

ISSN
00347787

2009

ISSN
00347787

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO

COLEGIO DE ABOGADOS

REVISTA DE CIENCIAS JURIDICAS

REVISTA
de
CIENCIAS JURIDICAS
118



SEPARATAS

SAN JOSÉ, COSTA RICA
ENERO - ABRIL

(Cuatrimestral)
2009

118

Revista

340

R Revista de Ciencias Jurídicas / Universidad de Costa Rica. --
Nº 1 (1963). -- San José, C. R.: Litografía e Imprenta
LIL, S.A., 1963.
176 p. ; 152 x 222 mm.

v.

ISSN: 0034-7787

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

Revista fundada en 1963

Revista registrada en los siguientes databank:

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

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

CONSEJO ASESOR Y EDITORIAL:

POR EL COLEGIO DE ABOGADOS:

Lic. Gilberto Corella Quesada	Presidente
Licda. Stella Santamaría Quesada	Coordinadora de Enlace y Pro-secretaria
Licda. Roxana Pujol Sobalvarro	Secretaria
Licda. Ana Lorena Castro Corrales	Vocal 5

POR LA FACULTAD DE DERECHO:

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

COMITÉ CIENTÍFICO INTERNACIONAL:

Dra. Marcela I. Basterra	Argentina
Dr. Rodrigo Polanco Lazo	Chile
Dr. Jorge Witker Velásquez	Chile
Dr. Jaime Santofimio Gamboa	Colombia
Dra. Josefina García García-Cervigón	España
Dr. Luciano Parejo Alfonso	España
Dra. María Paz Pous De la Flor	España
Dr. Juan Pérez Gálvez	España
Dr. Jaime Rodríguez Arana	España
Dr. Francois Collart-Dutilleul	Francia
Dr. Jorge Adame Goddard	México
Dr. Jorge Fernández Ruiz	México
Dr. Pedro López Elías	México
Dra. Elvia Arcelia Quintana Adriano	México
Dra. Yoselyn Bermúdez Abreu	Venezuela

Director y Editor

Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez

Hecho el depósito de ley

Impreso en Costa Rica

Revista de Ciencias Jurídicas N° 118, 2009, cuatrimestral.

ISSN: 0034-7787

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

Dirección de la revista digitalizada:

www.ijj.derecho.ucr.ac.cr

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

www.latindex.ucr.ac.cr

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

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO

COLEGIO DE ABOGADOS

**REVISTA
DE
CIENCIAS JURIDICAS**

118

SAN JOSE, COSTA RICA
2009
ENERO - ABRIL
(Cuatrimestral)

JUNTA DIRECTIVA
COLEGIO DE ABOGADOS

2009

Presidente:

Lic. Gilberto Corella Quesada

Vicepresidenta:

Dra. Marina Volio Brenes

Secretaria:

Licda. Roxana Pujol Sobalvarro

Prosecretaria:

Licda. Stella Santamaría Jiménez

Tesorera:

M.Sc. María del Rocío Cerdas Quesada

Vocal 1:

Lic. Viamney Guzmán Alvarado

Voca 2:

Lic. Fabio Vincenzi Guilá

Vocal 3:

Licda. Jenny Hernández Solís

Vocal 4:

Lic. Christian Hess Araya

Vocal 5:

Licda. Ana Lorena Castro Corrales

Fiscal:

Lic. Jorge Luis Bolaños Vargas

AUTORIDADES
UNIVERSITARIAS

Rectora:

Dra. Yamileth González García

Directora Consejo Universitario:

M.L. Ivonne Robles Mohs

Vicerrectora de Docencia:

Dra. Libia Herrero Uribe

Vicerrector de Investigación:

Dr. Henning Jensen Pennington

Vicerrectora de Acción Social:

Dra. María Pérez Yglesias

Vicerrector de Administración:

M.Sc. Héctor González Morera

Vicerrector de Vida Estudiantil:

M.Sc. Carlos Villalobos Villalobos

Decana Sistema de Estudios de Posgrado

Dra. Gabriela Marín Raventós

Coordinador de la Comisión Editorial:

Dr. Fernando Durán Ayanegui

PRESENTACION

En este número 118 del 2009, se publican investigaciones en Derecho electoral, registral, electrónico, constitucional e internacional.

Se incluye el documento relativo a dos obras pioneras del Siglo XIX del Derecho costarricense.

Además, se incluyen las reseñas bibliográficas respectivas.

El director - editor

INDICE

	<i>Pág.</i>
<i>Presentación</i>	9
Ensayos:	
Apreciaciones jurídicas sobre el referendo del 7 de octubre de 2007 (Costa Rica) <i>Dr. Bernal Arias Ramírez</i>	13
Inseguridad jurídica registral <i>Msc. Jorge Jiménez Bolaños</i>	45
Libro electrónico <i>Lic. Pedro Bernal Chaves Corrales</i>	83
Reflexiones sobre el buen gobierno <i>Dr. Jorge Enrique Romero Pérez</i>	101
Efectos de la cláusula compromisoria en los arbitrajes internacionales: caso del CIADI <i>Lic. Jorge Murillo González</i>	121
Documento:	
Los prólogos de dos obras pioneras <i>Prof. Jorge Francisco Sáenz Carbonell</i>	153
Reseñas bibliográficas <i>Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez</i>	167

APRECIACIONES JURÍDICAS SOBRE EL REFERENDO DEL 7 DE OCTUBRE DE 2007 (COSTA RICA)

Dr. Bernal Arias Ramírez^(*)

Abogado y Politólogo

(Recibido 20/03/08; aceptado 26/11/08)

-
- (*) El presente trabajo se realizó con ocasión de la ponencia del autor, en la actividad “*Jornada de Análisis sobre el Referéndum 2007*”, organizada por el Centro de Investigación y Adiestramiento Político y Administrativo CIAPA y el Tribunal Supremo de Elecciones TSE, el día 26 de marzo de 2008, en las instalaciones del mencionado Centro.
- (**) Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Especialista en Derecho Constitucional y Ciencia Política por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid. Profesor en el Posgrado y Pregrado de Ciencias Políticas de la Universidad de Costa Rica. Consultor, investigador jurídico y social independiente.

E-mail: baris3@yahoo.com

Teléfono: 2236-1275

RESUMEN

El trabajo que se presenta esta fundado en el análisis crítico y balance sobre presupuestos, normas, resoluciones, acuerdos e interpretaciones relativas al acto comicial de consulta ciudadana, efectuado en Costa Rica el 7 de octubre de 2007 *“Referéndum para que la ciudadanía apruebe o impruebe el Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos, TLC”*. Tiene fundamentalmente cuatro ejes de examen, el primero, sobre actos electorales preparatorios, el segundo plano concerniente a garantías en el proceso, en tercer lugar, se aborda el papel de los medios de comunicación y la propaganda, para culminar con interpretaciones relativas hacia la acción practicada por algunos actores en la contienda electoral. También hay aporte sobre observaciones al diseño insuficiente de la ley reguladora de ese instituto.

Palabras claves: Referendo, Democracia, Tratado de Libre Comercio, Participación ciudadana, Actores sociales y políticos, Garantías electorales, Tribunal Supremo de Elecciones, Interpretación electoral.

ABSTRACT

This article is based on the critical analysis and balance on assumptions, rules, resolutions, agreements e interpretations related to the comitial act of civic consultation conducted in Costa Rica on October 7, 2007 *“Referendum for the people to approve or not the Dominican Republic, Central America and the United States Free Trade Agreement, CAFTA”*. Basically, it has four lines of analysis: the preliminary electoral acts; second, the guarantees in the process; third, the role of mass media and advertising; and finally, the interpretations related to the action carried out by some actors in the electoral fight. Furthermore, there is a contribution on observations on the inappropriate design of the regulating law of such institute.

Keywords: Referendum, Democracy, Free Trade Agreement, Civic Participation, Social and political actors, Electoral guarantees, Supreme Electoral Court, Electoral interpretation.

SUMARIO

Introducción

- I. Normas e interpretaciones sobre aspectos preparatorios del referendo de 7 de octubre de 2007
 1. Sobre la polémica, si debió ser un Referendo a iniciativa ciudadana ó a iniciativa del Poder Ejecutivo en concurso con la Asamblea
 2. Cambio de fecha del referendo, por consultas ante la Sala Constitucional

- II. Normas e interpretaciones sobre garantías en el proceso
 1. Mando sobre la fuerza pública o colaboración mutua entre TSE y Ministerio de Seguridad
 2. Garantías de transparencia y el control de las fuentes de financiamiento de los sectores que participan en el referéndum
 3. Sistema de votación mediante la huella dactilar o bolígrafo.

- III. Medios de comunicación y propaganda
 1. Consulta de opinión de los electores al cierre de urnas
 2. Regulación de la Propaganda en el Referendo.

- IV. Interpretaciones relativas a los actores
 1. Sobre la abstención del Presidente de la República, los Ministros, los Presidentes Ejecutivos y Gerentes de las Instituciones Estatales, de participar en eventos relacionados con el Referéndum
 2. El papel de las Universidades públicas especialmente el de la Universidad de Costa Rica

3. Participación de religiosos en las consultas referendarias
4. La inscripción de fiscales ciudadanos o la inscripción de fiscales partidarios
5. Acuerdo del TSE que ordena investigar lo relativo al memorando de los Señores Casas y Sánchez.

A modo de conclusión

Fuentes documentales y bibliográficas

El referéndum se llevó a cabo a partir de un escueto marco normativo que obligó al organismo electoral a realizar una intensa labor interpretativa no carente de polémicas. Extracto Presentación Jornada de Análisis sobre el Referéndum 2007. TSE-CIAPA.

INTRODUCCIÓN

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. De ningún modo el enfoque debe ser utilitarista del ciudadano para ratificar lo que los poderes buscan.⁽¹⁾ En palabras simples, son alternativas dispuestas por el sistema político para alcanzar mayores compromisos en sociedad.

Hay circunstancias en que el ciudadano requiere definir un asunto sin intermediación política, sobre la cual, en ocasiones, no se tiene ningún control, esta visión es válida. Girar el centro de gravedad de la decisión en una coyuntura dada, podría tener un valor asociado al involucramiento ciudadano y al afianzamiento de las instituciones democráticas, por virtud de que se está, no solo, para sufragar cada cuatro años y elegir autoridades, sino para definir concomitantemente, en aspectos puntales –los que se consulten–, los destinos del país, la región o la comunidad.

En momentos de ingobernabilidad acusada, de anomia social o de inviabilidad política en un país, se puede constituir en instrumento de gran utilidad por parte de las fuerzas en disputa. Irrecusablemente esta es una concepción instrumental restringida que se aleja de aquella que determina que la democracia directa ofrece mecanismos de participación y control ciudadano en asuntos de interés del “demos”, mediante la extensión de las actuales libertades públicas.

(1) Suele existir el enfoque utilitarista de grupos de poder para ratificar asuntos controversiales, previa medición demoscópica, pero al mismo tiempo, la democracia directa puede ser vista como una forma de sustraer a la elite, al partido imperante o al caudillo, del poder, fuerza y dominio sobre alguna decisión. A nuestro juicio ambas son deformaciones por contener visiones de forcejeo y manipulación. Para Urcuyo es importante impedir un gobierno plebiscitario, opinión que se le escuchó alguna vez al exdiputado Villanueva Badilla. El resquemor de estas opiniones se dirigen a que el uso abusivo de la figura se puede prestar al populismo, la demagogia y la manipulación de masas desde el poder o por los grupos de interés sectoriales, con recursos suficientes para manejar campañas de opinión pública. Para este politólogo, el referéndum es un instrumento ciudadano, no del poder. Cfr. URCUYO Fournier, Constantino, *Reforma Política y Gobernabilidad*, Editorial Juricentro S.A., 2003, p. 90-91.

Conviene agregar que el referéndum no pretende suplantar los mecanismos y el ejercicio normal de los poderes constituidos. En efecto, su aplicación no implica el asalto del Estado constitucional, sino que, al contrario, significa una complementación del sistema de *checks and balances*, de los frenos y contrapesos, en que descansa el Estado constitucional representativo.⁽²⁾

Siempre a modo introductorio, solo que, entrando en materia, de la lectura de la Ley No. 8492 que regula la puesta en práctica del referéndum, y haciendo un análisis propio de lo que quedó contenido en la ley, se pueden destacar las siguientes observaciones liminares sobre insuficiencias de la ley.

Agregado indeterminado a otras formas de participación ciudadana

El Constituyente reformador, al no otorgar al país la figura del referéndum facultativo o consultivo (cualquier tema de interés nacional), vedó dicha consulta; sin embargo, el legislador ordinario añadió en el artículo 1 de la ley 8492 un párrafo final que, a nuestro juicio, no contiene ningún valor –premisia indeterminada– pues no deviene de la Reforma Constitucional aprobada, aunque ciertamente era deseable que se incluyera en su oportunidad, cuestión que no ocurrió. Nos referimos a la frase que dice *“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 esta Ley.”* Esta frase es irrelevante como obligación para el Tribunal, ya que es declarativa, no atribuye fuerza ni contiene estructura.

Nula participación de los partidos políticos según la ley

Según la letra de la ley, sólo pueden participar ciudadanos, omitiendo a los partidos políticos en todo tipo de acto, por ejemplo, en propaganda, en integración de las JRV, en el impulso de foros; es decir,

(2) Cfr. DE VEGA, Pedro “La Reforma Constitucional y la problemática del Poder Constituyente”, en *Temas Clave de la Constitución*, 4ta reimpresión, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1999, 309 p.

en todo el proceso, como expresión del pluralismo político y como instrumentos fundamentales para la participación política, según lo determina el artículo 98 de la Constitución (posible inconstitucionalidad). Esta laguna vino a ser interpretada por el TSE donde, por ejemplo, da participación a los partidos otorgándoles membresías como fiscales en los procesos de referendo, aun cuando no había reserva de ley en tal sentido (Véase Acuerdo de Sesión Ordinaria No. 70-2007). Es explícito que aun sin reserva de ley –la que regula el referendo–, el TSE acató la norma constitucional y supletoriamente el Código Electoral. No obstante, en esa prevalencia o privilegio que dio a los partidos políticos, dejó de lado a los ciudadanos y grupo de ciudadanos, que aun sin filiación partidaria visible, también estaban habilitados para participar activamente en todas las etapas de la consulta. Es evidente la necesidad de una interpretación auténtica o una reforma a la Ley 8492 para que se subsane este yerro.

La modalidad del referéndum ciudadano fue restringida

Se confunde en el artículo 6 de la Ley 8492, el instrumento de Iniciativa Popular, con la figura del Referendo.⁽³⁾ La modalidad es restrictiva y somete al ciudadano o grupo de ciudadanos a un texto de

(3) Es aceptado por la doctrina y por los principales tratadistas que los sufragantes en un referendo no tienen que preparar texto, sino que son los representantes del poder legislativo constituido, los que preparan y disponen de las iniciativas –los textos–, en cualquier fase parlamentaria para que sean individualizados y llevados ad referéndum por la indicación del grupo de electores que solicite la consulta popular. Nótese que el pueblo participa de la aprobación o abrogación de un texto de carácter normativo, que a su vez es un instrumento de control directo del soberano sobre sus representados, por el cual se confirma o rechaza una decisión política de aquellos (asambleas constituyentes o legislativas). Por otro lado, en lo concerniente al concepto de Referendo BURDEAU lo define como aquel “procedimiento mediante el cual los ciudadanos de una comunidad política determinada, pueden intervenir en una decisión tomada o preparada por sus representantes; es decir los representantes preparan un texto sobre el que son llamados a pronunciarse todos los ciudadanos por sufragio universal.” Bourdeau, *Traité de Science Politique. Les Régimes Politiques. Librairie Generale de Droit et des Jurisprudence*. R. Pichón et R. Durand Auzias Rue Soufflot 20, Paris, 1972, pp. 254-255.

proyecto nuevo⁽⁴⁾ que no está en la corriente legislativa. Lo óptimo es que el ciudadano tenga posibilidad de indicar un Proyecto de ley, esté en la fase que esté, en el Congreso, antes de la promulgación por parte del Poder Ejecutivo, y someter su contenido a referéndum. Hay que recordar que el referéndum abrogativo y legislativo comporta dos actos, primeramente un acto preparatorio –los parlamentos van discutiendo proyectos de ley o bien dictan una ley que se quiere someter a examen del soberano– y, posteriormente, viene el acto integrativo que es la agregación del anterior al acto de revisión final que hace el pueblo, aprobando o improbando. En suma: el pueblo o la ciudadanía no tiene que preparar textos, como si ocurre con la otra figura de participación, que es la “iniciativa popular”. Fue manifiesta la falta de técnica y conocimiento de quienes tramitaron la ley.

Además, en esta modalidad (referéndum ciudadano), Capítulo II de la Ley, se despoja al ciudadano del derecho a indicar una Ley en vigor que se pretenda derogar (posible inconstitucionalidad), alejándose la norma legal de la norma constitucional.

No hay en la ley consulta preventiva de constitucionalidad sobre el proyecto ad referendum

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 (y preguntas asociadas), o bien, la Ley en vigor a someter a consulta.⁽⁵⁾

(4) Requiere evaluación formal del Departamento de Servicios Técnicos, consultas obligatorias, devolución del texto corregido al TSE, publicidad, etc.

(5) Indefectiblemente la polémica fue zanjada parcialmente por interpretación del órgano constitucional al privar la Ley No. 7135, “Ley de Jurisdicción Constitucional” sobre la Ley No. 8492 “Regulación del Referéndum”, ambas de tipo orgánico, venidas de la Carta fundamental y aprobadas por más de las 2/3 partes de la totalidad de los miembros de la Asamblea Legislativa. En principio era de suponer que la segunda ley, para el caso del empleo del mecanismo del referendo desaplicaba tácitamente y en su totalidad el Capítulo II “De la consulta de constitucionalidad”, del Título IV de la Ley de Jurisdicción Constitucional, desautorizando cualquier tipo de actuación de los jueces constitucionales en los trámites de los referenda. Lo actuado contradice esta tesis.

Como se trata de una decisión de democracia directa vinculante, debería ser cristalina la propuesta, para que no produzca antinomias, por virtud de la desaplicación de la intervención del juez constitucional en la Ley Reguladora de Referéndum, de ahí que, algún tipo de consulta técnica preliminar hubiese vertebrado mejor el proceso.

En el caso práctico del Referendo de 7 de octubre de 2007, como especie de primer prueba de laboratorio, lo anterior se vino a despejar de la siguiente forma: la consulta preventiva operó por imperativo del Derecho que asiste a la Defensoría de los Habitantes (Ley de Jurisdicción Constitucional), cuando se tata de DDHH, y maniobró por consulta legislativa facultativa, aceptada por la Sala Constitucional (mayoría 5/2), aun sin existir procedimiento claro en la constitución y en la ley. Al existir laguna de ley, el mismo TSE en la resolución No. 790-E-2007 declara, con razón, improcedente gestionar directamente una consulta preceptiva de constitucionalidad, ello a instancia de un grupo de ciudadanos.

Estos antecedentes abonan y explican cómo el andamiaje institucional fue, sobre la marcha, haciendo “malabares jurídicos” pues la legislación era deficitaria, si se quiere, marginal u oblicua.

¿Qué pasa con la modificación o abrogación de ley dada por consulta ciudadana?

No se indica claramente en la ley dictada que regula el referéndum, si una decisión saldada y sellada *ad referéndum* es permanente o queda sometida a otro referéndum posterior para extinguir los alcances y efectos del referéndum anterior. ¿Qué pasa si la democracia representativa vuelve a revivir una ley que fue derogada por el pueblo en forma directa, o bien, modifica a los pocos años una ley que fue aprobada de modo referendario? No hay mecanismos en la legislación que clarifiquen estas situaciones.

Una vez realizados los antepuestos y breves comentarios generales relativos al instituto del referendo en la ley costarricense (más adelante se verán otros vacíos profundos como el tema de financiación y propaganda), se entra en materia de análisis de las normas y su interpretación, relativas al Referéndum del 7 de octubre de 2007 “*Referéndum para que la ciudadanía apruebe o impruebe el Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos TLC*”.

I. NORMAS E INTERPRETACIONES SOBRE ASPECTOS PREPARATORIOS DEL REFERENDO DE 7 DE OCTUBRE DE 2007

1. Sobre la polémica, si debió ser un Referendo a iniciativa ciudadana ó a iniciativa del Poder Ejecutivo en concurso con la Asamblea

Como digresión previa hay que decir que los mecanismos de democracia participativa en el nivel nacional, en Costa Rica, son procesos activados “desde arriba”, por agentes del Estado, excepto el denominado referéndum ciudadano (impulso del 5% del registro electoral) que puede ser activado “desde abajo”.

Ya hemos comentado la deficiente redacción que el legislador atribuyó al capítulo referido a las consultas por iniciativa ciudadana en la Ley Reguladora del Referéndum, No. 8492 (Véase glosa anterior sobre los obstáculos y los trámites excesivos a que es sometido el grupo de ciudadanos que la quiera instar). Bien, lejos de volver a ese tema, ahora se quiere subrayar la resolución práctica del Tribunal Electoral de aceptar la iniciativa del Poder Ejecutivo que, según la ley, obvia en buena medida las trabas que fueron creadas justamente para la iniciativa ciudadana.

Al existir pugna, entre si debió ser acogida primero la instancia de convocatoria ciudadana y recolección de firmas, sobre otra subsiguiente que hizo el Poder Ejecutivo; el TSE vino a zanjar el asunto mediante Resolución No. 977-E-2007, la cual indica que el ordenamiento jurídico que regula el instituto del referéndum se pronuncia en favor del principio *pro participación* (el fin y propósito perseguidos es la expresión de la voluntad popular en las urnas el día del referéndum). Sobre la base del mismo principio dio curso a la convocatoria conjunta de los poderes Ejecutivo y Legislativo,⁽⁶⁾ indicando que la instancia de

(6) ¿Cómo es el Trámite? El trámite del Poder Ejecutivo es sencillo puesto que el Presidente de la República y el Ministro de la Presidencia, emiten un Decreto (en este caso el Decreto No. 33717-MP, titulado: “Iniciativa para la convocatoria a Referéndum para que la ciudadanía apruebe o impruebe el Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos TLC”. El Decreto es propuesto a la Asamblea Legislativa, órgano parlamentario que, según la Ley Reguladora de Referéndum, lo conoce y lo somete a votación en el Plenario. En caso positivo el acuerdo

iniciativa ciudadana no se había concretado, pues autorizar la recolección de firmas era una etapa preparatoria que no constituía, desde el punto de vista jurídico, una convocatoria. Añadió que, ni el constituyente, ni el legislador, otorgó prelación alguna de una modalidad frente a las otras formas de convocatoria⁽⁷⁾ A nuestro juicio, lo anterior es válido, mas en el fondo estaba el tema evidente del tiempo (la supuesta o real obligación que estaba implícita en el Tratado de tenerlo aprobado, junto con sus obligaciones de la agenda de implementación, en un plazo determinado),⁽⁸⁾ y lo que algunos sectores expresaron como la utilización de la recolección de firmas con fines dilatorios y propagandísticos.

queda firme (en el asunto de análisis el acuerdo quedó firme en la sesión plenaria No. 184 del 24 de abril de 2007) y se comunica al Tribunal Supremo de Elecciones (comunicación No. 6326-06-07 del 24 de abril de 2007). El Tribunal verifica que, el derecho de convocatoria se ajuste a lo dispuesto en la Ley No. 8492; es decir, revisa la actuación conjunta de los Poderes Ejecutivo y Legislativo. A partir de entonces, el Organismo Electoral decreta convocar a los electores a la consulta popular con objeto de emitir el derecho constitucional del sufragio (Decreto del TSE N.º 13-2007).

- (7) Es interesante hacer notar que una de las dudas que despejó el Tribunal a la hora de emitir el Decreto No. 13-2007, fue la correlación entre la mayoría que hubiese necesitado el Tratado, en caso de seguir el procedimiento de aprobación en sede legislativa, y lo que resolvió sobre el nivel mínimo de participación para ser vinculante. Así, el TSE determinó que el Informe No. DST-419-2007 del Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa del 15 de marzo de 2007, era válido en el entendido que determinaba aprobación de mayoría calificada. Siguiendo esa pauta, dispuso que, para que el referéndum fuera vinculante, requería la participación de por lo menos un cuarenta por ciento (40%) de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral, con corte al 30 de junio del 2007, tomando en cuenta, los votos válidamente emitidos a favor o en contra, los votos en blanco y los nulos, porcentaje que se cumplió con creces al registrarse un nivel de participación del 59.2% (Véase Resolución No. 2944-E-2007 del Tribunal Supremo de Elecciones sobre “Declaratoria Oficial de Resultados”).
- (8) No nos interesa referirnos a la polémica surgida respecto de la obligación del plazo, ni sobre el pronunciamiento de la Procuraduría General de la República, ni la acción emprendida por el Poder Ejecutivo para negociar con los gobiernos Partes Contratantes del TLC, la ampliación de plazo.

2. Cambio de fecha del referendo, por consultas ante la Sala Constitucional

Como medida prudente, el TSE suspendió el referendo⁽⁹⁾ con el propósito de contar con la resolución final de la jurisdicción constitucional sobre este asunto (Constitucionalidad o inconstitucionalidad del Exp. Leg. No. 16.047), antes de comunicar oficialmente la convocatoria a referéndum, pues no solo estaba incoada la consulta de la Defensoría de los Habitantes ante la Sala Constitucional, sobre algunos aspectos de constitucionalidad referidos a Derechos fundamentales del citado expediente legislativo, sino, como nuevo escenario, sobrevino la consulta de varios diputados y diputadas con un alcance mayor.

Lo curioso desde el punto de vista jurídico, no era el cambio de fecha *per se*, sino la lógica interpretativa, en el sentido de que una posible declaratoria de inconstitucionalidad por el trámite suspendería definitivamente la consulta, mientras que una posible declaratoria de inconstitucionalidad por el fondo, no lo suspendería.

Si hubiera ocurrido hipotéticamente que la Sala IV hubiere declarado algunas cláusulas del Tratado inconstitucionales por el fondo, los costarricenses hubiésemos tenido que ir a las urnas a manifestarnos Si o No, sobre un instrumento que contendría violación del máximo cuerpo normativo.

Esa decisión llamó poderosamente la atención en los círculos jurídicos, puesto que los argumentos dados no eran suficientes, al utilizarse como justificación, no un valor superior intrínseco a la Carta Fundamental, que es la permanencia de sus normas sobre normas subalternas, y el respeto de los costarricenses sobre su contenido, sino que se utilizó el guión del artículo 101 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional “...*sólo será vinculante en cuanto establezca la existencia de trámites inconstitucionales del proyecto consultado*”. Claro, a nuestro juicio, este contenido se explica en un trámite ordinario de formación de la ley, no con ribetes tan gruesos y concluyentes de aplicación de una consulta *ad referéndum*.

(9) La celebración del referéndum se fijó en esta oportunidad para el 7 de octubre de 2007.

La débil postura –siempre en la misma hipótesis– de que era posible posteriormente –después de haberse sometido a referéndum el texto del tratado–, atacar alguna de sus cláusulas mediante acción de inconstitucionalidad; es decir, lo que la sala hubiese adelantado –en su papel asesor– de inconstitucional, era falaz, por lo que sigue: No se estaba ante un Proyecto de Ley ordinario sino ante un Proyecto de Ley que soportaba un instrumento internacional negociado por el Poder Ejecutivo, esa gran diferencia nos remitía al Derecho Internacional Público, en el sentido de que una declaratoria de inconstitucionalidad a posteriori del acto comicial, a lo sumo, tendría –el Voto–, efectos internos no aplicables a las Altas Partes Contratantes como son lo Estados; vale decir, no poseía incidencia expansiva para los otros gobiernos, porque según el *pacta sunt servanda* y la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados,⁽¹⁰⁾ de la cual Costa Rica es parte, el Tratado aprobado se hace de buena fe, y esa buena fe quedaba saldada con la aprobación del soberano en el referéndum y la vinculante ratificación de los otros poderes.

-
- (10) De todos es sabido que mediante Res. N° 2007-09469, de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, de las diez horas y cero minutos del tres de julio del dos mil siete, declaró lo siguiente: **Primero.**- Por mayoría de los Magistrados Solano, Vargas, Armijo, Jinesta, y Cruz, se admiten ambas consultas. La Magistrada Calzada salva el voto, únicamente, en cuanto a la procedencia de la consulta de las diputadas y los diputados y la declara inadmisibles. El Magistrado Mora salva el voto y declara inadmisibles ambas consultas. **Segundo.**- Por mayoría de los Magistrados Solano, Mora, Calzada, Vargas y Jinesta se evacuan las consultas, en el sentido de que no se observan vicios de constitucionalidad en el Tratado consultado. Los Magistrados Armijo y Cruz salvan el voto y evacuan la consulta en el sentido de que resulta inconstitucional: a) lo dispuesto en cuanto a la Comisión de Libre Comercio; b) del Capítulo de Telecomunicaciones lo que se refiere a la aplicación retroactiva del Anexo 13; c) lo dispuesto en materia ambiental, salvo lo relativo a la participación ciudadana; d) lo relativo al proceso de certificación en los Estados Unidos; e) el arbitraje Inversionista-Estado; f) la figura de la Comisión de Libre Comercio; g) el tema de los medicamentos en el Capítulo de Propiedad Intelectual; y h) en lo que respecta a resolución de controversias, inversiones y salud, en cuanto afecta el Estado Social y Democrático de Derecho. El Magistrado Armijo, además, considera inconstitucional el concepto de territorio establecido en el Tratado. **Tercero.**- Por mayoría de los Magistrados Solano, Mora, Calzada, Vargas y Jinesta se declara que no ha lugar a evacuar la consulta en cuanto a los temas de procedimiento legislativo.

II. NORMAS E INTERPRETACIONES SOBRE GARANTÍAS EN EL PROCESO

1. Mando sobre la fuerza pública o colaboración mutua entre TSE y Ministerio de Seguridad

Los ajustados procesos electorales, la estrechez de las visiones, las pasiones ligadas con la intención del voto, las manifestaciones en recintos públicos y los reclamos de los ciudadanos, dio lugar, en algunos casos, a la intervención de la fuerza pública. Se puede decir que actuó como garante, como custodio del material electoral y como fuerza de disuasión de posibles disturbios.

Nuestra tradición civilista ha sido reflejada en la Constitución Política, artículo 102 inciso 6, que dispone como función del Tribunal Supremo de Elecciones (...) 6) *Dictar, con respecto a la fuerza pública, las medidas pertinentes para que los procesos electorales se desarrollen en condiciones de garantías y libertad irrestrictas. ... Estas medidas las hará cumplir el Tribunal por sí o por medio de los delegados que designe.*"

No obstante, ha saltado últimamente la discusión en torno a si el mando de la Fuerza Pública pasa por completo al TSE, o si el mando se

Los Magistrados Armijo y Cruz salvan el voto respecto de este tema de la siguiente manera: a) es inconstitucional el trámite de la iniciativa relativa a la aprobación del Tratado consultado, por vulnerar el contenido esencial del artículo 10 de la Constitución Política, al no haberse efectuado la consulta preceptiva contemplada en esa norma; b) viola el Derecho de la Constitución, el hecho que el Plenario de la Asamblea Legislativa, en el acuerdo tomado en la sesión ordinaria N° 183 de 23 de abril de 2007, haya modificado los términos de la iniciativa del Poder Ejecutivo para someter a referéndum el Proyecto aludido, así como en la comunicación del Directorio de la Asamblea Legislativa N°. 6323-06-07; c) constituye una violación de los principios que informan este proceso, en particular del principio democrático y de publicidad, el hecho que se haya omitido efectuar la traducción oficial al idioma español, de la integridad del texto del Tratado aludido, teniendo en consideración que los folios 2179 y 2581 del expediente legislativo N° 16.047 están en el idioma inglés; d) es inconstitucional la omisión de incluir el contenido del acta de la sesión N° 183 de 23 de abril de 2007 del Plenario de la Asamblea Legislativa, en el expediente legislativo N° 16.047, por la violación de los principios de seguridad jurídica y de publicidad.

comparte entre el TSE y los jefes del Ministerio de Seguridad Pública, desde período de la convocatoria de elecciones y hasta la resolución definitiva de resultados.

El giro de grado dado por el TSE, va en el sentido de que, para ese órgano, existe *colaboración y auxilio de la fuerza pública*, más no se considera esa intervención un traspaso de mando, aunque simbólicamente, no de ahora, sino de antes, se hace un acto formal de transferencia de autoridad sobre la policía, con la presencia de los Magistrados y el Ministro de Seguridad y demás oficiales.⁽¹¹⁾ Sin embargo, la Constitución Política, al determinar “*Dictar, con respecto a la fuerza pública, las medidas pertinentes para que los procesos electorales... se desarrollen en condiciones de garantía y libertad..*” denota evidentemente una relación subalterna de la Fuerza Pública sobre el Tribunal, quien se constituye en una especie de superior jerárquico, sólo y para que se guarden todas las garantías de participación libre y transparente del proceso electoral, cualquiera que fuere. Es un caso temporal en que se aplica la relación de jerarquía y obediencia que se establece en la Ley General de la Administración Pública.

No se comparte la tesis de la Resolución 2607-P-2007, cuando señala que la seguridad en los procesos electorales se realiza ***por iniciativa propia de los cuerpos de seguridad nacional o a solicitud del Tribunal***. Literalmente la resolución indica “*Esa coordinación se realiza con los Jefes de los cuerpos de seguridad nacional que, de acuerdo con el Ordenamiento Jurídico y según su competencia y capacidad, están calificados para, por iniciativa propia o a solicitud del Tribunal, enfrentar cualquier acontecimiento que pueda poner en peligro tanto la integridad física de las personas como salvaguardar la papelería, los documentos y los equipos indispensables para la realización de la consulta popular*”. Más adelante la resolución de cita habla de la *constitución excepcional de un mando compartido sobre las autoridades de policía*. Se observa como contradictorio que el TSE después indique “*...el Tribunal pueda(e) ordenar directamente, sin necesidad que los jefes de ese Ministerio lo aprueben, las medidas necesarias para ejecutar sus decisiones en el marco estricto de lo electoral y la buena conducción de las votaciones y sus etapas preliminares.*”

(11) Véase resoluciones del TSE números 1119-E-2007 de 17 de mayo; 1617-E-2007 de 12 de julio; 1636-E-2007 de 13 de julio, todas del año 2007. También Decretos números 11-2007 de 19 de junio de 2007 y 13-2007 de 12 de julio de 2007. Sobre todo véase la Resolución 2607-P-2007, de las catorce horas del veintiséis de septiembre de dos mil siete.

La misma apreciación aparece en el Acuerdo del TSE, relativo a las medidas de orden y seguridad que garantizarán el adecuado desarrollo de la celebración de las actividades de la Independencia, en la ciudad de Cartago, el 14 de setiembre de 2007, Sesión Extraordinaria N° 86-2007, al señalar el organismo electoral *“Que debe reiterar que el denominado “traslado de la Fuerza Pública” que opera dentro de los procesos electorales no significa desconocer la autoridad del Ministerio de Seguridad ni su responsabilidad genérica en pro del mantenimiento del orden público, aún en esa época, sino la constitución excepcional de un mando compartido sobre las autoridades de policía, de suerte que el Tribunal pueda ordenar directamente, sin necesidad que los jefarcas de ese Ministerio lo aprueben, las medidas necesarias para ejecutar sus decisiones en el marco estricto de lo electoral y la buena conducción de las votaciones y sus etapas preliminares.”* No obstante en este caso, el TSE, salvaguardó que, si la Fuerza Pública entiende necesario adoptar medidas para asegurar el orden público en la ciudad de Cartago, la Jefatura Nacional (de delegados) tendría el derecho de objetarlas si estiman que son innecesarias o limitan arbitrariamente derechos fundamentales.

A juicio de quien hace estas líneas, la iniciativa propia de los cuerpos de seguridad en los procesos electorales, y la noción de mando compartido, desvirtúa lo establecido en el artículo 102 inciso 6) de la Constitución Política. Hay que tomar en consideración que los mandos superiores en los cuerpos de la seguridad nacional varían con cierta frecuencia, unos podrán ser muy escrupulosos, pero otros quizá no, en un determinado contexto político.

Para que no quede duda, la Ley General de Policía No. 7410, dispone en su artículo 8 inciso g), que la fuerza de policía debe **“g) Ejecutar y hacer cumplir todo cuanto resuelvan o dispongan, en los asuntos de su competencia, los tribunales de justicia y los organismos electorales, a solicitud de estos.”** No señala auxilio ni cooperación (como se estampa en otras atribuciones de las fuerzas de policía), sino sumisión a lo que resuelvan los organismos electorales.

Obviamente, en ramas o asuntos que no sean propios de la actividad del proceso eleccionario respectivo, el TSE no dictaría ordenes o políticas en materia policial o criminal, o hacerse cargo de la administración, los operativos y la logística material, pues ahí sí opera absolutamente la responsabilidad exclusiva del Ministerio de Seguridad Pública. Esto no lo refutamos, ademporo la confusión estriba precisamente en este punto.

Se nota, en el Acuerdo de la Sesión Extraordinaria N° 86-2007, el temor de los miembros del TSE sobre la seguridad dentro del círculo de protección del Consejo de Gobierno, y el resguardo de la integridad de sus miembros, la cual, definió, era exclusiva del señor Ministro de Seguridad Pública.

Indiscutiblemente, las ulteriores interpretaciones del Tribunal desfiguraron el contenido del artículo Décimo Tercero de la convocatoria a Referéndum No. 13-2007⁽¹²⁾ que determinó con contundencia lo siguiente *“Traslado de la Fuerza Pública.- A partir de hoy se hará efectivo el mandato contenido en el artículo 102 inciso 6) de la Constitución Política, relativo al traspaso de la Fuerza Pública a este Tribunal, con el fin de adoptar las medidas pertinentes para que el proceso de referéndum se desarrolle en condiciones de garantías y libertad irrestrictas.”*

2. Garantías de transparencia y el control de las fuentes de financiamiento de los sectores que participan en el referéndum

Las garantías y los controles sobre financiamiento de campañas electorales en el país, sean de tipo tradicional para cargos de elección popular, o consultivas, son endémicamente deficitarias.

Esta penosa situación se demuestra en la consideración III del Acuerdo adoptado por el TSE en la Sesión Ordinaria N° 70-2007, cuando señala *“Sobre el control y supervisión de los recursos que se destinen a las campañas, la legislación vigente sólo los contempla en cuanto destinados a contratar pauta publicitaria en medios de comunicación colectiva y, en ese aspecto, tenemos implementados diversos mecanismos que seguramente son de conocimiento de los interesados. En virtud del principio de legalidad que rige el accionar de este organismo electoral, no resulta viable imponer controles y restricciones no previstos legalmente y, por tal motivo, se estima que la posibilidad de ampliarlos*

(12) También en ese Decreto, el TSE, cubrió el éxito del proceso, al incluir en cada una de las Juntas Receptoras de Votos un delegado del Tribunal, y designar un asistente para que los supla. Esta disposición dio pie a un mejor tratamiento en las JRV, que repercutió positivamente en el manejo de la logística, el llenado de actas, el escrutinio y la transmisión del resultado.

sólo puede ser el resultado de un compromiso entre los contendientes.” Sin ningún tipo de injerencia, en justificación de las graves omisiones legales, el TSE lo que hizo fue llevar el tema a la buena voluntad de los comandos del Si y del No, instándolos a dialogar sobre el particular.

Al desbordarse el tema del control de la propaganda, como medida casi tardía, el TSE Acordó en la Sesión Extraordinaria N° 94-2007, celebrada el **cinco de octubre** de ese año, apremiar a las partes con lo dispuesto en el artículo 24, párrafo segundo, del Reglamento para los Procesos de Referéndum y el artículo 85 inciso g) del Código Electoral, para que, durante los dos días inmediatos anteriores y el día del referéndum, *“NO PODRÁ DIFUNDIRSE PROPAGANDA DE NINGUNA ESPECIE, relativa al proyecto objeto de consulta, lo que incluye la repartición de volantes, panfletos, utilización de altoparlantes o de cualquier medio tendiente a influir en la decisión de voto.”*

Lo que forjó el Tribunal, fue un llamado a todos los grupos involucrados en el proceso, para que se respetara en forma absoluta la normativa y cesara de forma inmediata cualquier actividad propagandística durante los días indicados. La duda cae, en si ese cese cubría entrevistas de cadenas nacionales o internacionales –opinión de experto o de actores políticos locales o foráneos– que pudiesen influir en la intención del voto.

3. Sistema de votación mediante la huella dactilar o bolígrafo

En nuestra opinión fue acertado el Acuerdo del TSE sobre la “Forma de emisión del voto para el proceso de Referéndum” dado en la Sesión Ordinaria N° 45-2007, pues la argumentación esgrimida es convincente, debido a que Costa Rica no cuenta con un archivo dactiloscópico electoral que confronte huellas digitales. Además, el argumento del Tribunal sobre la secretividad del sufragio y las garantías que lo informan, se respeta más en aquellos países donde se usa bolígrafo, que aquellos donde se estampa la huella digital cuya marca es individualizable. Bien anota el Tribunal que en el año 1996 se reformó el Código para permitir el bolígrafo como instrumento. Asimismo el Tribunal esgrimió otras razones de mecánica electoral, que no interesa aquí comentar.

III. MEDIOS DE COMUNICACIÓN Y PROPAGANDA

1. Consulta de opinión de los electores al cierre de urnas

En el Acuerdo del TSE N° 91-2007, autoriza a un programa, noticiario de televisión, difundir un sondeo sobre participación de los costarricenses en el proceso de referéndum, contratado a una Universidad pública, con la intención de darlo a conocer 45 minutos después del cierre de las JRV. El artículo 21 de la ley Reguladora del Referéndum habla de la prohibición de publicar o difundir estudios de opinión o de intención de voto. Justamente la norma dice *“Prohíbense la publicación, la difusión total o parcial o el comentario de los resultados de cualquier encuesta o sondeo de opinión, dos días antes de la votación y el día de la celebración del referéndum, así como las operaciones de simulación de voto realizadas a partir de sondeos de opinión, directa o indirectamente relacionados con la consulta sometida a referéndum”*⁽¹³⁾ La jurisprudencia del organismo electoral abre un portillo para que los “sondeos sobre participación” no sean prohibidos en esos rangos temporarios, mientras que “las encuestas o sondeos de opinión” si quedan prohibidas. La pregunta: ¿Qué es o qué debe contener un sondeo sobre participación? Se pasó de una interpretación restrictiva que atribuye a la norma un sentido literalmente manifiesto, a una extensiva.

A priori parece ilógica la disposición de prohibir información sobre sondeos después del cierre de urnas. Sin embargo, el legislador tuvo razones, sobre todo, de cara a resultados, en el sentido de que, partidos, organizaciones o medios de comunicación, distintos al TSE, confundieran al pueblo con datos ficticios o imprecisos, que dieran margen a situaciones de inestabilidad, más aún, en situación de estrechos resultados, como la que ha estado obrando últimamente. Se privilegió, entonces, que el TSE brindara a los costarricenses los datos no oficiales de los partes de transmisión de resultados por lo menos durante 24 horas posteriores al cierre de las JRV.

En consecuencia, no se comparte el criterio de interpretación constitucional de los llamados intereses en juego, de abrir posibilidades

(13) Esta disposición se reitera en el artículo 24 del Reglamento para los Procesos de Referéndum, el cual señala: *“De conformidad con el artículo 85 inciso g) del Código Electoral, durante los dos días inmediatos anteriores y el día del referéndum, no podrá difundirse propaganda de ninguna especie relativa al proyecto objeto de consulta”*.

a la publicación en medios de comunicación colectiva de “sondeos de participación”, si las leyes y reglamentos –normas- no son modificados, en tal sentido, por la autoridad competente.

2. Regulación de la Propaganda en el Referendo

A propósito de la solicitud de un canal de TV sobre el tema de los sondeos, el TSE en el Acuerdo No. 91-2007, en virtud del aseguramiento del proceso electoral de referendo, ordenó *“a los Directores de todos los medios de comunicación colectiva del país abstenerse de difundir propaganda relativa al proyecto objeto de consulta popular. Se advierte que la desobediencia a esta orden haría incurrir al responsable en el ilícito previsto en el artículo 307 del Código Penal. La Secretaría se encargará de comunicar la orden indicada.”* Como en Derecho todas las palabras valen, la orden de restricción sobre propaganda se dio únicamente en relación con el “proyecto objeto de la consulta popular”. Cualquier acción propagandística que no estuviera contenida en el Proyecto TLC, ergo, estaba permitida.⁽¹⁴⁾

Otro ejemplo lo constituye el artículo 24 del Reglamento de los procesos de referendo que a la letra dice *“Ninguna persona física o jurídica extranjera podrá contratar, directamente o por interpósita mano, la publicación de campos pagados a favor o en contra del proyecto sometido a referéndum. Los medios de comunicación colectiva velarán por el cumplimiento de esta disposición.”* Previo al referendo apareció un campo pagado del dueño –extranjero– de un equipo de fútbol de primera división, favoreciendo una de las posiciones en disputa. Qué sucedió después, desde el punto de vista sancionatorio, lo ignoramos.

La misión de observación determinó con claridad lo que sigue:

“En efecto, una cuestión que generó polémica fue todo lo referido al financiamiento de la campaña y la regulación de la propa-

(14) Hubo escasos controles sobre registro de información que los medios pautaron y las fuentes de donde se financiaron los grupos en contienda. El artículo 22 del Reglamento para los procesos de referéndum (su puesta en ejecución) resultó insuficiente.

ganda electoral, particularmente lo concerniente al acceso a los medios de comunicación. Ciertamente, dado que para esta elección no hubo financiamiento público, grupos que aducían contar con menos recursos económicos estuvieron denunciando permanentemente la ausencia de equidad en la contienda, presente sobre todo en la difusión de propaganda. Si bien el TSE se preocupó por informar a la población y dar oportunidad a los representantes de los dos grupos de expresar sus argumentos, por medio de diferentes mecanismos, incluida una serie de debates transmitidos por el canal estatal, esto no pareció compensar un desequilibrio en materia de compra de espacios en los medios de comunicación privados. /.../ A juicio de los observadores, este es un tema relevante sobre el que hay que profundizar de cara a futuros procesos de este tipo, para asegurar una plataforma de equidad en la campaña, aunque se reconoce que este es un tema complicado en su definición y aplicación.”⁽¹⁵⁾

Comentario adicional sobre posibles nuevas regulaciones y su constitucionalidad

La radio y la televisión se constituyen en **servicio público** esencial. En todos los Estados la titularidad de ese servicio corresponde al Estado, en unos casos la ejerce directamente y en otros de manera indirecta, por los particulares que obtienen una oportuna concesión administrativa.

La finalidad, de ese servicio, ha de ser ante todo, líneas editoriales aparte, para la satisfacción del interés de todos los ciudadanos y la de contribuir al pluralismo informativo, la formación de opinión pública libre y, sobre todo, extender la cultura.

En nuestro país, no hay régimen de exclusividad ni monopolio, sin embargo, se gestiona el servicio casi y absolutamente desnaturalizando lo que se expresó atrás, ello puesto que se cierran espacios y no hay equilibrio en las posiciones (hay medios que si hacen un gran

(15) Apreciación de la Misión de Observación Internacional. Referéndum en Costa Rica, 7 de octubre de 2007, Resumen de Conclusiones, Jornada de Evaluación, a cargo de autoridades electorales del continente, por formar parte el TSE de Costa Rica de la Unión Interamericana de Organismos Electorales (UNIORE) y de la Asociación de Organismos Electorales de Centroamérica y el Caribe (Protocolo de Tikal).

esfuerzo). Aquí se va a lo siguiente, el Tribunal Constitucional español, por ejemplo, en la sentencia 12 de 31 de marzo de 1982 y la 74 de diciembre de ese mismo año, expresó que la gestión del servicio de “televisión privada” no estaba constitucionalmente impedida y que su implantación es una decisión política y un acto administrativo –se da una concesión–, que puede adoptarse siempre que, al organizarla, se respetasen los principios de libertad, igualdad y pluralismo, porque justamente es un servicio público esencial, no es un servicio privado propiamente dicho, independientemente de que existan sociedades que manejen la empresa.

Es una especie o un objeto de cobertura mixta, como tales, tienen limitaciones, existiendo dos vertientes clásicas de espacio mediático privilegiado, que se pasa a explicar: La primera, cuando el gobierno fija periódicamente una cadena, un programa o bien difunde declaraciones o comunicaciones oficiales de interés público que estime necesarias. Esto es natural y se estila mucho. Ello es diferente a la propaganda pura y simple de pequeñas cuestiones que realiza, que además sirve, en determinadas coyunturas, para propósitos ulteriores y velados –nunca deja de romper el ciclo electoral–, porque utiliza este recurso, no para declaraciones de interés general sino para mostrar algunas pequeñas cuestiones que ha hecho en un barrio o pueblo particular. La segunda vertiente consiste en que, ese servicio público, se pone a disposición en los períodos y campañas electorales, en este caso, se aplica un régimen especial, donde el organismo electoral tiene absoluta capacidad de control, ese control imparcial se concreta otorgando acceso a los medios radiales y televisivos de comunicación a los grupos sociales y políticos más significativos, para que se expresen equilibradamente.

En este caso, debe operar un Reglamento con criterios objetivos que complementen lo dicho. Hay muchísimos argumentos para sostener el punto, pues el espectro no es una antena que se compra y se adquiere el dominio pleno, sino una banda, una frecuencia del Estado. El Organismo Electoral no debe renunciar a esta competencia, porque si lo hace estaría subyugando el pluralismo que puede ser social o político.

Finalmente, en casi todos los países, al menos europeos, cuando se trata de propaganda, exigen equilibrio, e incluso, espacios gratuitos en horas de gran audiencia.

IV. INTERPRETACIONES RELATIVAS A LOS ACTORES

1. **Sobre la abstención del Presidente de la República, los Ministros, los Presidentes Ejecutivos y Gerentes de las Instituciones Estatales, de participar en eventos relacionados con el Referéndum**

El artículo 7 del Decreto de Convocatoria No. 13-2007 sobre participación de funcionarios públicos y de extranjeros, dispuso que se regía por lo establecido en la resolución del TSE No. 1119-E-2007, así como por lo dispuesto en el artículo 24 del Reglamento de Referendo. Entonces, el Organismo Electoral, basado en el artículo 20 inciso b) de la Ley n.º 8492 y 24 del Reglamento, prohibió a toda persona física o jurídica extranjera participar en campañas de publicidad o propaganda a favor o en contra del proyecto sometido a referéndum (en esa ocasión omitió mención a los funcionarios públicos).

Es el artículo 8 del mismo Decreto el que establece prohibición al Poder Ejecutivo, a la Administración descentralizada, a las empresas del Estado y a cualquier otro ente público utilizar recursos públicos para financiar actividades que, directa o indirectamente, favorezcan las campañas publicitarias en pro o en contra del proyecto de ley objeto de consulta. Además determinó *“no constituirá violación a esta regla la promoción, en sus instalaciones, de foros o debates que contribuyan a que sus funcionarios o las comunidades estén mejor informados sobre el tema a consultar, siempre que aquellos no encubran actividad propagandística. Tampoco lo será la participación de los funcionarios públicos en foros o debates sobre esa temática, en general, siempre que, de realizarse en horario de trabajo, se cuente con la autorización de la jefatura correspondiente.”*⁽¹⁶⁾

La disposición de la convocatoria de limitar en alguna medida la participación de los funcionarios públicos la amplió, el TSE, por la vía de la Resolución No. 1617-E-2007, al establecer *“sí pueden el Presidente, los Ministros y Viceministros y los Presidentes Ejecutivos y Gerentes de las Instituciones Autónomas participar activamente en el proceso de referéndum sin que ello conlleve, como regla de principio, la disposición de recursos públicos para dichos fines; en ese sentido, la particular*

(16) Esta prohibición fue estipulada con base en los artículos 85 inciso j) del Código Electoral, 20 inciso a) de la Ley n.º 8492 y 24 del Reglamento.

disposición de vehículos, chóferes y tiempo laboral, por tratarse de asuntos de índole discrecional, debe ser racional y acorde con los lineamientos y directrices que están legalmente establecidas; cualquier exceso a este respecto compete valorarlo al órgano contralor previa denuncia y formación de causa”.

Con los anteriores criterios, el TSE teorizó y resolvió nuevos alcances y naturaleza de la denominada parcialidad o participación política de los servidores del Estado, principio que se halla en el artículo 88 del Código Electoral, diferenciando los procesos político-electorales de los procesos consultivos. Es precisamente la Resolución n° 1253-E-2006 de las 10:50 horas del 4 de abril de 2006, donde el TSE hace dicha reflexión. Siguió dos posiciones, veamos:

Procesos electorales: El criterio es restrictivo cuando los funcionarios tengan un claro interés o intención de beneficiar a determinada tendencia o partido político por intermedio de su autoridad o de la influencia de sus cargos, que se ve reflejado en actuaciones materiales evidentes y la inferencia del funcionario en los conglomerados políticos, en beneficio de un partido político.

Procesos consultivos: El criterio es amplio, dado que el TSE da un nuevo tratamiento a la parcialidad o participación política de los servidores estatales, de suyo, el criterio, en este caso, es legalista –literalidad u omisión de la ley–, pues indica que la ley no obliga a la neutralidad política en los Referendo; es decir, no existe regulación o norma expresa en ese sentido. Concretamente el TSE apuntó *“Tal parece que el legislador, para tal omisión, consideró que no se estaba ante un proceso edificado a partir de los partidos políticos, por lo que el principio de imparcialidad de las autoridades gubernativas, que consagra el artículo 95 inciso 3) de la Constitución Política, había de entenderse suficientemente garantizado con la prohibición que tienen el Poder Ejecutivo, las entidades autónomas, semiautónomas, empresas del Estado y demás órganos públicos de utilizar sus presupuestos para hacer campañas a favor o en contra de los textos o proyectos sometidos a la consulta (artículo 20 de la Ley), sin necesidad de restringir las discusiones o deliberaciones de los funcionarios públicos en torno al tema por consultar.”* (Véase Resolución No. 1119-E-2007). Más aún, en el tema de posibles sanciones o infracciones se hace alusión a la vigencia del principio de tipicidad, por lo que ninguna conducta de funcionario que participara activamente en el referendo era sancionable, a no ser que utilizaran bienes o fondos públicos. Visto de esa

forma, la interpretación del Tribunal estaba apegada totalmente a Derecho, aunque puede ser motivo de discusión, en una posible y futura reforma.

Apreciación basada en el marco de nuestro Derecho constitucional y legal

¿Quién tiene derecho a la acción política en un referendun? Está claro, el art. 98 de la C.P. dice que son los partidos políticos, y la Ley Reguladora del Referéndum dice que son los ciudadanos y grupos de ciudadanos –no el gobierno–, porque el gobierno está constituido por representantes ejecutivos. El Referéndum como técnica de democracia directa, dicotomiza, en esa decisión, la democracia representativa (cuerpo legislativo o cuerpo ejecutivo). Cuando el cuerpo ejecutivo utiliza el poder y acceso de medios físicos, logísticos, haciendo campaña, se convierte en un actor de una de las partes en la contienda, es decir, inclina la balanza desde el poder, interfiriendo en el proceso y presionando la decisión ciudadana.

Si desde el poder, como ocurría en antiguas autocracias (Franco o Mussolini) se utilizan los medios, los controles y los recursos, la decisión simplemente está interferida, si se quiere viciada. Este ejemplo es extremo porque se trató de posiciones autoritarias, pero cuidado que están las menos expuestas pero también sutiles, porque hay una doble actitud, por un lado se está gobernando y por otro metido en la campaña, cuestión que no debe darse.

En nuestro medio no existe la figura de que el Jefe de Estado es a la vez el líder del partido de gobierno, que toma decisiones en uno y otro espacio, como sí ocurre en las Democracias parlamentarias.

2. El papel de las Universidades públicas especialmente el de la Universidad de Costa Rica

Dos etapas de este controversial tema fueron las siguientes:

Se tuvo en primer término la Sentencia del TSE No. 1617-E-2007,⁽¹⁷⁾ misma que fue objetada por las universidades estatales, pues las autoridades universitarias señalaban que dicha resolución conculcaba la

(17) La Resolución del TSE No. 1617 dispuso que “4. a los funcionarios públicos de la Universidad de Costa Rica les aplican, de igual modo, todos los extremos de la resolución n.º 1119-E-2007, así como las

autonomía especial que les fue dada constitucionalmente. Los alegatos universitarios indicaban que la Resolución impedía la presencia universitaria en el debate relativo al proyecto objeto de consulta popular. Era vista como una censura a los funcionarios y docentes de las universidades públicas.

Posteriormente, el TSE, reula en este tema, por vía de la Resolución No. 2018-E-2007, aduciendo que se confundieron sus términos, lo cual provocó nuevas aclaraciones. La primera aclaración consistió en el reconocimiento de los principios constitucionales de autonomía universitaria y libertad de cátedra. La segunda reflejaba la decisión de que todos los grupos se integren y que se de la más amplia participación posible de los ciudadanos y ciudadanas costarricenses, incluida la de los funcionarios públicos y, dentro de ellos, la de los servidores universitarios, teniendo éstos el derecho de asumir y exhibir libremente posiciones a favor o en contra de los proyectos de ley sometidos a referéndum. La tercera instó a los sectores universitarios a realizar un examen crítico y académico de la cuestión (lecciones, conferencias, foros, investigaciones y publicaciones especializadas, etc.). No obstante, el organismo electoral les recalca –a las Universidades– que no deben utilizar recursos públicos a favor o en contra de las compañías por el “sí” o por el “no”, medida transversal para todos los actores de tipo institucional.

3. Participación de religiosos en las consultas referendarias

El pronunciamiento del TSE sobre el uso de símbolos religiosos y la participación de esas personas en la propaganda del TLC (dado en la Sesión Ordinaria N° 90-2007) es sumamente interesante desde el punto de vista del derecho a la participación y las notables lagunas de la Ley Reguladora del Referendo No. 8492.

disposiciones del reglamento ya citado y de la presente resolución, lo que impide adicionalmente la publicación en medios de comunicación masivos, con recursos públicos, de campos pagados a favor o en contra del texto objeto de la consulta; 5) en lo que atañe a la regulación de los espacios en Radio Universidad, Canal 15 y Semanario Universidad deberá estarse a lo que preceptúan los numerales 19, 20 y 21 del reglamento que rige el proceso.”

Fue acertado el criterio del Tribunal al diferenciar procesos electorarios para la elección de autoridades, de aquellos en que se consulta al pueblo un tema. En los primeros procesos, el párrafo final del artículo 28 de la Constitución Política establece: *“No se podrá, sin embargo, hacer en forma alguna propaganda política por clérigos⁽¹⁸⁾ o seculares invocando motivos de religión o valiéndose, como medio, de creencias religiosas”⁽¹⁹⁾* Norma desfasada por virtud del avance de otras religiones, fuera de la Católica, con pastores, reverendos, etc., que, incluso, participan activamente en partidos políticos, haciendo uso del sufragio activo y pasivo; para los segundos –procesos consultivos–, como bien lo manifiesta el Acuerdo del Máximo Organismo Electoral, la Ley Reguladora del Referendo no hizo prohibición alguna, ni reguló la conducta de los religiosos, por lo que no había tipicidad ni sanción.

El criterio se profundiza en la Resolución 1948-E-2007, al considerar el Tribunal *“en los procesos consultivos es el derecho que tienen todos los sectores de participar activamente en el proceso de consulta, concretamente en lo que se refiere a los procesos de información y de propaganda; de ahí que, las iglesias en general, sean éstas católicas o no, debido a la función social que cumplen, están en todo el derecho de participar en este proceso, razón por la cual se reiterara que la prohibición constitucional de invocar motivos religiosos para hacer propaganda no limita, en modo alguno, la participación activa de la iglesia en el proceso de referéndum convocado para el 7 de octubre del 2007, toda vez que esa prohibición no solo aplica para clérigos sino también para los seculares, es decir, para toda la ciudadanía.”*

No obstante, el TSE, en esa disyuntiva, resalta la inconveniencia de la participación abierta de los religiosos, basándose en las Resoluciones No. 1948-E-2007, de las 9 horas del 10 de agosto del 2007 y No. 9149 del 19 de abril de 1989. En esta última resolución se dice que la participación de esas personas tiende a *“ensalzar la bondad de su causa, escarnecer la de otros, atraer partidarios, avivar el espíritu del partido o desanimar el de los contrarios”*.

(18) Clero es la clase sacerdotal en la Iglesia Católica. Es un conjunto de eclesiásticos que son ordenados y reciben las sagradas ordenes y adoptan los respectivos votos.

(19) Esta prohibición se refleja también en el artículo 87 del Código Electoral.

El mismo Tribunal, con mucha razón, es partidario de discutir la omisión del legislador en esta materia, a efecto de revisar la legislación. Igual laguna se da con respecto a los símbolos nacionales en la propaganda de procesos consultivos de referendo. En este caso, el Tribunal también determinó que no es admisible la aplicación extensiva o analógica de sanciones que son aplicables en procesos electorarios para la elección de autoridades, en que si existen prohibiciones tasadas.

Cabe agregar que la disputa se genera, por la importancia como actor, que asumieron varios curas católicos a favor de la tesis del NO en el marco de la consulta del 7 de octubre de 2007.

4. La inscripción de fiscales ciudadanos o la inscripción de fiscales partidarios

Se parte del hecho que, a diferencia de lo que ocurre en las votaciones electivas, según interpretación del Tribunal, cada una de las juntas receptoras de votos estaría exclusivamente integrada por un delegado del Tribunal y su asistente, de modo que no formen parte, en las JRV, las representaciones partidarias. Esta apreciación no se ajusta del todo a la letra de la ley, por virtud de que el artículo 23 de la Ley No. 8492 determina que el Tribunal “...*también designará a un delegado suyo, que estará a cargo de la junta receptora de votos correspondiente*”. El vocablo “también” indica que las Juntas, además del delegado del TSE, las integran otras personas, ahí se aplicaría supletoriamente el Código Electoral para que sean miembros de partidos ó como lo señala la ley reguladora del instituto, los ciudadanos o grupo de ciudadanos que trabajan por las posturas del NO y SI. La ley si es clara atribuyendo al personero del Tribunal el manejo de la Junta.

El Tribunal estimó que la intervención de los partidos políticos se circunscribía a la prerrogativa que les reconoce el Código Electoral de acreditar fiscales que, como tales, erróneamente no integran las juntas, ni intervienen en la toma de las decisiones o la manipulación del material electoral. Solamente les reconoce el derecho de presenciar el ejercicio comicial y denunciar cualquier irregularidad que se presente.

El Reglamento para los Procesos de Referéndum, atendiendo a las características particulares de éstos, creó una figura no contemplada en la legislación electoral y que complementa la fiscalización partidaria, como una forma adicional de veeduría ciudadana: el observador

nacional (art. 34 y siguientes). Esa regulación, trata de ciudadanos que puede acreditar cualquier persona jurídica nacional debidamente registrada y que, independientemente de su denominación, tienen las mismas atribuciones de los fiscales partidarios, en punto a presenciar el desempeño de las juntas, incluido el escrutinio que éstas practicarán, y denunciar irregularidades. (Acuerdo de la Sesión Ordinaria N° 70-2007). Pese a esta novedosa figura, el tribunal registró muy pocas personas bajo esta modalidad, dando mayor importancia a las credenciales de los partidos políticos.

5. Acuerdo del TSE que ordena investigar lo relativo al memorando de los Señores Casas y Sánchez

Uno de los Acuerdos complejos que asumió el TSE previo al referendo, fue el relativo al “memorando” planteado en una comunicación dirigida por los señores Casas –Vicepresidente de la República y Ministro de Planificación, en ese momento– y Fernando Sánchez –Diputado– a los señores Presidente de la República y Ministro de la Presidencia.

La prudencia, pero al mismo tiempo robustez con que actuó el Tribunal fue satisfactoria a los ojos de la opinión pública, pues se determinaron tres puntos fundamentales:

- Declarar el contenido del memorando como inaceptable.
- Declarar irrespetuosas las referencias que se hacen respecto del TSE.
- Y, solicitar a la Auditoría Interna del Ministerio de Planificación realizar la respectiva investigación e informar al Tribunal, oportunamente, de sus resultados.

A MODO DE CONCLUSIÓN

La normativa costarricense relativa al desarrollo del Referéndum es deficiente, limitada, escasa en regulaciones que fueron resueltas vía interpretaciones del Tribunal Supremo de Elecciones y, en parte, por el Reglamento que en su momento dictó el máximo organismo electoral.

Como quedó constatado, las interpretaciones, dependiendo del asunto tratado, fueron restrictivas, bajo el argumento de no existencia de reserva de ley y, en otras oportunidades amplias, integrando normativa de diferente rango y creando antecedente, unas veces a la luz de interpretación lógico-sistemática, mientras que en otras, se demuestra, de alguna manera, el método de los intereses en juego (la realidad).

No cabe duda que hay cuatro aspectos que preocupan al autor de este escrito, el primero el tema de ausencia de regulación en financiación y propaganda en los procesos referendarios, que se refleja en desequilibrio de medios entre las partes pro SI y pro NO. De otra mano, el tratamiento dado a la competencia sobre los cuerpos de seguridad nacional en procesos eleccionarios y consultivos, la que debe ser enderezada a sus orígenes, es decir, dichos cuerpos deben subordinarse absolutamente a la iniciativa exclusiva del Tribunal en la coyuntura eleccionaria. El tercer aspecto es el concerniente a reformas asociadas a los actores del referendo, de la experiencia –lección aprendida– surgió el tema que una elección consultiva no solo triangula asuntos Tribunal-partidos-electores, como era la tradición, sino que irrumpen nuevos actores que no están debidamente reflejados en la ley, como la participación de los miembros del gobierno, las universidades, los religiosos, los grupos civiles y sociales, etc. Finalmente, un replanteamiento casi general al Capítulo relativo a la iniciativa a instancia ciudadana para que se le eliminen trabas que son improcedentes.

FUENTES DOCUMENTALES Y BIBLIOGRÁFICAS

ASAMBLEA CONSTITUYENTE, *Constitución Política de la República de Costa Rica* de 1949

BOURDEAU, *Traité de Science Politique. Les Régimes Politiques*. “Librairie Generale de Droit et des Jurisprudence”. R. Pichón et R. Durand Auzias Rue Soufflot 20, Paris, 1972.

DE VEGA, Pedro, *La Reforma Constitucional y la problemática del Poder Constituyente*, en Temas Clave de la Constitución, 4ta reimpression, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1999, 309 p.

MISIÓN DE OBSERVACIÓN INTERNACIONAL. Referéndum en Costa Rica, 7 de octubre de 2007, Resumen de Conclusiones, Jornada de Evaluación, a

cargo de autoridades electorales del continente, por formar parte el TSE de Costa Rica de la Unión Interamericana de Organismos Electorales (UNIORE) y de la Asociación de Organismos Electorales de Centroamérica y el Caribe (Protocolo de Tikal).

URCUYO Fournier, Constantino, *Reforma Política y Gobernabilidad*, Editorial Juricentro S.A., 2003.

ASAMBLEA LEGISLATIVA

Sesiones:

Sesión plenaria No. 184 del 24 de abril del 2007

Comunicaciones:

Comunicación al TSE No. 6326-06-07 del 24 de abril de 2007

Informes:

Informe No. DST-419-2007 del Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa

Expedientes Legislativos:

Expediente Legislativo No. 16.047.

Leyes:

Ley No. 1536 “Código Electoral”

Ley No. 7135, “Ley de Jurisdicción Constitucional”

Ley No. 8492 “Regulación del Referéndum”

Ley No. 7410 “Ley General de Policía”

PODER EJECUTIVO

Decretos:

Decreto No. 33717-MP, “Iniciativa para la convocatoria a Referéndum para que la ciudadanía apruebe o impruebe el Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos TLC”.

TRIBUNAL SUPREMO DE ELECCIONES

Decretos:

Decreto TSE N° 11-2007 “Reglamento para los procesos de referéndum”, de 19 de junio de 2007.

Decreto de Convocatoria No. 13-2007, de 12 de julio de 2007.

Resoluciones:

Resolución No. 9149 del 19 de abril de 1989

Resolución No. 1253-E-2006

Resolución No. 977-E-2007

Resolución No. 790-E-2007

Resolución No. 1119-E-2007

Resolución No. 1617-E-2007

Resolución No. 1636-E-2007

Resolución No. 948-E-2007

Resolución No. 2018-E-2007

Resolución No. 2607-P-2007

Resolución No. 2944-E-2007 “Declaratoria Oficial de Resultados”.

Acuerdos:

Acuerdo de Sesión Ordinaria N° 45-2007

Acuerdo de Sesión Ordinaria No. 70-2007

Acuerdo de Sesión Ordinaria N° 90-2007

Acuerdo de de Sesión Ordinaria N° 91-2007

Acuerdo de Sesión Extraordinaria N° 86-2007

Acuerdo de Sesión Extraordinaria N° 94-2007

Tribunal Constitucional español

Sentencia 12 de 31 de marzo de 1982 y la 74 de diciembre de ese mismo año, sobre servicio de Televisión Privada.

INSEGURIDAD JURIDICA REGISTRAL

Msc. Jorge Jiménez Bolaños^()*

Abogado costarricense

(Recibido 17/04/08; aceptado 26/11/08)

(*) Profesor asociado. Universidad de Costa Rica.
Facultad de Derecho.
E-mail: jjbol@racsa.co.cr
Teléfono: 2207-4114

RESUMEN

El presente trabajo trata sobre el tema de la seguridad Jurídica Registral una de las funciones más importantes que por ley le incumbe al Registro Público de la propiedad de Bienes inmuebles. Y la suplantación del transmitente (propietario registral) en el traspaso de bienes inmuebles fenómeno que se está presentando con mucha frecuencia en nuestro país y que pone en entredicho la eficacia de los mecanismos de seguridad jurídica registral vigentes.

Palabras clave: Registro Público, inseguridad jurídica registral, traspaso de bienes inmuebles, suplantación del transmitente.

ABSTRACT

This paper deals with the issue of Juridical Recording safety which is one of the most important duties bestowed by Law upon the Real Estate Public Registry and with the issue of forgery of transferor (registered owner) in real estate transfer, which is a phenomenon that is occurring too often in our country, which questions the effectiveness of the current juridical recording safety devises.

Key words: Public Registry, juridical recording safety, real estate transfer, forgery of transferor.

SUMARIO

1. Introducción
2. Antecedentes
3. Derecho Registral Principios de Derecho Registral
4. Funciones del Registro Público en nuestra sociedad
 - 4-1. Tercero Registral
5. Fraude Registral
6. Conclusiones
7. Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

A través de este trabajo les presento a ustedes algunas reflexiones sobre un problema jurídico que se está dando actualmente en relación al traspaso de bienes inmuebles y su registración en el Registro Público.

Sucede que una de las prioridades que tiene el Registro Público es el de dar seguridad jurídica registral a las personas tanto físicas como jurídicas que tienen inscritos derechos reales en dicho registro, no obstante lo anterior se ha venido dando un fenómeno que consiste en que se están realizando traspasos de bienes inmuebles ante el Registro Público suplantando la identidad del propietario registral con claro perjuicio económico para él, que de la noche a la mañana se ve despojado de dicho bien.

Esta grave situación desnuda la realidad que presenta el Registro Público al no dar seguridad jurídica registral a los propietarios de bienes inmuebles.

El presente trabajo pues tratará de llamar la atención sobre la existencia del problema y por otra parte hacer hincapié en que el Registro Público no ha logrado crear mecanismos de seguridad registrales idóneos para evitar este tipo de estafa registral.

2. ANTECEDENTES

El traspaso de bienes inmuebles de una persona a otra, en nuestro país, se realiza a través de la donación, la permuta, por vía de sucesión *mortis causa*, adjudicación en remate; siendo la compraventa uno de los negocios jurídicos más utilizados.

Podemos definir el contrato de compraventa en los siguientes términos:

“...La compraventa se define como un contrato en cuya virtud se traspasa la propiedad de una cosa, a cambio de un precio que se estipula. La persona que verifica la enajenación del objeto se llama “vendedor”, aquella a la cual se traspasa la propiedad

del mismo se denomina “comprador” y la operación que entre ambos se realiza vista por sus dos aspectos transmitivo y adquisitivo-compraventa [...]⁽¹⁾

El contrato de compraventa es un contrato bilateral, consensual y oneroso. Es bilateral pues produce obligaciones recíprocas para ambas partes, consensual pues se forma y se perfecciona sólo con el consentimiento de las partes y oneroso dado que el adquirente llega a ser dueño del objeto a través de la entrega de un contravalor que debe entregar al transmitente. Con respecto a la transmisión de bienes inmuebles en nuestro ordenamiento jurídico se rige el concepto de que dicho traspaso se perfecciona entre transmitente y adquirente por medio del nudo consenso, es decir basta el consentimiento de las partes para que el traspaso se tenga como perfecto entre las partes contratantes, no siendo necesario la entrega material del bien para tener por perfecta la venta.

El artículo 1049 del Código Civil establece: La venta es perfecta entre las partes desde que convienen en cosa y precio [...]⁽²⁾

La jurisprudencia costarricense refiere sobre el particular lo siguiente:

“Mediante el contrato de compraventa una persona denominada vendedor, transmitente se obliga a transmitir a otra llamada comprador la propiedad de un bien corporal a cambio del pago de un precio determinado [...]”-

De conformidad con los artículos 1007, 1008 y 1049 del Código Civil y 422 del Código de Comercio, este contrato se perfecciona desde que hay acuerdo de cosa y precio. El contrato de compraventa por ser de carácter consensual se perfecciona con el solo consentimiento de las partes independientemente

(1) Alberto Brenes Córdoba. *Tratado de las Obligaciones*. Costa Rica. Editorial Juricentro 1998, p. 106.

(2) Evelyn Salas Murillo y Eduardo Barrantes Gamboa. *Código Civil de Costa Rica y jurisprudencia*. Costa Rica. Editorial Biblioteca Jurídica Dike, primera edición 2002, p. 791.

del otorgamiento de la escritura "(Sala de Casación número 63 de las 14:30 horas del 3 de agosto de 1951 y número 193 de las 15 horas del 18 de diciembre de 1974). Tanto la cosa como el precio que por ella se paga, deben estar determinados en el contrato, o ser al menos determinables mediante elementos objetivos estipulados en la contratación misma, pues de lo contrario la venta no nace válidamente a la vida jurídica o se trata de una figura distinta de la compraventa (artículos, 627, 630, 835, 1007, 1049 y 1056 del Código Civil y 442 del Código de Comercio y sentencias de Casación número 68 de las 10:10 horas del 16 de agosto de 1951 y número 116 de 16:45 horas del 20 de diciembre de 1966) [...].⁽³⁾

1.1. Transmisión de los bienes inmuebles en relación con los terceros que no han sido parte en el contrato. Efectos registrales

En el ordinal 480 del Código Civil se establece que:

"La propiedad de muebles e inmuebles se trasmite con relación a las partes contratantes, por el solo hecho del convenio que tenga por objeto transmitirla, independientemente de su inscripción en el registro y de la tradición [...].⁽⁴⁾

Este artículo aporta un elemento importante en cuanto a la transmisión de bienes inmuebles y se refiere a la existencia del Registro Público concretamente al Registro de Propiedad. El Registro de Propiedad juega un papel como veremos más adelante muy importante en cuanto a la transmisión de bienes inmuebles en nuestro país.

(3) Resolución número 000293-F-99 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, a las diez horas cinco minutos del veintiocho de mayo de mil novecientos noventa y nueve. Sentencia número 340 de las 14 horas 50 minutos del cinco de diciembre de 1990.

(4) Evelyn Salazar Murillo y Eduardo Barrantes Gamboa. *Op. cit.*, p. 349.

El artículo 459 del Código Civil por su parte refiere sobre los diferentes documentos que deben ser inscritos en dicho registro y menciona propiamente los títulos sobre el dominio de bienes inmuebles. Dicho artículo literalmente dice:

“... En el registro de propiedad se inscribirán:

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

Los títulos en que se consigne el arrendamiento de inmuebles pueden o no inscribirse pero solo perjudicarán a tercero si se hubiera inscrito.[...]⁽⁵⁾

Por otra parte el artículo 455 del Código Civil expresa:

“Los títulos sujetos a inscripción que no estén inscritos no perjudicarán a tercero, sino desde la fecha de su presentación al registro. Se considerará como tercero aquel que no ha sido parte en el acto o contrato a que se refiere la inscripción.

No tendrá la calidad de tercero el anotante por crédito personal respecto de derechos reales nacidos en escritura pública con anterioridad a la anotación del decreto de embargo o de secuestro [...]⁽⁶⁾

Como pueden apreciar de las normas dichas, si bien en nuestro sistema jurídico la transmisión del derecho de propiedad se realiza a través del nudo consenso, para que dicho traspaso perjudique a terceros, es decir, a aquellos que no han sido parte en el contrato es necesario que el título de traspaso se haya presentado al Registro Público y se haya inscrito afectando a terceros a partir de la

(5) Evelyn Salazar Murillo y Eduardo Barrantes Gamboa. *Op cit.*, p. 320.

(6) Evelyn Salazar Murillo y Eduardo Barrantes Gamboa. *Op. cit.*, p. 320.

presentación del título. Esta regla es válida no solamente para los traspasos que se realizan a través del contrato de compraventa, sino que se aplica a todo acto jurídico o negocio jurídico en virtud del cual se traspasa un bien de un sujeto a otro, por ejemplo las donaciones, la sucesión *mortis causa*, la permuta para citar algunos.

Es interesante transcribir una resolución de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia en la cual se hace mención de los diferentes sistemas que regulan la transmisión de derechos reales en diferentes países, esto con el fin de confrontarlos con nuestro sistema jurídico y apreciar sus diferencias:

“Existen diferentes fuentes de los derechos reales, las cuales están constituidas por los hechos idóneos autorizados por el ordenamiento jurídico para generar su nacimiento o constitución y su efecto inmediato será la unión personal al nuevo titular. Como el derecho real puede o no existir en un momento determinado, nacimiento, constitución o adquisición de este que son conceptos distintos. Por ello hay diferentes sistemas de adquisición de los derechos reales e igualmente distintos modos de adquisición. Los sistemas más conocidos son el Francés, seguido por Costa Rica, del nudo consenso, cuya exigencia para la transmisión de los derechos reales se concreta al consentimiento de las partes, sin exigirse la tradición, también está el sistema Alemán donde los derechos reales sobre muebles se adquieren por la simple tradición sin exigirse el contrato y en los inmuebles por la tradición y la inscripción registral y el sistema del título y modo de España donde se requiere acuerdo y entrega [...]”⁽⁷⁾

La transmisión de un bien inmueble se efectúa entre las partes cuando acuerdan cosa y precio. Sin embargo, para que tal negocio jurídico afecte a terceros que no han figurado en la contratación es decir no han sido partes en el negocio jurídico y tenga efecto *erga omnes*, es decir oponible ante cualquier hombre deberá inscribirse ante el Registro

(7) Resolución número: 000431-F-00 Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia San José a las quince horas cincuenta y cinco minutos del siete de junio del año dos mil.

Público de la Propiedad, siendo que la compraventa es un contrato que no necesariamente para su validez tiene que ser registrado en el Registro Público, como tal, tiene valor frente a las partes contratantes, no obstante la necesidad de su registración obedece al principio de seguridad jurídica en virtud del cual para que este contrato sea eficaz, también para terceras personas, dicho contrato, tiene que registrarse.

Para efectos de garantizar la seguridad jurídica en las transacciones jurídicas de bienes inmuebles se hace necesaria su registración en el Registro Público, como mencionamos, líneas atrás, especialmente, tratándose de la transmisión de bienes inmuebles.

Ahora bien como es que se da en la práctica dicha registración. Tenemos en primer lugar la existencia de un bien inmueble perteneciente a un sujeto el cual desea traspasarlo a otro sujeto que desea adquirirlo por lo que acuden a la oficina de un Notario Público para que este funcionario dotado de fe pública por la ley redacte y confeccione el documento y lo eleve a documento público a través de su función notarial. Sin embargo esta situación no se daba en la antigüedad por muchas razones, una de ellas era que las comunidades eran pequeñas y por ello el traspaso de un bien de un sujeto a otro era de conocimiento de todos.

“En el principio las primeras agrupaciones humanas no necesitaron de un Notario, lo reducido del grupo permitía que los actos fueran conocidos por todos. En los albores de la humanidad estas manifestaciones de voluntad eran conocidas por la comunidad, se realizaban a través de acuerdos que podían, aunque en forma incipiente producir consecuencias jurídicas. Cuando los grupos fueron mayores buscaron medios más evidentes de demostración de los acuerdos, los pregonaban en la puerta de la ciudad en la edad antigua o bien en el púlpito de la catedral en la edad media [...].⁽⁸⁾

Posteriormente los acuerdos se documentaron y en su redacción ya intervenían expertos que eran capaces de redactar e interpretar la voluntad de las partes. Aquí se inicia la profesión del Notario como aquel profesional que realiza una función notarial entendiendo por ésta

(8) Herman Mora Vargas. *Manual de Derecho Notarial*. La Función Notarial, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. 1999, p. 28.

la función de recibir e interpretar adecuadamente, las manifestaciones de voluntad de quienes acuden ante su ministerio, redactar documentos referidos a contratos y otorgarles el carácter de ser auténticos.

El artículo 34 del Código Notarial reza:

“Alcances de la Función Notarial Compete al Notario: a) Recibir, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico las manifestaciones de voluntad de quienes lo requieran en cumplimiento de disposiciones legales, estipulaciones contractuales o por otra causa lícita, para documentar, en forma fehaciente, hechos, actos o negocios jurídicos [...].⁽⁹⁾

Una vez que las partes visitan la oficina del notario público este redacta un documento en su protocolo. Pero que entendemos por protocolo, a continuación exponemos su concepto.

“Algunos sostienen que protocolo viene del latin *protocolum* y este a su vez del griego “*protokollon*” cuyo propio significado es de primera hoja encolada o engomada. Protocolo viene a ser el libro que utiliza el notario en virtud del cual guarda en éste a través de su transcripción la voluntad de las partes, conservando esa génesis del acto jurídico. Pues bien el notario transcribe en su protocolo la voluntad de las partes, transmitir un bien inmueble de un sujeto a otro. De este documento protocolizado el Notario extiende lo que se denomina testimonio que viene a ser una copia exacta de la matriz copiada es decir es una copia del documento original que firmaron las partes. Los testimonios son documentos públicos emanados por un oficial público, son documentos extraprotocolares reproducciones de los instrumentos públicos que tiene el propósito de desplazar efectos jurídicos. El Notario o Notarios que están autorizados de las escrituras matrices son los llamados a expedir los testimonios en cualquier momento [...].⁽¹⁰⁾

(9) *Código Notarial*. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. Preparado por Hermán Mora Vargas. Ley No. 7764.

(10) Hermán Mora Vargas. *Manual de Derecho Notarial*. Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas 1999, p. 240.

Una vez que el notario inserta en su protocolo el acuerdo de voluntades expide un testimonio de la escritura firmada por las partes, y este documento es presentado por el Notario Público ante el Registro Público para su inscripción y producción de efectos jurídicos ante terceros.

La tramitación registral de un documento se realiza a través de los siguientes pasos:

1.3. La Anotación

Se da cuando una vez expedido el testimonio por parte del notario y le son pagados los derechos de registro y en el caso del traspaso de bienes inmuebles el respectivo impuestos de traspaso, se presenta este documento al Registro Público a la sección denominada DIARIO del Registro de la Propiedad Inmueble, pues también existe una oficina de Recepción de Documentos para el Registro Público de Bienes Muebles registrables.

Una vez presentado el documento al Diario los funcionarios le asignan por medio de mecanismos tecnológicos e informáticos un número que se denomina asiento de presentación, en el cual se indica una hora y día de presentación. Esto tiene vital importancia legal y registral como veremos más adelante cuando estudiemos los principios que uniforman la inscripción de documentos en el Registro Público.

“Una vez que se le ha asignado la presentación al documento, éste se anota debidamente en el inmueble correspondiente, lo cual significa que se da publicidad a terceros de que ese inmueble existe pendiente de registración un instrumento. La anotación deja de existir cuando el documento se inscribe debidamente [...].⁽¹¹⁾

Todo documento que se presente al Registro Público de la Propiedad Inmueble y del Registro Público de Bienes Muebles surte efectos respecto de terceros desde la fecha de su presentación, de tal manera que al anotarse el documento el derecho del anotante es oponible a terceros.

(11) Juan Carlos Rodríguez Cordero. *Contratos Privados Registrables*. Costa Rica. Editorial Editec Editores S.A., año V, 1991, p. 9.

1.4. La calificación

Una vez ingresado el documento al Registro Público el mismo es estudiado por los registradores con el objetivo de determinar si presentan defectos o no. El documento debe cumplir con requisitos de forma y de fondo para lograr su inscripción. El documento que tiene ante sí el registrador se presume válido y cierto dado que fue expedido por un notario público el cual se encuentra investido de fe pública. Ante esto el registrador no cuestiona si la firma puesta por las partes es verdadera o si en realidad las partes comparecieron ante el notario público a realizar el documento público, ello por cuanto el notario está dando fe de esa circunstancia, prerrogativa y competencia que es dada por el Código Notarial al notario público y conforma la esencia de su función.

El registrador valorará el documento, en el sentido de si cumple con requisitos formales y de fondo, por ejemplo si el nombre del compareciente y su identificación coinciden con el nombre registrado, el estado civil, domicilio, si realmente es la persona que en el registro aparece con derecho para otorgar el documento, si comparece a través de un apoderado verifica que la personería se encuentre vigente. Por el fondo analiza si el contrato se encuentra apegado a derecho y no viola ninguna disposición legal. Por ejemplo si un bien inmueble esta afecto a patrimonio familiar sólo lo puede transmitir el propietario pero con el consentimiento del cónyuge pero si no es así el registrador le pondría dicho defecto y el documento nunca podría inscribirse. Esta valoración que hace el registrador implica un análisis sobre la validez del documento, la existencia legal del objeto registrado y la capacidad de las partes para otorgar el documento.

Todo este análisis y valoración que se hace en esta etapa ayuda a determinar si hay o no un fraude en el traspaso de la propiedad.

Al final después de un análisis exhaustivo del documento si éste reúne los requisitos de forma y de fondo entonces el registrador procede a su inscripción.

1.5. Procedimiento de inscripción

Una vez que el documento se encuentra libre de defectos el registrador procede a digitarlo y con ayuda tecnológica procede a su inscripción en el Registro Público modificando los datos necesarios según el documento presentado. En el caso del traspaso de bienes

inmuebles se modifica todo lo relativo a la información del propietario su nombre, identificación, nacionalidad, domicilio, estado civil, etc. Los demás datos de la finca quedan iguales a no ser que en el documento de traspaso también se modificó alguna característica de éste como puede ser su cabida o su naturaleza.

1.6. Efectos de la inscripción

En relación a los efectos jurídicos de la inscripción de documentos existen tres sistemas; el constitutivo, el declarativo y el sustantivo. En el sistema constitutivo se da la constitución de derechos hasta que el documento logra su registración, de tal manera que para que quede constituido el derecho, deberá quedar inscrito el documento. En el sistema declarativo, que es el que sigue Costa Rica para los Bienes Inmuebles y Muebles, se llama así, por cuanto reconoce la preexistencia de los derechos reales, el derecho real se crea, se modifica o se extingue fuera del Registro Público. En el sistema sustantivo con la inscripción se opera el cambio sin que se requiera el acuerdo de transferencia una vez inscrito un bien inmueble se expide el certificado del título, este certificado es el documento que acredita la propiedad y para transferirla ésta se endosa el certificado.

Una vez inscrito en el Registro Público el documento afecta a terceros con todas las consecuencias que ello genera y en virtud del principio de publicidad registral quien consulte el Registro (lo cual puede hacer actualmente vía Internet a través de la dirección electrónica *WWW.registronacional.go.cr*) podrá tener la seguridad jurídica de que quien aparece como propietario de dicha finca es el legítimo propietario de la misma en virtud de la Fe Pública Registral.

“De acuerdo a este principio el titular de un derecho real no necesita de otra prueba para ser considerado como tal, basta la certificación del asiento, lo que significa que estos son verdaderos títulos de propiedad. Se puede presumir que lo que no aparezca en los asientos registrales, no existe en la realidad jurídica, disminuyendo así considerablemente las posibilidades de fraudes y engaños pues los efectos contra terceros comienzan desde el instante de la presentación del título al Registro Público [...].⁽¹²⁾

(12) Juan Carlos Rodríguez Cordero. *Op. cit.*, p. 10.

A partir de 1998, con la promulgación del Código de Notariado y algunas directrices dadas por la Dirección Nacional de Notariado, así como algunas reformas a la ley de inscripción de documentos en el Registro Público, se han dado algunas modificaciones en el trámite e inscripción de documentos públicos a partir de esa fecha. Todas estas modificaciones junto con otras ya existentes, buscan dar mayor seguridad jurídica al sistema jurídico de inscripción de documentos públicos para proteger tanto al propietario de bienes inmuebles como a terceros adquirentes de estos bienes.

Podemos señalar como modificaciones importantes las siguientes:

1. Uso de papel de seguridad. El papel de seguridad contiene código de barras y número de cédula del notario como número consecutivo y sello de agua impreso. Este papel identifica al Notario que realiza el documento, el cual solo es confeccionado por una empresa especializada y el notario debe de usarlo siempre en sus actuaciones protocolares y extraprotocolares.

2. Uso de boletas de seguridad. Estas boletas deben ser adheridas al testimonio que se presenta al Registro Público, si no se hace así el Registro no admite el documento para su estudio. Estas boletas tienen un número de serie. A cada notario se le entrega un grupo de boletas debidamente identificadas por este número de serie, de tal forma que el uso de la boleta también relaciona al Notario con el documento presentado. Es importante aclarar que en relación con este mecanismo de seguridad estaba vigente ya antes de 1998.

3. Sello blanco. Exigencia de un sello blanco del Notario Público de uso exclusivo para esta función según directrices de la Dirección Nacional de Notariado, el cual el notario debe utilizar cada vez que autoriza un documento, este sello imprime el nombre del notario, su condición de notario y su número de carné.

4. Exigencia de identificación de la persona que presenta el documento al Registro Público. Cada vez que se vaya a presentar un documento a la sección del diario del Registro Público, la persona que lo va a presentar debe identificarse poniendo su nombre y su firma en el documento y la fecha. Es necesario hacer la observación que la ley no obliga al Notario a presentar personalmente el documento al Registro Público, dado que esto lo puede hacer cualquier persona mayor de edad, puede ser asistente legal del notario o incluso alguna de las partes contratantes.

5. Poder Especial para realizar actos jurídico. Debe ser protocolizado (antes de 1998 se podía otorgar un poder especial en una simple hoja, sin embargo a partir de la promulgación de la ley No. 7764 publicada en la Gaceta número noventa y ocho Alcance 17 de 22 de mayo de 1998 el artículo 1256 se modificó, de tal forma que es necesario que el poder especial conste en escritura pública para poder realizar actos jurídicos que deben inscribirse en el Registro Público). Actualmente para realizar una compraventa de un bien inmueble a través de un apoderado especial, el poder debe estar debidamente confeccionado en escritura pública.

6. El Código de Notariado establece sanciones más fuertes a los notarios que causen grave perjuicio a las partes o a terceros en el desempeño de su función.

7. Los documentos que se presenten al Registro Público no pueden ir pegados con grapas sino con goma. Esto se dio sobre todo por el sistema computarizado que ha aplicado el Registro Público recientemente, ya que no se admite el uso de grapas, a la vez da cierta seguridad creemos tener un documento íntegro.

8. Los derechos de registro e impuesto de traspaso deben ser pagados inmediatamente y totalmente, vía entero bancario, a la hora de presentar el documento al Registro Público, sino se hace así el documento se le cancela la presentación y se tiene por no presentado.

9. Control cruzado en la información sobre identidad y estado civil de las personas entre el Registro Público y el Registro Civil.

3. DERECHO REGISTRAL. PRINCIPIOS DE DERECHO REGISTRAL

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

Por ello se hace necesario y obligatorio que en relación a los bienes inmuebles se dé su debida registración en el Registro Público de

la Propiedad. Al darse la registración de un bien inmueble a favor de una persona esta aparecerá ante terceros como la legítima propietaria del bien inmueble con efectos *erga omnes* es decir efectos jurídicos que afectan a todos los miembros de la sociedad.

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

“Una de las funciones del Registro Público es dar publicidad entendiendo por esta como la acción de hacer pública una cosa “en este caso la existencia de un derecho, a través de los registros que pueden ser consultados. Considerando desde un punto de vista general, la publicidad de los derechos reales es ante todo una cuestión de seguridad en la operación sobre inmuebles”.⁽¹³⁾ El principal efecto derivado de la publicidad registral estriba en la seguridad jurídica que se les brinda a las personas que consultan el registro, previo a la realización de un negocio jurídico. Este principio de seguridad trasciende la esfera registral y se contempla como un valor fundamental de la sociedad. Así la seguridad es intrínseca a la naturaleza humana trasciende todos los ámbitos de su vida salud abrigo, bienestar alimentos...”.⁽¹⁴⁾

Para que el traspaso de un bien inmueble tenga publicidad no sólo a nivel registral sino en cuanto a toda la sociedad es requisito indispensable su inscripción en el Registro Público. El Registro Público se constituye como un medio de publicidad declarativo, para proteger mediante la inscripción registral a los terceros, dándole certeza y seguridad inmobiliaria en nuestro país.⁽¹⁵⁾

(13) Adán Alberto Campos citado por Luz Mery Rojas. *La publicidad registral previa como medio de protección contractual*. Tesis para optar por el título de Licenciado en Derecho. Costa Rica. Universidad de Costa Rica, 1996, p. 183.

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

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

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

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

Por su parte Villario los define como el conjunto de normas y principios que regulan la organización, el funcionamiento y los efectos de la publicidad registral en función de la constitución, transmisión, modificación y extinción de los derechos reales sobre inmuebles.”⁽¹⁶⁾

“El derecho Inmobiliario registral como el conjunto de normas de derecho Civil que regulan las formas de publicidad de los actos de constitución, transmisión etc. de los derechos reales sobre fincas y las garantías de ciertos derechos personales o de crédito a través del registro de propiedad”.⁽¹⁷⁾

Existen en el Derecho Registral una serie de principios que regulan uniforman y dan vida a la función que realiza el Registro Público. A este como institución que le incumbe y tiene como una de sus funciones mas importantes la registración de los Traspasos de Bienes Inmuebles que se dan día con día en nuestro país, debe respetar y poner en práctica dichos principios.

(16) Atilio Américo Cornejo. *Derecho Registral*. Argentina Editorial Astrea 1994, p. 11.

(17) José Luis Lacruz Berdejo. *Derecho Inmobiliario Registral*. España. Editorial Dykinson, segunda edición 2003, p. 10.

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

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

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

4. FUNCIONES DEL REGISTRO PÚBLICO EN NUESTRA SOCIEDAD

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

“Así, la finalidad primaria de la publicidad registral queda patente, la protección del tráfico, la agilización de las transacciones inmobiliarias, al suplir con la garantía que supone la consulta de un Registro Público, las complicadas indagaciones sobre la titularidad de los derechos que en otro caso, sería preciso practicar”.⁽¹⁸⁾

El artículo 1 de la ley de inscripción de documentos en el Registro Público señala “Artículo 1: El propósito del registro nacional es garantizar la seguridad de los bienes o derechos inscritos con respecto a

(18) José Luis Lacruz Berdejo. *Op. cit.*, p. 1.

terceros. Lo anterior se lograra mediante la publicidad de estos bienes o derechos. En lo referente al trámite de documentos su objetivo es inscribirlos. Es de conveniencia pública simplificar y acelerar los trámites de recepción e inscripción de documentos, sin menoscabo de⁽¹⁹⁾ la seguridad registral.

Son contrarios al interés publico las disposiciones o los procedimientos que entorpezcan esos trámites o que, al ser aplicados ocasionen tal efecto.”⁽²⁰⁾

Por su parte el artículo 1 del reglamento del Registro Público número 26771-j nos dice: Artículo 1 Del registro: El Registro Público tiene bajo su competencia y a solicitud de parte la registración y la expedición de certificaciones acerca de la constitución, modificación, y extinción de derechos sobre propiedad inmueble, hipotecas comunes y de cédulas, sociedades mercantiles y civiles asociaciones civiles, poderes de personas físicas y concesiones de la zona marítima terrestre y Golfo de Papagayo, valiéndose para ello de técnicas de microfilm y cualquier otra tecnología moderna.”⁽²¹⁾

De igual manera el artículo 21 del reglamento señala: “El Registro de la propiedad inmueble se inscribirá todo lo relativo al título del dominio a los gravámenes, y afectaciones y cualquier otro derecho real o personal que afecten los bienes inmuebles allí inscritos”.⁽²²⁾

En el mismo sentido la Sala Primera de la Corte en sentencia dictada número 060-F-91 de las 15 horas del 24 de abril de 1991 sobre el particular dijo” [...] III. El Registro Público de la propiedad tiene como fin fundamental la inscripción, seguridad y publicidad

(19) José Luis Lacruz Berdejo. *Op. cit.*, p. 1.

(20) Ley sobre inscripción de documentos en el Registro Público. Artículo 1.

(21) Reglamento del Registro Público número 26771-j.

(22) Reglamento del Registro Público número 26771-j.

de los Derechos reales. Todo lo relativo al nacimiento, vicisitudes y extinción de estos además de ser trascendente para su titular, adquiere gran relevancia en cuanto a los terceros, quienes solo por la publicidad registral tiene acceso al conocimiento de la situación exacta de esos derechos, tanto en cuanto pueden confluir con otros derechos reales como respecto de las incidencias de los derechos personales sobre ellos”.⁽²³⁾

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

En forma ya específica el artículo 459 de nuestro Código Civil determina cuáles son los documentos que se inscriben en el Registro Público de Propiedad. Este artículo nos expresa lo siguiente:

“Artículo 459: Dominio y otros derechos. En el Registro de Propiedad se inscribirán:

1. Los títulos de dominio sobre inmuebles.
2. Aquellos en que se constituyan, reconozcan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, servidumbres y cualesquiera otros derechos reales diversos del de hipoteca...”.⁽²⁴⁾

Según queda visto de la normativa expuesta y doctrina consultada que una de las funciones mas importantes cumple el Registro Público es la de registrar aquellos documentos en los cuales se traspasen bienes inmuebles de un sujeto a otro o de un titular registral a otro, y con ello dar publicidad y seguridad registral a dichos documentos.

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

(23) En el mismo sentido la Sala Primera de la Corte en sentencia dictada número 060-F-91 de las 15 horas del 24 de abril de 1991.

(24) Evelyn Salas Murillo y Jaime Barrantes. *Op. cit.*, p. 329.

4.1. Tercero registral

Análisis del artículo 455 del Código Civil

El tema de tercero registral tiene íntima relación con el principio de publicidad registral una de las funciones del Registro Público. Esto por cuanto una vez inscrito en el Registro Público un traspaso de un bien inmueble, éste afectará a los terceros que no han sido parte en el acto o contrato según quedó visto de la lectura del artículo 455 del Código Civil el cual de seguido se transcribe:

“Los títulos sujetos a inscripción que no estén inscritos no perjudican a tercero, sino desde la fecha de su presentación al Registro.

Se considerará como tercero aquél que no ha sido parte en el acto o contrato a que se refiere la inscripción.

No tendrá la calidad de tercero el anotante por crédito personal, respecto de derechos reales nacidos en escritura pública con anterioridad a la anotación del decreto de embargo o de secuestro.

Sin embargo, si la escritura pública fuera presentada al Registro después de tres meses de su otorgamiento y existiere ya una anotación de embargo, o de secuestro, éstas prevalecerán sobre aquella, a menos que la persona que derive su derecho de la escritura logre demostrar en juicio ordinario contra el anotante que su derecho es cierto y no simulado, juicio que deberá plantear dentro de los tres meses siguientes a la fecha de presentación de la escritura y respecto del cual regirán las disposiciones del artículo 978.

Al inscribirse las escrituras por derechos reales presentadas dentro de los tres meses siguientes a su otorgamiento, se prescindirá de las anotaciones o inscripciones de embargo de que se ha hecho mérito sin necesidad de gestión u recurso, o de resolución que así lo declare, y el registrador pondrá al

margen de los asientos de las referidas anotaciones o inscripciones, razón de haber quedado sin ningún valor ni efecto, en cuanto a los bienes o derechos respectivos, en virtud de los dispuesto en este artículo. (Reformado por Ley 2928 de 5 de diciembre de 1961).⁽²⁵⁾

De la lectura y análisis de la norma de comentario, es preciso aclarar al lector que debemos entender por tercero registral que no es lo mismo desde ya lo decimos que el tercero civil que no ha sido parte en el acto o negocio jurídico que se trate, como se verá más adelante.

Para ello desarrollaremos a continuación los conceptos de tercero y de parte en la relación jurídica.

A continuación exponemos una sentencia interesante que dictó la Sala Constitucional sobre los alcances de la norma contenida en el artículo 455 del Código Civil y sobre la importancia que revista la seguridad registral en nuestro Ordenamiento Jurídico.

“I.- En esta acción de inconstitucionalidad se cuestionan las actuaciones del Juzgado Civil de San Carlos y del Tribunal Superior de esa localidad, realizadas dentro de una tercería excluyente de dominio planteada por el accionante, por entender que se interpretó inconstitucionalmente el artículo 455 del Código Civil y se falló en contra del accionante al amparo de tal interpretación... II. Alternativamente, la acción se dirige también contra el texto mismo del artículo 455 del Código Civil, según fue reformado por la Ley número 2928 del cinco de diciembre de mil novecientos sesenta y uno, pues a juicio del recurrente su contenido es contrario a los artículos 11, 39, 40, 41 y 45 de la Constitución Política. Importa destacar qué se pide a esta. Se debe confrontar con el Régimen Constitucional vigente la estructura de regulaciones establecida por el legislador en el artículo 455 del Código Civil, por lo que debe entonces quedar claramente establecido que

(25) Evelyn Salas Murillo y Jaime Barrantes. *Op. cit.*, p. 329.

esa es exclusivamente su tarea en este caso, mas no la de describir o precisar desde la perspectiva del Derecho Civil, los variados contenidos jurídicos incluidos en la norma jurídica en cuestión. Es importante tener esto en cuenta para obviar involucrarse en temas que son propios de la materia civil, e impedir que de alguna manera se pretenda dar rango constitucional a ciertos principios y nociones que son propios de esa especialidad, como por ejemplo el sistema de prelación entre derechos reales y personales y en general las llamadas registrales por el accionante.

III. De previo al análisis de la norma, es útil señalar que, antes de la reforma que se ataca, el texto del artículo 455 del Código Civil era el siguiente:

Artículo 455. Los títulos sujetos a inscripción que no estén inscritos, no perjudican a tercero, sino desde la fecha de su presentación en el Registro. Se considerará como tercero aquel que no ha sido parte en el acto o contrato a que se refiere la inscripción.

La Ley número 2928 del cinco de diciembre de mil novecientos sesenta y uno, le agregó a este texto, tres párrafos más, por lo que actualmente el texto vigente dice:

Artículo 455. Los títulos sujetos a inscripción que no estén inscritos, no perjudican a tercero, sino desde la fecha de su presentación en el Registro.

Se considerará como tercero aquel que no ha sido parte en el acto o contrato a que se refiere la inscripción.

No tendrá la calidad de tercero el anotante por crédito personal, respecto de derechos reales nacidos en escritura pública con anterioridad a la anotación del decreto de embargo o de secuestro.

Sin embargo, si la escritura pública fuera presentada al Registro después de tres meses de su otorgamiento

y existiere ya una anotación de embargo, o de secuestro, estas prevalecerán sobre aquella, a menos que la persona que deriva su derecho de la escritura logre demostrar en juicio ordinario contra el anotante que su derecho es cierto y no simulado, juicio que deberá plantear dentro de los tres meses siguientes a la fecha de presentación de la escritura, y respecto del cual regirán las disposiciones del artículo 978.

Al inscribirse las escrituras por derechos reales presentadas dentro de los tres meses siguientes a su otorgamiento, se prescindirá de las anotaciones o inscripciones de embargo de que se ha hecho mérito, sin necesidad de gestión u ocurso, o de resolución que así lo declare, y el registrador pondrá al margen de los asientos de las referidas anotaciones o inscripciones, razón de haber quedado sin ningún valor ni efecto, en cuanto a los bienes y derechos respectivos, en virtud de lo dispuesto por este artículo.

SOBRE EL VALOR JURÍDICO DE LAS ACTOS PRESCRITOS EN EL ARTÍCULO 455 DEL CÓDIGO CIVIL. El primero de los dos aspectos que se atacan a la norma transcrita, se refiere al procedimiento al mecanismo en sí que ha sido fijado por la ley para establecer la prelación entre anotaciones correspondientes a derechos reales y personales, que se acusa de irracional y desproporcionado, así como violatorio del derecho de defensa. Para la Sala, el artículo 455 como integrante del sistema elegido por nuestro país parte de la base de que todo aquel que adquiere un derecho real (de los sujetos a inscripción en el Registro Público) sobre un inmueble, debe presentar la escritura correspondiente a dicha oficina prontamente para que se proceda a su registro pues la prioridad que conlleva la inscripción así lo exige. Existe entonces un marcado interés, fundado en razones de orden y seguridad jurídica, para que la inscripción ocurra con prontitud y el legislador arbitra incluso ciertas medidas en favor del adquirente para los casos en que tal presentación puntual

del documento al Registro no se cumpla por razones fortuitas, y sobre el bien transmitido recaigan anotaciones y embargos por créditos personales. La primera de estas medidas consiste en dar prioridad por un plazo de tres meses contados a partir del otorgamiento de la escritura, a la solicitud de registro del derechohabiente por encima de las anotaciones y embargos por crédito personal que pretendan inmovilizar el bien. Esto significa que el interesado puede presentar su documento al Registro Público hasta tres meses después de haberse confeccionado, sin que tenga que preocuparse por cualquier anotación por crédito personal que haya recaído sobre el bien entre el momento en que se confeccionó la escritura de traspaso y la presentación del instrumento al Registro. Pero si el adquirente desaprovecha del plazo recién señalado, y no presenta su escritura de traspaso dentro los tres meses de otorgada, pierde entonces la posibilidad de una inscripción sin trabas porque las anotaciones por crédito personal cobran relevancia como lo que son, es decir, obstáculos a la disponibilidad del bien y no pueden ya ser obviadas de forma automática. Frente a esta última situación (la de que el adquirente –por alguna razón– no haya podido presentar su escritura dentro de los tres meses siguientes a su otorgamiento y se encuentre con que no se puede librarse de anotaciones por crédito personal practicadas sobre el bien), se regla una segunda medida protectora del adquirente, que consiste en otorgarle la posibilidad de hacer prevalecer su escritura por medio de un juicio ordinario contra los anotantes, dirigido a demostrar que su derecho es cierto y no simulado⁽²⁶⁾

La Sala primera de la Corte Suprema en resolución dictada a las nueve horas cuarenta y cinco minutos del veintisiete de mayo de mil novecientos noventa y cuatro en relación a la norma citada indicó:

(26) Evelyn Salas Murillo y Jaime Barrantes. *Op. cit.*, p. 279.

“III. Obviamente el accionante acude, en sustento de su tesis, a la figura del tercero protegido por el registro. En relación textualmente expresa: “...Yo soy un tercero a como he dicho y define este artículo refiriéndose al 455 del Código Civil al rezar en su párrafo segundo así se considera como tercero aquel que no ha sido parte en el acto o contrato a que se refiere la inscripción, en tal sentido añade con respecto al documento de hipoteca que pretende se anule su inscripción soy un tercero que nunca figuré en el mismo...”. Al socaire de lo anterior según reclama no fueron observados en su favor, los principios de prioridad y de publicidad registral al inscribirse conjuntamente los documentos con lo cual se le ha irrogado graves perjuicios. Sentado lo expuesto es menester determinar si a la luz de las circunstancias particulares propias del caso sub-júdice califica el señor como tercero de merecedor del beneficio derivado de la fe pública registral. Sabido es de conformidad con los principios informadores del derecho registral que la buena fe del tercero se erige como requisito esencial para su protección. Tal idea (buena fe) dentro del contexto de comentario extraña una connotación registral. En primer término –de ahí arranca su particularidad– supone la existencia de una inexactitud registral, sea la disconformidad o infidelidad de los datos emanados del registro con respecto a la realidad jurídica. Pues bien la buena fe del tercero estriba en el desconocimiento de esa inexactitud o disparidad. En sentido positivo hablando ya no de desconocimiento o ignorancia podría enunciarse como el estado psicológico de quien confía en el registro. En virtud de ello no sabiendo que la afirmación registral es diferente a la realidad jurídica, actúa conforme a dicha información...”⁽²⁷⁾

(27) Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución de las nueve horas, cuarenta y cinco minutos del nueve de mayo de mil novecientos noventa y cuatro.

Es importante traer a colación estas resoluciones judiciales precisamente por cuanto fija por un lado los alcances jurídicos producidos por la presentación de la escritura al Registro Público dentro de los tres meses de su otorgamiento, la posición jurídica del tercero que no ha sido parte en el negocio, además por cuanto refleja el cambio normativo que se dio con la reforma introducida en 1961 según mencionamos antes y algo muy importante y es que determina la necesidad de que el tercero registral haya obrado de buena fe según queda visto.

En virtud de lo anterior nos preguntamos entonces qué debemos entender por tercero registral según los alcances del artículo 455 del Código Civil.

Aunque el estudio del presente trabajo no lo es específicamente la figura jurídica del tercero registral, si es importante su estudio por la razón de que este tercero tendrá relación directa con el Registro Público y la protección jurídica que esta institución otorga.

“La doctrina comienza generalmente la explicación de la figura del tercero hipotecario o titular protegido por el registro comparándolo con la del llamado tercero civil que se deduce del artículo a cuyo tenor los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos. Son terceros entonces aquellos que no son parte, que no se vinculan en el contrato. Es asimismo parte en el contrato quien, sin haber concurrido a él ha heredado a quien lo celebró y al aceptar la herencia, ha sucedido tanto en los derechos como en las obligaciones de su causante [...]. Parte dice la S 15 de noviembre 1982 en el sentido contractual del término es únicamente aquella que otorga, celebra o concierta un contrato y por exclusión todos aquellos en quienes no concurra esa condición o la de ser heredero de algunos de los sujetos del contrato, tienen con relación al mismo la consideración de tercero [...]. El requisito del tercero para quien se acoge a la protección del registro, significa que ha adquirido unos bienes o derechos que reclama otro sujeto con el cual el no ha contratado. Se observa pues que el tercero es en estos casos:

- a) Un adquirente de bienes inmuebles o derechos reales sobre ellos.
- b) Ajeno a unos actos o contratos que determinan, condiciona o excluyen la titularidad de su transferente.⁽²⁸⁾

“El principio de inoponibilidad es aquel principio hipotecario en virtud del cual los títulos de dominio o de derechos reales no inscritos ni anotados en el registro, no afectan ni perjudican al Tercero que inscribió su derecho en el Registro.”⁽²⁹⁾

Una vez definido el tercero en general respecto a una relación jurídica podemos ocuparnos ya del concepto de tercero hipotecario que reúne una serie de notas o características que son las siguientes:

1. La ya vista, para el tercero en general es decir no ser parte en una relación jurídica.
2. Ser además parte en otra relación jurídica distinta de la obligación jurídica anterior.
3. Conexión de las dos relaciones jurídicas.
4. Que una de las dos relaciones jurídicas afecte a la otra.
5. Que ha de ser un titular registral, pero no necesariamente un adquirente o subadquirente”.⁽³⁰⁾

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

(29) José Manuel García García. *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*. Tomo II. Editorial Civitas S.A. Madrid, 1993, p. 29.

(30) José Manuel García García. *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*. Editorial Civitas S.A. Madrid. 1993. Tomo II, p 36.

5. FRAUDE REGISTRAL

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

Pareciera de acuerdo a todos los mecanismos de seguridad mencionados que son suficientes para que todos los propietarios de bienes inmuebles duerman tranquilos sabiendo que sus propiedades no corren peligro; sin embargo debemos indicar que ha ido en aumento el traspaso ilegal de propiedades a través de la suplantación física del transmitente con perjuicio para el propietario registral.

Esta problemática viene desde años atrás y ha tomando fuerza en los últimos años a partir aproximadamente desde el año 1998; basta leer los encabezados de los diarios nacionales y verificar la estadística en la Sección Especializada de Fraudes del Ministerio Público⁽³¹⁾ para palpar tal realidad.

(31) Entrevista de Carmen Madriz Varga Fiscal de la Unidad de Fraudes del Ministerio Público y estadística de 300 casos que actualmente están en investigación citada en Edgar Castrillo Brenes y otros Mecanismos Registrales vigentes a agosto del 2006 dentro del procesos de traspaso de bienes inmuebles que permiten la suplantación del transmitente. Tesis para optar por el postgrado de Maestría profesional en Derecho. Costa Rica. Universidad de las Ciencias y el Arte. Enero 2007, pág. 14. Ronald Moya Chacón “Nueve acusados por venta de propiedades, entre ellos tres abogados “En La nación sección El País San José, Costa Rica, 24 de mayo de 1996, Ronald Moya Chacón “50.000 millones en fraudes por propiedades” En: La Nación, sección El País, San José, Costa Rica, 3 de junio de 1996. Ronald Moya Chacón “Usan a ancianas en fraude con tierras” En: La Nación, sección el País, San José, Costa Rica, 4 de junio de 1996. Mónica Ángel Berger “Los pillos están en la calle” En: La Nación, sección Opinión, San José, Costa Rica, 8 de setiembre de 1999. Monserrat Solano Carboni “Sube fraude en el Registro” “Fiscalía de Estafas Tramitadas 300 denuncias “En: La Nación, sección nacionales, San José Costa Rica, 20 de mayo del 2001. Carlos Arguedas C. “Persiste Fraude de Propiedades” “Fiscalía recibe 20 denuncias al mes” Ministro

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

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

El fraude se realiza de diversas formas:

1. Mediante la suplantación de la identidad del propietario utilizando como instrumento u herramientas para ello la falsificación de su firma.
2. Falsificación de la cédula de identidad o identificación del propietario registral.
3. Falsificación de testimonios de escrituras públicas que se presentan ante el Registro Público.

señala a tres registradores y algunos notarios “ En: La Nación, sección Nacionales, San José, Costa Rica 12 de junio del 2002 Dagoberto Sibaja, Director del Registro Nacional “Registro Nacional NO Castiga” En La Nación, sección Opinión, San José, Costa Rica, 21 de enero 2003. Irene Vizcaíno “Fraudes de Notarios resultan imparables “Registro Civil y Nacional les achacan la responsabilidad” En: La Nación, sección Sucesos, San José, Costa Rica, 30 de enero de 2005, Rodolfo Martín “Escandaloso Fraude con Bienes”. Inicialmente 14 personas han sido estafadas y el perjuicio es de 2500 millones. En Al Día, sección suceso el 27 de octubre de 2005. Paola Hernández Chavarría “Detienen Sospechosos de Fraude con propiedades “En Diario Extra, sección Sucesos, San José, Costa Rica, 24 de noviembre de 2001, diciembre de 2005 citadas en Edgar Castrillo Brenes y otros Mecanismos Registrales vigentes a agosto del 2006 dentro del proceso de traspaso de bienes inmuebles que permiten la suplantación del transmitente, tesis para optar por el postgrado de Maestría profesional en Derecho, Costa Rica, Universidad de las Ciencias y el Arte. Enero 2007, pág. 14.

4. Utilización de poderes especiales falsos.
5. Utilización de boletas de seguridad y papel de seguridad que se le han extraviado a un notario.
6. Imposición de hipotecas sobre el bien falsificando la firma o identificación del propietario.

Muchas veces participan notarios en la realización del Fraude Registral.

Podríamos afirmar que este fenómeno ha ido burlando todas las seguridades registrales mencionadas, de forma tal que para los funcionarios del Registro Público, esta situación es conocida no como fraude registral sino como fraude notarial, dado que por lo general la sustracción del transmitente, se lleva a cabo mediante la usurpación vía instrumental de su identidad y para ello puede hacerse uso de la cédula de identidad del impostor, la cual se modifica para que su fotografía coincida con los datos del ofendido por lo que éste resulta un medio bastante efectivo para lograr el despojo registral, complementado ello mediante el uso de poderes especiales los que no se inscriben y también son falsificados de forma tal que ello da como consecuencia, una gran cantidad de estos fraudes en donde se encuentra por lo general involucrado un notario. Éste es el que se encarga de redactar o presentar poderes especiales, mismos que en muchos de los casos se otorgan sin la existencia de matriz alguna, con el argumento de algunos notarios de que simplemente prestaron su protocolo, resultando en consecuencia, de muy difícil demostración el dolo con que actúa, de forma tal que las sanciones establecidas para este tipo de actuaciones, son tenues sin que ello implique una suspensión en vía administrativa de manera definitiva.

En todos estos trasposos ilegítimos el medio más común para ejecutarlos ha sido la compraventa, sea en su modalidad de pura y simple o bien, aquella que se efectúa mediante apoderado, donde un tercero grava el bien y luego este sale a remate. Todo ello implica una gran cantidad de denuncias ante los tribunales de justicia.

A pesar de que de 1998 a la fecha, se han venido gestando reformas importantes en las leyes ya mencionadas antes, se ha agravado más el problema,⁽³²⁾ sin que se pueda resolver de forma definitiva el

(32) Entrevista realizada a la Licenciada Fabiola Varela Mata. Asistente Legal de la Ministra de Seguridad Pública, San José, 13 de diciembre de 2005. Entrevista al señor Dagoberto Sibaja, Director del Registro Nacional, San

traspaso mediante la suplantación del transmitente lo que ha significado un perjuicio hacia estos, quienes de la noche a la mañana han perdido su patrimonio, lo que ha generado no sólo pérdidas millonarias en beneficios de aquellos quienes han urdido este tipo de fraudes sino que ha ocasionado la saturación de los Tribunales de Justicia, merced a las denuncias de quienes han sido despojados de sus propiedades y que han debido accionar intentando con ello rescatar las mismas. Sobre el particular huelga decir, que este problema se acrecienta aún más para el afectado cuando dependiendo en que la víctima accione en la vía civil o penal obtendrá un resultado diverso como se puede inferir de las resoluciones de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia⁽³³⁾ y de la Sala Casación Penal⁽³⁴⁾ de las nueve horas, treinta minutos del tres de abril de mil novecientos noventa y ocho.

José, 13 de diciembre de 2005. Edgar Castrillo Brenes y otros Mecanismos Registrales vigentes a agosto del 2006 dentro del procesos de traspaso de bienes inmuebles que permiten la suplantación del transmitente. Tesis para optar por el postgrado de Maestría profesional en Derecho. Costa Rica. Universidad de las Ciencias y el Arte, Enero 2007, pág. 14.

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

Lo cierto es que a pesar de toda la institucionalidad jurídica que tiene el Registro Público y de la enorme responsabilidad que tiene la institución ante la sociedad de ser garante de la seguridad jurídica registral que no es ni mas ni menos que de la seguridad jurídica o certeza que todos los ciudadanos debemos tener en cuanto a la protección jurídica de nuestras propiedades ante terceras personas, el Registro Público no ha implementado hasta ahora medidas urgentes para resolver el problema de la grave inseguridad jurídica registral que estamos viviendo. Desde esa óptica así como están las cosas el Registro Público en lugar de ser garante de la seguridad Jurídica tal y como lo señala su ley de constitución es al contrario un mecanismo del que se están valiendo los delincuentes para realizar estafas registrales millonarias en claro perjuicio para los ciudadanos honestos, sirva el presente artículo para llamar la atención sobre un problema tan grave que nos aqueja y que tan poco se ha hecho para solucionarlo.

Considero que el Registro Público debe de inmediato crear nuevos mecanismos de seguridad Registral que den seguridad jurídica registral protegiendo al propietario registral de eventuales suplantaciones que vulneren su derecho de propiedad. Proponemos para tal efecto algunas sugerencias que acotamos de seguido:

1. Poner en práctica el uso de la firma digital o la huella digital encriptada del transmitente insertada en el documento de traspaso.
2. La utilización de Internet para informar a los propietarios sobre los cambios registrales de su propiedad en su correo electrónico.
3. Promover un cambio en el sistema registral que nos rige para establecer la necesidad de expedición por parte del Registro

(34) Sala Tercera, resolución de las nueve horas treinta minutos, del tres de abril de mil novecientos noventa y ocho. "...A juicio de esta Sala la importancia de la publicidad registral y sus principios no pueden prevalecer sobre el derecho de la primera víctima el legítimo propietario originariamente despojado en forma fraudulenta de mantener la titularidad plena sobre sus bienes o en todo caso el derecho a ser restituido en el goce de los mismos. Los incumplimientos, vicios, errores o defectos en los bienes adquiridos dentro del tráfico comercial encuentran terreno de regulación en el Código Civil y en lo que a su materia toca... Pero cuando una negociación surge, se modifica o se estructura sobre la base de falsedades documentales, es el derecho penal al que le compete declarar la existencia del hecho su responsable y determinar las consecuencias jurídicas que conlleva...".

Público y cuando el traspaso se inscriba de un certificado de propiedad, el cual deberá el propietario presentarlo cuando quiera transmitir su bien a otra persona o quiera gravarlo.

4. Obligación de los notarios de presentar personalmente los documentos otorgados ante ellos, en el Registro Público y no a través de terceros.

Lo cierto de todo es la necesidad urgente e inmediata que tienen el Registro Público y sus jerarcas de crear mecanismos seguros que resuelvan el problema lo cual hasta ahora lo que tenemos es inseguridad jurídica registral.

6. CONCLUSIONES

A pesar de que en cuanto a la adquisición de derechos reales en nuestro sistema jurídico se establece el nudo consenso entre las partes como principio rector, ante terceros y sobre todo ante terceros registrales es necesario la inscripción de los documentos públicos ante el Registro Público para que dicho acto jurídico produzca efectos jurídicos con eficacia ante terceros.

El Registro Público es creado y tiene su razón en la necesidad de establecer la seguridad jurídica registral en el entendido de que cualquier cambio modificación o transformación de derechos reales se llevara a cabo a través de su registración el cual afectará a terceros desde su presentación ante el Registro. Entendiéndose que la información que da el Registro Público es fidedigna y tiene fe pública.

No obstante lo anterior se da en la actualidad una situación grave que consiste en el hecho de que se están registrando ante el Registro Público traspasos de bienes inmuebles en los cuales se realiza la suplantación de identidad del propietario registral lo cual se hace a veces a través de la cooperación de notarios y otras veces se realiza con engaño al notario sobre la identidad del transmitente.

Este fenómeno perjudica profundamente a los propietarios quienes son despojados injustamente de sus bienes sin haber ellos dado su consentimiento ni haber firmado la escritura de traspaso.

A pesar de que la principal obligación del Registro Público es dar seguridad jurídica registral, dicha obligación no la está cumpliendo el Registro Público a cabalidad y al contrario actúa con negligencia al no

promover cambios inmediatos en la registración de bienes inmuebles ni crear mecanismos de seguridad registral que protejan la identidad de los propietarios transmitentes.

A continuación sugiero algunas medidas que se pueden poner en práctica para paliar un poco los efectos perniciosos que conlleva la suplantación del transmitente en traspaso de bienes inmuebles.

1. Poner en práctica el uso de la firma digital o la huella digital encriptada del transmitente insertada en el documento de traspaso.
2. La utilización de Internet para informar a los propietarios sobre los cambios registrales de su propiedad en su correo electrónico.
3. Promover un cambio en el sistema registral que nos rige para establecer la necesidad de expedición por parte del Registro Público y cuando el traspaso se inscriba de un certificado de propiedad, el cual deberá el propietario presentarlo cuando quiera transmitir su bien a otra persona o quiera gravarlo.
4. Obligación de los notarios de presentar personalmente los documentos otorgados ante ellos, en el Registro Público y no a través de terceros.

Lo cierto de todo es la necesidad urgente e inmediata que tienen el Registro Público y sus jerarcas de crear mecanismos seguros que resuelvan el problema lo cual hasta ahora lo que tenemos es inseguridad jurídica registral.

BIBLIOGRAFIA

- ARIAS MORA, Kristy y CÓRDOBA BALTODANO, Fernando. *Las funciones modificadora y certificadora de la base de datos del Registro Público de la Propiedad Inmueble como garantía de cumplimiento de los principios de publicidad y fe pública registral*. Tesis de Grado, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho. Mayo 2003.
- BARRANTES ECHAVARRÍA, Rodrigo. *Un camino al conocimiento: Un Enfoque Cuantitativo y Cualitativo*. Costa Rica. Editorial EUNED. Año 2004.
- BRENES CÓRDOBA, Alberto. *Tratado de los Bienes*. Editorial Juriscentro. Séptima Edición. San José, Costa Rica, 2001.
- BRENES CÓRDOBA, Alberto. *Tratado de las Obligaciones*. Costa Rica. Editorial Juricentro. Año 1998.
- BRENES CÓRDOBA, Alberto. *Tratado de los Contratos*. Editorial Juricentro. Costa Rica, Año 1985.
- CORNEJO, Américo Atilio. *Derecho Registral*. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1994.
- Cossio Alfonso de. *Instituciones de Derecho Civil*. España, Editorial Alianza. Año 1975.
- Diccionario Jurídico Espasa*. Fundación Tomás Moro. Madrid, 1993. España.
- DÍEZ-PICAZO, Luis. *Sistema de Derecho Civil*. Editorial Tecnos. Cuarta Edición. Volumen primero. Madrid, 1982.
- DÍEZ-PICAZO, Luis. *Sistema de Derecho Civil*. Editorial Tecnos. Volumen tercero. Madrid, 1977.
- GARCÍA GARCÍA, José Manuel. *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*. Tomo 2. Editorial Civitas. Madrid, 1993.
- GARCÍA GARCÍA, José Manuel. *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*. Tomo 1. Editorial Civitas. Madrid, 1988.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos de Derecho Civil III bis*. Derecho Inmobiliario Registral. Segunda Edición. Dykinson. Madrid, 2003.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos de Derecho Civil III*. Derechos Reales. Volumen Primero. Segunda Edición. Dykinson. Madrid, 2003.

- LÓPEZ CASALS, Yury. *Compendio de Jurisprudencia Civil*. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. San José, 2001.
- MORA VARGAS, Hermán. *Manual de Derecho Notarial*. Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas, 1999.
- MORA VARGAS, Hermán. *Código Notarial*. Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas. San José, 2000.
- PALACIOS ECHEVERRÍA, Iván. *Manual de Derecho Registral*. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., San José, 1994.
- DURÁN ABARCA, Adolfo. *La seguridad jurídica en el sistema de inscripción de la propiedad automotor en Costa Rica*. Revista del Registro Nacional. Materia Registral. Año 2, Número 2.
- RODRÍGUEZ CORDERO, Juan Carlos y Dagoberto Sibaja. *Contratos Privados Registrables*. Costa Rica, Editorial Editec Editores S.A. San José, Año V, 1995.
- ROJAS ROJAS, Luz Mery. *La publicidad registral previa como medio de protección contractual*. Tesis para Optar por el título de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1996.
- SÁNCHEZ BOZA, Ligia Roxana. *Inexactitud Registral. Antología de la Universidad Interamericana de Costa Rica*. Centro Interamericano de Postgrados. Especialidad en Derecho Notarial y Registral.
- SALAS BARRANTES, Evelyn. *Código Civil de Costa Rica y Jurisprudencia*, Editorial Biblioteca Jurídica Dike. Primera Edición, San José, 2002.
- SANDÍ, Guillermo. *Autenticidad de los documentos que se presentan e inscriben en el Registro Público de la Propiedad Inmueble*. Revista del Registro Nacional Número 1, año 2.
- VALLES MARTÍNEZ, Miguel S. *Técnicas Cualitativas de Investigación, Reflexión Metodológica y Práctica Profesional*. España, Editorial Síntesis S.A., Madrid, 2000.
- VARGAS ALVARADO, Eduardo. *Medicina Legal*. Tercera Edición. Lehmann Editores, Costa Rica.

LIBRO ELECTRÓNICO

Lic. Pedro Bernal Chaves Corrales^(*)

Abogado costarricense

(Recibido 25/04/08; aceptado 26/11/08)

(*) Profesor de Derecho Comercial. Vice-decano Facultad de Derecho.
Universidad de Costa Rica.

E-mail: pchaves@epoint.com
Teléfono: 2256-4260

RESUMEN

El término *e-book* se refiere a una publicación de un libro o texto, o un dispositivo electrónico para leer el texto digitalizado. Su origen, fecha atrás a la invención de imprimir hasta la evolución actual del mismo en que el libro presente también discute las ventajas y desventajas de la materia. La publicación electrónica, con respecto a los derechos de la copia tiene protección igual; de acuerdo a las regulaciones en esta materia. Al mismo tiempo, también se ha desarrollado otras tecnologías como el hipertexto, tinta electrónica y papel electrónico.

Palabras claves: libro, electrónico, publicación, texto, ventajas, tecnologías, derechos.

ABSTRACT

The term e-book refers to a publication of a book or text, or an electronic device for reading digitalized text. Its origin dates back to the invention of printing until the current evolution of the same, in which the present book also discusses the advantages and disadvantages of the matter. Regarding copyrights, the electronic publication has equal protection pursuant to the existing regulations on this matter. At the same time, there has been development of other technologies such as hypertext, electronic ink and electronic paper.

Key words: book, electronic, publication, text, advantages, technologies, rights.

SUMARIO

1. Concepto
2. Antecedentes
3. Fortalezas y debilidades
4. Derechos de autor en el libro electrónico
5. El número internacional normalizado, ISBN, en los libros electrónicos
6. Nuevas tecnologías (perspectivas)

1. CONCEPTO

De reciente creación pero ya bastante adulto dentro del cambiante medio tecnológico principalmente el informático el Libro Electrónico se conoce como la publicación digitalizada, electrónica, de un libro o publicación, normalmente diseñada para ser comercializada en Internet o en dispositivos electrónicos especialmente diseñados para ese efecto.

El término es ambiguo, ya que se ha utilizado para referirse tanto a una obra individual en formato digital, como a un dispositivo utilizado para leer libros en formato digital. Por otra parte, algunos autores defienden que se debe hacer una distinción entre los libros electrónicos y el hipertexto tema que se tratará mas adelante.⁽¹⁾

El término Libro Electrónico en Inglés (e-book) presenta una doble acepción como bien lo indica la doctora Delia M'Pszy. "Las expresiones ediciones o libros electrónicos –e-book– hacen referencia, como se dijo, tanto a las obras editadas en esa forma, como al dispositivo físico (hardware) apto para contenerlas y permitir su lectura mediante los programas de ordenador (software) adecuados".⁽²⁾ Pero también se presenta una doble acepción refiriéndose al tema de los derechos de autor. Cory Doctorow nos dice: Una breve digresión sobre el doble significado de "libros electrónicos". Un significado de la palabra se reserva para empresas "legítimas", esto es, ediciones de los textos de libros autorizados por el derechohabiente, publicadas en un formato privativo, de uso restringido, en ocasiones para su lectura en un PC multiuso y en ocasiones para leerse en un dispositivo especializado como el Rocketbook de nuvoMedia. [ROCKETBOOK].

El otro significado de libro electrónico es una edición "pirata" o edición electrónica no autorizada, normalmente hecha cortando la encuadernación de un libro y escaneando página por página y pasando los mapas de bits resultantes por una aplicación de reconocimiento de caracteres (OCR) para convertirlo en texto ASCII, y luego corregirlo a mano.⁽³⁾

(1) Concepto tomado del Diccionario Wikipedia.
<http://es.wikipedia.org/wiki/Libro-e>

(2) LIPSZYC, Delia. *Nuevos temas de derechos de autor y derechos conexos*. UNESCO/CERIALC / Zuralía, París / Bogotá / Buenos Aires, 2004, p. 293.

(3) DOCTOROW, Cory. / Traducción de Javier Candiera.
<http://people.debian.org~anaya/nilbrusnielectronicos.txt>

Mercedes López al referirse al término “libro electrónico” dice que este se refiere a la digitalización de un libro ya impreso, manteniendo la idea tradicional de libro impregnada dentro del nuevo concepto. Según ella esto se a dado porque los primeros libros electrónicos eran precisamente eso, pero también por la teoría de *McLuban (Understanding media 1964)* quien decía que toda nueva obra subsume la que le ha precedido. Por lo que el libro digital hace necesaria referencia al impreso.

Tras lo dicho anteriormente se debe aclarar que el término libro electrónico o e-book, no se ajusta al de libro impreso trasladado a digital, por lo que se debería buscar una palabra que sustituya “libro” esto en busca de una precisión al momento de conceptualizar. Entre los términos que podrían utilizarse y que conseguirán una mayor exactitud está el de “texto electrónico o e-text” el cual necesita como el libro impreso, procedimientos propios de producción, consumo, y un soporte para su lectura. Para finalizar este análisis sobre el concepto de libro electrónico, cabe decir que a pesar de la imprecisión que significa el término libro dentro de este, los conceptos mas actualizados continúan manejándolo, ejemplo de este es el que dice “*Un e-book o libro electrónico es un libro o publicación digitalizada que ha sido confeccionada para ser comercializada en Internet por lo que su tamaño, escritura y diseño han debido ser tratados correctamente para que su visualización, tiempo de descarga y posibilidades de utilización sean los adecuados*”.⁽⁴⁾ Como vemos este concepto sigue manteniendo la vieja idea de libro, que evidentemente es una remembranza del libro impreso pero que sin lugar a dudas es una imprecisión.

2. ANTECEDENTES

Desde el descubrimiento de la Imprenta por Gutemberg (siglo XV) y hasta finales del siglo XX el libro y su forma física así como sus medios de distribución se habían mantenido casi inalterados. La generación automática de textos puede rastrearse desde el siglo XVII con Juan Caramuel y su máquina de hacer versos, *los 43 baisers d´amour*, del escritor alemán Quirinius Kuhlmann (1671) o *Los viajes de Gulliver* (1727), con el invento de la Academia de Legado (III,V). Una Variante de este artillugio, que

(4) LÓPEZ SUÁREZ, Mercedes. *El E-Book: Aspectos culturales y socioeconómicos del Sistema Editorial Online*. Revista de Documentación de las Ciencias de la Información, 2005, vol. 28, pp. 258-260.

combina palabras aleatoriamente, es la máquina de trovar de Jorge Meneses, que aparece en el *Juan de Mairena* de Antonio Machado (1928).

La primera experiencia de generación de textos mediante ordenador data de 1954, en Canadá; y en los años setenta, en Estados Unidos, el ordenador es usado ya con frecuencia para escribir poesía de forma automática. Es la también llamada *literatura asistida*, es decir, la producida por el ordenador después de facilitarle léxicos y textos preestablecidos.⁽⁵⁾

En realidad estos antecedentes fueron un buen intento de tecnificar de manera avanzada la rudimentaria fabricación y concepto lineal del libro.

Las comunicaciones han evolucionado en maneras insospechadas, encontrándonos ahora en la era del Internet, provocando profundos cambios, alterando todos los factores que tradicionalmente conforman la comunicación y en concreto de la concepción de libro tradicional.⁽⁶⁾

La primera idea para hacer un libro portátil surgió en 1992, fruto de la colaboración entre la firma Sony y la Franklin Electronic Publishers. Aquella iniciativa pionera fracasó porque era demasiado difícil de manejar y la legibilidad de los textos era sensiblemente inferior a la conseguida por los sistemas tradicionales. La idea resurgió a finales de 1995 y en 1998 empezaron a comercializarse en Estados Unidos dos modelos de e-books: el Softbook y Softbook Press y el Rocket e-book de la firma Nuvomedia. A estas dos alternativas hay que añadir los asistentes personales denominados Personal Digital Assistant (PDA), entre los que se destaca el tipo Palm Pilot (4 millones de unidades vendidas en todo el mundo) y el Psion,⁽⁷⁾ por su parte en Europa se lanza al mercado el modelo Cytale en el año 2000. El más reciente fue el lanzado por Amazon llamado Kindle a finales del 2007, este permite bajar los libros directamente al aparato, sin necesidad de conectarlo a una computadora. Con un costo de unos 399 dólares este permite la conexión a Internet, ingresar

(5) Vid. MORENO HERNÁNDEZ, Carlos. *Literatura, traducción y documentación en el medio hipertextual*.

http://www.ucm.es/Otros/especulo/numero7/c_moreno.htm

(6) LÓPEZ SUÁREZ, Mercedes, *El E-Book: Aspectos culturales y socioeconómicos del Sistema Editorial Online*, p. 258.

(7) PAYÁN, Miguel Juan. *E-Book; El Libro sin Papel*.
LibrosAlaCarta.com

a la tienda de libros electrónicos de Amazon, trae audífonos para escuchar libros narrados y un correo electrónico para el usuario, los libros tendrán un costo que ronda los 10 dólares. A este se le pueden mencionar los inconvenientes de que su pantalla es en blanco y negro, no tiene la función de agenda ni directorio electrónico como un PDA, y que el formato en que se publicarán los libros electrónicos de Amazon será uno desarrollado por la empresa francesa llamada Mobipocket (adquirida por Amazon en el 2005), en lugar del estándar formato del programa Adobe. Eso significa que para leer los libros electrónicos de Amazon habrá que tener un Kindle, no se podrá hacer con otro lector electrónico.⁽⁸⁾

Dentro de la diaria renovación que se da en materia de libros electrónicos los modelos recientes lo que permiten es que el público tenga acceso a soportes de bolsillo, que por sus reducidas dimensiones hacen más cómodo su manejo.

El acceso de esta tecnología permite a sus usuarios otras funciones tecnológicas que van mas allá de la simple lectura, y que da apertura a la comunicación permitiendo el envío de fax y correos electrónicos.

El avance de la Tecnología es vertiginoso y en un mundo cada día más globalizado la Internet se presenta como el medio idóneo para transmitir el pensamiento y es ahí donde lo que escribo hoy es historia pues los cambios en materia de software y hardware son tan acelerados que se convierten muy rápidamente en antecedentes del Libro Electrónico que se está lanzando al mercado.

3. FORTALEZAS Y DEBILIDADES

Como todo nuevo medio de transmitir ideas el Libro Electrónico tiene sus retractores y seguidores, pero el más severo Juez es el público consumidor. Sus retractores sostienen que no permite la creación del vínculo afectivo que surge entre el lector y su libro pues los sentidos no captan el olor, la textura del papel, la brisa al pasar sus páginas, ni la percepción de conocer que tan avanzado se encuentra en la lectura. Sin embargo en este sentido es interesante ver como cuando la lectura se quiere para disfrutar de su tiempo libre y distraerse, si necesita de esa interacción con los sentimientos que provoca el libro impreso, pero tra-

(8) PONCHNER DEBBIE. *La Nación*, 18 de Noviembre 2007.
http://www.nacion.com/ln_ee/2007/noviembre/18/aldea1320067.html

tándose de textos tecnológicos, científicos, jurídicos etcétera, esos aspectos psicológicos no son tan importantes y las publicaciones electrónicas se hacen más útiles.⁽⁹⁾ Algunos como Doctorow⁽¹⁰⁾ recopilan el sentir que los Libros Electrónicos presentan defectos:

- Las resoluciones de pantalla son demasiado bajas para remplazar efectivamente al papel.
- La gente quiere poseer libros físicos por su atractivo visceral (a menudo esto viene acompañado de un sermoncillo sobre lo bien que huelen los libros, o el buen aspecto que tienen en una estantería, o la evocadora que puede ser una mancha de curry en el margen).
- No puedes llevarte tu libro electrónico a la bañera.
- No puedes leer un libro electrónico sin electricidad y en un ordenador.
- Los formatos de archivo se hacen obsoletos, el papel ha durado largo tiempo.
- Los dispositivos de lectura son costosos y pesados.

Tras las desventajas que se le atribuyen al libro electrónico es claro que para que este sea un tanto aceptable para sus no simpatizantes, debe tener un peso y apariencia externa semejante a un libro real, una pantalla con una textura lo más parecida al papel en su ductilidad, una resolución suficiente como para poder apreciar en detalle imágenes e ilustraciones, la introducción definitiva del color y unos precios inferiores a los actuales.⁽¹¹⁾

Otros consideran que los defectos más pronunciados se reflejan en el control de los derechos de propiedad intelectual (Tema que veré más adelante), los aspectos relativos a la forma de pago principalmente

(9) FERNÁNDEZ ABAD, Francisco. *El uso beneficioso del libro impreso y del libro digital*. Revista de Documentación de las Ciencias de la Información, Vol. 30, 2007, p. 280.

(10) Vid. DOCTOROW, Cory; cit.

(11) FORNAS, Ricardo. *El Libro Electrónico*. http://www.elpais.com/red/libro/electronico/epeputeccib/20070503elpci-benr_3/Tes

por la limitación del uso de Tarjeta de Crédito así como la seguridad en la compra como a la seguridad por la pérdida del libro en el ordenador (computadora) debido a cortes en el fluido electrónico (algo muy usual en la América Latina). Para el autor se presentan problemas en cuanto a la copia ilegal, el pago de comisiones por el uso de la Tarjeta de crédito, el bajo costo que debe asignarse a sus libros en la Red. Asimismo debemos tener presente que la fortaleza de la tecnología en lo referente a su continua renovación y actualización, produce una rápida desactualización de los equipos de lectura del libro y del software.

En el análisis de otro asunto que podría considerarse como una debilidad de los libros electrónicos, está el caso de las bibliotecas. Éstas lo que necesitan para permitir el acceso a los usuarios de la literatura es simplemente sillas y mesas donde estos puedan leer los libros, en cambio en el caso de los libros digitales se necesitaría evidentemente el mobiliario ya mencionado y además el equipo informático de hardware y software teniendo esto un costo mucho mayor para las bibliotecas. Unido este problema al que significaría el reducido espacio con que generalmente cuentan estas instituciones.⁽¹²⁾

Por otro lado tenemos que los seguidores del Libro Electrónico ven una inmensa mayoría de ventajas como las siguientes:⁽¹³⁾

- Los libros electrónicos suponen un avance para la palabra escrita de una envergadura similar a la aparición de la imprenta.
- Al eliminar intermediarios y disminuir drásticamente los gastos de producción del libro (estudio de demanda, impresión, almacenamiento, transporte, distribución, retirada).
- Permite integrar el libro con el trabajo en el computador gracias a funciones como la búsqueda rápida de texto.

(12) FERNÁNDEZ ABAD, Francisco. *El uso beneficioso del libro impreso y del libro digital*. Revista de Documentación de las Ciencias de la Información, Vol. 30, 2007, p. 279.

(13) Sobre este tema véanse:
www.wpigrafe.com/ayudas/ebook.asp
www.todoebook.com
<http://ebook-dental.commenu/ques.html>
<http://www.santuarios.com/Editores/mboles.htm>
<http://www.tsbvi.edu/outreach/seehear/winter02/ebook-spain.htm>
www.jamillan.com/celill.htm; www.jamillan.com/celill.htm.

- En los libros electrónicos es posible hacer anotaciones, resaltar textos, establecer marcadores y usar la función de lectura por medio de audio.
- El libro se puede comprar y recibir en el propio domicilio.
- El envío es inmediato.
- Puede imprimirse el texto completo o sólo una parte para su uso convencional, y hacerlo tantas veces como se desee (de acuerdo con los derechos que se hayan adquirido al momento de la compra).
- Se puede ofrecer un catálogo más amplio de libros y se facilita la búsqueda del texto deseado pudiendo seleccionar libros por temas autores título o palabras relacionadas. No hay que buscar una obra hasta dar con la librería que lo tenga en existencia o que se ocupe de encargarlo.
- El libro no ocupa espacio físico y no se deteriora por el paso del tiempo o las anotaciones.
- El libro electrónico es ecológico: ahorra papel y energía, además de reducir el vertido de productos químicos al medio ambiente.
- Mantiene la facilidad de manejo y el precio de las fotocopias, pero sin restringirse al horario de bibliotecas o centros de copiado, ni se necesita tiempo de espera para que el libro esté disponible.
- Permite ser usado con dispositivos portátiles que conservan la portabilidad de un libro en papel y cuentan con facilidades crecientes, como iluminación, autorrecorrido, marcadores y otros aditamentos.

El acceso universal, la disponibilidad inmediata, precio de venta al público muy bajo y las medidas tecnológicas referentes al archivo electrónico tales como adelantar la pantalla, navegar por el texto rápidamente, girar la pantalla, buscar palabras, realizar copias legales de seguridad, hacen del Libro Electrónico un instrumento muy versátil de fácil manejo y a muy bajo costo.

Las obras positivas de lectura de última generación permiten una adaptación al sector que van desde un sintetizador de voz que permite

escucharlo en voz alta, en cualquier lugar, con luz propia, baterías de larga duración, diversos tamaños de letra y la consulta de diccionarios o bien la búsqueda temática o de palabras sin necesidad de índices. Para los no videntes permite que se cargue en sistemas Brailenote y PocketPc, en computadoras Mac o Windows.

A manera de resumen sobre este tema podemos citar a Félix Sagrado Fernández y Espinosa Temiño, María Blanca, quines nos dicen: Tiene además, en general, y como soporte, una serie de ventajas inconmensurables. El texto, la imagen estática o en movimiento, y los modelos multimedia, pueden desfilan por su “brillante página” sin necesidad de funciones de borrado e inutilización del soporte correspondiente, como sucedería con el soporte papel; es decir puede ser utilizada o reutilizada en las mismas tareas culturales interactiva e indefinidamente, con un consumo elemental de materia prima. En una palabra ha dotado además a la ciencia y a la cultura de unas potencialidades y dinámica, incluso a distancia, que el papel jamás pudo soñar ni ofrecer.⁽¹⁴⁾

4. DERECHOS DE AUTOR EN EL LIBRO ELECTRÓNICO

Independientemente del medio o soporte que se utilice para fijar la obra, así como del medio escogido para la distribución o puesta al público, los derechos de autor deben respetarse. El internet y los e-books (medios para la lectura del documento) no son la excepción, por lo que de no hacerlo, de irrespetarse los derechos de reproducción y comunicación pública, hará incurrir al trasgresor en una conducta antijurídica que casi todas las legislaciones castigan con delitos penales y en algunos casos prisión.

Algunos autores como María Capella⁽¹⁵⁾ cuestionan este derecho y sostienen que: Los derechos morales, como el reconocimiento y la paternidad de la obra, crujen de una manera importante en el entorno digital. En Internet encontraremos muchas obras en la cuales toleramos un no reconocimiento de tal autoría. En este contexto, no sé si es realmente sostenible el derecho de modificación de la integridad de la obra. Yo creo que en algún momento, en esta convergencia digital, también tendrá que

(14) SAGRADO FERNÁNDEZ, Félix y ESPINOZA TEMIÑO, María Blanca. FesaFer@eucmax.sim.ucm.es

(15) CAPELLA, María. *La propiedad Intelectual en la era digital*. http://www.uoc.edu/cultuaxxi/esp/articles/capella0602/capella_0602.html

replantearse la famosa diferenciación entre el derecho de reproducción, distribución y comunicación pública e, incluso me atrevería a decir, de transformación. Tenemos que llegar a unos ciertos convencionalismos, y al final siempre acaba habiendo una modalidad de explotación que se nos hace replantear permanentemente si el acto de explotación debe crear un nuevo subapartado dentro de una de estas categorías.

Por ahora y personalmente creo que para un buen tiempo más, la posición y fortaleza de los derechos de autor dentro y fuera del ciberespacio se mantendrá y con una tendencia a un aumento. Esa misma posición se mantiene en la Jurisprudencia de los Estados Unidos de América en especial en el caso *Random House, Inc. v. Rosetta Books, LLC*, et al., 283F.3d490 (2d Cir. March 8, 2002), Tribunal Federal de Distrito, Distrito Sur de Nueva York, 11 de julio de 2001, [http:// www.Findlaw.com](http://www.Findlaw.com)¹⁶ en donde se copia del Libro Verde de Delia Lipszyc Pág. 304 al final de donde dice: Expreso que no solo la reducción... hasta pág. 305 párrafo segundo cuando dice: publicar las ocho obras en cuestión como e-books.

En el tema de protección de obras de publicación digital actualmente se han creado algunas herramientas para proteger los derechos de autor en las publicaciones digitales, llamadas *Digital Rights Management (DRM)*, estas son un conjunto de tecnologías electrónicas cuya función es bloquear y proteger obras, así como también regular el acceso a ellas mediante licencias. Lo que hacen es fijar las condiciones en que se utilizará la obra, limitan el acceso y usos no autorizados reduciendo las copias piratas, transmisión segura de textos, etc.

(*) Estas tecnologías de protección fueron creadas por el Tratado sobre la Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT), de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) en el año 1996, ratificado en nuestro país el 22 de diciembre de 1999 por la Ley N° 7967. También encontramos el Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor (WCT) (1996), ratificado por Ley No. 7968 de 22 de diciembre de 1999. De esta manera la infracción de los mecanismos técnicos de control se convierte en una infracción legal, penada por la ley. Existe así un marco legal para éstas herramientas de protección de los contenidos digitales.⁽¹⁷⁾

(16) Citado por LIPSZYC, Delia. *Op. cit.*, pp. 302-305.

(17) <http://www.myebookdesign.com/sp/publicar-libro-electronico.htm>

(*) ¿Cuál tratado lo tiene ratificado Costa Rica?

EL NÚMERO INTERNACIONAL NORMALIZADO (ISBN): En los Libros Electrónicos

EL ISBN, es un sistema internacional de identificación de Títulos de la producción editorial de cada país. Este permite conocer la producción editorial y contribuye a difundir la cultura y facilita el control bibliográfico de todo material producido en el país.

En Costa Rica la Agencia Costarricense del ISBN es la encargada de otorgar y asignar este número, su utilización es obligatoria por el decreto número 14377-C del 6 de abril de 1983, que crea la Agencia.

El número internacional normalizado está formado por trece dígitos ejemplo (978) 9977-65-150-7. Los cuatro primeros identifican el país donde se publicó, a Costa Rica le corresponde el 9977, los dos siguientes corresponden al autor, luego el título y por último el dígito de comprobación.

Cada título que el editor quiera publicar necesita presentar la ficha catalográfica y un formulario de solicitud de ISBN que le es entregado en las oficinas de la Agencia, con los datos completos y realizado por un bibliotecólogo.

En el caso de los Libros electrónicos, sea en CD, u otro soporte digital, la Agencia le otorga a estos el número ISBN, al igual que las publicaciones impresas exigiendo los mismos requisitos que para estos. Cuando un editor requiere el número ISBN, la Agencia le entrega un formulario y la lista de requisitos que requiere.

6. NUEVAS TECNOLOGÍAS (PERSPECTIVAS)

El cambiante mundo de la tecnología y en especial el entorno digital de aplicación para la Internet hacen que el Libro Electrónico se encuentre en un proceso de cambio, evolución y por qué no decirlo, de mejoramiento de cómo lo conocemos hoy en día. Dentro de ésta perspectiva podemos individualizar tres nuevas tecnologías que harán cambiar de forma beneficiosa el Libro Electrónico y ellas son: el hipertexto, la tinta electrónica y el papel electrónico.

Hipertexto: Siguiendo a Carlos Moreno Hernández,⁽¹⁸⁾ el hipertexto son programas que enlazan los textos mediante vínculos o nudos,

(18) MOREW HERNÁNDEZ, Carlos. *Literatura, traducción y documentación en el medio hipertextual*; op. cit.

marcas o subrayados en palabras y frases que pueden irse variando a medida que los textos también varían. Al mismo tiempo los enlaces pueden contener información sonora o gráfica de manera que el autor puede construir un sistema hipermediático abierto en el que la escritura combina con la imagen y sonido.

El enlace electrónico redefine la naturaleza del documento, ya que éste no se presenta nunca aislado o sujeto a las limitaciones de un registro tradicional, sobre todo el del formato papel; esto mismo supone que cualquiera de sus partes depende tanto del resto del documento como de otros documentos con los que pueda ser relacionado.

Escribir con el uso de programas hipertextuales o de animación, se convierte en algo tridimensional en vez de bidimensional. Las figuras del discurso pondrán por fin hacerse visibles e incluso podrá añadirse color, no sólo metafóricamente, y sonido.

De hecho cada escritor se sitúa en una red y pierde los contornos: no se cierra, no se limita, es un hipertexto funcionando en el que el autor puede intervenir y contestar o replicar e incorporar, o no, la nota del lector y su réplica con las de otros lectores. Entramos así en la disputatio pero no ya en un orden lineal o secuencial, acumulativo, sino haciéndose y rehaciéndose en el lugar que les corresponde, en constante remodelación.

Concluye que incluso puede preverse ya la posibilidad de escribir sin teclado, directamente a mano sobre una superficie que se transmite al ordenador con lo que el bucle histórico se cierra, e regreso, siquiera virtual, a la cultura manuscrita. En el funcionamiento hipertextual, el texto siempre abandona el espacio de la página para trasladarse a otro lugar, ahora ocupado por la pantalla, en que se reúne con otro texto o con la voz o la música y la imagen.

Tinta electrónica: También conocida como tinta digital. Consiste en miles de partículas llamadas micro cápsulas de forma esférica que son extremadamente sensibles a la luz, con diferente polaridad (positiva y negativa) y de color blanco y negro con una concentración de aproximadamente doscientos cincuenta mil pulgadas cuadradas, y que al hacer pasar electricidad sobre ellas se pueden manipular para producir letras y palabras.⁽¹⁹⁾

(19) Véase PAYÁN, Miguel Juan. *El Libro sin Papel*, op. cit.; SAGRADO FERNÁNDEZ, Félix, ESPINOZA TEMIÑO, María Blanca, *Del Libro, al libro electrónico-digital*, op. cit.

Este invento producirá un libro electrónico ágil, muy parecido al concepto de libros que todos conocemos pero pose algunas limitantes como lo es su alto costo y lo sofisticado del sistema que requiere un hardware apropiado, moderno y costoso y con suficiente capacidad de disco duro.

Papel electrónico: El columnista Phillip Ball del diario El País⁽²⁰⁾ comenta que una empresa de Estado Unidos llamada E-INK, ha creado el papel electrónico: la idea que en E-INK tienen del papel electrónico es posiblemente más avanzada toda la página se cambia inmediatamente con sólo dar golpecito en la pantalla. Esto se debe a que el papel electrónico está completamente conectado con su propia electrónica transparente. El concepto de E-INK es similar al de Gyricon: esferas plásticas microscópicas que se pueden volver blancas o negras. Pero en lugar de girar para mostrar diferentes caras, las esferas son fijas. Están huecas y rellenas con pigmento blanco en un líquido teñido de negro. Las partículas se pueden atraer hacia a las caras inferior o superior de las cuentas mediante campos eléctricos. Este sistema fue creado por Joseph Jacobson y sus colaboradores del Media Lab del MIT en 1997, a partir de lo cual fundaron la empresa.

Kent Displays está tomando otra ruta para llegar al libro electrónico. Su diseño es básicamente una pantalla de cristal líquido pero no necesita iluminación posterior. Por el contrario le basta con la luz ambiente reflejada, y modifica el índice de reflexión de cada píxel mediante el encendido electrónico de una célula de cristal líquido. Al usar los denominados cristales líquidos colestéricos, se puede reflejar la luz de sólo ciertas longitudes seleccionadas y así obtener un papel electrónico con color. Kent Display afirma que sus prototipos todavía no pueden igualar la claridad de las fotografías en color de los libros, pero se acerca a las de los periódicos.

Es innegable que lo vertiginoso de los descubrimientos en toda esta materia hacen sin lugar a dudas a firmar un futuro muy prometedor para el libro electrónico (e-book) en donde cada día más se utiliza como un instrumento de diario vivir.

(20) BALL, Phillip. *El libro inicia su revolución con el papel electrónico.*
<http://el.pais.es/suplementos/Futuro/20010523/35tecnico.html>

BIBLIOGRAFÍA

LIPSZYC, Delia. *Nuevos temas de derechos de autor y derechos conexos*. UNESCO/CERLALC/ Zuralía, París/ Bogotá/ Buenos Aires, 2004, p. 293.

DOCTOROW, Cory / Traducción de Javier Candiera.
<http://people.debian.org~anaya/nilbrusnielectronicos.txt>

Vid. MORENO HERNÁNDEZ, Carlos. *Literatura, traducción y documentación en el medio hipertextual*.
http://www.ucm.es/Otros/especulo/numero7/c_moreno.htm

PAYÁN, Miguel Juan. *E-Book; El Libro sin Papel*.
LibrosalaCarta.com

www.wpígrafe.com/ayudas/ebook.asp

www.todoebook.com

<http://ebookdental.commenu/quees.html>

<http://www.santuarios.com/Editores/mboles.htm>

<http://www.tsbvi.edu/outreach/seehear/winter02/ebook-spain.htm>

www.jamillan.com/celill.htm

Wikipedia, <http://es.wikipedia.org/wiki/Libro-e>

<http://www.myebookdesign.com/sp/publicar-libro-electronico.htm>

http://www.nacion.com/ln_ee/2007/noviembre/18/aldea1320067.html

SAGRADO FERNÁNDEZ, Félix y ESPINOZA TEMIÑO, María Blanca.
FesaFer@eucmax.sim.ucm.es

CAPELLA, María. *La propiedad Intelectual en la era digital*.
http://www.uoc.edu/cultuaxxi/esp/articles/capella0602/capella_0602.html

FORNAS, Ricardo. *El Libro Electrónico*.
http://www.elpais.com/red/libro/electronico/epeputeccib/20070503elpci-benr_3/Tes

MOREW HERNÁNDEZ, Carlos. *Literatura, traducción y documentación en el medio hipertextual*; op. cit.

PAYÁN, Miguel Juan. *El Libro sin Papel*, op. cit; SAGRADO FERNÁNDEZ, Félix, ESPINOZA TEMIÑO, María Blanca, *Del libro, al libro electrónico-digital*, op. cit.

BALL, Phillip. *El libro inicia su revolución con el papel electrónico*.
<http://el.pais.es/suplementos/Futuro/20010523/35tecn.html>

LÓPEZ SUÁREZ, Mercedes. *El E-Book: aspectos culturales y socioeconómicos del Sistema Editorial Online*. Revista de Documentación de las Ciencias de la Información, 2005, vol. 28.

FERNÁNDEZ ABAD, Francisco. *El uso beneficioso del libro impreso y del libro digital*. Revista de Documentación de las Ciencias de la Información, Vol. 30, 2007.

REFLEXIONES SOBRE EL BUEN GOBIERNO

Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez^()*
Catedrático de Derecho Administrativo

(Recibido 24/01/08; aceptado 26/11/08)

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

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

RESUMEN

La buena administración (*good governance*) es clave en el desempeño del sistema democrático.

En América Latina la buena administración es un reto y una tarea pendiente.

La construcción de una democracia real, frente a la ficticia de los discursos de los políticos en el poder, es una tarea que le corresponde también a los miembros de la sociedad civil.

Hay corrupción en los gobiernos, pero también en el sector privado. Por ello, la gobernanza debe englobar la esfera pública y la privada, que son caras de una misma moneda.

Palabras claves: Estado, Administración Pública, democracia, pueblo, buen gobierno.

ABSTRACT

Good governance is a key aspect within the performance of the democratic system. In Latin America, good governance is a challenge and a pending task.

The construction of a true democracy, as opposed to the fictitious one of the politicians in power, is a task that corresponds also to the civil society.

Corruption exists in the government and also in the private sector. Therefore, governance must encompass both the public and the private spheres, as the two sides of the same coin.

Keywords: State, Public Administration, democracy, people, good governance.

SUMARIO

Resumen

Abstract

Palabras claves

Keywords

1. Introducción
2. Gobernanza y democracia
3. Democracia y sus requerimientos
4. Requisitos de la gobernanza
5. Aspectos básicos en el tema de la gobernanza
6. Fórmula de la corrupción
7. Principios de un buen gobierno
8. Metas de un buen gobierno
9. Caras de la Administración Pública
10. Estado de Derecho
11. Estado social y democrático de derecho
12. Constituciones de España, Alemania y México
13. Buen gobierno y mal gobierno
14. Conclusión
15. Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

La gobernabilidad o la gobernanza implican la tesis del buen gobierno, en una época en la cual son prioritarias las acciones públicas en la realización efectiva del Estado social y democrático de derecho.

La buena administración pública y el desempeño y ejecución de las políticas estatales en un marco democrático, mediante el Estado social de derecho, no se dan en el vacío.

La globalización en todos los órdenes y dimensiones económica, política, jurídica, social, etc., le ha plantado a las sociedades América Latina un reto que tiene que ver con la paz, el nivel de vida, empleo, vivienda y salud.

El Estado neoliberal, producto de las políticas neoliberales de los organismos financieros internacionales, de las empresas transnacionales de los países ricos, se ha convertido en una faja de transmisión del capital internacional para fortalecer el mercado frente a Estados nacionales cada vez más débiles. Pero, no sólo se han debilitado los Estados nacionales de América Latina, sino además las organizaciones sindicales y los grupos de trabajadores, campesinos e indígenas.

A pesar del poder de las políticas neoliberales en América Latina, con sus fracasos sociales y económicos para los grupos locales en, por ejemplo, Argentina y México, se ha formado un bloque de países (Venezuela, Ecuador, Nicaragua, Bolivia, Brasil, Cuba) que puede (es una posibilidad; no, necesariamente) representar una resistencia y nueva alternativa de desarrollo económico para la región.

2. GOBERNANZA Y DEMOCRACIA

Desde la vieja y conocida expresión de Abraham Lincoln (1809-1865) de la democracia como el gobierno del, para y por el pueblo se ha escrito bastante, pero se ha olvidado de la necesidad del gobierno con el pueblo, lo cual recientemente se trata de solventar con la idea de la democracia participativa que complementa la democracia representativa.

En los hechos, no en los discursos oficiales ni en el papel, lo que existe es el gobierno de los empresarios nacionales y transnacionales.

3. DEMOCRACIA Y SUS REQUERIMIENTOS

Dentro de los requerimientos necesarios del sistema democrático podemos indicar:

- Derecho al desarrollo social y económico; superando así el mero crecimiento económico.
- Transparencia y rendición de cuentas.
- Activa participación de la sociedad en la toma de las decisiones públicas que la afecten.
- Protección y desarrollo de los derechos humanos.

4. REQUISITOS DE LA GOBERNANZA

- Buen uso de los recursos públicos, en el amplio sentido del término, no sólo de acuerdo a criterios de eficiencia y eficacia, sino esencialmente de ética y de moralidad.
- plena del Estado de Derecho, como el respeto a la legitimidad, legalidad, equidad y justicia.

Referencia: artículo constitucional 11:

Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad . Están obligados a cumplir con 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.

El *principio de legalidad* o de respeto al *bloque de legalidad* (normas y principios del derecho), contenido en este numeral constitucional, tiene –al menos– dos vertientes:

- a.– *Sentido positivo*: el Estado solo puede actuar si la ley lo autoriza para hacerlo.
 - b.– *Sentido negativo*: el Estado no puede actuar si no hay una ley que lo autorice para ello (votos de la Sala Constitucional Nos. 1739-92 y 11944-01).
 - Desplazamiento de la corrupción, en el manejo de los asuntos públicos.
 - Régimen de responsabilidad civil, penal y administrativa respecto de los agentes públicos (funcionarios y empleados), configurando el derecho administrativo sancionatorio, penal o disciplinario (referencia: artículo 11 de la Constitución Política).
 - Ejercicio de una oportuna y adecuada dirección política a cargo del Poder Ejecutivo. Referencia: artículos constitucionales (se indica nada más el enunciado del respectivo numeral).
- 139: *Deberes y atribuciones exclusivas de quien ejerce la Presidencia de la República.*
- 140: *Deberes y atribuciones que corresponden conjuntamente al Presidente y al respectivo Ministro de Gobierno.*
- 147: *Funciones del Consejo de Gobierno. El Consejo de Gobierno lo forman el Presidente de la República y los Ministros, para ejercer, bajo la Presidencia del primero, las siguientes funciones (...).*
- Garantizar el libre acceso a los servicios públicos en un régimen de igualdad y de precios razonables.
 - Garantizar a la sociedad el acceso a la *información pública*, desplazando el secretismo y los registros ocultos de las oficinas estatales.

Referencia: artículos constitucionales

- 27: *Se garantiza la libertad de petición, en forma individual o colectiva, ante cualquier funcionario público o entidad oficial, y el derecho a obtener pronta resolución.*
- 30: *Se garantiza el libre acceso a los departamentos administrativos con propósitos de información sobre asuntos de interés público.*

Votos 136-02 y 2120-03 Sala Constitucional

El derecho de acceso a la información administrativa es un mecanismo de control en mano de los administrados, ya que les permite a éstos ejercer un control óptimo de la legalidad y de la oportunidad, conveniencia o mérito y; general, de la eficiencia y eficacia de la función administrativa desplegada por los diversos entes públicos.

- El facilitar la credibilidad, la confianza y el otorgamiento de legitimidad al Estado, con el fin de darle la cobertura propia a la mera legalidad y la representatividad formal al Estado

5. ASPECTOS BÁSICOS EN EL TEMA DE LA GOBERNANZA

- *Gobernabilidad:*

La forma en que se ejerce la dirección gubernamental de los asuntos públicos en un país.

Gobernabilidad se refiere solo a la ‘cualidad de gobernable’, mientras que *Gobernanza* es el ‘Arte o manera de gobernar [para] el logro de un desarrollo económico, social e institucional duradero, promoviendo un sano equilibrio entre el Estado, la Sociedad Civil y el Mercado de la Economía’. Hay que recalcar el segundo componente de esta definición de *gobernanza*, sobre el sano equilibrio entre el Estado, sociedad civil y el mercado, ya que frecuentemente hay un sesgo ‘estatista’ y hacia la gestión meramente gubernamental en el concepto de gobernabilidad. Así que cuando veamos ‘*governance*’ en inglés, pensemos ‘*gobernanza*’ (Daniel Kaufmann en: www.thekaufmannpost.net)

- *Transparencia:*

Ejercicio de las funciones públicas de tal modo que la sociedad puede comprobar ese ejercicio y a la vez la posibilidad real de que los miembros de esa sociedad puedan llevar al Poder Judicial a los agentes públicos para sentar responsabilidades civiles, penales y administrativas.

Los habitantes de un país deben tener fácil acceso a la completa información pública, con el fin de que se cumpla el interés general.

– *Corrupción:*

Estando la corrupción presente en los Estados, el deber es fomentar la transparencia, rendición de cuentas y la extensión e intensidad de los controles y la fiscalización públicas.

La corrupción es el abuso de lo público para favorecer intereses privados, mediante cualquier forma de pago o de retribución.

6. FÓRMULA DE LA CORRUPCIÓN

C: M más D menos A

C: corrupción

M: monopolio

D: discrecionalidad

A: accountability: rendición de cuentas

La ecuación significa que la corrupción se da cuando existen situaciones de monopolio en el ejercicio de las funciones públicas, en un contexto de discrecionalidad (varias conductas posibles a criterios del agente público que toma la decisión o realiza el respectivo acto administrativo) y en ausencia (factual), total o parcial, de la fiscalización necesaria, lo cual configura un panorama sin rendición de cuentas en el plano real.

7. PRINCIPIOS DE UN BUEN GOBIERNO

- No incurrir en abuso o en desviación de poder (referencia: artículo constitucional 11).
- Ejercicio proporcional, racional y razonable del poder.
- Respetar el Estado de Derecho (referencia: artículo constitucional 11).
- Respetar los derechos humanos y libertades fundamentales. (Referencia: artículos constitucionales 20 a 49, relativos a los derechos individuales).

- Cumplir con los principios de responsabilidad, eficiencia y eficacia en el ejercicio del poder.
- Realizar los principios constitucionalidades de justicia, equidad y de igualdad
- Régimen de toma de decisiones públicas de modo democrático y participativo (referencia: artículo constitucional 1: *Costa Rica es una República democrática...*).
- Rendición de cuentas y transparencia (referencia: artículo constitucional 11).
- Medidas efectivas de combate a la corrupción.

8. METAS DEL BUEN GOBIERNO

- Desarrollo humano, ambiental, social y económico sustentables.

Referencia: artículo constitucional 50:

El Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza.

Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por ello, está legitimada para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la reparación del daño causado.

El Estado garantizará, defenderá y preservará ese derecho. La ley determinará las responsabilidades y las sanciones correspondientes.

- Libertades públicas y derechos humanos (referencia: artículos constitucionales 20 a 49).
- Ética y moral en el ejercicio del poder (referencia: artículo constitucional 11).
- Políticas efectivas y positivas en empleo, vivienda, educación y salud.
- Transparencia y rendición de cuentas (referencia: artículo constitucional 11).

9. CARAS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

- *Positiva* : transparencia y rendición de cuentas (referencia: artículo constitucional 11).

Genera confianza, credibilidad, legitimidad y seguridad en el Estado. Estabiliza los sistemas político, económico y social.

- *Negativa*: corrupción

Genera desconfianza, ilegitimidad e inseguridad en el Estado. Desestabiliza los sistemas político, económico y social.

Esas caras del Estado, se reflejan en estos campos:

- Demarcación de competencias y funciones de los agentes públicos.
- Procedimientos de elaboración, aprobación y ejecución de los presupuestos públicos.
- Elaboración, aprobación y recaudación de los impuestos.
- Elaboración, aprobación y ejecución de las políticas monetarias y bancarias.
- Desarrollo y ejecución de la materia de la contratación pública.

10. ESTADO DE DERECHO

La da de esencia en este tipo de Estado es la de sujetar al sector público al ordenamiento jurídico.

Princeps legibus solutus est: las leyes no obligan al príncipe.
Esta frase de los romanos antiguos, sigue en la cabeza y en las acciones de algunos gobernantes actuales que consideran que están por encima del Derecho u Ordenamiento jurídico.

Algunas de sus características son:

- Subordinación del Estado al bloque de legalidad (derecho escrito y el derecho no escrito; referencia: artículo constitucional 11).
- Posibilidad de que los agentes públicos (funcionarios y empleados) sean llevados a los tribunales por responsabilidad civil, penal y administrativa.

(Referencia: artículo constitucional 49):

Establécese la jurisdicción contencioso-administrativa como atribución del Poder Judicial, con el objeto de garantizar la legalidad de la función administrativa del Estado, de sus instituciones y de toda otra entidad de derecho público.

La desviación de poder será motivo de impugnación de los actos administrativos.

La ley protegerá, al menos, los derechos subjetivos y los intereses legítimos de los administrados.

- Fiscalización y control respecto del sector público, mediante la Contraloría General de la República.

(Referencia: artículos constitucionales 183 y 184):

183: *La Contraloría General de la República es una institución auxiliar de la Asamblea Legislativa en la vigilancia de la Hacienda Pública; pero tiene absoluta independencia y administración en el desempeño de sus labores.*

La Contraloría está a cargo de un Contralor y un Subcontralor. Ambos funcionarios serán nombrados por la Asamblea Legislativa, dos años después de haberse iniciado el período presidencial, para un término de ocho años; pueden ser reelectos indefinidamente, y gozarán de las inmunidades y prerrogativas de los miembros de los Supremos Poderes.

El Contralor y Subcontralor responden ante la Asamblea por el cumplimiento de sus funciones y pueden ser removidos por ella, mediante votación no menor de las dos terceras partes del total de sus miembros, si en el expediente creado al efecto se les comprobare ineptitud o proceder incorrectos.

184.- *Son deberes y atribuciones de la Contraloría:*

- 1) *Fiscalizar la ejecución y liquidación de los presupuestos ordinarios y extraordinarios de la República;*

No se emitirá ninguna orden de pago contra los fondos del Estado sino cuando el gasto respectivo haya sido visado por la Contraloría; ni constituirá obligación para el Estado la que no haya sido refrendada por ella;

- 2) *Examinar, aprobar o improbar los presupuestos de las Municipalidades e instituciones autónomas, y fiscalizar su ejecución y liquidación;*
- 3) *Enviar anualmente a la Asamblea Legislativa, en su primera sesión ordinaria, una memoria del movimiento correspondiente al año económico anterior, con detalle de las labores del Contralor y exposición de las opiniones y sugerencias que éste considere necesarias para el mejor manejo de los fondos públicos;*
- 4) *Examinar, glosar y fenecer las cuentas de las instituciones del Estado y de los funcionarios públicos;*
- 5) *Las demás que esta Constitución o las leyes le asigne.*

Este control sobre la Administración Pública puede ser de varios tipos:

Administrativo: a cargo de superiores jerárquicos propios; y, también mediante superiores jerárquicos impropios como la Contraloría General de la República y la Defensoría de los Habitantes

Jurisdiccional: es el que ejerce el Poder Judicial por medio de los procesos correspondientes.

Político: lo ejerce el Poder Legislativo, mediante las comisiones de investigación respectivas, que carecen de efectos jurídicos sancionatorios, excepto en lo que se refiere a la fiscalización de la Contraloría General de la República, Defensoría de los Habitantes, Magistrados del Poder Judicial, que son nombrados por Asamblea Legislativa, eventualmente –conforme a derecho– podrían ser destituidos.

Mediático: el que se desarrolla mediante la presión de los medios de comunicación colectiva y la llamada opinión pública pre-fabricada por estos medios.

- Respeto a las libertades públicas y a los derechos fundamentales
- Cumplimiento del principio constitucional de reserva de ley estas materias: derecho económico (finanzas públicas, banca y moneda), penal, propiedad privada, impuestos, libertades públicas, educación y servicios públicos.

Estas materias solo pueden ser reguladas por el Poder Legislativo.

- Elección popular de los gobernantes, transparencia en el proceso electoral.
- División formal de los Poderes Públicos: Ejecutivo, Judicial y Legislativo.

11. ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

Este tipo de Estado tiende a plasmar el *Estado del bienestar*, social, protector, intervencionista, providencia.

Una de las posibles maneras de definirlo es así:

Sistema de organización social en el que se procura compensar las deficiencias e injusticias de la economía de mercado con redistribuciones de renta y prestaciones sociales otorgadas a las débiles de la sociedad.

En nuestra Carta Magna, se pueden constatar, en el plano de lo escrito en un papel, derechos y garantías fundamentales que configuran ese Estado social y democrático de derecho, por ejemplo:

Artículo 93:	Derecho de los ciudadanos al sufragio
Artículo 65:	Derecho a la vivienda
Artículo 51:	Derecho a la familia
Artículos 56 a 61:	Derecho al trabajo
Artículos 46 y 50:	Derecho a la salud a un ambiente sano
Artículo 50:	Derecho a la distribución de la riqueza
Artículo 73:	Derecho a los seguros sociales universales
Artículos 77 y 78:	Derecho a la educación pública
Artículo 121, inciso 18:	Derecho a la promoción del progreso de las ciencias y de las artes
Artículo 60 a 62:	Derecho a la sindicalización, huelgas y convenciones colectivas para los trabajadores
Artículo 55:	Derecho a la protección de la madre y del menor
Artículo 71:	Derecho a la protección de las mujeres y de los menores en su trabajo
Artículo 64:	Derecho al fomento de la creación de cooperativas
Artículo 67:	Derecho a la preparación técnica y cultural de los trabajadores

12. CONSTITUCIONES DE ESPAÑA, ALEMANIA Y MÉXICO

A. *La Constitución de España* de 1978, manda en su artículo 1:

1. *España se constituye en un Estado social y democrático de derecho.*
2. *La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado.*

B. *La Constitución de Alemania*, de 1949, afirma en su artículo 20:

1. *La República federal de Alemania es un Estado federal, democrático y social.*
2. *Todo poder público emana del pueblo (...)*
4. *Todos los alemanes tienen el derecho de resistencia contra cualquiera que intente derribar el orden constitucional (...)*

C. *La Constitución Mexicana*, de 1917, sostiene:

Artículo 39: *La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo y se instituye para beneficio de éste. El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno.*

Artículo 40: *Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, federal (...).*

13. BUEN GOBIERNO Y MAL GOBIERNO

Efectivo y transparente manejo de los recursos públicos

Separación defectuosa y confusa entre lo que es público y privado

Aplicación legítima del Estado de derecho

Aplicación arbitraria del Estado de derecho

Razonable uso de regulaciones del mercado

Exceso de reglas, requisitos y trámites que dificultan el funcionamiento del mercado

Asignación de recursos orientada al desarrollo

Prioridades inconsistentes con el desarrollo, resultado de una inadecuada asignación de recursos

Las decisiones son transparentes

Las decisiones no son transparentes

14. CONCLUSIÓN

El buen gobierno, la gobernanza idónea en el marco del sistema democrático y con pleno respeto a los derechos, garantías y libertades fundamentales, son la clave para entender y diagnosticar la salud de un sistema institucional.

A estas alturas de la destrucción del planeta, ya existen fuertes corrientes de opinión y organizaciones no gubernamentales que califican al Estado actual como social, democrático y ecológico de derecho.

15. BIBLIOGRAFIA

- ALBI, Emilio. *Público y privado* (Barcelona: Ariel, 2000).
- ARELLANO, David et al. *Reformando al gobierno*. (México: Porrúa-CIDE, 2007).
- ARIÑO, Gaspar. *Economía y Estado*. (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993).
- AYALA, Espino; y, José Mercado. *Elección pública e institucione* (México: UNAM-Porrúa, 1996).
- Banco Mundial. *Un Estado en transformación* (Washington DC: Banco Mundial, 1997).
- BONNIN, Charles-Jean. *Principios de Administración pública*, 1812 (México: FCE, 2004)
- BOURDELAIS, Patrice et al. *Etat-providence*. (Paris: Gallimard, 1996).
- CALDERÓN, Fernando; y, Mario Dos Santos. *Hacia un Nuevo orden estatal en América Latina*. (Santiago, Chile: FCE, 1991).
- CARBONELL, Miguel et al. *Estado de derecho*. (México: UNAM. Siglo XXI, 2002).
- CASTRO, Teresa; y, Lucio Oliver, coordinadores. *Poder y política en América Latina*. (México: UNAM, Siglo XXI, 2005).
- CHEVALLIER, Jacques. *Etat du Droit*. (Paris: Montchrestien, 1992).
- EVANS, Trevor. *La transformación neoliberal del sector público* (Managua: Cries, 1995).
- FACIO BRENES, Rodrigo. *Planificación económica en régimen democrático*. San José: Universidad de Costa Rica, Revista de Ciencias Sociales, 1959, No. 4).

FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. *Derecho Administrativo y Administración Pública* (México: Porrúa, 2006).

FERRER, Aldo. *Hechos y ficciones de la globalización* (México: FCE, 2006).

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; Tomás Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo* (Madrid: Civitas Thompson, 2 tomos, 1999).

GILABERT, Juan. *La otra globalización* (Madrid: Biblioteca Nueva, 2002).

GÓMEZ, Esther. *El Estado del bienestar. Presupuestos éticos y políticos* (Madrid: Fundación universitaria española, 2002).

GUERRERO, Omar. *Administración Pública* (México: UNAM-FLACSO, en *Léxico de política*, versión digital, 2000).

Las políticas públicas como ámbito de concurrencia multidisciplinaria (México: Revista Ciencia, vol. 44, No. 1, versión digital, 1993).

Clásicos de la teoría de la Administración Pública (México: Instituto Nacional de Administración Pública, en *Antología sobre la Teoría de la Administración Pública*, versión digital, 2002).

La nueva gerencia pública (México: Fontamara, 2004).

Las ciencias de la Administración en el Estado Absolutista (México: Fontamara, 1996).

La Administración Pública del Estado capitalista (México: Fontamara, 1995).

Teoría administrativa del Estado (México: Oxford, 2000).

Tecnocracia o el fin de la política (México: UNAM-IIIJ, 2006).

Introducción a la Administración Pública (México: Harla, 1985).

La teoría de la Administración Pública (México: Harla, 1986).

Gerencia pública en la globalización (México: Porrúa-UAEM, 2003).

Del Estado gerencial al Estado cívico (Porrúa-UAEM, 1999).

HAMPTON, David. *Administración* (México: McGraw-Hill, 1987).

HARO, Guillermo. *Servicio público de carrera* (Porrúa-INAP, 2000).

La función pública en el proceso de modernización nacional (México: IAPEM, 1991).

HERNÁNDEZ, Magaly. *Fisuras, desafíos y mutaciones del Estado de Derecho y el Derecho Público* (San José: Editorial de la Universidad de Costa Rica, 2007).

HINES, César. *La discrecionalidad administrativa y su control en Costa Rica* (San José: Mundo Gráfico, 2006).

JIMÉNEZ, Manrique. *Derecho Público* (San José: Ed. Jurídica Continental, 2001).

JINESTA, Ernesto. *Tratado de derecho administrativo* (Medellín: Diké, tomos T. I, 2002 y II, 2005; III, Ius-EJC, 2007).

KAPLAN, Marcos. *Estado y globalización* (México: UNAM, 2003).

KOONTZ, Harold; Heinz Weirich. *Administración* (México: McGraw-Hill, 1993).

MAKOWSKI, Sara. *¿Ciudadanos globales?* (Quito: revista Ecuador Debate, No. 42, 1997).

MARTÍNEZ, José. *Nueva gerencia pública* (México: Porrúa-UAEM, 2007).

MEOÑO, Johnny. *Crisis nacional, Estado y burocracia* (San José: Ed. Tecnológica, 2001).

MUÑOZ, Oscar (editor). *Hacia el Estado regulador* (Santiago de Chile: CIEPLAN, 1992).

MUÑOZ, Rafael. *El Estado de bienestar en el cambio de siglo* Madrid: Alianza, 2000.

MURILLO, Mauro. *Ensayos de derecho público I* (San José: EUNED, 1988).

Ensayos de derecho público II (San José: Ed. Juritexto, 1995).

La descentralización administrativa en la Constitución Política (San José: Universidad de Costa Rica. Colegio de Abogados, Revista de Ciencias Jurídicas, No. 30, 1976).

OLÍAS, Blanca, coordinadora. *La nueva gestión pública*. (Madrid: Prentice Hall, 2001).

ORTIZ, Eduardo. *Tesis de Derecho Administrativo* (Medellín: Ed. Stradtman-Diké, 3 tomos, 2002).

- PAREJO, Luciano. *Derecho Administrativo* (Barcelona: Ariel, 2004).
- PASSERIN, Alejandro. *La noción de Estado*. (Barcelona: Ariel, 2001).
- PERBEN, Dominique et al. *Repensar L'Etat* (Paris: Revue Politique et Parlementaire, mars-avril, 1996).
- RODRÍGUEZ, Carlos. *Estado contra mercado*. (Madrid: Tecnos, 2000).
- RODRÍGUEZ, Gina et al. *Estado, Nación y globalización* (Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2006).
- ROJAS, Enrique. *La jurisdicción contencioso administrativa en Costa Rica* (San José: Imprenta nacional, 2 tomos, 1995).
- ROJAS, Manuel et al. *Globalización, política y partidos* (San José: FLACSO, Cuadernos de ciencias sociales, No. 87, 1996).
- La gobernabilidad en Centroamérica. Ajuste, sectores populares y gobernabilidad* (San José: FLACSO, 1995).
- ROMERO-PÉREZ, Jorge Enrique. *Derecho Administrativo General* (San José: EUNED, 2002) *De la descentralización a la re-centralización* (San José: Universidad de Costa Rica. Colegio de Abogados, Revista de Ciencias Jurídicas No. 50, 1984).
- Consideraciones sobre la descentralización y la centralización administrativas* (San José: Universidad de Costa Rica. Colegio de Abogados, Revista de Ciencias Jurídicas No. 43, 1981).
- Organización del Estado costarricense a partir de 1949* (San José: Universidad de Costa Rica. Colegio de Abogados, Revista de Ciencias Jurídicas No. 49, 1984).
- Good Governance* (Holanda, Utrecht: School of Law, University of Utrecht, 2002).
- ROSIQUE, José. *Neoinstitucionalismo y buen gobierno* (México: Fundación mexicana de estudios políticos y administrativos, revista Buen Gobierno No. 4, 2008).
- ROUAULT, Marie-Christine. *L'essentiel du Droit Administratif général* (Paris: Gualino, 1999).
- SÁNCHEZ, José. *Estudio de la ciencia de la administración* (México: Porrúa-IAPEM, 2007).

- SANTAMARÍA, Juan. *Fundamentos del Derecho Administrativo* (Madrid: editorial Ramón Areces, 1991).
- SONCINI, Stefano et al *Manuale pratico del Diritto Amministrativo* (Padova: Cedam, 1999).
- SOROS, George. *Globalización* (Madrid: Planeta, 2002).
- STIGLITZ, Joseph. *El malestar en la globalización* (Buenos Aires: Taurus, 2002).
- ¿Cómo hacer que funcione la globalización?* (Bogotá: Taurus, 2006).
- STONER, James; Charles Wankel. *Administración* (México: Printice-Hall, 1989).
- SOJO, Carlos. *La gobernabilidad en Centroamérica. La sociedad después del ajuste* (San José: FLACSO, 1995).
- La modernización sin Estado* (San José: FLACSO, 2008).
- TOMASSINI, Luciano. *Estado, gobernabilidad y desarrollo* (Washington DC: Banco Mundial, serie monografías No. 9, 1993)
- VAN LANG, Agathe et al. *Dictionarie de Droit Administratif* (Paris: Armand Colin, 1999).
- VÁZQUEZ, José. *El control de la Administración Pública en México* (México: UNAM, 1997).
- VILLARREAL, Olman et al. *Foro nacional sobre la gestión pública* (San José: Universidad de costa Rica, 2005) .
- VAN LANG, Agathe et al. *Dictionarie de Droit Administratif* (Paris: Armand Colin, 1999).

**EFFECTOS DE LA CLÁUSULA COMPROMISORIA
EN LOS ARBITRAJES INTERNACIONALES:
CASO DEL CIADI**

Lic. Jorge Murillo González
Abogado costarricense

(Recibido 15/02/08; aceptado 26/11/08)

(*) E-mail: jmurillo@migracion.go.cr
Teléfono: 2299-8175

RESUMEN

En este artículo se expone entre otras cosas, la importancia que tiene el arbitraje en aquellos conflictos que puedan desarrollarse en contratos de comercio internacional, de las repercusiones que trae la inclusión de una cláusula compromisoria y de cómo el CIADI representa actualmente uno de los centros de conciliación y arbitraje más utilizadas entre los inversionistas y los Estados.

Palabras clave: Arbitraje, Banco Mundial, Cláusula compromisoria, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), Compromiso arbitral, Conciliación, tribunales arbitrales.

ABSTRACT

This article portrays, among other topics, the importance of arbitration in conflicts that can be developed from international trade agreements and the repercussions of including an arbitration clause, and also, the way the ICSID represents today one of the arbitration and settlement centers mostly used by investors and States.

Key words: Arbitration, World Bank, Arbitration Clause, International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), Arbitration agreement, Settlement, Arbitration boards.

SUMARIO

Introducción

Capítulo I: Generalidades sobre el arbitraje

Sección I: Concepto de arbitraje

Sección II: Naturaleza jurídica del arbitraje

- A) La teoría contractual
- B) La teoría jurisdiccional
- C) La teoría ecléctica
- D) Jurisdicción extraordinaria

Sección III: Elementos del arbitraje

Sección IV: Tipos de arbitraje

- A) Arbitraje "Ad hoc" y arbitraje administrativo
- B) Arbitraje voluntario y arbitraje forzoso o legal
- C) Arbitraje de derecho y arbitraje de equidad
- D) Arbitraje interno y arbitraje internacional
- E) Arbitraje público y arbitraje privado

Capítulo II: La cláusula compromisoría

Sección I: Concepto de cláusula compromisoría

Sección II: Cláusula compromisoría vrs. compromiso arbitral

Sección III: La validez de la cláusula compromisoría

Sección IV: Problemas derivados de la ejecución de la cláusula compromisoría

- A) Derecho aplicable
- B) Autonomía de la cláusula compromisoría
- C) Eficacia de la cláusula compromisoría

Capítulo III: Algunas particularidades del CIADI

Sección I: Origen del CIADI

Sección II: El carácter voluntario del CIADI

Sección III: El CIADI y arbitraje internacional para la protección de inversiones

Sección IV: Procedimiento de arbitraje y conciliación del CIADI

Sección V: Efecto del laudo emitido por el CIADI

Conclusiones

Bibliografía

INTRODUCCIÓN

El comercio internacional ha tomado auge en los últimos tiempos motivado entre otros factores por la globalización económica, lo cual trae como consecuencia directa, un aumento de contratos entre inversionistas de varios países o de éstos y los Estados.

Sin embargo, la llegada de estos contratos ha traído también un aumento de problemas y conflictos entre las partes contratantes, por lo que éstas, deberían de prever este tipo de situaciones y tratar encontrar la forma más adecuada y pacífica de solucionarlos, en caso de que lleguen a existir.

De allí que la inclusión de las llamadas cláusulas compromisorias en los contratos vendrían a ser una buena solución para las partes, las cuales estipulan desde un principio de su relación, la anuencia de que un tercero, en este caso un árbitro, sea el que solucione de la manera más objetiva, un eventual problema que surja a raíz del contrato y que no pueda ser solucionado amigablemente por las partes.

Existen en la actualidad varios centros de conciliación y arbitraje para la solución de problemas entre las personas de diferentes países o entre éstos con los Estados. Un ejemplo de los últimos lo constituye el CIADI, que nace para cooperar con el arreglo de conflictos que puedan llegar a darse entre los inversionistas de un país y un Estado determinado.

El presente estudio, dividido en tres capítulos analizará brevemente algunas generalidades acerca del arbitraje, para posteriormente estudiar aspectos fundamentales de la cláusula compromisoria, y ya con algunas nociones y criterios básicos, analizar un poco más a profundidad al centro de solución de conflictos creado por el Banco Mundial, conocido como el CIADI, y en síntesis analizar la eficacia que tiene como medio de solución de controversias.

CAPITULO I: GENERALIDADES SOBRE EL ARBITRAJE

SECCION I: Concepto de arbitraje

El arbitraje es un medio jurídico de arreglo de litigios presentes o futuros basados en la voluntad de las partes, que eligen por sí mismas directamente o a través de mecanismos de designación acordados por

ellas –por ejemplo, delegando en un tercero imparcial, persona física o jurídica– a simples particulares a los que se confía la adopción de una decisión obligatoria –el laudo arbitral– que ponga fin a la diferencia entre ellas.⁽¹⁾

Por lo general se le han atribuido ciertos elementos, entre ellos el carácter voluntario con que las partes se obligan a someter sus diferencias al arbitraje, ya sea en el momento de otorgar el compromiso, de manera libre y espontánea sin que anteriormente existiera convención por la que cualquiera de ellos pudiera exigirlo, o bien al momento de celebrar dicha convención previa, que para nuestros efectos toma la forma de cláusula compromisoria, la cual se estudiará en el capítulo siguiente.

Como se verá más adelante existe una serie de clasificaciones de arbitrajes, entre ellas la de arbitraje interno e internacional, sin embargo la naturaleza del mismo no varía porque sea interno o internacional; por lo tanto las diferentes concepciones que del arbitraje interno se tiene hayan sido proyectadas también al arbitraje comercial internacional.

SECCION II: Naturaleza jurídica del arbitraje

No existe consenso entre la doctrina, acerca de la naturaleza jurídica aplicable al arbitraje, por el contrario, la misma resulta uno de los problemas de mayor interés dentro de los estudiosos de la materia. De la discusión de los autores, han surgido cuatro teorías que tratan de explicar la naturaleza jurídica del arbitraje, las cuales se explican a continuación:

A) La teoría contractual

Para esta teoría lo más importante es el acuerdo de voluntades de las partes, entendido tanto para excluir sus controversias del conocimiento de los tribunales comunes, como para designar a los sujetos encargados para resolverlos, en el caso de que llegaren a existir. Es denominada también como “privatista” o “material”, pues el arbitraje

(1) CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y otro. *El arbitraje comercial internacional*. Editorial Tecnos, Madrid, España, 1989, p. 19.

consiste básicamente en un contrato basado en la voluntad de las partes, que delegan el arreglo de sus diferencias a un árbitro.

Este punto es compartido por José Almagro, para quien, “el arbitraje no es más que un doble convenio: de un lado es un contrato de compromiso, por cuanto las partes deciden someterse al futuro laudo y, de otro, contiene también un contrato de mandato, en base al cual el tercero se obliga a resolver con arreglo a Derecho o a la equidad.”⁽²⁾

Así, el árbitro es una especie de mandatario de las partes, y por lo tanto no es independiente de éstas. Niega que el árbitro tenga facultades jurisdiccionales, ya que si las partes se niegan a ejecutar el laudo, es necesario que sean los tribunales quienes lo ejecuten. Entonces, los efectos vinculantes del laudo quedarían justificados por el acuerdo de las partes.

B) La teoría jurisdiccional

Según esta teoría el arbitraje, aunque tiene origen contractual, presenta características equiparables a las de un juicio, ya que el laudo, tendrá carácter de sentencia aunque los árbitros carezcan de imperio necesario para ejecutarlo. Es por ello que se enmarca, dentro de esta teoría al árbitro, como un juez.

Esta teoría es también llamada publicista, y “sostiene que el arbitraje es ante todo, un proceso cuasijudicial, ciertamente engendrado por un acuerdo de voluntades, pero en el que lo característico es el laudo arbitral o sentencia, que es un acto jurídico de particulares que han sido investidos de la función jurisdiccional, con efectos similares a las sentencias de los tribunales ordinarios.”⁽³⁾

(2) ALMAGRO, José. *Derecho procesal*. Tomo I, Volumen II, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 1991, p. 620.

(3) VILLAVICENCIO LÓPEZ, Einar José. *La cláusula compromisoria y el arbitraje forzoso legal en el contrato de seguros*. Tesis para optar por el grado de licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica, 1995, p. 23

Se le critica a esta teoría el hecho de que los árbitros no pueden ejecutar directamente sus laudos, sino que requieren la intervención del juez ordinario que le concede el *exequátur*. Tampoco tienen la autoridad para la adopción de las medias provisionales pertinentes en cada caso.

C) La teoría ecléctica

La continua disputa entre la teoría jurisdiccional y la contractual ha dado cabida al surgimiento de un tercer grupo de teorías, las cuales recogen argumentos de cada una de las dos anteriores. Según la teoría ecléctica,⁽⁴⁾ el arbitraje es una institución *sui generis*, de naturaleza híbrida o mixta, en la que se encuentran, el origen contractual del mismo y la teleología jurisdiccional que en última instancia explica su aparición, pues la función del árbitro es básicamente la de un juez, con ciertas limitaciones, pero niega el carácter de sentencia del laudo, ya que carece de eficacia ejecutiva. Entonces, la naturaleza del arbitraje, sería, por una parte, contractual y por la otra procesal, para poder incluir, de esta forma, en todas sus etapas, el acuerdo de someter la decisión de sus diferencias a un tercero que llegará a dictar un laudo.

D) Jurisdicción extraordinaria

Esta última teoría conceptualiza el arbitraje como una institución jurídica independiente que debe su existencia a la misma ley. La función de administrar justicia “se la ha reservado el Estado para sí, de forma que los particulares, no pueden por sí solos otorgar a nadie el poder de juzgar el litigio. Es la ley la que otorga a los árbitros la autoridad necesaria para ejercer la función de sentenciar, que es un acto de soberanía. La ley instituye a los árbitros como una categoría de tribunales, que aunque no tienen el carácter de permanentes, eso no les quita ni altera la naturaleza de sus funciones. Es cierto que los árbitros carecen del poder de imperio para disponer la ejecución de sus resoluciones por la fuerza pública, pero esto responde a la sencilla razón de que el Estado no puede admitir el manejo de la fuerza pública

(4) La continua disputa entre la teoría jurisdiccional y la contractual ha dado cabida al surgimiento de la teoría ecléctica, la cual recoge argumentos de cada una de las dos anteriores.

de los particulares, por ser ésta una institución estatal, cuyo manejo lo ha encomendado a autoridades que el mismo ha designado por medio de sus órganos.”⁽⁵⁾

El arbitraje, constituye pues, una jurisdicción extraordinaria, en donde el Estado permite a los individuos, a la par de la jurisdicción ordinaria para la resolución de cierto tipo de controversias.

SECCION III: Elementos del arbitraje

Según Carlos Gómez Rodas, “el arbitraje como instituto, consta de cuatro partes o cuerpos que son: el convenio, el procedimiento, la sentencia o laudo y la ejecución del mismo.”⁽⁶⁾

Aunque el proceso arbitral puede establecerse por ley, esta posibilidad, es excepcional, lo normal es que el punto de partida de un proceso arbitral sea el convenio, es decir, las partes por acuerdo de voluntades, acuerdan la posibilidad de establecerlo. Este acuerdo arbitral puede dividirse en dos elementos, por un lado la cláusula compromisoria, (la cual es tema fundamental del presente trabajo, y que explicaremos más adelante) y el compromiso.

El procedimiento es la concatenación de actos procesales que tienen a la resolución del conflicto mediante el dictado de una decisión que reviste la forma de laudo. Las partes tienen facultades amplias para fijar el procedimiento a seguir en la substantación del arbitraje. También pueden optar por someterse al procedimiento que una institución de reconocido prestigio ofrece para solucionar el conflicto.⁽⁷⁾

(5) VILLAVICENCIO LÓPEZ, Einar José, *Op. cit.*, p. 29.

(6) GÓMEZ RODAS, Carlos M. *Apuntes sobre arbitraje comercial internacional*, en Revista de Ciencias Jurídicas, No. 64, septiembre-diciembre, Colegio de Abogados, San José, Costa Rica, 1989, p. 14.

(7) BERMÚDEZ JIMÉNEZ, José Mariano. *El arbitraje comercial internacional*. Proyecto de graduación para optar por el título de Bachillerato en Comercio Internacional, Universidad Internacional de las Américas, San José, Costa Rica, 1995, p. 34.

El laudo es una sentencia, solamente que se le llama laudo para diferenciarlo de la resolución que proviene del orden jurisdiccional ordinario. En éste, el árbitro o tribunal arbitral, según sea el caso, deciden el fondo del asunto sometido a su conocimiento, tiene autoridad de cosa juzgada.

La ejecución es la efectiva aplicación de lo establecido en la parte dispositiva del laudo. Puede suceder que el laudo no se cumpla voluntariamente por las partes, en este caso, se requiere la ayuda de órganos jurisdiccionales ordinarios que pueden hacer uso de la fuerza estatal para obligar coercitivamente a la parte que haya resultado condenada.

SECCION IV: Tipos de Arbitraje

Al igual de lo que sucede con la naturaleza jurídica del arbitraje, existe en la doctrina varios tipos de arbitrajes, atendiendo a diferentes criterios, así nos encontramos con los siguientes:

A) Arbitraje “Ad hoc” y arbitraje administrativo

Esta clasificación adquiere gran interés dentro del arbitraje internacional, en donde las partes pueden determinar en el convenio arbitral, todos los aspectos relacionados con el arbitraje; o alternativamente, pueden encomendar a una organización arbitral permanente de las existentes en el mundo comercial internacional, tal y como es el caso del CIADI.

Así pues, cuando se le atribuye el nombramiento de árbitros y el procedimiento ulterior a un organismo señalado nos encontramos ante un arbitraje “institucional o administrativo”, a diferencia del “ad hoc” en donde esta posibilidad se le posibilita a una o varias personas determinadas por las partes. El optar por uno u otro sistema, dependerá, en última instancia, de la voluntad de las partes, y de lo que hayan expresamente señalado en el acuerdo arbitral.

Por otra parte, para Víctor Garita González, “el arbitraje institucional presupone la existencia de una entidad que jurídicamente se constituya en el soporte indispensable de la conducción del proceso arbitral y de la existencia de un mecanismo alterno para la resolución de disputas de carácter permanente, estable e institucional.”⁽⁸⁾

(8) GARITA GONZÁLEZ, Víctor. *Derecho comercial: el arbitraje, un nuevo horizonte para la búsqueda de una mejor justicia*. Convenio Corte-AID, San José, Costa Rica, 1995, p. 8.

Es criterio de algunos doctrinarios, entre ellos Víctor Pérez, de que el arbitraje administrativo representa mayores ventajas que el “ad hoc”, debido a que facilita a las partes la redacción del compromiso, bastando sólo que indiquen el organismo o institución especializada que deba encargarse del nombramiento de los árbitros y de la tramitación del procedimiento, con lo que se asegura la neutralidad y buen desarrollo de éste frente a acontecimientos futuros no previstos por las partes en el momento de efectuarse la contratación.⁽⁹⁾

B) Arbitraje voluntario y arbitraje forzoso o legal

El arbitraje puede resultar de un acuerdo entre las partes, en este caso hablamos de un arbitraje voluntario o convencional, o por el contrario, puede ser obligatorio por disposición expresa de la ley, encontrándonos acá con un arbitraje forzoso, legal, necesario u obligatorio.

En el primer supuesto, las partes, por el principio de autonomía de la voluntad, llegan a un acuerdo arbitral sobre aquellos conflictos presentes o futuros que impliquen derechos de naturaleza disponible, como es el caso de los patrimoniales. En el campo internacional es este tipo de arbitraje el que va a dominar, todos los convenios internacionales aluden sólo a éste.⁽¹⁰⁾

El arbitraje obligatorio se da en dos casos: primero, cuando se establece una cláusula compromisoria en el contrato, que obliga a ambas partes a resolver cualquier conflicto que se presente por medio de un arbitraje; esta cláusula tiene origen en la voluntad de las partes, pero si se presenta el conflicto, quedan obligadas a someterse al arbitraje aunque en ese momento no tengan voluntad de hacerlo. Este supuesto solo se da en los ordenamientos que distinguen entre cláusula compromisoria y compromiso. El segundo supuesto ocurre cuando el arbitraje es obligatorio porque así lo establece la ley.⁽¹¹⁾

(9) PÉREZ VARGAS, Víctor. *La solución de conflictos en la compraventa internacional*, en Revista Judicial, No. 23, Año 7, Mes Octubre, San José, Costa Rica, 1982, pp. 53-54.

(10) SILVA, Jorge Alberto. *Arbitraje comercial internacional en México*. Editorial Pérez - Nieto Editores, México, 1994, pp. 159-160.

(11) BERMÚDEZ JIMÉNEZ, José Mariano. *Op. cit.*, p. 39.

C) Arbitraje de derecho y arbitraje de equidad

El arbitraje de derecho es aquel en el que tanto la tramitación del proceso como el laudo arbitral se ajustan a lo dispuesto en las leyes procesales y sustanciales respectivas. El nombramiento de esta clase de árbitros ha de recaer sobre personas que tengan conocimiento del derecho, o sea, abogados.

En el arbitraje de derecho los árbitros deben desarrollar el proceso arbitral y solucionar el litigio aplicando el ordenamiento jurídico como lo haría un juez estatal, por su parte en el arbitraje de equidad el árbitro (s) falla el asunto tal y como lo haría un “amigable componedor”, es decir, mediante una decisión obligatoria no necesariamente basada en una ley estatal, “sino más bien en su personal sentido de la justicia del caso concreto, atendidas las peculiaridades del mismo.”⁽¹²⁾ Y es precisamente por las características del arbitraje de equidad, que la honradez, probidad y rectitud de los árbitros resultan fundamentales, ya que al fallar sin sujeción a reglas legales, sus actuaciones deben ajustarse a la equidad, prudencia y buena fe.

Es importante señalar, que debido al alto grado de libertad del que disponen los árbitros en el arbitraje de equidad, éste no puede presumirse, sino que las partes deben señalar expresamente su voluntad de someterse a este tipo de arbitraje.

D) Arbitraje interno y arbitraje internacional

El arbitraje se considerará interno (o doméstico) cuando el mismo tiene lugar entre nacionales de un mismo Estado en que se realiza, o que tienen su domicilio en él, regulado entonces, por sus leyes locales.

-
- (9) PÉREZ VARGAS, Víctor. *La solución de conflictos en la compraventa internacional*, en Revista Judicial, No. 23, Año 7, Mes Octubre, San José, Costa Rica, 1982, pp. 53-54.
- (10) SILVA, Jorge Alberto. *Arbitraje comercial internacional en México*. Editorial Pérez - Nieto Editores, México, 1994, pp. 159-160.
- (11) BERMÚDEZ JIMÉNEZ, José Mariano. *Op. cit.*, p. 39.
- (12) CALVO CARAVACA, Alfonso y otros. *Op. cit.*, p. 49.

Por el contrario, el arbitraje es internacional cuando existe “un elemento extraño, ajeno al carácter local de la controversia; es decir, cuando una de las partes contratantes es extranjera o cuando los efectos del convenio se producen en el exterior; en fin, cuando surge cualquier conexión con otra legislación distinta a la interna (...) Se habla de arbitraje comercial internacional cuando se aplica la institución a litigios de derecho mercantil.”⁽¹³⁾

La distinción entre los dos arbitrajes es relevante cuando, en los Convenios internacionales o en los ordenamientos estatales internos, se establecen disposiciones específicas para el primero de ellos, o cuando el laudo extranjero requiere el exequátur para su reconocimiento en el foro, mientras que el nacional no lo necesita.⁽¹⁴⁾

E) Arbitraje público y arbitraje privado

Esta clasificación atiende a la calidad de los sujetos que intervinen en un proceso arbitral, así pues, el arbitraje de derecho público, “tiene por objeto el arreglo de los litigios entre Estados, como entidades soberanas, mediante jueces designados libremente y sobre la base del respeto a las instituciones jurídicas. El arbitraje privado, en cambio, trata de resolver las controversias suscitadas entre particulares.”⁽¹⁵⁾

CAPITULO II: LA CLÁUSULA COMPROMISORIA

SECCIÓN I: Concepto de la cláusula compromisoria

La cláusula compromisoria es aquella estipulación incluida en un contrato, ya sea como cláusula del mismo o en escrito separado, mediante la cual las partes deciden que todas o algunas de las controversias que de tal convenio puedan resultar en el futuro, sean sometidas a juicio arbitral.⁽¹⁶⁾

(13) PÉREZ VARGAS, Víctor. *Op. cit.*, pp. 52-53.

(14) CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y otro. *Op. cit.*, p. 33.

(15) SILVA, Jorge Alberto. *Op. cit.*, p. 101.

(16) GÓMEZ RODAS, Carlos M. *Op. cit.*, p. 15.

Para Matthies, “es un acuerdo de voluntades que se celebra casi siempre conjuntamente con uno a varios negocios jurídicos y en donde las partes declaran de antemano su decisión de someter cualesquiera controversias que pudieran resultar de la interpretación o ejecución de dichos negocios, a la exclusiva jurisdicción de los árbitros. Se le da el nombre de cláusula porque generalmente va inserta como una de muchas cláusulas de que consta el o los negocios que liga a dos o más partes.”⁽¹⁷⁾

Normalmente la cláusula compromisoria es accesoria a los contratos y procura excluir éstos del conocimiento de los jueces permanentes, a favor de los árbitros. También se establece la autonomía de dicha cláusula para evitar de esta forma la posibilidad que se produzca un laudo sin fundamento. Esto sucedería si mediante el laudo se anula un contrato que contiene una cláusula compromisoria, porque al anularse la cláusula que obliga a acudir a un proceso arbitral, se dejaría sin fundamento el mismo proceso arbitral y por ende el laudo a que se llegue.⁽¹⁸⁾

De las definiciones expuestas anteriormente, se desprende que la cláusula compromisoria se pacta dentro de un contrato principal, pero puede existir separadamente, pero haciendo expresa referencia al contrato principal. Con la estipulación de esta cláusula, las partes se obligan, en el eventual caso de que exista un conflicto relacionado con el contrato principal, a sustraerse de la intervención del poder judicial, y confiar en una decisión de uno o varios árbitros.

SECCIÓN II: Cláusula compromisoria vs. compromiso arbitral

Aunque en principio, la cláusula compromisoria va muy ligada al compromiso arbitral, no podemos confundirnos, al punto de equiparar ambos conceptos, pues existen ciertas diferencias, que a continuación señalamos.

(17) MATTHIES, Felix Ronald, citado por Cantuarias Salaverry, Fernando: *Reflexiones acerca de la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral: y después nos preguntamos porqué el arbitraje funciona recién desde 1996*, en: www.camaralima.org.pe/arbitraje/boletin/edic_ant/5/voz_arbitro2.htm (accesado el 21 de junio del 2006).

(18) BERMÚDEZ JIMÉNEZ, José Mariano. *Op. cit.*, p. 59.

Básicamente el compromiso es el “acto por el cual en cumplimiento de una cláusula compromisoria, de una disposición de ley, o bien sin que exista obligación previa alguna, las partes someten a la decisión arbitral las diferencias concretas y ya surgidas que en él se determinan, nombrándose los árbitros y fijándose las condiciones del laudo.”⁽¹⁹⁾

Para Carlos Cárdenas, el compromiso arbitral es definido como aquél mediante el cual “...dos o más personas acuerden voluntariamente que una controversia determinada, existente entre ellas, materia o no de un juicio, sea resuelta por uno o más terceros (el o los árbitros) a los que designan, sometiéndose expresamente a su jurisdicción y decisión.”⁽²⁰⁾

De las definiciones das podemos determinar que el contrato de compromiso debe incluir al menos lo siguiente: a) el acuerdo mediante el cual se somete la controversia al conocimiento del árbitro o árbitros; b) el objeto de la disputa, abarcando de ser posible, los puntos sobre los cuales las partes están en acuerdo o en desacuerdo; y c) el método para constituir el tribunal arbitral o para designar el árbitro.⁽²¹⁾

A diferencia de la cláusula compromisoria que es vista como un precontrato, el compromiso arbitral es un contrato por el cual varias personas someten una controversia ya determinada a uno o varios terceros (árbitros por ejemplo), obligándose a la decisión que éste o estos tomen, por ello es que ambos deben tener un régimen diferente. De hecho, si bien el compromiso arbitral puede otorgarse como consecuencia de haberse pactado previamente una cláusula compromisoria, puede que aquel se realice aún a falta de ésta, pero eso si, cuando ya ha surgido una controversia entre las partes. Es decir, existe

(19) VILLAVICENCIO LÓPEZ, Einar José. *Op. cit.*, p. 50.

(20) CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. *Cláusula compromisoria y compromiso arbitral*, en Exposición de Motivos y Comentarios, Código Civil Peruano de 1985, p. 641.

(21) SALAS VILLALOBOS, Mauricio y otro. *La responsabilidad internacional del Estado por daños ocasionados al inversionista extranjero: la perspectiva de Costa Rica*, tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica, 1994, p. 215.

en ese momento un conflicto concreto, real, a diferencia de lo que sucede con la cláusula compromisoria, la cual, como se dijo, se suscribe cuando todavía no existe controversia.

Para José Mariano Bermúdez Jiménez, “el objeto de la cláusula compromisoria es el conflicto mismo, el cual puede ser indeterminado, mientras que en el compromiso debe estar identificado con claridad, ya que es el tema sobre el que se substanciará la discusión.”⁽²²⁾

SECCIÓN III: La validez de la cláusula compromisoria

La cláusula compromisoria es un contrato, entendido como un acuerdo de voluntades de dos o más sujetos que originan una relación jurídica. Los requisitos de la cláusula compromisoria se configuran como presupuestos de validez o de eficacia de la misma. Hablamos en relación a ellos de presupuestos objetivos y subjetivos.

Los presupuestos subjetivos son aquellos que se refieren a la validez de la cláusula compromisoria en relación con las partes. Básicamente éstos se refieren a la capacidad, a la legitimación y la titularidad.

La capacidad de actuar en las personas físicas y la competencia del órgano en las personas jurídicas constituyen presupuestos subjetivos fundamentales para la celebración de la cláusula compromisoria. (...) Un sujeto incapaz puede ser representado con la autorización judicial correspondiente en el momento de celebrar la cláusula compromisoria, pues se trata de un acto de verdadera disposición y no de mera administración.”⁽²³⁾

En cuanto a los árbitros, su capacidad, además de requisito de validez, puede requerirse para su eficacia, y a su vez puede influir en el nacimiento, permanencia o eliminación de la cláusula compromisoria. El nombramiento de los árbitros en la cláusula compromisoria es un grave riesgo. Así, si los árbitros nombrados en la cláusula no aceptan el cargo, la cláusula queda sin efecto, y no podrá nombrarse a otra persona salvo común acuerdo de las partes. Lo mismo sucedería si el

(22) BERMÚDEZ JIMÉNEZ, José Mariano. *Op. cit.*, p. 55.

(23) VILLAVICENCIO LÓPEZ, Einar José. *Op. cit.*, pp. 55-56.

cargo o puesto utilizado para la individualización de una persona física, desaparece antes de que le sea presentada a esta la oferta para su aceptación.⁽²⁴⁾

Por su parte, la legitimación como presupuesto subjetivo, designa una determinada posición del sujeto con referencia a particulares situaciones y, más precisamente, con relación al objeto o al otro sujeto de la relación. Así aplicando analógicamente los artículos 1392 y 1393 del Código Civil a la cláusula compromisoria, tenemos que sólo están legitimados para celebrarla los que tiene la libre facultad para enajenar sus bienes y derechos.

Finalmente, la voluntad compromisoria no requiere necesariamente que el sujeto tenga la titularidad. Puede suceder, por ejemplo, que una cláusula compromisoria pueda ser concluida válidamente en nombre ajeno, es decir, en ejercicio de una representación legal o voluntaria.⁽²⁵⁾

Por otro lado, el objeto en la cláusula compromisoria se determina de manera genérica, eso quiere decir simplemente, que el objeto será la materia bajo disputa que se tendrá que someter a arbitraje.

Tenemos fundamentalmente, dentro de los requisitos objetivos de la cláusula compromisoria a la licitud, la determinabilidad, la posibilidad y la patrimonialidad.

En términos sencillos la licitud del objeto determina que la materia a arbitrar no está prohibida por ley, la moral o las buenas costumbres. Según los artículos 43 de nuestra Constitución Política en concordancia con el 507 del Código Procesal Civil, en Costa Rica, solo pueden someterse a arbitrajes asuntos de carácter patrimonial. En el ámbito internacional con fundamento en las convenciones internacionales ratificadas por Costa Rica, el pacto arbitral debe referirse a un asunto susceptible de ser resuelto por medio de arbitraje.

(24) CASASOLA MURILLO, José Pablo. *La cláusula compromisoria*. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica, 1990, p. 119.

(25) CASASOLA MURILLO, José Pablo. *Op. cit.*, p. 118.

En la cláusula compromisoria, el objeto es determinable, no determinado, ya que aun no ha nacido la controversia, de allí que la falta de determinación de la materia litigiosa ocasiona la ineficacia de la cláusula.

La posibilidad puede ser física o jurídica, dependiendo de si su factibilidad depende o no de razones naturales o legales. La factibilidad legal conduce a la arbitrabilidad objetiva.

La patrimoniabilidad del objeto en las obligaciones se desprende del artículo 630 del Código Civil, el cual exige que el objeto pueda reducirse a un valor exigible, siendo la ausencia de ésta causa de ineficacia definitiva.

En la cláusula compromisoria, aunque sea difícil determinar la valoración económica de la prestación, se encuentra implícita en los efectos del acuerdo, según se desprende de la interpretación del artículo 509 del Código Procesal Civil, al establecer que la negativa de una de las partes a otorgar el compromiso, la hará responsable del pago de los daños y perjuicios y podrá exigirse la ejecución forzosa sobre lo acordado.

SECCION IV: Problemas derivados en la ejecución de la cláusula compromisoria

A) Derecho aplicable

Como ya se comentó en su momento, la cláusula compromisoria forma parte de un contrato más amplio, por lo que normalmente la ley aplicable a ésta es la misma del resto del contrato, sin embargo, tratándose de arbitrajes internacionales, se requiere que los contratantes determinen el derecho aplicable.

Sin embargo, “si las partes contratantes no eligen el derecho aplicable, la validez de la cláusula compromisoria puede tener que decidirse según su propia ley y la ley del lugar del arbitraje. (...) Este problema que ciertamente es más teórico que práctico; puede evitarse mediante la inclusión de una cláusula de elección de la ley.”⁽²⁶⁾

(26) CASASOLA MURILLO, José Pablo. *Op. cit.*, pp. 74-75.

B) Autonomía de la cláusula compromisoria

Es criterio generalizado la de calificar a la cláusula compromisoria como un contrato, por lo que se entiende que se trata de un acuerdo independiente y distinto de aquel en que se haya contenida.

Así un contrato que contenga una cláusula compromisoria constituye dos contratos separados y no uno concluido al mismo tiempo. El primero o contrato principal se relaciona con las obligaciones comerciales de las partes. El segundo, o contrato colateral, contiene la obligación de resolver cualquier disputa que surja de las obligaciones comerciales por medio de arbitraje. Este contrato secundario puede no ejecutarse nunca. Si se ejecuta, constituye la base para el nombramiento del contrato arbitral, el cual entonces determinará los derechos y obligaciones de las partes de acuerdo con el contrato principal.⁽²⁷⁾

De lo anterior es que se ha interpretado, que aún y cuando un contrato se declare nulo o inválido, no lo será la cláusula compromisoria, por lo que se entiende que esta es divisible, separable e independiente del resto del contrato o acuerdo, por lo que esta sobrevivirá y continuará siendo válida aunque el contrato principal no goce de esta condición.

C) Eficacia de la cláusula compromisoria

La doctrina le ha atribuido una doble eficacia a la cláusula compromisoria, por un lado una eficacia positiva, al obligar a las partes a someter la controversia que surja a la decisión de los árbitros y por otra parte una negativa, la cual consiste en la sustracción de la controversia del conocimiento de los tribunales ordinarios.

Así pues, de nacer el conflicto motivado al contrato a que se refiere la cláusula, se crea la posibilidad de exigir la ejecución forzosa de lo pactado y también la de oponer la excepción de incompetencia ante el juez ordinario.

Por otro lado, la eliminación de la jurisdicción de los tribunales ordinarios no es de orden público, por lo que debe ser solicitada por la parte interesada mediante la respectiva excepción y no puede ser

(27) CASASOLA MURILLO, José Pablo. *Op. cit.*, p. 97.

declarada de oficio por el juez estatal. La exclusión de la intervención de los tribunales de justicia puede presentarse en dos momentos distintos, según el procedimiento arbitral se haya o no iniciado: si surgida una controversia sometida por las partes a cláusula compromisoria, una de ellas presenta demanda antes los tribunales ordinarios; o bien, cuando estando pendiente el proceso arbitral, una de las partes presenta demanda sobre el mismo objeto antes la jurisdicción estatal.⁽²⁸⁾

CAPÍTULO III: ALGUNAS PARTICULARIDADES DEL CIADI

SECCIÓN I: Origen del CIADI

Desde sus orígenes, la meta fundamental del Banco Mundial ha sido fomentar el desarrollo económico y social de los países en vías de desarrollo, mediante la canalización de recursos financieros y la transferencia del conocimiento especializado. Un requisito importante para cumplir efectivamente con esta tarea, es contar con un clima propicio para la inversión privada, por este motivo, es que en un principio se le requirió al Banco Mundial, con cierta frecuencia, que facilitara el arreglo pacífico de las controversias que se suscitaban entre los inversionistas y los Estados; el Banco intervenía, pero no como árbitro, sino que su función se limitaba a facilitar la resolución de estas controversias.

Sin embargo, al ir en aumento las controversias relacionadas a las inversiones entre Estados e Inversionistas extranjeros, y con el objeto de coadyuvar a soluciones efectivas en esta materia, se suscribió el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, que fue elaborado por el Banco Mundial para la consideración, firma y ratificación de los países miembros de esa institución, el cual entró en vigor el 14 de octubre de 1996, cuando fue ratificado por 20 países y por medio del cual se creó el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), también conocido por sus siglas en inglés como ICSID (International Centre for Settlement of Investment Disputes). La idea rectora era fomentar una atmósfera de confianza mutua, mediante la creación de una institución neutral para la solución de diferencias en materia de inversiones que ayudara a crear el clima propio para el incremento de la inversión privada.

(28) VILLAVICENCIO LÓPEZ, Einar José. *Op. cit.*, p. 89.

SECCIÓN II: El carácter voluntario del CIADI

Los servicios del CIADI se facilitan sobre una base voluntaria. Los Estados que reúnen los requisitos para asociarse al CIADI están obviamente en libertad de declinar hacerlo. Su decisión no tiene efecto alguno sobre sus relaciones con el Banco Mundial. Además, la ratificación del Convenio sobre el CIADI no constituye obligación de utilizar el mecanismo del CIADI.⁽²⁹⁾

El carácter obligatorio de acceder al CIADI solo puede nacer después de que el Estado Contratante interesado haya accedido expresamente a someter a arbitraje del CIADI una determinada diferencia o clase de diferencias, pudiendo utilizar los mecanismos creados al respecto, lo cuales fueron estudiados en el capítulo anterior.

En otras palabras, la posibilidad de consentir el arbitraje del CIADI es un asunto sujeto a la sola discreción de cada Estado contratante, de conformidad con el artículo 25 (4) del Convenio del CIADI, el cual indica que cualquier Estado Contratante puede además notificar al CIADI, ya sea al momento de la ratificación o posteriormente, acerca de la clase o clases de diferencias que consideraría o no arbitrables al amparo del CIADI.

Por otra parte, para agilizar el procedimiento de arbitraje al CIADI, éste ha desarrollado una serie de cláusulas “modelo” que pueden utilizar las partes contratantes para acceder a este arbitraje, ya sea consintiendo respecto a diferencias futuras o con respecto a diferencias existentes, consideradas a efectos de esta investigación como cláusulas compromisorias, y aplicándoseles por lo tanto los efectos jurídicos de las mismas, según el caso, ya analizados en su momento.

Las cláusulas relativas a diferencias futuras son una característica ordinaria de los acuerdos de inversión celebrados entre Estados Contratantes e inversionistas que son nacionales de otros Estados Contratantes. Veamos algunos ejemplos de estos tipos de cláusulas:

(29) SHINATA, Ibrahim. *Hacia una mayor despotilización de las diferencias relativas a inversiones: el papel del CIADI y del IMGi*, documento presentado el 31 de julio de 1985 en el Congreso Internacional sobre Arbitraje Comercial Celebrado en Río de Janeiro, Brasil, 1986, pp. 6-7.

Consentimiento a diferencias futuras

Cláusula 1

El [Gobierno]/[*nombre de la subdivisión política u organismo público*] de *nombre del Estado Contratante* (en adelante denominado el “Estado Receptor”) y *nombre del inversionista* (en adelante denominado “el Inversionista”) convienen por la presente en someter al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante denominado el “Centro”) toda⁶ diferencia que surja de este acuerdo o se relacione con el mismo, para su arreglo mediante [conciliación]/[arbitraje]/[conciliación seguida de arbitraje si la diferencia permanece sin resolverse dentro de *plazo* después de comunicado el informe de la Comisión de Conciliación a las partes] de conformidad con el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (en adelante denominado el “Convenio”).

Consentimiento con respecto a diferencias existentes

Cláusula 2

El [Gobierno]/[*nombre de la subdivisión política u organismo público*] de *nombre del Estado Contratante* (en adelante denominado el “Estado Receptor”) y *nombre del inversionista* (en adelante denominado “el Inversionista”) convienen por la presente en someter al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante denominado el “Centro”) para su arreglo mediante [conciliación]/[arbitraje]/[conciliación seguida de arbitraje si la diferencia permanece sin resolverse dentro de *plazo* después de comunicado el informe de la Comisión de Conciliación a las partes] de conformidad con el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, la siguiente diferencia surgida de la inversión que se describe a continuación:...

Aparte de las cláusulas expuestas, el CIADI, ha desarrollado otro tipo de cláusulas, como por ejemplo, cláusulas especiales relativas a la

(29) SHINATA, Ibrahim. *Hacia una mayor despotilización de las diferencias relativas a inversiones: el papel del CIADI y del IMGi*, documento presentado el 31 de julio de 1985 en el Congreso Internacional sobre Arbitraje Comercial Celebrado en Río de Janeiro, Brasil, 1986, pp. 6-7.

materia de las diferencias,⁽³⁰⁾ cláusulas especiales relativas a las partes,⁽³¹⁾ o al derecho aplicable.⁽³²⁾

En conclusión la introducción de este tipo de cláusulas en un contrato, obliga a las partes contratantes a resolver el conflicto por medio del arbitraje del CIADI, y por lo tanto a someterse a lo que resuelvan los árbitros al final del procedimiento.

-
- (30) En el Convenio se omite intencionalmente definir el término “inversión”. Naturalmente, el hecho de que las partes consientan en someter al Centro una diferencia significa que consideran que ésta ha surgido de una inversión. Las partes pueden incluir en el acuerdo de consentimiento una declaración expresa en tal sentido: “**Cláusula:** *Se estipula por la presente que la transacción a que se refiere este acuerdo es una inversión.*” Por otra parte el Convenio no exige que las partes de un acuerdo de inversión deban convenir en someter al Centro todas las diferencias que pudieran surgir de la transacción. Las partes pueden decidir someter sólo determinadas clases de cuestiones, o someter toda cuestión con algunas excepciones, según se ilustra en la siguiente cláusula: “**Cláusula:** *El consentimiento a la jurisdicción del Centro que figura en mención de la cláusula básica antes indicada [sólo]/[no] comprenderá las diferencias relacionadas con las siguientes cuestiones:...*”
- (31) Cuando la parte que representa al Estado Contratante no es el propio gobierno sino tan sólo una “subdivisión política” o un “organismo público”, se deben llenar dos requisitos especiales de conformidad con el Artículo 25(1) y (3) del Convenio. Por otro parte, si bien el Convenio no exige que se especifique la nacionalidad en el acuerdo de consentimiento, y la estipulación relativa a la nacionalidad no sirve para subsanar una inhabilitación real, puede ser útil especificar la nacionalidad del inversionista por medio de una cláusula como la que se designa a continuación: “**Cláusula:** *Las partes estipulan por la presente que el Inversionista es nacional de nombre de otro Estado Contratante.*” Si el inversionista es una persona jurídica que en la fecha del consentimiento tiene la nacionalidad del Estado Receptor, el Artículo 25(2)(b) del Convenio permite aún al Centro arrogarse la competencia si las partes han acordado que, “por estar sometida a control extranjero”, debe atribuirse a dicha persona jurídica el carácter de nacional de otro Estado Contratante a los efectos del Convenio.
- (32) Las partes tienen plena libertad para convenir en la aplicación de las normas de derecho que deseen, que pueden consistir en la ley de un Estado, el derecho internacional, una combinación de derecho nacional e internacional o la legislación vigente en determinado momento o con

SECCIÓN III: El CIADI y arbitraje internacional para la protección de inversiones

El CIADI no es un órgano diseñado para sustanciar directamente los procedimientos arbitrales, sino que su objeto es facilitar la sumisión de controversias entre Estados contratantes y sus nacionales, a procedimientos de conciliación y arbitraje (Art. 1(2)), los cuales serán llevados por medio de conciliadores y árbitros designados por las partes. En tal sentido, el CIADI mantiene una lista de Conciliadores y una lista de Árbitros –no excluyentes– integradas por personas calificadas que gocen de amplia consideración y reconocida competencia en el campo del Derecho, el comercio, la industria o las finanzas, que son designadas por los Estados contratantes (4 personas por Estado por lista) y por el Presidente del CIADI (podrá designar 10 por cada lista) y figurarán en éstas por períodos de seis años que pueden ser renovables.⁽³³⁾

La jurisdicción del CIADI, se ha entendido limitada, en el sentido de que se extiende exclusivamente a los conflictos derivados de inversiones que surjan entre un Estado Contratante y un nacional de otro Estado Contratante, siempre y cuando, las partes hayan consentido por escrito someterlas a dicho órgano.

Un aspecto importante de tomar en cuenta es que no se encuentra definido en el Convenio el concepto de “inversión”, por lo que se brinda a los tribunales arbitrales cierta flexibilidad para delimitar su competencia, aunque por supuesto, respetando los estándares objetivos que con el tiempo han ido aclarando los laudos y decisiones de los tribunales.⁽³⁴⁾

sujeción a algunas modificaciones. *“Cláusula: Cualquier Tribunal de Arbitraje constituido de conformidad con este acuerdo aplicará especificación del sistema jurídico [vigente en la fecha de la firma de este acuerdo]/con sujeción a las siguientes modificaciones:...].”*

(33) BADELL MADRID, Rafael. *Medios alternativos de solución de conflictos un el Derecho administrativo venezolano. Especial referencia al arbitraje en los contratos administrativos* en: www.badellgrau.com/Conf%20Margarita.html (accesado el 25 de junio del 2006).

(34) Por ejemplo, el Tribunal constituido en el caso Salini Costruttori e Italstrade contra Marruecos sobre un contrato de construcción de una carretera expresamente determinó que ello constituía inversión. El tribunal estableció que los estándares objetivos para determinar si existe

Al igual que lo que sucede con el establecimiento de cualquier cláusula arbitral, éste no podrá ser unilateralmente retirado. Sin embargo, la aceptación del Convenio permite excluir cierta clase de controversias de su aplicación, ya que en la oportunidad de ratificar, aceptar o aprobar el Convenio o incluso en cualquier momento ulterior, los Estados podrán notificar al CIADI la clase o clases de diferencias que aceptarían o no someter a su jurisdicción.

SECCIÓN IV: Procedimiento de arbitraje y conciliación del CIADI

El procedimiento de arbitraje y conciliación del CIADI se establece básicamente en el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, tratado multilateral celebrado en el año de 1965.

El inicio de los procedimientos que sustancia al CIADI, requiere de una solicitud por escrito efectuada por el Estado contratante o nacional de un Estado Contratante, la cual deberá ser presentada al Secretario General, quien enviará copia de ésta a la otra parte, aunque podrá también presentarse en forma conjunta.

En esta solicitud, se deberá indicar, si se refiere a un procedimiento de conciliación y arbitraje, además deberán contener los datos precisos referentes a las partes, la fecha en que se otorgó el consentimiento de las partes, la información sobre las cuestiones objeto de la diferencia, señalando que ésta surge directamente de una inversión y las estipulaciones que las partes hubieren convenido sobre el número de conciliadores o árbitros en caso de que sea procedente.⁽³⁵⁾

Las Reglas de Arbitraje del CIADI prevén también la realización de una consulta procesal preliminar durante la cual las partes pueden

una inversión, incluyen la existencia de un riesgo; el propósito de lucro; una mínima duración temporal de la operación; la existencia de compromisos sustanciales y una contribución o aporte al desarrollo del país receptor.

(35) BADELL MADRID, Rafael. *Medios alternativos de solución de conflictos en el Derecho administrativo venezolano. Especial referencia al arbitraje en los contratos administrativos* en: www.badellgrau.com/Conf%20Margarita.html (accesado el 25 de junio del 2006).

expresar sus puntos de vista sobre asuntos tales como el idioma o idiomas que han de utilizarse en el procedimiento, la secuencia de las actuaciones procesales, el prorrateo de los costos y otros asuntos de interés para las partes, como la sede del procedimiento.⁽³⁶⁾

El procedimiento arbitral del CIADI se lleva a cabo por medio de un Tribunal de Arbitraje que se compone por un árbitro único o por un número impar de árbitros, nombrados según lo acuerden las partes y, en caso de desacuerdo, por una terna. La mayoría de los árbitros no podrán tener la nacionalidad de una de las partes, salvo que sea un árbitro único o las partes designen a todos los árbitros de común acuerdo.

Algo importante de tomar en cuenta, es que si bien es cierto, las reglas del CIADI son altamente flexibles, son suficientemente específicas para asegurar que una parte no pueda frustrar el procedimiento, así por ejemplo, si una de las partes rehúsa cooperar en el nombramiento de los árbitros, el tribunal puede constituirse mediante el nombramiento de árbitros hecho por el Presidente del Consejo Administrativo.

El Tribunal arbitral, debe resolver sobre su propia competencia; y cuando se alegue que la controversia está fuera de la jurisdicción del CIADI, el Tribunal determinará si ha de resolver dicho alegato como cuestión previa o como de fondo. Este además, deberá someterse forzosamente, a las reglas de derecho que acuerden las partes, y a falta de estipulación al respecto, se aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia y no la del inversionista, incluyendo las normas de derecho internacional privado y las de Derecho Internacional que resulten aplicables.

El Tribunal arbitral del CIADI tiene la facultad, salvo que las partes dispongan otra cosa, de recomendar la adopción de las medidas provisionales que considere necesarias para salvaguardar los respectivos derechos de las partes. Acá, si una de las partes no comparece en el procedimiento, o no hace uso de su derecho, no se entiende que éste admite los hechos alegados por la otra parte. Sin embargo, la otra parte podrá instar al Tribunal a que resuelva los puntos controvertidos y dicte el laudo. Es este supuesto, el Tribunal concederá un período de gracia antes de dictar el laudo, para que la parte que no hay comparecido lo haga, salvo que esté convencido que dicha parte no tiene intenciones de comparecer.

(36) SHINATA, Ibrahim. *Op. cit.*, p. 10.

El laudo se decidirá por mayoría de los miembros del Tribunal arbitral y deberá ser motivado y sólo se publica si las partes consienten a ello y se remitirá a las partes por parte del Secretario General. El Tribunal podrá decidir cualquier punto que haya omitido resolver en el laudo y rectificar los errores materiales cuando así sea solicitado por una de las partes, dentro de los 45 días después de la fecha del laudo. Además, las partes podrán solicitar su aclaratoria, mediante escrito dirigido al Secretario General, cuando hubiere dudas sobre la interpretación y alcance del laudo. Por su parte, el Convenio establece que la revisión, la rectificación, la interpretación y la anulación son los únicos recursos posibles, los cuales deben tramitarse ante el propio CIADI conforme a sus normas y reglamentos.

Finalmente, las partes podrán solicitar al Secretario General la anulación del laudo dentro de los 120 días a contar desde la fecha de dictarse el laudo cuando: el Tribunal se hubiere constituido incorrectamente; se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades; hubiere habido corrupción; hubiere quebrantamiento grave de una norma de procedimiento; o no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde.

Esta solicitud está decidida por una Comisión “ad hoc” integrada por tres personas seleccionadas de la Lista de Árbitros, la cual decidirá sobre la anulación total o parcial del laudo, sin perjuicio de la facultad de suspender la ejecución del laudo hasta que decida sobre la anulación.

A todo evento, cuando no ocurra algunos de los supuestos planteados, se entiende que el laudo dictado por el Tribunal Arbitral del CIADI será obligatorio para las partes, y por regla general, no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, y tendrá carácter obligatorio, por lo que cada Estado firmante ejecutará dentro de su territorio, las obligaciones pecuniarias impuestas, como si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado. Sin embargo, establece el Convenio en su artículo 55 que ninguna de las disposiciones del Convenio se interpretarán como derogatorias de las leyes vigentes en cualquier Estado Contratante, relativas a la inmunidad en materia de ejecución.⁽³⁷⁾

(37) BADELL MADRID, Rafael. *Medios alternativos de solución de conflictos en el Derecho administrativo venezolano. Especial referencia al arbitraje en los contratos administrativos* en: www.badellgrau.com/Conf%20Margarita.html (accesado el 25 de junio del 2006).

SECCIÓN V: Efecto del laudo emitido por el CIADI

Como se dijo en su momento, el consentimiento a la competencia del CIADI excluye cualquier otro remedio o vía jurisdiccional, de allí que los laudos arbitrales dictados por los tribunales constituidos mediante los mecanismos del CIADI son inapelables, y no pueden ser revisados por las cortes locales, el único reconocimiento que el sistema acuerda a las cortes nacionales, es su necesaria intervención para la ejecución de los laudos, aunque según lo que establece el artículo 54 (1) del Convenio, el exequátur no es necesario.

Los laudos arbitrales del CIADI, han sido reconocidos por los Estados contratantes, y éstos, a su vez han reconocido los efectos vinculantes de dichos laudos, siendo equiparados a las sentencias definitivas con autoridad de cosa juzgada emanadas de las cortes locales, y aunque los Estados contratantes del Convenio no han renunciado a su inmunidad de ejecución, el desacato de un laudo arbitral constituiría la violación de un tratado internacional.

Por ello es que puede hacerse cumplir fácilmente contra un inversionista, si éste rehúsa dar cumplimiento a los términos del laudo. Hasta ahora no se ha planteado la cuestión. La situación puede ser distinta si el Estado parte en la diferencia rehúsa cumplir el laudo. La razón consiste en que el Convenio sobre el CIADI no se aparta de las reglas de inmunidad en cuanto a la ejecución que pueden prevalecer en un Estado Contratante. Empero, debe recordarse que el incumplimiento de un laudo del CIADI por un Estado Contratante contravendría su obligación conforme al Convenio de cumplir el laudo y lo expondría a diversas sanciones estipuladas en aquél, incluida la reanudación de la protección diplomática (art. 27) y el derecho del Estado Contratante cuyo nacional es parte en la diferencia de iniciar una reclamación internacional contra el Estado que incurre en el incumplimiento (art. 64). En segundo lugar, y posiblemente más importante que las consideraciones de estricto carácter legal, la negativa del Estado a cumplir un laudo del CIADI podría privarlo de credibilidad en la comunidad comercial internacional.

Lo anterior se debe, entre otras cosas, a que el carácter excluyente del CIADI contribuye por tanto a su eficacia. En otras palabras, con sujeción al Convenio (artículo 26) se considera que el consentimiento de las partes al arbitraje del CIADI excluye cualquier otro recurso, salvo que las partes acuerden otra cosa.

Esta regla tiene varias consecuencias, una de las cuales es que en todos los Estados Contratantes los procedimientos del CIADI están aislados de toda forma de intervención o control judicial. En su aplicación por los tribunales nacionales, este principio ha conducido en diversas ocasiones a decisiones que han denegado la autoridad de tales tribunales nacionales para dictar medidas provisionales o precautorias en el marco de los casos del CIADI, a menos que las partes hayan acordado otra cosa.⁽³⁸⁾

Así visto, el procedimiento del CIADI es conveniente por varios factores, entre ellos porque el conflicto es visto por verdaderos expertos en la materia que someten su actuación de manera imparcial, pero lo más importante porque en el mismo Convenio se asegura la efectividad de un laudo del CIADI una vez que ha sido dictado. Su artículo 53 (1) dispone que el laudo es obligatorio para las partes, en tanto que el artículo 54 (2) estipula que una de las partes puede obtener reconocimiento y la ejecución del laudo suministrando al efecto una copia certificada del mismo al tribunal u otra autoridad competente que cada Estado Contratante designe para tal propósito.

De lo anterior se constata la importancia de la inclusión en los contratos de este tipo de cláusulas compromisorias, las cuales constituyen, una herramienta de gran utilidad y efectividad en este tipo de contratos que se producen entre inversionistas y Estados, máxime si tomamos en cuenta la auge de la globalización en donde este tipo de figuras constituyen una herramienta para la parte débil de la relación, la cual podría tener una mejor protección y seguridad de ejecución del contrato en caso de que la otra parte incumpla los compromisos adquiridos por medio, en este caso de un contrato.

(38) SHINATA, Ibrahim: *Op. cit.*, pp. 11-12.

CONCLUSIONES

El arbitraje constituye hoy día una herramienta de gran ayuda, pues es utilizado como medio alternativo de solución de controversias entre las partes contratantes que recurren a él, esperando dar por satisfecho su controversia.

Debido al auge que está teniendo el arbitraje en los últimos tiempos es que las partes contratantes incluyen cada vez con mayor frecuencia, dentro de sus contratos, cláusulas compromisorias para acudir a esta instancia en caso de que llegara a presentarse un conflicto concreto.

Como se estudio, la cláusula compromisoria constituye en si misma un contrato independiente del que forma parte, por lo que su eficacia nace del hecho de obligar a las partes a acatar lo que se dice en ella. Sin embargo, la mayoría de los países no cuentan con legislaciones arbitrales modernas y amigables para el desarrollo de arbitrajes internacionales, por ello se torna difícil fomentar el intercambio privado entre fronteras.

A pesar de ello, existen varias instituciones a nivel internacional que tratan de ofrecer un servicio eficiente de arbitraje comercial internacional, tal y como lo representa el CIADI, el cual es uno de los centros de conciliación y arbitraje más utilizados entre los inversionistas y los Estados, puesto que sus decisiones tienen la misma eficacia que si se tratara de sentencias de los tribunales nacionales, y se puede obligar a las partes a cumplir lo dispuesto por los árbitros; ello a través de mecanismos coercitivos que sugieren a las partes a acatar lo dispuesto por el laudo, ya que de lo contrario, se establecería el derecho del Estado contratante cuyo nacional es parte en la diferencia de iniciar una reclamación internacional contra el Estado que incumple o la pérdida de éste de credibilidad en la comunidad comercial internacional.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

- ALMAGRO, José. *Derecho procesal*. Tomo I, Volumen II, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 1991.
- CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y otro. *El arbitraje comercial internacional*. Editorial Tecnos, Madrid, España, 1989.
- CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. *Cláusula compromisoria y compromiso arbitral*, en Exposición de Motivos y Comentarios, Código Civil Peruano de 1985.
- GARITA GONZÁLEZ, Víctor. *Derecho comercial: el arbitraje, un nuevo horizonte para la búsqueda de una mejor justicia*, Convenio Corte-AID, San José, Costa Rica, 1995.
- SHINATA, Ibrahim. *Hacia una mayor despolitización de las diferencias relativas a inversiones: el papel del CIADI y del IMGI*, documento presentado el 31 de julio de 1985 en el Congreso Internacional sobre Arbitraje Comercial Celebrado en Río de Janeiro, Brasil, 1986.
- SILVA, Jorge Alberto. *Arbitraje comercial internacional en México*. Editorial Pérez-Nieto Editores, México, 1994.

TESIS

- BERMÚDEZ JIMÉNEZ, José Mariano. *El arbitraje comercial internacional*. Proyecto de graduación para optar por el título de Bachillerato en Comercio Internacional, Universidad Internacional de las Américas, San José, Costa Rica, 1995.
- CASASOLA MURILLO, José Pablo. *La cláusula compromisoria*. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica, 1990.
- SALAS VILLALOBOS, Mauricio y otro. *La responsabilidad internacional del Estado por daños ocasionados al inversionista extranjero: la perspectiva de Costa Rica*. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica, 1994.
- VILLAVICENCIO LÓPEZ, Einar José. *La cláusula compromisoria y el arbitraje forzoso legal en el contrato de seguros*. Tesis para optar por el grado de licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica, 1995.

REVISTAS

GÓMEZ RODAS, Carlos M. *Apuntes sobre arbitraje comercial internacional*, en Revista de Ciencias Jurídicas, No. 64, septiembre-diciembre, Colegio de Abogados, San José, Costa Rica, 1989.

PÉREZ VARGAS, Víctor. *La solución de conflictos en la compraventa internacional*, en Revista Judicial, No. 23, Año 7, Mes Octubre, San José, Costa Rica, 1982.

INTERNET

www.camaralima.org.pe/arbitraje/boletin/edic_ant/5/voz_arbitro2.htm

www.badellgrau.com/Conf%20Margarita.html

DOCUMENTO:

LOS PRÓLOGOS DE DOS OBRAS PIONERAS

Prof. Jorge Francisco Sáenz Carbonell^()*

Abogado costarricense

(Recibido 21/01/08; aceptado 26/11/08)

(*) Profesor de Historia del Derecho. Facultad de Derecho.
Universidad de Costa Rica
E-mail: vladimirpaley@yahoo.com
Teléfono: 2223-7555

SUMARIO

1. El prontuario de Derecho práctico por orden alfabético, de don Agustín Gutiérrez y Lizaurzábal
2. Los elementos de Derecho Civil y Penal de Costa Rica, de don Salvador Jiménez Blanco
3. Bibliografía

Entre las obras pioneras de la literatura jurídica en Costa Rica tienen lugar significativo el *Prontuario de Derecho Práctico por orden alfabético* (1834) de don Agustín Gutiérrez y Lizaurzábal, primer libro sobre Derecho impreso en nuestro país, y el de los *Elementos de Derecho Civil y Penal de Costa Rica* (1874-1876) de don Salvador Jiménez Blanco, primer tratado doctrinario sobre nuestra legislación civil. Ninguna de estas obras volvió a imprimirse y hoy son verdaderas curiosidades bibliográficas, por lo que consideramos interesante que los lectores del siglo XXI conozcan al menos sus páginas introductorias y reproducimos en esta publicación los prólogos de dos de las obras. En ellos, los autores exponen las motivaciones y fuentes de su trabajo, lo cual permite a quien los lee en nuestros días tener idea de la mentalidad imperante en los juristas costarricenses de la respectiva época.

1. EL PRONTUARIO DE DERECHO PRÁCTICO POR ORDEN ALFABÉTICO, DE DON AGUSTÍN GUTIÉRREZ Y LIZAUZÁBAL

La primera obra jurídica impresa en Costa Rica fue el *Prontuario de Derecho Práctico por orden alfabético*, publicado en 1834 en San José por la Imprenta de la Concordia. El *Prontuario* era un pequeño diccionario jurídico, en el cual se exponían de modo resumido las principales instituciones del Derecho castellano e indiano vigente entonces en nuestro país y citaba las leyes que regían cada una, con algún ocasional comentario sobre su aplicación práctica o referencias doctrinarias (designadas con el apelativo de “autoridades”). A modo de apéndice, el libro incluía también una exposición sobre los trámites comunes de los juicios civiles, penales y militares.

A modo de ilustración transcribimos a continuación dos párrafos tomados de la página 23 de esta obra, que pueden dar una idea de su lenguaje y estilo:

*“BARRAGANA. Este nombre tiene su etimología de dos palabras; de barra, que es de arábigo, que quiere tanto decir, como fuera; y gana que es palabra ladina, que quiere decir ganancia, y estas dos palabras unidas componen la de barragana, que es la mujer que siempre ha sido libre y vive amancebada con un hombre, debiendo ser soltera.
Ley 1. título 14. partida 4.*

BARRAGANA. No puede tenerla ningún cristiano; sin embargo de que las leyes civiles antiguas lo permitían, y aunque en nuestras leyes no hay una que expresamente prohíba el amancebamiento entre soltero y soltera, como pecado público y escandaloso debe castigarse arbitrariamente. Proemio del título 14. Partida 4 y ley 29. título 18. libro 2 Recopilación de Indias, que previene a los Fiscales de las Audiencias pidan el castigo de tales pecados, concordante con la Ley 10. título 32. libro 12 Nueva Recopilación y el artículo 20 de la Real Cédula de 15 de mayo de 1788, que hace igual prevención a todo Juez.”

Muy dentro de las costumbres de aquellos tiempos, el autor del *Prontuario* se identificó con el pseudónimo de *Un abogado centroamericano*; sin embargo, se sabe que la obra se debe a la pluma del licenciado don Agustín Gutiérrez y Lizaurzábal. Nacido en Santiago de los Caballeros de Guatemala en 1763, Don Agustín se graduó de licenciado en leyes en la Universidad de San Carlos de Guatemala y durante los últimos años borbónicos desempeñó altos cargos públicos en diversas partes de Centroamérica. En 1824 se estableció en Costa Rica, donde fue Presidente de la Asamblea Constituyente de 1824-1825, Presidente de la Corte Superior de Justicia de 1829 a 1830 y Presidente interino del Consejo Representativo. En 1834, precisamente el año de la publicación del *Prontuario*, estuvo interinamente encargado de la Jefatura del Estado, por enfermedad del titular don José Rafael de Gallegos y Alvarado. Murió en San José en 1843. Su yerno don Francisco María Oreamuno Bonilla fue Jefe Supremo del Estado (1844-1846) y su bisnieto don Ricardo Jiménez Oreamuno desempeñó el cargo de Presidente de la República en tres períodos (1910-1914, 1920-1924 y 1932-1936) y presidió además la Corte Suprema de Justicia y el Congreso Constitucional.

El *Prontuario* fue de mucha utilidad para los funcionarios judiciales de la época, muchos de los cuales carecían de formación jurídica, y en algunos casos llegó a utilizarse como un verdadero código. Sin embargo, su vida práctica fue muy corta, ya que en 1841 la emisión del Código General del Estado dejó sin efecto las viejas leyes castellanas e indianas en materia penal, civil y procesal, e incluso prohibió citarlas en alegatos o hacer referencia a autores que las exponían.

2. LOS ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL Y PENAL DE COSTA RICA, DE DON SALVADOR JIMÉNEZ BLANCO

El primer tratado doctrinario publicado sobre el Derecho costarricense fue la obra *Elementos de Derecho Civil y Penal de Costa Rica*, cuyo primer tomo fue publicado en San José en 1874 por la Imprenta de Guillermo Molina. El segundo tomo fue dado a la luz por la misma imprenta, en 1876. El título se inspiró en el de la obra *Elementos de Derecho Civil y Penal de España*, de los tratadistas don Pedro Gómez de la Serna y don Juan Manuel Montalbán, que era utilizada entonces en la Universidad de Santo Tomás.

El autor de la obra, don Salvador Jiménez Blanco, nacido en Guadalupe en 1835, se graduó de licenciado en leyes en la Universidad de San Carlos de Guatemala y de doctor en Derecho Civil en la Universidad de Santo Tomás, en la cual fue catedrático de Derecho Civil y de Derecho Público. Desempeñó altos cargos, entre ellos los de magistrado de la Corte Suprema de Justicia en varias oportunidades (1868-1869, mayo-octubre de 1870 y 1872-1874), miembro de las Asambleas Constituyentes de 1869 y 1870 y Secretario de Relaciones Exteriores y carteras anexas de 1874 a 1875. En 1877 perdió la vista y poco después su salud mental se vio gravemente afectada. Murió en Napa, California, en 1883.

Los *Elementos* del doctor Jiménez, además de exponer algunos conceptos básicos sobre el Derecho en general y hacer una reseña de la legislación nacional, constituyen una explicación pormenorizada de las disposiciones contenidas en la Parte Civil del Código General de 1841 y otras leyes que entonces regían la materia civil. Debido a que la obra estaba destinada a servir de texto para los estudiantes universitarios, su lenguaje y estilo se caracterizan por una gran sencillez, aunque no carecen de elegancia. Las referencias sobre doctrina y legislación extranjeras que contiene no son muy abundantes, tanto por la índole del texto, como por la escasez de fuentes y de tiempo de que disponía el autor, según él mismo lo explica en el prólogo.

Como lo indicó Don Abelardo Bonilla en su *Historia de la literatura costarricense*, la obra del Doctor Jiménez era adecuada a su tiempo y a su medio, y tuvo el mérito de haber sido el primer tratado de nuestro Derecho Civil. La parte correspondiente al Derecho Penal aparentemente no llegó a escribirse, debido a la enfermedad y prematura muerte del autor.

Como ejemplo del estilo de la obra y del sistema de exposición utilizado por el doctor Jiménez, transcribimos a continuación algunos de sus párrafos, correspondientes a las páginas 94 y 95 del primer tomo, en el cual se explican disposiciones del Código General relativas a los esponsales:

“195. Esponsales. Se entiende por esponsales o desposorios, la promesa mutua de futuro matrimonio (Art. 84): a los contrayentes se les da el nombre de esposos, aunque en el uso común, se designa con el mismo nombre, a los que ya han contraído matrimonio.

196. Los esponsales pueden celebrarse, en general, por todos los que pueden contraer matrimonio de que luego hablaremos; pero como contrato, requieren el consentimiento para su validez: de aquí es que no pueden contraerlos los que no han llegado a la edad de diez años por considerárseles incapaces de consentir, ni consiguientemente los que carecen de juicio, como los locos y mentecatos: se exige, además, el consentimiento de los padres o de las personas que la ley indica, y que se otorguen por escritura pública (Art. 85). La razón de exigirse el consentimiento de los padres o el de los que les representen, es porque sería contradictorio que los menores pudieran válidamente hacer una promesa, sin la intervención de las personas de quienes, en gran parte, depende su cumplimiento. En cuanto al requisito de la escritura pública, es claro que lo que la ley se propone es hacer que, en asunto de tanta gravedad, el consentimiento sea deliberado y expuesto con la claridad debida a fin de evitar dificultades en lo sucesivo.

197. Siendo los esponsales un verdadero contrato pueden celebrarse por medio de apoderado especial y serán válidos con tal que el poderdante no revoque el poder antes de haber sido contraídos, ya porque no hay ley que lo prohíba, como porque, pudiéndose contraer el matrimonio que es lo más, de este modo (Art. 99), no hay razón para que no se pueda hacer lo mismo con los esponsales, que es lo menos.

198. El fin de los esponsales es la celebración del matrimonio; por eso cuando han sido contraídos con arreglo a derecho, quedan los esposos obligados a celebrarlo, pudiendo ser compelido, el que lo rebúse, bajo la pena de daños y perjuicios y de permanecer soltero mientras el otro no se case (Art. 86). Sobre esto, no obstante, ha de procederse con mucha prudencia, siendo en todo caso preferible la persuasión a la fuerza, pues el empleo de ésta jamás sería legítimo en los matrimonios, en que el amor y la voluntad todo deben decidirlo (La Serna y Montalbán)”.

Los *Elementos de Derecho Civil y Penal*, que durante varios años fueron obra fundamental para los estudiantes de Derecho y no pocos abogados y funcionarios judiciales, y nos permiten considerar a su autor como el Brenes Córdoba del Código de Carrillo, tuvieron una vida práctica relativamente breve, ya que en 1888 la entrada en vigencia del actual Código Civil dejó sin efecto la legislación civil de 1841 y otras leyes explicadas y comentadas en la obra.

BIBLIOGRAFÍA

- BONILLA, Abelardo. *Historia de la literatura costarricense*, San José, Editorial Costa Rica, 1ª. Ed., 1967.
- JIMÉNEZ, Salvador, *Elementos de Derecho Civil y Penal de Costa Rica*, San José, Imprenta de Guillermo Molina, 1ª. Ed., 1874-1876.
- SÁENZ CARBONELL, Jorge Francisco. *Los sistemas normativos en la historia de Costa Rica*, Santo Domingo de Heredia, Ediciones Chico, 2ª. ed., 2008.
- SÁENZ CARBONELL, Jorge Francisco, y MASÍS PINTO, Mauricio. *Historia de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica*, San José, EDITORAMA, 1ª. Ed., 2006. También puede consultarse en:
<http://www.poder-judicial.go.cr/dialogos/documentos/LIBRO.pdf>
- UN ABOGADO CENTROAMERICANO, *Prontuario de Derecho práctico por orden alfabético*, San José, Imprenta de la Concordia, 1ª. Ed., 1834.

**PRONTUARIO DE DERECHO PRÁCTICO
POR ORDEN ALFABÉTICO**

PRÓLOGO

Todos deben saber la Ley, y el que la ignora, siempre es juzgado por ella, porque es un precepto de Derecho: precepto a la verdad duro, e imposible de practicarse, porque no estando al alcance de todos el estudio de las Leyes, que necesita un tiempo dilatado, y exclusivo, no podrá ser, que todos estén impuestos en ella; pero como por otra parte el hombre reunido en sociedad debe ser reglamentado por los principios, que dicta la justicia civil, y ésta comprende el arreglo de las operaciones externas a la Ley: tan luego como el mismo hombre convino en asociarse, se sujetó a nivelar sus operaciones, y reglamentarlas de modo que pudiese cumplir con los preceptos del Derecho que previenen: vivir honestamente, dar a cada uno lo que es suyo, y no dañar a otro.

Es verdad que los preceptos sobredichos son emanados del Derecho natural, y que siendo éste grabado por el mismo Autor de la naturaleza en el corazón del hombre hay esta guía, que produce lo que se llama buen sentido que es el que comúnmente dirige a los que no han estudiado el Derecho; mas como éste comprende infinidad de casos que aunque derivados de aquellos tres principios, el enlace de cosas, su inmensa diversidad la mezcla de unas y otras materias, el más, o menos con que se presentan todos estos antecedentes forman un cuerpo infinito que sólo puede estar a la comprensión de un profundo, y continuado estudio. Con todo esto la Ley obliga, y no hay excusa para su ignorancia.

He creído pues conveniente dar a luz este prontuario que comprende las resoluciones de los casos que más frecuentemente ocurren en la sociedad, dispuestos en el lenguaje más sencillo, y penetrable para que cualquiera persona lega tenga un norte por donde dirigirse, y manejarse en sus contratos, evitándose por este medio de dilatados y dispendiosos pleitos, porque registrado el caso sobre que puede litigarse, cuando la comprensión no alcance a una resolución por lo menos dará un motivo de dudar, y concurrir a la averiguación de la verdad.

Los letrados tendrán un índice que les da la dirección pronta a la Ley, y cuando no descansen en lo resuelto, economizarán el tiempo de registro.

Para la formación de esta obra se han tenido presentes, las últimas Cédulas, leyes de Indias, Nueva y Novísima Recopilación, Fuero y Ordenamiento Real y por último las Leyes de Partidas que no estánd erogadas.

Se han tenido también presentes los Decretos de las Cortes de España que están vigentes, y aunque algunos pocos casos están resueltos por leyes del Digesto y autoridades, están conformes a la práctica.

En el último folio se encontrarán anotadas las leyes de Costa Rica que están en oposición con las de esta obra, y se hace advertencia de algunas equivocaciones.

* * *

ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL Y PENAL DE COSTA RICA

PRÓLOGO

Desde la erección de la Universidad, el 3 de mayo de 1844, hemos hecho el estudio del Derecho Civil con arreglo a las *Instituciones de Derecho Real de Castilla e Indias* escritas por el ilustre centro-americano, Dr. D. José María Álvarez. A pesar de no ser, por lo general, sino una traducción de las recitaciones de Heineccio sobre el Derecho romano, el mérito de esta obra lo indica el haber servido de texto desde su publicación, no sólo en Gautemala, donde fue escrita, y en los demás Estados de Centro América, sino aun en España donde también sirvió por algún tiempo. Mas, las ideas introducidas después en materias jurídicas, y en particular de los modernos estudios de la Filosofía del Derecho, depurando las doctrinas, han alterado radicalmente los antiguos sistemas de enseñanza. Así es que ya entre nosotros, la Honorable Dirección de Estudios de 1871, en lugar del texto indicado, adoptado como tal aun por los Estatutos universitarios de 1845, designó la obra elemental de los Doctores Don Pedro Gómez de la Serna y Don Juan Manuel Montalbán, publicada en Madrid en 1841 por la primera vez, y de la cual se cuentan hoy ocho ediciones.

Negar que el nuevo texto corresponde a su objeto sería una necesidad; mas esto no puede ser sino con relación al Derecho de que trata que es el civil y penal de España; lo cual indica que para nosotros, si bien puede suplir, no es ni con mucho lo bastante, pues bien sabido es que las leyes de la madre patria dejaron de regirnos desde la publicación del Código general ocurrida el 30 de mayo de 1841, y que

una de las disposiciones que contiene prohíbe, bajo severas penas, no sólo el citarlas en los asuntos judiciales, sino también hasta el hacer mérito de las doctrinas de los autores que las exponen, aun por vía de ilustrar al juez; así es que, entre nosotros, desde aquella fecha, rige una legislación distinta, tomada en lo civil, en su mayor parte, del Código de Napoleón, y en las otras dos, penal y de procedimientos, de leyes españolas derogadas ya desde mucho tiempo.

Impropio es, por lo tanto, que para el estudio del Derecho patrio tengamos que recurrir a obras que comentan y explican leyes que no son las nuestras; pues aunque es cierto que el Derecho es universal, sin lo cual dejaría de tener el carácter científico que le corresponde, también lo es que cuando se le considera con relación a un pueblo o estado, se subordina naturalmente a la agrupación política que rige, y viene a constituir un Derecho especial en razón de las diversas circunstancias que le caracterizan y distinguen.

Esta consideración, obrando de continuo en mi ánimo, quizá principalmente por tener a mi cargo la clase de Derecho civil en la Universidad, aunque sin merecerlo, me hizo pensar desde algún tiempo en la formación de un tratado elemental de Derecho civil y penal, arreglado a las leyes patrias, que pudiera servir para los jóvenes que se dedican a su estudio. Mi primera intención, para esto, fue el adaptar la obra de los señores La Serna y Montalbán; mas bien pronto me convencí de que no era posible hacerlo con buen éxito, en razón de la notable diferencia de las leyes que expone respecto de las nuestras. Me vi, pues, en la necesidad de formarlos por mí mismo.

Más que nadie, comprendo cuán superior es a mis débiles fuerzas un trabajo semejante, y por eso, aunque pensaba en él desde mucho tiempo, no me había decidido a emprenderlo esperando que lo hiciera alguno otro de los muchos juriconsultos que tenemos, indudablemente más competentes que yo. Espero, pues, que por una parte, la necesidad de llenar un vacío, y por otra, el deseo que me anima de hacer algo positivo en bien de mi patria, habrán de disculparme para con el juicio recto de los hombres ensatos.

Por lo demás, no pretendo pasar por autor original, ni sería posible hoy día escribir nada nuevo especialmente sobre Derecho positivo: cúmpleme, por lo tanto, manifestar aquí, que mi trabajo, en su mayor parte, se ha reducido al arreglo de doctrinas de los pocos autores que he podido reunir, tomándolas muchas veces al pie de la letra o

haciéndoles ligeras modificaciones según me ha parecido conveniente para adaptarlas a nuestro Derecho: en particular he ocurrido a la obra titulada *Le Droit civil français*, escrita por K.-S. Zachariae, quinta edición, así como a la de los señores La Serna y Montalbán, de que ya he hablado, de la cual he tomado íntegra la mayor parte del tratado sobre hipotecas, por ser la ley explicada por ellos la misma nuestra, sin más que algunas supresiones y alteraciones accidentales. A no ser así, no me habría atrevido a dar a la estampa este trabajo, pues estoy bien persuadido de que nada hubiera podido hacer, mío propio, de alguna utilidad.

Todos los autores de que me he valido van citados al pie regularmente, así como también, al lado de las citas de los artículos del código, van, en letra de título las de los artículos que les corresponden en su original francés. De este modo, mi pobre trabajo podrá proporcionar un conocimiento del Derecho patrio y al mismo tiempo de la sabia legislación de donde se deriva. Algunas veces se citan otras leyes extranjeras, y aun habría querido, por medio de notas, comparar nuestra legislación con al de algunos otros países, pero he carecido del tiempo indispensable; y sobre todo, he creído que debod ejar tan importante tarea a otros de mis compatriotas, quienes podrán mejor que yo, debidamente realizarla.

Por último, me apena decir que no escribo para los sabios. Si mi obra puede servir de guía, como antes he indicado, a los jóvenes que se dedican al estudio del Derecho patrio, y si además puede servir de estímulo para que otros más competentes lo ilustren y eleven a la altura que requiere, habré alcanzado las únicas recompensas a que aspiro.

Réstame ahora expresar mi reconocimiento al apoyo que se me ha dado para la parte material de la obra. El Supremo Gobierno de Costa Rica, dispuesto a promover el progreso intelectual del país, ha tenido a bien facilitar la impresión, suscribiéndose por 200 ejemplares. La Honorable Dirección de Estudios de la Universidad de Santo Tomás, con iguales miras, ha acordado suscribirse por 200 ejemplares. También algunos individuos me han ofrecido espontáneamente abrir una suscripción.

Estas muestras de interés me obligan a poner el mayor cuidado en la ejecución de la obra que se irá publicando por entregas o tomos, según convenga a los suscriptores.

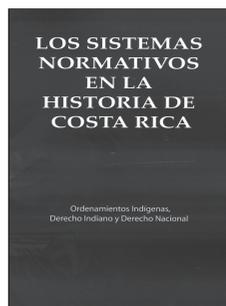
Salvador Jiménez

Reseñas bibliográficas a cargo del Dr. Jorge Enrique Romero Pérez

Sáenz Carbonell, Jorge Francisco. **Los sistemas normativos en la historia de Costa Rica. Ordenamientos indígenas, Derecho Indiano y Derecho Nacional.** (Santo Domingo de Heredia: Ediciones Chico, 2008, 758 pp.)

Este Profesor de Historia del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, ya había publicado *Elementos de Historia del Derecho* (Santo Domingo de Heredia: Ediciones Chico, 2007, 508 páginas), de la cual hicimos la reseña correspondiente en esta Revista de Ciencias Jurídicas No. 177, página 156.

En la *Introducción*, su autor, nos expresa que esta obra aspira a ser algo más que un estudio histórico descriptivo del Derecho costarricense, y también es bastante menos que eso. Aspira a ser más que un libro de Historia del Derecho, puesto que en sus páginas se trata de hacer hincapié en el carácter plural del Derecho costarricense, que en el momento presente está formado por varios sistemas normativos de valores y orígenes diversos (p. 22).



Esta obra presenta estos *libros*:

Primero: los ordenamientos normativos indígenas

- Títulos:* I. Los derechos antiguos
- II. Los sistemas normativos indígenas como derechos forales

Segundo: El sistema normativo indiano

- Títulos:* I. Antecedentes y características del sistema jurídico indiano
- II. La monarquía absoluta
- III. La monarquía constitucional

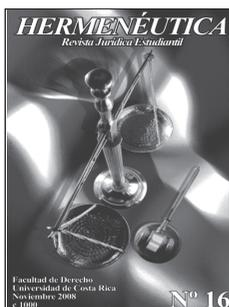
Tercero: El ordenamiento normativo costarricense

- Títulos:* I. Los Códigos
- II. Las Constituciones
- III. El Derecho Internacional
- IV. Los estudios y el ejercicio profesional del Derecho

— o —

Revista Jurídica Estudiantil de los estudiantes de la Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica. ***Hermenéutica***. No. 16, noviembre del 2008, 106 páginas. Director: Alejandro Guevara Arroyo. San José.

Los ensayos que contiene esta revista son los siguientes:



Estudio introductorio: el paralogismo –crítica constructiva vs. Crítica destructiva–: ¿estratagema de inmunización?

Estudiante Alejandro Guevara Arroyo

Sobre un presunto derecho de mentir por filantropía.

Estudiante José David Valverde Retana

Lic. Alberto Brenes Córdoba, vida y obra del juriconsulto por anto-nomasia de Costa Rica.

Lic. Profesor Tomás Federico Arias Castro

Análisis sobre el problema del artículo 51 del código Penal costarricense. La teoría del fin resocializador de la pena.

Estudiante Gabriel Ortega Monge

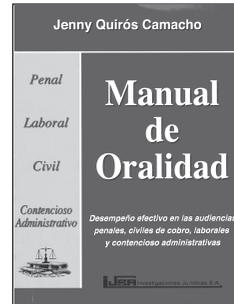
Aspectos procesales de la responsabilidad por daño ambiental aplicable en la nueva jurisdicción contencioso administrativa.

Ms. Sc. Profesor Mario Peña Chacón

— o —

Quirós Camacho, Jenny. **Manual de oralidad. Desempeño efectivo en las audiencias penales, civiles de cobro, laborales y contencioso administrativas** (San José: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 2008, 254 páginas).

En la *Presentación*, la autora nos indica que la oralidad es una forma de lograr un proceso jurídicamente válido y eficaz. La oralidad contribuye a legitimar el proceso judicial.



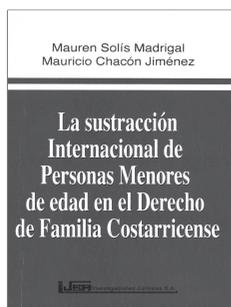
Los capítulos que componen esta obra son:

- I. Razones de cambio hacia la oralidad en los procesos judiciales costarricenses
- II. Ventajas y desventajas de la oralidad en los procesos judiciales
- III. Vigencia de la escritura en un proceso judicial por audiencias
- IV. ¿Qué es una audiencia oral?
- V. El papel de cada litigante y el papel del juez en los nuevos sistemas
- VI. La teoría del caso
- VII. Desempeño efectivo en las audiencias previas a debate
- VIII. El manejo de la prueba en las audiencias previas a debate
- IX. ¿Con qué criterios deben ser dirigidas las audiencias por parte del Juez?
- X. El video, el audio, el acta y el expediente
- XI. Transparencia y probidad en las audiencias
- XII. El debate o juicio oral
- XIII. La oralidad en materia contencioso administrativa
- XIV. Oralidad en materia laboral

- XV. Oralidad en el proceso monitorio civil
- XVI. El deber de lealtad
- XVII. Desempeño en un tribunal sin papeles
- XVIII. Respondiendo a las preguntas de los litigantes

– o –

Solís Madrigal, Mauren y Mauricio Chacón Jiménez. ***La sustracción internacional de personas menores de edad en el Derecho de Familia costarricense*** (San José: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 2008, 235 páginas).



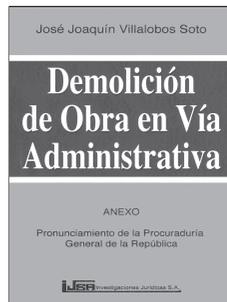
Los capítulos que componen este libro son:

- I. Planteamiento general
- II. Marco histórico-conceptual
- III. Leyes procesales y sustanciales aplicables
- IV. Regulación sobre salidas del país de personas menores de edad. Aportes del Convenio de La Haya y la Convención Interamericana al Derecho de Familia costarricense más allá del trámite de restitución internacional
- V. Análisis de la Convención sobre aspectos civiles de la sustracción de menores y la Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores. Semejanzas y diferencias
- VI. Una Convención aún no aprobada por la República de Costa Rica
- VII. Práctica judicial: Tribunal de Familia y Juzgado de la niñez y la adolescencia
- VIII. Sustracción de personas menores de edad desde el Derecho Penal costarricense

– o –

Villalobos Soto, José Joaquín. **Demolición de obra en vía administrativa** (San José: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 2008, 183 páginas).

En la *Introducción*, su autor nos expresa que nuestra normativa no tiene un concepto claro de lo que es derecho sancionatorio en materia de urbanismo; menos aún en cuanto al ambiente, ya que no hay una regulación sistemática, coherente y eficaz, sino que se trata de un cuadro de disposiciones diversas e inconexas que limitan en gran medida a la Administración a adoptar y ejecutar una política adecuada en este campo.



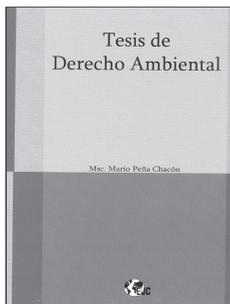
Son dos partes las que integran este libro:

Primera parte: *Doctrina*

Segunda parte: *Legislación de Costa Rica*

Anexo: Pronunciamiento de la Procuraduría General de la República, C-390 del 6 de noviembre del 2007.

– o –



Peña Chacón, Mario. **Tesis de Derecho Ambiental** (San José: Editorial Jurídica Continental, 2008, 402 páginas).

Prólogo: Dr. Mario Francisco Valls

Prefacio: Ambientalista Ramón Ojeda Mestre

Los capítulos que componen este libro son los siguientes:

- I. Medio ambiente y derechos humanos
- II. La exigibilidad judicial directa del derecho internacional ambiental
- III. Legitimidad procesal en el Derecho Ambiental
- IV. El rol del Derecho Penal en la protección del ambiente

- V. La condena de ejecución condicional en los delitos ambientales
- VI. La transversalidad del Derecho Ambiental y su influencia sobre el instituto de la propiedad y otros derechos reales
- VII. La tutela jurídica del paisaje

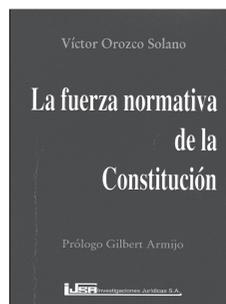
– o –

Orozco Solano, Víctor. ***La fuerza normativa de la Constitución*** (San José: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 2008, 339 páginas).

En el *Prólogo*, el Dr. Gilbert Armijo, Magistrado de la Sala Constitucional, expresa que esta obra constituye un excelente trabajo de derecho comparado sobre el control de constitucionalidad, además de que realiza un fresco y constructivo análisis jurídico e histórico sobre la Sala Constitucional.

Los capítulos que integran este libro son:

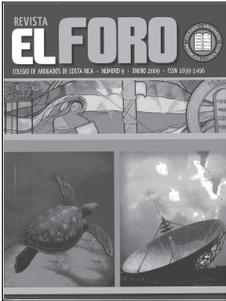
- I. La Constitución y su fuerza normativa
- II. La fuerza normativa de la Constitución y el principio de supremacía
- III. Las competencias de algunos tribunales constitucionales en el modelo de justicia constitucional europeo
- IV. El sistema de justicia constitucional costarricense luego de la implantación de la Sala Constitucional
- V. La mutación constitucional y la fuerza normativa de la Constitución
- VI. La fuerza normativa de las Constituciones y el control de las omisiones absolutas inconstitucionales
- VII. La fuerza normativa de la Constitución y el control de los procedimientos formales de reforma constitucional
- VIII. La fuerza normativa de la Constitución y la jurisdicción ordinaria



– o –

Revista **El Foro**, No. 9, enero 2009, Colegio de Abogados, San José, 134 páginas.

La Directora de esta revista es la abogada Marta Esquivel Rodríguez.



Esta revista presenta este contenido:

Telecomunicación: apertura y expectativas.

Lic. Christian E. Campos Monge

Competencia y telecomunicaciones.

Lic. Mauricio Masís

La defensa comercial en el contexto de la apertura de mercados.

Licda. Isaura Guillén

Consideraciones sobre el ámbito de aplicación y las excepciones de la ley de la zona marítimo terrestre.

Lic. Jorge Cabrera Medaglia

La contaminación lumínica.

Msc. Max Fernández

Propiedad en las cosas genéricas: el caso de los cilindros de gas.

Lic. Marco A. Vásquez V.

Nociones generales sobre la responsabilidad civil.

Lic. Luis Guillén Downing

Algunas consideraciones sobre el reconocimiento de la indexación monetaria: el caso costarricense.

Lic. Francisco Obando León

La reforma al régimen de impugnación de la sentencia en el proceso penal: una discusión necesaria.

Lic. Jorge Méndez Zamora

Los principios procesales laborales en la reforma al Código de Trabajo.

Msc. Alfonso Chacón Mata

Consideraciones en torno a la prisión preventiva.

Dr. Borja Mapelli Caffarena

Derecho de exclusión de prueba ilícita como integrante del debido proceso.

Lic. Ronald Eduardo Segura Mena

El funcionario de gestión pública. *Lic. Esteban Alfaro Calderón*

Los delitos contra la seguridad del tráfico: una aproximación procesal
Dra. M. Angeles Pérez Marín

ABC de órganos colegiados

*Licda. Ileana Reyes Rivas, Licda. Ana Catalina Arias Gómez
y Lic. Javier Lázcara Valenciano*

REVISTA DE CIENCIAS JURÍDICAS

Definición de la revista

- La *Revista de Ciencias Jurídicas* es una publicación científica en el campo del Derecho.
- *Cobertura temática*: los artículos que publica pertenecen a las diversas ramas jurídicas.
- Se *publica* bajo los auspicios del convenio interinstitucional de la Universidad de Costa Rica y el Colegio de Abogados de Costa Rica. Esta revista tiene *nivel* científico.
- Su *objetivo* es divulgar y difundir ensayos en las diferentes disciplinas del saber científico-jurídico, para la asesoría y apoyo logístico de estudiantes y operadores, en general, del Derecho.
- Dirección: Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. América Central.
- Periodicidad: Cuatrimestral.
- Revista impresa y digitalizada.

REQUISITOS PARA LA PRESENTACIÓN DE ARTÍCULOS

1. Los artículos deben ser originales e inéditos.
2. El artículo no sobrepasará las 25 cuartillas tamaño carta y a doble espacio; y, se presentará con el tipo de letra *Times New Roman* en 14 puntos, las notas al pie de página en 12 puntos.
3. De cada artículo se presenta un original en papel y una versión electrónica (disquete o CD).
4. El título responde de manera concreta y específica al contenido del artículo. No extenderlo a más de ocho palabras.
5. El artículo se acompaña con:
 - a) Un resumen de seis líneas en español y en otro idioma.
 - b) Cinco palabras clave en español y en otro idioma.El autor es responsable de este punto 5.
6. Las páginas del artículo deben numerarse.
7. Cada trabajo presentado debe incluir la bibliografía utilizada. Esta se consignará al final y por orden alfabético del autor.
8. La bibliografía incluye los siguientes datos:
 - a) De libro: autor, año de la primera edición si está consignado, título del libro (subrayado), edición utilizada, ciudad, editorial, año, páginas.
 - b) De publicaciones periódicas: autor, título del artículo (entre comillas). Nombre de la publicación (subrayado), año, volumen, número, páginas.
 - c) De textos electrónicos: "Responsable principal. Título [tipo de soporte]. Responsable(s) secundario(s). Edición. Lugar de publicación: editor, fecha de publicación, fecha de actualización/visión. Descripción física. (Colección). Notas. Disponibilidad y acceso [Fecha de consulta]. Número actualizado".
Ejemplo: "Library of Congress. *History and development of the Library of Congress machine-assisted realization of the virtual electronic library* [en línea]. [Washington, D.C.: Library of Congress], 15 June 1993. <gopher://lcmarvel.loc.gov:70/00/about/history> [Consulta: 5 mayo 1997]". (Fragmentos: *Norma ISO690*).
9. El autor del artículo debe indicar brevemente sus datos personales, profesionales, académicos, adscripción laboral, e-mail, teléfono y fax.

Sistema de arbitraje: el Consejo Asesor o Comisión Editorial tiene, además, la función evaluadora o de arbitraje.

Impreso por
Litografía e Imprenta LIL, S.A.
San José, Costa Rica
www.lilcr.com
Tel. (506) 2235-0011
383040