



Expediente: 17-008322-1027-CA
Proceso Ordinario
Actor: Walter Brenes Soto
Demandados: INCOPECA, El Estado y SINAC

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia
Primer Circuito Judicial de San José

RECURSO DE CASACIÓN

Quien suscribe, **Walter Brenes Soto**, mayor, soltero, abogado, vecino de Garabito, en condición de actor, con fundamento en artículos 134 y siguientes del Código Procesal Contencioso Administrativo, interpongo recurso extraordinario de casación en contra de la resolución N° 38-2021 de las ocho horas del trece de abril del dos mil veintiuno, emitida por el Tribunal Procesal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, Sección Octava, con base en las siguientes consideraciones de hecho y de derecho:

Preámbulo

Previo a exponer las violaciones cometidas en la sentencia recurrida, se torna necesario realizar algunas precisiones acerca del fondo del proceso judicial, a fin de que el planteamiento del recurso de casación sea comprendido por esta Sala de Casación, sea:

En este proceso, con fundamento en mi legitimación activa contenida en el artículo 50 de la Constitución Política y artículo 105 de la Ley de Biodiversidad, acudí a la

ENERGY

LAW FIRM

jurisdicción contenciosa administrativa en favor de la protección de nuestro dominio público -fauna silvestre- como es el caso del **Tiburón Martillo**, específicamente sus tres especies (*Sphynra lewini*, *Sphyrna mokarran* y *Sphyrna zygaena*), las cuales se encuentran en estado crítico de extinción, con poblaciones reducidas en todo el mundo.

En el año 2017, el Instituto Costarricense de Pesca y Acuicultura (INCOPESA) emitió la resolución administrativa AJDIP/290-2017, que declara de interés pesquero y comercial a las tres especies de tiburón martillo antes indicados, a pesar de que en ese momento las tres especies estaban catalogadas como **especies de vida silvestre en peligro de extinción**, según la Lista Roja de Especies Amenazadas de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN) y a pesar del voto de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia del 19 de febrero de 1999 (**Exp:** 98-003684-0007-CO; **Res:** 1999-01250) el cual aclaraba que la comercialización de una especie en peligro de extinción o poblaciones reducidas, resulta violatorio de los artículos número 7, 50 y 89 de la Constitución Política, al afectarse el equilibrio ecológico del medio ambiente, los artículos 5.1 y 8 de la Convención de la Flora, de la Fauna y de las Bellezas Escénicas naturales de los países de América, artículos 1, 2, 13 y 27 del Convenio para la Conservación de la Biodiversidad y Protección de Areas Silvestres Prioritarias en América Central, artículos II, III y IV del Convenio sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora y el principio 15 del Convenio sobre la Diversidad Biológica, instrumentos que giran en torno a la protección del equilibrio ecológico del cual dependen estas especies en peligro de extinción.

Asimismo, se ha expuesto en la demanda que las instituciones no han tomado las medidas apropiadas para la mitigación, el control, la restauración y recuperación del Tiburón Martillo; aún menos cuando la especie es declarada de interés comercial, en una estricta violación al principio aun ambiente sano y ecológicamente equilibrado, así como el criterio preventivo y precautorio (artículo 11 y 109 de la Ley de Biodiversidad).

ENERGY

LAW · FIRM

En este caso, existe un quebrando directo a la justicia, al darse una serie de violaciones de forma y de fondo en la sentencia, razón por la cual se recurre ante esta máxima autoridad a presentar el presente recurso de casación, debido a la declaratoria sin lugar de la demanda que fue interpuesta en contra **del Instituto Costarricense de Pesca y Acuicultura, el Estado y del Sistema Nacional de Áreas de Conservación (SINAC).**

**Recurso de Casación: Sobre la violación de normas procesales del
ordenamiento jurídico**

I. Violación al inciso c) del artículo 137 del Código Procesal Contencioso Administrativo – Falta de determinación clara y precisa, en la sentencia, de los hechos acreditados.

Se acusa en un primer lugar el vicio procesal de una la falta de determinación clara y precisa de los hechos, por cuanto en la sentencia judicial no se observa dentro de los hechos probados y no probados, si el Tiburón Martillo es un animal de vida silvestre en **peligro de extinción, específicamente sus tres especies del género sphyrna**, tal y como se indicó en el **hecho octavo** de la demanda, a pesar de la importancia del tema.

Si bien el Código Procesal Contencioso Administrativo no establece la estructura que debe contener la sentencia, únicamente una serie de preceptos a los cuales debe referirse (artículo 109 del CPCA), ante la existencia de esta omisión resulta necesaria la aplicación supletoria del Código Procesal Civil, con fundamento en el artículo 220 CPCA.

En este sentido, el artículo 61.2 del CPC establece el contenido que debe contener la sentencia judicial, la cual indica que *“Las sentencias deben resolver todos y cada uno de los puntos que hayan sido objeto de debate, no pueden conceder más de lo pedido, salvo disposición legal en contrario y no podrán comprender otras cuestiones que las demandadas.”* Asimismo, establece que la parte considerativa de la sentencia se incluirá lo siguiente:

ENERGY

LAW FIRM

"2. La enunciación, clara, precisa y ordenada cronológicamente de los hechos probados y no probados de importancia para la decisión, con referencia concreta a los medios de prueba en que se apoya la conclusión y de los criterios de apreciación de esos elementos."

Concretamente, de la parte considerativa de la sentencia que refiere a los hechos probados (considerando IX) y no probados (considerando X), no se desprende si se probó o no que el Tiburón Martillo es una especie en peligro de extinción. Si bien es cierto que se indica que el Tiburón Martillo se encuentran en el listado de especies con población reducida, por pertenecer al Anexo II de la CITES - lo cual nunca fue controversia en el proceso - pero no se observa que se tenga por demostrado o no si el Tiburón Martillo es una especie en peligro crítico de extinción, tema clave para el caso.

En la demanda y durante todo el proceso judicial, se ha expuesto sobre la vulnerabilidad de la especie y el peligro de extinción en la que se encuentra, así declarado por diversos organismos internacionales. A pesar de ser esto un hecho controvertido en el proceso, de una lectura íntegra de la sentencia recurrida, se evidencia el Tribunal omitió por completo a identificar en los hechos si las especies de tiburón martillo se encuentra en peligro de extinción o no, independientemente si se encuentra en el Anexo II del CITES.

Al existir una violación en la norma procesal por la omisión de referirse a uno de los hechos de la demanda, debe declararse con lugar el recurso de casación respecto a este punto, situación que hubiera incidido directamente en declarar con lugar esta demanda.

II. Violación al inciso d) del artículo 137 del Código Procesal Contencioso Administrativo – Falta de Motivación.

En el caso que nos ocupa, se ha apreciado el vicio procesal de una falta de motivación, tanto en las resoluciones judiciales interlocutorias, como en el dictado de la sentencia,

ENERGY

LAW FIRM

por no desarrollar un razonamiento lógico y justificado que fundamentara debidamente la decisión dada. Se desarrollará la existencia de este vicio, con relación a la resolución las nueve horas treinta y tres minutos del veintiséis de marzo de dos mil veintiuno, cuya decisión además tiene relación directa con la sentencia que se recurre.

Cuando nos referimos a la motivación que debe tener toda resolución judicial, por su puesto se refiere a la fundamentación y justificación que da lugar a la decisión tomada, sin embargo, esta motivación implica la elaboración de un discurso justificativo y no únicamente a acoger o rechazar una gestión discrecionalmente citando un artículo.

En este sentido, el autor italiano Michele Taruffo desarrolla el principio de completitud de la motivación, el cual da luz sobre las funciones que la motivación debería desempeñar, como lo es el requisito de plenitud del discurso justificativo de la decisión asume una importancia fundamental. Señala que la plenitud de la motivación de un punto decidido cuando el Juez enuncia, además de las premisas y de los datos relevantes para la decisión, las reglas de elección por las que la propia decisión puede considerarse como consecuencia válida de dichas premisas; en caso contrario, la ausencia del criterio de decisión, la falta de plenitud equivale a insuficiencia de motivación¹, como sucedió.

A. Falta de motivación de la resolución de de las nueve horas treinta y tres minutos del veintiséis de marzo de dos mil veintiuno.

Ahora bien, concretamente se acusa una falta de motivación en la resolución de las nueve horas treinta y tres minutos del veintiséis de marzo de dos mil veintiuno. Posterior a la celebración del juicio oral y público, se solicitó una reapertura del debate oral, con base en el artículo 110 del Código Procesal Contencioso Administrativo, a enterarme sobre la existencia de una lista de especies marino-costeras en peligro de

¹ Taruffo, Michelle. (2011). La Motivación de la Sentencia Civil. Primera Edición. Madrid, España.

ENERGY

LAW · FIRM

extinción elaborada por el SINAC, que incluye a las tres especies de tiburón martillo objeto de este proceso, y próxima a publicarse en el Diario Oficial La Gaceta.

Este documento reconoce expresamente que el Tiburón Martillo se encuentra en peligro de extinción, lo cual tiene una relación directa con las pretensiones de la demanda, especialmente las pretensiones 1, 2 y 3. Por lo anterior, por considerar que consiste en prueba absolutamente necesaria para determinar la verdad real de los hechos y por su impacto en las pretensiones del proceso, se solicitó su valoración para el dictado de la sentencia, sin embargo, el juez ponente simplemente decidió no verla.

Incluso, en la resolución de las nueve horas treinta y tres minutos del veintiséis de marzo de dos mil veintiuno, en un párrafo se “justifica” su rechazo, porque a su criterio, no es un elemento necesario que deba ser conocido en este proceso, sin mayor análisis. Es evidente que no se exponen las razones mínimas por las cuales considera que no es un elemento necesario y determinante; si bien el artículo invocado es una facultad discrecional del juez, esto no implica que está exento de motivar su criterio. Se respeta si no comparte que sea prueba necesaria, pero por lo menos, en lo mínimo explicar el porqué, y no únicamente citar un artículo indicado que no es de su criterio, siendo esto una evidente una falta de plenitud, y en consecuencia una insuficiencia de motivación.

Posteriormente, en forma sorpresiva, mediante la resolución de las diez horas cuarenta y tres minutos del seis de abril de dos mil veintiuno, el Tribunal sí procedió de oficio a aplicar el artículo 110 del código de rito, dando una reapertura a juicio en relación con la sentencia la sentencia N° 2005-F-S1-2020 de las 10:30 horas del 18 de junio del 2020 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia y la pretensión 5 de este proceso. Cuando al final en la sentencia aquí recurrida, se indicó que la sentencia N° 2005-F-S1-2020 es completamente inocua para la validez o invalidez del acto AJDIP/290-2017 del 13 de julio del 2017 del INCOPESCA, y nunca se expuso su relación con la pretensión 5, de la cual se nos fue otorgada la audiencia escrita, evidenciándose más contradicciones.

ENERGY

LAW FIRM

B. Falta de Motivación en la Sentencia

Por último, se acusa una falta de motivación en la sentencia, concretamente lo resuelto con la pretensión 3 de la demanda, que solicita declarar al Tiburón Martillo (en sus tres especies) como animal de vida silvestre en peligro de extinción. De una lectura integral de la sentencia y rechazo de esta pretensión, el tribunal ignora por completo referirse a la condición de peligro de extinción de estas especies; no exponen los motivos por los cuales considera que las especies no son catalogadas en esta condición.

Durante el proceso se ha reiterado que el Tiburón Martillo considerado en peligro crítico de extinción por la gran amenaza en la que se encuentra, por su declaratoria internacional por la UICN y por su reconocimiento expreso por el SINAC; sin embargo, el tribunal ha sido omiso al pronunciarse sobre este aspecto solicitado expresamente en la pretensión. Además, no se pronuncia sobre la admisión de esta pretensión (puede entenderse como un allanamiento parcial) que realiza el SINAC en su escrito de contestación de demanda que reconoce jurídicamente a la especie como vida silvestre.

Lo anterior causa un grave vicio de nulidad, por cuanto el no exponer, razonar y fundamentar los motivos para considerar o no estas especies en peligro de extinción, incurre en una falta de motivación en la sentencia respecto al rechazo de la pretensión 3 de la demanda. Por ello, debe declararse con lugar el recurso incoado al existir un vicio contemplado en el artículo 137 del Código de Rito, lo cual incide en la sentencia final.

Recurso de Casación: Sobre la Existencia de Vicios de Fondo en la Sentencia

En un primer momento, es importante identificar los motivos del recurso de casación, entre ellos, la existencia de vicios de fondo en el contenido de la sentencia, por violación a normas sustantivas del ordenamiento jurídico, según se detallará a continuación, sea:

ENERGY

LAW • FIRM

I. Violación al inciso b) del artículo 138 del Código Procesal Contencioso Administrativo.

En el caso que nos ocupa, es importante evidenciar que existe una contradicción entre la prueba admitida y valorada con los hechos demostrados e indemostrados. Lo cual a su vez implica una indebida valoración de la prueba, no obstante, respecto a esto se desarrollará en el segundo vicio por el fondo. A continuación, se indicarán los hechos probados y no probados, y el porque existe una contradicción con la prueba del proceso.

A. Sobre el hecho probado 2) y el hecho no probado 2)

En un primer lugar, en el punto XI) considerativo, se tuvo como hecho demostrado:

"2) Que el Estado y sus instituciones han realizado actividades de protección del tiburón martillo, por ejemplo: vedas; creación de zonas de exclusión para la pesca (santuario del Golfo Dulce); establecimiento de zonas de protección (parques nacionales); revisión de la pesca realizada en embarcaciones y en los muelles (declaraciones de los testigos José Miguel Carvajal Rodríguez y Carlos Mario Orrego)."

A contrario sensu, se tuvo por no probado el siguiente hecho:

"2) No se acreditó la inexistencia de acciones efectivas para la protección del Tiburón Martillo, por parte del Estado y sus instituciones (no se presentó prueba en este expediente, en el sentido que las políticas públicas o las prácticas administrativas, desprotejan o ayuden a la pesca excesiva y contraria a la sostenibilidad de los ecosistemas)."

En relación con lo anterior, de forma previa es importante recalcar que la demanda incoada es de carácter ambiental, lo cual tiene como consecuencia el análisis y

ENERGY

LAW FIRM

aplicación de principios que rigen esta materia, como lo es la inversión de la carga de la prueba, fundamentado en el principio precautorio y consagrado en el artículo 109 de la Ley de Biodiversidad. Este punto se desarrolla en la exposición que refiere a la indebida valoración de la prueba, por el momento, se expondrán las contradicciones entre las pruebas evacuadas con los hechos demostrados e indemostrados.

El Tribunal ha tenido por demostrado que El Estado y sus instituciones han realizado actividades de protección del Tiburón Martillo, partiendo de la premisa de que, ante la existencia de estas medidas, la especie se encuentra protegida; lo cual desde un punto de vista lógico resulta en una falacia, toda vez que no es posible afirmar que, ante la existencia de estas medidas, estas hayan sido suficientes para la protección de la especie. En este sentido el Tribunal afirma que la especies se encuentran protegidas por actividades como, por ejemplo, las vedas; no obstante, eso no es cierto y es totalmente contradictorio con la prueba documental, por las razones que a continuación indicaré.

En los Dictámenes de Extracción No Perjudicial (DENP) se emite una resolución sobre la extracción del Tiburón Martillo, donde además establece una serie de recomendaciones. En el DENP del año 2018, admitido en el juicio oral como prueba para mejor resolver y que es visible en el legajo de ejecución, el cual tuvo un resultado **NEGATIVO**, en el punto 2 de su parte resolutive (página 17), se indica lo siguiente:

"2. Que aun cuando se han ubicado las zonas y épocas de reproducción de los martillos, no se han implementado vedas estacionales para proteger a estas especies, a excepción de ciertas áreas de Golfo Dulce, establecidas por el MINAE."

De igual manera, en el apartado de Recomendaciones de este DENP, en su punto 5 (visible en la página 18), se recomienda lo siguiente:

ENERGY

LAW FIRM

*"5. En vista de ya se tienen investigaciones en donde se determinan las zonas y épocas de reproducción del tiburón martillo, **se recomienda que el INCOPESCA declare vedas para su protección.** Lo anterior debe **incluir el no uso de líneas de fondo,** las cuales son muy efectivas para la pesca de martillos juveniles y preadultos."*

De conformidad con esto, se aprecia una evidente contradicción con la prueba, el Tribunal afirma la veda ha sido una medida de protección del Tiburón Martillo, cuando en los mismo DENP se indica **expresamente que no se han establecido vedas** y se recomienda su implementación. Además, las partes demandadas tampoco acreditaron la existencia de estas vedas estacionales, por lo cual se desconoce cual fue la base probatoria para tal afirmación, incluso se indicó que no se han implementado los observadores a bordo, en los barcos pesqueros, situación clave para proteger al tiburón.

En segundo lugar, se afirma que otra medida para la protección del tiburón martillo es la creación de zonas de exclusión para la pesca como el Santuario de Golfo Dulce, que, si bien es cierto su existencia, no es del todo cierto su exclusión para la pesca, siendo esto contradictorio con la declaración del testigo José Miguel Carvajal. En la evacuación del testigo, en síntesis, afirmó que a pesar de no estar permitida la pesca directa del Tiburón Martillo dentro de la zona del Santuario, **si se permite la pesca de otras especies, por lo cual si se da pesca incidental de esta especie en esta zona de protección, evidenciándose su ineficacia.** (Ver evacuación de prueba testimonial).

En cuanto al hecho 2) no probado, anteriormente se indicó que el Tribunal no tiene por acreditado la inexistencia de acciones efectivas para la protección del Tiburón Martillo, por parte del Estado y sus instituciones. Respecto a este punto, resulta necesario aclarar que en este proceso se ha acusado omisiones por parte de las instituciones, para proteger, mitigar, restringir la captura, retención y comercialización del Tiburón

ENERGY

LAW · FIRM

Martillo. Además, que no existe estudios poblacionales de las especies Sphyrna, no hay un control y registro adecuado sobre las capturas de estas especies en alta mar.

Por ser un asunto de materia ambiental existe una inversión de la carga de la prueba, por lo cual corresponde a los demandados acreditar las acciones tomadas para la protección efectiva del Tiburón Martillo. Ahora bien, si bien los demandados se refieren a una serie de acciones tomadas, estas no acreditan la efectividad para la protección de la especie, y más bien se ha acreditado según los últimos DENP (véase el DENP del año 2018), que las capturas de estas especies se han visto reducidas, no porque las acciones han sido efectivas, sino por el aumento descontrolado y sin fiscalización de la extracción (pesca) del Tiburón Martillo. Es decir, el Tribunal no puede tener por no probado la inexistencia acciones efectivas para la protección de las especies, por el simple hecho de que con anterioridad se tomaron algunas medidas, sin determinar que hayan sido efectivas para su protección, situación no probada en la evacuación de las pruebas.

Por el contrario, de conformidad DENP de los años 2015, 2017 y 2018, se han realizado una serie de recomendaciones que debe adoptar el INCOPESCA en conjunto para las demás instituciones, que a la fecha no se han ejecutado. Por lo cual resulta contradictorio que el Tribunal tenga por no acreditado el hecho descrito, pese a que las recomendaciones indicadas en los DENP no han sido cumplidas, las cuales el testigo José Miguel Carvajal confirmó su falta de ejecución (por ejemplo, la falta de presión de captura de las especies, la implementación de vedas estacionales, inventariar las aletas de tiburón que se encuentren almacenas y llevar un control de la comercialización a nivel nacional), existiendo una evidente contradicción acerca de lo citado en este punto.

B. Sobre el hecho no probado 1)

El Tribunal tuvo como hecho no probado el siguiente: *1) Que el nombramiento de más inspectores de pesca, determine un mejoramiento de la conservación de las especies de tiburón martillo (no hay prueba en los autos en ese sentido).*

ENERGY

LAW · FIRM

Este hecho debe declararse como probado, y resulta contradictorio con la prueba que consta en autos, específicamente con los DENP, los cuales constituyen dictámenes de carácter técnico sobre las especies de Tiburón Martillo y establecen medidas para el control y fiscalización de esta especie, con la finalidad de darle una mayor protección.

El Dictamen de Extracción No Perjudicial del año 2015, establece como recomendación número 5 lo siguiente:

"5. El INCOPESCA debe iniciar el programa de observadores a bordo en las embarcaciones y en los puertos de descarga para verificar los datos recopilados por los FIADs."

El Dictamen de Extracción No Perjudicial del año 2017, establece como recomendación número 12 lo siguiente:

"12. El INCOPESCA debe continuar con los esfuerzos para implementar el programa observadores para cumplir con las regulaciones nacionales e internacionales (resoluciones CIAT)."

Por último, el DENP del año 2018, establece como recomendación número 3 lo siguiente:

"3. El Gobierno de Costa Rica, debe continuar con los esfuerzos para implementar el programa observadores abordo, para recopilar información que contribuya a las evaluaciones pesqueras de los tiburones del género Sphyrna."

ENERGY

LAW • FIRM

Desde el año 2015 se ha recomendado el programa de observadores abordó, con la finalidad de llevar un control y un cumplimiento de las regulaciones nacionales e internacionales; y en consecuencia, una mayor protección del Tiburón Martillo. Estos dictámenes son de carácter técnico y científico, por lo cual resulta absolutamente contradictorio que el Tribunal no tenga por probado este hecho, cuando hay evidencia científica de que este programa debe ser implementado, y aún más que el mismo no ha sido implementado, según lo dejó claro en juicio el testigo funcionario del INCOPECA.

En consecuencia, no es admisible la justificación de que no existe prueba que acredite el hecho anterior, cuando de la prueba mencionada (DENPs) respecto el análisis apunta a que fueron mal ponderados o incluso preteridos, respectivamente. En atención a lo expuesto anteriormente, estos dos hechos deben ser declarados como PROBADOS, y declararse así la existencia de un vicio por el fondo, en la sentencia que se está casando.

II. Violación al inciso a) del artículo 138 del Código Procesal Contencioso Administrativo - Indebida valoración y preterición de la prueba.

La sentencia recurrida contiene una serie de vicios en relación con la prueba documental y testimonial evacuada en el proceso. No obstante, de previo a referirme concretamente a la incorrecta apreciación de cada prueba, resulta necesario exponer brevemente sobre la carga probatoria y la interpretación dada por el Tribunal de juicio.

A. Inversión de la carga probatoria

Es importante señalar la consecuencia procesal que produce la aplicación del principio precautorio, es la inversión de la carga de la prueba, aspecto que está expresamente regulado en el artículo 109 de la Ley de Biodiversidad, que dispone: *"La carga de la prueba, de la ausencia de contaminación, degradación o afectación no permitidas,*

ENERGY

LAW FIRM

corresponderá a quien solicite la aprobación, el permiso o acceso a la biodiversidad o a quién se le acuse de haber ocasionado daño ambiental."

Esto quiere decir que en materia ambiental se rompe el clásico esquema de que "quién demanda debe probar", y adquiere un papel preponderante la teoría de la carga dinámica de la prueba, según la cual, "se traslada la carga a quién, a raíz de su situación personal, se halla en mejores condiciones para acercar la probanza al proceso, sin que importe si es el actor o el demandado", como sucede en el presente caso en análisis.

Ahora bien, esta es una posición aceptada en doctrina del derecho ambiental y contemplada dentro del artículo 109 de la Ley de Biodiversidad, la cual es derivada del principio precautorio. En relación a esto, la doctrina ha indicado lo siguiente:

"En el proceso ambiental, especialmente en función del principio precautorio, se produce una modificación en la carga de la prueba de encuadre clásico (según la cual es principio "que todo el que alega un hecho como pretensión o defensa tiene la carga de probarlo") y cobra vida, en función de la precaución, la doctrina de las cargas dinámicas probatorias como paliativo para aligerar la impropia tarea de producir pruebas diabólicas que, en ciertos supuestos, se hacían recaer sin miramientos sobre las espaldas de alguna de las partes (actor o demandado), por malentender las sacrosantas reglas apriorísticas de distribución de la prueba. Finalmente, las modificaciones señaladas en el ámbito del proceso ambiental imponen hablar de un "verdadero derecho procesal ambiental", sea considerado como una rama autónoma o no; y la complejidad científico- técnica de los casos ambientales, que demandan soluciones inéditas a problemas también inéditos, imponen como mecanismo superador de las estructuras tradicionales del derecho la conveniencia de contar con fueros especializados en la materia ambiental como garantes de la aplicación efectiva del principio de precaución". (Martínez, María Paulina. "El principio precautorio". En Protección Ambiental, Argentina, 2008, p. 122).

ENERGY

LAW · FIRM

B. Sobre la carga probatoria impuesta por el Tribunal

Concretamente, de una lectura de la sentencia recurrida, el Tribunal considera que *“nunca se probó en este juicio que la inclusión de las especies de tiburón martillo dentro de la lista de especies pesqueras, implique una desprotección absoluta de esas especies.”* En ese mismo sentido, indica el Tribunal que *“la parte actora no hizo llegar al proceso, a pesar que ostentaba la carga probatoria para fundamentar sus pretensiones (doctrina del numeral 41.1.1 del Código Procesal Civil, aplicable a esta materia por la remisión del artículo 220 CPCA), prueba suficiente en el sentido que las políticas públicas o las prácticas administrativas del Estado y sus instituciones, desprotejan o ayuden a la pesca excesiva y contraria a la sostenibilidad de los ecosistemas, no teniéndose por probado de esa forma la violación de las normas comentadas en este considerando.”*

De lo anterior, se aprecia que el Tribunal ha impuesto la carga probatoria al accionante, sin considerar la naturaleza de la materia y las circunstancias del caso, lo correcto era la aplicar una inversión de la carga probatoria con base en el principio precautorio, siendo los demandados los obligados a demostrar la existencia de medidas administrativas y políticas públicas que efectivamente protejan al Tiburón Martillo. Ahora bien, esta protección como tal no se limita a su mera existencia formal y debe extenderse a un plano material, es decir, que las acciones realizadas por la Administración resulten suficientes y efectivas para la protección de la especie; situación que nunca se probó por parte de los demandados, más bien todo lo contrario.

Como última idea dentro de este apartado, debo necesariamente referirme sobre el criterio **“res ipsa loquitur”** y su impacto en la carga probatoria, siendo su aplicación en este caso innovadora dentro del derecho ambiental administrativo. Según Alfredo Bullard, la doctrina del res ipsa loquitur o “la cosa habla por sí misma” es utilizada para aquellos casos en los cuales no se puede probar cuál fue el hecho generador del daño,

ENERGY

LAW FIRM

pero debido a las circunstancias en las cuales el mismo ha ocurrido, se puede inferir que el mismo ha sido producto de la negligencia o acción de determinado individuo.²

Con relación a este criterio, el Tribunal Segundo de Apelación Civil ha indicado lo siguiente:

"Muchas veces, la naturaleza de los hechos que se hayan tenido como acreditados puede válidamente llevar a concluir aspectos tan relevantes como el nexo causal o bien la culpa o el dolo, si éstos son los criterios de imputación de la responsabilidad, lo cual resulta innecesario si se trata de responsabilidad objetiva. Desde esta perspectiva, ha surgido un criterio de aplicación lógica en casos de responsabilidad por daños, con fuerte influencia en la responsabilidad médica, según el cual de la propia naturaleza de los hechos puede inferirse dicha causalidad y eventualmente la culpabilidad, cuando sea requerida. Se conoce este criterio como "res ipsa loquitur", lo cual significa que los hechos pueden "hablar por sí mismos". Ante la eventual imposibilidad de contar con una prueba directa de los hechos productores de daños, ha surgido con mucha fortaleza la posibilidad de acreditación de éstos mediante indicios provenientes de los eventos que han sido acreditados."

Este criterio implica la posibilidad validar la existencia de un daño producto de un hecho generado, cuando por la naturaleza misma del hecho, se puede deducir su resultado dañoso. Si bien este es un criterio que tiene origen en la responsabilidad civil extracontractual, es válidamente aplicable a la responsabilidad generada de un acto administrativo en el medio ambiente. Concretamente, se indicó en párrafos anteriores no se acreditó que la inclusión del Tiburón Martillo dentro de la lista de especies de interés pesquero implique una desprotección; de lo anterior, no se comparte la carga

² Bullard González, A. (2005). Cuando las cosas hablan: el res ipsa loquitur y la carga de la prueba en la responsabilidad civil. *THEMIS Revista De Derecho*, (50), 217-236. Recuperado a partir de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8774>

ENERGY

LAW FIRM

probatoria impuesta por el Tribunal, toda vez que el acto AJDIP/290-2017 por sí mismo, tiene como consecuencia lógica una desprotección de las especies Sphyrna, al legitimar la explotación comercial de una especie de vida silvestre en peligro crítico de extinción. Se puede claramente deducir que el hecho por sí mismo (acto administrativo) implica una desprotección de una especie que debe ser especialmente protegida (valga a redundancia) y consecuentemente un daño al ecosistema y por ende, una afectación directa a las especies de Tiburón martillo.

Por último, es importante señalar que la Sección Primera del Tribunal de Apelaciones de lo Contencioso Administrativo procedió a declarar con lugar la medida cautelar interpuesta, por considerar que la declaratoria de interés pesquero y comercial del Tiburón Martillo generaba un daño en sí mismo para la especie y por esto procedió a suspender los efectos de la resolución AJDIP/290-2017, hecho olvidado por el Tribunal.

C. Preterición de la Lista Roja de la UICN

En el presente caso se acusa una preterición de la prueba por parte del Tribunal, toda vez que es la Lista Roja de la UICN constituye un elemento demostrativo con una incidencia directa e importante sobre este proceso. En cuanto al vicio de la preterición de la prueba, esta Sala de Casación se ha manifestado antes y ha indicando lo siguiente:

"VII.- Del vicio de preterición de prueba alegado. Lleva razón la recurrente en su alegato. Ha señalado esta Sala que ese error ocurre cuando los jueces dejan de considerar, total o parcialmente, las probanzas aportadas a los autos. Ello implica el desconocimiento del valor que la ley les otorga, y como tal, constituye un error de derecho. De lo anterior se colige que, desconocer un elemento demostrativo, aportado en forma debida y con incidencia en la lite, configurará ese yerro."
(Sentencia Nº 1-F-S1-2009)

ENERGY

LAW FIRM

Concretamente, se ha ofrecido la Lista Roja de la UICN la cual constituye una prueba elemental y directa con el objeto de este proceso, toda vez que se ha alegado que el Tiburón Martillo es una especie en peligro de extinción de conformidad con esta lista y se ha solicitado expresamente su declaración en las pretensiones de la demanda. No obstante, el Tribunal desconoce por completo este elemento demostrativo en la sentencia, a pesar de su importancia para la valoración del Tiburón Martillo como especie en peligro de extinción. Ni siquiera es mencionada y tampoco se exponen las razones por las cuales considera que no debe valorarles. Por lo anterior, al existir un vicio claro preterición de la prueba debe declararse con lugar el recurso en este extremo.

D. Indebida valoración de los Dictámenes de Extracción No Perjudicial.

Los Dictámenes de Extracción No Perjudicial (DENP) son documentos técnicos elaborados por la Comisión de Expertos No Permanente, asociada al Consejo de Representantes de Autoridades Científicas de la Convención Sobre el Comercio Internacional de las Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres de Costa Rica (CRACCITES - Costa Rica), el cual para el presente caso, se realizaron para el tiburón martillo común (*Sphyrna lewini*) y las dos especies semejantes (*S. zygaena* y *S. mokarran*) de Costa Rica, incluidas bajo el Apéndice II del CITES. Estos dictámenes realizan una serie de observaciones sobre la condición de las especies, emite una serie de recomendaciones para que adopten las autoridades, y determina si es positivo o negativo su extracción, así como un análisis del estado de estas especies en nuestro país.

Los DENP de los años 2015, 2017 y 2018 han sido negativos, es decir, no es posible su extracción para su comercio internacional por la amenazada en la que se encuentran estas especies. Estos dictámenes no solo determinan la susceptibilidad comercial de la especie, sino que además, **evidencia las deficiencias y la falta de control de las autoridades para proteger la especie**. No obstante, el Tribunal ha valorado indebidamente estos dictámenes, toda vez que no se analizó su contenido técnico para valorar si se ha dado una desprotección o no de la especie por parte de los demandados.

ENERGY

LAW FIRM

i. DENP 2015

Este dictamen ha sido claro en cuanto a la falta de control y protección sobre las especies *Sphyrna* incluidos en los apéndices CITES por su dedicada situación. Específicamente, en la página 66 de este dictamen se ha indicado lo siguiente:

*"Las regulaciones implementadas son normativa de vigilancia, esto es, permite la cuantificación y registros de las capturas, principalmente las producidas por las flotas comerciales mediana y avanzada, pero no limita las capturas de tiburón, incluyendo aquellos que como los del género *Sphyrna* están incluidos en los apéndices CITES por su delicada situación. No existe un control efectivo sobre la flota artesanal que opera principalmente en zonas de crianza y que captura una importante cantidad de juveniles.*

La creación de regulaciones no asegura por sí misma su implementación y ese un problema cotidiano de la legislación costarricense. Esta requiere de personal, capacitaciones, transporte, equipos y viáticos que no siempre están disponibles para los inspectores de INCOPECA u otros funcionarios del gobierno. Pese a estar normadas, las sanciones por infracciones a la Ley de Pesca no suelen ser aplicadas, lo que genera un ambiente de impunidad. Otro inconveniente es que no hay adecuados sistemas de protección de hábitats críticos, y algunos de ellos como el Peñón (desembocadura del río Tárcoles) ni siquiera está incluidos en una categoría de protección que permita disminuir la presión en una zona de crianza." (Resaltado no es del original)

A pesar de lo anterior, el Tribunal ha ignorado el contenido de este DENP y ha tenido por acreditado que los demandados protegen adecuadamente la especie, únicamente por la creación de zonas de exclusión para la pesca del tiburón (no de otras especies) y la revisión de embarcaciones; no obstante, la creación de estas medidas no implica su adecuada implementación y no son suficientes para reducir las presiones que ciernen sobre las especies, principal razón que ha causado la pérdida acelerada de las especies.

ENERGY

LAW FIRM

Además, no se valoraron las razones por las cuales este DENP fue negativo, especialmente en los puntos 1 y 5 (página 67), que evidencia que existe una reducción notable de efectivos poblaciones así como de presión ejercida por la captura comercial de estos animales, la cual a su vez indica que la presión pesquera efectivamente es responsable por la reducción poblacional. De igual forma, indica que el hecho de que las capturas de tiburones martillo sean una fracción usualmente menor al 5% de las capturas de otras especies de tiburones, no necesariamente refleja la incidentalidad de esa pesquería. Una baja abundancia relativa bien es el resultado de una sobrepesca.

ii. DENP 2017

Nuevamente el Tribunal no valoró el contenido del DENP, específicamente el del año 2017, el cual si bien varía parcialmente con el del año 2015 -por cuanto este emitido cuando el INCOPESCA es nombrado como Autoridad Científica CITES- evidencia las graves amenazas que sufren estas especies, principalmente por la falta de control, monitoreo y coordinación por parte de los demandados, como siempre se ha señalado.

Este dictamen indica las amenazas directas e indirectas a la población (ver página 37 del documento), por ejemplo: falta de monitoreo, control y vigilancia; falta de coordinación estratégica y priorización de estudios a nivel regional para la especie; pesca y comercialización ilegal; desconocimiento del índice de explotación; captura de neonatos y juveniles en zonas de reclutamiento. No obstante, el Tribunal ha ignorado su contenido y ha resuelto que existe una "debida protección" de estas especies.

Asimismo, se ha establecido como recomendación que tanto el Sistema Nacional de Áreas de Conservación como el Servicio Nacional de Guardacostas deben mejorar el control y vigilancia en áreas marinas protegidas y zonas costeras con el fin de reducir la pesca ilegal de tiburón martillo, mejorar la recolección de pruebas y la presentación de denuncias ante instancias judiciales. Es claro de estos dictámenes la falta de protección de la especie, por lo cual no comprende sobre que ha valorado el tribunal

ENERGY

LAW FIRM

para el dictado de las sentencia, toda vez que son aspectos que no se pueden acreditar únicamente con prueba testimonial, sino que deben analizar integralmente las pruebas.

iii. DENP 2018

Se indicó anteriormente que los DENP ha tenido un resultado negativo, lo cual implica que no sea permitido la captura y exportación de estas especies. Este DENP realiza un estudio sobre el riesgo ecológico del tiburón martillo y analiza su vulnerabilidad, la cual establece que la especie se encuentra en un riesgo ecológico **ALTO**, por lo cual se debe tener cuidados especiales en su explotación y protección. A pesar de lo anterior, el Tribunal no ha valorado el contenido de este dictamen y no se ha referido en lo absoluto a la condición crítica de esta especie, lo cual es determinante para valorar la legalidad de una acto administrativo que declara a esta especie de interés pesquero y comercial.

E. Indebida valoración del testigo José Miguel Carvajal

La declaración del testigo José Miguel Carvajal evidencia las deficiencias en las que incurrido el INCOPESA para ejercer un control sobre las especies de tiburón martillo. En un primer lugar, reconoce que no hay observadores a bordo a pesar de estar recomendado en los DENP desde el año 2015. Indica que existe un plan piloto y se ha tratado de implementar, pero que a la fecha no ha sido posible su ejecución, y reconoce la importancia de implementar este programa.

Por otra parte, acredita que no existe un debido registro de captura de Tiburón en los muelles, toda vez que los registros dependen de los propios pescadores, es decir no hay una fiscalización sobre la veracidad del contenido de estos registros.

Por último, afirma que hay pesca del Tiburón Martillo en el Golfo Dulce, a pesar de ser una zona de protección especial, toda vez que si bien esta prohibida su pesca directa, igualmente se produce una pesca incidental sobre esta especie. No obstante, a pesar de lo declarado, el tribunal valora indebidamente lo declarado por este testigo, y estima no se acredita una falta de protección de la especie, cuando más bien es evidente que sí.

ENERGY

LAW FIRM

F. Indebida valoración del testigo Carlos Mario Orrego.

La declaración de este testigo ha sido fundamental por lo siguiente; reconoce expresamente que el Tiburón Martillo se encuentra en peligro crítico de extinción, según la Lista Roja de la UICN y que es vinculante para la elaboración la lista de especies en esta condición que realiza el SINAC. Afirma que la lista del año 2017 no se incluyeron en general las especies marino-costeras, razón por la cual en un inicio el Tiburón Martillo no formaba parte de esta lista. A raíz de esto, indicó que el SINAC se encuentra trabajando en una lista de especies marinas con poblaciones reducidas y en peligro de extinción, que incluiría al Tiburón Martillo como especie en peligro crítico de extinción.

Afirma que debería limitarse la pesca del Tiburón Martillo por la condición crítica que se encuentra, independientemente del apéndice que se encuentre en la Convención CITES. No obstante, el Tribunal valora indebidamente esta declaración e ignora que el funcionario del SINAC reconoce la condición especial de Tiburón Martillo, la vinculación de la Lista Roja de la UICN y la necesidad de limitar la pesca de esta especie marina.

III. Violación al inciso C) del artículo 138 del Código Procesal Contencioso Administrativo.

La sentencia contiene una serie de vicios por la aplicación e interpretación indebida de la norma jurídica, así como por la no aplicación de otras normas, según se detalla:

A. Indebida aplicación e interpretación de Ley de Conservación de Vida Silvestre.

La Ley de Conservación de la Vida Silvestre es la norma jurídica por excelencia que otorga una protección legal a la fauna y flora silvestre, así como una protección especial a aquellas especies que se encuentren en una condición vulnerable y crítica, como lo son las especies con poblaciones reducidas y en peligro de extinción. Este instrumento jurídico establece los deberes del MINAE y SINAC para hacer efectiva esa tutela y

ENERGY

LAW · FIRM

sanciona la captura, tráfico y comercio de la vida silvestre, agravando la pena cuando sea una especie de población reducida y en peligro de extinción. En este sentido, la Ley de Conservación de la Vida Silvestre establece en su artículo 1, lo siguiente:

“Artículo 1.- La presente ley tiene como finalidad establecer las regulaciones sobre la vida silvestre. La vida silvestre está conformada por el conjunto de organismos que viven en condiciones naturales, temporales o permanentes en el territorio nacional, tanto en el territorio continental como insular, en el mar territorial, las aguas interiores, la zona económica exclusiva y las aguas jurisdiccionales y que no requieren el cuidado del ser humano para su supervivencia. Los organismos exóticos declarados como silvestres por el país de origen, los organismos cultivados o criados y nacidos en cautiverio provenientes de especímenes silvestres, sus partes, productos y derivados son considerados vida silvestre y regulados por ley. La vida silvestre únicamente puede ser objeto de apropiación particular y de comercio, mediante las disposiciones contenidas en los tratados públicos, los convenios internacionales, esta ley y su reglamento.

El Estado tendrá como función esencial y prioritaria la aplicación y el cumplimiento de esta ley; asimismo, garantizará que el fomento y las actividades productivas relacionadas con el manejo y la reproducción de la vida silvestre sean realizados de forma sostenible.

Esta ley no se aplicará a la conservación, el manejo sostenible, la protección y la adecuada administración de la vida silvestre, que resulten de prácticas, usos y costumbres tradicionales sin fines de lucro de los pueblos indígenas dentro de sus territorios.

La presente ley no se aplicará a las especies de interés pesquero o acuícola, cuya regulación específica se establecen en la Ley N° 7384, de 16 de marzo de 1994, y la N°. 8436, de 1 de marzo de 2005, y cuya competencia como entidad

ENERGY

LAW · FIRM

ejecutora corresponde a Incopesca; asimismo, no aplicará a las especies forestales, los viveros, los procesos de reforestación, el manejo y la conservación de bosques y los sistemas agroforestales, cuya regulación específica se establece en la Ley Forestal, N° 7575, de 13 de febrero de 1996, y sus reformas. (...)” (Resaltado no es del original)

De conformidad con el artículo anterior, el Tiburón Martillo entra dentro del concepto de vida silvestre indicado en esta ley; no obstante, el párrafo cuarto establece que no se aplicará esta ley a las especies de interés pesquero. En cuanto a lo anterior, se desarrollará más adelante por qué el Tiburón Martillo no debe ser de interés pesquero, por lo que por el momento se hará mención las normas que le otorgan protección como especie de vida silvestre. Por otra parte, el artículo 61 de la LCVS, establece lo siguiente:

“Artículo 61.- El Minae ejercerá la conservación, protección y manejo de las especies marinas que se encuentren en aguas continentales y de aquellas especies marinas no comerciales.”

El artículo 14 de ese cuerpo normativo, en sus últimos dos párrafos indica lo siguiente:

“Artículo 14.- El Estado, por medio del Sinac y demás autoridades competentes, regulará las siguientes actividades: (...)

*(...) El Sinac, establecerá, con base en criterio técnico-científico y con el apoyo técnico de instituciones científicas, **las listas oficiales de especies en peligro de extinción, poblaciones reducidas, amenazadas** y especies autorizadas para la cacería de control, así como otras listas para la protección y el manejo de la vida silvestre que se estimen convenientes.*

ENERGY

LAW FIRM

Estas listas deberán actualizarse al menos cada dos años.” (Resaltado no es del original)

En relación con la lista de especies en peligro de extinción que debe elaborar el SINAC, el artículo 6 del Reglamento de la Ley de Conservación de Vida Silvestre, establece lo siguiente:

“Artículo 6.- Especies de vida silvestre en vías o peligro de extinción y con poblaciones reducidas o amenazadas en veda. Para los efectos del artículo 14 de la LCVS y de este Reglamento, se consideran especies de vida silvestre en peligro de extinción, con poblaciones reducidas o amenazadas, las incluidas en los taxones que se oficializarán vía resolución administrativa, el cual será revisado por el SINAC cada cuatro años. Asimismo el SINAC, con apoyo de la CONAVIS, establecerá el Protocolo con los mecanismos y procedimientos para la revisión de las listas.”

Se consideran parte de estas listas, los individuos de aquellas especies que se encuentren dentro de los límites del Estado costarricense y que están incluidas en los apéndices de CITES, la CMS y la Lista Roja de la UICN. También aquellas que sean incorporadas por el SINAC-MINAE mediante resolución administrativa fundamentada en criterios técnicos, la cual será publicada en el Diario Oficial La Gaceta.” (Resaltado no es del original)

De conformidad con estos artículos, es claro que la Ley de Conservación de Vida Silvestre, es la norma que tutela las especies de vida silvestre en peligro de extinción y poblaciones reducidas y amenazadas. Además, establece el deber de control, protección y conservación de las especies marinas no comerciales. En el mismo orden de ideas, el reglamento de la ley establece el deber de considerar en estas listas las especies que estén incluidas en los apéndices de CITES, la CMS y la **Lista Roja de la UICN**.

ENERGY

LAW · FIRM

En la demanda se indicó en su hecho **undécimo**, que la resolución R-SINAC-CONAC-092-2017 en relación con el Listado de Especies de Fauna Silvestre en peligro de extinción en Costa Rica, no incluyó al Tiburón Martillo en sus tres especies, a pesar de ser reconocido internacionalmente como una especie en peligro de extinción en la Lista Roja de la UICN. Es por ello, que en la pretensión 2 de la demanda se solicitó ordenar al SINAC incorporar a las tres especies de Tiburón Martillo dentro del listado de especies de fauna silvestre en peligro de extinción. Asimismo, se solicitó en la pretensión 3, reestablecer y reconocer al Tiburón Martillo como vida silvestre en peligro de extinción.

A pesar de lo expuesto, el Tribunal interpreta indebidamente el artículo 1 de la Ley de Conservación de Vida Silvestre, en cuanto al reconocimiento del Tiburón Martillo como vida silvestre en peligro de extinción, argumenta lo siguiente:

"Asimismo es falso que desde el punto de vista normativo, el tiburón martillo sea parte es de la vida silvestre, que es de dominio público de conformidad con el artículo de la Ley de Conservación de la Vida Silvestre, por cuanto en el numeral 1 de ese cuerpo normativo, que establece la no aplicación de ese cuerpo normativo a las especies de interés pesquero o acuícola. De esa forma, dichas especies son objeto de pesca y comercialización por parte de particulares, contando con las licencias correspondientes. - (...)

***XVII)** Establecido lo anterior, el análisis de fondo se hará de la siguiente forma: primero se examinarán las pretensiones 2) y 3) para que se declare las especies de tiburón martillo, como especie de vida silvestre y en peligro de extinción. Esas pretensiones deben desestimarse porque si bien es cierto las tres especies de tiburón martillo, son obviamente de vida silvestre y de población reducida (al pertenecer al Anexo II de la CITES), esa declaración sería inocua para su protección efectiva, habida cuenta que la Ley de Conservación de Vida Silvestre, permite que al mismo tiempo de ser declarada de población reducida, una especie*

ENERGY

LAW FIRM

pueda también declarada de interés pesquero y como tal, explotada comercialmente. (...)" (Resaltado no es del original).

Este argumento e interpretación recae en una grave contradicción, toda vez que en un primer lugar niega que el Tiburón Martillo sea parte de la vida silvestre y que sea de dominio público de conformidad con la Ley de Conservación de la Vida Silvestre; sin embargo, posteriormente se reconoce que las tres especies de tiburón martillo son vida silvestre, pero que al mismo tiempo puede ser declarada interés pesquero. Por lo cual, no es claro, a pesar del rechazo de la pretensión, si lo reconoce como vida silvestre o no.

El Tribunal no desarrolla el por qué estas tres especies no son vida silvestre en peligro de extinción, como se solicitó expresamente en la demanda. El Tribunal a quo indica que estas especies (Sphyrna) son de población reducida y amenazada al pertenecer en el Apéndice II de la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres. El problema con el anterior planteamiento es que no necesariamente por el hecho de que una especie se encuentre en el apéndice II del CITES, signifique que debe permitirse su comercialización, ya que CITES en su artículo 14, otorga esta posibilidad de ejercer controles domésticos más fuertes.

"Artículo XIV

1. Las disposiciones de la presente Convención no afectarán en modo alguno el derecho de las Partes de adoptar:

a) medidas internas más estrictas respecto de las condiciones de comercio, captura, posesión o transporte de especímenes de especies incluidas en los Apéndices I, II y III, o prohibirlos enteramente; o

b) medidas internas que restrinjan o prohíban el comercio, la captura, la posesión o el transporte de especies no incluidas en los Apéndices I, II o III."

ENERGY

LAW · FIRM

En adición de lo anterior, se ha reiterado que las tres especies de *Sphyrna* se encuentran reconocidas dentro de la Lista Roja de la UICN, del cual el MINAE es miembro de esta unión internacional.³ Además, se ha indicado que de conformidad con el artículo 6 del Reglamento de la Ley de Conservación de la Vida Silvestre, es deber del SINAC incluir en la lista de especies en peligro de extinción aquellas especies consideradas dentro de la Lista Roja de la UICN; que conforme se indicó al inicio de este recurso, el SINAC ha elaborado una lista de especies marino-costeras en peligro de extinción, donde se reconoce la condición de peligro crítico de extinción de las tres especies de *Sphyrna*, misma que será publicada en el Diario Oficial La Gaceta.

Si bien es cierto que en el Apéndice II del CITES se encuentran aquellas especies que en la actualidad no se encuentran en peligro de extinción, podrían llegar a esa situación a menos que el comercio en especímenes de dichas especies esté sujeto a una reglamentación estricta a fin de evitar utilización incompatible con su supervivencia; por lo que se les otorga la calificación de especies amenazadas. Ahora bien, a pesar que el Tiburón Martillo se encuentre en esta categoría, no justifica que la Administración sea omisa en otorgarle una mayor protección a la especie, especialmente cuando ha sido declarada en peligro de extinción por la UICN, y se ha catalogado **un riesgo ecológico alto** para la especie según la resolución del DENP para el Tiburón Martillo 2018.

El Departamento de Conservación y Uso Sostenible de la Biodiversidad y Servicios Ecosistémicos del SINAC han intentado imponer la mejor ciencia en la aclaración de este asunto y brindar protección efectiva a las especies de tiburón bajo amenaza de extinción y con poblaciones reducidas, a saber:

El 10 de diciembre del 2018, mediante oficio SINAC-SE-CISBSE-647, visible con la contestación de demanda del SINAC, en una misiva dirigida a Maureen Solís Retana, asesora legal de la Secretaría Ejecutiva del SINAC y cuyo asunto reza: "Informe Técnico

³ <https://www.iucn.org/es/regiones/mexico-america-central-y-el-caribe/acerca-de-nosotros/nuestros-miembros>

ENERGY

LAW FIRM

Ampliado Sobre Demanda Ordinaria y Medida Cautelar Vigente, Presentada por Walter Brenes Soto Ante el Tribunal Contencioso Administrativo Bajo el Expediente 17-8322-1027 CA del 7 de junio del 2018", los oficiales del SINAC Angie Sánchez Núñez, Coordinadora de Vida Silvestre del Departamento de Conservación y Uso Sostenible de la Biodiversidad y Servicios Ecosistémicos del SINAC, y Carlos Mario Orrego Vasquez, Autoridad Administrativa CITES/SINAC y asesor del Ministerio de Aguas y Mares, concluyen que:

"Basado en el contexto y revisión de la literatura científica anterior sobre el estatus poblaciones del tiburón martillo, especie migratoria del Pacífico Oriental, incluida en el Apéndice II de CITES, CMS, UICN, LCVS N 7317, RLCVS No 40548, Resolución SINAC-DE-092-2017 (Listado de especies de fauna silvestre con población reducida o amenazada) y su gran rol como depredador e indicador de la salud de los océanos realizado por funcionarios del MINAE/SINAC, recomienda que las tres especies de tiburón martillo (género Sphyrna) consideradas en este contencioso sean manejadas como vida silvestre y sean reguladas a través de la Ley de Conservación de Vida Silvestre No 7317 y su reglamento No 40548.

El 9 de julio del 2019, mediante oficio **SINAC-SE-CUSBSE- 303**, la oficial del SINAC Jenny Asch Corrales, Jefe del Departamento de Conservación y Uso Sostenible de la Biodiversidad y Servicios Ecosistémicos de la SE/SINAC/MINAE, remite a la entonces Directora Ejecutiva del SINAC, Sra. Grettal Vega Arce, lo indicado en el inciso 1 del Acuerdo Nº46 de la Sesión Ordinaria Nº08-2017 del CONAC y a lo instruido en el oficio en el oficio SINAC-CONAC-SA-321-2017, la lista de especies marino costeras en peligro de extinción y amenazadas para que sea considerado en CONAC, además de lo indicado en la Ley de Conservación de la Vida Silvestre y su reglamento específicamente en su artículo Nº 6. En esta se incluyen los siguientes elasmobranquios:

ENERGY

LAW FIRM

Carcharhiniformes	Sphyrnidae	<i>Sphyrna lewini</i>	Tiburón Martillo
Carcharhiniformes	Sphyrnidae	<i>Sphyrna mokarran</i>	Tiburón Martillo Gigante
Orectolobiformes	Rhincodontidae	<i>Rhincodon typus</i>	Tiburón Ballena
Carcharhiniformes	Carcharhinidae	<i>Carcharhinus albimarginatus</i>	Tiburón Punta Blanca
Carcharhiniformes	Carcharhinidae	<i>Carcharhinus falciformis</i>	Tiburón Sedoso o Gris
Carcharhiniformes	Carcharhinidae	<i>Carcharhinus longimanus</i>	Tiburón Perro o Puntas Blancas Oceánico
Carcharhiniformes	Sphyrnidae	<i>Sphyrna zygaena</i>	Tiburón Martillo Blanco
Lamniformes	Alopiidae	<i>Alopias pelagicus</i>	Tiburón Zorro Pelágico o Thresher
Lamniformes	Alopiidae	<i>Alopias superciliosus</i>	Tiburón Zorro o Thresher
Lamniformes	Alopiidae	<i>Alopias vulpinus</i>	Tiburón Zorro Ojón o Thresher
Lamniformes	Lamnidae	<i>Isurus oxyrinchus</i>	Tiburón Mako
Lamniformes	Lamnidae	<i>Isurus paucus</i>	Tiburón Mako de Aleta Larga

El Acuerdo 8 de la Sesión Ordinaria del Consejo Nacional de Áreas de Conservación CONAC del 2021 del 12 de enero del 2021, reza:

Una vez conocida y analizada la propuesta de la lista de especies marino-costeras de peces (óseos y elasmobranquios), moluscos, mamíferos, reptiles y aves en peligro de extinción, con poblaciones reducidas o amenazadas en atención al inciso 1 del Acuerdo Nº46 de la Sesión Ordinaria Nº08-2017, se aprueba la misma y se delega en el Secretario Ejecutivo del CONAC su publicación en La Gaceta. **ACUERDO APROBADO EN FIRME Y UNANIME.**

ENERGY

LAW • FIRM

Al permitir la extracción sin control de las especies de tiburón bajo amenaza de extinción o poblaciones reducidas por el Instituto Costarricense de Pesca y Acuicultura (INCOPECA), queda expuesta en la demanda que las instituciones no han tomado las medidas apropiadas para mitigación, control, restauración y recuperación del Tiburón Martillo, especie en peligro crítico de extinción, los cuales deben ser implementados bajo la Ley de Conservación de Vida Silvestre; claramente, la declaración de la especie interés comercial, en una estricta violación al principio de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, así como criterio preventivo y precautorio (artículo 11 y 109 Ley de Biodiversidad) y contrario a la jurisprudencia constitucional.

De conformidad de lo anterior, ante una alta vulnerabilidad de la especie y la existencia de un conflicto en relación con su calificación, debe aplicarse **principio precautorio o in dubio pro natura**, reconociendo del Tiburón Martillo como **fauna silvestre en peligro crítico de extinción**, y declarando su tutela bajo la Ley de Conservación de Vida Silvestre. No obstante, el Tribunal ha resuelto en contradicción a este principio, ni siquiera ha fundamentado debidamente las razones por las cuales no considera necesaria su aplicación, incluso se atreve a decir que la Ley de Pesca protege al Tiburón.

El Tribunal tampoco se pronunció sobre la admisión de la pretensión 3 del SINAC en su contestación de demanda, en la cual indica expresamente lo siguiente: *"Respecto a su condición como animal silvestre en peligro de extinción, según la Lista Roja de Especies Amenazadas de la Unión Internacional para la Consideración de la Naturaleza, dos de estas tres especies (S. lewini y S. mokarran) se encuentran en peligro de extinción y una de ellas en estado vulnerable (S. zygaena). Además, estas tres especies se encuentran en apéndice II de CITES, indicando que si comercio debe ser regulado."* En el informe técnico SINAC-SE-CUSBSE-647, emitido y aportado por el SINAC a este proceso, se **recomienda que las tres especies de tiburón martillo (género Sphyrna) consideradas en este contencioso sean manejadas como vida silvestre y sean reguladas a través de la Ley de Conservación de Vida Silvestre No 7317 y su reglamento.**

ENERGY

LAW FIRM

En otro orden de ideas, la resolución N° 02307 de la Sala Constitucional de las nueve horas cinco minutos del veinte de febrero de dos mil quince - que además fue extensamente citada dentro de la sentencia recurrida - indica lo siguiente:

"En cuanto a la legislación específica para ciertas especies, se pueden citar los casos del atún (artículo 49 y siguientes), sardina (ordinal 66 y siguientes), camarón (numeral 45 y siguientes), pez vela, marlin azul, marlin negro, marlin rallado y sábalo (artículo 76), cuya pesca está expresamente autorizadas por la Ley de Pesca y Acuicultura y, por ende, formarían parte de las especies de "interés pesquero y acuícola" que señala la Ley de Conservación de Vida Silvestre. Lo anterior claro está condicionado a que ciertas especies se encuentran especialmente protegidas, sea por norma legal (por ejemplo, el ordinal 39 de la Ley de Pesca y Acuicultura), convencional (verbigracia, la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres), o merced a resoluciones judiciales, verbigracia en cuanto al tipo de arte de pesca." (Subrayado no es del original).

De lo anterior se extrae la posibilidad que -por medio de resolución judicial- una especie puede ser especialmente protegida, como se ha pretendido en la demanda incoada. No obstante, a pesar de la abundante prueba sobre el riesgo ecológico alto de la especie y el reconocimiento internacional como especie en peligro de extinción, el Tribunal ha omitido pronunciarse si se constituyen o no peligro de extinción, y en consecuencia, se ha negado dar una especial protección, a pesar de ser esto clave para su supervivencia.

Debe protegerse a las tres especies de Tiburón Martillo por medio de la Ley de Conservación de la Vida Silvestre, toda vez que al ser especies altamente vulnerable y con riesgo ecológico alto, la tutela efectiva recae sobre esa norma y no sobre la Ley de Pesca, debiendo declararse al SINAC y al MINAE como los entes competentes para su control y protección, según se ha solicitado desde la demanda inicial en este proceso.

ENERGY

LAW · FIRM

B. Sobre la indebida aplicación de la Ley de Pesca y el interés pesquero declarado sobre Tiburón Martillo.

El Tribunal ha incurrido en un grave error al aplicar la Ley de Pesca y en consecuencia justificar la declaratoria de interés pesquero sobre las especies de Tiburón Martillo. Anteriormente se desarrolló sobre el ámbito de aplicación de la Ley de Conservación de la Vida Silvestre, especialmente sobre aquellas especies con poblaciones reducidas y en peligro de extinción. En cambio, la Ley de Pesca regula la actividad pesquera que se desarrolla en el país, pero no establece ninguna protección especial sobre las especies amenazadas, lo anterior por cuanto esta ley es aplicable sobre aquellas especies marinas susceptibles de ser explotadas comercialmente y no sobre las especies que se encuentren en un grado de vulnerabilidad.

El INCOPESCA declaró a las tres especies de Tiburón Martillo de interés pesquero y comercial mediante la resolución administrativa AJDIP/290-2017, por lo cual como pretensión principal en la demanda se solicitó su declaratoria de nulidad; se alegó una nulidad por ser su contenido disconforme con el ordenamiento jurídico, siendo contrario a la Ley de Conservación de Vida Silvestre, Ley de Biodiversidad y a las Convenciones Internacionales; así como a principios que rigen en la materia ambiental. No obstante, el tribunal aplica incorrectamente la Ley de Pesca y cita extensamente la sentencia N° 02307 de la Sala Constitucional de las nueve horas cinco minutos del veinte de febrero de dos mil quince, para justificar la legalidad del acuerdo con base en la competencia del SINAC y no sobre la condición crítica de las especies Sphyrna.

Como primer punto, el Tribunal considera que la resolución AJDIP/290-2017 del INCOPESCA, como Autoridad Científica CITES no vulnera la Convención, porque no regula ni la exportación e introducción del tiburón martillo en el territorio nacional, y porque el CITES regula únicamente el comercio internacional y la internación en el territorio de los Estados Partes. Como segundo punto, porque si bien el artículo 1 de la Ley de Conservación de Vida Silvestre consagra a la vida silvestre como parte del

ENERGY

LAW · FIRM

demanio público, al mismo tiempo excluye de su aplicación las especies de interés pesquero o acuícola declaradas por INCOPECA. Por lo que es válido que el INCOPECA realice estas lista de interés pesquero (que implica que pueden ser utilizadas con fines comerciales), quedando excluidas estas especies dentro del concepto de vida silvestre.

Con relación a lo anterior, es importante indicar que en la demanda no se ha cuestionado la competencia genérica del INCOPECA para declarar una especie de interés pesquero, sino lo que se ha objetado es propiamente la **ilegalidad de declarar de interés pesquero y comercial una especie que se encuentra en peligro crítico de extinción, que por su condición altamente vulnerable no debe explotada comercialmente**, tanto a nivel doméstico como internacional. Por lo cual, la declaratoria de nulidad del acto AJDIP/290-2017, tiene como consecuencia lógica la no aplicación del párrafo cuarto del artículo 1 de la LCVS, como se explicó bastamente.

El Tribunal cita la resolución de la Sala Constitucional para justificar nuevamente la competencia del INCOPECA de realizar una lista de las especies de organismos marinos y de acuicultura susceptibles de explotación comercial. A su vez, argumenta que el interés pesquero del Tiburón se fundamenta en el artículo 40 de la Ley de Pesca, por lo cual el INCOPECA esta legitimado para incluirlo dentro de la lista de especies de interés pesquero, interpretación que es totalmente incorrecta y no analiza sobre el interés pesquero específico de las especies Sphyrna, toda vez que de una forma lacónica, concluye que es posible declarar el interés pesquero del tiburón porque así lo permite el artículo 40 de la Ley de Pesca. Esta norma se refiere a la explotación comercial sobre el Tiburón genérico, pues refiere a las embarcaciones nacionales y extranjeras que se dediquen directamente a la pesca de tiburón; además, establece en su último párrafo el deber del Poder Ejecutivo (El Estado) de determinar las especies de tiburón carentes de valor comercial. Es decir, **este artículo únicamente hace referencia a aquellas especies de tiburón susceptibles de explotación comercial, y no debe contemplarse las especies de tiburón que no forman de esta categoría por su condición especial, como lo es en este caso las del Tiburón Martillo.**

ENERGY

LAW · FIRM

No se cuestiona la competencia del INCOPECA de determinar el interés pesquero de las especies, bajo el entendido que sea sobre aquellas especies susceptibles de explotación comercial y no de las que se encuentren en una condición especial de vulnerabilidad y de peligro de extinción. La sentencia recurrida recae en una grave interpretación, toda vez que ignora si la especie se encuentra en un peligro crítico de extinción o si se encuentra en un riesgo ecológico alto, para el Tribunal es posible declararlo de interés pesquero y comercial si así lo determina el INCOPECA, y excluir su protección de la Ley de Conservación de Vida Silvestre.

C. Sobre la nulidad absoluta del acto AJDIP/290-2017 derivado del Decreto Ejecutivo 40379-MINAE-MAG.

Durante el transcurso del proceso, sobreviene la resolución N° 2005-2020 de la Sala Primera de las diez horas treinta minutos del dieciocho de junio de dos mil veinte, que declara la nulidad absoluta del Decreto Ejecutivo 40379-MINAE-MAG y de todos los actos y actuaciones conexas. Esta resolución indica en su parte dispositiva lo siguiente: *"Se dispone la disconformidad con el Ordenamiento Jurídico del acto administrativo de alcance general, de contenido normativo, correspondiente al Decreto Ejecutivo 40379-MINAE-MAG denominado "Reforma Regulación de la Autoridad Administrativa y Autoridades Científicas de la Convención Internacional para el Comercio de Especies Amenazadas de Flora y Fauna Silvestres (CITES)" del 28 de abril de 2016 y de todos los actos y actuaciones conexas."* (Resaltado no es del original). Este decreto ejecutivo otorgaba al INCOPECA la competencia como Autoridad Científica ante el CITES y con base en este decreto se emitió la resolución impugnada en el proceso de conocimiento.

De una lectura integral de la resolución administrativa AJDIP/290-2017, se observa que tiene fundamento principal en la competencia otorgada mediante Decreto Ejecutivo 40379-MINAE-MAG, anulado por esta honorable Sala. En su considerando número 1 se refiere a la emisión del decreto ejecutivo anteriormente indicado; en el considerando

ENERGY

LAW · FIRM

número 2 se refiere a la designación del INCOPECA como Autoridad Científica CITES y se cita textualmente el artículo 2; en el considerando número 3 cita textualmente el Transitorio III del decreto ejecutivo que refiere a la elaboración del listado de especies pesqueras y acuícolas consideradas de interés comercial; por último, en el considerando número 4 indica lo siguiente: *"Que el INCOPECA debe entonces avocarse a dar fiel y exacto cumplimiento al mandato del Poder Ejecutivo (Transitorio III) y para ello, determina la siguiente lista como AUTORIDAD CIENTÍFICA CITES COSTA RICA"*.

El fundamento jurídico de esta resolución administrativa es un decreto ejecutivo anulado por esta misma Sala, y expresamente se indica en cumplimiento con el Transitorio III procede a emitir la lista referida. De lo anterior, se deduce que el acto AJDIP/290-2017 es derivado del Decreto Ejecutivo 40379-MINAE-MAG, toda vez que el INCOPECA lo emite en su condición de Autoridad Científica. **Por tanto, siendo que la resolución N° 2005-2020 emitida por esta Sala de Casación declaraba la nulidad del decreto ejecutivo indicado y todos los actos y actuaciones conexas, por existir una conexidad debe declararse la nulidad absoluta del acuerdo AJDIP/290-2017.**

A pesar de lo expuesto, el Tribunal recurrido considera que la anulación del Decreto Ejecutivo no afecta la resolución administrativa objeto de este proceso, por lo siguiente:

"Debe observarse que el hecho que el Decreto Ejecutivo N° 40379-MINAE-MAG denominado "Reforma Regulación de la Autoridad Administrativa y Autoridades Científicas de la Convención Internacional para el Comercio de Especies Amenazadas de Flora y Fauna Silvestres (CITES)", haya sido anulado por sentencia firme (voto N° 2005-2020 de la Sala Primera de Casación), dejándose sin efecto la designación del INCOPECA como Autoridad Científica para los efectos de la CITES (por la no realización de la consulta obligatoria del artículo 361 de la Ley General de la Administración Pública), es completamente inocua para la validez o invalidez

ENERGY

LAW FIRM

del acto AJDIP/280-2017 del 13 de julio del 2017 del INCOPECA, porque como ya vimos la asignación de la competencia para determinar la lista de especies pesqueras, no proviene de una norma reglamentaria subordinada a la ley ordinaria, sino de la Ley de Conservación de la Vida Silvestre."

Del argumento anterior, se considera que existe un incorrecto análisis e interpretación de la consecuencia jurídica de la anulación del decreto ejecutivo, toda vez que no se analiza propiamente el contenido de la resolución administrativa. El acto administrativo AJDIP/290-2017 como tal no se fundamenta en el artículo 1 de la LCVS, sino únicamente justifica su competencia en el Decreto Ejecutivo 40379-MINAE-MAG, al punto que se indica expresamente que se emite la lista su condición de "Autoridad Científica CITES." Es decir, el Tribunal ignora por completo el contenido del acto administrativo como elemento material para su validez (132 LGAP), justificando que el acto es válido con base únicamente en su elemento formal de competencia.

Por lo tanto, al existir un motivo de invalidez en un elemento material del acto (contenido) según lo dispone el artículo 158 de la LGAP, se produce una nulidad sobrevenida del mismo (artículo 159 LGAP). Por esta razón, el Tribunal debió declarar la nulidad absoluta de acto administrativo AJDIP/290-2017 de conformidad con el artículo 166 ibídem, más cuando tenía pleno conocimiento de los alcances de ese Voto.

Solicitud de Comparecencia Oral

De conformidad con el artículo 142 del Código Procesal Contencioso Administrativo, solicito el señalamiento de una audiencia oral debido la relevancia de carácter ambiental y nacional de este proceso, con el fin de exponer estos agravios a viva voz.

Pretensión

ENERGY

LAW FIRM

Se declare con lugar el presente recurso de casación interpuesto en contra de la resolución N° 38-2021 de las ocho horas del trece de abril del dos mil veintiuno, emitida por el Tribunal Procesal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, Sección Octava, solicitando que en su lugar se anule la sentencia dictada, o bien se declare con lugar, en todos sus extremos, esta demanda ordinaria y se condene a los demandados.

Señalo para recibir notificaciones el correo electrónico wbrenes@elawf.com.

Procédase de conformidad.




Walter Brenes Soto
Abogado