuntario y que no muestre un funcionamiento, será objeto de estudio del saber psiquiátrico, creando una relación de oposición entre lo normal no patológico y lo involuntario patológico, influyendo así en el concepto mismo de enfermedad mental. Sus consecuencias serán evidentes; al haber un mayor campo por abarcar como objeto de estudio, se requerirán más manicomios, pues, necesariamente, habrá más personas dementes, más sujetos por controlar. Al ampliar el campo de estudio, habrá una mayor amplitud de la norma, de los criterios diagnósticos, bases que tendrán repercusión hasta la actualidad.

El paso a lo involuntario como factor sintomatológico de la enfermedad mental, dado a mediados del siglo XIX, facilitó la creación de prejuicios en el discurso psiquiátrico. Le dotó de una amplitud sobre el objeto de estudio y una base discursiva patologizante para seleccionar a los sujetos de descalificación.

El sucesor del saber psiquiátrico durante la segunda mitad del siglo XIX fue la Teoría de la degeneración de Morel, la cual luego “(...)de 1857(...) llegó a ser un factor importante para la organización de las clasificaciones psiquiátricas francesas y también del resto de Europa. Aunque el tinte hereditario había sido considerado en relación con la locura antes de eso, fue el trabajo de Morel el que lo puso de moda. Abiertamente lamarkiana(...) e inspirada en el dogma de pecado original, su teoría de la degeneración incluía la idea de que la enfermedad mental que afectaba a una generación podría afectar a la próxima en un grado cada vez mayor”<sup>11</sup>. Esta propuesta del saber psiquiátrico, acorde con su perspectiva expansionista, hace aún mayor el grado de injerencia de la Psiquiatría en la cotidianidad. Le brinda la posibilidad de influir en el ámbito inclusivo de aquellos que no presentan síntomas, en el ámbito de los herederos, teniendo inclusive el poder de no intentar curar, la medicina psiquiátrica preventiva, suerte de eugenescias plasmadas por el eufemismo del discurso. El sujeto deja de ser el enfermo mental, para convertirse en el heredero de los trastornos mentales; por lo tanto, la Psiquiatría profundiza en la higiene pública de la salud.<sup>12</sup>

En resumen, el desarrollo discursivo del saber psiquiátrico, desde la época previa al cristianismo hasta el siglo XX, se valió de una estrategia histórico-institucional, para expandir su campo de conocimiento a partir de la definición

del enfermo mental. Sus bases expansionistas poseen grotescos errores metodológicos. Primeramente, le atribuye a los trastornos mentales, bases metafísicas –como las creencias religiosas– para definir al anormal y castigarlo, justificándose a sí misma desde el mito de salubridad pública, tal y como sucedió con la creación del Hospital General, en París. Esta elaboración discursiva resultó ideológica, en el tanto propició una falsa representación de la realidad; así, se construyó una empresa médica en torno a intereses políticos y económicos: erradicar de las calles la mendicidad y utilizarla como mano de obra barata para la producción industrial, cambiando así la naturaleza del castigo, dejó de flagelarse el cuerpo de los anormales, para utilizar su fuerza en la producción como elemento integrante del capital. Con la incursión del saber psiquiátrico como ciencia del conocimiento, se asumió una posición de aislamiento del descalificado, afianzando así el internamiento como concepción ideológica –sustento teórico de la psiquiatría– y espacial –necesidad arquitectónica de manicomios–. Este fue el umbral necesario para el expansionismo del poder psiquiátrico, promovido por los pos-alienistas. Así, una vez que ya se había justificado la necesidad espacial de mayores centros de reclusión, se acudió a un mito científico, por medio de la construcción teórica del eje involuntariedad-patología como parámetro diagnóstico de la enfermedad mental, incrementado generacionalmente, por medio de la propuesta de Morel, la teoría de la degeneración. Fue, precisamente, desde la segunda mitad del siglo XIX, que el científicismo psiquiátrico adquirió dimensiones de violencia catalizada por el sustento teórico-ideológico del saber-poder de la Psiquiatría.

El discurso demencial debe ser considerado científico, en el tanto ha procurado aplicar métodos científicos a un objeto de estudio harto variable, como lo es el comportamiento humano.<sup>13</sup> El problema de las propuestas históricas de la Psiquiatría, al menos desde la época de Esquirol hasta la actualidad, es que han estado viciadas por sendos prejuicios de corte principalmente cultural, haciendo de su discurso legitimador una propuesta ideológica; así, ha utilizado mitos con el nombre de verdad para representar una falsa representación de la realidad, como fue el caso del eje involuntariedad-patológica de Baillarger, o bien, de la Teoría de la degeneración de Morel. Estos puntos históricos han sido pilar fundamental para la construcción y sistematización de la Psiquiatría contemporánea, para la producción del CIE-10 y el DSM-IV, manuales de validez científica en la actualidad para el diagnóstico de enfermedades mentales.

Estos manuales diagnósticos han sido el objeto del desarrollo del saber psiquiátrico hasta la actualidad, siendo que durante su desarrollo mismo han habido variaciones que dejan en evidencia su *científicismo*, tal como el DSM-III, donde la homosexualidad era considerada una enfermedad mental, manual que hasta hace unos años era de aplicación general por los psiquiatras, lo cual, en la actualidad, para la mayoría de nosotros sería insostenible, so pena de aceptar nuestro carácter discriminatorio hacia la población homosexual.

Lo anterior motiva que se realizara una variación sustancial de este manual diagnóstico; su producto fue el DSM-IV; no obstante, este aún tiene resabios del discurso ideológico, el discurso demencial.

El DSM-IV ofrece múltiples ejemplos que pueden ser analizados a la luz del discurso demencial, como es el caso de los trastornos de identidad sexual. Entre las características diagnósticas que ofrece dicho manual diagnóstico –para dicho trastorno–, resaltan que la persona se identifique con el otro sexo, y que presente un malestar con el asignado; así los niños (varones) que muestran un trastorno de identidad sexual se inclinan más a realizar “actividades femeninas tradicionales”, gustan de jugar con muñecas, evitan juegos “violentos”, deportes competitivos y manifiestan escaso interés en coches, camiones u otros juguetes no violentos, pero propios de los varones. En el caso de las niñas, muestran reacciones “negativas” intensas cuando se las quiere vestir con “ropa femenina”, usualmente prefieren la ropa de niño y el pelo corto, sus héroes suelen ser masculinos y fuertes, practican “juegos de niños” (violentos y deportes competitivos). En cuanto a los adultos, este trastorno se manifiesta por el anhelo de asumir el papel social del otro sexo, o bien, de adquirir su aspecto físico (mediante tratamiento hormonal o quirúrgico). Asimismo, los criterios para el diagnóstico de este trastorno, son el reflejo de las características diagnósticas y el DSM-IV hace la salvedad de que el concepto de masculinidad o feminidad debe ser entendido según la cultura en la que se estudie.<sup>14</sup>

Este tipo de prejuicios, arraigados aun en la Psiquiatría, hace pensar que, actualmente, puede existir otro tipo de discriminaciones, cuyo soporte es primordialmente pseudo-científico y, en el ámbito judicial, sería tutelado mediante el mito de la inimputabilidad con su primordial consecuencia práctica: la imposición de medidas de seguridad.

### III. IMPLICACIONES DEL DISCURSO DEMENCIAL PARA EL DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL

La elaboración discursiva del expansionismo psiquiátrico, su retórica de autolegitimación, coincide con el derecho penal en la figura del inimputable. La inimputabilidad, “(...) es el estado de la persona consistente en una insuficiencia o alteración de la facultades mentales que le impiden comprender la ilicitud del acto o dirigir sus acciones conforme a derecho”<sup>15</sup>, siendo que previo a su declaración, se requiere de un diagnóstico psiquiátrico que indique si el sujeto posee “una insuficiencia o alteración de la facultades mentales”; es decir, si es sujeto de locura.

La inimputabilidad ha sido reconocida en el sistema penal moderno marcado por el finalismo welzeliano<sup>16</sup>, siendo tratada para efectos de la teoría del delito en el cuarto nivel analítico, sea este la culpabilidad, precedido estricto orden por la acción, típica y antijurídica. Desde esta óptica, el enfermo mental, que en razón de su condición patológica cometa crimen, será sometido a un proceso especial, cuyo resultado podrá ser la imposición de una medida de seguridad,

de tratamiento ambulatorio o internamiento en un hospital psiquiátrico.

La imposición de las medidas de seguridad es la consecuencia procesal penal ante la declaración de inimputabilidad, es la incursión de la reacción penal estatal contra un individuo, que, por su enfermedad mental ha cometido una conducta asociada con el crimen. Esta relación posee las siguientes implicaciones para el discurso judicial (penal-procesal penal):

- Existe la necesidad de explicar aquellos crímenes cuyo entendimiento escapan a la razón, los delitos de la locura.
- Para que el derecho haga entendible estos crímenes, acude a disciplinas como la Psiquiatría.
- La inimputabilidad –o la imputabilidad disminuida–, será consecuencia de la declaración de enfermedad mental; por ende, la inimputabilidad acarrearía los prejuicios históricos y metodológicos del saber psiquiátrico hasta el plano del diagnóstico.
- La decisión judicial; producto de la inimputabilidad, será accesoria de la decisión –diagnóstico– psiquiátrica.
- Ordenar una medida de seguridad contra un inimputable, hará que esta disposición judicial arrastre los métodos terapéuticos de la psiquiatría por una reacción penal, arrastrará el peso histórico-ideológico del discurso demencial.

Esta serie de puntos pone al descubierto el expansionismo psiquiátrico, legitimado en este caso por el sistema judicial penal. Sin embargo, la orden de imponer medidas de seguridad, no es simplemente otra cara de la imposición psiquiátrica, sino una manifestación cuya violencia se ha maximizado, pues se trata de un sujeto doblemente descalificado; el loco-criminal, que ha sido sometido a una ingeniería de violencias aun más estratégicas, pues en países como Costa Rica y España, dicho internamiento puede ser indeterminado. Al respecto, se ha indicado que “*La razón que generalmente se aduce para sostener la indeterminación temporal de las medidas, una vez más, se refiere a su supuesta finalidad terapéutica o asistencial, que lleva a argumentar que si este es el fin perseguido, la duración de la medida no se puede determinar a priori; de –sic– consiguiente, la medida deberá extenderse hasta lograr la curación del sujeto*”.<sup>17</sup> Esto deja claro que la incidencia del discurso demencial, ha tenido un efecto expansionista y con ello se ha erigido sobre un nuevo tipo de poder: el poder psiquiátrico-carcelario, en particular por la relación con las medidas de seguridad, punto sobre el cual se debe trabajar desde una perspectiva de intervención mínima, especialmente en cuanto a su determinación temporal.

#### IV. LA INIMPUTABILIDAD Y EL MANEJO DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD: PROPUESTA CONSTITUCIONAL CONTRA SU INDETERMINACIÓN TEMPORAL

El psiquiatra forense es quien indica quién es sujeto de medidas de seguridad y quién no. Podría pensarse que el encargado de determinar las medidas de seguridad en contra del inimputable es el juez, no obstante, esto es errado. En el 2006, se realizó una investigación denominada “*La esquizofrenia paranoide como eximente de la responsabilidad penal: un análisis desde la culpabilidad*”<sup>18</sup>, la cual logró determinar que cuando los jueces imponen una medida de seguridad, son vinculados por lo que indique el psiquiatra forense, pese a que se admite que se parte de la premisa de que los inimputables no serán curados ante la imposición de una medida de seguridad. Este dato implica que, funcionalmente, los jueces son objetos mediáticos para el objetivo del saber psiquiátrico-forense, sea este el de acceder al poder sancionatorio, bastando, con ello, clasificar a alguien como enfermo mental.

El problema que presenta esto para el tema de la inimputabilidad es que se dispone la imposición de una medida de seguridad contra alguien que, al ser considerado enfermo mental, arrastra todo el peso histórico en torno al discurso demencial, teniendo como consecuencia la eventual imposición de una medida de seguridad, siendo la más violenta aquella que propone su internamiento, reclusión que puede ser indeterminada; esto, acorde con lo estipulado en el artículo 100 del Código Penal.

La Sala Constitucional ha indicado que la indeterminación temporal de las medidas de seguridad no contraviene los derechos de los inimputables (voto 17298-2008), dejando abierto el portillo de reclusión perpetua si “aparentemente” la demencia no es curada, por lo que personas que cometieron un crimen menor, podrían estar encerradas en el manicomio de por vida. Esto coloca al demente en una situación aún más vulnerable que la del delincuente, pues a quien se le condena por un delito se le determina el tiempo de la pena y los beneficios a los que podría acceder, mientras que al inimputable no se le determina ningún plazo de internamiento ni beneficio legal al respecto. Más valdría ser condenado cuerdo, sin importar la gravedad del delito, que ser internado en el manicomio por inimputabilidad. La actual legislación procesal penal y la jurisprudencia constitucional son unas herramientas más al servicio del poder psiquiátrico, fortaleciendo así su función de higiene pública. Al recluir al inimputable en el manicomio, aun de manera indeterminada, estos factores mediáticos legitiman el poder sancionatorio de la Psiquiatría forense y lo justifican existencialmente.

La disposición de la Sala Constitucional, según la cual no es contrario a la Constitución Política el que las medidas de seguridad sean indeterminadas, resulta abiertamente violatoria de cualquier derecho fundamental de los inimputables. Son varios los principios constitucionales que deben ser considerados en torno a este punto, primeramente un

principio democrático como eje fundamental para cualquier relación del Estado con sus habitantes; no obstante, de manera aún más específica, importan los principios de dignidad humana, igualdad ante la ley y prohibición de penas perpetuas, regulados en nuestra Carta Magna.

El argumento medular de la Sala Constitucional para considerar que la indeterminación temporal de las medidas de seguridad no era contraria a las garantías constitucionales, fue que por tratarse de un tema de salud y tratamiento médico, no podía determinarse *a priori* el tiempo de duración de dichas medidas, considerando que por no ser una pena en sentido estricto, no vulneraría la prohibición constitucional de penas perpetuas. Sin embargo, en detrimento de esta postura, aquí se plantea su inconstitucionalidad, postura expuesta desde la óptica de preceptos constitucionales específicos.

Al analizar este tema, deberá de partirse desde la premisa de que el saber psiquiátrico está instaurado y con él su afán expansionista; así, siendo que su instauración es una labor de siglos, su erradicación sería una utopía; no obstante, detener su inclinación expansionista sí es una propuesta dotada de posibilidad, motivo por el cual se asume ese propósito en este examen, sin que por ello se demeriten o no se compartan afinidades antipsiquiátricas, cuyas invitaciones se mantienen vigentes en vigor y anhelo.

El principio de dignidad humana debe ser pilar fundamental de cualquier reclusión, en particular si esta se produce de manera coactiva, como es el caso de las medidas de seguridad. La indeterminación de estas medidas conlleva inmersa la noción de perpetuidad, del encierro vitalicio, con lo cual se promueve la descalificación del inimputable como sujeto social, estigmatizándosele de forma eterna, indicando como intrínseco a su personalidad el carácter de demente-criminal. Esta consecuencia de la indeterminación de esta reacción penal, necesariamente atenta contra la dignidad de la persona sobre la cual el Estado descarga su violencia, no penitenciaria en términos retóricos, pero sí material y discriminatoria desde la perspectiva de la realidad.

El eje de doble descalificación: loco-criminal, ofrece certeza de la violación producida a otro precepto constitucional, sea este el de la igualdad ante la ley, consagrado en el numeral 33 constitucional. Nótese que a una persona que se le juzgue por cualquier delito –prescindiendo de la posibilidad de acceder a algún beneficio penitenciario–, necesariamente se le determinará, desde el momento mismo de la emisión de la sentencia, el tiempo de prisión, pero en el caso de los inimputables, eso no sucederá, situación tutelada por la ideología psiquiátrica de la terapia, construyendo así una situación de discriminación del inimputable al cual, además de no poder acceder a beneficios como el de ejecución condicional de la pena, no se le determinará el tiempo de su encierro, independientemente del injusto penal que haya cometido.

Por último, el artículo 40 de la Constitución Política, estipula la prohibición a penas perpetuas, extremo fundamental violado por la indeterminación temporal de las medidas de seguridad. Al respecto, la Sala Constitucional, en el voto ya citado, ha indicado que la naturaleza de estas medidas no

es punitiva, sino que atiende a criterios terapéuticos, por lo cual, el que pueda ser perpetua, no resulta violatoria de los derechos constitucionales. La noción implícita del numeral 40 constitucional, es precisamente evitar el encierro vitalicio; no obstante, la interpretación dada por la Cámara Constitucional ha dejado esto de lado y, con ello, ha permitido algo más grave que la prisión: el encierro perpetuo contra el sujeto enfermo. Esta interpretación en perjuicio de los derechos fundamentales ha sido una de las bases más fuertes para expandir estos dejos de violencia institucional, legitimando con mayor fuerza el poder psiquiátrico-carcelario.

Contra este criterio nugatorio de los derechos constitucionales, aquí se realiza una propuesta minimalista. En el sistema actual de derechos fundamentales, lo que resulta inconstitucional en la imposición de las medidas de seguridad ha sido su carácter de plazo indeterminado, siendo esto lo que primeramente se deberá evitar.

La determinación temporal de las medidas de seguridad procurará un mayor respeto a los principios constitucionales aquí referidos, en particular la dignidad humana, la igualdad ante la ley y la prohibición de penas perpetuas. Visto así, esta no sería una propuesta innovadora, pues ya otros la han planteado, en este sentido, Córdova Roda ha propuesto que la duración de estas medidas debe ser la necesaria para el fin propuesto;<sup>19</sup> no obstante, esto sería ofrecer el mismo discurso sustancial, con una variación en la sintaxis. Por su parte, Muñoz Conde ha propuesto que la duración de la medida de seguridad no debe superar el tiempo atribuido a la pena del delito respectivo; esto, en atención al principio de intervención mínima; asimismo, en atención al principio de proporcionalidad, tal medida no podrá ser desproporcionada ni a la peligrosidad del sujeto ni a la gravedad del delito.<sup>20</sup>

La postura de Muñoz Conde ofrece efectivamente un margen de seguridad jurídica en cuanto a la determinación de la medida de seguridad. Sin embargo, la ambigüedad de su planteamiento permite que se dejen de lado dos cuestiones específicas de vital importancia:

1. La determinación del tiempo de duración de la medida de seguridad en función de la pena respectiva, deberá de ser fijada a su vez dentro de los parámetros punitivos respectivos, indicándose por parte del juez cuál hubiera sido el monto del castigo en el caso de la imputabilidad, para que el tiempo de la medida no sea superior a este. A esto lo denomino *ejercicio hipotético de imputabilidad*.
  2. Que si el inimputable supera su enfermedad mental previo a la finalización del plazo de la medida, esta deberá ser dejada sin efecto por innecesaria.
- Considerando estos dos puntos, se realiza una propuesta minimalista para la imposición de las medidas de seguridad, en el tanto la orden judicial respectiva deberá cumplir con los siguientes puntos:
1. La medida de seguridad deberá delimitarse en cuanto al tiempo de su duración; esto, por medio del *ejercicio hipotético de imputabilidad*; así, para la fijación

- de dicho plazo, se utilizará como parámetro la pena del delito respectivo, y, con base en el principio de culpabilidad, se analizará la magnitud del reproche penal si se hubiera estado ante un sujeto imputable, delimitando el monto específico que durará el encierro, empleando este tiempo como tope máximo de duración de la medida de seguridad.
2. Deberá indicarse que en caso de que el inimputable recupere su estado de salud, se ordenará de manera inmediata su libertad, aun cuando no se haya alcanzado el tope máximo del plazo dispuesto; esto, por un criterio de inocuidad de la medida de seguridad.
- Al acatar estos puntos de la propuesta planteada, logrará respetarse los derechos fundamentales de la comunidad inimputable, sin que se deje de lado los criterios “peligrosistas” que lleva inmerso el tema de la inimputabilidad, minimizando así las consecuencias históricas que el discurso demencial ha instaurado en el saber jurídico-penal.

## V. CONCLUSIÓN

La historia de la Psiquiatría es una historia cargada de prejuicios sostenidos teóricamente por el discurso demencial, por la elaboración retórica del lenguaje. Un estudio de su trayectoria, como el efectuado acá, demuestra que el saber psiquiátrico es un saber de violencia y descalificación.

El cientificismo de la Psiquiatría ha sido el soporte ideológico del discurso demencial respecto a la definición del término *enfermedad mental*, por lo cual, al analizar el tema de la inimputabilidad, asalta una duda histórica, en relación con la naturaleza científica de su concepto. Nosologías ambiguas y con variables culturales, como elementos que se consideran para emitir un criterio diagnóstico, han vinculado al juez y a los lineamientos jurisprudenciales en materia constitucional, otorgando así un poder mayor a la institución psiquiátrica, la cual, por tener el poder punitivo-definitorio, su discurso de justificación existencial y remitir un mensaje de anormalización de manera antimetodológica, debe ser considerada como pseudocientífica.

Uno de los mayores alcances de este ejercicio de violencia es la posibilidad de la indeterminación temporal de las medidas de seguridad, vulnerando principios constitucionales como la dignidad humana, la igualdad ante la ley y la prohibición de penas perpetuas. Para contrarrestar esto, se ha propuesto que la orden judicial que disponga aplicar una medida de seguridad deberá acatar, al menos, los siguientes puntos:

1. La medida de seguridad deberá delimitarse en cuanto al tiempo de su duración; esto, por medio del *ejercicio hipotético de imputabilidad*; así, para la fijación de dicho plazo se utilizará como parámetro la pena del delito respectivo y, con base en el principio de culpabilidad, se analizará la magnitud del reproche penal si se hubiera estado ante un sujeto imputable, delimitando el monto específico que durará el encierro, empleando este tiempo como tope máximo de duración de la medida de seguridad.

2. Deberá indicarse que en caso de que el inimputable recupere su estado de salud, se ordenará de manera inmediata su libertad, aun cuando no se haya alcanzado el tope máximo del plazo dispuesto; esto, por un criterio de inocuidad de la medida de seguridad.

La aplicación de estas recomendaciones lograr mitigar los perjudiciales efectos de la violencia que se ha institucionalizado en contra de los inimputables, procurando así el carácter consecuente en este tema de la teoría penal con su práctica judicial.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- Binder, Alberto. *Introducción al derecho penal*. Buenos Aires: ad-hoc. 2004.
- Foucault, Michel. *Los anormales*. Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2000.
- Historia de la locura en la época clásica*. México, FCE, 1967.
- Garay, Norberto. *La esquizofrenia paranoide como eximente de la responsabilidad mental: un análisis desde la culpabilidad*. Tesis de licenciatura, U.C.R., Costa Rica, 2006.
- Huneeus, Teresa. *La Esquizofrenia: Visión Integradora*. Santiago de Chile, Universidad de SEK, 2001.
- Pichot, Pierre. *DSM-IV Manual diagnóstico y estadístico de trastornos mentales*. Barcelona: MASSON S.A. Versión electrónica. 1995.
- Schoeck, Helmut. *Diccionario de Sociología*. Barcelona, Herder, 1981, p.p. 86-87.
- Sotomayor, Juan. *Inimputabilidad y sistema penal*. Bogotá: Temis. 1996.
- Welzel, Hans. *Derecho penal*. Buenos Aires: Depalma. 1956.
- Zizek, Slavoj. *El sublime objeto de la ideología*. Buenos Aires, Siglo XXI, 2005, p. 56.

## VII. NOTAS DE REFERENCIA

- <sup>1</sup> Así en Garay, Norberto. *La esquizofrenia paranoide como eximiente de la responsabilidad mental: un análisis desde la culpabilidad*. Tesis de licenciatura, U.C.R., Costa Rica, 2006.
- <sup>2</sup> Zizek, Slavoj. *El sublime objeto de la ideología*. Buenos Aires, Siglo XXI, 2005, p. 56.
- <sup>3</sup> Huneeus, Teresa. *La Esquizofrenia...* p. 50.
- <sup>4</sup> Foucault, Michel. *Historia de la locura en la época clásica*. México: FCE, 1967, p. 55.
- <sup>5</sup> Foucault, Michel. *La historia de la locura...* p.p. 57-59.
- <sup>6</sup> Huneeus, Teresa. *La Esquizofrenia...* p. 51.
- <sup>7</sup> Citado por Huneeus, Teresa. *La Esquizofrenia...* p. 51.
- <sup>8</sup> Foucault, Michel. *Los anormales...* p. 144.
- <sup>9</sup> Foucault, Michel. *Los anormales...* p. 151.
- <sup>10</sup> Foucault, Michel. *Los anormales...* p. 152.
- <sup>11</sup> Huneeus, Teresa. *La Esquizofrenia...* p. 54.
- <sup>12</sup> Al respecto Foucault, Michel. *Los anormales...* p.p. 292-296.
- <sup>3</sup> El científicismo es el término creado por Max Scheler para referirse "...a la pseudociencia de aquellos que aplican métodos científicos, generalmente de las ciencias naturales, a otras disciplinas en las que estos métodos no son adecuados a la naturaleza de los objetos de observación... Según Scheler el c.-científicismo- es "una corriente intelectual que, respecto a la cuestión sobre la esencia del conocimiento y de la verdad, da por supuesta la realidad de la ciencia positiva, sus métodos y sus fines, y responde a esta cuestión diciendo que verdad y conocimiento son precisamente aquello "adonde" llevan los métodos de las ciencias. Schoeck, Helmut. *Diccionario de sociología*. Barcelona, Herder, 1981, p.p. 86-87.
- <sup>14</sup> Pichot, Pierre. *DSM-IV Manual diagnóstico y estadístico de trastornos mentales*. Barcelona: MASSON S.A. Versión electrónica. 1995. p. 550-551.
- <sup>15</sup> Binder, Alberto. *Introducción al derecho penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc. 2004. p. 257.
- <sup>16</sup> Al respecto consultese a Welzel, Hans. *Derecho penal*. Buenos Aires: Depalma. 1956. p. 165.
- <sup>17</sup> Sotomayor, Juan. *Inimputabilidad y sistema penal*. Bogotá: Temis. 1996. p. 182.
- <sup>18</sup> Garay, Norberto. *La esquizofrenia paranoide como eximiente de la responsabilidad mental: un análisis desde la culpabilidad*. Tesis de licenciatura, U.C.R., Costa Rica, 2006
- <sup>19</sup> Así en Sotomayor, Juan. *Inimputabilidad y sistema penal...* p. 183.
- <sup>20</sup> Así en Sotomayor, Juan. *Inimputabilidad y sistema penal...* p. 186.

## "Uso de la Marca, Comercio Electrónico y caducidad de la marca por Falta de Uso en Costa Rica.

Lic. Ronald Eduardo Segura Mena\*

### PRIMERA UNIDAD.

#### DERECHOS Y OBLIGACIONES DERIVADOS DEL USO DE LA MARCA.

##### TEMA PRIMERO:

##### EL CONCEPTO DE USO DE LA MARCA.

###### Resumen:

Como primer punto de este artículo analizaré, el concepto de Uso de la Marca, primeramente desde la actual obligación de uso de la marca, generalizada en todos los ordenamientos a nivel mundial, estableciendo los orígenes de esta obligación de uso y las finalidades prácticas que implica el uso de la marca como un elemento que permite a futuro la inscripción de nuevas marcas y la no saturación de los registros de marcas, posteriormente continuare con el análisis de lo que implica la puesta en el comercio de los productos y servicios que distingue la marca, para continuar revisando lo correspondiente al uso de la marca por sujetos diferentes al titular, para finalmente cerrar la presente unidad con el estudio de lo que son algunos usos diferentes a la registrada y la existencia de justificantes para el no uso de la marca.

###### Abstract:

As a first point of this article will discuss the concept of use of the mark, first from the current obligation to use the mark, generally in all legal systems worldwide, establishing the origins of this obligation to use and practical purposes involving the use of the mark as an element that allows future registration of new brands and non-saturation of trademark registrations, then continue with the analysis of which involves the placing on the trade in products and services identified by the mark to continue reviewing it for the use of the trademark holder for different subjects, to finally close this unit with the study of what are some uses other registered and justifications for the existence of non-use of the mark.

###### Palabras Claves:

Uso de la marca, caducidad, no uso de la marca.

###### Key Words:

Use of the trademark, trade expiration, non –use brand in Costa Rica.

\* Licenciado en Derecho, miembro Junta Directiva Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica 2011.

### INTRODUCCIÓN:

Como primer punto de este artículo analizaré, el concepto de Uso de la Marca, primeramente desde la actual obligación de uso de la marca, generalizada en todos los ordenamientos a nivel mundial, estableciendo los orígenes de esta obligación de uso y las finalidades prácticas que implica el uso de la marca como un elemento que permite a futuro la inscripción de nuevas marcas y la no saturación de los registros de marcas, posteriormente continuare con el análisis de lo que implica la puesta en el comercio de los productos y servicios que distingue la marca, para continuar revisando lo correspondiente al uso de la marca por sujetos diferentes al titular, para finalmente cerrar la presente unidad con el estudio de lo que son algunos usos diferentes a la registrada y la existencia de justificantes para el no uso de la marca.

#### 1.1. LA UTILIZACIÓN DE LA MARCA COMO UNA CONDICIÓN OBLIGATORIA.

La existencia de marcas en el comercio de productos no es algo de las eras recientes tal como nos lo indica el autor Gerd Kunze<sup>1</sup>, efectivamente los primeros indicios del uso de marcas se remontan unos tres mil atrás con la existencia de artesanías indias que contenían ya la firma de sus creadores, igual se encontraron vestigios de marcas en los productos de diferentes civilizaciones como la China y los Romanos, así mismo con el florecimiento del comercio principalmente en algunas provincias italianas en la edad media y el desarrollo del comercio marítimo se fue propagando ampliamente la utilización de signos para distinguir los productos de los comerciantes y fabricantes, el gran salto se vino a dar con la Revolución Industrial donde la marca alcanzó su punto máximo de desarrollo que se ha mantenido hasta la actualidad. Esta importancia de las marcas en el giro comercial ha hecho necesaria su protección, pero a la vez ha consolidado el uso obligatorio de la marca, en este sentido el autor Fernández Novoa establece: "El principio del uso obligatorio de la marca registrada es actualmente una de las piezas básicas del Derecho de Marcas".<sup>2</sup> Esto nos lleva a la importante consideración de que la protección de la marca

1 Kunze (Gerd) *Introducción al Derecho y A La Práctica en Materia de Marcas, Manual de Formación de la OMPI, Ginebra Suiza, Segunda Edición 1994.* Pág. 9, 141 pgs.

2 Fernández Novoa (Carlos), *Tratado Sobre Derecho de Marcas.* Editorial Marcial Pons, Barcelona, España, año 2001, Pág. 453, 630 pgs.

no puede desligarse del uso de la misma, de manera que para que el ordenamiento tutele a la marca y le de protección se hace necesario el efectivo uso de esta.

Este reconocimiento de la obligación de uso de la marca ha tenido eco a nivel judicial en diferentes latitudes de Latinoamérica y el mundo, uno de estos casos es en Argentina, donde tal como nos señala el autor Otamendi los Tribunales han decidido casos donde lo que se debate es el uso de la marca y en este sentido señala: *"En un caso decidido por la Corte Suprema se decretó la nulidad de una marca porque el titular se había comprometido a no usarla. Afirmó el Tribunal que tal compromiso conspira contra la esencia misma de la institución marcaria. Y agregó que no puede existir un derecho marcario en una extensión menor ni mayor que la fijada en la Ley que lo establece. Ello es independiente como bien se señala en la sentencia del ejercicio del derecho que nació íntegro. Ese registro restringido contraviene precisamente la letra y espíritu de la ley, pues es un derecho cercenado de tal manera no otorga a su propietario potestad de utilizarlo o no para identificar productos, su empleo deja de ser facultativo"*<sup>3</sup>. Tal como lo indica el autor Otamendi una vez registrada la marca su empleo deja de ser facultativo, ya que si se quiere su protección, el empleo de la marca ya no se convierte en una facultad del titular, sino por el contrario este registro apareja la condición del uso de la marca por parte del titular de este derecho de lo contrario como veremos mas adelante este no uso de la marca puede terminar en la consecuencia de la perdida del derecho. Tal como lo indica el autor Gerd Kunze, la protección de la marca se apareja a su uso el menciona: *"No tiene sentido desde el punto de vista económico, proteger a las marcas mediante registro sin exigir su utilización. Las marcas no utilizadas constituyen una barrera artificial para el registro de nuevas marcas"*<sup>4</sup>. El hecho de la utilización de la marca como observamos no solo encuentra sustento en aspectos estrictamente legales, sino además en la función económica de la marca, que deriva la obligación de utilización de la marca como consecuencia necesaria para su existencia, la marca como activo económico requiere para mantener su valor, el hecho de que sea usada, una marca que no se usa es una marca que poco a poco irá perdiendo su valor económico. Otra autora que nos habla del uso de la marca como principio es la autora De la Fuente García, ella indica: *"El uso obligatorio de la marca es un principio que tiene que inspirar todo el sistema de marcas. La marca es un bien inmaterial que debe plasmarse en determinados productos o servicios. Por lo tanto el uso de la marca contribuye a que la misma configure su naturaleza jurídica y cumpla las funciones para las que ha nacido. Por otro lado, el principio del uso obligatorio de la marca también cumple una función práctica que se manifiesta en un triple sentido. En primer lugar, el uso obligatorio de la marca contribuye a*

*la eliminación del Registro de las marcas que no se usan.... En segundo lugar, si no existiera una norma que sancionara la falta de uso, se podría producir una limitación absoluta del acceso a nuevas marcas al registro.....En tercer lugar, el principio del uso obligatorio de la marca es el mecanismo que facilita el acercamiento de la realidad registral a la realidad extraregistral. Si no existiese un sistema que facilite la eliminación de marcas no usadas, los Registros podrían representar una situación distinta de la realidad del mercado"*

## 1.2. EL SURGIMIENTO DE LA OBLIGACION DE USO.

Tal como vimos recientemente el uso de la marca es reconocido plenamente como una obligación en todos los ordenamientos a nivel mundial, no obstante el desarrollo de esta obligación se ha venido desarrollando desde el siglo XIX hasta nuestros días así lo indica el autor Mayr, el cual nos expresa al efecto: *"El primer Ordenamiento que regula el uso obligatorio de la marca fue la Ley Suiza de 19 de Diciembre de 1879. El artículo 10 de la Citada norma prevé la caducidad del derecho sobre la marca registrada por falta de uso durante tres años consecutivos. Posteriormente el Decreto Real de 18 de Agosto de 1884 regula las normas sobre la concesión de marcas en las provincias españolas de Ultramar. El artículo 18 de la Citada norma prevé la caducidad del derecho sobre la marca por falta de uso durante un año y un día, salvo que el interesado pueda alegar causas de fuerza mayor. No obstante, la citada normativa sólo pudo aplicarse en Cuba, debido a los cambios políticos que sucedieron con las colonias españolas a finales del siglo XIX"*. Posteriormente se incorporó en los demás ordenamientos como señala la misma autora De la Fuente ella indica: *"Igualmente se regula el uso de la marca en las normas unionistas. El resultado de la Conferencia de la Haya de 1925 y de la Conferencia de Londres de 1934 tuvo como consecuencia que en CUP no impusiese la obligación del uso de la marca. Sin embargo establece una serie de garantías a favor de los titulares unionistas de las marcas para defenderlos de los abusos de las legislaciones nacionales. En este sentido, cabe citar el apartado c) del art. 5 del Citado Convenio que contempla determinados aspectos en punto a los requisitos del uso de la marca. Por lo demás, la necesidad de incorporar una norma que contemplara el principio del uso obligatorio de la marca se manifestó de forma sucesiva en los distintos ordenamientos europeos. Así sucedió en el Derecho británico, en el Derecho Francés, en el Derecho alemán, en el Derecho Uniforme del Benelux y en el Derecho Italiano"*. Tal como indicaba esta autora el Covenio Uniforme de París o CUP no incluyó un norma específica sobre uso de la Marca, no obstante como veremos mas adelante en el desarrollo de este trabajo hoy en día esta generalizada la obligación de uso de la marca en los diferentes ordenamientos a nivel mundial. Si bien es cierto el convenio de París tal vez por lo antiguo de su redacción no incluyó el

3 Otamendi (Jorge), *Derecho de Marcas*. Editorial Lexis Nexos, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina 2002. pág. 331. 385 pgs.

4 Kunze (Gerd) *Op Cit.* Pág. 45.

uso como un elemento de su regulación esta regulación si la encontramos en el ADPIC o Acuerdo Sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio, que también se le conoce como acuerdo TRIPS, este acuerdo establece directamente la Obligación de Uso de la Marca, tal como lo indican los autores Bertone y Cavanellas, ellos indican: *"El artículo 19 del TRIPS ordena, que , si para mantener el registro de una marca se exige el uso, el registro sólo podrá anularse después de un período ininterrumpido de tres años como mínimo de falta de uso, a menos que el titular de la marca de fábrica o de comercio demuestre que hubo para ello razones validas basadas en la existencia de obstáculos a dicho uso"*<sup>5</sup>. La importancia del ADPIC como ordenamiento orientador de legislaciones a nivel mundial nos permite establecer claramente como el uso de la marca es hoy en día indiscutiblemente una obligación para su titular o derechohabiente.

### 1.3 EL DERECHO DE USO DE LA MARCA.

Es importante establecer que si bien es cierto existe la obligación de usar la marca, la creación de la marca y su posterior registro conceden al titular también un derecho de uso de la marca, es decir de disfrutar de esta creación y sacar provecho a su posesión, el creador de la marca tiene así un abanico de posibilidades al momento de ejecutar este derecho el autor Kunze nos indica en este sentido: *"La mayoría de las leyes de marcas reconocen al titular de una marca el derecho positivo de uso de la marca. En efecto sería contradictorio no reconocer este derecho positivo de uso a la vez que se impone la obligación de utilizar la marca....Este derecho significa, en primer lugar, que el titular de la marca puede aplicarla a productos, contenedores, empaques, etiquetas, etc. O utilizarla de cualquier otro modo en relación con los productos para los cuales ha sido registrada"*<sup>6</sup>. Este derecho de uso exclusivo es reconocido por diferentes legislaciones que han decidido regular dentro del derecho de marcas el derecho de uso de la marca para pasar así a una positivización del Derecho el autor Fernández Novoa nos indica al respecto: *"El artículo 30 de la Ley de Marcas dispone que el registro de la marca confiere a su titular el derecho exclusivo de utilizarla en el tráfico económico. La exclusividad del derecho subjetivo legalmente atribuido al titular es una nota común a todos los derechos de propiedad industrial. En materia de marcas el carácter exclusivo del derecho subjetivo del titular está íntimamente entroncado en la función indicadora del origen empresarial de los productos o servicios que la marca desempeña"*. Este derecho de uso de la marca es una parte importante del derecho de marcas moderno el cual reconoce al titular de la marca un derecho de distinguir sus productos con dicha marca, derecho que conservará mientras utilice la marca y derecho que le es protegido no solo a nivel de derecho

5 Bertone (Luis Eduardo) y Cabanellas de las Cuevas (Guillermo), *Derecho de Marcas 1*, Editorial Helasta SRL, Argentina, Segunda Edición 2003, Tomo Primero, pág. 184, 500 pgs.

6 Kunze (Gerd), Op. Cit, Pág. 53.

civil y administrativo, sino además a nivel de derecho penal, este derecho de uso lleva aparejado así otro derecho y este es el derecho de prohibir a terceros el uso de la Marca.

### 1.4 EL DERECHO DE PROHIBIR A TERCEROS EL USO DE LA MARCA.

Aparejado al derecho de uso de la marca, se encuentra otro derecho y es el de prohibir a tercer la utilización de la marca, de otra forma no tendría ningún sentido el esmerarse por el desarrollo de la marca y toda la inversión que esto conlleva para el comerciante el autor Kunze nos indica sobre este derecho a prohibir a terceros, el menciona: *"De la función fundamental de la marca, que consiste en distinguir los productos del titular de los de la competencia, se deduce que el titular puede oponerse al uso de marcas similares susceptibles de crear confusión a fin de impedir que los consumidores y el público en general sean inducidos a error. Tal es la esencia del derecho exclusivo que el registro de una marca confiere a su titular. Este debe estar en condiciones de oponerse a que un tercero utilice su marca en relación con los productos para los cuales la marca ha sido protegida, a que se aplique la marca a tales productos, a que se utilice en relación con los productos y a que se pongan en venta los productos con la marca en cuestión, o a que se utilice la marca en anuncios publicitarios, efectos comerciales o cualquier otro tipo de documento....Además como debe protegerse a los consumidores del riesgo de confusión, la protección suele extenderse al uso de marcas similares para productos similares, si su utilización es susceptible de crear confusión en la mente del consumidor"*. Es claro que es este uno de los principales derechos derivados de la titularidad de la marca, en nuestro país dicho derecho esta expresamente regulado en la Ley de Marcas,<sup>7</sup> solo que se reguló como un derecho conferido por el registro de la marca, así establece nuestro artículo 25 de la ya citada ley: *"El titular de una marca de fábrica o de comercio ya registrada gozará del derecho exclusivo de impedir que, sin su consentimiento, terceros utilicen en el curso de operaciones comerciales, signos idénticos o similares para bienes o servicios iguales o parecidos a los registrados por la marca, cuando el uso de lugar a la probabilidad de confusión. Por ello, el registro de una marca confiere, a su titular o a los derechohabientes, el derecho de actuar contra terceros que sin su consentimiento, ejecuten algunos de los siguientes actos: a) Aplicar o colocar la marca o un signo distintivo idéntico o semejante sobre productos o servicios para los cuales fue registrada la marca o sobre productos, envases, envolturas, embalajes o acondicionamiento de esos productos relacionados con los servicios para los cuales se registro la marca. b) Suprimir o modificar la marca con fines comerciales después de haberla aplicado o colocado sobre los productos o servicios referidos en el literal precedente, c) Fabricar etiquetas, envases, envolturas, embalajes u otros materiales análogos, que*

7 Ley de la República número 7978.

reproducen o contengan la marca, así como comercializar o detentar tales materiales, d) Rellenar o volver a usar, con fines comerciales, envases, envolturas o embalajes identificados con la marca, e) Usar en el comercio un signo idéntico o similar a la marca, para productos o servicios, cuando tal uso pueda causar confusión o el riesgo de asociación con el titular del registro, f) Usar en el comercio un signo idéntico o similar a la marca, para productos o servicios cuando tal uso pueda causarle al titular o al derecho habiente del registro un daño económico o comercial injusto, por una disminución de la fuerza distintiva, del valor comercial de la marca, o por el aprovechamiento injusto del prestigio de la marca o la clientela creada por su uso. Para los efectos de esta ley, se tiene como acto de uso de un signo en el comercio, ya sea que se realice dentro o fuera del territorio nacional, entre otros usos los siguientes: a) Introducir en el comercio, vender, ofrecer para la venta o distribuir productos o servicios con el signo, en las condiciones que tal signo determina, b) Importar, exportar, almacenar o transportar productos con el signo, c) Utilizar el signo en publicidad, publicaciones, documentos comerciales o comunicaciones escritas u orales, sin perjuicio de las normas sobre publicidad aplicables. Nuestro ordenamiento regula así ampliamente este derecho de prohibir a terceros el uso de la marca en nuestro país.

## TEMA SEGUNDO:

### PUESTA EN EL COMERCIO DE LOS PRODUCTOS Y SERVICIOS QUE DISTINGUE LA MARCA.

#### 2. 1. PRODUCTOS.

Desde un inicio las marcas protegieron de manera exclusiva productos el fin último de la marca es sin duda alguna identificar productos, teniendo así frente a los mismos primero una función distintiva al permitir al consumidor diferenciar productos que aunque iguales se diferian por la marca, así la marca permite al consumidor tener una idea del origen de los productos que adquiere y además asociar este origen de los productos con normas de calidad utilizadas en su producción, diríamos así también que la marca tiene una función informadora que permite al consumidor ante la presencia de productos exteriormente iguales o cuyas cualidades no son inmediatamente distinguibles, determinar que los mismos han sido identificados a fin de que se observen sus respectivas calidades y condiciones, así al realizar todas estas funciones en el producto la marca también protege al consumidor y al mismo titular, pero para que estas funciones de la marca se materialicen se requiere que se de la puesta en el comercio de los productos. Como se debe dar esta puesta en el comercio para considerar que se ha dado el uso de la marca en los productos es un tema de amplio tratamiento el autor Fernández Novoa nos indica: "Como sostiene la más autorizada doctrina europea, la marca ha de considerarse seria o efectivamente usada siempre que los productos

*diferenciados por la marca hayan sido introducidos en el mercado. De ordinario al distribuirse los productos, éstos o sus envoltorios estarán revestidos con la correspondiente marca. La conexión material o corporal entre la marca y el producto o envoltorio no constituye, sin embargo, un presupuesto inexcusable de los actos de uso relevante de la marca. Antes al contrario, a fin de estimar cumplida la carga legal del uso, será suficiente que como consecuencia de la distribución de los productos el consumidor establezca una conexión mental entre los mismos y la marca".*

Pero esta venta de productos esta sujeta a ciertas condiciones primeramente debe mencionarse que la venta de productos debe tener continuidad, no es suficiente la realización de ventas aisladas, deben llevarse a cabo repetidos actos de venta, por otro lado los productos deben ser efectivamente consumidos esto quiere decir que la cifras de ventas deben alcanzar ciertos niveles para establecer como real el uso de la marca, el autor Fernández Novoa cita un caso de la Jurisprudencia Alemana, específicamente un voto del Tribunal Federal Alemán de Patentes una sentencia de fecha 3 de Julio de 1996 y sobre el mismo voto indica: "Esta Sentencia afirmó que a pesar de que la cifra de ventas acreditada por el titular de la marca no era muy alta, debía considerarse suficiente a efectos del uso obligatorio porque la marca cuestionada diferenciaba muebles de diseño, productos de elevado precio que por lo general tan sólo se fabrican en virtud de un previo encargo". Pero no solamente la venta de productos se puede considerar como uso de la marca ya que algunas otras formas de transmisión de la propiedad pueden cumplir la función de uso de la Marca, al respecto la autora de la Fuente García indica: "A nuestro entender el acto de venta no constituye el único medio de manifestación de la marca al exterior. Existen otros mecanismos o contratos mediante los cuales el titular realiza un uso de la marca y el signo es igualmente percibido por los consumidores. En este sentido podemos citar el alquiler de un producto o de un servicio. Asimismo sucede con otro tipo de actos, como la donación de los productos o servicios. En este último supuesto, el empresario lanza al mercado un determinado tipo de producto con ánimo de liberalidad, de forma continuada y sin intención de obtener una contraprestación económica a cambio del mismo. Aunque no exista una intención de vender ad futurum, podemos entender que el acto de donación a los consumidores de un determinado producto puede constituir un uso de la marca".

Otro de los requisitos para demostrar el uso de la marca en un producto es el requerimiento de que este uso sea público en este sentido el autor Kunze nos indica: "La utilización debe tener un carácter público, es decir que los productos sean ofrecidos a la venta a través de los circuitos comerciales normales. Ello no significa que deben estar disponibles en todas partes. Basta con que los productos sean vendidos en ciertas tiendas especializadas, en un número limitado de puntos de venta o por intermedio de circuitos comerciales particulares (los que abastecen por ejemplo, los restaurantes

*y empresas de restauración). Sin embargo, no es suficiente con utilizar una marca exclusivamente en productos ofrecidos en la tienda o el restaurante de la empresa que es titular de la marca, cuyo acceso está reservado únicamente a los empleados de la misma".* De todas estas consideraciones podemos extraer una primera conclusión y esta es que se debe analizar cada caso en específico a fin de establecer si se ha dado un uso o no de la marca, ya que no existen reglas que podamos decir se puedan aplicar a todos por igual, en el caso propiamente de Costa Rica nuestra Ley de Marcas contiene un artículo específico sobre uso de la marca este es el artículo 40 el cual indica: "Se entiende que una marca registrada se encuentra en uso cuando los productos o servicios que distingue han sido puestos en el comercio con esa marca, en la cantidad y del modo que normalmente corresponde, tomando en cuenta la dimensión del mercado, la naturaleza de los productos o servicios de que se trate y las modalidades bajo las cuales se comercializan. También constituye uso de la marca su empleo en relación con productos destinados a la exportación a partir del territorio nacional o con servicios brindados en el extranjero desde el territorio nacional. Una marca registrada deberá usarse en el comercio tal como aparece en el registro; sin embargo, el uso de la marca de manera diferente de la forma en que aparece registrada solo en cuanto a detalles o elementos que no son esenciales y que no alteran la identidad de la marca, no será motivo para cancelar el registro ni disminuirá la protección que él confiere. El uso de una marca por parte de un licenciatario u otra persona autorizada para ello será considerado como efectuado por el titular del registro, para todos los efectos relativos al uso de la marca. Nuestra legislación de marcas tal como podemos observar regula adecuadamente el tema del uso de la marca y otorga al operador jurídico una serie de valiosos criterios para establecer cuando estamos en presencia o no del uso de la marca, de todas maneras el operador a la hora de fijar el uso puede acudir a todo un elenco probatorio extenso como veremos mas adelante en este trabajo para establecer si estamos ante un uso de la marca o no en la comercialización de determinados productos, pero además este artículo nos plantea otros temas como el uso de la marca de manera diferente a la registrada y el tema del uso de la marca por no titulares de la misma temas que abordaremos seguidamente en este trabajo.

## 2.2. PUBLICIDAD Y COMERCIO ELECTRÓNICO.

Otro de los temas que ha tenido una gran discusión a nivel de marcas esta definido por la publicidad y el comercio electrónico de productos y servicios y si esto puede considerarse como uso de la marca, en general existe un acuerdo en considerar la publicidad como un indicio importante del uso de la marca en este sentido el autor Kunze nos indica: "La utilización de la marca exclusivamente en el marco de una campaña publicitaria será considerada como suficiente a condición de que la publicidad se refiera a una venta futura y de que el proceso de lanzamiento de

*los productos en el mercado haya comenzado".* Como vemos lo que se exige a efectos del uso de marca en el caso de la publicidad es el que conjuntamente con la publicidad se dé el lanzamiento de los productos o en otras palabras estén disponibles los productos o servicios simultáneamente a la existencia de la campaña publicitaria.

Pero el moderno giró de los negocios sobre todo a partir de la existencia de la Internet, ha venido a modificar la forma en que se realizan los negocios y la forma de publicitar los productos siendo necesario abordar el uso de la Internet como uno de los supuestos de uso de la marca, en este sentido el autor García Vidal nos indica: "Para que el uso de una marca sea relevante, tanto a efectos de su protección como marca notoria, como para impedir su caducidad por falta de uso, es preciso que el público entienda el signo efectivamente como un indicador de origen empresarial de los productos o servicios a los que se aplica. Es decir, es necesario que la marca diferencie efectivamente los productos o servicios de un empresario con respecto a los de los demás. Para que esto ocurra no es condición imprescindible que exista una conexión física entre el producto o servicio y la correspondiente marca. Es por el contrario suficiente con que el titular establezca por cualquier medio la debida asociación entre el signo y el producto y el servicio.

A efectos de determinar si el uso en Internet es suficiente para establecer esta asociación deben distinguirse las diversas hipótesis que se pueden plantear. La primera de ellas abarca aquellos casos en los que en Internet sólo se realiza publicidad de los productos o servicios a los que se aplica la marca, sin que exista posibilidad de contratar esos productos o servicios en la red. En estos casos, el uso de la marca en Internet debe ser valorado como un uso publicitario de la marca. A este respecto, y de acuerdo con lo que señala el Profesor Fernández Novoa a propósito del uso obligatorio de la marca, debe admitirse la existencia de vinculación entre el signo y los productos o servicios cuando la publicidad de la marca está respaldada por una oferta potencial de los artículos o servicios diferenciados por la misma. Así cabrá entender como relevante el uso de la marca cuando ésta precede a las campañas de venta de los productos y también cuando la publicidad no se conecta con una inmediata campaña de ventas, pero el usuario de la marca puede demostrar que está desarrollando preparativos serios y eficientes para iniciar la fabricación de los productos, o para empezar a prestar los servicios.

Una segunda hipótesis que se puede presentar en relación con el uso de una marca en Internet es aquella en la que el signo se emplea para distinguir un producto o servicio que se puede contratar, pagar y recibir en la red. En efecto, en ocasiones el pedido de los bienes o servicios que constituyen el objeto del contrato, así como el cumplimiento de las obligaciones por las partes (pago, entrega) se pueden realizar por medios electrónicos. Es lo que se conoce como comercio electrónico directo, que es factible respecto de productos intangibles o la prestación de

*servicios en red. Piénsese en la venta de una pieza de música o de un programa informático. Pues bien, en estos casos de comercio electrónico directo, consideramos que el uso de la marca en Internet es susceptible de originar la asociación entre el signo y los productos o servicios que se requiere para el nacimiento o el mantenimiento de un derecho de exclusiva. Así por ejemplo, si la marca aparece en una página Web en la que se permite adquirir un programa informático, es claro que los usuarios establecerán un vínculo entre ese signo y el producto<sup>8</sup>.* Es claro entonces que ante un supuesto de comercio electrónico directo en la Internet estamos ante el uso efectivo de la marca igual que en la publicidad que se realiza en la Internet siempre que esta este acompañada de la posibilidad potencial de adquirir los productos o se este ante el lanzamiento de una campaña previa a la puesta en el comercio de los productos o servicios que se van a ofrecer. Por otro lado diremos que también el caso del comercio indirecto en Internet estaremos ante un supuesto de uso de la marca siempre que la marca aparezca en el proceso de contratación y además que esta marca sea portada en los productos que se reciben por parte del adquirente, pero incluso a criterio del suscrito basta con que la marca se identifique en Internet para considerar la existencia del uso de la marca, el mismo autor García Vidal concluye que incluso la utilización de las marcas como nombres de Dominio pueden ser constitutivas de un uso relevante de la marca,<sup>9</sup> en definitiva diremos que por el giro comercial que se da hoy en día donde se debe reconocer que la publicidad juega un rol fundamental en la consolidación de las marcas, cualquiera de los medios de publicidad existentes, como publicidad impresa, rótulos, publicidad televisiva, Internet, son indicios importantes para proteger la marca de la caducidad por falta de uso.

### 2.3. PRODUCTOS COMERCIALIZADOS EN EL EXTERIOR.

Como todos sabemos en derecho de marcas se ha aplicado tradicionalmente un principio de territorialidad por lo que diremos que en el caso nuestro los productos deben comercializarse en el territorio nacional, por lo que puede ser en cualquier región del territorio para que se determine el uso efectivo de la marca, no obstante como determinamos al analizar el artículo 40 de la Ley de Marcas, el Legislador incorporó al igual que otras legislaciones como la española que también constituye uso de la marca su empleo con relación a productos destinados a la exportación a partir del territorio nacional o con servicios brindados en el extranjero desde el territorio nacional. La autora De la Fuente García al Referirse al caso Español indica: "El uso de la marca debe realizarse en España. Sin embargo el art. 4.2.b) LM establece una excepción al principio de territorialidad de la marca.

<sup>8</sup> García Vidal (Angel), Derecho de Marcas e Internet, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, España, Primera Edición año 2002, págs. 88 y 89.

<sup>9</sup> García Vidal considera que también es posible que el uso de la marca sea relevante cuando se emplea como nombre de dominio, siempre que se den unas condiciones mínimas de uso. Op. Cit. Pág. 91.

*En efecto esta norma dispone que tendrá la consideración de uso: La utilización de la marca en España con relación a productos o servicios destinados exclusivamente a su exportación.*

*Con una norma de esta naturaleza se protegen los intereses de las empresas cuyos productos son exportados fuera del territorio nacional. Este precepto puede considerarse una excepción al principio de territorialidad del uso obligatorio de la marca, ya que si no se protegen las marcas que identifican productos destinados a la exportación, se sanciona injustamente al titular de una marca nacional que es conocida en otro país que es el lugar de destino y comercialización de los productos<sup>10</sup>.*

Es claro que no se requiere mayor abundamiento sobre este punto simplemente realizar dos reflexiones adicionales y es que por un lado la reexportación de estos productos a terceros países a criterio del suscrito constituyen un uso relevante de la marca, así como la utilización de la marca por el titular de productos importados para su venta en Costa Rica.

### TEMA TERCERO:

#### EL USO DE LA MARCA POR UN TERCERO.

##### 3.1. USO DE LA MARCA POR UN LICENCIATARIO.

En relación al uso de la marca por terceros diferentes al titular de la misma, existe al igual un movimiento uniformador a nivel mundial que busca simplificar el tráfico comercial sin establecer requisitos tediosos o procedimientos complicados en este tema, el especialista de la OMPI el autor Kunze nos dice al respecto: "La mayoría de las leyes nacionales prevé que la marca puede ser utilizada por su titular o por terceros que tengan autorización del titular. La utilización de la marca por terceros es a veces objeto de disposiciones particulares. La Ley de marcas del Reino Unido de 1938 y las leyes en ellas basadas estipulan el registro de un usuario. Sin embargo el Gobierno británico tiene la intención de abandonar este sistema, para permitir que la utilización de la marca por simple autorización del titular constituya un requisito suficiente para que la marca sea protegida, de conformidad con la tendencia actual ilustrada en el sistema de la marca comunitaria europea. Según los artículos 22 y 30 de la Ley tipo, es necesario y suficiente que la marca sea utilizada por un licenciatario. Al menos pude decirse que tratándose de los requisitos que hay que cumplir en relación con la utilización de la marca, la tendencia actual, tanto en las leyes de marcas como en la práctica correspondiente, se limita a exigir que la marca sea utilizada por su titular o por terceros que tengan la autorización del titular, autorización que no esta sujeta a ningún requisito formal. Pero como debe ser este uso por parte del Licenciatario para que se considere

<sup>10</sup> De la Fuente García (Elena) Op. Cit. Pág. 218.

adecuado a efectos de establecer el uso efectivo de la marca tal como lo indica la autora De la Fuente García este uso debe ser satisfactorio de las exigencias del titular ella nos indica al respecto: *"Pues bien, cabe preguntarse si el uso realizado por un tercero autorizado es suficiente para satisfacer la carga legal del uso obligatorio de la marca. En este caso el titular de la marca sigue siendo el dueño de la misma y se beneficia del uso realizado por el licenciatario. En este sentido el art. 4.3 LM dispone: "La marca se reputará usada por el titular cuando sea utilizada por un tercero con el consentimiento expreso de aquél". La utilización de la marca por el tercero permite que la marca se introduzca en nuevos mercados y alcance el nivel de presencia necesario para que desarrolle las funciones para las que ha nacido. Mediante el contrato de Licencia, el Licenciatario tiene derecho de usar la marca aunque no puede realizar cualquier tipo de uso. El uso del licenciatario debe satisfacer las exigencias del titular y en ocasiones las del público. Por este motivo, el titular también tiene derecho a controlar especialmente el uso realizado por el licenciatario. En este sentido, el titular de la marca tiene una doble facultad para la protección de su derecho: la facultad derivada de la ley y la facultad derivada de contrato de Licencia. La primera facultad derivada de la Ley consiste en que el licenciante puede seguir ejercitando las acciones que le corresponden para la protección de su derecho. La segunda facultad consiste en que el titular de la marca puede ejercitar las acciones derivadas del incumplimiento del contrato de licencia"*<sup>11</sup>. Por otra parte en nuestro ordenamiento se regula específicamente el uso de la marca por parte del Licenciatario,<sup>12</sup>tal como lo dispone el artículo 40 de la Ley de Marcas el Uso de la marca por parte de un licenciatario u otra persona autorizada para ello será considerado como efectuado por el titular del registro, para todos los efectos relativos al uso de la marca, de manera que consideramos existe una adecuada regulación de este aspecto en nuestra legislación y se considera uso efectivo para efectos del tema de caducidad de la marca o cancelación del registro por falta de uso el demostrar el uso por un licenciatario.

### 3. 2. USO POR PERSONA AUTORIZADA.

Como observamos de la redacción del párrafo final del artículo 40 de nuestra Ley de Marcas y Signos Distintivos se extrae claramente que el legislador estableció claramente la posibilidad de la existencia de dos tipos de uso de la marca por terceros un uso formalizado mediante un contrato de licencia y el uso de un tercero con consentimiento que no requiere mayores elementos formales mas que manifestado voluntariamente por el titular y constatable haciendo así la mención de que el mismo puede ser incluso tácito, entendido como el ejercicio del uso a vista del titular sin que este ejercente acción reivindicatoria alguna de su derecho. Diremos entonces tal como lo afirmaba Kunze que el mundo

se dirige a una desformalización del tema de autorizaciones y nuestro país ha sido perneado por este movimiento. Un último aspecto que requiere análisis en esto de los terceros autorizados es que pasa con las marcas usadas por terceros no autorizados, en este sentido es criterio del suscripto que se debe interpretar que solo se puede el titular aprovechar de este uso si previamente ha ejercido las acciones reivindicatorias necesarias para garantizar su derecho de exclusividad sobre la marca.

### 3.3. EL USO DE LA MARCA COLECTIVA POR AUTORIZADOS.

Otro de los elementos que comúnmente se ha discutido en relación al tema de uso de la marca es la situación de las marcas colectivas se ha discutido claramente que las marcas colectivas pueden ser utilizadas por todos los miembros de una Asociación de conformidad al reglamento de uso no obstante se ha considerado a nivel general que uno de los problemas que podría presentar la marca colectiva es que no se permita a terceros que cumplan con los requisitos del reglamento de uso, el pertenecer a la Asociación y utilizar la marca, lo cual crearía una situación desventajosa, así mismo en nuestro país se estableció una regulación específica sobre marcas colectivas así se estableció en el artículo 52 de la Ley de marcas: *"El titular de una marca colectiva podrá usar, por si mismo, la marca siempre que también la utilicen las personas autorizadas de conformidad con el reglamento de empleo de la marca. El uso de la marca colectiva por parte de las personas autorizadas se considerará efectuado por el titular"*. Así mismo en este mismo cuerpo normativo se establece como una causal específica de nulidad del registro de la marca colectiva en el artículo 53 inciso c), el hecho de que esta marca colectiva durante el plazo de mas de un año, es usada solo por el titular y no por las personas autorizadas conforme al reglamento de empleo de la marca, aquí no se hace referencia a plazos ni en que momento se debe dar esta no utilización si al inicio de la inscripción de la marca o durante el transcurso de su utilización, pareciera así que el único requisito es la no utilización por espacio de mas de un año.

## TEMA CUARTO:

### USO DE LA MARCA DE MANERA DIFERENTE A LA REGISTRADA Y MOTIVOS JUSTIFICANTES PARA EL NO USO DE LA MISMA.

#### 4. 1. DETALLES O ELEMENTOS NO ESENCIALES.

Es claro que el moderno giro comercial exige a los diferentes actores que participan de este gran mercado que es el mundo el estar en constante cambio para poder mantener una presencia atractiva de los productos y lograr así captar la atención del consumidor, el cual ante el gran abanico de opciones que tiene de un mismo producto puede ser seducido por una atractiva presentación del producto, esto ha planteado

11 De la Fuente García (Elena) Op. Cit. Págs 163 y 164.

12 Ley de Marcas 7978.

un problema práctico referido a la modificación de las características registradas de la marca, el autor especialista de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual Kunze nos refiere sobre este tema: *"En principio la marca debe ser usada tal como fue registrada. Sin embargo el Convenio de París prevé en su artículo 5.C.2) que el empleo de una marca de fábrica o de comercio por el propietario, bajo una forma que difiera por elementos que no alteran el carácter distintivo de la marca en la forma en que esta ha sido registrada no ocasionará la invalidación del registro, ni disminuirá la protección concedida a la marca"*<sup>13</sup>.

Esta regulación es la misma que se sigue en la Comunidad Europea y incluso ya se han resuelto algunos fallos interesantes uno de estos es un fallo de los tribunales españoles citado por la autora De la Fuente García, ella indica en relación al fallo: *"En este caso los demandantes solicitan la caducidad de la marca JB, registrada para distinguir bebidas alcohólicas de Whisky, alegando la falta de uso de la misma durante más de cinco años. La marca cuya caducidad se invoca es una marca mixta integrada por dos letras y dos escudos, en la cual, el titular ha realizado ciertos cambios en la utilización de la misma. Los cambios han consistido en la supresión de uno de los escudos y en la colocación de las letras JB que sirven de fondo a la leyenda y al gráfico, utilizándolas en color rojo, en lugar de utilizarlas incoloras tal y como fueron registradas. El Tribunal entiende acertadamente que la demandada no ha dejado de usar la marca por haber realizado algunas transformaciones. Como señala el Tribunal: "No hubo cambio de esa traza o de las figuras utilizadas en la marca de la demandada, tal como viene utilizando la marca concedida en 1967; ...y sin que pueda considerar que la coloración del conjunto gráfico nominativo lo desvirtúe en forma que haya que entender como parece estimar el recurso, que se abandonó la marca concedida y que se utiliza otra"*<sup>14</sup>.

En nuestro país el Legislador optó también por este sistema y ha establecido en el artículo 40 que la marca registrada deberá usarse en el comercio tal como aparece en el registro; sin embargo, el uso de la marca de manera diferente de la forma en que aparece registrada solo en cuanto a detalles o elementos que no son esenciales y no alteran la identidad de la marca, no será motivo para cancelar el registro ni disminuir la protección que el le confiere, siendo claro que cualquier modificación introducida en la marca no tiene la fuerza para tener por descontinuado su uso, ya que solo en aquellos casos en que los cambios afecten la identidad de la marca esto será posible.

#### 4.2. ALTERACIÓN DE LA IDENTIDAD DE LA MARCA.

Al contrario de las modificaciones no esenciales diremos que aquellas modificaciones que afecten la identidad de la marca si pueden llevar a la caducidad de la misma por falta de uso conforme al registro, un caso interesante es citado por el autor Fernández Novoa, el cita un caso donde se consideró por parte de los tribunales alemanes que se había producido una alteración relevante de la forma registrada de la marca, el indica: *"Puede mencionarse en primer término, el resuelto por el Tribunal Federal Alemán de Patentes en la Resolución del 17 de Diciembre de 1977. En este caso, el titular de la marca Biomix registrada para diferenciar productos de la clase 32 se opuso al registro de la marca Bioquick solicitada para diferenciar también bebidas no alcohólicas. Al contestar la oposición, la solicitante de la marca Bioquick alegó entre otras razones que la oponente no había cumplido la carga legal del uso por cuanto que venía utilizando su marca no bajo la forma registrada, sino bajo una forma divergente; a saber, Bio Mix. El Tribunal Federal de Patentes estimó esta alegación afirmando que la denominación registrada Biomix había sido escindida en dos denominaciones: Bio y Mix; escisión que se percibía claramente desde una perspectiva visual. El Tribunal mantuvo a este propósito que la escisión de la denominación Biomix en los vocablos Bio y Mix afectaba a la aptitud diferenciadora de la marca registrada; y que al comparar el signo registrado y el signo realmente usado, el público no los consideraría idénticos"*.

Es importante señalar que se debe acudir en cada caso al análisis específico para determinar si efectivamente se ha producido una alteración esencial o no de la marca para tenerla así por alterada en su identidad, en caso de ser alterada en su identidad la falta de uso conforme a registro puede producir la extinción del registro.

#### 4.3. EL USO PARCIAL DE LA MARCA.

En cuanto al uso parcial de la marca nuestro legislador parece haber seguido el sistema Alemán implantado por la Ley de 1967, en este sentido indica nuestro ordenamiento en su artículo 39 que Cuando la Falta de uso afecte solamente a uno o algunos de los productos o servicios para los cuales la marca esté registrada, la cancelación del registro se resolverá en una reducción o limitación de la lista de los productos o servicios comprendidos en el registro y eliminará aquellos respecto de los cuales la marca no se ha usado. Esta forma de regulación ha sido fuertemente criticada así el autor Fernández Novoa el cual al referirse a la misma indicó: *"El criterio .....tiene su origen en la regulación que en cuanto al uso parcial de la marca implantó en el ordenamiento alemán la Ley de 1967. Este criterio ha sido acogido también por el Reglamento 40/1994 sobre la marca comunitaria y por la vigente Ley alemana de Marcas de 1995. Una aplicación estricta de este severo criterio*

13 Kunze (Gerd) Op. Cit. Pág. 46.

14 De la Fuente García (Elena). Op. Cit. Pág. 225.

*entraña prima facie las siguientes consecuencias: la carga del uso ha de estimarse cumplida únicamente en relación con los productos o servicios concretos para los que la marca ha sido efectivamente usada; el uso efectivo, por el contrario, no entiende sus efectos sanatorios a los restantes productos o servicios de la misma clase ni tampoco a los productos o servicios similares. Este rígido sistema favorece inequívocamente los intereses de los competidores del titular de la marca registrada, quienes podrían inscribir con relativa facilidad una marca para los productos o servicios en relación con los cuales el titular no utilizó la marca registrada. Mas es indudable que este rígido sistema pueda resultar excesivamente oneroso para los interesados, cuya política previsora en materia de marcas se verá afectada negativamente por el riesgo de cancelaciones parciales de sus registros de marcas”.*

Uno de los elementos que tal vez a futuro puedan causar problemas en nuestro país a algunos productores es tal vez este tema de cancelación parcial de marcas, no obstante al día de hoy no se ha resuelto ningún reclamo de este tipo por lo que habrá que esperar a futuro a ver si la norma efectivamente resulta perjudicial.

## MOTIVOS JUSTIFICANTES PARA EL NO USO DE LA MARCA.

### 4.3. RESTRICCIONES A LA IMPORTACIÓN.

Uno de los temas necesariamente ligados a lo que es el uso de la marca es el tema de las justificantes para el no uso de la marca y es que como veíamos en nuestro caso la Ley de Marcas establece un plazo de cinco años posteriores al registro para la utilización de la marca, el ADPIC que es el otro gran sistema vigente siguiendo la Ley Alemana de 1967, establece un plazo de tres años posterior al registro para el uso de la marca, en Costa Rica se ha determinado por parte del Legislador en el artículo 41 que cualquier circunstancia que surja independientemente de la voluntad del titular de la marca y que constituyan un obstáculo para usarla, tales como las restricciones a la importación u otros requisitos oficiales impuestos a los productos o servicios protegidos por la marca, se considerará una excusa válida para la no anulación del registro de la marca, de esta forma en nuestro país aquellas restricciones a la importación que se establezcan por parte de una política estatal puede ser por cuotas de importación, por que temporalmente se establezcan restricciones a la importación de determinados productos etc.

### 4.4. RESTRICCIONES POR REQUISITOS IMPUESTOS A LOS PRODUCTOS O SERVICIOS PROTEGIDOS POR LA MARCA.

Este es otro de los supuestos expresamente contemplados tal como recién veíamos en nuestra Ley de marcas y es que en materias sensibles como la materia de

medicamentos los ensayos clínicos que se requieren para la aprobación de un medicamento son trámites muy largos que muchas veces sobrepasan este plazo de los cinco años, otros casos pueden ser por aspectos de restricción de venta de determinados productos por políticas propias de los estados, en fin encontramos una serie de supuestos en los cuales podemos estar ante el no uso de la marca por su titular pero un no uso justificado, así mismo considera el suscrito que aunque la ley de marcas no lo establezca existen causales como el caso fortuito o la fuerza mayor regulados en el Código Civil que si son motivos excusables para el no uso de la marca, así mismo pueden incluirse dentro de estas una serie de motivos como por ejemplo la negligencia de un tercero que impidan el uso de la marca y que el titular puede adecuadamente justificar, en fin es criterio del suscrito que la intención del legislador fue dejar un sistema de listas abiertas donde muchos supuestos pueden cumplir adecuadamente el fin de la norma.

## SEGUNDA UNIDAD.

### CANCELACIÓN DEL REGISTRO DE LA MARCA POR FALTA DE USO.

#### INTRODUCCIÓN:

En esta segunda unidad analizaremos el tema de la caducidad de la marca tanto en el derecho comparado como en Costa Rica y el procedimiento a seguir en nuestro ordenamiento a efectos de solicitar la caducidad de la marca.

#### TEMA PRIMERO

##### REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD DE LA SOLICITUD.

###### 1.1. PLAZO NECESARIO QUE DEBE TRANSCURRIR PARA REALIZAR LA SOLICITUD.

Tal como ya había hecho referencia ya anteriormente el convenio de París no fijo un plazo requerido para el uso de la marca y la declaratoria de caducidad, lo que si hizo el ADPIC el cual en su artículo 19 fijo expresamente un plazo de tres años para iniciar el uso de la marca una vez que se ha dado su registro, de lo contrario se podría caer en el supuesto de caducidad del derecho de uso por su titular, por otro lado existen una gran cantidad de ordenamientos<sup>15</sup> que se han inclinado y se están inclinando por un plazo de 5 años para poder decretar la caducidad de la marca no usada, en Costa Rica este plazo se determinó en el artículo 39 de la Ley de Marcas que establece un plazo de 5 años con posterioridad al registro, plazo que debe transcurrir sin utilización de la marca para decretar la cancelación de la marca por falta de uso es

<sup>15</sup> El caso de Italia, España, Costa Rica, Argentina, etc. Donde el plazo para decretar la caducidad debe ser de 5 años.

importante que en nuestro país no se habla de caducidad sino que se habla de cancelación de la marca, esto pareciera estar referido sobre todo a las críticas que comúnmente se le hacen al sistema de caducidad de las marcas ya que no es como la caducidad en vía civil que es automática, sino que es una caducidad que debe ser declarada ya sea por tribunales o en vía administrativa.

En nuestro país además se presentó un inconveniente con la nueva Ley de Marcas y es precisamente que se dio una duda con respecto a la entrada en vigencia de la Ley de Marcas lo que origino que se realizará una consulta a la Procuraduría General de la República sobre la aplicación del transitorio segundo de la Ley que establecía un plazo de cinco años para iniciar la acción de cancelación de la marca por falta de uso una vez que la ley estuviera vigente, como esta ley venía a dejar sin efecto el Protocolo al Convenio Centroamericano para la Protección de la Propiedad Industrial, no se tenía clara la fecha exacta de entrada en vigencia de la Ley.<sup>16</sup>

Esto origino la Consulta de la Procuraduría Número C-041-2001,<sup>17</sup> de fecha 20 de Marzo del año 2001, en sus conclusiones y en lo atinente a lo que es materia de este trabajo la consulta indicó: *"El transitorio II establece una excepción a la plena aplicación de la Ley Número 7978 a las marcas que ya se encontraban inscritas, en el sentido, de que únicamente se puede iniciar una acción por falta de uso de la marca, luego de transcurridos 5 años computados a partir del 9 de mayo del año 2000."*

Esto ha significado que hasta fecha 09 de mayo del año 2005, se podían presentar las acciones de anulación por falta de uso de las marcas tanto nuevas como existentes a la entrada de vigencia de la nueva Ley de Marcas 7978, siendo que al día de hoy no se ha resuelto ninguna de estas acciones impidiendo realizar un análisis mas pormenorizado de la aplicación de la Ley.

## 1.2. REQUISITOS DE LA SOLICITUD SI LA MARCA SE UTILIZA DESPUÉS DE LOS 5 AÑOS.

Es importante establecer que Costa Rica al igual que el ordenamiento Español diríamos orientador del nuestro se ha inclinado por un sistema que no atribuye efectos definitivos e irreversibles a la falta de uso de la marca en el plazo legalmente fijado, permitiendo esto que aunque la marca no se use por cinco años no entre en una caducidad automática del derecho, sino que no se estableció un plazo para el uso de la misma, siendo posible que si no se ha pedido la Cancelación del Registro de la Marca una marca se pueda comenzar a usar diez o mas años después si se renueva el registro. Específicamente sobre este punto nuestra Ley de Marcas establece en el artículo 39 párrafo tercero que cuando

<sup>16</sup> La duda era básicamente si la entrada en vigencia era la publicación como lo establecía la propia ley o por el contrario el momento de depósito de la Normativa en la Secretaría General del Sistema de Integración Centroamericana.

<sup>17</sup> Esta consulta de fecha 20 de Marzo del año 2001, se dirigió a la Licenciada Virginia Marín Navarro, Directora General del Registro de la Propiedad Industrial para ese momento, y fue evacuada por el Lic. Fernando Castillo Víquez Procurador Constitucional.

el uso de la marca se inicie después de transcurridos cinco años contados desde la fecha de concesión del registro respectivo, tal uso impedirá la cancelación del registro si se ha iniciado por lo menos tres meses antes de la fecha en que se presente el pedido de cancelación, es decir no se puede iniciar una solicitud de cancelación del registro de una marca, transcurridos 5 años después del registro de la misma, si con anterioridad a esta solicitud la marca se ha estado usando por lo menos con tres meses de antelación, este uso viene a corregir la falta de uso de la marca y ha imposibilitar la cancelación de la misma.

## TEMA SEGUNDO: CAUSALES DE LEGITIMACIÓN PARA INTERPONER LA SOLICITUD.

### 2. 1. FALTA DE USO DE LA MARCA.

Una primera reflexión que creo necesaria hacer en relación a este punto que desde el punto de vista de la Legitimación activa nuestra Ley de Marcas sigue las corrientes mas novedosas en cuanto a legitimación, al establecer que la cancelación del registro de la marca por falta de uso lo puede solicitar cualquier persona interesada, sistema similar sigue el derecho español, la autora De la Fuente García al respecto refiere: *"La caducidad de la marca se debe solicitar por la persona legitimada, según la LM. El art. 56 de la LM concede una amplia legitimación para el ejercicio de la acción de caducidad. En este sentido, el precepto citado dispone: "La acción declarativa de nulidad o de caducidad del registro de marca podrá ser ejercitada por el Registro de la Propiedad Industrial o por cualquier persona que ostente interés legítimo". De forma semejante al sistema ofrecido por el Derecho Español otros ordenamientos reconocer una amplia legitimación para el ejercicio de la acción. Así sucede en el derecho Francés, que faculta para el ejercicio de la acción a toda persona interesada. Igualmente sucede en el Derecho Italiano. No obstante en el Derecho Alemán, la legitimación para el ejercicio de la acción de caducidad es todavía más amplia que la contemplada en los ordenamientos citados, ya que puede ser ejercitada por cualquier persona. De este modo el ordenamiento alemán reconoce la acción popular para la solicitud de la caducidad de la marca por falta de uso".<sup>18</sup>*

Así podemos decir que en nuestro país por esta disposición del artículo 39 de la Ley de marcas podemos tener un amplio abanico de personas interesadas que pueden estar legitimados para pedir la cancelación del registro de la marca por falta de uso, pueden ser así empresarios competidores con el titular, empresarios con marcas que pueden ser confundibles con la del titular, empresarios que tengan marcas que se puedan asociar con la marca no usada, aquellos interesados en registrar marcas que han sido rechazadas precisamente por tener similitud a la marca

<sup>18</sup> De la Fuente García (Elena) Op. Cit. Pág. 267.

inscrita no usada, en fin existen una serie de personas que pueden tener esta condición de interesadas y que pueden iniciar esta acción de cancelación del registro.

## **2. 2. LA DEFENSA CONTRA UNA OBJECIÓN DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL.**

En este caso estamos ante el supuesto en el cual se presenta una solicitud de inscripción de una marca y el Registro rechace la solicitud por ser una marca inadmisible por derechos de terceros de conformidad a lo establecido en el artículo 8 de la Ley de Marcas, este artículo contiene varios supuestos en que se puede objetar por parte del registro la Inscripción de la marca, entre ellos la similitud a una marca registrada o trámite de registro por parte de un tercero, aquellas marcas o signos que pueden causar confusión por ser similares a una marca registrada o en trámite de registro por parte de un tercero desde una fecha anterior y que distingue los mismos productos, en fin son varios los supuestos que establece el artículo 8 y ante una objeción del Registro por estar ante uno de estos supuestos, se puede pedir la cancelación de esta marca no usada para posteriormente declarada lograr el registro de la propia marca.

## **2. 3. LA OPOSICIÓN DE UN TERCERO AL REGISTRO DE LA MARCA.**

Esta se encuentra regulada en el artículo 16 de la Ley de Marcas y establece que cualquier persona interesada puede oponerse al registro de una marca, en un plazo de dos meses contados a partir de la primera publicación del aviso que anuncia la solicitud, ante esta oposición el interesado en inscribir la marca puede entonces presentar una solicitud para la cancelación de la marca de esta persona que está ejerciendo oposición a la inscripción de la marca.

## **2. 4. PEDIDO POR DECLARACIÓN DE NULIDAD DE UN REGISTRO DE LA MARCA.**

Este es el caso que establece el artículo 37 de la Ley de Marcas donde se establece que cualquier persona puede pedir que se declare la nulidad de una marca por contravenir lo estipulado en los artículos 7 y 8 de la Ley de marcas, es importante establecer que el artículo 37 establece un plazo de cuatro años para ejercitarse la acción de nulidad después del registro de la marca, no obstante en el caso de las marcas notoriamente conocidas este plazo por aplicación del Convenio de París es de 5 años si la marca que se impugna se ha usado de buena fe, pero si por el contrario cuando una marca ha sido registrada y usada de mala fe y es notoriamente conocida no existe plazo alguno de prescripción para el inicio de la acción de nulidad. Por otro lado el mismo artículo 37 establece que no se declarará la nulidad del registro de una marca por existir un registro anterior, si se invoca la defensa que prevé el artículo 39 párrafo segundo y esta es debidamente motivada.

## **2.5. LA ACCIÓN POR INFRACCIÓN DE UNA MARCA REGISTRADA.**

En este caso particular estamos ante una acción que se presenta por infracción de una marca registrada, ante lo cual el titular de esta marca puede pedir de conformidad a lo establecido en el artículo 39 que se proceda a declarar la cancelación de la otra marca por falta de uso, en realidad vemos como existe un amplio abanico de posibilidades para estar legitimado y hacer uso de esta disposición del artículo 39 tal como mencione en la

### **TEMA TERCERO:**

## **EL PROBLEMA PRESENTADO POR LA PRUEBA DEL NO USO DE LA MARCA.**

### **3. 1. SISTEMA EUROPEO.**

Uno de los principales problemas sin resolver en materia de caducidad de la marca por falta de uso es el atinente a la Prueba y en el caso de Europa a pesar de su gran desarrollo del Derecho de Marcas aún no se ha llegado a un acuerdo de cual es el mejor sistema, es por tal motivo que la Directiva de Marcas de la Unión Europea no ha establecido nada en relación a la prueba de uso, esto según el autor Palau Ramírez, se debe también a que la directiva no aborda las cuestiones procedimentales,<sup>19</sup>pero mas en el fondo que esto se debe sobre todo a esta laguna existente entre cual regulación es mas adecuada, la autora de la Fuente García al tratar el tema nos indica:

*"La directiva de marcas no se pronuncia en punto a la inversión de la carga de la prueba y que parece otorga libertad a los Estados miembros para que regule este importante problema práctico en su normativa nacional. Así pues, si analizamos el Derecho Comparado, podemos observar que se ofrecen diversas soluciones al problema de la prueba del uso de la marca. En primer lugar existe, el sistema que atribuye al demandante la carga de la prueba del uso en el supuesto de la caducidad de la marca. Este sistema previsto en la precedente Ley Italiana de Marcas, tiene los inconvenientes apuntados anteriormente: el demandante que solicita la caducidad de la marca debe demostrar la existencia de un hecho negativo. Por este motivo, la prueba se convierte en una probatio diabólica. En segundo lugar existe el sistema intermedio mediante el cual no se establece expresamente la inversión de la carga de la prueba sobre el titular de la marca, sin embargo en el correspondiente procedimiento el órgano competente a la vista de las circunstancias del caso queda facultado para exigir que la prueba del uso de la marca recaiga sobre el titular de la misma. Este sistema seguido por la anterior Ley Uniforme del Benelux y actualmente por la actual Ley Uniforme de*

<sup>19</sup> Palau Ramírez (Felipe), Derecho de Marcas, Editorial Bosch S. A. España, año 2003, Primera Edición, Pág. 480, 495 pgs.

1992. En esta Ley se concede una amplia facultad al juez para que decida sobre el reparto de la carga de la prueba de la forma que estime procedente. Pero en ningún caso se exige que el juez imponga directamente la carga de la prueba al titular de la marca. El Derecho Italiano mantiene una solución semejante a la regulada en la Ley Uniforme. En efecto la Ley de Marcas italiana, dispone que la prueba debe recaer sobre el demandante que solicita la caducidad de la marca. Sin embargo, el juez puede invertir la carga de la prueba si las pruebas que aporta el demandante pueden hacer presumiblemente la falta de uso.....En tercer lugar, otro sistema que regula la carga de la prueba del uso establece que esta carga incumbe al titular de la marca. Este sistema es seguido por el Ordenamiento francés. La Ley Francesa de Marcas declara expresamente que la prueba del uso de la marca recae sobre el titular de la marca en punto a la cual se ha ejercitado la acción de caducidad. La prueba podrá realizarse por cualquier medio. Este sistema también se mantiene en la Ley Alemana de Marcas de 1994, que dispone: "El titular de la marca debe probar el uso de la misma dentro de los cinco años anteriores al ejercicio de la acción de caducidad"<sup>20</sup>. Es claro así que no existe un tratamiento uniforme a nivel de los sistemas europeos sobre el tema de la carga de la prueba del uso de la marca, esta es una situación generalizada a nivel mundial como veremos seguidamente.

### 3. 2. SISTEMA NORTEAMERICANO.

En el caso del sistema Norteamericano la regulación del uso de la marca se da por medio de la Lanham Act, normativa que en su artículo 45 regula el tema del Abandono de la marca, una primera apreciación que se debe realizar es que el Lanham Act, sufrió una modificación a raíz de la entrada en Vigencia del ADPIC y es que el plazo que establecía era de dos años de no uso de la marca como requisito para decretar el abandono de la marca con la entrada en vigencia del ADPIC, este plazo establecido en la sección 45 determina que constituye presunción de abandono la interrupción del uso durante tres años consecutivos. Nuevamente en este punto considero valioso incorporar las apreciaciones que sobre este sistema de pruebas realiza la autora de la Fuente García ella indica: "Uno de los problemas que enfrentan los Tribunales Norteamericanos radica precisamente en la prueba del abandono de la marca. La dificultad de la prueba reside especialmente en demostrar la falta de uso durante tres años consecutivos, ya que si se produce esta circunstancia, se presume la existencia de abandono. En este caso cuando existe la presunción de abandono, los Tribunales norteamericanos han ofrecido dos orientaciones en punto a la carga de la prueba. Por un lado, se entiende que si se produce la presunción de abandono, porque se cumplen las circunstancias de falta de uso durante tres años consecutivos la prueba debe recaer sobre el titular de la

marca. Es decir, para evitar la declaración de caducidad, el titular de la marca debe probar que todavía usa la misma o que, en su caso tiene la intención de usarla. Por otro lado, la segunda solución que propugnan los tribunales radica, en que, cuando se produce la presunción de abandono, no se invierte automáticamente la prueba del uso de la marca a favor del titular. En este caso cuando se presume el abandono solo se produce una evidencia de que no se ha usado la marca. Por este motivo el demandante debe probar la situación de abandono"<sup>21</sup>. Debemos además indicar que en esta regulación no solo se debe demostrar la presunción de abandono, sino además se debe demostrar que esta interrupción del uso se ha dado sin intención de reanudarlo, esto plantea un serio problema para el demandante en la necesidad de demostrar que no se tiene la intención de reanudar el uso, es aquí donde los tribunales invierten la carga de la prueba para que el demandado demuestre que tiene la intención de volver a usar la marca.

### 3. 3. SISTEMA ESPAÑOL.

En España se dio una situación particular y es que la anterior Ley de Marcas del año 1988 ya incorporó la obligación del titular de probar el uso de la marca, esto motivado por Jurisprudencia que se había emitido en cuanto a la inconveniencia de probar un hecho negativo, el autor Fernández Novoa al respecto nos indica: "Con el fin de eliminar la causa que había provocado la inoperancia del principio del uso obligatorio en la etapa anterior, la nueva Ley de Marcas atribuye expresamente al titular registral la carga de probar el uso de la marca. Aunque en la exposición de motivos de la Ley de 1988 se dice que la inversión de la carga de la prueba constituye un cambio fundamental, hay que recordar, sin embargo, que la Sala Primera del Tribunal Supremo ya había iniciado en 1986 un encomiable giro con respecto al onus probando del uso de la marca registrada. En efecto la Sentencia de la Sala Primera de 20 de Octubre de 1986, mantuvo en este punto la siguiente doctrina: "Debiendo razonablemente tenerse en cuenta en supuestos como el presente que es en manos del titular de la marca que sostiene su uso y utilización donde reside la prueba positiva y fácil, contundente y accesible para aquél (facturas, catálogos, testimonios de comerciantes y adquirentes etc), en tanto que sobre quien alega el no uso pesa y gravita la dificultad siempre inherente a toda prueba negativa que puede resultar de imposible acreditación (prueba diabólica)"<sup>22</sup>". Este principio de la Prueba Diabólica es citado así mismo por otros autores como Palau Ramírez,<sup>23</sup> la actual Ley de Marcas Española<sup>24</sup> regula en el artículo 58 que corresponde al titular de la misma demostrar que ha sido usada o que existen justificantes para el no uso de la misma.

21 Ibid. Pág. 274.

22 Fernández Novoa (Carlos) Derecho de Marcas, Op. Cit. Pág. 269.

23 Palau Ramírez (Felipe) Op.Cit. Pág 480, el mismo indica que el hecho de probar un hecho negativo es un caso claro de prueba diabolica.

24 Ley 17/2001 del 7 de Diciembre, De Marcas. Regula lo atinente a la Caducidad en los artículos 39 sobre uso de la marca, 55 sobre caducidad y 58 sobre caducidad por falta de uso.

20 De la Fuente García (Elena) Op. Cit. Págs. 271, 272 y 273.

Finalmente es importante mencionar que la regulación Española a excepción de lo referente a la prueba y que el procedimiento para decretar la caducidad se ejecuta en vía judicial es muy similar a nuestra regulación.

### **3. 4. SISTEMA COSTARRICENSE.**

En Costa Rica se ha optado por el sistema antiguo Español y vigente en Italia y Alemania pero con el inconveniente que el procedimiento nuestro es administrativo y no establece la posibilidad de inversión de la carga de la prueba por parte del juez según la apreciación del caso como lo tienen los sistemas ya mencionados, esto crea una autentica prueba de un hecho negativo o prueba diabólica que sin duda alguna es la mayor crítica que se puede realizar, el artículo 40 de la Ley de Marcas establece únicamente: "*La carga de la Prueba del uso de la marca corresponderá a quien alegue la existencia de la nulidad. El uso de la marca se acreditará por cualquier medio de prueba admitido por la ley, que demuestre que ha sido usada efectivamente.*" Como vemos si bien es cierto puede decirse que en materia de pruebas se puede acudir al elenco que establece el Código Procesal Civil, no sabemos como se va a comportar este sistema sobre todo porque aún no hay casos resueltos en sede administrativa y por consiguiente tampoco ha llegado ninguno a sede judicial como para establecer si se decretará que el sistema es denegitorio de justicia.

## **TEMA CUARTO:**

### **PROCEDIMIENTO PARA LA CANCELACIÓN O NULIDAD DE LA MARCA.**

#### **4. 1. INTERPOSICIÓN DE LA SOLICITUD.**

El procedimiento esta regulado en nuestro País por los artículos 39 que establece que la cancelación será resuelta por el Registro de la Propiedad Industrial, el artículo 42 sobre carga de la Prueba, el artículo 53 sobre nulidad del registro de la marca colectiva, y los artículos 48, 49, 64 y 65 del Reglamento de la Ley de Marcas y Otros Signos Distintivos. Los de la Ley de Marcas ya analizados y los del Reglamento que de seguido me permito analizar haciendo la indicación de que no se cuenta con ningún caso resuelto al día de hoy que me permita realizar un mayor abundamiento en los mismos.

La interposición de la Solicitud se regula en el artículo 48 y establece que la solicitud se debe dirigir al registro y debe cumplir con lo establecido por el artículo 3 del reglamento es decir indicar el nombre y dirección del solicitante, si es persona jurídica el lugar de constitución y domicilio, nombre del representante legal, su domicilio y la calidad en que comparece, la dirección exacta, apartado postal, fax para recibir notificaciones, o cualquier otra comunicación por

medio electrónico, el lugar y fecha de la solicitud cuando se reclamen prioridades y por último la firma del solicitante y/o del abogado que lo auxilia cuando fuere el caso, así mismo la solicitud debe contener la identificación de la marca, signo distintivo o contrato de licencia cuya cancelación se solicita, indicando datos de registro y el número del expediente, se debe indicar el nombre del titular del registro, expresar el interés del solicitante en promover la cancelación o nulidad, los fundamentos de hecho y derecho en que se basa, las pruebas en que se funda la solicitud y la petición en términos precisos.

#### **4. 2. ADMISIÓN DE LA SOLICITUD.**

Establece el párrafo primero del artículo 49 que si la solicitud se ajusta a lo dispuesto en la Ley y el Reglamento, es decir los requisitos ya expuestos, se le admitirá a trámite y se le dará audiencia al titular de la marca que se esta pidiendo la anulación para que en el plazo de un mes, se presente a hacer valer sus derechos, es decir presente los argumentos rebatiendo la solicitud de cancelación, aporte los medios de prueba u ofrezca la evacuación de los mismos, esta notificación se rige por lo dispuesto en los artículos 3 y 8 del reglamento, se hace en la dirección para notificación aportada por medio de correo certificado o por fax o cualquier medio electrónico, en lo demás la regulación es uniforme con la ley de notificaciones.

#### **4. 3. PLAZO PARA LA RECEPCIÓN DE PRUEBAS.**

Este se da en el caso de que se ofrezca la evacuación de prueba por el demandante o por el demandado y establece el párrafo segundo del artículo 49 del Reglamento que el registro fijará un plazo de quince días hábiles para recibir las pruebas ofrecidas.

#### **4. 4. RESOLUCIÓN.**

De conformidad a lo establecido en el párrafo final del artículo 39, dentro del plazo de un mes siguiente al vencimiento del plazo para contestar la solicitud o del vencimiento del período de prueba el registro resolverá en forma definitiva la solicitud, resolución que debe ser razonada y contener un apartado de valoración de prueba, esta resolución si es negativa no causa ningún efecto, si es positiva se procede a realizar la anotación correspondiente en la base de datos donde constan los antecedentes registrales, obviamente se produce la extinción del registro de la marca y se ordena la publicación de un aviso a cargo del solicitante en el Diario Oficial la Gaceta esto de conformidad a lo establecido en el artículo 86 de la Ley de marcas. Es importante establecer que no existe una regulación en cuanto a que pasa con el titular de la marca una vez anulado el registro si existen regulaciones en otros países como Francia que prohíbe la reinscripción

por el titular anterior, en México se fija un plazo de un año no solo para el anterior titular sino también para terceros y el sistema Norteamericano que permite el registro pero se debe tener intención de usarla de buena fe.

#### **4. 6. RECURSOS.**

Establece finalmente el artículo 49 que la resolución puede ser recurrida de acuerdo a los recursos establecidos por el Reglamento, estos son el de Revocatoria regulado en el artículo 64 del Reglamento y que se debe interponer dentro del tercer día después de la notificación, días hábiles y finalmente el artículo 65 regula un Recurso de Apelación que se interpone ante el Tribunal Registral Administrativo que si bien es cierto el artículo 65 no establece el plazo debe acudirse al artículo 26 de la Ley de Procedimientos de Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual, ley número 8039 del 12 de octubre del 2000, que fija un plazo de cinco días hábiles para la interposición del Recurso.

### **BIBLIOGRAFÍA.**

#### **1) LIBROS**

- De la Fuente García (Elena). El Uso de la Marca y Sus Efectos Jurídicos, Editorial Marcial Pons, Barcelona, España 1999.
- Cavanelas de las Cuevas (Guillermo) y Bertone (Luis Eduardo), Derecho de Marcas 1, Editorial Heliasta, Segunda Edición, Tomo I, Argentina 2003.
- Cavanelas de las Cuevas (Guillermo) y Bertone (Luis Eduardo), Derecho de Marcas 2, Editorial Heliasta, Segunda Edición, Tomo II, Argentina, 2003.
- Fernández Novoa (Carlos) Tratado Sobre Derecho de Marcas, Editorial Marcial Pons, Barcelona, año 2001.
- Otamendi (Jorge), Derecho de Marcas, Editorial Lexis Nexos, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, año 2002.

Kunze (Gerd) Introducción al Derecho y a la Práctica en Materia de Marcas, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Segunda Edición, Ginebra, Suiza, 1994.

García Vidal (Angel) Derecho de Marcas e Internet, Editorial Tirant lo Blanc, Valencia 2002.

Palau Ramírez (Felipe) Derecho de Marcas, Editorial Bosch, Barcelona España, 2003.

Fernández Novoa (Carlos) Derecho de Marcas, Editorial Montecorvo S. A., Madrid, 1990.

#### **2) CONVENIOS y ACUERDOS.**

Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio 15 de Abril de 1994.

Convenio de la Unión de París para la Protección de la Propiedad Industrial del 20 de Marzo de 1883 y sus revisiones.

#### **3) Leyes.**

Ley de Marcas y Otros Signos Distintivos, Ley número 7978. Ley 17/2001 del 07 de Diciembre, Ley de Marcas Española.

#### **4) REGLAMENTOS.**

Reglamento de la Ley de Marcas y Otros Signos Distintivos. Número 30233-J, Publicado en la Gaceta Número 65, del 04 de Abril del año 2002.

#### **5) PRONUNCIAMIENTOS.**

Opinión Consultiva de la Procuraduría General de la República, Número C-041-2001, de Fecha 20 de Marzo del año 2001.

*Esta revista se terminó de imprimir  
en el mes de Junio de 2011.*

*En los talleres de  
Impresión Gráfica del Este, S.A.  
[impgraf@gmail.com](mailto:impgraf@gmail.com)  
San José, Costa Rica*