

TRIBUNA LIBRE

EDICIÓN
DIGITAL

ESCUELA LIBRE DE DERECHO
UNIVERSIDAD

Artículos

Dr. Víctor Orozco.
Lic. Ramón Badilla
Licda. Karina Pizarro.
M.Sc. Yuri López.
M.Sc. Andrés Bogarín.
Lic. Manfred Caro.
Dr. Albán Bonilla.

Documentos Digitales

Sexta Edición Digital

Edición 13/1 Diciembre 2023

ISSN 2953-7339 Tribuna Libre



ESCUELA LIBRE DE
DERECHO
UNIVERSIDAD

TRIBUNA LIBRE

REVISTA TRIBUNA LIBRE. SEXTA EDICIÓN DIGITAL

ISSN 2953-7339 Tribuna Libre

Dr. Ricardo Guerrero Portilla
Director

MSc. María Cristina Gómez Fonseca
Editora

Consejo Editorial

Licda. Andrea Gómez Ulloa
Dr. Albán Bonilla Sandí
MSc. María Cristina Gómez Fonseca
Dr. Ricardo Guerrero Portilla

Revista Tribuna Libre es una publicación sin fines de lucro, patrocinada por la Universidad Escuela Libre de Derecho, dedicada a la promoción y divulgación del libre pensamiento.

Revista Tribuna Libre. Vol. 13, No. 1 (01- 130). Setiembre - Diciembre, 2023. Sexta Edición Digital



AVISO LEGAL

La Universidad Escuela Libre de Derecho no se hace responsable de las opiniones que expresa el autor y en ningún caso representan la opinión de la Universidad Escuela Libre de Derecho. El autor se hace responsable de que la obra sea inédita y original. Prohibida la reproducción total o parcial. Todos los derechos reservados. Hecho el depósito de ley.

PRESENTACIÓN

Para cerrar el 2023 se presenta la tercera edición de la Tribuna Libre Digital en la que la persona lectora podrá encontrar 7 artículos con temáticas diferentes. Esta edición se caracteriza por analizar efectos surgidos de cambios normativos, propone análisis a temas jurídicos y a cambios legislativos, nos adentra en el metaverso, sus beneficios y retos; y hasta propone una reforma constitucional, iniciativa que su autor ya presentó a la Presidencia del Poder Legislativo.

En su artículo "Sobre el principio democrático y la objeción contra- mayoritaria de los Tribunales Constitucionales", el Dr. Víctor Orozco, busca desarrollar los alcances del principio democrático sobre la justicia constitucional. Este artículo es fundamental porque como lo dice el autor en sus conclusiones: *"En Costa Rica poco se ha discutido sobre esta materia, pese a que resulta muy relevante, teniendo en cuenta las funciones que en el foro jurídico nacional desarrolla la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia."*

El Lic. Ramón Badilla propone una reforma constitucional para invertir el orden de los artículos 20 y 21 de la Constitución Política de Costa Rica, expone sus motivos y los fundamenta científica e históricamente en su artículo "Derechos Fundamentales y Principios Jurídicos Invertidos".

En el artículo de la doctoranda Karina Pizarro el lector encontrará un estudio a profundidad sobre la impugnación de los acuerdos de las asambleas de socios. ¿En qué consisten? ¿Cuáles son las causales de nulidad y de anulabilidad según el Código de Comercio? Aunque la Asamblea de Accionistas es el órgano supremo, sus decisiones no pueden estar por encima de la ley, los estatutos ni el interés social.

El artículo "El Metaverso" del doctorando Yuri López le entrega a la persona lectora un amplio análisis sobre qué es el metaverso, cuáles son sus características, el acceso y los tipos que existen. El autor propone el metaverso como un entorno abierto y colaborativo, estudiando los beneficios y los retos que supone el desarrollo del mismo.

El Recurso de Apelación por Inadmisión en el Código Procesal Civil, es el título del M Sc. Andrés Bogarín quién realiza un exhaustivo examen del tratamiento normativo vigente de este recurso. El lector encontrará en éste una minuciosa comparación sobre los cambios sustanciales, en cuanto a este recurso, que se presentan en el código actual y el anterior, facilitando así la actualización propicia para cualquier interesado.

El doctorando Manfred Caro, analiza, en el artículo de su autoría "Proceso de Salvaguarda, cambio de paradigma y sus efectos dentro del Proceso Monitorio Dinerario y en el Derecho Notarial", el cambio de paradigma que se ha presentado en los procesos monitorios dinerarios y en Derecho Notarial con la vigencia de la Ley 9379. El reconocimiento de derechos y deberes a las personas con discapacidad y el análisis de los grados en que se presenta, para así adecuar el acompañamiento que merece, ha modificado en gran manera los procesos monitorios dinerarios y las actuaciones en el Derecho Notarial.

Propone el Dr. Alban Bonilla que existe una incompatibilidad deontológica ente el notariado y la abogacía y realiza un análisis a profundidad desde las perspectivas y los deberes de am-

bos. Este artículo, Comparación Ética Abogadil- Ética Notarial, se ha dividido en dos partes sólo para efectos de la publicación y continuará en una próxima edición.

Se cierra este año cumpliendo con el cometido de nuestra Revista, que es divulgar información científica, innovadora y fidedigna sobre temas jurídicos y sociales; ofreciendo a nuestros escritores una salida para divulgar sus investigaciones y al amable público que nos consulta, una fuente seria de información jurídica.

M.Sc. María Cristina Gómez Fonseca
Editora

CONTENIDOS

1

Dr. Víctor Orozco Solano.

Sobre el principio democrático y la objeción contra- mayoritaria de los Tribunales Constitucionales.

2

Lic. Ramón Badilla.

Derechos Fundamentales y Principios Jurídicos Invertidos.

3

Licda. Karina Pizarro.

La impugnación de acuerdos de asamblea de socios.

4

M.Sc. Yuri López.

El Metaverso.

5

M.Sc. Andrés Bogarín.

El Recurso de Apelación por Inadmisión en el Código Procesal Civil.

6

Lic. Manfred Caro.

Proceso de Salvaguarda, cambio de paradigma y sus efectos dentro del Proceso Monitorio Dinerario y en el Derecho Notarial.

7

Dr. Albán Bonilla.

Comparación ética abogadil - ética notarial.

8

Documentos Digitales.

Podcast.

Artículos

SOBRE EL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO Y LA OBJECIÓN CONTRA-MAYORITARIA DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES.

*ON THE DEMOCRATIC PRINCIPLE AND THE
COUNTER-MAJORITY OBJECTION OF THE
CONSTITUTIONAL COURTS.*

VÍCTOR EDO. OROZCO SOLANO.

- Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla-La Mancha.
- Coordinador de la Maestría Profesional en Justicia Constitucional de la Universidad de Costa Rica.
- Juez Contencioso Administrativo, destacado en el área de Amparos de legalidad.
- Profesor de la Universidad de Costa Rica y de la Universidad Escuela Libre de Derecho.
- Miembro de la Comisión de Derecho Constitucional del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica.





SOBRE EL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO Y LA OBJECCIÓN CONTRA-MAYORITARIA DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES.

ON THE DEMOCRATIC PRINCIPLE AND THE COUNTER-MAJORITY OBJECTION OF THE CONSTITUTIONAL COURTS.

Resumen:

El propósito de este artículo es examinar los alcances del principio democrático, así como la denominada objeción contra-mayoritaria del Poder Judicial o de los Tribunales Constitucionales y su aplicación sobre el sistema de justicia constitucional costarricense.

Abstract:

The purpose of this article is to examine the scope of the democratic principle, as well as the so-called counter-majoritarian objection of the Judiciary or the Constitutional Courts and its application to the Costa Rican constitutional justice system.

Palabras clave.

El principio democrático, la objeción contra-mayoritaria, el sistema de justicia constitucional costarricense.

Keywords.

The democratic principle, the counter-majoritarian objection, the Costa Rican constitutional justice system.

Sumario.

I.- Introducción. II.- Sobre la objeción con-

tra-mayoritaria de la Justicia Constitucional. III.- Sobre el principio de presunción de constitucionalidad de las normas emitidas por el Legislador. IV.- Argumentos que rechazan el coste democrático en el control de constitucionalidad. V.- Criterios hermenéuticos para desplegar el control de constitucionalidad, sin afectar el principio democrático. VI.- Conclusiones. VII.- Bibliografía.

I.- Introducción.

En términos generales, el propósito de estas notas es examinar los alcances del principio democrático, así como la denominada objeción contra-mayoritaria del Poder Judicial o de los Tribunales Constitucionales y su aplicación sobre el sistema de justicia constitucional costarricense. En este orden, tradicionalmente se ha entendido que la figura de los Tribunales Constitucionales, Salas y Cortes Supremas, a quienes se les atribuye el control de constitucionalidad y la defensa y la interpretación última de la Constitución, son instituciones **de orden contra-mayoritario**, en la medida en que anulan disposiciones emitidas por una mayoría legislativa, sin que estos órganos tengan suficiente base democrática para controlar o suprimir del ordenamiento jurídico, la obra del Legislador. Sobre el particular, se ha sostenido que: “Muchas democracias modernas —incluida la colombiana— se enorgullecen merecidamente de

sus constituciones, así como de su tradición judicial en defensa de la supremacía constitucional mediante la anulación de aquellas leyes o normas gubernamentales contrarias a los derechos que se encuentran garantizados en estas constituciones. Estas democracias se precian de que, en estos asuntos, comparten un legado de prácticas constitucionales con otras democracias consolidadas en el mundo, como son los casos de Alemania, Canadá y Estados Unidos, y algunos países de Latinoamérica como Brasil. Alrededor del mundo, la definición del concepto de democracia parece estructurarse a partir de la existencia de garantías expresas de protección de los derechos individuales, de la presencia de mecanismos de legislación representativa, del establecimiento de elecciones periódicas y de la garantía del sufragio universal”, Waldron (2018)¹. Al respecto, para Jeremy Waldron, el control de constitucionalidad en la República de Colombia y,

1 Sobre el particular, Ronald Dworkin rechaza que, en la lectura moral de la Constitución se afecte el principio democrático, sino más bien la noción de la democracia mayoritaria, la cual, es muy distinta de la democracia constitucional. En ésta, la institución de la judicial review forma parte. Al respecto, el autor sostiene que: “En síntesis, la concepción constitucional de la democracia adopta la siguiente actitud frente al gobierno mayoritario. Democracia significa gobierno sujeto a condiciones —las condiciones democráticas, según podríamos denominarlas— de igualdad de estatus para todos los ciudadanos. Cuando las instituciones mayoritarias proveen y respetan las condiciones democráticas, entonces el veredicto de estas instituciones debería ser aceptado por todos por esa razón. Pero cuando no lo hacen, o cuando no las proveen o respetan suficientemente, entonces no pueden objetarse, en nombre de la democracia, otros procedimientos que protejan y respeten mejor esas condiciones. Las condiciones democráticas incluyen claramente, por ejemplo, el requisito de que los cargos públicos estén, en principio, abiertos a miembros de todas las razas y grupos en igualdad de condiciones. Si alguna ley estableciera que sólo los miembros de una raza serían elegibles para los cargos públicos, entonces no habría ningún costo moral, ni razón para el dolor moral, si un tribunal tuviera el poder de declarar inconstitucional esa ley según constitución válida, lo hiciera. Esa sería presumiblemente una ocasión en la que la premisa mayoritaria sería vulnerada, pero si bien esto es lamentable para la concepción mayoritaria de la democracia, no lo es de acuerdo con la concepción constitucional. Por supuesto, puede ser de controversia cuáles sean realmente en detalle las condiciones de la democracia, y cuando una ley particular las ofenda. Pero, según la concepción constitucional, sería una petición de principios objetar la práctica que asigna a los tribunales la facultad de dictar la decisión final en esas cuestiones controvertidas basándose en que dicha ley es antidemocrática porque la objeción presupone que las leyes en cuestión respetan las condiciones democráticas, y esa es la cuestión que está en discusión”.

así es el caso de Costa Rica, son ejemplos de un **control de constitucionalidad fuerte**, en los cuales: “una sentencia en contra de la medida legislativa enjuiciada la hace inoperable (...). En un sistema de control débil, la corte profiere una suerte de declaración de incompatibilidad entre un artículo de la Constitución y la legislación analizada. Esta declaración puede producir efectos políticos muy serios y, en ocasiones, incluso efectos institucionales profundos, pero la disposición legislativa problemática no se vuelve inoperable. La declaración simplemente advierte sobre la inconstitucionalidad de la norma, y permite que el parlamento o los ministros que lo controlan tomen alguna decisión al respecto. El legislativo —elegido y responsable ante el pueblo— conserva su capacidad de operación y mantiene su competencia de modificar la norma positiva, aunque ejerce esta atribución por cuenta de una declaración de incompatibilidad y de una forma relativamente limitada por la decisión de la corte”.

En efecto, según el mismo autor, esta **forma débil del control de constitucionalidad** se estableció en Estados como el Reino Unido, en el cual: “quienes diseñaron el sistema constitucional no estaban seguros de empoderar y privilegiar una mayoría simple de jueces no elegidos sobre los representantes elegidos del legislativo. Quienes crearon estos regímenes constitucionales estaban preocupados —y creo que con razón— de otorgar la facultad de declarar la inaplicabilidad de leyes inconstitucionales a una mayoría simple de jueces no elegidos (y sin responsabilidad política), más aún cuando estas leyes son aprobadas mediante una serie de procedimientos mayoritarios complejos, y por un legislativo elegido y controlable por medio de elecciones periódicas”. De acuerdo con Waldron, no es posible comprender estas versiones débiles del control de constitucionalidad, sin entender las dudas que existen sobre las formas fuertes del control de constitucionalidad, las cuales, se originan en preocupaciones sobre la legitimidad democrática y el carácter contra-mayoritario que

suponen reconocer que los jueces, no elegidos electoralmente e irresponsables, desde el punto de vista político, pueden retirar del ordenamiento jurídico leyes aprobadas por el Parlamento, que si es un órgano representativo.

Sobre el particular, nos parece que las críticas de Waldron a los sistemas de control de constitucionalidad fuerte soslayan el hecho que la legitimidad política de los Tribunales Constitucionales, Salas o Cortes Suprema de cada país, es dada, justamente, por la Constitución, como Norma Política Fundamental de cada pueblo, que le atribuye dichas competencias y potestades a estos órganos, siendo que las Constituciones constituyen, precisamente, **la máxima representación o expresión de la voluntad general de un pueblo, obra del Poder Constituyente Originario o bien, Derivado**, como es el caso costarricense, donde una super-mayoría parlamentaria le otorgó sus competencias y potestades a la Sala Constitucional, en el año 1989, lo que supuso un punto de inflexión en el ordenamiento jurídico tico, y motivó todo un proceso de constitucionalización de los derechos humanos y del poder político, en términos generales.

No obstante lo anterior, el mismo Waldron advierte que la discusión relativa a la legitimidad democrática de los tribunales constitucionales, ha acompañado en los Estados Unidos la práctica del control de constitucionalidad desde su misma creación, razón por la cual, dichos tribunales no deben soslayar **el principio de auto-contención, o “self restraint”**, a la hora de emitir sus fallos; así como, la necesidad que las sentencias de esos órganos sean redactadas, sobre todo las que versan sobre derechos humanos, en un lenguaje sencillo y accesible para una persona no versada en las ciencias jurídicas. El mismo Waldron reconoce que el control de constitucionalidad fuerte, y **la judicialización de la política**, contribuyen e inyectan una dosis de humanidad y generan la estabilidad del sistema político, así como, la protección de las minorías, todo lo cual favorece la *judicial*

review, en los términos en que se ejecuta y realiza en el sistema norteamericano, por encima de las preocupaciones relativas a la legitimidad democrática de los órganos de la justicia constitucional. Lo mismo acontece en los sistemas de justicia constitucional que pertenecen al modelo europeo de control de constitucionalidad, cuyos máximos exponentes son el Tribunal Constitucional Federal Alemán, la Corte de Constitucionalidad Italiana, el Consejo Constitucional Francés y el Tribunal Constitucional Español, por mencionar algunos ejemplos.

Por lo anterior, es preciso analizar, en esta ocasión, los alcances del principio democrático y la objeción contra-mayoritaria del Poder Judicial, lo que se hará a continuación.

II.- Sobre la objeción contra-mayoritaria de la Justicia Constitucional.

En términos generales, quienes defienden **el carácter contra-mayoritario de la justicia constitucional**, lo hacen teniendo en consideración los alcances del principio democrático y, en particular, **la especial dignidad democrática de las leyes**, que son aprobadas por el Legislador, y gozan de un componente de democracia representativa. Es distinto, sin embargo, caso de las Salas, Cortes y Tribunales Constitucionales latinoamericanos, o europeos, salvo el supuesto Boliviano, donde sus magistrados no son elegidos popularmente. Al respecto, Víctor Ferreres (2007) sostiene que son tres circunstancias que dan lugar a la dificultad contra-mayoritaria, la primera, la menor legitimidad democrática de origen del juez constitucional, en la medida en que la ley que debe enjuiciar proviene de un órgano elegido democráticamente por el electorado, por sufragio universal, en segundo, la rigidez de la Constitución, de ahí que el Legislador no pueda neutralizar fácilmente, a través de una reforma constitucional, una decisión controvertida del Tribunal Constitucional. Lo anterior, habida cuenta que el proceso de reforma de la Constitución es más gravoso que le previsto para la emisión de una ley; finalmente, la controvertibilidad

interpretativa de la Constitución, dada la dificultad de perfilar el alcance y los límites de los derechos y valores fundamentales proclamados por la Constitución, donde abundan los conceptos esencialmente controvertidos y de colisiones entre las diversas disposiciones.

Según el mismo autor, estas circunstancias, que favorecen la ausencia de legitimidad democrática de los Tribunal Constitucionales, Salas y Cortes Supremas, pueden ser vistas en una cuestión de grados, con mayor o menor intensidad. Así, hay que observar que la legitimidad democrática de origen del juez constitucional, si bien es menor que la del Parlamento, puede ser más o menos intensa: "si el juez constitucional es designado por los órganos representativos, por ejemplo, entonces tiene mayor legitimidad democrática de origen que si fuera designado de otro modo, sin intervención de esos órganos. Y si el juez constitucional ocupa su cargo durante un mandato temporalmente limitado, en lugar de hacerlo con carácter vitalicio, entonces la objeción democrática es de menor intensidad. Esto puede explicar que en los Estados Unidos, donde los jueces federales son nombrados con carácter vitalicio, el problema de la legitimidad democrática de la judicial review haya adquirido mayor peso que en aquellos países con Tribunales Constitucionales cuyos miembros solo tienen un mandato limitado en el tiempo", Ferreres (2007).

Es, por lo anterior, que, en el contexto costarricense, desde el punto de vista de la legitimidad democrática de los jueces constitucionales, se ven con reserva aquellas iniciativas tendentes a despojar del Legislador el sistema de nombramiento de los jueces de la Corte Suprema de Justicia y de la Sala Constitucional. Lo anterior por cuanto, con el traslado del nombramiento de estos jueces hacia otros órganos, como **un Consejo de la Judicatura**², la Asamblea de la Facultad de

Derecho de la Universidad de Costa Rica o bien, en el seno del Colegio de Abogados, se sacrifica o disminuye el carácter atenuado de la ausencia de legitimidad democrática del juez constitucional. El remedio termina siendo peor que la situación inicial, pues en el fondo lo que se produciría es politizar, desde el punto de vista partidario, a estos órganos, pese a que no han sido designados por el pueblo en sufragio universal, y teniendo en consideración que es el Parlamento quien tienen la máxima representación popular con ese fin. En su lugar, en aras de defender la independencia del juez de casación y los jueces constitucionales, se podrían probar otras fórmulas con la limitación del mandato del juez constitucional, así como elevar la edad para ser nombrado Magistrado.

Creemos que el juez constitucional debe llegar a ese cargo en la cúspide de su carrera judicial y no ocuparlo en una edad muy temprana donde puede el Magistrado ceder ante las presiones del poder político, ante la existencia de un futuro incierto una vez que cumpla el período de su elección.

Ahora bien, en lo que toca al **principio de rigidez constitucional**, Ferreres (2007) advierte que: "cuanto más rígida sea una constitución, más problemático será dar al juez constitucional la última palabra acerca de qué dice esa Constitución, permitiéndole declarar inválida una ley sino se ajusta a lo que él considera es la interpretación correcta del Texto Constitucional. Cuanto más flexible sea la Constitución, en cambio, menos problemático es darle al juez la última palabra en materia interpretativa. En el caso extremo

diré más adelante— no sólo no resuelve los problemas que prometía solucionar, sino que, además, comporta otros adicionales. Considérese, al respecto, las siguientes observaciones: a) el poder político, en todo caso, puede seguir ejerciendo sus indeseadas presiones sobre el Consejo de la Magistratura. B) la misma existencia del Consejo incentiva de un modo indebido el corporativismo judicial. C) la teoría que subyace tras el Consejo descansa exageradamente en la magia electoral, como si una buena elección, si la hubiera, garantizase un buen ejercicio del órgano. Lo cierto es que aunque contásemos con jueces elegidos por los mejores motivos, nada nos garantizaría —en absoluta— que la tarea de los magistrados, en sus cargos, respondiese a las razones que dieron fundamento a su elección".

2 Al respecto, Gargarella (1996) advierte que: "La solución sugerida por los defensores del "Consejo de la Magistratura" parece demasiado imperfecta, ya que —como

en que la Constitución es tan flexible que se puede reformar a través del mismo procedimiento por el que se aprueban las leyes (con la única carga de indicar expresamente cuál es el precepto de la Constitución que se desea modificar), la objeción democrática en contra de la institución del control judicial de las leyes se evapora”.

Finalmente, en lo que toca a **la controversia en la interpretación constitucional**, el profesor Ferreres (2007) también advierte una cuestión de grados, de tal forma que, entre más pacífica, clara y evidente sea la interpretación de la Constitución, menor será la objeción relativa al déficit democrático del juez constitucional y viceversa.

Tales son, pues, las circunstancias en las cuales tiene cabida los argumentos relativos a la falta de legitimación democrática de los jueces constitucionales, a la hora de efectuar la función relativa al control de constitucionalidad. Lo anterior supone, como lo advertimos supra, la necesidad que el Juez Constitucional realice su función con extrema cautela, en aplicación del principio de autocontención, teniendo en consideración la especial dignidad de la ley democrática, así como su presunción de constitucionalidad, lo que examinaremos a continuación.

III.- Sobre el principio de presunción de constitucionalidad de las normas emitidas por el Legislador.

En términos generales, **el principio de presunción de constitucionalidad de las normas emitidas por el legislador se sustenta**, justamente, en el carácter democrático o en la base democrática que acompaña la configuración del Parlamento o el Legislador en una sociedad que se considere decente. Al respecto, Víctor Ferreres (2007) afirma que: “Se dice a menudo que esta doctrina responde al principio general conservación de los actos jurídicos: es deseable evitar el vacío que supone la expulsión de la ley del ordenamiento, por lo que es preferible interpretar el texto legal de modo que se evite ese efecto.

Pero si este principio de conservación de los actos rige con una fuerza especial en el caso de la ley, ello se debe a que se considera que esta tiene una especial dignidad, dados los procesos democráticos que desembocaron en su aprobación. Una estimación adecuada al valor de la democracia, en efecto, debe llevar al juez constitucional a actuar con especial cuidado a la hora de decidir si una ley debe declararse inconstitucional. Debe partirse de una actitud de confianza hacia el legislador democrático: debe presumir que éste actuó por los valores constitucionales. En caso de que la ley admita diversas interpretaciones el juez debe escoger aquella que es acorde con la Constitución, pues hay que presumir que el legislador quiso respetar los límites constitucionales. Sólo cuando no hay duda acerca de cuál es la norma que el legislador quiso expresar en el texto legal (y esa norma es incompatible con la Constitución), puede el juez constitucional emitir una sentencia que declare su invalidez”.

De lo anterior se deduce lo siguiente; solamente en casos muy calificados, donde no hay duda sobre la inconstitucionalidad o la inconvencionalidad de la norma cuya aplicación se discute en un proceso de conocimiento, debe el juez ordinario formular la consulta ante el Tribunal Constitucional, o bien, declarar su expulsión del ordenamiento jurídico si el asunto se ventila ante este último. Además, es preciso advertir que no es lícito que el Juez ordinario, o el Juez Constitucional, mediante el ejercicio de la interpretación conforme a la Constitución, o al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, modifique el sentido de la ley más allá de su connotación singularmente considerada, pues en ese caso invade competencias legislativas y se pone de manifiesto un costo democrático en el proceder del Tribunal Constitucional. También es evidente que la doctrina de la interpretación conforme a la Constitución se basa o se sustenta en la especial dignidad democrática de la ley, razón por la cual quien reclama su inconstitucionalidad o, inconvencionalidad, debe plantear

los argumentos necesarios y suficientes para poner de manifiesto una clara infracción de los valores y los principios que componen el parámetro supra mencionado.

De lo contrario, si no hay evidencia suficiente para declarar inconstitucional o inconvencional la norma en cuestión, el juez ordinario o el juez constitucional puede salvar la norma, con el fin de evitar una laguna innecesaria en el ordenamiento jurídico, por medio del instituto de la interpretación conforme, en apego al principio de auto-contención, evitándose en ese proceder modificar el sentido de la ley, como el de la Constitución, habida cuenta que, dichas normas constitucionales, por lo general, tratándose de la carta de los derechos, están redactadas en términos tan vagos y ambiguos que, en ocasiones, pueden admitir una lectura conservadora, como liberal o progresista. De ahí la importancia de analizar el **perfil ideológico** de quienes integran las Salas, Cortes y Tribunales Constitucionales. En este sentido, quien escribe estas líneas recomienda el nombramiento de personas maduras y con la solidez académica y profesional para desempeñar tan importante cargo.

Ahora bien, es preciso aclarar que el principio presunción de constitucionalidad de las normas con rango de ley significa que, en caso de duda, el juez debe decidir a favor de la constitucionalidad de la ley. "Dicho de otra manera, el juez sólo puede decidir a favor de la inconstitucionalidad de la ley si ésta no resulta dudosa, Para entender destruida la presunción de constitucionalidad de la ley se exige la aportación de elementos de juicio (argumentos) de suficiente peso que puedan justificar la creencia correcta del texto legal impugnado y la interpretación correcta del texto constitucional. La duda interpretativa del juez puede referirse tanto al texto legal como al texto constitucional. Aquí nos interesa especialmente el segundo tipo de duda interpretativa. Si, ante la base de los argumentos que dispone el juez, éste tiene dudas acerca de cuál es la interpretación correcta del texto constitucional, y

entre las interpretaciones razonables de ese texto existe al menos una bajo la cual la ley impugnada es válida, entonces no puede el juez entender que se ha probado la inconstitucionalidad de la ley" Ferreres (2007). De todo lo anterior se deduce que la especial dignidad democrática de la ley, en cuanto ésta ha sido emitida por un órgano de base estrictamente democrática, como es el Legislador, le concede a esta disposición una presunción de constitucionalidad, que sólo puede ser destruida ante la generación de argumentos que evidencian, en forma clara y manifiesta, su inconstitucionalidad. De lo contrario el juez constitucional y el juez ordinario tienen la obligación de aplicar la ley en consonancia con el Texto Fundamental, en el caso concreto en que se discute su aplicación. Lo anterior también supone, como lo hemos advertido anteriormente, la existencia de un coste democrático o una dificultad contra-mayoritaria en la revisión judicial de la legislación o, en el control de constitucionalidad. En todo caso, si bien en razón de la especial dignidad democrática de la ley, el juez constitucional solo puede destruir esa presunción de constitucionalidad frente a razones certeras e incuestionables, acerca de la inconstitucionalidad de la ley, no debemos soslayar que el sentido que **la interpretación conforme a la Constitución**, como técnica propia del Juez Constitucional, a la hora de interpretar y aplicar la ley, debe ser con efectos provisionales, en aras que sea, justamente, el Legislador quien finalmente ajuste la norma impugnada al Texto Fundamental.

Dicha circunstancia, sin embargo, no es tan uniforme en la doctrina y, ciertamente, se han esbozado varios argumentos en aras de negar el mencionado **coste democrático**. Uno de ellos es, como se dijo atrás, el hecho que la Constitución también posee una base democrática y de máxima expresión de la voluntad popular. Por lo cual, es la misma Constitución la que define, desarrolla y le atribuye al Tribunal Constitucional, todas sus funciones, mientras que el Legislador, como poder del Estado es uno constituido, some-

tido al principio de supremacía de la Constitución, cuya salvaguardia le corresponde, justamente, al Tribunal Constitucional, Sala o Corte Suprema, según el caso. Tales argumentos serán desarrollados a continuación.

IV.- Argumentos que rechazan el coste democrático en el control de constitucionalidad.

De acuerdo con el profesor catalán Víctor Ferreres (2011), aunque se considere legítimo el control de constitucionalidad, no es posible negar que existe un coste democrático en su funcionamiento en la medida en que se enfrenta a controlar una ley emitida por el Legislador de orden democrático. **La democracia**, según este autor, "está conceptualmente ligada a la existencia de un procedimiento que otorga a los ciudadanos unas mismas oportunidades para participar con su voz y voto en la discusión y aprobación de decisiones colectivas. En las circunstancias de la modernidad, la democracia se tiene que organizar en torno al sistema representativo, dadas las ventajas que supone la división del trabajo".

En este orden de ideas, según el mismo autor, existen ciertas decisiones que por su gran importancia necesitan **una súper mayoría parlamentaria para su adopción**, como lo son la adhesión a los procesos de integración, la implementación de un estado de excepción, entre otras, pero en la mayoría de los casos la regla de la mayoría simple o la absoluta es suficiente para emitir normas con rango de ley. En su libro, una defensa del modelo de control de Constitucionalidad, dicho autor expone algunos argumentos que se han esbozado para **negar el coste democrático** en el control judicial de la legislación del siguiente modo:

En primer lugar, se ha esbozado que **los derechos fundamentales son como ingredientes de la democracia**. Se trata, en este escenario, de una noción sustantiva de la democracia. En este escenario: "el ideal democrático (...) no nos ofrece ninguna razón para criticar

la institución del control de constitucionalidad de la ley, pues cuando los jueces anulan leyes que son lesivas de derechos fundamentales están en realidad preservando la democracia" Ferrajoli (2002)". En esta línea, ya vimos, según Dworkin (2019), que existe una distinción entre la democracia mayoritaria y la democracia sustancial, en la cual, sólo en la última se satisfacen realmente los valores democráticos, justamente, al defender el goce y disfrute de los derechos que la Constitución proclama. Al respecto, Manuel Aragón (2019) sostiene que: "La democracia, como forma de organización y ejercicio del poder en una comunidad política, solo ha podido verse garantizada cuando se ha formalizado a través de la constitución, única norma que asegura la soberanía del pueblo e impide, por ello, que el poder del Estado vulnere los derechos de libertad e igualdad de los ciudadanos cotitulares de esa soberanía. De ahí que no haya más constitución auténtica que la constitución democrática ni más democracia auténtica que la democracia garantizada por la constitución. En realidad, ello no significa otra cosa que lo que hace ya casi dos siglos y medio estableció la Declaración francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano, que, después de proclamar que no hay más soberanía que la de la nación, estableció, en su art. 16, que todo país en el que no estén divididos los poderes ni garantizados los derechos de los ciudadanos carece de constitución. Aparecía así el Estado constitucional como nueva forma política histórica, basada en la existencia de una norma suprema, la constitución, emanada del poder constituyente soberano, cuyo objeto era la limitación funcional (división de poderes), temporal (elecciones periódicas) y material (garantía de los derechos fundamentales) del poder del Estado para asegurar la propia soberanía del pueblo, pues solo un pueblo libre puede ser soberano y solo un pueblo es libre si los ciudadanos que lo componen tienen asegurada su libertad". Pues bien, tras una serie de argumentos muy respetados del profesor Ferreres, éste insiste en la existencia del coste democrático, aun cuando se reconozca la labor de los Tribuna-

les Constitucionales en el sentido de respetar y hacer valer los derechos y los valores que la Constitución proclama o desarrolla.

La otra argumentación tendente a negar el coste democrático de los tribunales constitucionales, consiste, precisamente, en sostener que las **leyes ostentan menores credenciales democráticas que la Constitución**, Ferreres (2011). Mientras el parlamento es un poder constituido, la Constitución supone la mayor expresión de la voluntad popular. Según el mencionado autor catalán: "Esta afirmación supone rechazar una concepción que fue dominante en Francia durante el siglo XIX y buena parte del XX, de acuerdo con la cual las leyes constituían la expresión ilimitada de la voluntad general. Se entiende ahora que la Constitución incorpora una voluntad más profunda del pueblo, una voluntad que las leyes ordinarias deben acatar". Al respecto, bien se puede objetar que no necesariamente el proceso que condujo a la formación de la nueva Constitución haya sido de corte democrático, con un verdadero respaldo del pueblo, del cual desprenda su legitimidad. No obstante, lo anterior, nos parece que si la Constitución, en un pueblo determinado goza de fuerza normativa y rige el principio de separación de poderes o de división de funciones, así como una estricta garantía de los derechos humanos, de repente no sea tan importante examinar si se cumplieron determinados estándares democráticos al momento de emitir la Norma Fundamental. Es claro que, con independencia del origen de esa Constitución, nos encontramos frente a una democracia constitucional y un Texto Fundamental de vocación normativa. Sobre el particular, Manuel Aragón (2019) sostiene que: "la democracia constitucional no significa otra cosa que el establecimiento de reglas de derecho que limitan el poder constituido, y ello, en una democracia, significa limitar el poder de la propia mayoría. Por eso, la capacidad de un órgano del Estado democrático, necesariamente judicial (como debe ser cualquier órgano que resuelva de manera definitiva las controversias en derecho), de anular las decisiones

adoptadas por la propia mayoría democrática no es una paradoja real, sino únicamente aparente, pues el Estado constitucional democrático no deja de serlo, democrático, por el hecho de que la mayoría no pueda ser soberana. Al contrario, esa es la condición de la democracia constitucional, en la que solo el pueblo (y no sus representantes) ostenta la soberanía. De ahí que el Estado constitucional democrático se base en una distinción sin la cual tal forma de Estado carecería de sentido: la diferencia entre el poder constituyente y el poder constituido". Al respecto, agrega el profesor español que en ambos planos se proyecta el principio democrático, aunque no de igual manera: "En el plano constituyente (democracia «de» la constitución), la democracia no puede sustentarse en la regla de la simple mayoría, sino en la regla del consenso, esto es, de exigencia de unas mayorías muy cualificadas; cosa obvia, puesto que la constitución garantiza derechos y estructuras que no pueden estar a la disposición del poder constituido, es decir, de las mayorías cambiantes que en cada momento se sucedan como consecuencia de los procesos electorales. Si así no fuera, la constitución desaparecería, dado que dejaría de ser una norma supralegal, y, entonces, como se expresó en frase afortunada y bien conocida, sería «una página en blanco que el legislador puede escribir a su capricho», lo que significaría, simplemente, que no habría constitución. Una constitución es democrática porque emana democráticamente. Pero una constitución garantiza la democracia porque la preserva frente a la propia mayoría, en cuanto que establece unas prescripciones que la simple mayoría no puede cambiar. Unas prescripciones fundamentales (en su doble significado de superiores y de más importantes) que solo pueden ser acordadas por la democracia de consenso. Consenso que será obligatorio, en coherencia, para la reforma de la misma constitución. Esa es la base democrática de la rigidez constitucional. Distinta es la proyección del principio democrático en el poder constituido, que opera a través de la regla de la mayoría y no del consenso, salvedad hecha de que algunas

medidas que la propia constitución prevé deban adoptarse por mayorías superiores a la simple, así la emanación de determinadas leyes, pero siempre por una mayoría cualificada inferior a la que puede disponer de la constitución, pues de lo contrario se confundirían poder constituyente y poder constituido. Ese, el que se proyecta en el poder constituido, es el plano de la democracia «en» la constitución, esto es, el de la democracia que la constitución establece para la adopción de las decisiones ordinarias del Estado. Y esta segunda forma de proyección de la democracia no puede sobreponerse sobre aquella primera, de manera que la democracia «en» la constitución ha de atenerse a la democracia «de» la constitución. Para que ello sea así está precisamente la justicia constitucional, que tiene como función garantizar que el poder constituido no vulnera lo decidido por el poder constituyente”. En tal sentido no solo resulta incorrecto, según el profesor español supra referido, entender que hay una oposición entre democracia y justicia constitucional, sino que debe afirmarse que es la justicia constitucional la que hace posible la propia democracia, esto es, la que garantiza que la democracia de consenso, que produjo la constitución y ha de regir sus reformas, no sea suplantada por la democracia de la mayoría, propia de las actuaciones del poder constituido: “En consecuencia, la democracia constitucional, en la que la democracia «en» la constitución está subordinada a la democracia «de» la constitución, exige que haya justicia constitucional. Justicia de jueces y no de políticos (lo que sería un contrasentido), pues es función «natural» de la jurisdicción resolver los conflictos entre normas (entre la constitución y las que componen el resto del ordenamiento). Si así no fuera tendría todo el sentido la conocida frase de Rousseau, ya citada más atrás, de que «los ingleses se creen libres, pero solo lo son en el momento de votar». En la democracia constitucional la libertad de los ciudadanos está garantizada en todo tiempo porque la constitución limita el poder de la propia mayoría, es decir, porque el Parlamento no es soberano, que solo lo es el pueblo, que me-

dante la democracia de consenso estableció unas reglas que garantizan los derechos y limitan el poder y por ello no están a la plena disposición de los poderes constituidos, existiendo una instancia objetiva, de aplicación de la constitución, que tiene encomendada la custodia fiel de esas reglas. A partir de este entendimiento, que considero correcto, la llamada «objeción democrática» a la justicia constitucional carece de legitimidad teórica. No es que no haya oposición entre justicia constitucional y democracia, es que la una requiere necesariamente de la otra. Ahora bien, precisamente porque la justicia constitucional no puede dejar de estar sometida a la propia constitución, es por lo que su función de custodia de ella ha de ser «fiel», esto es, limitarse a fundar en razones jurídicas sus decisiones de preservación de la constitución frente a los actos del poder constituido. Por ello, el problema de la relación entre democracia y justicia constitucional no puede residenciarse en la existencia misma de esa justicia, existencia que es necesaria, sino en el modo de actuación de la jurisdicción constitucional, en su modo de aplicación «fiel» de la constitución. De donde se desprende que el problema de la relación entre democracia y justicia constitucional, que es un problema cierto, donde se sitúa, exactamente, es en la interpretación constitucional, de manera que, para evitar la contradicción entre los dos términos de esa relación, aquella interpretación habrá de producirse de modo jurídicamente razonable, y por ello objetivable, y no a través de decisiones fundadas en un mero ejercicio de voluntad política de la que, por principio, la justicia constitucional carece, pues su única legitimidad reside en el derecho y no en la política, y por ello en el razonamiento jurídico que sirve de base a sus decisiones” Aragón (2019). Al respecto, Víctor Ferreres (2011) refuta los argumentos del profesor Aragón e indica que: “La cuestión, entonces, es si podemos marginar el valor democrático que supone el juicio de la mayoría al interpretar la constitución. No parece plausible hacer tal cosa. Cuando un tribunal descalifica el juicio de esa mayoría, afecta la democracia. El hecho de que

la Constitución objeto de garantía esté más intensamente vinculada al pueblo que una ley ordinaria no altera esa conclusión. Pues quien está interpretando la Norma suprema es un tribunal, un órgano menos próximo a la voluntad popular que el parlamento. Si se atribuyera a un monarca la potestad de fiscalizar, a la luz de la Constitución, las leyes elaboradas por una asamblea elegida por el pueblo, no sería suficiente con invocar el origen popular de esa Constitución para desmontar la objeción de quienes estuvieran en contra de que el monarca tuviera esa potestad". Sobre el particular, ya hemos comentado nuestra preferencia por los argumentos sostenidos por don Manuel Aragón que por Víctor Ferreres, o Gargarella, dado el carácter supremo y de máxima expresión de la voluntad general de la Constitución, en tanto que el Poder Legislativo, aunque ciertamente reviste una configuración democrática, ésta es de menor grado que la prevista o contenida en el Texto Fundamental, quien atribuye a un Tribunal especializado o, en términos generales, a todo el Poder Judicial, como lo es el caso norteamericano, el control judicial de la legislación. Es enorme, en nuestras democracias, el poder de los Tribunales Constitucionales, de ahí la necesidad, como lo hemos advertido supra, de proceder según el principio de autocontención y el dictado de sentencias sencillas, máxime tratándose de los procesos de garantías de los derechos fundamentales, en donde, en muchas ocasiones, es el ciudadano de pie, no formado en las ciencias jurídicas, quien activa los procesos de control de constitucionalidad.

Un tercer argumento, que se ha esbozado para negar el coste democrático y la objeción contra mayoritaria del Poder Judicial y de los órganos de la Justicia Constitucional lo supone las virtudes democráticas del proceso Judicial. Al respecto, nos informa Víctor Ferreres (2011) que: "Lawrence Sager, por ejemplo, acepta que la democracia significa que los ciudadanos puedan participar como iguales en el proceso de deliberación pública acerca de los derechos. Pero con-

sidera que la democracia presenta dos facetas o modalidades. La primera de ellas es la electoral: los ciudadanos participan como iguales en la medida en que pueden votar con igualdad a sus representantes políticos. La otra modalidad de participación es la deliberativa; consiste en que los intereses y los derechos de cada persona son tenidos en cuenta con rigor por quienes ejercen la autoridad". Y más aún: "Sager sostiene que las asambleas legislativas son el primer foro para articular la modalidad electoral de participación democrática, mientras que los tribunales de justicia constituyen el mejor foro para la modalidad deliberativa". Desde esta óptica, según el profesor catalán, sería cuestionables desde el punto de vista democrático, sistemas de justicia constitucional, como el francés, antes de la reforma del 2008, que introdujo la cuestión prioritaria de inconstitucionalidad, toda vez que el individuo no ostentaba la posibilidad de acudir, directamente, ante los tribunales de justicia a reclamar la inconstitucionalidad de una disposición, ante la prevalencia, en ese entonces, de un control previo de justicia constitucional. En una clara exposición, el profesor Ferreres argumenta en el sentido que Sager le atribuye una dimensión a la **democracia deliberativa** que, pese a su importancia, no logra reducir o mitigar el coste democrático en la judicial review.

Para nosotros, sin embargo, las observaciones que hizo el profesor Aragón son suficientes para negar el reproche de Ferreres y Gargarella al control de constitucionalidad, desde el punto de vista democrático. Lo anterior, no nos debe conducir, sin embargo, a soslayar la importancia de los argumentos que los profesores catalán y argentino han desarrollado, sino más bien, se deben tener en consideración, así como, las sugerencias que ellos aportan en aras de disminuir el coste que ellos vislumbran en el funcionamiento jurídico y político de las Salas, Cortes y Tribunales Constitucionales. Lo anterior, en aras de lograr un sistema de justicia constitucional más adecuado y que responda, con eficiencia, eficacia, imparcialidad e independencia, a

las decisiones y a las quejas o pretensiones de los ciudadanos, quienes son, en última instancia, los verdaderos actores de la justicia constitucional y, frente a los cuales, los órganos de control de constitucionalidad deben hacer valer los parámetros que, como vimos, se desprenden del mencionado bloque de regularidad constitucional y convencional.

En esta línea argumentativa y metodológica, a continuación, examinaremos los argumentos que se han esbozado, en aras de paliar o disminuir el coste democrático que, según algunos, se manifiesta en el proceder de los tribunales ordinarios o constitucionales. Lo anterior, dejándose claro que nuestra posición va en el sentido de negar, como se dijo supra, esa objeción contra mayoritaria, dada la superioridad normativa y democrática de la Constitución, la cual, como lo advertimos, se encuentra un paso más alto que el valor democrático que le corresponde al Parlamento. Asimismo, se debe tener en cuenta, en relación con la Constitución, su carácter sustancial y de respeto no sólo de la separación de poderes o división de funciones, en el territorio de un Estado, sino, también, la garantía de los derechos humanos o primordiales que se desprenden del Texto Fundamental y, como en el caso costarricense, de los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos.

V.- Criterios hermenéuticos para desplegar el control de constitucionalidad, sin afectar el principio democrático.

Pues bien, una vez repasados los argumentos que se han elaborado para rechazar el coste democrático en la Justicia Constitucional y reconociéndose que, ciertamente, existe una preferencia por parte de quien escribe estas líneas por alguno de ellos, a continuación, examinaré los argumentos que se han esbozado, siguiendo al profesor Víctor Ferreres (2011), para paliar o disminuir el coste democrático por parte de quienes lo sostienen o defiende. Tales argumentos son:

- La escogencia política de los jueces consti-

tucionales. Al respecto, Víctor Ferreres (2011) sostiene que una forma de disminuir el déficit democrático de la justicia constitucional es que el Juez Constitucional sea nombrado por órganos políticos, mientras que se utilice un procedimiento más burocrático para designar a los jueces de casación. Sobre el particular, el mencionado autor afirma que: "El establecimiento de un tribunal constitucional separado del poder judicial ordinario ayuda, obviamente, a satisfacer las dos necesidades: resulta entonces posible tener un procedimiento más democrático para nombrar a los jueces constitucionales, mientras se mantiene el sistema más profesional o burocrático para seleccionar el resto de los jueces. Este contraste es bastante típico en Europa". Lo anterior, sin embargo, no se produce en el sistema norteamericano: "ya que el Tribunal Supremo ejerce al mismo tiempo como tribunal constitucional y como máximo intérprete de las leyes federales ordinarias. Según Posner, cuanto más domina el Derecho Constitucional la agenda de asuntos del Tribunal, en mayor medida los nombramientos se centran en la posición que el candidato probablemente tiene en relación con temas constitucionales, en lugar de examinar su competencia en Derecho Mercantil o en otras ramas del Derecho legislado".

En Costa Rica el parlamento elige a todos los miembros de la Corte Suprema de Justicia con mayoría calificada de sus miembros (38 votos), los cuales, se distribuyen en cuatro salas para ejercer sus competencias jurisdiccionales. En estos términos, encontramos una Sala Primera, que conoce materia civil, comercial, agraria y contenciosa administrativa; la Sala Segunda, donde se ventila la materia de familia y laboral; la Sala de Casación Penal y la Sala Constitucional. En este orden, en los últimos años se ha criticado el carácter eminentemente político del nombramiento de estos jueces, y se ha buscado que sean otros órganos quienes asuman dichas potestades y que no sea el Parlamento. Nosotros, al contrario, preferimos que los jueces de casación sean nombrados por órganos burocráticos o administrativos, mientras que los jueces

constitucionales sigan siendo nombrados por el Parlamento, en aras de evitar o paliar las dificultades relativas al coste democrático de los jueces constitucionales. Es claro que la independencia de los jueces constitucionales no se logra, exclusivamente, en razón de la forma en que se realice su nombramiento y son relevantes otras garantías como la duración del mandato, la posibilidad o no de reelección en el cargo, así como la edad que debe reunir el Magistrado o Juez Constitucional para su designación.

- La limitación temporal del mandato de los jueces constitucionales. Al respecto, Víctor Ferreres (2011) nos expone que, en países como Francia, Alemania, Italia, Portugal y España, por ejemplo, “la estructura dualista del modelo europeo posibilita que los magistrados del tribunal constitucional sean tratados de manera distinta que los jueces ordinarios en lo que atañe a la duración del cargo. En concreto, resulta posible establecer un mandato limitado para los primeros, mientras que para los segundos el cargo es de carácter vitalicio (o hasta la edad de jubilación)”. Sobre el particular, se ha sostenido que la idea que subyace en este arreglo institucional es lograr la cercanía entre la jurisprudencia constitucional y las creencias morales de los ciudadanos, mediante la constante renovación de la integración del Tribunal Constitucional. Lo anterior por cuanto, la forma de corregir una interpretación desafortunada del juez constitucional sería mediante el mecanismo agravado de una reforma constitucional, lo que evidencia una seria dificultad. En lo que atañe a la reelección de los miembros del Tribunal Constitucional, es posible mencionar que, a diferencia del caso costarricense, donde sí es posible la reelección de un juez constitucional sin límite alguno, cada ocho años, siempre que una mayoría calificada del Parlamento no disponga lo contrario, en países como Alemania, Italia, Portugal y España no es posible la reelección de los miembros del Tribunal Constitucional.

En Costa Rica, la posible no reelección de un Magistrado del Tribunal Constitucional, mejor

dicho, Sala Constitucional, por parte del Parlamento, al cumplir los 8 años de su mandato, por una mayoría calificada, supone una gran debilidad del sistema de justicia constitucional, teniéndose en cuenta la posible tentación del juez constitucional de resolver los casos sin desatar la furia de los miembros del Parlamento, donde finalmente se discutirá su posible no reelección, y se analizarán los fallos y las posiciones ideológicas del juez constitucional, todo lo cual produce una severa afectación de la independencia que deben ostentar estos jueces.

Lo ideal sería, en ese escenario, que los jueces constitucionales sean nombrados años antes de su retiro para que puedan ser verdaderamente independientes. De esta forma se logra que el Juez Constitucional pueda desvincularse, plenamente, de los compromisos políticos que lo llevaron a esa silla, y pueda realizar su labor de intérprete último de las disposiciones constitucionales de acuerdo con su cosmovisión y su ideología, ya sea conservadora o progresista. Lo anterior por cuanto, si no se les reconoce lo anterior, en ocasiones podría generarse una afectación de la independencia de estos jueces, ante la incertidumbre de lo que harán una vez que dejen su cargo como juez. Al respecto se ha sostenido: “Pueden simplemente jubilarse tras su paso por el Tribunal, pero también pueden desear lograr un trabajo altamente remunerado en el sector privado, o presentarse como candidatos a un cargo político, o aspirar a otro nombramiento político, como fiscal general o embajador en Italia. En efecto, no es raro en la práctica que antiguos Magistrados del Tribunal Constitucional sean llamados más tarde por las autoridades públicas para ocupar interesantes puestos. Como sugiere Alessandro Pizzorusso, al comentar la situación italiana, es discutible que la no -reelegibilidad sea suficiente para asegurar la independencia de los jueces. Si consideramos que alguno de ellos, al finalizar su mandato, han sido nombrados o elegidos para importantes cargos políticos, algunas dudas en esta materia parecen justificadas”, Ferreres (2011). A lo anterior, es po-

sible agregar que nos parece que sea una supermayoría-parlamentaria, es decir, una mayoría calificada la que escoja a los miembros del Tribunal Constitucional, pues así se logra que las personas escogidas no se sitúen en los extremos del espectro ideológico, sino que tiendan al centro.

- Respondiendo al Tribunal Constitucional: las reformas constitucionales. Al respecto se ha sostenido que, frente a una decisión controvertida del juez constitucional, existe un menor coste democrático si es posible para el legislador implementar una reforma constitucional, como respuesta a esa decisión del Tribunal. También se valora en este punto la posibilidad meramente procedimental o no de los jueces constitucionales de intervenir en el proceso de reforma. Un ejemplo son las cláusulas de intangibilidad que en razón del artículo 79.3 de la Constitución Alemana, el Tribunal Constitucional puede revisar con mayor profundidad los procesos de reforma de la Constitución y declarar ciertas materias como intocables por el poder de revisión del Texto Fundamental. No obstante, lo anterior, lo cierto es que en el sistema alemán el Tribunal Constitucional ha ejercido sus competencias con suma prudencia, en atención del principio de auto-contención, Ferreres (2011).

VI.- Conclusiones.

En estas páginas se ha desarrollado los alcances del principio democrático sobre la justicia constitucional y, en particular, la objeción contra-mayoritaria del Poder Judicial. En este orden de ideas, hemos visto que se critica que sean jueces los llamados a declarar la inconstitucionalidad o, inconventionalidad, de una norma con rango de ley, la cual, ha sido promulgada por el Legislador democrático, mientras que la composición o la integración del juez constitucional no comparte el mismo carácter. Al contrario, hay quienes afirman que dicha objeción contra-mayoritaria constituye un falso dilema, habida cuenta que quien encomienda al Tribunal Constitucional su labor para ejercer el con-

trol de constitucionalidad y, la tutela última y privilegiada de los derechos fundamentales, es la Constitución, obra o expresión de la máxima voluntad popular, es decir, el poder constituyente originario o derivado, en tanto que la ley es producto de un poder constituido como lo es el Legislador, el cual también está sujeto a la Norma Fundamental.

A pesar de lo anterior, en el ámbito hispanoamericano autores como Carlos Nino, Gargarella (en Argentina) o Víctor Ferreres (Cataluña, España) insisten en los resultados antidemocráticos que supone el funcionamiento de la Justicia Constitucional. En Costa Rica poco se ha discutido sobre esta materia, pese a que resulta muy relevante, teniendo en cuenta las funciones que en el foro jurídico nacional desarrolla la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Al respecto, en este artículo se han desplegado, de la mano de los mencionados autores, algunos argumentos para negar o bien reducir ese coste democrático. Es clara la necesidad de introducir algunas reformas constitucionales y legales para reducir ese déficit, como lo hemos visto en esta oportunidad.

VII.- Bibliografía.

Aragón, M., (2019) El Futuro de la Justicia Constitucional, Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 23(1), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

Dworkin, R., (2019). El Derecho de las Libertades, La lectura Moral de la Constitución Norteamericana, Palestra, Lima.

Ferrajoli, L., (2002), Derechos y Garantías, La ley del más débil, Trotta, Madrid.

Ferreres Comellá, V., (2007). Justicia Constitucional y Democracia, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, segunda edición, Madrid.

Ferreres Comellá, V., (2011). Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad, Marcial Pons, Madrid.

Gargarella, R., (1996) La justicia frente al gobierno, sobre el carácter contramayoritario del poder judicial. Ariel, Sociedad Anónima, Barcelona.

Waldron, J., (2018) Control de Constitucionalidad y Legitimidad Política, Universidad de la Sabana, Año 32, Núm.1, Chía, Colombia, junio.

DERECHOS FUNDAMENTALES Y PRINCIPIOS JURIDICOS INVERTIDOS.

FUNDAMENTAL RIGHTS AND INVERTED LEGAL PRINCIPLES.

“In Memoriam de Nicolás Arrieta Asenjo”.

RAMÓN BADILLA GONZÁLEZ

- Especialista en Derecho Público.
- Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica.
- Profesor de la Universidad Escuela Libre de Derecho y de la Universidad de Costa Rica.
- Abogado Litigante de Derecho Público.





DERECHOS FUNDAMENTALES Y PRINCIPIOS JURIDICOS INVERTIDOS.

FUNDAMENTAL RIGHTS AND INVERTED LEGAL PRINCIPLES.

Resumen:

Este artículo expone la iniciativa planteada por el autor al presidente en ejercicio del Directorio de la Asamblea Legislativa 2023, proponiéndole promover una reforma constitucional para invertir el orden de los numerales 20 y 21 de la Constitución Política, que como siempre debió ser, modifique el orden la prevalencia del Derecho a la Vida sobre el Derecho a la Libertad. El trabajo se enmarca en el ámbito del Derecho Constitucional costarricense (tanto procesal como de fondo) y se nutre también de las fuentes internacionales de los Derechos Humanos. En cuanto a su metodología, es analítica - descriptiva, que parte de la observación del texto de la Carta Fundamental y de la priorización del orden de sus normas como materialización de los más altos principios que inspiran los valores de una sociedad, por lo que deben reflejarse también en la redacción del texto de la Constitución; teniendo como principales resultados de la investigación, afirmar la viabilidad de ajustar el orden constitucional costarricense, siguiendo el procedimiento de reforma previsto, para dar la jerarquía correcta en su texto a los dos derechos fundamentales de todo ser humano: la vida y la libertad, invirtiendo el orden de estos numerales de la Constitución Política costarricense.

Abstract:

The article presents the initiative proposed by the author to the acting president of the Board of Directors of the Legislative Assembly, to promote a constitutional reform to reverse

the order of numerals 20 and 21 of the Political Constitution, which, as it should always have been, modifies the order of prevalence of the Right to Life on the Right to Liberty. The work is framed within the scope of Costa Rican constitutional law (both procedural and substantive) and is also nourished by international sources of Human Rights. As for its methodology, it is analytical - descriptive, which is based on the observation of the text of the Constitution and the prioritization of the order of its norms as a materialization of the highest principles that inspire the values of a society, so they must also be reflected in the drafting of the text of the Constitution; having as main results of the investigation, to affirm the viability of adjusting the Costa Rican constitutional order, following the constitutional reform procedure, to give the correct hierarchy in its text to the two fundamental rights of every human being: life and liberty, reversing the order of these numerals on the Costa Rican Political Constitution.

Palabras clave.

Derecho a la vida - derecho a la libertad - Constitución Política - reforma constitucional - derechos fundamentales - derechos humanos.

Keywords.

Right to life - right to liberty - Political Constitution - constitutional reform - fundamental rights - human rights.

Contenido.

I. INTRODUCCIÓN. II. DERECHOS FUNDAMENTALES Y PRINCIPIOS JURÍDICOS INVERTIDOS. III. ¿CUÁL ES EL FUNDAMENTO JURIDICO, CONVENCIONAL Y JURISPRUDENCIAL DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL PROPUESTA? IV. LAS CONSTITUCIONES POLITICAS Y EL DERECHO A LA VIDA Y A LA LIBERTAD. V. LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL Y EL DERECHO A LA VIDA. VI. CONCLUSION.

I. Introducción.

El presente artículo encuentra su razón de ser, en una iniciativa que en el mes de septiembre de este año 2023, el autor le hizo llegar al presidente del Directorio de la Asamblea Legislativa, Lic. Rodrigo Arias Sánchez y en la que le proponía que, precisamente en su condición de presidente de la Asamblea Legislativa, promoviera la reforma constitucional que acá se sugiere.

La propuesta se funda en la más selecta doctrina nacional e internacional, el derecho convencional que nace, por ejemplo, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención Americana de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos u otros documentos históricos como la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América, más la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de nuestra Sala Constitucional, y sugiere como se adelantó que, la Asamblea Legislativa, haciendo uso de la facultad de reforma a la Constitución Política que consagra el numeral 195, reforme los numerales 20 y 21, para que en adelante, como siempre debió ser el numeral 21 sea el 20, y el 20 sea el 21.

Eso significa priorizar – como debe ser – el Derecho a la Vida sobre el Derecho a la Libertad tal cual luce y está hoy en nuestra Carta Política.

¿Y por qué se promueve la reforma? Por la sencilla razón de que la **vida** es principio y fin de toda la creación humana y le sigue la **libertad** y después todos los derechos. Y

nuestro ordenamiento constitucional - que así lo había entendido en algunos de sus documentos constitucionales anteriores - por alguna extraña razón se confundió y alteró dicho orden en la Constituyente de 1949.

Aunque no sea pacífica, la hipótesis que manejamos es que los documentos convencionales que citamos y que privilegian a la vida como el derecho humano por excelencia, tienen la particularidad de que son dictados en su mayoría posterior a 1949, que es la fecha de entrada en vigencia de nuestra actual Constitución Política, sea el siete de noviembre de aquel año, no estaba tampoco construida aun y en boga la teoría de los derechos de primera generación que son encabezados, precisamente, por el derecho a la vida; las Naciones Unidas como organización y líder en la promoción y defensa de los derechos humanos universales también daba sus primeros pasos, al igual que otras instituciones de carácter internacional, o la posterior aparición de tribunales y organismos regionales que privilegian igual postura y eso explica a nuestro juicio el porqué, entre otras razones de ese desdoblamiento.

Y es que compartimos con quienes creen que el derecho a la vida supone la protección que el Estado dispensa a la existencia de la persona. Y que debe diferenciarse entre la vida como hecho existencial y su protección jurídica por parte del Estado a través del reconocimiento constitucional y garantía del derecho a la vida.

Así la vida como un hecho tangible que se constata a través de los sentidos se constituye en presupuesto esencial del ejercicio de los demás derechos fundamentales. Por ello, no existe controversia en torno a que el derecho a la vida protege al ser humano desde su nacimiento y hasta el momento en que este deja de existir, siempre que el fin de la vida se deba a causas, si cabe, regulares como la muerte o una enfermedad que no puede ser curada por la ciencia médica. (Landa, 2017).

Y, por otro lado, nos parece que nunca es tarde para enderezar entuertos. Todos sabemos que, en nuestro país, por ejemplo, pasaron 129 años desde nuestra fundación en 1821 para reconocer el derecho al voto de las mujeres. Transcurrieron 188 años para que dijéramos en el texto político que todas las personas (art 33) - y no solo los hombres - somos iguales ante la ley. Se necesitaron 170 años para declarar que la República, desde 1848 hasta hoy, es también inclusiva y por ello se define, a partir del 2015, como multiétnica y pluricultural y entonces pregunto, por qué no podemos también corregir acá aquel error, que estimo no es solo semántico o numérico, sino y más importante, de orden y jerarquía.

Por último. Costa Rica ha tenido 14 documentos constitucionales y hemos pasado por tres períodos, a saber, el período de ensayo constitucional, de madurez y de estabilidad constitucional. Desde 1949 somos estables constitucionalmente hablando, porque solo hemos tenido una Constitución, la actual y vigente, pero no es que seamos inamovibles, y de ahí la expresión, “estables, pero no inamovibles” o “estabilidad no significa inmovilidad”, y lo propuesto se sumaría a las más de cien reformas hechas a la Carta Política, la mayoría documentadas por Bernal Arias Ramírez en su obra “Reformas Constitucionales”.

II. Derechos fundamentales y principios jurídicos invertidos.

El punto del que partimos y sostiene nuestra hipótesis es simple. Primero está la **vida** y después la **libertad**, porque se **nace** para ser **libre** y ejercer luego todos los demás derechos, pues el ser humano es el sujeto de todos los derechos. Esto no requiere mayor análisis ni profundidad. Y en la constitución patria esa verdad de perogrullo está al revés.

Ahora bien. ¿Cómo explicar el porqué de la bifurcación que delata nuestro texto político? A partir de la afirmación de que para “precisar” hay que “contextualizar” y apoya-

do en Hernán Peralta¹ para ofrecer un poco de contexto, basta con leer que la Carta Política que antecede a la del 49, que es la efímera Constitución de 8 de junio de 1917, sea la fallida Carta de los Hermanos Tinoco, y que incorporó la tesis que defendemos al postular primero en su numeral 29 que “La Vida Humana es Inviolable” y los numerales 30 y siguientes se refieren al derecho a la libertad.

Con ello, nos parece que queda claro, que la bifurcación se dio en la constituyente de 1949, pues como queda expuesto, el reparto constitucional de la del 17 sí privilegió el derecho a la vida sobre el derecho a la libertad. Y más atrás, recordemos que antes de la Carta del 17 existió la del 71 que infelizmente en su numeral 45 contemplaba la pena de muerte, misma que fue abolida mediante Decreto Número 4 del 26 de abril de 1882 por Tomás Guardia, lo que registra para la historia – afirma también Hernán Peralta, en su obra citada - como un militar abolió la pena de muerte de su Texto Político.

Pero si se quiere ahondar más, podríamos leer el artículo 1° de la Constitución Política de 9 de abril de 1844 que parece no dejar lugar a dudas en tanto dice: “Todos los costarricenses nacen libres e independientes y tienen ciertos derechos inalienables e imprescriptibles y entre estos se enumeran con más especialidad el defender la vida y la reputación, el de propiedad, igualdad y libertad...”

Invitamos a releer su texto “Todos los costarricenses nacen libres”, sea, nace primero el derecho a la vida para ser libre y le sigue la libertad.

Establecido lo anterior, y para demostrar, creemos nosotros, llevar razón de la pertinencia de ajustar nuestro texto político a través de la reforma constitucional propuesta; de seguido se citan varias normas jurídicas convencionales, algunas constituciones como

¹ PERALTA, H. (1962) Las Constituciones de Costa Rica. Madrid. Instituto de Estudios Políticos.

marco referencial de Derecho Comparado, citas jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de nuestra propia Sala Constitucional, así como referencias doctrinarias de algunos autores de Derecho Constitucional patrio y extranjero, para documentar que el punto que se sostiene en este artículo no merece discusión, lo que si requiere, es un liderazgo macizo y decidido en el Parlamento para impulsar la reforma constitucional y hacer posible que el Congreso, vía numeral 195 actuando como poder constituyente derivado, reforme el Título IV de nuestro reparto constitucional que recoge su parte dogmática y regula por ello los Derechos y Garantías Individuales, y este, en adelante, encabezado por el artículo 20 diciendo "La Vida humana es Inviolable" y acto seguido el 21 "Todo hombre es libre en la República...". Los demás artículos y numerales, se mantienen intactos.

III. ¿Cuál es el fundamento jurídico convencional y la jurisprudencia de la reforma constitucional propuesta?

Es claro que, a inicios del Siglo XIX, dos de los movimientos que impulsan la independencia de nuestros países de España son la Revolución Francesa y la propia de los Estados Unidos. Comparte esta idea Álvarez Molina, cuando dice: "Todo ello se plasma en los principales textos jurídicos y políticos surgidos de las revoluciones de independencia en América y la Revolución Francesa. De hecho, a partir del Siglo XVIII, con el triunfo del constitucionalismo revolucionario se constituye en elemento esencial del sistema constitucional la consagración de tales derechos"²

Pero antes que los vientos revolucionarios que llegaron a América a partir de los siglos XVIII en adelante, para Álvarez Molina y sus compañeros, hasta podría citarse el primer apartado de la Declaración de Derechos del buen pueblo de Virginia, que indica

que: "Todos los hombres son, por naturaleza, igualmente libres e independientes y tienen derechos innatos, de los que cuando entran en estado de sociedad, no pueden privar o desposeer a su posteridad por ningún pacto, a saber el goce de la vida y la libertad...".

Y es, precisamente, en la Declaración de Independencia de Los Estados Unidos, aprobada el 4 de julio de 1776 y que dio origen a esa nación, declaración redactada por Tomás Jefferson - su tercer presidente de 1801 a 1809 - donde encontramos su párrafo tercero que dice "Sostenemos como evidentes estas verdades, que todos los hombres son creados iguales, dotados por su creador de ciertos derechos inalienables, que entre estos derechos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad..."

Así las cosas, esta es la primera fuente con casi doscientos cincuenta años de antigüedad en la que encontramos respaldo a la tesis que se defiende. Sea, está primero el derecho a la vida y luego el de la libertad. Y nótese cómo en aquella declaración llama la atención que hay verdades evidentes, y afirma que entre estas están que todos los hombres son creados iguales, y repite iguales, pero en derechos y que esos derechos son inalienables para apostillar que los tres más importantes son el derecho a la vida, la libertad y luego la búsqueda de la felicidad. Y sí, es que principio y fin de la existencia humana es la vida, se abren los ojos y ocurre el milagro de la existencia y luego muy luego se camina para ser libre.

En igual sentido, podríamos citar la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada mediante Resolución 217 A (III) y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU) en París, Francia el 10 de diciembre de 1948 y esta dispuso en su artículo 3 que "Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad jurídica" sea repite el mismo patrón que defendemos, esta primero el derecho a la vida y solo luego el derecho a la libertad.

² Álvarez Molina, M., Castro Padilla, F., Chavarría Duarte, H. (2007). La tutela de los derechos fundamentales en Costa Rica por medio de recurso de amparo (con jurisprudencia). Investigaciones Jurídicas.

También nos respalda el numeral 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos, conocida como el Pacto de San José. Su lectura dice: “DERECHO A LA VIDA. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley, y en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.”

Aunque no se percibe, tenemos ya múltiples fuentes que coinciden en la tesis que aquí se defiende: el derecho a la vida es, por jerarquía y sentido común el derecho por excelencia.

Recordemos a propósito, que esta última Convención fue aprobada por nuestro país, mediante Ley número 4534 del 23 de setiembre de 1963 y con ella queda nuevamente al descubierto aquella verdad de perogrullo, cual, el hombre es el destinatario o sujeto de todos los derechos, pero nacen y existen a partir del Derecho a la Vida.

Finalmente, como parte de ese derecho convencional podríamos citar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre de 1966 y en su parte III, artículo 6 dispone: “El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”

La conclusión es más que evidente. Todos esos instrumentos lo que definen y defienden son los derechos humanos – encabezados por el Derecho a la Vida – y que se identifican por su vinculación con el Derecho Internacional, a diferencia de los Derechos Fundamentales más dirigidos hacia los ordenamientos jurídicos internos y su ubicación dentro de la norma suprema o constitucional y es de ahí de donde se sostiene que los derechos humanos y los fundamentales constituyen dos categorías distintas, quedando claro eso sí que el derecho convencional es uniforme en coincidir en que el derecho a la vida enca-

beza la lista de los derechos en cualquier lugar del planeta.

Tal vez conviene aludir acá nuevamente a Hernández Valle, para quien lo importante de tales tratados es que le otorgan al ser humano la titularidad de los derechos reconocidos en todos los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, con la legitimación, como verdadero sujeto de Derecho Internacional, para hacer valer sus derechos fundamentales frente al Estado. También sobre los alcances de ese Control de Convencionalidad y el importante papel que en ello ocupa la Sala Constitucional puede verse la obra: “Justicia Constitucional y Convencional” del estimado Dr. Víctor Orozco Solano.

IV. Las Constituciones Políticas y el Derecho a la vida y a la libertad.

Es una obviedad repetir que la doctrina constitucional distingue entre la parte dogmática y la orgánica de toda Constitución Política. Y lo normal es coincidir en que, en la primera las constituciones lo que definen son los principios políticos fundamentales en que se funda su régimen político, así como establecer cuáles son los derechos fundamentales que dicho Estado reconoce en favor de sus ciudadanos y además los garantiza.

Así para el caso costarricense, nuestra Constitución establece y garantiza tres conjuntos de derechos, a saber, los derechos y garantías individuales que corren del artículo 20 al 49. Los derechos y garantías sociales que van del artículo 50 al 89 y los derechos y deberes políticos que van del artículo 90 al 99. Y para el caso que nos interesa como tema de fondo, los numerales 20 y 21 de nuestra Ley Fundamental señalan en su orden que: artículo 20. “Toda persona es libre en la República, quien se halle bajo la protección de las leyes no podrá ser esclavo ni esclava”. Y el artículo 21. “La vida humana es inviolable”.

Pero además recuérdese que en abono a la tesis que se sostiene por el fondo, esto es, modificar el texto constitucional privilegian-

do el derecho a la vida sobre el derecho a la libertad, tómesese en cuenta que la misma Constitución en aquella diferencia entre derechos y garantías, en donde el derecho es el producto concreto y la garantía el mecanismo ideado para tutelar aquel derecho cuando es violado. Nuestro numeral 48 de la Constitución crea el Recurso de Habeas Corpus para proteger primero el derecho a la libertad e integridad, que no es otra cosa más que el derecho a la vida y a la prohibición de torturas, tratos crueles y degradantes entre otros.

Y en ese contexto, de seguido vamos a estudiar algunos documentos constitucionales vigentes para sustentar cuál es la posición que a este auto le parece correcta y se sugiere modificar vía reforma constitucional. Entre ellas, las de Colombia, Uruguay y España. En efecto, el artículo 11 de la Constitución de 1991 vigente en Colombia, dice así: CAPITULO 1. DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. Artículo 11. “El Derecho a la Vida es inviolable. No habrá pena de muerte”. Muy luego se habla de la libertad y los otros derechos.

De su lado, dispone el numeral 7 de la Constitución uruguaya de 1967 que: “Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad...”. Con el mismo patrón.

Finalmente, el artículo 15 de la Constitución de España reza así: “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral”. Invito al lector a leer los numerales 16 y 17 y verá que se refieren a la libertad.

Parece que a la luz de los textos constitucionales la razón nos asiste en la reiterada tesis que se defiende defendemos y se quisiera que nuestro Parlamento, el mismo que por mandato de los numerales 9, 105, 121 y 195 de la Constitución Política, diera el paso correcto y emprendiera la reforma sugerida.

La reforma consiste entonces en que, a partir del concepto del poder constituyente derivado, la Asamblea ejerza la facultad de ac-

tivar el 195 constitucional que habla de “Las reformas parciales” y cumpliendo uno a uno de esos requisitos, incluido el de la aprobación en dos legislaturas y las respectivas consultas al Poder Ejecutivo y a la Sala Constitucional, la reforma avance hasta convertirse en ley de la República y ello porque “el poder constituyente derivado es aquella actividad de carácter normativo, dirigida a modificar parcialmente una Constitución rígida, utilizando para ello un procedimiento especial preestablecido al efecto por el ordenamiento jurídico”³

V. La jurisprudencia Constitucional y el Derecho a la vida.

Es común escuchar que el Derecho puede ser estudiado y analizado desde tres puntos de vista. Esto es, de lo que digan las normas, la doctrina y la jurisprudencia. Para cerrar entonces, habiendo hecho una breve referencia a lo que dice la doctrina y las normas sobre esta propuesta, se tratará ahora de fortalecer la tesis desarrollada a la luz de la jurisprudencia y para ello se iniciará con lo que ha dicho nuestra Sala Constitucional.

No perdamos de vista que por mandato de la Ley N°7135, esto es la Ley de la Jurisdicción Constitucional, dicha ley tiene por fin regular la jurisdicción constitucional, cuyo objeto es garantizar la supremacía de las normas y principios constitucionales, así como de la uniforme interpretación del Derecho Internacional comunitario vigente en la República. E incluso, nada nuevo ni extravagante se dice al afirmar que, desde siempre, encabezados por el recordado ex magistrado de nuestro Tribunal Constitucional, el Dr. Piza Escalante, entre otros, los magistrados han dicho que la Constitución dice, lo que los magistrados constitucionales dicen que dice.

Y por ello, pudiendo citar decenas de miles de sus sentencias, se escogen dos que ilustran este propósito y vamos a ver enton-

³ May Cantillano, H. (2003). Revista costarricense de Derecho Constitucional.

ces, qué nos han dicho los jueces que dice la Constitución sobre el tema que se debate. Dice así la Sala en su Voto 2222-01-5135-94. “Doctrina y filosofía a través de todos los tiempos han definido a LA VIDA COMO EL BIEN MÁS GRANDE QUE PUEDA Y DEBA SER TUTELADO POR LAS LEYES y se le ha dado el rango de valor principal dentro de la escala de los derechos del hombre, lo cual tiene su razón de ser, pues sin ella todos los demás derechos resultarían inútiles, y precisamente en esa medida es que debe ser especialmente protegida por el Ordenamiento Jurídico. En nuestro caso en particular la Constitución Política en su artículo 21 establece que la vida humana es inviolable...” (Destacado no es del original).

Al parecer no se están poniendo palabras equivocadas en un lugar equivocado, esto es, con esa cita jurisprudencial – y la que sigue – que todo indica que la misma Sala Constitucional reconoce de manera expresa que el derecho a la vida es razón primaria de todos los otros derechos lo que abona a la necesidad de procurar la reforma, o, al menos, la necesidad de abrir un debate sobre ello.

En otro voto señaló: “La vida es el fundamento, la condición necesaria y determinante de la existencia de la persona humana, es inherente a la persona humana. De ello se deriva el principio de la inviolabilidad de la vida humana, de modo que es deber de la sociedad y el Estado su protección. Es el más elemental y fundamental de los derechos humanos y del cual se despliegan todos los demás...” Léase el Voto N° 14201-05 de la Sala Constitucional.

En este último punto, recordemos que las definiciones de “derechos” humanos abundan y la mayoría de ellas siempre hacen alguna referencia a un enfoque jurídico debido a que la propia denominación alude a la palabra “derecho”. Esta circunstancia, más que facilitar el concepto de derechos humanos contribuye a un sesgo bastante generalizado de “juridizar” el concepto. Así, por ejem-

plo, es normal que las definiciones más comunes utilicen la idea general de entender por derechos humanos “aquellos derechos” inherentes a la persona humana por su simple condición de persona. Como aproximación general podemos utilizar esa definición, pero solo como un primer punto de partida, ya que los derechos humanos no son solamente “derechos”.

Cualquier concepto de derechos humanos debe contener alguna alusión a la dignidad humana como valor. La dignidad humana está en íntima relación con los principios de igualdad y libertad. En cuanto a valor, la dignidad humana involucra también la búsqueda constante por un proyecto de vida digna para todas las personas. (Rodríguez Rescia, 2016)

En ese mismo sentido, también se les define como aquellos derechos que tenemos todos los seres humanos debido a nuestra dignidad intrínseca como seres humanos y que, por tal razón deben ser reconocidos por toda organización política. Definición que incluso ha sostenido en alguna ocasión la Sala Constitucional, por ejemplo, en la sentencia número 2665-94.⁴

De su lado, la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sede en San José, ha abordado este tema en su vasta jurisprudencia, coincidiendo en la línea trazada, destacando el valor vida y por ello ha expresado que: “El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce pleno es prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos. De no ser respetado, todos los demás derechos carecen de sentido”⁵

Por último, don Rubén Hernández referente del Derecho Constitucional costarricense escribe: “Los derechos de la persona en su di-

4 Álvarez Molina, M., Castro Padilla, F., Chavarría Duarte, H. (2007). La tutela de los derechos fundamentales en Costa Rica por medio de recurso de amparo (con jurisprudencia). Investigaciones Jurídicas.

5 Ver así CORTE IDH. Caso Montero Aranguren y otros (Reón de Catia) vs Venezuela. Sentencia del 5 de Julio de 2006.

menCIÓN vital se refieren a la manifestación primigenia del ser humano: la vida, la cual constituye el prius lógico, ontológico, y deontológico de todos los demás derechos fundamentales, dado que la vida humana es anterior al derecho, puesto que sin existencia humana es una utopía y un sinsentido hablar de derechos y libertades”⁶

VI. Conclusión.

Al permitir nuestra Constitución Política emprender las reformas constitucionales haciendo uso del numeral 195 y que es desarrollado por el numeral 184 del Reglamento de Orden Interior y Disciplina de la Asamblea Legislativa (RODIAL), pareciera haría bien el Parlamento que, constituido en Poder Constituyente Derivado, respetando las normas y los procedimientos establecidos en esos cuerpos normativos, proceda a reformar los numerales 20 y 21 de la Constitución para que en adelante, cuando se abra y lea el TÍTULO IV cuyo Título dice: “Derechos y Garantías Individuales”, el numeral 20 indique: “La vida humana es Inviolable” y el 21 rece: “Toda persona es libre en la República, quien se halle bajo la protección de las leyes no podrá ser esclavo ni esclava” y con ello ajustar nuestro orden constitucional y definir la jerarquía correcta de los dos derechos fundamentales de todo ser humano: **la vida y la libertad.**

Bibliografía.

Álvarez Molina, M., Castro Padilla, F., Chavarría Duarte, H. (2007). La tutela de los derechos fundamentales en Costa Rica por medio de recurso de amparo (con jurisprudencia). Investigaciones Jurídicas.

Arias Ramirez, B. (2001). Reformas Constitucionales. Investigaciones Jurídicas.

Hernández Valle, R. (2010). Régimen jurídico de los derechos fundamentales. Editorial Juricentro.

Hernández Valle, R. (1990). Tutela de los derechos fundamentales. Editorial Juricentro.

Hernández, Ruben. (2014) El Derecho de la Constitución. Tomo II. Editorial Juricentro.

Landa Arroyo, C. (2017). Los derechos fundamentales. Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.

May Cantillano, H. (2003) El Poder Constituyente en Costa Rica. Revista costarricense de Derecho Constitucional.

May Cantillano, H. (2020). Sobre derechos humanos. Editorial Jurídica Continental.

Orozco Solano, V (2017). Justicia Constitucional y Convencional. Editorial Investigaciones Jurídicas.

Peralta, H. (1962) Las Constituciones de Costa Rica. Madrid. Instituto de Estudios Políticos.

Rodríguez Rescia, V. (2016). Curso de derechos humanos. Investigaciones Jurídicas.

⁶ Hernández Valle, R. (2014) El Derecho de la Constitución. Tomo II. Editorial Juricentro.

LA IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS DE ASAMBLEA DE SOCIOS.

IMPUGNATION OF AGREEMENTS MADE BY THE SHAREHOLDERS ASSEMBLY.

KARINA ALEXANDRA PIZARRO GARCÍA

- Licenciada en Derecho, con énfasis en formación de jueces de la Universidad de Costa Rica.
 - Especialista en Derecho Notarial y Registral de la Universidad de San José.
- Doctoranda en Derecho Procesal Civil y Derecho Comercial de la Universidad Escuela Libre de Derecho.
 - Jueza Civil de la Corte Suprema Justicia.

3



LA IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS DE ASAMBLEA DE SOCIOS.

IMPUGNATION OF AGREEMENTS MADE BY THE SHAREHOLDERS ASSEMBLY.

Resumen:

El propósito de este ensayo es el estudio de la impugnación de acuerdos de asamblea de socios desde un análisis normativo, doctrinal y jurisprudencial que permita dar a conocer a las personas lectoras en qué consiste este importante derecho de impugnación que poseen los socios y cuáles son las causales de nulidad y anulabilidad que contempla el Código de Comercio costarricense para hacer efectivo este derecho.

Abstract:

The main purpose of this essay is to study the impugnation of the agreements made by the shareholders assembly from a normative, doctrinal, and jurisprudential analysis, allowing the reading audience to know the importance of the right of impugnation that the associates have and what are the causes of nullity and voidability contemplated by the Costa Rican Commercial Code, to make that right effective.

Palabras clave.

Impugnación de acuerdos, asamblea de socios, sociedades, acción de nulidad, causas de anulabilidad, legitimación, vía procesal, sociedad anónima, sociedad de responsabilidad limitada.

Key Words.

Impugnation of shareholders assembly agreements, shareholders assembly, causes of nullity, corporation, legitimacy, SRL.

Sumario.

I. Introducción. II. Asamblea de socios. III. Impugnación de acuerdos de asamblea de socios. a. Causales de nulidad. b. Plazo para presentar la acción de nulidad. c. Causales de anulabilidad. IV. Legitimación para la impugnación de acuerdos. a. Legitimación de los socios. b. Legitimación de los administradores. c. Legitimación de terceros. d. Legitimación pasiva. V. Vía procesal para la impugnación de acuerdos. VI. Impugnación de acuerdos de asamblea en las SRL. VII. Conclusiones.

I. Introducción.

La impugnación de los acuerdos sociales es un derecho de suma importancia que permite a los socios evitar la adopción de decisiones ilegales, contrarias a los estatutos o lesivas para los intereses de la sociedad, con lo cual también impiden su perjuicio.

Este ensayo tiene por objeto, precisamente, el estudio de la impugnación de acuerdos de asamblea de socios a partir de un análisis normativo, doctrinal y jurisprudencial que permita dar a conocer a las personas lectoras en qué consiste este importante derecho de impugnación que poseen los socios y cuáles son las causales de nulidad y anulabilidad que contempla nuestro Código de Comercio para hacer efectivo este derecho.

Para ello, en primer término, se definirá el papel de la asamblea de socios dentro de la organización de la sociedad anónima. Posteriormente, se analizarán las causales pre-

vistas en los numerales 176 y 178 del Código de Comercio, así como también aspectos relevantes sobre éstas, tales como el plazo para interponer la acción, requisitos especiales que disponen las normas y, además, se abordará quiénes se encuentran legitimados para formular las acciones de nulidad y anulabilidad, de acuerdo con nuestra normativa y la doctrina sobre el tema. Asimismo, el estudio comprende cuál es la vía procesal para la impugnación de los acuerdos societarios y, finalmente, algunas consideraciones sobre la aplicación analógica de las disposiciones de impugnación de acuerdos, a los acuerdos tomados en las sociedades de responsabilidad limitada.

II. Asamblea de socios.

De entrada, conviene repasar de manera breve cuál es la función de la asamblea de socios dentro de la organización de las sociedades anónimas.

La asamblea de socios constituye el órgano supremo de la sociedad anónima. Al respecto, el autor Joaquín Garrigues, citado por Viquez Garro, señala que "la Junta General de Accionistas puede ser definida como la reunión de accionistas en la localidad donde la sociedad tenga su domicilio, debidamente convocados, para deliberar y decidir por mayoría, sobre determinados asuntos propios de su competencia" (2012, p. 21).

El Código de Comercio, en el numeral 152, dispone en este sentido que "Las asambleas de accionistas legalmente convocadas son el órgano supremo de la sociedad y expresan la voluntad colectiva en las materias de su competencia. Las facultades que la ley o la escritura social no atribuyan a otro órgano de la sociedad serán de la competencia de la asamblea".

De lo anterior, se desprende que la asamblea de accionistas es el órgano soberano, en el cual se forma y se expresa la voluntad social. Se regula, además, en el artículo 153 del Código de Comercio, que las asambleas pue-

den ser generales y especiales, dividiéndose las generales en ordinarias y extraordinarias. Las especiales son aquellas en las que participen socios con derechos especiales, mientras que las generales podrán estar integradas por la totalidad de los socios.

En las asambleas ordinarias, se analizan los siguientes asuntos:

- 1) Discutir y aprobar o improbar el informe sobre los resultados del ejercicio anual que presenten los administradores, y tomar sobre él las medidas que juzgue oportunas.
- 2) Acordar en su caso la distribución de las utilidades conforme lo disponga la escritura social.
- 3) En su caso, nombrar o revocar el nombramiento de administradores y de los funcionarios que ejerzan vigilancia.
- 4) Los demás de carácter ordinario que determine la escritura social.

Así como cualquier otro asunto que no corresponda a las asambleas extraordinarias, que conforme al artículo 156 del Código de Comercio, son las que se reúnen para: 1) modificar el pacto social, 2) autorizar acciones y títulos de clases no previstos en la escritura social; y, 3) los demás asuntos que según la ley o la escritura social sean de su conocimiento.

Se observa, entonces, que la principal diferencia entre éstas radica en la competencia para el conocimiento de determinados asuntos, aunque en una misma asamblea se pueden tratar asuntos de carácter ordinario y extraordinario, si así lo expresa la convocatoria, conforme autoriza el ordinal 166 ibídem. Interesa mencionar que no se profundiza en el tema de las asambleas y su forma de realización, por no ser objeto de la presente monografía.

III. Impugnación de acuerdos de asamblea de socios.

Pese a que la asamblea de accionistas es, como se dijo, el órgano supremo de la so-

ciudad anónima, ello no supone que posea competencias ilimitadas, o bien, que pueda adoptar cualquier acuerdo, pues según la doctrina y la normativa, los acuerdos deben respetar la legislación vigente, así como también los estatutos de la sociedad y las normas que los desarrollen. Sobre este particular, el jurista Fernando Sánchez Calero, mencionado por Viquez Garro, señala que “la eficacia del acuerdo de la Junta General tiene como presupuesto que la voluntad social se haya formado dentro de los cauces de la legalidad. El sometimiento de todos los socios a la voluntad de la mayoría decae cuando se produce una declaración judicial que invalida el acuerdo” (2012, p. 53).

Es decir, los acuerdos de asamblea de accionistas serán válidos si fueron tomados de conformidad con la ley y el acto constitutivo y, en este supuesto, obligan a todos los socios, aun a aquellos ausentes o disidentes. Así lo preceptúa el artículo 175 del Código de Comercio, al señalar que “Las resoluciones legalmente adoptadas por las asambleas de accionistas serán obligatorias aun para los ausentes o disidentes, salvo los derechos de oposición que señala este Código”.

Por ello, uno de los derechos más importantes que posee todo socio es el derecho de impugnación de los acuerdos tomados por la asamblea de socios, contemplado en los artículos 176 a 180 del Código de Comercio, que se desarrollarán en las siguientes páginas de este ensayo.

Por lo dicho, el derecho de impugnación representa una importante defensa, sobre todo para los socios minoritarios ante posibles abusos que pudieren darse dentro de la sociedad y también para procurar el interés social de la empresa. En esa línea, Baena Baena (2006, p.26) indica:

“Se ha afirmado con acierto que los dos fundamentos sobre los que se sustenta la figura de la impugnación de acuerdos sociales son: de un lado, impedir que la mayoría utilice abusivamente su poder en perjuicio de

la sociedad, pues a través de la tutela de la minoría puede llegar a tutelarse la propia sociedad; y, de otro, mantener la estabilidad de los acuerdos societarios en la medida posible”.

En esa misma línea, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en la resolución número 1011-F-2005 de las quince horas cincuenta y cinco minutos del veintiuno de diciembre del dos mil cinco, expone:

“[...] la razón de ser de los mecanismos impugnatorios, se encuentra en que pese a ser las asambleas de accionistas de las sociedades anónimas órganos soberanos, las mismas deben respetar lo previsto en la ley, los estatutos y las bases esenciales de la sociedad, de manera que el quebranto de esos límites da lugar al establecimiento de un régimen de impugnación para restaurar tales limitaciones”.

Agrega el citado voto que se trata de un único mecanismo: la impugnación judicial, pues solo a través de ella se puede lograr la nulidad de los acuerdos sociales, ya que mientras no se objeten y no sean judicialmente declarados nulos, han de tenerse por válidos y eficaces.

Se desprende así que el derecho de impugnación es inherente a la condición de socio, independientemente si éste solo posee una acción, puede ser ejercido de forma individual o colectiva y tiene como finalidad la búsqueda del interés social, pues impide que las decisiones de la mayoría sobrepasen sus límites, la frontera de la ley o del pacto social. Se ejerce ante la autoridad jurisdiccional ya sea como acción de nulidad o de anulabilidad.

Al respecto, se ha aceptado en la doctrina y en la jurisprudencia que el régimen de invalidez de los acuerdos societarios contenido en los 176 a 180 del Código de Comercio, hace referencia a causales de nulidad en el ordinal 176 y, por su parte, a causales de anulabilidad en el numeral 178. La Sala Primera

en voto número 1011-F-2005, sobre el tema señala:

“El Código de Comercio, en sus artículos 176 a 180, disciplina el régimen de invalidez de los acuerdos societarios. Los ordinales 176 y 178 establecen los supuestos de impugnación, sin embargo, si bien ambos regulan la nulidad, se puede decir, en virtud de la causa que motiva la ineficacia o invalidez, que el primero se refiere a nulos y el segundo a anulables, clasificación que constituye una transposición al acuerdo social de la doctrina general de la ineficacia del negocio jurídico, categoría a la cual pertenece según esta Sala lo ha dicho: “En la doctrina y en la legislación positiva se considera que el acuerdo tomado por las asambleas de accionistas implica una declaración de voluntad que participa de la categoría de los negocios jurídicos, que trata de producir efectos jurídicos y que regula intereses privados (v. arts 152 y 155 del Código de Comercio) (...)”. Lo anterior significa como antes se dijo que lo referente a la validez de los acuerdos de esas asambleas tiene relación con la teoría de la validez de los negocios jurídicos”.

A continuación, pasaremos a analizar las causales de nulidad y anulabilidad contenidas en los artículos citados.

a. Causales de nulidad.

Sobre las causas de nulidad absoluta, el artículo 176 del Código de Comercio enumera las siguientes:

- 1) Cuando la sociedad no tuviere capacidad legal para adoptarlos.
- 2) Cuando se tomaren con infracción de lo dispuesto en el capítulo VII, Título I, Libro Primero del Código de Comercio.
- 3) Cuando fueren incompatibles con la naturaleza de la sociedad anónima, o violaren disposiciones dictadas para la protección de los acreedores de la sociedad o en atención al interés público.

Tenemos entonces tres posibles causas de

nulidad: que exista falta de capacidad legal, que los acuerdos se hayan tomado con infracción de lo dispuesto por el mencionado capítulo y que fueren disconformes con la naturaleza misma de la sociedad o violen disposiciones para la protección de los acreedores de la sociedad o en atención al interés público.

Importante es tener en consideración que los anteriores son supuestos distintos e independientes; así lo ha determinado la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, al considerar que no se trata de requisitos en su conjunto que deba llenar el acuerdo impugnado para que sea declarado nulo, sino que basta estar ante alguno de los supuestos contenidos en los distintos incisos del numeral, para que resulte aplicable al caso (voto número 1011-F-2005 de las quince horas cincuenta y cinco minutos del veintiuno de diciembre del dos mil cinco).

Claramente, a partir de dichos supuestos podrían presentarse en la práctica múltiples situaciones. De seguido, se enuncian algunas de las causas más comunes de nulidad.

Por ejemplo, en aquellos casos en que la asamblea no haya sido convocada en la forma correcta y por el funcionario u organismo competente, siempre y cuando no estén presentes la totalidad de los socios, pues el artículo 158 del Código de Comercio autoriza a prescindir del trámite de la convocatoria si está reunida la totalidad de los socios.

Asimismo, cuando se hayan aprobado acuerdos sin contar con el quórum requerido de asistencia o de votación necesario, o bien, si no son tomados por mayoría simple. Se puede citar también cuando el contenido del acuerdo contraste con normas dictadas para tutelar a los acreedores sociales o en el interés público y evidentemente cuando sean contrarios a la ley y en cualquier caso en que se hayan emitido sin la capacidad para adoptarlo.

En torno a la falta de capacidad, el autor

Arias Córdoba expone que un acuerdo social sería nulo a tenor de la disposición en comentario, cuando se refiera a aquellas actividades que sólo excepcionalmente están prohibidas a la sociedad, pues en tales casos no tendría esta capacidad legal para adoptarlos. También, por ejemplo, en el caso de vencimiento del plazo social, ya que según el artículo 206 párrafo primero del Código de Comercio opera por el solo vencimiento, de ahí que, para este autor, el acuerdo tomado por la asamblea de una sociedad cuyo plazo está vencido, devendría en nulo (CIJUL, s.f., p. 6).

El autor Pérez Vargas hace referencia a una situación que también puede generar la nulidad del acuerdo y es cuando el orden del día expresado en la convocatoria no resulte claro y expreso respecto de los asuntos a tratar en la asamblea. Señala:

“Dado que la votación en una asamblea ocurre sobre la base del orden del día, éste es de la mayor importancia para el adecuado ejercicio del derecho a la información de socios y de eventuales terceros interesados. Nuestra jurisprudencia ha sostenido que cumple una doble función: por un lado, positiva, al delimitar los temas a tratarse y, por otro lado, impeditiva, pues en aras de la seguridad jurídica no puede, con fórmulas indefinidas sorprenderse a ausentes y participantes en ella. [...] Puede haber nulidad de acuerdos y eventual responsabilidad civil por tales acuerdos cuando hayan causado algún tipo de detrimento patrimonial o un daño moral en la esfera jurídica de los socios; particularmente ocurriría cuando se usase la expresión “otros puntos que los socios sometan a consideración de la asamblea” y, bajo este concepto se sometan a consideración y votación cuestiones de fondo. Esta expresión puede considerarse equivalente de “asuntos varios” (s.f.)

Se coincide con el Dr. Pérez Vargas en que es incorrecta la práctica de incluir en el orden del día un apartado de “asuntos varios u otros puntos”, ya que claramente esas frases

imposibilitan que el socio convocado tenga pleno conocimiento de todos y cada uno de los asuntos que se discutirán en la asamblea; puede incluso violentársele el derecho de información si alguno de esos “otros asuntos” corresponde a una cuestión sobre la que no se preparó con antelación a la asamblea, más aún si no dispone de un total conocimiento del tema, de ahí que como acertadamente se ha aceptado por la doctrina, la inclusión de dichas frases en el orden del día son insuficientes y, por ende, no podría la asamblea aprobar un acuerdo válido sobre un tema que no fue incluido de forma expresa en la convocatoria. Máxime, considerando que el artículo 163 del Código de Comercio de forma imperativa dispone que “El orden del día **deberá contener la relación de los asuntos que serán sometidos a la discusión y aprobación de la asamblea**, y será redactado por quien haga la convocatoria” (el resaltado es propio) e incluso se incluye dentro del capítulo VII, Título I, Libro Primero del Código, por lo que su infracción tornaría en nulo el acuerdo adoptado en tales condiciones.

Sobre este tema, resulta de interés la posición de la Sala Primera en el voto 328-F-03 emitido a las catorce horas cuarenta y cinco minutos del once de junio del año dos mil tres, en el cual mantuvo la nulidad de un acuerdo adoptado con violación al citado artículo. Véase el siguiente extracto:

“IV.- No obstante, lo dicho, a mayor abundamiento de razones, conviene agregar que el Tribunal mantuvo la nulidad decretada por el a-quo, del acuerdo que reformó la cláusula novena de los estatutos de la sociedad codemandada, pero por motivos diferentes. Esto porque estimó que la respectiva convocatoria a la asamblea general extraordinaria no incluyó, en su agenda, la modificación de esa cláusula, en cuyo caso existe un vicio de nulidad absoluta, de conformidad con lo establecido en los artículos 153, 154, 156 y 158, en relación con los ordinales 163 y 176, todos del Código de Comercio. Esa decisión es acertada, pues, ciertamente, el aviso de

convocatoria a la asamblea se restringió a establecer el propósito del Presidente de la Junta Directiva, de reformar dos cláusulas específicas del pacto constitutivo: la quinta y la séptima. De esta manera, los socios convocados adquirieron plena certeza de lo que se conocería en la asamblea, en punto a la propuesta de reforma de los estatutos sociales y; no hubo siquiera referencia a la disposición novena, como para aceptar que, en forma sorpresiva, la asamblea dispusiera también su cambio. Así las cosas, **con todo y establecer el aviso, luego de la referencia a la variación de aquellas dos estipulaciones sociales, la posibilidad de conocer de “otros puntos que los socios sometan a consideración de la asamblea”, no puede aceptarse, bajo ese pretexto, que dicho órgano tenga facultades irrestrictas de incluir en agenda la variación de otras cláusulas, distintas a las que fueron, de previo, contempladas en ella. De aceptar esa tesis, como lo propugna el recurrente, poco o nada valdría el aviso de convocatoria, cuando concreta los puntos a tratar en la asamblea, en particular, la reforma sólo a esas dos cláusulas, creando, con el cambio de agenda, un estado de inseguridad en los convocados, tanto respecto a quienes deciden no asistir, por estimar que las cuestiones a tratar no les afectan, cuanto de los que acceden al llamado de convocatoria para conocer, precisamente, aquellos aspectos puntuales por los cuales fueron citados.** Es definitivo, por otra parte, que el actor encuentra perjuicio con el cambio operado en la cláusula novena, en cuyo supuesto, debió haber sido enterado de ese propósito, con la debida antelación a celebrarse la asamblea general extraordinaria, para que decidiera, según sus intereses, asistir o no. En consecuencia, bien se ha resuelto al decretar la nulidad de ese acuerdo”. (El resaltado es suplido).

En igual sentido se pronunció la Sala Primera en el voto número 682-F-2006 de las diez horas cuarenta y cinco minutos del veinte setiembre de dos mil seis, en el cual señaló:

“[...] El orden del día estriba en los temas o

agenda, sea, el programa de los asuntos que han de ser tratados en la sesión, o más concretamente como lo establece el numeral 163 del Código de Comercio, “El orden del día deberá contener la relación de los asuntos que serán sometidos a la discusión y aprobación de la asamblea, y será redactado por quien haga la convocatoria...” Indefectiblemente, **en esa invitación deben mencionarse los asuntos que han de ser tratados, pues los socios requieren estar informados de ellos a efectos de decidir sobre su asistencia, informarse para la discusión y la emisión de su voto, lo cual conlleva a la necesidad de que la convocatoria sea clara, concreta y completa.** Tales requerimientos impiden aceptar las vagas referencias “1. Todo lo relacionado con el artículo 155 del Código de Comercio. 2. Modificación del pacto social,” ya que no revelan a los socios las cuestiones puntuales a conocerse en la asamblea; y autorizaría la inclusión en la agenda de cualquier cambio al pacto social, impidiéndoles la posibilidad de instruirse sobre aquellos aspectos que resulten de su interés, perdiendo el sentido del aviso de convocatoria cuando refiere a los puntos a tratar en la asamblea”. (El resaltado es suplido).

Se colige que, para la Sala, efectivamente la inclusión de las frases “otros asuntos o puntos” o temas genéricos como “modificación al pacto social” generan inseguridad en los socios convocados, sea que participen de la asamblea o hayan decidido no asistir, pues no tendrían conocimiento de los aspectos a tratar en la asamblea, violentándose con ello los derechos informativos de las personas accionistas, por lo que en definitiva el acuerdo tomado en tales condiciones devendría en nulo. Establece además que lo esencial del orden del día no es que siga un orden en particular, sino delimitar los aspectos a tratar e informar a los socios sobre la competencia material de la Asamblea, de tal forma que no se vean los socios sorprendidos posteriormente por el conocimiento de asuntos no incluidos en el orden del día comunicado.

b. Plazo para presentar la acción de nulidad.

En torno al tema del plazo para interponer la acción de nulidad, en el numeral 177 del mismo código se dispone que la acción de nulidad se regirá por las disposiciones del derecho común, es decir, por lo dispuesto en el Código Civil respecto de la nulidad y, además, tiene un término de prescripción de **un año**, contado desde la fecha en que se adoptó el acuerdo o de su inscripción en el Registro Mercantil, si la inscripción es necesaria.

Sobre este tema se ha cuestionado si el plazo allí indicado corresponde a uno de prescripción o de caducidad. Al respecto, la jurisprudencia patria de forma constante ha establecido que corresponde a un plazo de **prescripción**. Como aporte valioso, conviene transcribir parte de la sentencia número 368 – 2002 emitida por Tribunal Segundo Civil, Sección Primera, en la cual se realiza una acertada diferenciación entre ambos institutos y se explica por qué el plazo contenido en el numeral 177 corresponde a un plazo de prescripción.

“El plazo de un año que prevé el artículo 177 del Código de Comercio, para intentar la acción de nulidad de acuerdos de asamblea, es de prescripción y no de caducidad como lo alega el recurrente. Véase que esta nulidad, entre otros aspectos que la caracterizan, no es declarable de oficio, sino a petición de parte y además: “...la norma del artículo 177 del Código de Comercio en forma expresa establece que se trata de un plazo de prescripción y no de caducidad.” (TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL, SECCIÓN SEGUNDA, N° 059 de las 9:40 hrs. del 8 de febrero del 2001).- Aquí debemos recordar cual es el fundamento del instituto de la caducidad y para ello resulta importante analizarlo junto con el de la prescripción.- Ambos se asemejan porque tienen como efecto la extinción de un derecho.- Ahora bien, la caducidad, llamada también en doctrina decadencia, consiste en la extinción de un derecho dispuesta en razón de la falta de ejercicio del mismo dentro de un cierto lapso de tiempo, con el fin de que si se llegare a ejercitar se haga en el

término prefijado.- De este concepto de caducidad se destacan cuatro aspectos: 1- Un objeto, que es la situación jurídica activa o sea la necesidad de que el sujeto activo ejercite su derecho dentro del término fijado por la ley; 2- una figura jurídica primaria, que es la falta de ejercicio dentro del término dado; 3- un efecto jurídico, que es la extinción de un derecho; y, 4- una razón que conecta ese efecto a una determinada figura causal, es decir una relación causa-efecto.- Ahora bien, aludiendo a la prescripción, el fundamento de la misma es la inercia del sujeto activo de la relación, o sea su fundamento es netamente subjetivo, se refiere a una conducta pasiva del sujeto, de no hacer. En cambio el fundamento de la caducidad no está basado en un criterio subjetivo sino objetivo, o sea el fundamento de la caducidad es la falta de ejercicio de un derecho dentro del término preestablecido y en una forma determinada.- En la prescripción el sujeto activo o acreedor observa una conducta pasiva, si ejerce actividad produce el fenómeno de la interrupción.- En la caducidad, solo una conducta determinada, la que la ley dice que el sujeto debe observar, es la que impide la caducidad. La falta de ejercicio de aquel determinado derecho es el fundamento de la caducidad.- Lo que se pretende con la caducidad es obligar a la persona a actuar, por eso los términos son cortos.- En materia de caducidad solo se pueden presentar dos situaciones: Impedimento, o sea se impide la caducidad realizando la conducta establecida por el Ordenamiento o bien que la caducidad se opere al no realizar la conducta preestablecida por la ley.- No hay interrupción ni suspensión, como sí ocurre con la prescripción.- La inactividad en la prescripción es susceptible de reproducirse al infinito mediante la interrupción.- En la caducidad esto no es posible porque no existe la posibilidad de reproducción, son términos rígidamente perentorios y esa limitación en el tiempo para el ejercicio de un derecho es porque a la comunidad le interesa que el derecho sea ejercido, pues la caducidad generalmente se refiere a derechos potestativos, basados en un poder, no en un deber, de modo que el

Ordenamiento está interesado en que sean ejercidos. En la caducidad hay un interés a certeza mayor [sic], por eso los términos son más cortos, el término es acceleratorio, es decir es un término dentro del cual debe ejercitarse el derecho porque si no se pierde; además es un término perentorio, es decir rígido, improrrogable e ininterrumple, es un término fatal que solo puede impedirse si se realiza la conducta.- En resumen los plazos de caducidad son preestablecidos por la ley, no por las partes, precisamente porque es el Ordenamiento Jurídico el que está interesado en que ciertos derechos se ejerciten en plazos más cortos.- Ninguna de las características apuntadas de la caducidad, se dan en el caso del plazo previsto por la ley para pedir la nulidad de acuerdos de asamblea, pues no estamos ante un plazo fatal que se deduzca de la redacción de la norma, dentro del cual si no se ejerce el derecho se pierde y que se pueda declarar de oficio.- No podemos por lo tanto: "...interpretar, en el caso concreto, que el plazo contenido en el artículo 177 es de caducidad y no de prescripción, y definir que el legislador quiso decir "caducará " en vez de "prescribirá", por cuanto del análisis del texto en su conjunto, se infiere que lo que quiso el legislador normar fue el ejercicio de la acción y no el derecho propiamente [...]"

El Tribunal concluye que la norma 177 del Código de Comercio es clara en indicar que la acción de nulidad prescribe en un año, de forma que no es posible interpretar que se trata de un plazo de caducidad, resultando entonces una discusión estéril, ya que se trata de una disposición legal expresa.

En resumen, las causales enumeradas en el artículo 176 en el Código de Comercio son de nulidad absoluta. Además, considerando que el numeral 177 del Código de Comercio establece que se rige por las disposiciones del derecho común y que el artículo 837 del Código Civil contempla que "La nulidad absoluta puede alegarse por todo el que tenga interés en ella y debe, cuando conste de autos, declararse de oficio, aunque las partes no la aleguen; y no puede subsanarse por la

confirmación o ratificación de las partes, ni por un lapso de tiempo menor que el que se exige para la prescripción ordinaria"; se concluye que las causales del artículo 176 pueden alegarse por todo el que tenga interés en ellas –este tema se abordará más adelante– y declararse aun de oficio, no pueden subsanarse por la confirmación o ratificación de la misma sociedad y prescriben en un año.

c. Causales de anulabilidad.

Éstas son las contenidas en el numeral 178 del Código de Comercio, que refiere que los socios podrán también pedir la nulidad de los acuerdos no comprendidos en el artículo 176, llenando los siguientes requisitos:

- 1) Que la demanda señale la cláusula de la escritura social o el precepto legal infringido y en qué consiste la violación.
- 2) Que el socio o los socios demandantes no hayan concurrido a la asamblea o hayan dado su voto en contra de la resolución.
- 3) Que la demanda se presente dentro del mes siguiente a la fecha de clausura de la asamblea.

A partir de lo anterior, se extrae que la acción para solicitar la anulabilidad de un acuerdo procede si se está ante un acuerdo que infrinja la ley o los estatutos, cuando no quepa respecto de ellos la acción de nulidad. Además, a efectos de presentar válidamente la pretensión, el citado artículo exige la concurrencia de un doble requisito legitimatorio: la condición de accionista y que éste no haya concurrido a la asamblea, o bien, que haya dado su voto en contra de la resolución. Se agrega a lo anterior, que el inciso c) del numeral dispone que la acción debe formularse dentro del mes siguiente a la fecha de la clausura de la asamblea.

Se debe considerar, asimismo, que mientras los acuerdos no se objeten y no sean judicialmente declarados anulables, han de tenerse por válidos y eficaces. En este sentido, se ha dicho que esto es consecuencia de los prin-

ceptos generales de la anulabilidad, que no es declarable de oficio. Además, la eventual validez por subsanación tácita, que se lograría con el simple transcurso del plazo previsto para la impugnación sin intentarla o por la ejecución voluntaria de parte del perjudicado del acto o negocio viciado bajo esta forma, de ahí que el acuerdo anulable, mientras no sea combatido, debe ser ejecutado (CIJUL, 2011, p. 6).

En relación con el plazo establecido en el inciso c) del artículo 178 del Código de Comercio, éste también ha sido objeto de análisis y discusión en instancias judiciales, no obstante, la jurisprudencia de forma reiterada ha definido que corresponde a un plazo de caducidad y no de prescripción como el dispuesto para las causas de nulidad absoluta. En esa línea de pensamiento, la Sala Primera en la sentencia número 936-F-2005 de las diez horas del 2 de diciembre del 2005, concluyó lo siguiente:

“XI.- El punto a discernir, según se desprende de la lectura del reproche, consiste en determinar la naturaleza jurídica del plazo de un mes que contempla el artículo 178 del Código de Comercio para la impugnación de acuerdos societarios, si es de prescripción o de caducidad. Sin embargo, la discusión resultaría estéril, toda vez que en autos se tiene por demostrado que la asamblea en cuestión finalizó el 22 de julio de 2002 y que la demanda fue presentada a estrados el día 22 agosto de ese año, es decir dentro del plazo señalado por el ordinal en cuestión, con lo cual resulta irrelevante la calificación que se le haya dado finalmente a los efectos de resolver el fondo del asunto sometido a consideración. En todo caso, según los parámetros para la distinción de ambos institutos que esta Sala ha establecido en múltiples ocasiones (ver entre otras, la número 43 de las 14 horas 40 minutos del 28 de mayo de 1997), el plazo del numeral 178 es de caducidad”.

En doctrina se ha dicho que estos plazos buscan evitar que, luego de varios años, se presenten demandas con probabilidades de

éxito que tiendan a la impugnación de los acuerdos combatidos. De esa forma, se protegen derechos de terceros y el buen funcionamiento de la sociedad (CIJUL, 2011, p. 8). Entonces, el plazo del numeral 178 del Código de Comercio es de caducidad y corresponde a un mes contado a partir de la fecha de clausura de la asamblea. Como es de caducidad, no es susceptible de suspensiones ni de interrupciones, sino que sus efectos se agotan solamente con la interposición de la demanda correspondiente.

IV. Legitimación para la impugnación de acuerdos.

a. Legitimación de los socios.

En primer término, ha de indicarse que la ley y la doctrina generalizada reconocen legitimación activa principalmente a los socios.

Esta legitimación se desprende del artículo 180 del Código de Comercio, que señala que “Los accionistas, de cualquier clase que sean, tendrán los mismos derechos para los efectos del ejercicio de las acciones de nulidad” (el resaltado es suplido). Entonces, independientemente del número de acciones que posea, el socio tiene atribuida legitimación para impugnar los acuerdos sociales por el solo hecho de serlo, ya que su legitimación proviene de su derecho a impugnar los acuerdos sociales.

Ahora, sobre la condición de socio resulta importante señalar que esta se demuestra, según lo establecen los artículos 132 y 140 del Código de Comercio, mediante la adquisición por endoso de las acciones y su inscripción correspondiente en el libro de accionistas de la sociedad. Es decir, el socio se acreditará como tal mediante la llamada doble legitimación (CIJUL, 2011, p.5). Sobre este particular, en el voto número 317-2005 emitido a las diez horas diez minutos del treinta de agosto de dos mil cinco por el Tribunal Segundo Civil, Sección Primera, se señala precisamente la necesidad de acreditar la condición de socio desde el planteamiento

de la demanda, veamos:

“Respecto al punto en discusión, debemos tener claro, que uno de los derechos con los que cuenta todo accionista, es el de cuestionar los acuerdos sociales, en los supuestos que señala la ley y previo cumplimiento de los correspondientes requisitos (artículo 178 del Código de Comercio), de ahí que, en lo que concierne al ejercicio de acciones de nulidad de Asambleas de Accionistas, la legitimación activa para su interposición está reconocida a aquellas personas que ostenten la condición de socios conforme lo dispuesto en el artículo 180 del Código de Comercio. Es decir, únicamente los accionistas son los legitimados para interponer una acción de nulidad. En lo que respecta a la acreditación de socio, este Tribunal, Sección Segunda, en el voto número 186 de las 9:50 horas del 30 de mayo del 2003, dispuso: “Lo referido al tema de la adquisición, acreditación y transmisión de la condición de socio de una sociedad anónima debe entrelazarse conforme a lo preceptuado en los ordinales 120 y 140 del Código de Comercio. El primer ordinal determina en lo que interesa que la acción es el título mediante el cual se acredita y transmite la calidad de socio. Por su parte, el ordinal 140 establece que la sociedad considerará como socio al inscrito como tal en los registros de accionistas, si las acciones son nominativas; y al tenedor de éstas, si son al portador. Del engarce de los citados textos legales no se evidencia que resulte -contra lege- la posibilidad de adquirir acciones sin que éstas existan en su materialidad -o sea que no hayan sido impresas-. Adviértase al efecto que el ordinal 120 determina los efectos jurídicos atribuidos por la Ley a una acción referidos a la acreditación y transmisión de la calidad o condición de socio. Más que una definición de lo que debe entenderse por una acción, el citado artículo alude a los atributos que el ordenamiento reconoce al titular de una acción de una sociedad anónima conforme a los términos descritos. Por su parte el artículo 140 ibídem, regula la forma en que se reconoce la condición de socio respecto al emisor -sociedad emisora del título accionario-

donde se establece que la sociedad reputará como socio al inscrito como tal en el libro de accionistas en el caso de acciones nominativas. En esta última disposición se resalta lo relativo a la existencia de un Registro de accionistas que como es propio en materia registral en general, sabido es, de conformidad con los principios informadores de ese derecho en particular, se tiende a la protección de la buena fe del tercero como la piedra angular dimanante para su protección dentro del sistema. Por ende, la norma aludida determina en términos generales que según los datos del registro de socios, el que aparece como accionista se reputará como tal en relación al emisor y respecto a terceros.” (ver Voto No. 208 a las 15:30 hrs del 7 de julio de 2005) En ese mismo sentido, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, particularmente en el voto número 513-F-00 de las 9:45 horas del 12 de julio del 2000, ha señalado “VI. Debe acotarse, que la inscripción en el Registro y la constancia en el título, respecto a cualquier acto u operación referente a títulos nominativos, lo es para que surta efectos respecto a terceros, no así entre las partes, para quienes la validez del contrato depende del acuerdo de voluntades. Así lo expresa, claramente, el artículo 687, párrafo segundo del Código de Comercio, cuando establece: “Ningún acto u operación referente a esta clase de títulos, surtirá efecto contra el emisor o contra terceros, si no se inscribe en el título y en el registro”. (El destacado no figura en el original).

En este caso, el Tribunal confirmó el rechazo de la demanda considerando que el demandante de la nulidad no demostró su calidad de socio, pues, aunque alegó que le fueron vendidas tres acciones, éstas nunca le fueron endosadas ni tampoco se inscribió el traspaso en el Registro de Accionistas. Se resalta de lo expuesto por el Tribunal, que la legitimación activa -calidad de socio- debe acreditarse desde el momento de interposición de la demanda mediante la prueba pertinente que acredite a la persona como titular de las acciones que describe en la demanda, siendo que en modo alguno puede

el libro de Asambleas de Socios o una escritura de venta de acciones, suplir el Registro de Accionistas y la transmisión de la acción como tal, según su ley de circulación.

Siguiendo con el análisis, resulta importante destacar que, tratándose de la acción de nulidad, nuestra normativa mercantil no define de forma expresa si ésta puede formularla inclusive el socio que dio su voto a favor del acuerdo impugnado, como sí lo hace para la acción de anulación. Sin embargo, se considera con fundamento en la teoría general de la nulidad y, más concretamente, en el artículo 837 del Código Civil que establece que la nulidad absoluta puede alegarse por todo el que tenga interés en ella y debe incluso declararse de oficio cuando conste de autos, aunque las partes no la aleguen; que es dable concluir que sí tendría legitimación activa el socio que votó a favor del acuerdo, pues, por ejemplo, podría concurrir alguna patología como la violencia, error, dolo u otro medio que excluya la voluntad cuando se tomó el acuerdo, o bien, que posterior a la emisión del voto posea un interés en la declaratoria de la nulidad.

Como aspecto de interés, cabe mencionar que la doctrina española sí reconoce la legitimación activa al socio en estas condiciones. Al respecto, el autor español Baena Baena refiere: “[...] todo socio está legitimado por el mero hecho de disfrutar de esta condición, sin tener que someterse al trámite más complejo de la prueba del interés legítimo requerida del tercero ni de demostrar un interés personal en su pretensión, pues se presume que el socio está debidamente interesado en la declaración de invalidez del acuerdo viciado. [...] permite tanto su transmisión como su ejercicio incluso por quien votó a favor del acuerdo adoptado, posibilidad que conforme a la legislación precedente se negaba en el caso de la impugnación de acuerdos pretendidamente anulables” (2016, p. 9).

Acorde con lo anterior, se presume que existe un interés en la declaratoria de la nulidad por parte del socio que dio su voto a favor

del acuerdo y, por ende, tendría legitimación activa.

En contraste, referente a la acción de anulabilidad, el ordinal 178 del Código de Comercio es claro al delimitar la legitimación al socio o los socios que no hayan concurrido a la asamblea o hayan dado su voto en contra de la resolución, de ahí que, atendiendo a la letra de la norma, se estima que el accionista que haya votado a favor del acuerdo impugnado no ostenta legitimación activa para la acción de anulación. Esto guarda relación con lo dispuesto en el artículo 838 del Código Civil que, en lo que interesa, dispone que “La nulidad relativa no puede declararse de oficio ni alegarse más que por la persona o personas en cuyo favor la han establecido las leyes [...]”.

b. Legitimación de los administradores.

Resulta de interés señalar que la ley española reconoce a los administradores legitimación para impugnar a título individual –no como órgano de la sociedad– los acuerdos de asamblea de socios, según se desprende del artículo 206 de la Ley de Sociedades de Capital. El autor Baena Baena explica que tal legitimación se basa tanto en el deber de diligencia que poseen los administradores, como en el interés de no ejecutar disposiciones de la asamblea que puedan acarrearles responsabilidad. Por ello, el administrador actúa en nombre propio y no en el de la sociedad, pero en defensa del interés social. Propiamente, refiere:

“El fundamento de la legitimación de los administradores lo encontramos, tanto en el deber de diligente administración (“deberán desempeñar el cargo y cumplir con los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal”), recogido en el reformado art. 225.1 LSC; como en el interés de los administradores en sustraerse de eventuales responsabilidades. Los administradores tienen la facultad de actuar, aun cuando no ostenten la cualidad de accionistas, por un

lado, para cumplir su obligación de velar por el interés social, intentando evitar que existan acuerdos sociales antijurídicos cuya ejecución o mera existencia pueda perjudicar a la sociedad [...] Y, por otro, por su interés en no ejecutar acuerdos viciados, lo cual podría depararles responsabilidad frente a la sociedad, a los accionistas (si bien parece difícil de justificar la exigibilidad de responsabilidad de los administradores por quienes votaron a favor del acuerdo [v. URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y MUÑOZ PLANAS, J.M. (1992), pág. 357]) y a los acreedores sociales, en función del daño que causen por actos contrarios a la ley, a los estatutos o al reglamento de la junta o por los que lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros, o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño de su cargo". (2016, p. 18).

En el caso de la normativa costarricense no se encuentra norma expresa en el Código de Comercio que legitime a los administradores para la impugnación de acuerdos tomados por la asamblea de socios; no obstante, considerando su acertada inclusión en la ley española por los fundamentos antes mencionados y que son aplicables a nuestro caso, se estima que en el caso costarricense podría extenderse tal legitimación a los administradores, pues igualmente les asiste una obligación de diligencia e incluso pueden resultar responsables frente a la sociedad por la inobservancia de dicho deber, según lo indicado en el ordinal 189 del Código de Comercio.

c. Legitimación de terceros.

En cuanto a la legitimación de terceros, el autor Viquez Garro, expone que cualquier tercero interesado que vea sus intereses menoscabados por un acuerdo ilegítimo podría presentar la acción en contra de aquellos acuerdos considerados nulos o relativamente nulos, siempre que le afecten (2012, p. 74).

En el mismo sentido se expresa la doctrina española, en la cual los terceros tienen reconocida legitimación para impugnar los acuer-

dos sociales si acreditan un interés legítimo, citándose como ejemplos: los acreedores de la sociedad, los privados de la condición de socio por estar viciado de nulidad su título, las personas que perdieron su calidad de socio, entre otros, siempre que demuestren un interés legítimo (Baena Baena, 2016, p. 21).

Como sucede con la legitimación a los administradores, nuestro ordenamiento jurídico mercantil no otorga legitimación a los terceros para impugnar acuerdos –al menos de forma expresa–. Ahora bien, considerando que el artículo 177 del Código de Comercio sí estipula que la acción de nulidad se rige por las disposiciones del derecho común y que el numeral 837 del Código Civil preceptúa que la nulidad absoluta puede alegarse por todo el que tenga interés en ella, pareciera ser que sí podrían terceras personas con interés legítimo plantear la acción de nulidad. No así la acción de anulabilidad, pues en este caso se cuestiona que el artículo 178 del Código de Comercio no es omiso, al contrario, sí define quiénes ostentan legitimación para su planteamiento, sea los socios que no concurren a la asamblea y los que votaron en contra del acuerdo, de forma tal que en este segundo escenario surgen dudas sobre la legitimación de terceros en la práctica judicial.

d. Legitimación pasiva.

La legitimación pasiva corresponde, claramente, a la sociedad como ente con personalidad jurídica, conforme al artículo 20 del Código de Comercio.

V. Vía procesal para la impugnación de los acuerdos.

Por otra parte, conviene referir que la acción de nulidad o de anulación de un acuerdo debe ventilarse en la vía ordinaria, como se desprende del artículo 179 del Código de Comercio que dispone que "Para resolver sobre las acciones de nulidad de los acuerdos, será competente el Juez del domicilio de la sociedad"; en relación con el ordinal 101 del Código Procesal Civil, que establece

que todas aquellas pretensiones que no tengan procedimiento expresamente señalado se tramitarán por el proceso ordinario.

Además, conforme al artículo 8.3.4.2. del Código Procesal Civil, corresponderá su conocimiento al tribunal del lugar donde se ejerce o ejerció la actividad principal de la parte demandada, sea de la sociedad.

VI. Impugnación de acuerdos de asamblea en las Sociedades de Responsabilidad Limitada.

El régimen de impugnación de acuerdos antes explicado, como se dijo, se contempla en los artículos 176 a 180 del Código de Comercio y hace referencia expresa a las sociedades anónimas, pues tal articulado se encuentra dentro del capítulo denominado “De las sociedades anónimas”.

Las sociedades de responsabilidad limitada, por su parte, se regulan en los numerales 75 a 101 del mismo cuerpo de leyes y aunque en el artículo 94 se dispone que “Los socios deberán celebrar una reunión al año cuando menos, dentro de los tres meses siguientes a la finalización del año económico, con el fin de hacer el nombramiento de gerentes y subgerentes, cuando fuere del caso; conocer el inventario y balance y tomar los acuerdos necesarios para la buena marcha de la sociedad [...]” y en los artículos siguientes se determinan aspectos generales en torno a la realización de la asamblea, el código es completamente omiso respecto del derecho de impugnación de los acuerdos adoptados en la asamblea. Por ello, cabe preguntarse: ¿la normativa dispuesta para las sociedades anónimas podría aplicarse por analogía a la sociedad de responsabilidad limitada?

Al respecto, se estima que la respuesta es afirmativa. En primer lugar, considerando la finalidad misma del derecho de impugnación reconocido a los socios, que radica precisamente en la posibilidad de combatir acuerdos que contravienen la ley, el pacto social, o bien, el interés social, con indepen-

dencia de si se trata de una sociedad anónima o una sociedad de responsabilidad limitada. En segundo lugar, no se desprende impedimento para aplicar por analogía los artículos 176 a 180 del Código de Comercio a las sociedades de responsabilidad limitada, nótese que de esa forma se suple con la misma normativa mercantil el silencio respecto de la impugnación de acuerdos en el caso de sociedades de responsabilidad limitada, en apego a lo dispuesto en el numeral 2 ibídem que señala que procede la aplicación del Código Civil, los usos y costumbres y los principios generales del Derecho, cuando no exista en el Código de Comercio, ni en otras leyes mercantiles, disposición concreta que rijan determinada materia o caso. Es decir, en primera instancia se debe acudir al propio Código de Comercio para suplir alguna cuestión omisa, como es el caso bajo estudio.

Ciertamente existen diferencias entre las sociedades anónimas y las sociedades de responsabilidad limitada, en cuanto a su naturaleza y funcionamiento, como la forma en que se representa el capital social –acciones en la primera y cuotas nominativas en la segunda– y el traspaso de la condición de socio, por citar algunos ejemplos; no obstante, valorando las razones arriba expuestas, se considera que no existe obstáculo para aplicar el régimen de impugnación de acuerdos de las sociedades anónimas a las sociedades de responsabilidad limitada, en cuanto sea compatible, claro está.

VII. Conclusiones.

Finalizado el estudio, se concluye que, si bien la asamblea de socios es el órgano supremo de la sociedad anónima, ello no significa que posea poderes o atribuciones ilimitadas, sino que la voluntad social expresada mediante los acuerdos adoptados por la mayoría de los socios debe apegarse a la ley y al pacto social y estatutos de la sociedad. Por ello, precisamente, la transgresión de esos límites da lugar a un régimen de impugnación, a un derecho del que goza el socio por su sola

condición de serlo, con independencia de la clase de acción que se posea o si solo se tiene una acción, tal como se desprende del artículo 180 del Código de Comercio.

Este derecho de impugnación puede ser ejercido de forma individual o colectiva y tiene por objeto la búsqueda del interés social, en el tanto impide que las decisiones de la mayoría sobrepasen la frontera de la ley o del pacto social. En el Código de Comercio, encuentra su fundamento en los artículos 176 a 180 y, como se explicó líneas arriba, se ejerce ante la autoridad jurisdiccional por medio de la acción de nulidad, contenida en el artículo 176, y la acción de anulabilidad prevista en el numeral 178 del cuerpo legal mencionado.

Se destaca de la acción de nulidad que las causales enunciadas en el numeral 176 del Código de Comercio son independientes, es decir, que la concurrencia de una sola puede dar pie a la acción. Asimismo, que se rige por las disposiciones del derecho común – Código Civil–, y se dispone de un año para el ejercicio de la acción, a partir de la fecha en que se adoptó el acuerdo o de su inscripción en el Registro Mercantil, si la inscripción fuere necesaria; plazo que corresponde a un término de prescripción y no de caducidad.

A diferencia de la anterior, en el numeral 178 ibídem se regula la impugnación de acuerdos anulables que contravienen preceptos legales o la escritura social, pero confiere esa posibilidad únicamente al socio ausente o disidente de la asamblea. Es decir, se prevé una invalidez relativa en interés de sujetos determinados, por lo cual se estima que solo los mencionados pueden ejercer esta acción, en concordancia además con el artículo 838 del Código Civil respecto de la nulidad relativa. Como requisito para esta acción, igualmente, debe tenerse presente que caduca dentro del mes siguiente a la fecha de clausura de la asamblea.

Sobre la legitimación activa, se llega al convencimiento que nuestro ordenamiento ju-

rídico otorga a los socios, principalmente, legitimación para impugnar los acuerdos sociales por el solo hecho de serlo, ya que su legitimación proviene de su derecho a impugnar los acuerdos sociales. Así se desprende de lo normado en los ordinales 178 y 180 del Código de Comercio. No obstante, se observaron omisiones en la normativa que generan cuestionamientos y podrían generar confusiones prácticas, como por ejemplo la determinación de si la impugnación es un derecho exclusivo de los socios o podría intentarla el administrador de la sociedad o un tercero con interés legítimo, como sucede en el caso español que sí contiene norma expresa que delimita quiénes ostentan legitimación activa.

Como se analizó en la monografía, el articulado sobre la impugnación de acuerdos de asamblea no define si estos otros sujetos pueden interponer las acciones de nulidad y anulabilidad; sin embargo, es consideración de esta redactora tomando en cuenta lo dispuesto en el artículo 837 del Código Civil que establece que la nulidad absoluta puede alegarse por todo el que tenga interés en ella e incluso declararse de oficio, que la acción de nulidad sí podría formularla el socio que votó a favor del acuerdo que impugna en sede judicial, así como también el administrador y algún tercero, siempre que se posea un interés legítimo en la declaratoria de la nulidad, sin perjuicio claramente de lo que en definitiva se resuelva en el proceso. No obstante, respecto de la acción de anulabilidad sí quedan dudas de si tendrían legitimación activa otros sujetos, pues en este caso la norma de manera expresa dispone como uno de los requisitos de la acción que sea presentada por el socio o los socios disidentes o por aquellos que no asistieron a la asamblea.

En otra línea, queda claro que la legitimación pasiva recae en la sociedad y que la impugnación se tramita en la vía ordinaria, cuyo conocimiento corresponde al tribunal del lugar donde se ejerce o ejerció la actividad principal de la parte demandada, sea

de la sociedad.

Finalmente, se logra concluir que, si bien las normas analizadas sobre impugnación de acuerdos de asamblea se encuentran dentro del capítulo que regula las sociedades anónimas, lo cierto es que no se evidencia obstáculo alguno para aplicar por analogía tales preceptos a las sociedades de responsabilidad limitada en cuanto sean compatibles, ya que de esa forma se suple con la misma normativa mercantil el silencio respecto de la impugnación de acuerdos en el caso de estas sociedades. Esta conclusión se fundamenta, además, en el objeto mismo del derecho de impugnación que poseen los socios independientemente de la sociedad que se trate, que les permite frenar el abuso de la mayoría, así como también resguardar el apego a la legalidad o al pacto social cuando se adoptan acuerdos que traspasan los límites de la asamblea.

Bibliografía.

Doctrina.

Baena Baena, P. (2006). Legitimación activa para la impugnación de acuerdos sociales (de la junta general de las sociedades anónima y de responsabilidad limitada y de la asamblea general de la sociedad cooperativa). Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S. A. Madrid, Barcelona. <https://www.marcialpons.es/media/pdf/100783160.pdf>

Baena Baena, P. (2016). El nuevo régimen jurídico español de la legitimación activa y pasiva para la impugnación de acuerdos de las sociedades de capital. *Revista de Derecho*, ISSN 1993-4505 / No. 20, 2016, páginas 125-160. <https://www.camjol.info/index.php/DERECHO/article/download/2791/2548/9238> Pérez Vargas, V. (s.f.). El orden del día como límite de orden público de la competencia de asambleas no totalitarias de las sociedades anónimas. https://escuelajudicialpj.poderjudicial.go.cr/Archivos/documentos/revs_juds/rev_jud_97/cuerpo/11-completo.html

Viquez Garro, A. (2012). La Impugnación de Acuerdos de Junta Directiva en las Sociedades Anónimas costarricenses por parte de los socios minoritarios, análisis jurisprudencial, normativo y su solución en el Derecho Comparado. Tesis para obtener el grado de Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica.

Centro de Información Jurídica en Línea [CIJUL]. (2009). Impugnación de acuerdos de asamblea. <https://cijulenlinea.ucr.ac.cr/users/inicio>.

Centro de Información Jurídica en Línea [CIJUL]. (2011). Nulidad de Acuerdos de Asambleas de Socios. <https://cijulenlinea.ucr.ac.cr/users/inicio>.

Centro de Información Jurídica en Línea [CIJUL]. (s.f). Nulidad de acuerdos de aumento de capital social. <https://cijulenlinea.ucr.ac.cr/users/inicio>.

Normativa.

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Código de Comercio, N° 3284 del 30/04/1964.

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Código Civil, N.º 63 del 28/09/1887.

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Código Procesal Civil, N.º 9342 del 03 de febrero de 2016.

Jurisprudencia.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución número 001011-F-2005 de las quince horas cincuenta y cinco minutos del veintiuno de diciembre del dos mil cinco.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución número 328-F-2003 emitido a las catorce horas cuarenta y cinco minutos del once de junio del año dos mil tres.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justi-

cia. Sentencia número 682-F-2006 de las diez horas cuarenta y cinco minutos del veinte setiembre de dos mil seis.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia número 936-F-2005 de las diez horas del dos de diciembre de dos mil cinco.

Tribunal Segundo Civil, Sección Primera. Sentencia número 368- 2002 emitida a las nueve horas diez minutos del veintisiete de setiembre del dos mil dos.

Tribunal Segundo Civil, Sección Primera. Sentencia número 317- 2005 emitida a las diez horas diez minutos del treinta de agosto de dos mil cinco.

Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda. Resolución número 102- 2001 de las nueve horas del trece de marzo del dos mil uno.

EL METAVERSO. *THE METAVERSE.*

YURI LÓPEZ CASAL

- Licenciado en Derecho de la Universidad Escuela Libre de Derecho.
- Egresado del programa de Doctorado en Derecho de la Universidad Escuela Libre de Derecho, área Derecho Procesal Civil y Derecho Comercial.
- Máster en Derecho Civil, Universidad de Heidelberg, República Federal de Alemania.
 - Autor de libros y ensayos jurídicos.
 - Juez del Tribunal de Apelaciones Civil y Laboral de Heredia.
- Magistrado suplente de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

4



EL METAVERSO.

THE METAVERSE.

Resumen:

Este ensayo consiste en una aproximación al concepto del metaverso, su origen, sus características y sus retos. Su propósito esencial es, pues, ofrecer una descripción básica del metaverso. Se utilizó una metodología descriptiva y el principal resultado del trabajo es que el metaverso se convertirá en un mundo paralelo virtual, en el cual se podrán realizar muchas de las actividades que se hacen actualmente.

Summary:

This paper offers an approach to the concept of the metaverse, its origin, characteristics and challenges. The main purpose is then to present a basic description of the metaverse. For the development of this paper it was used a descriptive method. The most important conclusion is that the metaverse will become a parallel virtual new world, where many of the current human activities will be able to do.

Palabras clave.

Metaverso, tokens no fungibles, privacidad, criptomonedas, seguridad.

Key words.

Metaverse, non-fungible tokens, privacy, cryptocurrencies, security.

Contenido.

I. ¿Qué es el metaverso? II. Características y tipos de metaverso. a. Son persistentes. b. Permiten el acceso mediante dispositivos de la realidad virtual. c. Cada usuario tiene asociado un avatar. III. Acceso al metaverso. IV. Los tokens del metaverso. V. El metaverso

como entorno abierto y colaborativo. VI. Beneficios que producirá el desarrollo del metaverso. a. Potenciación del uso de las criptomonedas. b. Incremento del desarrollo de la inteligencia artificial. c. Creación de nuevos puestos de trabajo. VII. Retos jurídicos que supone el metaverso. a. Propiedad del metaverso. b. Fijación del precio de la suscripción para el uso del metaverso y del hardware que se necesita para ingresar e interactuar en él. c. Adaptación de las normas del Derecho de la competencia. d. Las dificultades que entraña un metaverso open source en manos de los usuarios. e. La regulación de la propiedad intelectual en el metaverso. f. Seguridad del metaverso. g. Infracciones y falsificaciones de productos de marca en el metaverso. h. Protección de la privacidad de los datos personales de los usuarios del metaverso. i. Problemas de ciberseguridad. Conclusiones. Bibliografía.

Introducción.

Durante siglos, el Derecho Romano le ha dado, a la civilización occidental, la columna vertebral de las instituciones jurídicas que han regulado gran parte de la vida en sociedad, sobre todo en lo que atañe a las relaciones jurídicas gobernadas por el Derecho Privado. Sin embargo, el vertiginoso e imparable avance tecnológico del mundo contemporáneo ha comenzado a causar ciertas fisuras normativas, con respecto a las cuales ese acervo jurídico comienza a lucir vetusto e insuficiente. Dentro de las novedades tecnológicas que reclaman nuevas soluciones jurídicas, se encuentra el metaverso, el cual pretende convertirse en un entorno virtual, paralelo al mundo físico y en el cual los seres humanos podrán llevar a cabo muchas de las actividades que hoy solamente es posible efectuar en el mundo físico. En este trabajo se pretende exponer una guía básica del

metaverso, la cual comprende su origen, sus características y desafíos que plantea. Para ello, se utilizó una metodología completamente descriptiva y la principal conclusión que ofrece el trabajo es que el metaverso se convertirá en un mundo virtual paralelo al mundo físico, con grandes posibilidades para realizar nuevas cosas, pero también con enormes retos para la privacidad, la seguridad, la ética y el Derecho.

El Metaverso.

I. ¿Qué es el metaverso?.

En su concepción más gráfica y sencilla de explicar, el metaverso puede definirse como “un entorno virtual, en línea, en el que las personas pueden comunicarse, relacionarse, jugar y trabajar de una manera más “real”, sensorial e inmersiva que con respecto al “actual” internet. El metaverso es internet, es la evolución natural de Internet. Es el siguiente nivel de Internet, pero más intensivo, integrado e inmersivo, siendo su máximo exponente convertirse en un espacio tridimensional en el que interactuar, incluso a través de la representación digital de nosotros mismos, los avatares”¹.

De acuerdo con los autores españoles, Ángel Carrasco Perera y Carlos Álvarez López, “un metaverso es en esencia un mundo virtual 3D, una infraestructura canalizada a través de una red inteligente que mediante un sistema de inteligencia artificial (IA) recapta y genera datos a tiempo real de cada usuario conectado (...) Desde el punto de vista jurídico, un metaverso es una infraestructura de red que cursa respecto de sus contenidos como una plataforma, con una estructura dominical centralizada y una relación usuario-proveedor”².

La anterior concepción del metaverso suele

ligarse, por una parte, con la novela de ciencia ficción llamada “Snow crash” del autor Neal Stephenson, en la cual imaginó un ciberespacio, al cual denominó el “metaverso”, en el cual sus usuarios interactuaban a través de avatares (es decir, a través de representaciones digitales de sí mismos). Por otro lado, también se vincula con la novela y película llamada “Ready player one”, la cual muestra un metaverso llamado “Oasis”, en el cual también interactúan los avatares de los participantes y llevaban a cabo diversas actividades, tales como juegos, compras de bienes y otros.

No puede dejarse de lado que la finalidad que se persigue alcanzar con el metaverso, es decir, la creación de un entorno virtual, en línea, para interactuar y llevar a cabo múltiples actividades, fue popularizada y divulgada por el presidente de Facebook, el señor Marck Zuckerberg, quien anunció al mundo, el día veintinueve de octubre de dos mil veintiuno, que iba a cambiar el nombre de su negocio de “Facebook” a “Meta” y que, a partir de ese momento, todos sus esfuerzos, dinero, organización y recursos se iban a enfocar en la construcción del metaverso. De este modo, el señor Zuckerberg manifestó, en esa oportunidad, que entre las múltiples cosas que iban a estar disponibles en el metaverso, figuraban salas de reuniones y conferencias, conciertos, visitas a museos completamente virtuales, promoción de programas educativos, compras de artículos, etc. ..., de tal manera que los usuarios podrían acudir y participar a través de sus avatares.

De acuerdo con el autor español, Javier Antonio Nisa Ávila, “El metaverso es una realidad alternativa a la realidad natural que pretende ofrecer a un usuario/ciudadano la posibilidad de sustituir bajo demanda o por diferentes circunstancias la realidad natural por otra distinta. **El metaverso puede ofrecer educación, investigación, trabajo, ocio, arte, religión, deporte, ciencia, economía, etc.** Las posibilidades son las mismas que en la realidad natural, pero en otro entorno. La protec-

1 Touriño, A. (2022). Derecho de las nuevas tecnologías 2022-2023. Madrid, Ediciones Francis y Taylor.

2 Carrasco Perera, A. y Álvarez López, C. ¿Qué es un metaverso? En: <https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2022/02/Metaverso.pdf>

ción de los derechos de aquellos que usen el metaverso, no sólo debe ser equivalente a la de la realidad natural sino superior jurídicamente a ella. El uso de tecnologías hápticas y virtuales aplicadas a la posibilidad de generar una alternativa completa a la realidad natural en otro entorno ajeno al del Estado, supone la creación de sociedades-estado virtuales bajo un ámbito privado basadas en un sistema económico criptográfico. El Metaverso permitirá todo aquello que la **imaginación** alcance. El Metaverso tendrá la capacidad de generar entornos inmersivos simulando la realidad natural, de forma que un usuario puede permanecer muchas horas conectado a ella, trabajando, estudiando, viajando, de ocio o cometiendo delitos contra otros usuarios. Por ello la creación de esas sociedades-estado virtuales, no sólo es un reto a abordar jurídicamente, sino una necesidad imperativa que debe impulsar un cambio de paradigma global en el derecho y una evolución de los diferentes conceptos del derecho natural. El derecho tiene que aprender a regular la tecnificación y ejecutar un puente legal entre ambas realidades; el Metaverso y Realidad Natural de forma que el Metaverso tenga una regulación propia inferida de la regulación de la Realidad Natural y toda proyección jurídica se encuentre recogida conceptualmente en ambas realidades”³ (Resaltado es del original).

II. Características y tipos de metaversos.

Actualmente no hay un único metaverso, sino que el estado actual de la tecnología y del mundo de los negocios muestra que ya existen varios metaversos.

Las tres características más sobresalientes de los metaversos son las siguientes⁴:

a. Son persistentes: Esto significa que funcionan continuamente con independencia de

que haya o no haya usuarios conectados y simulan las leyes de funcionamiento del mundo real;

b. Permiten el acceso mediante dispositivos de realidad virtual, los cuales ofrecen un mayor abanico de opciones de interacción entre los usuarios y;

c. Cada usuario tiene asociado un avatar, que puede entenderse como la representación gráfica de la identidad virtual de cada usuario.

Por otro lado, los metaversos se clasifican en:

1. Centralizados: en ellos una única empresa gestiona todos los aspectos del metaverso; es la propietaria de todos los datos generados por los usuarios y controla cualquier tipo de intercambio económico que se efectúe dentro de él. Este tipo engloba todas las plataformas de videojuegos que llevan operando desde hace años, tales como Roblox, Minecraft o Fortnite y;

2. Abiertos: se entienden por tales aquellos en los que, en lugar de haber una única empresa que controla centralizadamente todos los datos y operaciones, se descentralizan varias funciones mediante el uso de tecnología de cadena de bloques (blockchain). Podemos destacar en ellos estas características: a) Disponen de un sistema de identidad digital que identifica unívocamente a cada usuario (sin necesidad de revelar su identidad en el mundo real) mediante un monedero digital (wallet) y un inventario de propiedades digitales asociado a ese monedero digital mediante tokens (vales) no fungibles (NFT); b) Llevan aparejado un sistema de economía digital, generalmente soportado por su propio token o criptomoneda, que es utilizada para la compra y venta de bienes y servicios en el mundo virtual; c) La gobernanza del mundo virtual se rige a través de una organización autónoma descentralizada (DAO, conocida así por su sigla en inglés) mediante la cual los propios usuarios son los que de forma democrática actualizan las políticas

3 Nisa Ávila, J. (2021). El metaverso: conceptualización jurídica, retos legales y deficiencias normativas. En: <https://el-derecho.com/metaverso-conceptualizacion-juridica>.

4 Carrasco Perera, A. y Alvarez López, C. (2022). ¿Qué es un metaverso? En: <https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2022/02/Metaverso.pdf>

que determinan el comportamiento y reglas del metaverso. En la actualidad se están desarrollando distintos metaversos que están adoptando una filosofía más abierta, entre los que destaca el de Decentraland⁵.

III. Acceso al metaverso.

En la actualidad y dado que la construcción del metaverso o de los metaversos⁶ está apenas en un estado incipiente, se ha creado las llamadas gafas de realidad virtual o aumentada, como el instrumento que permite ingresar e interactuar en el metaverso.

Adicionalmente, se está desarrollando hardware complementario, como es el caso de los guantes hápticos, para lograr sentir las cosas en el metaverso.

Según el autor Javier Antonio Nisa Ávila, “Los sistemas hápticos serán necesarios para acceder al metaverso. Los sistemas hápticos del cuerpo humano se usan para poder generar las sensaciones de tacto, temperatura o posicionamiento del cuerpo. Para ello, se usa un complejo sistema nervioso que tiene nuestra especie denominado sistema somatosensorial. A través de los mecanismos somatosensoriales existentes en diferentes centros de recepción y procesos nerviosos del cuerpo, estos se asociarán a la tecnología háptica y sin necesidad de nada más allá que la simple existencia de dicho sistema tecnológico háptico, se generarán todas las sensaciones que actualmente se pueden sentir en la realidad natural, pero en el metaverso; desde el placer, hasta el dolor extremo. El hecho de la existencia de este sistema somatosensorial permite que se reconozcan por el cerebro estímulos como el tacto, la temperatura, la propiocepción, que es la posición del cuerpo y la nocicepción, a través de nociceptores que informan del estímulo nervioso que el cerebro asocia al dolor. Todo ello resulta posible gracias a estímulos hápti-

cos usando diferentes receptores existentes en nuestro cuerpo: los termorreceptores, los mecanorreceptores y los quimiorreceptores. Teniendo en cuenta todo lo anterior, podemos vislumbrar la problemática que se avecina con la tecnología háptica sobre todo si a ello le añadimos lo relacionado a cuestiones de kinésica y proxémica. Como consecuencia, ello brinda la posibilidad de sentir dolor o miedo reflejado a través de los diferentes receptores en base a una programación que permita a los diferentes tipos de usuarios mediante háptica agredir de forma dolosa o involuntaria a otros usuarios. Todo ello nos va a brindar una serie de actos que podemos enmarcar dentro de diferentes tipologías penales o civiles entre otras. La posibilidad que mediante la tecnología háptica podamos ser capaces de tener sensaciones físicas vinculadas a nuestros sentidos primarios y por extensión generar sufrimiento o angustia e incluso provocar la muerte a otros usuarios/ciudadanos por diferentes circunstancias y casuísticas nos muestra un panorama donde todos los campos del derecho tienen un reto jurídico”⁷.

También la inteligencia artificial aplicada al metaverso permitirá mejorar la experiencia del usuario. Por ejemplo, la inteligencia artificial puede generar imágenes de personas reales, de tal forma que los avatares puedan reproducir el movimiento, los gestos y las expresiones concretas de los usuarios que interactúan en el metaverso.

Más allá de ese hardware, es preciso indicar que para participar en un metaverso será necesario que el usuario cree un “wallet” o billetera electrónica, la cual habrá que llenarla con dinero virtual, que le permitirá al usuario adquirir la criptomoneda del metaverso. Así ocurre, por ejemplo, con dos de los metaversos más conocidos: mana (moneda del metaverso llamado Decentraland) y sand (mo-

5 Ibidem., página 2.

6 Existen firmas de renombre y prestigio mundial que han ido creando sus propios metaversos. Algunas de esas firmas son: Louis Vuitton y Nike.

7 Nisa Ávila, J. (2022). El metaverso y los sistemas hápticos: Regulación legal de tecnologías de recopilación compleja de datos. En: <https://elderecho.com/el-metaverso-y-los-sistemas-hapticos-regulacion-legal-de-tecnologias-de-recopilacion-compleja-de-datos>

neda del metaverso llamado The Sandbox).

Luego, una vez que el usuario cuenta en su billetera electrónica con la moneda del metaverso, está en capacidad de adquirir tokens disponibles en dicho entorno virtual. Usualmente, la creación del avatar, con el cual el usuario actuará en el metaverso, es gratuita. En el metaverso van a ofrecerse tokens no fungibles, que representan bienes inmateriales (un terreno, un cuadro, ropa, etc...) o servicios (una entrada a un concierto de música virtual, a un bar, etc...), tokens que, en todo caso, van a estar delimitados por el contenido del smart contract dentro de un abanico de posibilidades en constante evolución⁸.

IV. Los tokens del metaverso.

En términos generales, los tokens pueden definirse como representaciones digitales de valor o de derechos que pueden transferirse y almacenarse electrónicamente mediante la tecnología de registro descentralizado u otra tecnología similar. Esta definición es la que se encuentra, actualmente, en el artículo 3 de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a los mercados de criptoactivos (MiCA) de 19 de noviembre de 2021⁹.

De acuerdo con la catedrática española, Reyes Palá Laguna, "(...) en un metaverso, con carácter general, nos podemos encontrar cuatro tipos de tokens: los tokens no fungibles (non fungible tokens, NFT), los tokens de servicio (utility tokens), los tokens referenciados a activos (asset-referenced tokens) y

los tokens de moneda del metaverso, distintos hoy por hoy de las criptomonedas clásicas como bitcoin o ether. También podrían aparecer los tokens de dinero electrónico (e-money tokens) y los tokens valores inmobiliarios (security tokens) (...) También existen los tokens de gobernanza (governance tokens), que permiten a su titular el ejercicio de derechos políticos en la organización autónoma descentralizada (DAO) del metaverso, organización carente de personalidad jurídica. De estos tokens de gobernanza derivan derechos políticos que permiten a su titular, miembro de dicha organización, decidir ---limitado por el contenido del Smart contract del que traen causa--- sobre cuestiones relativas al funcionamiento y desarrollo del metaverso"¹⁰.

Los tokens no fungibles (NFT) son uno de los tokens más importantes que se usan en el metaverso. Consisten en una representación digital única de un determinado elemento digital, el cual se almacena mediante la tecnología de la cadena de bloques y que puede ser objeto de transferencia y, por ende, de comercialización¹¹. Se trata de un tipo de tokens que pueden ser generados y comercializados al margen del metaverso (por ejemplo, en mercados o plataformas de contratación electrónica -marketplaces- como OpenSea), pero también dentro de éste. De hecho, dos de los mayores metaversos que existen en la actualidad, a saber, Decentraland y The Sandbox, permiten el intercambio de estos tokens.

Según lo explica el catedrático español, Ángel García Vidal, "En realidad un token no fungible no es más que un código informático (una sucesión de letras y números) que se crea conforme a un estándar técnico y

8 Palá Laguna, R. (2022) Los tokens del metaverso. En: https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2022/02/Tokens_del_metaverso.pdf

9 Palá Laguna, R. op. cit., página 3. Es necesario y muy importante indicar que el Parlamento europeo aprobó, el día 20 de abril de 2023, el texto final de la Ley de Mercados de Criptoactivos (conocido como MiCA, por sus siglas en inglés, "Markets in Crypto Assets") y su publicación está prevista para el mes de junio de 2023. Dicha Ley de Mercados de Criptoactivos excluyó de su regulación a los tokens no fungibles. Al respecto ver De Biase, P. (2023). ¿Qué cambios trae la nueva regulación europea sobre criptoactivos? En: https://cincodias.elpais.com/cincodias/2023/05/12/legal/1683886630_767409.html

10 Palá Laguna, R.. op. cit., página 2.

11 García Vidal, A.. Metaverso, tokens no fungibles y propiedad intelectual. En: https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2022/03/Metaverso_tokens_no_fungibles.pdf. Según el autor español, Manuel Richard González, los tokens no fungibles tienen tres características principales: no se pueden dividir, se pueden transferir y son únicos. Al respecto ver Munné Catarina, F. y de Miranda Vázquez, C. (2022). Estrategias procesales en materia probatoria. La prueba en acción (II). Barcelona, Librería Bosch S. L.

se almacena en una cadena de bloques o blockchain. (...) en la actualidad, la mayoría de los tokens no fungibles se elaboran conforme al estándar técnico ERC-721 (Ethereum Request for Comments 721), elaborado por Ethereum. Según dicho estándar técnico, un token no fungible consta al menos de dos elementos que lo hacen único: de un número de identificación (el ID token) y de una dirección del contrato (contract address), que permite consultarlo en el registro de la cadena de bloques. El proceso de creación de un token no fungible (o de acuñación, que es el término usado habitualmente), es relativamente sencillo e intuitivo, gracias a distintas aplicaciones específicamente diseñadas para ello. En esencia, se precisa de un archivo digital al que se le va a asociar dicho token. Ese archivo digital puede contener un texto, una imagen, un video, un dibujo. Todo lo que se pueda digitalizar puede ser usado para acuñar un token no fungible. Pero éste no es el propio archivo digital que sirve de base para su generación. El token no fungible es, simplemente, una serie de datos o metadatos sobre dicho archivo¹².

V. El metaverso como entorno abierto y colaborativo.

Si, como ya se indicó ut supra, el metaverso es el siguiente nivel de internet, entonces debe tenerse claro que aquél también tiene la pretensión de ser un entorno abierto, accesible a todos los habitantes del mundo, en condiciones de igualdad, "con el fin de que la tecnología y el mercado que trae consigo logre extenderse más fácilmente y así beneficiar a la sociedad en su conjunto. La idea inicial es evitar una de las mayores preocupaciones que suscita el metaverso: que sea un entorno controlado por un número reducido de organizaciones"¹³.

Para verdaderamente alcanzar la finalidad de que el metaverso sea un entorno abierto, es necesario que los formatos, los compo-

nentes, protocolos y medios de acceso sean accesibles a los operadores, independientemente del fabricante o vendedor. Del mismo modo, también se requiere que los diferentes metaversos, que están siendo creados y desarrollados por firmas comerciales, sean compatibles entre sí, es decir, debe incentivarse la idea de la interoperabilidad de los distintos desarrollos, componentes y productos de los diferentes metaversos¹⁴.

De acuerdo con la doctrina del Derecho digital o Derecho de las modernas tecnologías, "Esta idea de estándares abiertos y, por tanto, la de interoperabilidad de elementos, puede darse en los componentes informáticos más básicos, como en los medios a través de los que el metaverso interactuará con los usuarios. A mero título de ejemplo:

a) Estándares de lenguaje de programación abiertos (HTML, JavaScript, WebGL Shader Language), a través de los cuales cualquiera pueda participar en el desarrollo de las diferentes partes y elementos del metaverso y;

b) Estándares abiertos para contenidos, de tal forma que éstos sean interoperables entre sí y también con los distintos metaversos que pudieran existir. Nos referimos, en este punto, a textos, audios, videos, elementos 3D, así como a los procedimientos para generar y combinar cualquiera de ellos"¹⁵.

VI. Beneficios que producirá el desarrollo del metaverso.

Algunos de los beneficios que traerá consigo el paulatino desarrollo del metaverso son los siguientes¹⁶:

a. Potenciación del uso de las criptomonedas: Las criptomonedas se convertirán en las monedas de uso normal y corriente en el metaverso. Eso se debe a que ellas, además de tener un determinado valor en el mundo físico, también permiten reunir a los usuarios

12 García Vidal, A. op. cit., página 5.

13 Touriño, A. (Director). op.cit., página 160, número al margen 1525.

14 Ball, M. (2022). El metaverso. México, Editorial Paidós

15 Ibídem., página 161, número al margen 1527.

16 Ibídem., página 163, números al margen 1575 y 1576.

en torno a un metaverso compartido y que sean ellos quienes las mantengan y las usen para comprar bienes o pagar por servicios.

Se avizora que el uso de criptomonedas en el metaverso acorte el tiempo para llevar a cabo transferencias bancarias, por ejemplo.

b. Incremento del desarrollo de la Inteligencia Artificial: La Inteligencia Artificial puede ser capaz de ayudar y potenciar la creación del propio metaverso, desde varios puntos de vista, entre los cuales pueden mencionarse los siguientes:

1. Es capaz de mejorar automáticamente el propio software creado para materializar el metaverso, así como los procesos que se utilizan para tal efecto;

2. Puede generar contratos inteligentes (Smart contracts), seguros y fáciles de usar por los usuarios para las transacciones que lleven a cabo dentro del mundo virtual;

3. Puede crear mundos virtuales completos en tiempo real, a medida que los usuarios exploran el propio metaverso e incluso crear activos, tales como obras de arte, materiales multimedia, los cuales dotan de contenido al mundo virtual y;

4. Finalmente, además de detectar movimientos y gestos de personas reales para mejorar la experiencia de usuario a la hora de interactuar en el metaverso (hasta incluso el punto de reproducir virtualmente nuestra propia imagen para dotar de personalización a los avatares), también podrá participar directamente en el metaverso a través de "seres inteligentes de Inteligencia Artificial", que circulen por el mundo digital e interactúen con los usuarios como si se tratara de una persona real.

c. Creación de nuevos puestos de trabajo: El desarrollo del hardware y del software que se requiere para crear y poner a funcionar un metaverso conlleva la creación de múltiples puestos de trabajo, muchos de ellos de alta

cualificación técnica, entre los que se puede mencionar a los programadores, los creadores digitales, expertos en marketing, comunicación y ventas en el mundo virtual.

VII. Retos jurídicos que supone el metaverso.

La creación y puesta en funcionamiento del metaverso plantea muchos interrogantes de gran calado, las cuales tendrán que ser definidas y reguladas mediante la promulgación de normativa internacional, la cual, actualmente, no existe.

Algunos de los retos más importantes y evidentes que supone el metaverso son los siguientes:

a. Propiedad del metaverso: Crear e implementar un metaverso para que los usuarios puedan llevar a cabo muchas de las diversas actividades que hacen en el mundo físico o real no es, ciertamente, nada barato.

Por ejemplo, la empresa del señor Marck Zuckerberg, llamada "Meta", anunció su intención de contratar alrededor de diez mil personas, en la Unión Europea, para desarrollar sus proyectos en el metaverso.

Dados los altos costos que supone la contratación de profesionales altamente cualificados para el desarrollo de programas informáticos necesarios para el pleno funcionamiento del metaverso, del hardware y del software, es previsible que las empresas tecnológicas interesadas en la creación del metaverso o de metaversos deseen convertirse en propietarias de esos universos digitales, para recuperar toda la ingente inversión económica que emplearon en esos ambientes virtuales.

Otro problema que plantea la propiedad del metaverso o de los metaversos es que si ésta recayera en una sola compañía o en un número reducido de empresas, ello no favorecería la libre competencia, sino que dificultaría que pequeños desarrolladores u organizaciones formaran parte del metaver-

so y podrían surgir prácticas anticompetitivas en el mercado.

b. Fijación del precio de la suscripción para el uso del metaverso y del hardware que se necesita para ingresar e interactuar en él: También surge la interrogante sobre si, de alguna manera, debería o no debería haber algún tipo de intervención del Estado en la fijación de los precios de la suscripción para el uso del metaverso y del hardware que se necesita para ingresar e interactuar en él, aspectos que, sin lugar a dudas, serán dos de las fuentes de recuperación de la inversión que utilizarán las empresas tecnológicas para sufragar los gastos que implica crear y poner en funcionamiento un metaverso.

c. Sería necesario adaptar las actuales normas del Derecho de la competencia, al fenómeno jurídico del metaverso, con el fin de evitar situaciones de monopolio o abuso de posición dominante.

d. Las dificultades que entraña un metaverso open source en manos de los usuarios: De acuerdo con la más reciente doctrina del Derecho digital o Derecho de las nuevas tecnologías, “El concepto de open source (código abierto) tiene su fundamento principal en que los usuarios pueden acceder al código fuente del software de que se trate, siendo que, en la mayoría de las ocasiones, están facultados para seguir desarrollándolo, modificándolo o compartiéndolo. Así, se consigue que el software adquiera nuevas funcionalidades y mejoras, con el objetivo de que evolucione de una forma más ágil, a través de la colaboración. De esta forma y si bien las normas de uso de los software open source dependerán de sus concretos términos y condiciones, la idea inicial, como filosofía, es que cualquiera pueda intervenir en el desarrollo del código y seguir publicándolo (mejorado) para el bien de la comunidad. Con esto, y aun parcialmente, se destruiría el propio concepto de “propiedad”, en el sentido de prohibir a terceros su uso y modificación, pues existen multitud de sujetos desarrolladores que pueden participar del software.

Aunque esta no es una cuestión tan sencilla, si esta es la filosofía de la que se pretende dotar al metaverso, la regulación sobre su propiedad y formas de explotación deviene claramente complicada. ¿Cómo se regulará? ¿Cada desarrollador tendría libre poder de disposición sobre sus parcelas? ¿Qué términos y condiciones impondría el desarrollador inicial del metaverso concreto? ¿Se irían perdiendo los derechos originarios según fueran desarrollándose mejoras? ¿Qué ocurriría con la inversión inicial realizada para crear el metaverso originario?¹⁷.

e. La regulación de la propiedad intelectual en el metaverso: Ya ha sido expuesto que la creación y el funcionamiento del metaverso requieren grandes inversiones económicas, por parte de las empresas tecnológicas que tienen los recursos para ello.

De manera coetánea, para que los usuarios puedan llevar a cabo muchas de las actividades recreativas, educativas y laborales que ejecutan en el mundo real, se requiere dotar al metaverso de diseños gráficos, imágenes, composiciones musicales, elementos artísticos, moda, etc..., lo cual implica, pues, el reconocimiento y pago de los derechos de propiedad intelectual que les corresponden a los autores de esas creaciones.

La problemática adicional en cuestión de metaverso estaría, en primer lugar, en que, partiendo de la gran cantidad de recursos que son necesarios para crearlo, lo más probable es que detrás de todos ellos existan empresas privadas con capital suficiente como para desarrollar y mantener tal estructura. Esto daría lugar a que serían esas grandes empresas las titulares de derechos sobre todos esos materiales expresamente creados para el metaverso ante el que nos encontremos y, por lo tanto, quienes estarían facultados para explotarlos y condicionar su uso según sus intereses. Así las cosas, y si entendemos a estas entidades como los desarrolladores originarios de un metaverso inicial,

¹⁷ *Ibidem.*, página 165, números al margen 1605 y 1606.

serían ellas quienes, en primer término, establecerían los términos y condiciones de uso que aplicarían para su plataforma y decidirían también si su metaverso sería open source o no y, en su caso, bajo qué obligaciones y con cuáles requisitos se podrá modificar, integrar y compartir¹⁸.

Por otro lado, los tokens no fungibles también suscitan ya interesantes interrogantes desde la perspectiva del Derecho de la propiedad intelectual. Según el catedrático español, Ángel García Vidal, algunas de ellas son las siguientes¹⁹:

1. Nadie puede alegar la propiedad intelectual de un token no fungible, porque su creación es el resultado de un proceso automatizado, en el cual falta el proceso creador propio de un ser humano.

2. Es posible acuñar un token no fungible sobre la base de cualquier archivo digital. En consecuencia, es perfectamente posible que se genere un token no fungible para representar una obra o prestación sobre la que existen derechos de propiedad intelectual. En estos casos, el token será la representación digital de un archivo en el que conste una obra o prestación objeto de propiedad intelectual.

3. Cuando se acuña un token no fungible vinculado a una obra o prestación protegida sin la autorización del titular de los derechos, puede existir infracción de la propiedad intelectual como consecuencia de los actos previos a la consecución de un archivo digital sobre el que crear dicho token. Eso sucederá, por ejemplo, si se escanea una obra física vulnerando el derecho de reproducción de su autor o si se obtiene una copia digital ilícita de una obra o prestación.

4. También puede existir infracción de la propiedad intelectual si se modifica la obra di-

gital ajena para dar lugar a creaciones muy similares sobre las que después se acuñarán los tokens no fungibles. Asimismo, también se pueden generar problemas en caso de que se tenga una copia digital lícita de la obra o prestación, no tanto por la simple generación del token no fungible —porque, en principio, eso no implica la reproducción del bien protegido ni tampoco ningún tipo de transformación, pues sólo se estaría generando un código informático vinculado a él—, sino porque para obtener los metadatos es preciso subir el archivo digital a una determinada plataforma de tokens no fungibles, y en ese momento se produciría un acto no consentido de reproducción.

5. De igual modo, también puede llegar a tener lugar un acto de comunicación pública de la obra o de la prestación protegida y, en consecuencia, un acto lesivo de la propiedad intelectual ajena, si el token no fungible incorpora un enlace a dicha obra o prestación. Como ya se ha dicho, este tipo de tokens tienen una serie de elementos necesarios según el estándar ERC-721. Pero además se les pueden incorporar otros elementos opcionales, entre ellos, un enlace al archivo digital concreto vinculado al token no fungible. En consecuencia, puede suceder que la ulterior comunicación a terceros de dicho token, en el que se inserta el enlace a la obra protegida, sea considerada un acto de comunicación pública que viole la propiedad intelectual de la obra a la que remite. Ciertamente, se trata de un supuesto novedoso sobre el que todavía no existe jurisprudencia, pero cabe pensar en la aplicación de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre los enlaces en internet —establecida sobre todo en sus sentencias de 13 de febrero del 2014, Svensson, C-466/12, y de 8 de septiembre del 2016, GS Media BV, C-160/15—, de modo que se deba atender a si el archivo con el que se enlaza se encuentra en la web con el consentimiento del titular de los derechos de propiedad intelectual o no. En el primer caso, se podrá considerar que existe infracción si el enlace da acceso a la obra a un público nuevo que no tuviera

18 Ibídem., página 166, número al margen 1613.

19 García Vidal, A. (2022). Metaverso, tokens no fungibles y propiedad intelectual. En: https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2022/03/Metaverso_tokens_no_fungibles.pdf

acceso a ella por otros cauces. En cambio, cuando la obra conste en el sitio de internet al que se enlaza sin el consentimiento del titular de la propiedad intelectual, habrá que atender a la existencia o no de ánimo de lucro por parte de quien facilita el enlace, pues, en caso de que exista (y en el mundo de los tokens no fungibles todo hace pensar que así será), se presume que existe un acto de comunicación al público.

6. El caso de las réplicas de tokens no fungibles: Aunque los tokens no fungibles son únicos, es posible crear uno nuevo sobre un mismo elemento, lo que dará lugar a que haya varios tokens no fungibles vinculados a un mismo archivo digital. De hecho, en ocasiones el autor de una obra decide acuñar varios tokens no fungibles sobre la misma obra. Y en ocasiones son terceros no autorizados quienes, existiendo un único token creado por el titular de la propiedad intelectual, acuñan otros nuevos. Se habla en estos casos de copias de tokens no fungibles, y existen aplicaciones, como NFT Replicas, específicamente dirigidas a generarlas. En todo caso, es importante tener en cuenta que, en realidad, estas copias son tokens distintos (con diferentes ID token y contract address). De conformidad con lo que ya se ha explicado, si el token no fungible que se copia se basa en una obra o prestación sobre la que existen derechos de propiedad intelectual, en la medida en que la copia vaya acompañada de actos de reproducción, comunicación pública o transformación de dicha obra, podrá eventualmente existir infracción de la propiedad intelectual sobre tal obra o prestación. De hecho, algunas de estas aplicaciones se presentan como una forma de obtener lo equivalente a una copia exacta de tu obra de arte favorita y permiten la obtención de una copia del archivo. Pero la infracción vendrá determinada por esos actos adicionales y no por el hecho de que se haya generado un nuevo token no fungible sobre dicha copia del archivo.

7. ¿La transmisión de un token no fungible implica la cesión de los derechos de propie-

dad intelectual sobre la obra empleada al acuñarlo? Una vez acuñados, los tokens no fungibles pueden ser objeto de transmisión, tanto en el metaverso como fuera de él, ya sea en plataformas de contratación electrónica como OpenSea, ya en el mundo físico, por ejemplo, en casas de subastas. De hecho, recientemente, la conocida casa de subastas Christie's se ha sumado a la venta de este tipo de bienes digitales (destacando, por ejemplo, la subasta de una obra digital con un token no fungible vinculado del artista Beeple por 69 millones de dólares, o la subasta de una colección de nueve tokens no fungibles de CryptoPunks por 16,9 millones de dólares). La transmisión de los tokens no fungibles es una realidad cada vez más pujante, hasta el punto de que se han alzado voces denunciando la existencia de una burbuja que no tardará en estallar. En todo caso, y con independencia de este tipo de pronósticos, basta con ojear la prensa para encontrar ejemplos de transacciones millonarias. Y, siendo esto así, fácilmente se comprende que, cuando una persona adquiere un token no fungible vinculado a una obra o prestación objeto de propiedad intelectual, pueda creer que está adquiriendo los derechos de explotación de dicha obra o prestación. En un primer análisis podría creerse que quien adquiere un token no fungible, pagando en ocasiones una suma astronómica, será después libre para usar y explotar a su antojo la obra o prestación protegida por propiedad intelectual a la que aquél se vincula, por ejemplo, exponiendo una imagen digital de la obra en la pared del establecimiento comercial que gestiona en el metaverso. Pero esto no es así, o al menos no necesariamente. En efecto, la transmisión de un token no fungible comporta un cambio en su titularidad que quedará reflejado en el registro de la cadena de bloques, y esa transmisión puede estar gobernada por un contrato inteligente en virtud del cual, cada vez que se produzca una transmisión del token, una parte del precio se destinará automáticamente al creador de dicho token. Pero la transmisión del token no fungible no implica la cesión de los derechos patrimoniales de explotación de la

obra o prestación usada para acuñarlo y a la que está vinculada. Y esto es así incluso aunque el que haya acuñado el token haya sido el propio titular de los derechos. Dicho token, como queda dicho, consiste simplemente en una serie de metadatos vinculados a un archivo digital. Por eso su transmisión sólo implica la transmisión de la propiedad de esos metadatos. Por lo tanto, la eventual cesión de los derechos de propiedad intelectual y, en general, la determinación de lo que el titular del token podrá o no podrá hacer con la obra o prestación vinculada son cuestiones que deben estar reguladas, en caso de que las partes deseen concertarlo, en un contrato o licencia paralelo a la venta del token no fungible. Cabe citar, como ejemplo, el acuerdo que se acompaña a la adquisición de los acuñados por la NBA vinculados a determinadas jugadas (NBA Top Shots), acuerdo en el que expresamente se establece la concesión de una licencia para el uso de los elementos vinculados al token, licencia que expresamente se califica de no transferible, además de estar sujeta a otras restricciones. No obstante, la existencia de un contrato paralelo en el que se regulan los derechos del titular del token no fungible en relación con la obra o prestación vinculada tampoco resuelve todos los problemas, porque en el token no fungible no se recoge el contenido de esos eventuales contratos. En consecuencia, aunque el titular de la propiedad intelectual establezca las restricciones y ámbito de la cesión en el contrato que celebra con el primer adquirente del token, no queda garantizado que los ulteriores adquirentes vayan a tener conocimiento de ello. Es cierto que se puede imponer la obligación contractual al primer adquirente de comunicar dichos extremos a los posteriores compradores del token no fungible, pero es muy factible que se incumpla esta obligación. Precisamente para intentar mitigar estos inconvenientes cabe la posibilidad (puesta en práctica, por ejemplo, por Safe Creative) de incorporar en el token no fungible un enlace a un sitio web almacenado en un sistema descentralizado e inalterable como el InterPlanetary File System —IPFS—, en el que

consta la autoría del elemento al que se refiere dicho token, así como los derechos de que dispone el titular de un token no fungible sobre dicha obra o prestación.

f. Seguridad del metaverso: La creación de múltiples metaversos y la posibilidad de que aumente, paulatinamente, el número de usuarios que quieran interactuar en ellos, hace que surja la pregunta sobre quién o quiénes serían los que se encargarían de mantener esos entornos virtuales seguros. ¿Serían los desarrolladores originales de los metaversos? o ¿sería, quizás, una organización externa, que siguiera los pasos de la ICANN?²⁰.

La profesora española Elisa Torralba Mendiola explica con mayor amplitud este tema de la siguiente manera:

“2. ¿Quién regula los comportamientos en el metaverso? (...) La respuesta, hoy por hoy, no es global: desde una perspectiva jurídico-pública, en la medida en que el metaverso en que se producen esas conductas pueda tener algún vínculo con el territorio de un Estado —lo que ocurre, en general, si usuarios en ese Estado pueden adquirir sus tokens—, las autoridades de ese Estado podrían intervenir, limitando, por ejemplo, el acceso desde su territorio al metaverso o incluso estableciendo sanciones (a quién se deba sancionar es otro punto que también resulta dudoso, al menos en ciertos metaversos). Cuestión distinta es qué tipo de medidas adoptar, cuál sería su eficacia práctica desde un punto de vista técnico y qué posibilidades reales de ejecutarlas existirían fuera del Estado que las dicte. 3. Un ejemplo de responsabilidad no contractual: actos de denigración en el metaverso Además de las cuestiones de dimensión jurídico-pública —a las que se refiere el apartado anterior—, es posible que las actuaciones en el metaverso generen recla-

20 La ICANN (abreviatura en inglés de la Corporación de internet para la asignación de nombres y números) es una entidad que se dedica a que internet sea segura, estable e interoperativa, en cuanto al sistema de nombres aplicable (es decir, de nombres de dominio).

maciones de Derecho privado. Se han producido ya algunas relacionadas con los derechos de propiedad intelectual e industrial, pero no son éstas las únicas posibles. Piénsese, por ejemplo, en un caso en el que uno de los avatares realiza manifestaciones sobre las relaciones mercantiles de un tercero (avatar o no) que son aptas para menoscabar su crédito en el mercado y que no son exactas, verdaderas o pertinentes (en el sentido del artículo 9 de la Ley de Competencia Desleal española). Quien se considera dañado por dichas manifestaciones decide interponer una demanda en el mundo real y, al pretender hacerlo, se encuentra con algunas incógnitas tanto prácticas como jurídicas. Entre las primeras se sitúa una muy elemental: en algunos de los metaversos existentes no se exige la identificación del avatar con una persona del mundo real. Ése es, por ejemplo, el caso de Decentraland, en el que los adquirentes de tokens se asocian a un monedero electrónico (wallet), pero no a un individuo, y, aunque no resultaría técnicamente imposible seguir el rastro hasta llegar a él, sería una tarea costosa y que plantearía a su vez otras cuestiones jurídicas (protección de datos, por ejemplo). El primer problema es, pues, en algunos casos, la identificación del demandado (y todas las dificultades asociadas a ella: dónde demandar, cómo notificar, etc.). No es una condición del metaverso esa falta de identificación; de hecho, en otros de los existentes, la trazabilidad es más sencilla. Deberá ser el mercado el que decida qué grado de incertidumbre genera cada una de las modalidades y cómo valora esa incertidumbre, pero, sin duda, ésta no resulta positiva para aquellos metaversos que pretendan proporcionar algo más que entretenimiento. Junto a la anterior, puede surgir asimismo la cuestión de si es posible demandar «al propio metaverso» que permite esos comportamientos (de la misma forma que se plantea la posibilidad de presentar demandas frente a quien aloja ciertos datos). La pregunta es, entonces, «quién» está «detrás» del metaverso. En los modelos descentralizados, la demanda frente a quienes gestionan la plataforma que aloja el metaverso no plantea

dificultades distintas de las ya conocidas hasta el momento. La incertidumbre principal la plantean las organizaciones autónomas descentralizadas (DAO)”²¹.

g. Infracciones y falsificaciones de productos de marca en el metaverso: El desarrollo de los metaversos está provocando que las grandes empresas propietarias de marcas de lujo o de renombre coloquen sus productos en los metaversos e interactúen con los usuarios para celebrar, verbi gratia, compras virtuales.

Ya han comenzado a surgir varias interesantes modalidades de esos negocios virtuales: DTD (“Digital to Digital”), que se refiere a productos virtuales con marca que solamente se comercializan en el metaverso; DTP (“Digital to Physical”), la cual hace referencia a productos virtuales que se comprarán y enviarán físicamente al comprador, en su domicilio en el mundo físico; o bien, PTD (“Physical to Digital”), que se refiere a compras de productos físicos que traerá aparejada la correspondiente réplica digital. (Ad exemplum: alguien compra unos zapatos físicos y el vendedor le obsequia unos zapatos virtuales para el avatar).

Es posible que la celebración de negocios virtuales que tengan por objeto productos de marca traiga consigo la aparición de casos de infracciones y falsificaciones de marca, diseños y derechos de autor en el metaverso. Para evitar estas situaciones, empresas como Nike o la misma Meta han comenzado a registrar sus marcas en el metaverso para tener disponible la protección jurídica correspondiente.

Según el autor, Ángel García Vidal, “En la actualidad, se está asistiendo a un incremento considerable de solicitudes de registro de marca en diferentes jurisdicciones en relación con los bienes o servicios del metaverso. Las clases del nomenclátor internacional

21 Torralba Mendiola, E. (2022). El Metaverso: dónde está y quién es quién. En: https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2022/03/Quien_es_quien_Metaverso.pdf

a las que se acude son de muy distinto tipo, como la clase 35, para distinguir servicios minoristas de distribución de bienes virtuales; la clase 9 (bienes virtuales que pueden ser descargados), o la clase 41, para distinguir servicios de entretenimiento consistentes en proporcionar en línea accesorios para su uso en entornos virtuales. Recientemente, la Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO) ha publicado una nota orientativa sobre la clase del nomenclátor que se debe indicar en estos casos. En ella, tras destacar que los productos virtuales pertenecen a la clase 9 —porque se tratan como contenidos digitales o imágenes—, indica que «sin embargo, el término productos virtuales carece, por sí mismo, de claridad y precisión, por lo que debe especificarse con más detalle indicando el contenido al que se refieren los productos virtuales (por ejemplo, productos virtuales descargables, en concreto, prendas de vestir virtuales)» Asimismo, también se indica que la duodécima edición de la Clasificación de Niza incorporará el término archivos digitales descargables autenticados por tókenes no fungibles en la clase 9. Además, la oficina europea destaca que «los NFT se tratan como certificados digitales únicos registrados en una cadena de bloques que autentican elementos digitales, pero son distintos de dichos elementos digitales. Para la oficina, el término tókenes no fungibles, por sí solo, no es aceptable. Se deberá especificar el tipo de artículo digital autenticado mediante la tecnología NFT»²².

Ese mismo autor agrega, en cuanto al uso, en el metaverso, de marcas y diseños registrados²³, lo siguiente:

22 García Vidal, A. (2022). Directrices de la EUIPO sobre NFT. En: Derecho Digital No. 3, página 11, Gómez-Acebo & Pombo.

23 Recientemente la marca de lujo francesa, Hermés, ganó, en primera instancia, en los tribunales de Estados Unidos, una demanda frente a Mason Rothschild, por cuanto éste disponía, en el metaverso, de una colección de bolsos que representaban los bolsos Birkin de Hermés, en tokens no fungibles. Hermés consideraba que la colección de Rothschild había utilizado indebidamente la marca Birkin y podía confundir a los clientes, haciéndoles creer que Hermés apoyaba ese proyecto. La marca de lujo francesa recibió la suma de ciento diez mil dólares por infracción de marca registrada y dilución de marca y veintitrés mil dólares de da-

“Dejando al margen los supuestos ya analizados en que se adquiere un derecho de propiedad industrial gracias a la actividad desarrollada en el mundo virtual, el escenario más frecuente en la práctica será aquel en el que se registre un derecho en el mundo físico y, acto seguido, se use el bien protegido (la marca o el diseño) en el metaverso. Cuando esos actos de uso en el mundo virtual sean realizados por el titular del derecho, dicha utilización puede ser relevante para cumplir la carga de uso obligatorio que se establece en materia de marcas (siempre que sea un uso relevante que, además, pueda vincularse con el Estado o Estados en los que surta efectos). Y, cuando sea un tercero no autorizado el que emplee la marca o el diseño en el metaverso, puede producirse una infracción de la propiedad industrial, surgiendo al respecto varios interrogantes en torno a la forma en que los titulares de estos derechos pueden protegerlos frente a su uso por parte de terceros. 4.1. ¿Está protegida la marca frente a su uso en relación con bienes o servicios digitales? Un primer interrogante es si los titulares de un derecho de marca sobre bienes o servicios ofrecidos o prestados fuera del metaverso gozan de protección en relación con esos mismos bienes o servicios cuando se ofrecen en el metaverso. Piénsese, por ejemplo, en el titular de una marca de relojes: ¿se extiende su derecho hasta el punto de que su titular puede impedir el uso de dicha marca por un tercero para distinguir un reloj virtual que se comercializa como un token no fungible para uso de avatares del metaverso? O recuérdese la reciente demanda que ha presentado Hermés ante un tribunal de los Estados Unidos alegando la infracción de su marca Birkin registrada para bolsos por el uso del signo Metabirkin por parte de un tercero que había creado unos tokens no fungibles que representaban imágenes en las que se reproducían dichos bolsos. En la regulación europea y española el derecho de marca permite a su titular prohibir a cualquier tercero el uso, sin su consenti-

ños legales por ciberocupación. Al respecto ver <https://the-luxonomist.es/actualidad/hermes-gana-batalla-judicial-birkin-metaverso>.

miento, en el tráfico económico, de signos que encajen en alguna de las hipótesis de protección: a) doble identidad entre la marca y el signo del tercero y entre los productos o servicios para los que se haya registrado la marca y se use el signo del tercero; b) existencia de riesgo de confusión como consecuencia de que el signo del tercero sea idéntico o similar a la marca y se utilice en relación con productos o servicios idénticos o similares a los productos o servicios para los que esté registrada la marca; c) el supuesto en que la marca goce de renombre y el signo del tercero sea idéntico o similar a la marca, independientemente de si se utiliza para productos o servicios idénticos o similares a aquellos para los que esté registrada la marca, siempre que con el uso del signo realizado sin justa causa se pretenda obtener una ventaja desleal del carácter distintivo o del renombre de la marca o el uso sea perjudicial para dicho carácter distintivo o dicho renombre. Pues bien, cuando una marca registrada para productos o servicios físicos sea usada por un tercero en relación con bienes o servicios digitales en el metaverso, no cabrá afirmar la identidad de productos o servicios, lo que obligará al titular de la marca a invocar los supuestos de riesgo de confusión o, en su caso, de especial protección de la marca de renombre. Y esto puede generar discusiones sobre la efectiva similitud de productos o servicios o sobre la constatación o no de un riesgo de confusión entre el público. No es de extrañar por ello que en la actualidad se esté asistiendo a un incremento considerable de solicitudes de registro de marca en diferentes jurisdicciones en relación con los bienes o servicios del metaverso como forma de evitar este tipo de discusiones futuras y de asegurar que el derecho de marca se extiende al metaverso. Las clases del nomenclátor internacional a las que se acude son de muy distinto tipo, como la clase 35, para distinguir servicios minoristas de distribución de bienes virtuales (tal como ha hecho Walmart en una reciente solicitud de marca en los Estados Unidos); la clase 9 (bienes virtuales que pueden ser descargados), como es el caso de la marca JayZ, solicitada

también en los Estados Unidos para distinguir «bienes basados en tokens fungibles y no fungibles, tales como música, ropa, joyas, gafas, bolsos, juguetes, fragancias, equipamiento deportivo para uso on line y en mundo[s] virtuales on line»; o la clase 41, para distinguir servicios de entretenimiento consistentes en proporcionar en línea accesorios para su uso en entornos virtuales (como ha hecho Nike en una reciente solicitud de marca, también en los Estados Unidos). 4.2. ¿Está protegido el diseño frente a su uso en relación con bienes o servicios digitales? Las dudas sobre la extensión o no del derecho de exclusiva a los bienes digitales cuando la marca se ha registrado para bienes físicos son menos relevantes en materia de diseño. Ello es debido a que, en esta materia, ni la relación de los productos a los que se va a incorporar o aplicar el diseño indicada en la solicitud de registro ni la clasificación de estos productos conforme al Arreglo de Locarno ni la descripción explicativa del diseño pueden ser tenidas en cuenta para determinar el alcance de la protección del dibujo o modelo como tal. Y así se dispone expresamente en el artículo 36 del Reglamento (CE) núm. 6/2002, sobre dibujos y modelos. En consecuencia, el titular de un diseño registrado goza de un ius prohibendi en relación con el uso del diseño para cualquier otro tipo de producto. Es muy significativa la Sentencia del Tribunal de Apelación de Inglaterra y Gales (Sala de lo Civil) de 23 de abril del 2008, cuando afirma que el registro del diseño para un coche permite impedir el uso del diseño para un broche, un pastel o un juguete («if you register a design for a car you can stop use of the design for a brooch or a cake or a toy»). Y, siendo esto así, se facilita la tutela de los diseños frente a su aplicación a bienes digitales en el metaverso. 4.3. El uso en el tráfico económico y la vinculación territorial. Para que el uso por parte de un tercero de un signo en el metaverso lesione una marca ajena, es preciso, por expresa exigencia del Derecho europeo y español de marcas, que se trate de un uso en el tráfico económico. Se trata de un requisito que fácilmente se cumplirá, pues es difícil sostener que lo que ocurre en el metaverso

está al margen del tráfico comercial, sobre todo si se tiene en cuenta que para participar en un metaverso el usuario se ha de crear un monedero electrónico en el que se incorporará la correspondiente criptomoneda del metaverso o eventualmente otras criptomonedas. En el caso del diseño, la normativa no restringe expresamente el derecho de exclusiva a los usos de terceros que se realicen en el tráfico económico. Es cierto que se excluyen del ámbito de tutela los actos realizados en privado y con fines no comerciales, pero sí quedan englobados los actos públicos de utilización del diseño, aunque no se efectúen en el tráfico económico (y siempre que no sean aplicables otras excepciones legales). Pero, tanto en el caso de las marcas como en el de los diseños industriales, el derecho sólo se lesiona cuando los actos del tercero se realizan o producen efectos en el Estado o Estados en los que se reconoce el correspondiente derecho de propiedad industrial. Y esto hace que se vuelvan a plantear aquí los problemas a los que ya nos hemos referido sobre el choque del carácter universal del metaverso y la territorialidad de los derechos de propiedad industrial. En todo caso, en el estado actual del Derecho de la propiedad industrial será imprescindible establecer un vínculo entre lo que sucede en el metaverso y el concreto territorio en el que se encuentra protegida la marca o el diseño industrial (vínculo que sin duda existirá cuando sea posible entrar en el metaverso y adquirir productos o servicios desde dicho territorio).

4.4. La responsabilidad por la infracción

Una vez constatada la infracción de un derecho de propiedad industrial en el metaverso, surge la cuestión de identificar a los sujetos responsables. En principio, el primer responsable será el sujeto que emplea el signo o el diseño lesivo en el mundo virtual (ya sea por medio de su avatar, ya por medio del establecimiento que haya creado en el metaverso, ya comercializando un NFT o token no fungible en un marketplace del metaverso). Lo que sucede es que muchas ocasiones la identificación de esa persona puede ser compleja. Téngase en cuenta que los metaversos disponen de un sistema de identidad

digital que identifican unívocamente a los usuarios. Pero no necesariamente hay que revelar una identidad en el mundo real. Así las cosas, no es de extrañar que se quiera hacer responsables de las infracciones de propiedad industrial a los titulares de los metaversos centralizados o a los gestores de los metaversos abiertos. Y eso explica el establecimiento de cláusulas de exoneración de responsabilidad que los usuarios han de aceptar antes de usar los metaversos. Es el caso, por ejemplo, del metaverso de Decentraland (vide apartado 10 de los Terms of use), donde los usuarios declaran ser responsables de su propia conducta en el metaverso, obligándose, entre otras cosas, a no incluir, subir, transmitir, distribuir o hacer accesible de cualquier otro modo cualquier contenido que implique vulnerar derechos de propiedad industrial, y donde la fundación responsable del metaverso, sus directores y empleados, así como la organización autónoma descentralizada (DAO, por sus siglas en inglés) que la gestiona, se exoneran de cualquier responsabilidad por la infracción de derechos de propiedad industrial. Con todo, este tipo de cláusulas sólo surten efectos inter partes, por lo que no pueden ser opuestas frente al titular del derecho lesionado. Frente a dichos titulares los gestores del metaverso eventualmente podrán invocar los puertos seguros o exoneraciones de responsabilidad establecidos en determinadas legislaciones, como es el caso en la Unión Europea de la Directiva de comercio electrónico del 2000 y, en España, de la Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información, que la transpone. Para ello resultará fundamental la ausencia de conocimiento efectivo de que la actividad en el metaverso lesiona los derechos de un tercero y que, si lo tienen, actúen con diligencia para retirar el contenido ilícito o el acceso a él. Y esto acrecienta la importancia de los mecanismos de notice and take down establecidos en muchos metaversos como forma de comunicar la infracción y solicitar la retirada o el bloqueo de los contenidos infractores. Es el caso, por ejemplo, del metaverso de Decentraland, con la peculiaridad de que

en este caso la notificación se produce fuera del metaverso (por correo electrónico) y la toma de la decisión de bloquear los contenidos o incluso la cuenta del infractor será tomada por la organización autónoma descentralizada, por medio de la votación de sus miembros (apartado 17 de los Terms of use de Decentraland)²⁴.

h. Protección de la privacidad de los datos personales de los usuarios del metaverso: El funcionamiento pleno del metaverso implica el uso de potentes servidores, en los cuales se almacenarán los datos personales de los usuarios del metaverso.

Esta situación crea el riesgo de que las empresas tecnológicas desarrolladoras del metaverso cuenten con la facilidad de monitorizar lo que los usuarios dicen y hacen en el metaverso, lo cual bien podrían ser datos muy personales.

De acuerdo con la doctrina, “El tratamiento de los datos que se obtengan en la simulación que provoca el metaverso reviste gran importancia. Si los datos obtenidos a través de un dispositivo móvil son sensibles, los recogidos con un caso de realidad virtual (VR), sensores y todos los elementos que formarán parte del acceso al metaverso lo serán aún más, tanto por la cantidad de datos que reúnen, como por la especial protección de los mismos, al ser una constante fuente de datos biométricos”²⁵.

La Agencia Española de Protección de Datos afirma que «el metaverso involucra al usuario en múltiples dimensiones, como la social, económica, política o emocional, hasta virtualizar todos los aspectos de desarrollo del individuo, y extiende los datos recogidos a la información no verbal y biométrica». Esto conlleva que el uso del metaverso puede ser muy intrusivo, pues «el conjunto de datos

que se tratan en este entorno aumenta de forma exponencial». En particular, prosigue la agencia, en el metaverso se tratarán nuevas categorías de datos con mayor granularidad y precisión, como, por ejemplo, los datos biométricos recogidos, que aumentarán debido al uso de wearables. Esto, unido a las interfaces neuronales «permitirá conocer y perfilar al usuario a niveles no conocidos previamente en las redes sociales». Además, los usuarios se enfrentarán a otros riesgos para su privacidad, como la vigilancia masiva, la discriminación, la pérdida de autonomía o el fraude o suplantación de identidad. Por eso la Agencia Española de Protección de Datos recuerda, a modo de conclusión, que todo este procesamiento masivo de datos debe ser conforme a lo establecido en el Reglamento General de Protección de Datos²⁶.

También será necesario definir y regular, en leyes o reglamentos, quién llevará a cabo las funciones de responsable del tratamiento y encargado del tratamiento de los datos personales de los usuarios del metaverso.

i. Problemas de ciberseguridad: Resulta necesario crear un entorno virtual seguro que posibilite realizar, con la debida seguridad, las múltiples actividades que será posible desarrollar en el metaverso.

Así, el tema de los pagos por compras o servicios que acaecieran en el metaverso requiere la adopción de las suficientes medidas de seguridad para evitar las estafas virtuales, tal y como sucedió, por ejemplo, con el juego de realidad aumentada, Pokémon Go, a raíz del cual muchos usuarios recurrieron a aplicaciones no oficiales de ese juego y permitieron que éstas se introdujeran en sus equipos informáticos y, con ello, a datos personales y bancarios. Con estas informaciones, los estafadores pudieron hacer transferencias de dinero en efectivo muy difíciles de rastrear.

Conclusiones.

24 García Vidal, A. (2022). La propiedad industrial en el metaverso. En: https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2022/03/Propiedad_industrial_metaverso.pdf

25 Touriño, A. (Director). op.cit., página 169, número al margen 1646.

26 Bonfanti Gris, C. (2022). Metaverso y protección de datos. En: Derecho Digital número 2, páginas 3 a 4, Gómez-Acebo & Pombo.

Después de haber leído un poco sobre la vasta literatura jurídica que ya existe sobre el metaverso y sus consecuencias, me es posible llegar a las siguientes conclusiones:

1. La creación y puesta en funcionamiento de los metaversos pretende, ante todo, ofrecer a las personas del mundo entero un entorno virtual inmersivo, en el cual puedan interactuar con otros usuarios y llevar a cabo una gran cantidad de actividades que ordinariamente se efectúan, desde hace siglos, únicamente en el mundo físico o natural.

2. En la actualidad, ciertas firmas internacionales con gran poderío económico han logrado crear sus propios metaversos, con la finalidad principal de colocar sus productos y venderlos a los avatares de sus clientes. Queda todavía mucho camino por recorrer, para que, como sucede actualmente con la internet, pueda existir una especie de omniverso, que aglutine los pocos metaversos ya existentes y los que, paulatinamente, irán surgiendo, para lo cual será necesaria una vigorosa y colosal labor de estandarización del funcionamiento de los diversos metaversos.

3. La actual implantación del metaverso contempla que las eventuales transacciones se realicen por medio de criptomonedas, Smart contracts y tokens no fungibles (NFT) y esta convergencia de tecnologías en el metaverso ciertamente simplificará y acelerará el mercado virtual a nivel global.

4. El ingreso a los metaversos, a través del hardware que se requiere para ello, supone un elevado riesgo de monitorización y uso inapropiado de los datos personales de los usuarios de tales entornos virtuales y para evitarlos se requiere promulgar normas que vinculen a los desarrolladores de los metaversos y les impongan responsabilidad por los posibles daños que sufran los usuarios.

5. Es necesario ajustar y estandarizar, con la mayor generalidad y amplitud internacional que sea posible, las regulaciones ya existen-

tes, para el mundo físico o natural, sobre protección de la propiedad intelectual y propiedad industrial en el metaverso.

6. Los metaversos y el posible omniverso que, en un futuro, los aglutinará a todos, va a convertirse en un punto de inflexión en la Historia de la Humanidad, tal y como hasta ahora la hemos conocido, modificará sustancialmente el comportamiento social y causará fricciones entre el mundo virtual y el mundo físico o natural.

Bibliografía.

Ball, M. (2022). El Metaverso. México, Editorial Paidós.

Bonfanti Gris, C. (2022). Metaverso y protección de datos. En: https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2022/09/Boletín_Derecho_Digital_N.o-2.pdf

Carrasco Perera, A. y Alvarez López, C. (2022). ¿Qué es un metaverso? En: <https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2022/02/Metaverso.pdf>

De Biase, P. (2023). ¿Qué cambios trae la nueva regulación europea de criptoactivos? En: https://cincodias.elpais.com/cincodias/2023/05/12/legal/1683886630_767409.html

García Vidal, A. (2022). Directrices de la EU-IPO sobre NFT. En: https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2022/11/Boletín_Derecho_Digital_no-3.pdf

García Vidal, A. (2022). La propiedad industrial en el metaverso. En: https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2022/03/Propiedad_industrial_metaverso.pdf

García Vidal, A. (2022). Metaverso, tokens no fungibles y propiedad intelectual. En: https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2022/03/Metaverso_tokens_no_fungibles.pdf

Munné Catarina, F. y De Miranda Vázquez, C. (2022). Estrategias procesales en materia probatoria. La prueba de acción. Tomo II. Librería Bosch, S.L.

Nisa Ávila, J. (2021). El metaverso: conceptualización jurídica, retos legales y deficiencias normativas. En: <https://elderecho.com/metaverso-conceptualizacion-juridica>.

Nisa Ávila, J. (2022). El metaverso y los sistemas hápticos: Regulación legal de tecnologías de recopilación compleja de datos. En: <https://elderecho.com/el-metaverso-y-los-sistemas-hapticos-regulacion-legal-de-tecnologias-de-recopilacion-compleja-de-datos>

Palá Laguna, R. (2022). Los tokens del metaverso. En: https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2022/02/Tokens_del_metaverso.pdf

Torralba Mendiola, E. (2022). El metaverso: dónde está y quién es quién. En: https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2022/03/Quien_es_quien_Metaverso.pdf

Toruño, A. (2022). Derechos de las nuevas tecnologías. Ediciones Francis Lefebvre-EIJA.

EL RECURSO DE APELACIÓN POR INADMISIÓN EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL.

*THE APPEAL FOR INADMISSION IN THE CIVIL
PROCEDURE CODE.*

MSC. ANDRÉS J. BOGARÍN BUSTAMANTE

- Máster en Administración y Derecho Empresarial, Universidad Escuela Libre de Derecho.
 - Profesor de los cursos Derecho de Protección del Consumidor, Resolución Alternativa de Conflictos en grado de bachillerato y licenciatura, Universidad Escuela Libre de Derecho
- Profesor de los cursos Teoría de la Empresa, Contratos Mercantiles, Teoría General del Derecho y Derecho del Consumidor en grado de maestría tanto en la Universidad Escuela Libre de Derecho como en la Universidad Latina de Costa Rica.
- Egresado del programa de Doctorado en Derecho Comercial, Universidad Escuela Libre de Derecho.

5



EL RECURSO DE APELACIÓN POR INADMISIÓN EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

THE APPEAL FOR INADMISSION IN THE CIVIL PROCEDURE CODE

Resumen:

El artículo analiza el tratamiento normativo vigente del recurso de apelación por inadmisión en cuanto a sus requisitos de interposición y tramitación.

Abstract:

The article analyzes the current regulatory treatment of the appeal for inadmissibility in terms of its filing and processing requirements.

Sumario.

I. Introducción. II. Los recursos en general. III. El recurso de apelación. IV. El recurso de apelación por inadmisión. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

Palabras clave.

Recurso de apelación por inadmisión, derecho procesal, recurso de apelación, oralidad, recursos ordinarios.

Key words.

Appeal for inadmissibility, procedural law, appeal, orality, ordinary resources.

I. Introducción

El Código Procesal Civil, que entró en vigor en octubre del año 2018, subsanó algunas falencias que presentaba el sistema de impugnación civil del código anterior; mediante la

modificación de la mayoría de los institutos y la introducción de ciertas innovaciones, por ejemplo, uno de los cambios es la introducción de la oralidad.

En otras palabras, la introducción de la oralidad en los procesos civiles y comerciales, presenta como consecuencia que se reformará el sistema de impugnación imperante, por consiguiente, los recursos ordinarios se verían transformados, de manera que sean concordantes con los principios de la oralidad. En consecuencia, estos recursos presentan cambios sustanciales en lo referente a la forma de interponerlos, procedimiento y resolución.

Así, el análisis de los recursos ordinarios en esta nueva normativa constituye uno de los temas más importantes, debido a que estos constituyen pilares fundamentales para el fortalecimiento de la administración de justicia y además, constituyen una garantía para los ciudadanos, que recurren a la tutela judicial de sus derechos.

Los recursos ordinarios ayudan a garantizar, que la solución de los conflictos sea más justa y acorde con el ordenamiento jurídico, por ser estos recursos, los primeros medios que poseen las partes para impugnar las resoluciones judiciales, que adolecen de algún vicio o irregularidad, y al no estar establecidos taxativamente, los motivos por los cuales pueden ser interpuestos.

Por lo tanto, con la entrada en vigencia de

esta nueva normativa, se debe plantear una pregunta, en cuanto a si con el tratamiento que les da el nuevo Código Procesal Civil, a los recursos ordinarios dentro del sistema de impugnación, se logrará disminuir la dilación prolongada de los procesos civiles, a fin de disminuir la mora judicial.

La presente investigación se centra en el recurso de apelación por inadmisión; en este se detallarán los requisitos de interposición y tramitación del recurso. Como último aspecto, se hará referencia al tratamiento de dicho instituto procesal en las más recientes resoluciones judiciales que abordan el tema.

II. Los recursos en general.

Los recursos son los medios procesales, otorgados a la parte procesal que se considere agraviada o perjudicada por una resolución judicial, para solicitarle al mismo juez o tribunal superior que revise el acto impugnado, para que este sea rectificado o modificado en todo o en parte.

Los recursos son los medios impugnativos por los cuales se combaten las resoluciones judiciales que se dictan durante el curso del proceso, este tipo de medio impugnativo es uno de los más estudiados y utilizados porque se plantean y se resuelven en el mismo proceso.

Es un acto procesal de una de las partes que contiene una pretensión. Las partes procesales llámese actor o demandado; son las partes facultadas para solicitar la revisión de una resolución judicial por medio de la interposición del recurso idóneo porque se rigen por el principio dispositivo.

Busca atacar resoluciones que no están firmes: las resoluciones judiciales son el objeto de los recursos, pero solo procede contra resoluciones que no tengan el carácter de cosa juzgada; es decir, se interponen contra resoluciones interlocutorias o la sentencia que no esté firme.

Es importante distinguir los recursos como especies del género conocido como medios

de impugnación. Los medios de impugnación son la categoría amplia a la cual pertenecen los recursos, en ella se encuentran los instrumentos para atacar los actos procesales, tanto de las partes como del juez, y los procedimientos para anular las sentencias firmes. En cambio, los recursos solo son el medio por el cual, la parte agraviada combate una resolución judicial, que contenga algún vicio o sea injusta.

En cuanto a los recursos ordinarios, debemos indicar que estos son aquellos, mediante los cuales los sujetos procesales legitimados para recurrir, pueden solicitar la enmienda de los errores de las resoluciones judiciales, invocando errores in iudicando o in procedendo, es decir, se puede alegar en todos los extremos cualquier vicio que presenta la resolución recurrida.

Con estos recursos se puede alegar los errores en la aplicación de la ley y los referentes a la fijación de los hechos y valoración de la prueba. A su vez, los errores que se pudieron presentar por apartarse de las formas establecidas en la ley para realizar el dictado de la resolución. Los recursos de revocatoria, apelación y apelación por inadmisión son recursos ordinarios en la legislación costarricense civil.

Picado los define como los medios de impugnación, que se interponen para defender los derechos subjetivos de las partes, por lo cual no tienen previstos los motivos por los cuales se deducen. Basta que el sujeto agraviado exponga su deseo de recurrir y que lo fundamente indicando cuál es el perjuicio¹.

El fundamento jurídico de los recursos resulta de las normas procesales que lo regulan. El sistema de recursos coopera con mantener la confianza de los ciudadanos en la administración de justicia. Por eso, junto al interés

¹ Picado Vargas, C. (2014). Recurso de Revocatoria en los Sistemas Orales, en Compendio el Recurso de Casación en Materia Contenciosa Penal, Civil, Agrario y Familia, Memorias II Congreso de Derecho Procesal. San José, Costa Rica. IJSA.

subjetivo de agravio coexiste el interés público de perfeccionamiento jurisdiccional, que obliga a considerar la posibilidad de error en la impartición de justicia. Se ha reconocido la necesidad de crear mecanismos idóneos, destinados a remediar los errores e injusticias que se pueden cometer en la función jurisdiccional, concediendo a los justiciables que se vieran perjudicados, la facultad de exigir que se corrija el error, mediante la revisión de la resolución gravosa por el mismo órgano jurisdiccional u otro superior.

El legislador costarricense siempre ha optado por regular los recursos aplicables, tanto en el Código Procesal Civil anterior como en el vigente. No obstante, con la reforma del Código se buscaba solucionar problemas como la dilación del proceso.

El código vigente realiza grandes modificaciones e innovaciones al tema de los recursos, pues presentan cambios en lo referente a la forma de proceder, así como tratamiento y modalidades para recurrir. Asimismo, se elimina la segunda instancia en los procesos civiles de mayor cuantía y cuantía inestimable, lo que tendrá como efecto, una mayor celeridad en la conclusión de los procesos ordinarios.

La interposición de alguno de los recursos ordinarios va a causar ciertos efectos, dependiendo del recurso que se trate y del procedimiento que se siga para su resolución, aunque la mayoría de ellos se liga con los recursos verticales. A saber, se puede dar uno o dos de los siguientes efectos.

En cuanto al efecto devolutivo del recurso, se parte del hecho de que hay dos instancias procesales y que va ser el órgano superior, jerárquicamente hablando, el que va a conocer y resolver el recurso, para que, una vez resuelto por este, sea devuelto al juez de primera instancia. Este efecto solo se da en los recursos ordinarios, como es el recurso de apelación. El efecto devolutivo del recurso permite que se dé un nuevo examen y una nueva decisión por un juez superior, llamado

juez ad quem, sin importar si el juez de primera instancia (a quo) está autorizado o no, para ejecutar la resolución impugnada.

Respecto al juez a quo, indica que este agotó, todo conocimiento sobre lo que él ya resolvió, excepto sobre la posibilidad de aclaración o rectificación de errores materiales y sólo podrá pronunciarse sobre la admisión o denegación del recurso de apelación. Por eso, el tribunal ad quem toma el ejercicio de la jurisdicción, dentro de los límites del agravio manifestado por el impugnante.²

La interposición de los recursos verticales, como el de apelación, puede producir la suspensión de los efectos de la resolución recurrida, hasta que se notifique la resolución del respectivo recurso. El efecto suspensivo no es regla general de los recursos, sino que es para los recursos de alzada y se estipula, en cuales casos se obtendrá ese efecto. Vescovi indica que es la aplicación del principio romano de “*appellatione pendente nihil innovarum*”.³

Asimismo, la admisión del recurso con efecto suspensivo no afecta a los demás actos procesales ni el desarrollo del proceso, a menos que la continuación de este dependa de la resolución de la impugnación.

El efecto diferido del recurso, es propio de los sistemas orales, pues permite que no se interrumpa la tramitación del proceso y así no dilatarlo. Es un efecto que pueden producir los recursos de apelación, pues estos son los que suponen la suspensión del proceso, para subir el trámite del recurso al órgano superior.

Con el efecto diferido, se posterga el conocimiento del recurso y se acumulan todos los recursos que se interpongan, para que estos sean conocidos al final del proceso, con la apelación de la sentencia. Velloso al

2 Citando a Clariá Olmedo. Enrique Palacios, L (2001). Los recursos en el proceso penal. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

3 Vescovi, E. (1988). Los Recursos Judiciales Y Demás Medios de Impugnativos en Iberoamérica. Buenos Aires: Ediciones Depalma

respecto indica: el efecto diferido es aquel “mediante el cual se difiere el tratamiento de numerosas apelaciones que versan sobre aspectos incidentales o puramente procedimentales hasta el momento final de la causa, en el cual el expediente sube a la alzada por recurso concedido contra la sentencia que pone término al litigio.”⁴

Procede contra aquellas resoluciones interlocutorias que resuelven aspectos incidentales y procedimentales que se dan en la audiencia de prueba y que no tienen efecto suspensivo.

Se produce cuando hay pluralidad de partes en el proceso y la interposición de un recurso, por una de ellas, aprovecha a las demás que se encuentran en la misma posición jurídica del que lo interpuso. Es el caso de los litisconsortes, pero el efecto también se puede producir, en los casos de la apelación adhesiva. Este efecto es eficaz cuando se resuelve el recurso.

Es importante analizar los principios referentes a la materia de estudio, en razón de que, ante cualquier vacío de ley, estos pueden servir de base para la resolución de situaciones particulares que se presenten, y son determinantes para la regulación de la impugnación.

El principio de irreformabilidad oficiosa, de las resoluciones jurisdiccionales, le da mayor seguridad jurídica al ordenamiento jurídico, porque les impide a los jueces, modificar o revocar sus propias resoluciones de oficio, sin que estas hayan sido recurridas.

El principio de legitimación o personalidad de los recursos, se manifiesta en el sistema de impugnaciones a través de: la legitimación de recurrir⁵; si el proceso es de las partes, ellas y sólo ellas pueden solicitar la revisión de lo

decidido, en la medida en que hayan sufrido un agravio concreto. Este principio está implícitamente regulado en el artículo 65.2 del Código Procesal Civil vigente.

Para Carlos Picado, este principio emana del requisito subjetivo de legitimación para interponer un medio de impugnación, la cual a su vez depende de que la parte impugnante haya sufrido un perjuicio por la resolución.⁶ Esto porque los recursos solo se realizan a instancia de parte, debido a su propia naturaleza, recordando que son instrumentos procesales otorgados a las partes para atacar las resoluciones perjudiciales. En ese sentido, no solo pueden interponerlos las partes, sino también algún tercero perjudicado por la resolución impugnada.

En cuanto al principio de temporalidad, cabe señalar que este se encuentra estrechamente relacionado con el de preclusión. La preclusión⁷ se define como el agotamiento de determinado acto procesal, con el fin de pasar a la siguiente etapa o acto del procedimiento. La oportunidad de realizar determinado acto, en este caso, hacer uso de un recurso, se acaba al transcurrir el término otorgado por la ley, sin que la parte manifieste su intención de recurrir.

Para la interposición de recursos existe un momento procesal oportuno, un término de ley para la interposición de cada recurso específico, si no se interpone dentro de este, se da la preclusión ya que no se puede hacer uso de él. Por ello, la impugnación debe hacerse oportunamente en el momento correspondiente, si no, la resolución judicial adquiere firmeza, porque ha precluido el término correspondiente.

Con relación al principio de no reforma en perjuicio, consiste en una imposibilidad del juez de alzada, en cuanto a empeorar la si-

4 Alvarado Velloso, A. y Picado Vargas C. (2010). Lecciones de Derecho Procesal Civil, 1 ed. San José, C.R.: IJSA.

5 Vescovi, E. (1988). Los Recursos Judiciales y Demás Medios Impugnativos en Iberoamérica. Buenos Aires: Ediciones Depalma

6 Picado Vargas, C. (2010). Manual de los recursos Procesales (Con Jurisprudencia): Tomo I Teoría General de los recursos. 1 ed. San José. Costa Rica: IJSA.

7 Couture, E. (2010). Fundamentos del Derecho Procesal Civil. 4 ed. Bueno Aires: editorial B de F.

tuación del recurrente, en los casos en que no ha mediado recurso de la otra parte.

Este principio constituye una prohibición de no agravar la condición del único recurrente, caso contrario sería si ambas partes recurren⁸; en este supuesto, el tribunal de alzada tiene menos limitación de modificación del fallo del a quo. También constituye un límite al ámbito de conocimiento del tribunal de alzada, ya que este solo puede referirse a los aspectos que impugna el apelante y estos puntos no los puede agravar.

El principio de doble instancia de manera general, supone la posibilidad de que los procesos judiciales cuenten con dos instancias, para que, ante un eventual error del juez de primera instancia, exista la posibilidad de que un juez o tribunal de jerarquía superior revise lo resuelto por el a quo.

El principio de taxatividad impugnativa regula, que las resoluciones judiciales solo serán impugnables en los casos en que la ley determine y por los medios impugnativos determinados, según la resolución que se pretenda impugnar.

III. El Recurso de apelación.

La apelación es un recurso vertical y ordinario, mediante el cual se permite una revisión de la sentencia y en ciertos casos, de las resoluciones interlocutorias, por otro órgano jurisdiccional que es superior, para que este revoque, anule o modifique, la resolución gravosa para el recurrente de primera instancia⁹.

El autor Juan Montero Aroca lo conceptúa como “un recurso ordinario y devolutivo, cuyo objeto puede ser material o procesal, por virtud del cual se solicita del órgano jurisdiccional, de orden jerárquico superior al que dictó la resolución recurrida, que exami-

ne su corrección y regularidad con relación a lo que constituye la materia que haya sido objeto de decisión en ella, y dicte otra favorable o más favorable para el recurrente, o lo anule.”¹⁰

El autor nacional López González lo define como un medio de impugnación que entra dentro de la categoría de recurso, porque está previsto para impugnar resoluciones que no están firmes. Es un recurso con efecto devolutivo, porque el segundo examen lo realiza un tribunal superior jerárquico de aquel que dictó la resolución que motiva la inconformidad. Es, además, de acuerdo con la doctrina, un recurso ordinario porque no tiene establecidos los motivos por los que puede ser interpuesto. Está previsto para que la persona que se vea afectada por una resolución, solicite y trate de convencer al superior jerárquico del que la dictó, para que modifique lo resuelto¹¹.

El autor argentino Vescovi, considera que el recurso de apelación es el más importante de los recursos ordinarios y es una consecuencia del principio de doble grado o doble instancia, ya que tiene como fin que se dé una revisión de la sentencia, por un órgano jurisdiccional superior jerárquicamente hablando¹².

En otras palabras, el recurso de apelación es aquel que permite, la revisión de la resolución impugnada, por un órgano superior inmediato al que dictó la resolución recurrida, para que, mediante este acto de impugnación, la parte recurrente le solicite que revoque o modifique la resolución del juez de primera instancia, que considera que le perjudica.

El recurso de apelación ha estado regulado en la legislación costarricense, desde siem-

8 Richard González, M. (1988). *La Segunda Instancia en el Proceso Civil*. Barcelona, Cedecs Editorial S.L.

9 Richard Gonzalez, M. (1998). *La Segunda Instancia en el Proceso Civil*. 1 ed. Barcelona: Cedecs Editorial S.L.

10 Montero Aroca, J. y Flores Matíes, J. (2005). *Tratado de Recursos en el Proceso Civil*. Valencia: Tirant lo Blanch.

11 López González, J. (2017). *Curso de Derecho Procesal Civil Costarricense: Según el Nuevo Código*. (parte general) 1 ed. San José: C.R.: EdINexo, 2017

12 Vescovi, E. (1988). *Los Recursos Judiciales y Demás Medios Impugnativos en Iberoamérica*. Buenos Aires: Ediciones DePalma.

pre, ya que el sistema procesal nacional siempre ha sido de doble instancia. No obstante, en el Código Procesal Civil vigente, el recurso de apelación se encuentra regulado de una manera muy distinta respecto al pasado código.

En el Código Procesal Civil, el recurso de apelación procede contra las sentencias de todos los procesos, excepto las de los procesos ordinarios de mayor cuantía y cuantía inestimable, ya que, para estos, solo se admite el recurso de casación (art. 67.5 Código Procesal Civil). Este es un cambio importante que introduce el código vigente, mediante el cual busca que todos los procesos, solo consten de dos instancias.

Otro cambio que introduce el código vigente es, que ahora las sentencias de todos los procesos de ejecución, solo tendrán recurso de apelación, sin importar si son de mayor o de menor cuantía.

Sobre la apelación de autos, debemos señalar que el recurso de apelación, a diferencia del de revocatoria, está regido por el principio de taxatividad, por lo que solo procede contra los autos que el código expresamente indique. El código anterior pretendió regular, taxativamente, los autos que eran apelables; no obstante, en la realidad no se dio así, debido a que, por lo disperso de la regulación en dicho código, era difícil determinar qué autos tenían o no apelación, adicionando el hecho de que jurisprudencialmente se ampliaron los autos apelables.

El Código Procesal Civil vigente en un solo artículo establece los autos que serán apelables para todos los procesos. Esta taxatividad se logra porque como apunta López, el cambio de la escritura a la oralidad trae consigo que muchas resoluciones no necesitan ser revisada por un juez de segunda instancia, al punto de que doctrinariamente, en los procesos orales se inclinan a favor de la inapelabilidad de las resoluciones interlocutorias, o incluso se piensa en procesos de única instancia.

Respecto a la apelación de autos, el Código Procesal Civil vigente en su artículo 67.3 da una lista taxativa de todos los autos que son apelables.

Es importante apuntar, que los procesos ordinarios de mayor cuantía tienen apelación de autos, lo que no tienen es apelación de sentencia.

Es connatural al recurso de apelación el efecto devolutivo y no así el efecto suspensivo. En el código anterior se regulaba expresamente el efecto suspensivo de la apelación, en los artículos 563, 568, 571 y era al juez a quien le correspondía indicar en qué efecto debía ser admitida la apelación. Actualmente, con la reforma procesal, se suprime eso.

La interposición del recurso de apelación en el código vigente, no produce como regla general efectos suspensivos; así se deduce de los artículos 65.4 y 67.5. "La interposición del recurso de apelación no produce efectos suspensivos; el tribunal mantiene su competencia para seguir conociendo de todas las cuestiones que se tramitan en pieza separada, medidas cautelares, tutelares y ejecución provisional art 67.5 NCPC."¹³

IV. El recurso de apelación por inadmisión.

El recurso de apelación por inadmisión ha tenido y tiene diferentes nombres en las legislaciones de otros países, se le ha denominado recurso directo, recurso de hecho, recurso auxiliar, recurso de fuerza, o queja por apelación denegada.

Para el catedrático Parajeles Vindas, es un recurso previsto para atacar la denegatoria de un recurso ordinario de apelación. Asimismo, señala que es la única vía que se tiene para impugnar el rechazo ilegal de un recurso de apelación¹⁴.

¹³ Picado Varga, C. y Artavia Barrantes, S. (2016). Curso de Procesal Civil. Tomo II. 1 ed. San José, C.R.: IJSA.

¹⁴ Parajeles Vindas, G. (2005). Introducción a la Teoría General del Proceso Civil. 2 ed. San José, C.R.: IJSA.

Mientras que Picado y Artavia lo definen como un “tipo de impugnación auxiliar mediante el cual el impugnante recurre ante el superior del juez que denegó por inadmisibles un recurso de doble grado de conocimiento, pretendiendo que emita un juicio favorable de admisibilidad y que, a consecuencia de ello, ordene la inmediata elevación del respectivo expediente.”¹⁵

El autor argentino Vescovi, por su parte, indica que es una modalidad del recurso de apelación y por lo tanto comparte las mismas características, es un recurso ordinario que se concede al litigante que se ve agraviado porque el juez de primera instancia le ha denegado la admisión de dicho recurso.¹⁶

Se confirma con lo anterior, que la apelación por inadmisión es el recurso por el cual el recurrente reclama, ante el tribunal de alzada, que el juez de primera instancia le denegó un recurso contra una resolución, que, sí era apelable, lo que pretende es que el juez superior admita el recurso denegado para que conozca de la apelación.

Con este recurso, se busca atacar la resolución en la que el juez deniega el recurso de apelación interpuesto, por considerar que no cumple con los requisitos de admisibilidad. Esto lo diferencia del recurso de apelación, que busca atacar el auto o sentencia que le resulta perjudicial.

Además, este recurso existe en los países iberoamericanos, dado que, en estos el recurso de apelación debe ser interpuesto ante el juez de primera instancia, contrario a lo que sucede en los países europeos, en los cuales el recurso de apelación es planteado directamente ante el superior.

El código anterior regulaba la apelación por inadmisión del artículo 583 al 590. Respecto al

código vigente, tenemos como cambio que se debe presentar debidamente motivado ante el mismo órgano que denegó el recurso de apelación, en forma inmediata si se presenta en contra de una resolución oral dictada en audiencia o por escrito en el plazo de tres días. El código anterior en los artículos 583 y 584 indicaban que debía presentarse ante el superior y por escrito cumpliendo varios requisitos; los cuales sino se cumplen genera el rechazo del recurso, como se prescribe en el artículo 586.

De conformidad con el artículo 68.2 del código vigente, aunque deba de presentarse el recurso ante el mismo órgano que denegó el recurso, la competencia de su juicio de admisibilidad y mérito corresponde exclusivamente al superior.

Si bien es cierto, actualmente el recurso no tiene requisitos tan formales como los que se encontraban establecidos en el código anterior; el juicio de admisibilidad no difiere sustancialmente de la apelación ordinaria, pudiendo ser rechazado de plano si el mismo es negativo y no los cumple.

Actualmente no se exige la copia de la resolución apelada y de su notificación; del escrito de apelación y de su cargo; del auto denegatorio del recurso interpuesto y de su notificación.

En cuanto a los plazos, existe un cambio sustancial. Lo anterior por cuanto al introducirse el expediente electrónico, esto cambia la manera de aplicar los plazos. En el Código Procesal Civil anterior, se establecía un plazo de tres días para recurrir si el juez que denegó la admisibilidad reside en el mismo lugar que el superior. En el caso que residiera en lugar distinto al superior se concede un plazo de cinco días de interposición.

Por último, se elimina el artículo de la malicia del apelante. Dicho artículo establecía que el apelante había procedido con malicia en cuanto a que no fuere cierto que hubiere tal apelación ni tal denegación, el tribunal lo

15 Picado Varga, C. y Artavia Barrantes, S. (2016). Curso de Procesal Civil. Tomo II. 1. ed. San José, C.R.: IJSA.

16 Vescovi, E. (1988). Los Recursos Judiciales y Demás Medios Impugnativos en Iberoamérica. Buenos Aires: Ediciones DePalma

condenará al pago de ambas costas ocasionadas con su recurso, y le impondrá de uno a tres días multa.

Debido a su indeterminada naturaleza, en los distintos países en los cuales se tiene previsto se le denomina de diversas maneras. Así, hay un pequeño sector de la doctrina que no considera que este sea un recurso; ejemplo de ello es el Código de la Nación Argentina; ya que en el artículo 282 de dicho código se habla de una queja por denegación de la apelación y no de un recurso per se.

Por otra parte, autores como Gelsi y Palacios estiman que es un recurso con carácter especial y otros, como Guasp, Ibáñez y Frocham estiman que es un recurso de apelación.

Para la legislación costarricense es un recurso de apelación, pero su fundamento es, que el superior declare si la denegatoria de la apelación fue bien o mal otorgada.

Para este recurso se utilizan los presupuestos generales pero este cumple con un requisito especial, que se haya denegado erróneamente una apelación en cuanto a su juicio de admisibilidad. Acontece cuando el juicio de admisibilidad en primera instancia ha tenido un resultado negativo, por lo que el recurrente recurre verticalmente hacia el órgano de alzada a atacar ya no la resolución inicialmente impugnada, sino aquella posterior que le rechazó el conocimiento del recurso.

El juicio de admisibilidad es el primer paso que realiza el juez al conocer de un recurso, en el cual verifica que se cumpla con los presupuestos subjetivos, objetivos y requisitos procesales de lugar, forma y plazo. Debe distinguirse entre el juicio de admisibilidad de la apelación por inadmisión al del juicio de mérito. El primero revisa los requisitos formales de admisibilidad de apelación por inadmisión, mientras que el del mérito es una especie de revisión del juicio de admisibilidad negativo realizado por el ad quo. Recaerá en diversos motivos como lo son la extemporaneidad, no

recurribilidad de la resolución (taxatividad), falta de fundamentación o falta de legitimación. Debe limitarse a determinar si el recurso fue legal o ilegalmente denegado, pero no puede entrar a conocer de una vez los agravios del mismo. No puede el ad quem, de ningún modo, entrar al juicio de mérito del recurso de apelación denegado en primera instancia. Eso lo hará, únicamente si declara con lugar la apelación por inadmisión, revocando la resolución que denegó el recurso.

Este recurso debe ser interpuesto ante el juez competente; de acuerdo con el código anterior (artículo 584) se presentaba directamente ante el superior que debía conocer del recurso en apelación. Ahora, en el vigente, se estipula que el recurso debe gestionarse ante el mismo juez que denegó el recurso. Apuntan Picado y Artavia, que, si bien el recurso se debe interponer ante el juez de primera instancia, realizar el juicio de admisibilidad y mérito de este, corresponde al tribunal de apelaciones, que es el órgano superior competente, para conocer los recursos de apelaciones, ya que este procedimiento específicamente, es de una sola fase¹⁷.

Es importante considerar el momento de interposición de la gestión recursiva. Si la denegatoria se realiza durante la audiencia, el recurso debe plantearse inmediatamente. En cambio, si es contra una resolución escrita, el plazo es de tres días (similar al artículo 585 del código anterior, pero en este se daba la posibilidad de ampliarlo a cinco días si el recurrente residía en un lugar distinto). Así lo estipula el artículo 68.1. del código en revisión.

El recurso de apelación por inadmisión, al igual que todos los recursos, debe ser fundamentado de manera clara y precisa, mostrando el error en que incurrió el juez al denegar la apelación. En esta nueva normativa, ya no se requiere presentar las copias de la resolución y de la notificación, que exigía el código anterior, porque el art 25.1 del vigente

¹⁷ Picado Varga, C. y Artavia Barrantes, S. (2016). Curso de Procesal Civil. Tomo II. 1 ed. San José, C.R.: IJSA.

te exige que los expedientes sean electrónicos, por lo que el juez tiene acceso a ellos.

El procedimiento por seguir, para este recurso, está regulado en el artículo 68.2 del código vigente; una vez presentado el recurso cumpliendo con los requisitos exigidos para su admisibilidad, el juez ad quo deberá remitir el expediente al tribunal de alzada de forma inmediata, excepto en el caso en que la resolución apelada fuere admisible con efecto diferido, en este caso el tribunal a quo se limitará a permitir la apelación por inadmisión y la reservará, como sucede con las apelaciones diferidas, para que sea conocida y resuelta cuando conozca de la apelación de sentencia, el ad quem, mientras siga subsistiendo el interés. Por lo tanto, el recurrente deberá apelar la sentencia y reiterar la apelación por inadmisión. En este caso, si declara con lugar la apelación por inadmisión, revoca la resolución del tribunal de primera instancia y resuelve el punto.

En cuanto a la resolución del recurso, los autores nacionales Picado y Artavia advierten, que es importante distinguir entre el juicio de admisibilidad y el juicio de mérito. El juicio de admisibilidad es la revisión de los requisitos formales de procedencia del recurso de apelación por inadmisión, y el juicio de mérito es el análisis del juicio de admisibilidad que realizó el a quo, al denegar el recurso¹⁸.

El tribunal de alzada, al recibir el recurso, debe analizar la resolución del a quo que deniega el recurso y el planteamiento del recurso del recurrente, para determinar si era procedente admitirlo o no. Si el tribunal resuelve que el recurso debió ser admitido, es decir, que fue erróneamente denegado, revoca la resolución de juez de primera instancia y le da curso al recurso siguiente del procedimiento normal.

Al notificárseles a las partes sobre la admisión del recurso de inadmisión, las partes en

el quinto día deben apersonarse ante el ad quem a hacer valer sus derechos.

Si declara improcedente el recurso de inadmisión, la resolución del a quo queda en firme.

VI. Conclusiones.

Analizado el recurso de apelación por inadmisión, podemos dilucidar que existen cambios sustanciales entre el código vigente y el anterior, los cuales se resaltan de una lectura del articulado reciente en comparación al anterior. Los cambios realizados ayudan a la celeridad del trámite de los procesos y contribuyen en mayor o menor grado a disminuir la mora judicial. La introducción de la oralidad y los expedientes electrónicos incidieron en el procedimiento en los plazos de interposición de dicho recurso de apelación. No se acreditan diferencias sustanciales entre las diferentes materias que regulan dicho tipo de apelación. El principio de taxatividad veda la aplicación de este tipo de apelación en materia procesal contenciosa administrativa.

VI- Bibliografía.

Alvarado Velloso, A. y Picado Vargas, C. (2010). Lecciones de Derecho Procesal Civil, 1 ed. San José, C.R.: IJSA.

Arguedas Salazar, O. (2010). Teoría General del Proceso 3 ed. San José, Costa Rica: Juritexto.

Artavia Barrantes, S.; Picado Vargas, C. (2016). Curso de Procesal Civil. Tomo I. 1 ed. San José, Costa Rica: IJSA

Artavia Barrantes, S.; Picado Vargas, C. (2016). Curso de Procesal Civil. Tomo II. 1 ed. San José, Costa Rica: IJSA.

Artavia Barrantes, S.; Picado Vargas, C. (2016). Comentarios Nuevo Código Procesal Civil. San José, Costa Rica: Investigaciones Jurídicas S.A.

¹⁸ Picado Varga C. y Artavia Barrantes, S. (2016). Curso de Procesal Civil. Tomo II. 1 ed. San José, C.R.: IJSA.

Blanco Vargas, C. (2010). El debido proceso y la oralidad en el proceso civil costarricense. San José, C.R.: Universidad de Costa Rica. Tesis para optar por el grado de licenciado en Derecho.

Couture, E. (2010). Fundamentos de Derecho Procesal Civil, 4 ed. Buenos Aires: editorial B de F.

Montero Aroca, J.; Flors Matfies, J. (2005). Tratado de recursos en el proceso civil. Valencia: Tirant lo Blanch.

Palacios, L. (2001). Los recursos en el proceso penal. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

López González, J. (2014). Proceso ordinario civil. San José, Costa Rica: Editorial Juricentro.
López González, J. (2007). Lecciones de Derecho Procesal Civil. 1 ed. San José, C.R.: Editorial Juricentro.

López González, J. (2006). Teoría general sobre el principio de oralidad en el proceso civil. San José, C.R.: Juricentro.

López González, J. (2017). Curso de Derecho Procesal Civil Costarricense: Según el Nuevo Código (Parte General) 1º ed. San José, C.R.: EDiNexo.

Parajeles Vindas, G. (2005). Introducción a la teoría general del proceso civil. San José, C.R.: Investigaciones Jurídicas.

Picado Vargas, C. (2010). Manual de los recursos procesales (con jurisprudencia: tomo I teoría general de los procesos). 1ed. San José, C.R.: IJSA.

Richard González, M. (1998). La Segunda Instancia en el proceso civil. 1ºed. Barcelona: Cedecs.

Véscovi, E. (1978). Elementos para una teoría general del proceso civil latinoamericano. 1ºed. México: UNAM.

Véscovi, E. (1988). Los recursos judiciales y

demás medios impugnativos en Iberoamérica. Buenos Aires, Argentina: Depalma.

Véscovi, E. (1984). Teoría general del proceso. Bogotá, Colombia: Temis.

Jurisprudencia.

Tribunal Agrario. Voto N° 899-A-20, del 28 de setiembre de dos mil veinte, A las veintiún horas y seis minutos.

Tribunal de Apelación Civil y Trabajo de Heredia. Voto N° 317-04-2020 de veintidós de octubre del dos mil veinte, A las ocho horas y treinta y cinco minutos.

Tribunal Agrario. Voto N° 990-F-20 del veintitrés de octubre del dos mil veinte, A once horas y cinco minutos.

Tribunal Agrario. Voto N° 1008- F-2020 del veintiséis de octubre del dos mil veinte, A las catorce horas y cincuenta y dos minutos.

Tribunal Agrario. Voto N° 1024-F-20 del veintiocho de octubre del dos mil veinte, A las diecisiete horas cincuenta y seis minutos.

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 2020-002289 del dieciséis de diciembre del dos mil veinte, A las diez horas y cuarenta minutos.

PROCESO DE SALVAGUARDA, CAMBIO DE PARADIGMA Y SUS EFECTOS DENTRO DEL PROCESO MONITORIO DINERARIO Y EN EL DERECHO NOTARIAL.

SAFEGUARDING PROCESS, PARADIGM SHIFT AND ITS EFFECTS WITHIN THE MONETARY ORDER FOR PAYMENT PROCEDURE AND IN NOTARIAL LAW.

MANFRED CARO BALDARES

- Abogado y Notario Público
- Doctorando en Derecho Comercial y Procesal Civil, Universidad Escuela Libre de Derecho
 - Especialista en Derecho Notarial de la Universidad Escuela Libre de Derecho

6



PROCESO DE SALVAGUARDA, CAMBIO DE PARADIGMA Y SUS EFECTOS DENTRO DEL PROCESO MONITORIO DINERARIO Y EN EL DERECHO NOTARIAL.

SAFEGUARDING PROCESS, PARADIGM SHIFT AND ITS EFFECTS WITHIN THE MONETARY ORDER FOR PAYMENT PROCEDURE AND IN NOTARIAL LAW.

Resumen:

Con la entrada en vigencia de la Ley 9379, se realiza un cambio en el tratamiento a las personas con discapacidad, siendo que se les devuelve sus derechos fundamentales al reconocerles su capacidad de actuar y cambiando la figura de la curatela por la salvaguarda. Lo anterior, hace que tanto a nivel judicial como a nivel notarial, se apliquen cambios en la forma de valorar la capacidad de actuar dado que ya no se trabaja con una representación, sino que se trata directamente con la persona con discapacidad, que dependiendo de su grado requerirá un apoyo de mayor o menor intensidad. Con lo anterior, y analizando las distintas normativas vigentes se determina la posibilidad que el juez de cobro judicial solicite la valoración en Medicina Forense del demandado y así poder suspender el proceso de cobro hasta el nombramiento de un curador procesal o bien de un garante en el proceso de familia; y a nivel del Derecho Notarial se pudo determinar que dependiendo del grado de apoyo que requiera la persona con discapacidad; la comparecencia en su escritura se realizará de manera conjunta con el garante o bien únicamente comparecerá el garante otorgando el consentimiento, tomando en cuenta los derechos, deseos e intereses de

la persona con discapacidad.

Abstract:

With the entry into force of Law 9379, a change is made in the treatment of people with disabilities, being that their fundamental rights are returned by recognizing their capacity to act and changing the figure of guardianship to safeguarding. The above means that, both at the judicial level and at the notarial level, changes are applied in the way of assessing the capacity to act given that we are no longer working with a representation, but rather dealing directly with the person with a disability, who depending on their degree will require support of greater or lesser intensity. With the above, and analyzing the different regulations in force, the possibility is determined for the judicial collection judge to request the forensic medicine assessment of the claim, and be able to suspend the collection process until the appointment of a procedural curator or a guarantor in the process in Family Law; and at the level of Notarial Law it was determined, that depending on the degree of support required by the person with disabilities; the appearance in the deed will be carried out jointly with the guarantor or only the guarantor will appear granting consent, taking into account the rights, wishes

and interests of the person with a disability.

Palabras claves.

“discapacidad”, “salvaguarda”, “notario público”, “monitorio dinerario”, “capacidad de actuar”.

Keywords.

“disability”, “safeguard”, “notary public”, “monetary monitoring”, “capacity to act”.

Contenido.

I. Introducción. II. Proceso de salvaguarda, cambio de paradigma y sus efectos dentro del proceso monitorio dinerario y en el derecho notarial. a. Discapacidad y cambio de paradigma. b. En el ámbito judicial de procesos civiles (monitorio dinerario). c. En el ámbito notarial. Conclusiones. Bibliografía.

I. Introducción.

Antes del año 2016 en Costa Rica, a las personas con discapacidad no se les reconocía su capacidad de actuar; para poder realizar actos y contratos debían realizarlos por medio de la figura de la insania, en donde por medio de la representación el curador, debidamente inscrito ante el Registro Público, era este el que realizaba los actos y contratos en nombre de la persona con discapacidad; esto sin necesariamente tomar en consideración el parecer de la persona con discapacidad.

Lo anterior quería decir que, tanto a nivel judicial como a nivel notarial, si se requería de la presencia, en el proceso o en la escritura, de una persona con discapacidad, el acto se realizaba por medio de su representante debidamente inscrito en el Registro.

Sin embargo, con la promulgación de la Ley 9379 de Promoción de Autonomía Personal para las Personas con Discapacidad, se realiza un cambio de paradigma, en donde se le devuelven la dignidad y los derechos funda-

mentales a las personas con discapacidad y es necesario tomar en cuenta sus deseos y tipo o grado de discapacidad, para poder conocer el grado de apoyo con el que la persona con discapacidad puede actuar.

Con esta normativa y su reglamento desaparece la insania, pasando a la figura de la salvaguarda, que ya no es una representación como tal, que no se inscribe en el Registro Público y que no actúa en nombre o por la persona con discapacidad, sino que, ahora por medio del proceso de salvaguarda se determina el grado de apoyo que requiere la persona y mediante un tercero de confianza y a solicitud de la misma persona con discapacidad, la persona recibe el apoyo que requiere para tomar sus propias decisiones y entendiendo los efectos jurídicos de sus deberes y obligaciones con los actos y contratos que realice.

Al no contar con un representante como tal y al no modificar expresamente las normas de capacidad de actuar que señala del Código Civil, ni tampoco modificar la normativa a nivel de Derecho Notarial o Procesal Civil en cuanto a verificar la capacidad de actuar de las personas en el otorgamiento de actos o contratos o dentro del proceso judicial; se puede entrar en una confusión respecto a la manera en que el Juez o el Notario pueden actuar ante esta situación sin violentar los derechos fundamentales de las personas con discapacidad.

Por ello, es que se realiza un estudio de la normativa y figuras vigentes, analizando de una mejor manera y de forma conjunta las situaciones y cómo podrían proceder los Jueces Civiles en Procesos Monitorios Dinerarios (sin que se tenga que limitar a éste) y los Notarios, cuando estén ante una persona con discapacidad.

II. Proceso de salvaguarda, cambio de paradigma y sus efectos dentro del proceso monitorio dinerario y en el Derecho Notarial.

a. Sección primera: Discapacidad y cambio

de paradigma.

Con la entrada en vigencia de la Ley 9379 de Promoción de Autonomía Personal para las Personas con Discapacidad; en el año 2016; en Costa Rica se inició un proceso para el cambio de paradigma, pasando a la historia como el primer país en garantizar en su normativa que a ese grupo poblacional se le reconozca como personas ante la ley en igualdad de condiciones con las demás. Al eliminar la figura de la curatela y pasar a un sistema de apoyos por medio del instituto de la salvaguardia, se constituyó uno de los mayores adelantos jurídicos y sociales en pro de los derechos de las personas con discapacidad, contribuyendo a que ya no sean más objetos del Derecho.¹

El cambio de figura de curatela a salvaguardia, trae consigo el reconocimiento a la persona con discapacidad de su capacidad jurídica; el poder decidir por sí mismo y poder ser sujeto de Derecho, asumiendo obligaciones y deberes que la ley le imponga. No obstante, lo anterior, y como todo proceso social, requiere del pasar del tiempo para poder comenzar a ver sus efectos y poder validar los principales efectos que el cambio de normativa trajo a la sociedad costarricense.

Dentro de los primeros efectos, se puede determinar, que no todas las discapacidades son iguales; que dentro de los diversos tipos de discapacidades se cuenta con diversos grados y que cada día puede ir aumentando el número de trastornos, enfermedades o accidentes que hacen que una persona pueda estar protegida o contemplada dentro de los efectos de esta normativa.

Lo anterior quiere decir, que la normativa le ha devuelto su autonomía y dignidad un gran número de personas que no podían decidir por sí mismos sobre sus bienes, derechos y obligaciones, tanto personales como patrimoniales y que en muchas ocasiones sufrían

de agresiones psicológicas, físicas y económicas. Este grupo de personas, con un apoyo menos intenso, pueden comprender y desarrollarse dentro de su entorno por sí mismos, dando ese cambio de paradigma que se buscaba con la normativa, logrando devolver la condición de persona a este grupo y con ello reconocer sus derechos humanos.

No obstante lo anterior, y de acuerdo al grado de discapacidad así va ser el grado de apoyo o cooperación que requiera la persona con discapacidad, por parte del garante o de la salvaguardia; sin embargo, ese grado de ayuda lo va a determinar el propio Juez de Familia dentro del proceso de salvaguardia respectivo y de conformidad, básicamente, con dos aspectos fundamentales; el primero, con los dictámenes médico forenses y de trabajo social que se desarrollan en el proceso; el segundo con la audiencia que se desarrolla en el Juzgado de Familia con la personas con discapacidad² siendo esta actuación la más importante del proceso y la que mejor perspectiva le puede brindar al juzgador, respecto del grado de colaboración que eventualmente requeriría el solicitante o la persona con discapacidad.

Ahora bien, si los dictámenes médico forenses concluyen que una persona no puede por sí mismo ni con ayuda de terceros tomar decisiones o comprender aspectos económicos, contractuales, legales o personales de su vida cotidiana; entendida esta como una persona con discapacidad que se encuentre en situación de compromiso del estado de conciencia³, siendo estas aquellas personas que enfrenten barreras que impiden la comunicación, y que aún con la utilización de apoyos diversos y ajustes razonables, no se logra establecer su comunicación e interacción con el entorno; y que por el mismo tipo o grado de discapacidad; la audiencia ante el juez no se puede realizar o se realiza pero sin poder determinar con claridad si la persona con discapacidad está compren-

¹ (www.escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr, 2023)

² (Discapacidad L. p., 2023)

³ (Discapacidad R. a., 2023)

diendo el fin de la audiencia, o más grave, si el juez no logra determinar o comprender las manifestaciones que realiza la persona con discapacidad. En este caso, el juzgador debería ordenar apoyo o ayuda más intensa por medio del garante⁴.

Para esta instancia es necesario recordar que a diferencia de la curatela; la salvaguarda no es una representación de la persona con discapacidad⁵; no es factible ni viable que el garante o salvaguarda sea un apoderado o representante; no se debe comprender que el garante sea una persona que actúa en nombre de otra; más bien debe entenderse que la salvaguarda es una ayuda o colaboración para que la persona con discapacidad pueda tomar su propia decisión y realizar sus propios actos con la ayuda de un tercero para comprender y asimilar mejor los efectos y obligaciones en las que incurre la persona con discapacidad dentro de un negocio u acto jurídico en particular.

Ubicándonos en el grupo de personas con discapacidad que se encuentran en situación de compromiso del estado de conciencia; el tema de la no representación de un garante o salvaguarda, tiene implicaciones de gran espectro en las áreas del Derecho Notarial y de los distintos procesos judiciales; esto porque tanto los notarios públicos, como los Jueces; en cada uno de las labores deben verificar la capacidad de actuar de las personas usuarias. No es que los demás grupos no se vean afectados, sin embargo, las demás discapacidades permiten que la persona, con ayuda de un tercero de confianza, puedan entender los actos y contratos, así como los efectos que estos generen; mientras que el primer grupo, no pueden llegar a entender esas situaciones.

b. En el ámbito judicial de procesos civiles (Monitorio dinerario)

Un deudor que contrae su obligación y du-

rante el plazo de la misma, por enfermedad o por accidente, el mismo llega a tener una discapacidad, siendo una persona con discapacidad que se encuentre en situación de compromiso del estado de conciencia, la cual haga que no pueda cumplir con sus obligaciones y estas lleguen a proceso de cobro judicial, se va encontrar con dificultades para poder hacer frente a la defensa su caso.

Lo anterior porque normalmente los familiares de este grupo de personas desconocen la obligación hasta que se les notifica el cobro judicial, también porque antes de esa notificación no han visto la necesidad de establecer un proceso de salvaguarda, y por último por cómo pueden informar al juez de cobro judicial de la condición de la persona con discapacidad en situación de compromiso del estado de conciencia; dado que no se les toma como parte interesada ni legítima en el proceso; situaciones que anteriormente con una curatela inscrita podría solventarse de una manera más rápida al existir una representación de la persona afectada.

Sumado a lo anterior, para el proceso monitorio dinerario el plazo para contestar es sumamente corto (cinco días) y con defensas limitadas, en relación a que la persona con discapacidad y/o sus familiares puedan asesorarse y acudir al proceso de salvaguarda para tratar de dar respuesta a dicha demanda de cobro judicial dentro del plazo judicial establecido. Esto porque la persona con discapacidad que se encuentre en situación de compromiso del estado de conciencia es una persona que por sí mismo, no está en posibilidad de dar información, documentación, su versión de los hechos ni puede firmar la contestación y tampoco ha sido de recibo por los juzgadores el que un familiar conteste la demanda de cobro explicando el grado de discapacidad de éste, dado que no les tienen como legitimados en el proceso.

Lo anterior, puede acarrear que dentro del proceso judicial, el demandado no proceda con la contestación de la demanda y por

4 (Discapacidad R. a., 2023)

5 (www.escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr, 2023)

parte de la autoridad judicial se tenga al demandado por notificado sin contestación y que la resolución intimatoria cobre sus efectos.

Sin embargo, consideramos que con la posibilidad de que la persona con discapacidad y su familia puedan contar con una asesoría, sería posible solicitar la nulidad de la notificación de la demanda, esto porque la demanda le fue notificada a una persona que no posee capacidad de actuar; que dicha falta puede ser objetada en el escrito de contestación de manera fundada; que la Ley de Notificaciones Judiciales en el artículo 5;⁶ prevé que los actos de comunicación deben efectuarse de manera comprensible y accesible a la persona destinada con discapacidad, considerando las particularidades de cada una y garantizando el ejercicio de sus derechos en igualdad de oportunidades. La misma normativa en el artículo 6,⁷ señala que cuando la cédula de notificación sea para una persona con discapacidad, la misma deberá ir acompañada de un formato accesible; en igual sentido la Circular 3-2018 “Sobre la obligación de notificar a las personas con discapacidad, conforme a sus necesidades específicas”; donde el Consejo Superior del Poder Judicial en sesión 112-17 del 14 de diciembre de 2017⁸ y bajo recomendación de la Defensoría de los Habitantes dispuso la obligación de notificar a las personas con discapacidad conforme a sus necesidades específicas, ello fundado en el artículo 14 de la ley 7319 y artículo 32 del Decreto Ejecutivo 22266-J; siendo que el sentido de las normas es que la persona que recibe la notificación pueda tener y entender la situación que enfrenta y poder hacerle desarrollar una defensa de sus derechos en igualdad de condiciones.

Nótese que se solicitaría la nulidad de la notificación inicial, no por la nulidad misma; sino porque existe un vicio en la capacidad de actuar del demandado, al no contar con la

capacidad cognitiva, para comprender la importancia y efectos de ese acto de comunicación; lo cual trae consigo que no pudiera contestar la demanda y como tal los efectos de la resolución intimatoria se aplicarían de manera inmediata.

Esta solicitud de nulidad deberá ir acompañada del escrito de la contestación de demanda suscrita y fundamentada por la persona nombrada como salvaguarda o garante en el proceso de familia o bien por un familiar o persona cercana del demandado; realizando la contestación basándose en la información que éstos puedan recabar, dado que el deudor no estaría en posibilidad de brindar la información necesaria para hacerlo por sí solo.

En relación con lo anterior, nos parece más prudente que la persona que pueda contestar la demanda de cobro judicial de una persona que tiene comprometido su estado de conciencia, sea el garante o el salvaguarda nombrado en el proceso de familia, que si bien es cierto normalmente las personas no tienen establecido dicho proceso; se puede solicitar el inicio del mismo junto con la solicitud de medida cautelar urgente del nombramiento de un salvaguarda provisional para la contestación del proceso de cobro; dado que se debe contestar la misma en un periodo corto.

Ahora bien, se podría considerar la posibilidad de que una persona cercana al demandado, demostrando o dando indicios del grado de discapacidad en que se encuentra el demandado, pueda realizar la contestación y luego entablar el proceso de salvaguarda; esto porque el artículo 21.1 del Código Procesal Civil⁹ señala que la parte legítima es aquella que alegue tener o a quien se le atribuya una determinada relación jurídica con la pretensión; siendo entonces que si el familiar o persona cercana del deudor-demandado, la cual es una persona con una discapacidad cognitiva, tiene una

6 (Judiciales, 2023)

7 (Judiciales, 2023)

8 (Judicial, 2023)

9 (Civil C. P., 2023)

relación jurídica con las pretensiones del proceso, debería tenersele como parte legítima en el mismo; esto relacionado con el artículo 19.2 del Código Procesal Civil¹⁰, en donde la falta de capacidad puede ser objetada por simple alegación de las partes en cualquier momento del proceso, esto con el fin de proteger el debido proceso y no dejar al demandado en clara indefensión en contra de los derechos humanos del mismo.

Asimismo y estando en dicha situación, una forma de eventual defensa de la persona con discapacidad, se podría fundamentar en los artículos 21.2 y 19.2 del Código Procesal Civil, donde indica que la falta de capacidad puede ser objetada por simple alegación de las partes en cualquier momento del proceso y que dentro del proceso se podrá plantear la solicitud para determinar o completar la capacidad o legitimación, cuando se desconoce o no se tiene certeza sobre la persona a quien se propone demandar. Si bien, la intención del artículo es sobre personas que se desconocen o no se tiene certeza para demandarlas; lo cierto es que la redacción del artículo permitiría, bajo el principio de buena fe procesal y principio del debido proceso, solicitar al juez que se debe determinar o completar la capacidad de la persona con discapacidad; esto dado que se puede citar a cualquier persona a declarar bajo juramento sobre los hechos referentes a la capacidad y legitimación; ordenando los tribunales las medidas necesarias para efectuar esa verificación; razón por la cual se podría solicitar en el escrito de contestación la valoración por medio de medicatura forense o bien por un perito a cargo de las partes; que pueda dar un criterio objetivo de la posibilidad de la persona demandada para hacer frente a los procesos judiciales.

La solicitud de valorar al demandado por medio del Departamento de Medicatura Forense, solicitada por el Juez de Cobro Judicial, no sería extraña ni fuera de su competencia; dado que como se indicó y lo res-

palda el Código Procesal Civil, el juez está en la obligación de determinar la capacidad de las partes dentro del proceso y éste puede citar a cualquier persona a declarar bajo juramento sobre los hechos referentes a la capacidad y legitimación de las partes; ordenando incluso las medidas necesarias para efectuar esa verificación; dentro de lo que cabría la valoración por parte del Departamento de Medicatura Forense del demandado; suspendiendo el proceso de cobro hasta no contar con dicho dictamen. De esta forma, se ha realizado en la materia de Tránsito¹¹, donde luego de un accidente vehicular con daños materiales, el Juzgado de Tránsito solicita al conductor que se presente a brindar la declaración y hacer frente al proceso respectivo; sin embargo si a causa del accidente el conductor se ve afectado con una discapacidad cognitiva, por lo que los familiares explican la situación al juzgado y solicitan que se realice la valoración al Departamento Médico Forense para que sea este el que brinde el criterio para saber si el mismo puede o no hacer frente al proceso judicial; siendo que el Juez de Tránsito realiza la solicitud a Medicatura Forense, el conductor es valorado y se determina si puede o no hacer frente al proceso judicial, contando para ello con un dictamen objetivo.

Una vez que se cuente con los dictámenes respectivos y comprobándose el grado de discapacidad del demandado; sería posible analizar el nombramiento de un Curador Procesal a costa del actor para que se le notifique como corresponde al demandado y pueda éste hacer frente al proceso velando por los derechos e intereses de la persona con discapacidad; o bien se cuente con el nombramiento de un salvaguarda provisional bajo medida cautelar en el proceso de salvaguarda.

El análisis anterior, nos deja la posibilidad de poder llevar a término un proceso judicial sin

10 (Civil C. P., 2023)

11 Resolución No 2022000098 emitida por el Juzgado Contravencional de Turrialba (Materia Tránsito) a las 10:21hrs del 18 de marzo de 2022, dentro del expediente 21-000338-1008-TR

violentar los derechos de las personas con discapacidad, sin violentar derechos humanos de este grupo de personas y sin violentar normas procesales; utilizando las normativas ya existentes.

c. En el ámbito Notarial.

En relación con la dinámica del Derecho Notarial, la complejidad para las personas con discapacidad que se encuentren en situación de compromiso del estado de conciencia se determina en el tanto y cuando el Notario Público tiene la obligación legal de verificar y comprobar la capacidad de actuar de las personas que se apersonan a solicitar sus servicios, esto por rezo de la norma 40 y 129 del Código Notarial¹². Siendo entonces que es deber del Notario otorgante el realizar la apreciación de la capacidad de actuar del otorgante entendido esta como la capacidad que describe el artículo 41 del Código Civil¹³; en razón que los actos o contratos que se realicen sin capacidad volitiva y cognitiva serán relativamente nulos, salvo que la incapacidad esté declarada judicialmente, para cuyo caso serán absolutamente nulos.

De esta forma, le corresponde al Notario analizar e interpretar esa redacción del artículo 41 del Código Civil en relación con los artículos 36, 627 y 628 de la misma norma¹⁴; dado que textualmente habla del término “incapacidad declarada judicialmente”; refiriéndose a las personas que no tienen capacidad volitiva y cognitiva; sin embargo, en la actualidad, con normativa más moderna en el tema; se entiende que la palabra “discapacidad” e “incapacidad” son términos que aunque parezcan semejantes o sinónimos, o bien tengan alguna similitud, no lo son.

La incapacidad es un concepto que se utiliza en el ámbito laboral, y que se refiere al caso en el que un trabajador no cuenta con la capacidad necesaria para desarrollar un

trabajo. En cambio, la discapacidad es un término más extenso, que hace alusión no solo a la capacidad de la persona en el plano laboral, sino en su vida personal. Una discapacidad es una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, que se prevé que sea permanente y que dificulta la participación normal de una persona en la sociedad en las mismas condiciones que el resto de las personas. Una incapacidad es aquella situación en la que un trabajador está impedido para desarrollar su actividad laboral, y recibe o ha recibido asistencia de la Seguridad Social. La incapacidad puede deberse a una enfermedad o a un accidente.¹⁵

Esa declaración judicial de la “incapacidad” que señala el Código Civil, debe entenderse en la actualidad, también, como discapacidad; dado que el sentido de la norma es establecer las reglas en el tanto y cuando los actos o contratos que se realicen sin capacidad volitiva y cognitiva serán relativamente nulos, salvo que esa falta de capacidad volitiva y cognitiva esté declarada judicialmente; siendo que la falta de capacidad volitiva y cognitiva puede deberse a distintos factores y no solo a una discapacidad, sin embargo hay un conjunto de discapacidades que afectan la capacidad volitiva y cognitiva, siendo que si esta es declarada por un juez; el acto y contrato que realice sería absolutamente nulo.

En relación con la Ley de Promoción de Autonomía Personal para las Personas con Discapacidad; la falta de capacidad volitiva y cognitiva la podría determinar el juez de familia por medio del Proceso de Salvaguardia, ya que si bien el fin del proceso no es precisamente declarar faltas de capacidad de la persona; dentro del trámite del proceso se puede llegar a demostrar objetivamente, que la persona con discapacidad no cuenta con la posibilidad por él mismo ni con apoyo de terceras personas o con adecuaciones del ambiente para poder comprender o asimilar los derechos y obligaciones a que se

12 (Notarial, 2023)

13 (Legislativa)

14 (Legislativa)

15 (Gil, 2023)

comprometería con el acto o contrato que se pretenda perfeccionar; siendo entonces que el juez de familia puede autorizar al garante o al salvaguarda correspondiente a otorgar determinado acto o contrato por la persona con discapacidad que se encuentre en situación de compromiso del estado de conciencia debidamente comprobado.

Puede considerarse que una vez recopilados los dictámenes médicos y de trabajo social correspondientes dentro del proceso de salvaguarda, y de conformidad con el Reglamento a la Ley, en su artículo 8¹⁶; donde establece que los apoyos en el ejercicio de la capacidad de actuar serán de diversa intensidad, de menos o más intensos de acuerdo con la situación concreta, en virtud de las disposiciones que para estos efectos contiene la Ley N° 9379, así como dicho reglamento y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, según corresponda.

Dispone el mismo reglamento y a manera aclaratoria o explicativa; que un apoyo más intenso podría ser el que brinde la persona garante a una persona con discapacidad que se encuentre en situación de compromiso del estado de conciencia debidamente comprobado, quien podrá consentir para un acto concreto. Ante el supuesto de una persona con discapacidad que se encuentre en situación de compromiso del estado de conciencia; la determinación del apoyo intenso y la forma en que se brinda, siempre tendrá que tener como fundamento la voluntad y preferencias, para ello se puede recurrir a procedimientos multidimensionales, tales como trayectoria de vida o historia familiar, el contexto social, e incluso a las manifestaciones expresas que la persona hubiese realizado con anticipación a recibir este tipo de apoyo. Un apoyo medianamente intenso, será por ejemplo, el firmar conjuntamente ante notario o en gestiones administrativas.

Y es bajo esta línea de principio que el No-

tario, en su labor preescrituraria debe realizar los actos necesarios a su alcance para determinar esa capacidad cognitiva de los comparecientes; tomando en cuenta que ni la Ley de Promoción de Autonomía Personal para las Personas con Discapacidad ni la Ley de Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad, realizan alguna modificación a las obligaciones del Notario dictadas expresamente en el Código Notarial ni en el Código Civil; pero que el Reglamento a la Ley Promoción de Autonomía Personal¹⁷ para las Personas con Discapacidad; hace una pequeña reseña o guía para comprender que de acuerdo a lo que determine el juez en el proceso de salvaguarda, en relación con la intensidad del apoyo que requiere la persona con discapacidad así será la comparecencia en la escritura pública que otorgue el Notario.

No obstante, lo anterior y a raíz de consultas realizadas por algunos Notario Públicos al Consejo Superior Notarial en relación con la intervención de personas con discapacidad en procesos descritos en el artículo 129 del Código Notarial; la Dirección Nacional de Notariado, en el mes de agosto del 2023, publica el Acuerdo Tercero del ACTA ORDINARIA DNN-CSN-ACTA-017-2023. Acta correspondiente a la sesión ordinaria número diecisiete del Consejo Superior Notarial, celebrada en las oficinas de la Dirección Nacional de Notariado (en adelante DNN), al ser las diez horas con veinte minutos del nueve de agosto de dos mil veintitrés; en donde deja ver que dicha dependencia considera que la normativa promulgada en favor de las personas con discapacidad no modifica expresamente el Código Notarial y como tal no se elimina ni modifica la necesidad y obligación del notario de comprobar la capacidad de actuar de las personas cuando llegan a solicitar su servicio.

A partir de la lectura del acuerdo de la Dirección Nacional de Notariado, se puede indicar que el ente regulador de la función no-

16 (Discapacidad R. a., 2023)

17 (Discapacidad R. a., 2023)

tarial hace una interpretación en un sentido estricto, restrictivo y literal de las normas de capacidad y competencia de las personas; dado que el Consejo Superior Notarial señala que la capacidad de actuar, esa capacidad volitiva y cognitiva debe entenderse como cualquier causa impeditiva que limite o imposibilite a las personas comprender las consecuencias legales y patrimoniales del acto jurídico, así como manifestar su conformidad de forma libre y consciente, de manera que, si el notario considera que alguno de los comparecientes o interesados carecen de capacidad cognoscitiva o volitiva en los términos dispuestos por el ordenamiento, deberá abstenerse de autorizar el acto o tramitar la gestión. Sin embargo, el acuerdo no toma en consideración el análisis de otras normativas como el Reglamento a la Ley Promoción de Autonomía Personal para las Personas con Discapacidad; ley que es basada en normativa internacional (La Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad), donde expresamente en el artículo 8; indica que un apoyo medianamente intenso por parte del garante o de la salvaguarda permite a la persona con discapacidad firmar de manera conjunta los contratos ante Notario Público.

Lo anterior, puede traer contradicciones a los notarios públicos en sus labores; dado que al momento de verificar la capacidad de actuar de una persona, si se llegare a determinar que tiene una discapacidad, pero que con ayuda o colaboración de una tercera persona de su confianza, éste llega a comprender y a aceptar los derechos y obligaciones que se le está imponiendo en el acto o contrato que otorga el notario y que ésta persona cuenta con una resolución judicial donde se autoriza al garante o salvaguarda a firmar de manera conjunta con la persona con discapacidad ante notario público; la comparecencia en la escritura debería incluir entonces a esta persona con discapacidad y no el abstenerse de realizar el acto o contrato; yendo en contra de los derechos fundamentales de la persona con discapacidad.

En el mismo sentido, si se tratara de actos o contratos donde median bienes registrables de personas con discapacidad, que se encuentren en situación de compromiso del estado de conciencia debidamente comprobado, que requiera de un apoyo más intenso por medio del que brinde la persona garante, estando éste autorizado por el juez para consentir un acto concreto; ante este supuesto, la comparecencia en la escritura no será de la persona con discapacidad que se encuentre en situación de compromiso del estado de conciencia. Respetando la normativa que regula la abstención de realizar actos y contratos si el notario determina que el compareciente no cuenta con capacidad de actuar; sino que se determina que requiere de un apoyo más intenso, la forma correcta sería por medio del consentimiento del garante en la escritura, tomando en cuenta el notario la resolución judicial donde se valoró estas circunstancias y basada, siempre, la resolución en la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad. Para ello se puede recurrir a procedimientos multidimensionales, tales como trayectoria de vida o historia familiar, el contexto social, e incluso a las manifestaciones expresas con anticipación a recibir este tipo de apoyo. Siendo de este modo que la comparecencia en la escritura pública, sería del garante debidamente autorizado con la resolución del proceso de Salvaguarda que así lo determine y basada en el nivel de apoyo que requiere la persona con discapacidad, tomando en consideración factores multidisciplinarios que incluyen las manifestaciones de la persona antes de sufrir su accidente o estar con discapacidad.

Es necesario aclarar que la publicación del acuerdo del Consejo Superior Notarial, no indica la posibilidad de comparecencia conjunta, del garante y la persona con discapacidad, o bien la comparecencia sólo del garante, ordenada mediante resolución judicial en el proceso de salvaguarda; basado en la normativa expuesta anteriormente; sin embargo si ratifica, el acuerdo, que los no-

tarios deben abstenerse de realizar los actos en que comparezcan las personas con discapacidad que se encuentre en situación de compromiso del estado de conciencia; también indica que el criterio de capacidad que debe valorarse por parte del notario no debe limitarse solo a una persona con discapacidad, sino que debe entenderse como cualquier causa impeditiva que limite o imposibilite a las personas comprender las consecuencias legales y patrimoniales del acto jurídico, así como manifestar su conformidad de forma libre y consciente.

Conclusiones.

La Ley 9379 de Promoción de Autonomía Personal para las Personas con Discapacidad; introdujo un cambio fundamental en el reconocimiento de derechos y deberes de las personas con discapacidad; al reconocer la capacidad de actuar de las mismas, en igualdad de condiciones con su entorno; esto hace que la persona con discapacidad pueda tomar sus propias decisiones.

La Ley 9379 y su Reglamento establecen diferentes grados de apoyo para la persona con discapacidad, dependiendo del grado de discapacidad que ésta presente.

El término discapacidad no es igual a incapacidad, aunque algunas normativas las confundan.

En un proceso de monitorio dinerario, donde el demandado es una persona con discapacidad que no cuenta con un proceso de salvaguarda, el juez civil puede ordenar la valoración por parte del Departamento Médico Forense, y determinando la existencia y grado de discapacidad del demandado con ello poder ordenar la presencia de un curador procesal que vele por los derechos del demandado o bien suspender el proceso de cobro, hasta que se cuente con un garante en un proceso de salvaguarda.

Una vez demostrada, dentro del proceso de cobro, la discapacidad del demandado

que impida a éste conocer y entender sus derechos y obligaciones; se debe declarar la nulidad de la notificación y las actuaciones posteriores; con el fin de que el garante o el curador puedan dar una contestación al proceso velando por los derechos de la persona con discapacidad.

El Consejo Superior Notarial publicó el Acuerdo Tercero del ACTA ORDINARIA DNN-CSN-ACTA-017-2023; donde recalca la necesidad legal del notario de comprobar la capacidad del actuar de los comparecientes y el deber de abstenerse de otorgar la escritura, para el caso que no se cuente con la misma.

Con base en la resolución judicial, del proceso de salvaguarda, y tomando en cuenta el grado de apoyo que requiera la persona con discapacidad y que la misma resolución ordene, es posible para el notario otorgar el acto o contrato de personas con discapacidad, en su protocolo.

Dependiendo del grado o intensidad del apoyo que requiera la persona con discapacidad; la comparecencia en la escritura sería de manera conjunta con el garante que se ordene en el proceso de salvaguarda, o bien podría ser únicamente la comparecencia del garante consintiendo la actuación ordenada en el proceso de familia. Lo anterior, cumpliendo con la normativa que regula el deber de verificar la capacidad de actuar de las personas que solicitan los servicios de un notario público.

El poder contar con una manera más eficiente de ejecutar las pólizas de seguro, en las obligaciones de las personas con discapacidad que no puedan seguir con el pago de su deuda luego de un accidente; sería una solución básica, rápida y económica, tanto para el deudor como para el acreedor. La gran mayoría de obligaciones cuenta con el pago y protección de un seguro de vida que cubre la discapacidad permanente y muerte; sin embargo, la mayoría de las aseguradoras solicita presentar la certificación de pensión por incapacidad y eso lle-

va mucho tiempo, en el peor de los casos, años; y en todo ese tiempo los familiares de las personas con discapacidad deben ver cómo hacer frente a dichas obligaciones. Es necesario poder ejecutar el seguro de vida para respaldar las deudas de manera más eficiente, como por ejemplo que un equipo médico de la misma aseguradora verifique el estado de discapacidad del tomador del seguro y no esperar a que la certificación de pensión se dé; esto haría posible que el deudor cubra su obligación ante el acreedor y que la aseguradora cubra el pago del seguro, que el deudor estuvo pagando mientras pagaba su cuota puntual al crédito.

Bibliografía.

Asamblea Legislativa. Ley N° 63. Código Civil

Asamblea Legislativa. Ley N° 9342. Código Procesal Civil

Asamblea Legislativa. Ley N° 9379 Ley para Promoción de la Autonomía Personal de las Personas con Discapacidad

Asamblea Legislativa. Ley N° 8687 Ley de Notificaciones Judiciales

Asamblea Legislativa. Ley N° 7764 Código Notarial

Consejo Superior del Poder Judicial, Poder Judicial. circular N° 50-2021 y CIRCULAR N° 206-2021 "Guía práctica de comunicaciones judiciales, la cual lleva adjunta las "Reglas generales que contemplan la Ley de Notificaciones Judiciales"

Escuela Judicial (2023). ABC del Proceso de Salva Guardia. https://escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr/images/bibliotecavirtual/Discapacidad/12_ABC_Proceso_Salvaguardia.pdf

Presidencia de la República, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y El Ministro de Justicia y Paz. Decreto N° 41087 - MTSS. Reglamento a la Ley para Promoción de la Au-

tonomía Personal de las Personas con Discapacidad

Gil, M. (2023). Dudas Legislativas. <https://dudaslegislativas.com/laboral/diferencia-discapacidad-incapacidad/>

COMPARACIÓN ÉTICA ABOGADIL - ÉTICA NOTARIAL.

COMPARISON OF LAWYER ETHICS - NOTARIAL ETHICS.

I PARTE.

Nota de la editora: Por la extensión de este artículo se ha dividido en dos partes sólo para efectos de la publicación y continuará en una próxima edición, siendo que el formato de revista requiere de otros autores y artículos, para evitar que se convierta en una monografía.

DR. ALBAN BONILLA SANDÍ

- Licenciado en Filosofía, Universidad de Costa Rica.
- Doctor en Derecho, Universidad Escuela Libre de Derecho.
- 43 años de docencia universitaria (UNA-UCR-UELD) en los campos de la Filosofía de la Educación, Filosofía del Derecho, Realidad Nacional, Ética Profesional (en diferentes campos profesionales), Derecho de Familia y Teoría General del Derecho, entre otras.
 - Catedrático de la Universidad Nacional y de la Escuela libre de Derecho.
- Ha sido Decano de la Facultad de Filosofía y Letras de la UNA, Presidente de Carrera Académica de la UNA, Presidente y Secretario Ejecutivo del Consejo de Facultades Humanísticas de Centroamérica, Director Académico del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica, Director Ejecutivo de la Unidad de Rectores de Universidades Privadas de Costa Rica (UNIRE), Director Ejecutivo del Sistema de Acreditación de Carreras Universitarias Privadas (SUPRICORI) y Coordinador de la Comisión de Ética del Consejo Superior Notarial.

7



COMPARACIÓN ÉTICA ABOGADIL - ÉTICA NOTARIAL.

COMPARISON OF LAWYER ETHICS - NOTARIAL ETHICS.

Resumen:

Este trabajo es un estudio comparativo, desde la perspectiva deontológica, entre dos profesiones: la abogacía y el notariado público. Se hace un contrapunto entre ambas, se señalan las diferencias y cómo éstas pueden entrar en colisión. Finalmente se concluye que es conveniente separarlas, como sucede en otros sistemas en donde resulta incompatible ser abogado y notario.

Abstract:

This work is a comparative study, from a deontological perspective, between two professions: the legal profession and the public notary. A counterpoint is made between the two, the differences are pointed out and how they can collide. Finally, it is concluded that it is convenient to separate them, as happens in other systems where it is incompatible to be a lawyer and a notary.

Palabras clave.

Imparcialidad-parcialidad. Fe pública. Comparecientes-rogantes- Obligación de resultados- obligación de medios- Dirección Nacional de Notariado-Juzgado Notarial-Fiscalía Colegio Abogados.

Keywords.

Impartiality-partiality. Public faith. Appearing - supplicants - Obligation of results - obligation of means - National Directorate of Notaries - Notarial Court - Prosecutor's Office College of Lawyers.

Sumario.

- I. Introducción. II. Comparación deontológica entre notarios y abogados.
 - a. Los requisitos morales para el ejercicio de la abogacía y del notariado son diferentes.
 - b. Inhabilitación por pérdida de la condición de abogado.
 - c. Ambas profesiones operan por delegaciones diferentes.
 - d. Imparcialidad
 - e. ¿En qué consiste la imparcialidad?
 - f. Imparcialidad según el tipo de negocio
 - g. Imparcialidad e incompatibilidades
 - h. Imparcialidad y libre elección
 - i. Imparcialidad y salario (independencia)
 - j. Imparcialidad, poder económico y tráfico masivo
 - k. Imparcialidad activa
 - l. Imparcialidad y secreto profesional
 - m. Imparcialidad no significa neutralidad
- III. Bibliografía.

I. Introducción.

Cuando se habla de abogacía y notariado, se hace referencia a dos profesiones diferentes con funciones diferentes, deontología diferente, control disciplinario diferente y que requieren formación académica diferente, aunque conexas.

En Costa Rica, donde el Derecho tiene influencia románica, la profesión de abogado se organiza y controla sobre una base corporativa y no asociativa, y el notariado, que pertenece al sistema de notariado latino, se organiza, más bien sobre una base administrativa. Por eso los sistemas de fiscalización y control son diferentes, como también lo son

sus exigencias deontológicas.

Desde luego que cuando se discurre sobre deontología, entendida como el conjunto de normas morales que presiden el ejercicio de una profesión, se alude a una ciencia que ha desarrollado una parte general (referida al conjunto de las profesiones), y una parte especial (referida a cada una de las profesiones). La funcionalidad y naturaleza de la profesión de abogado y notario, su afinidad y conexidad, determinan la existencia de semejanzas deontológicas entre ambas profesiones, y también diferencias, incluso contradicciones. En algunos casos, dichas semejanzas las comparten con otras profesiones; en otros son semejanzas propias de las profesiones jurídicas, derivadas de su afinidad. No hay que perder de vista que no solamente los abogados y notarios son operadores jurídicos.

Existen dos principios deontológicos que deben observar todas las profesiones (médicos, ingenieros, abogados, notarios, periodistas, veterinarios, etc.) y son el principio de probidad, y el principio de actuar según ciencia y conciencia.

Nos proponemos exponer los principios propios de dos operadores jurídicos: abogados (entendidos como litigantes) y notarios, pero no de otros operadores jurídicos como asesores, docentes, jueces, fiscales, etc.

Algunos principios son propios de funciones como la función jurisdiccional tales como la certeza, el tiempo, la imparcialidad, el deber de residencia. Otros son propios de los fiscales, que no solamente representan la pretensión punitiva del Estado, sino que deben actuar movidos por el principio de justicia y no de venganza y, en ese sentido, deben investigar la verdad real para actuar en consecuencia.

Otros principios están relacionados con la función del litigante: el principio de lealtad procesal, de fidelidad entendida como parcialidad, de igualdad de trato, de buscar la

mejor solución, de evitar la compra del pleito, de evitar la dicotomía (reparto de honorarios entre los que no son abogados), etc.

Igualmente existen principios propios de la función notarial como el de imparcialidad, disciplina, orden, carácter rogado de la función, oficina abierta al público, fe pública, etc.

En Costa Rica, tanto la abogacía como el notariado presentan sus propias patologías: hay abogados y notarios que no cumplen con sus deberes morales ni jurídicos, y por esa razón se han organizado, al menos, dos sistemas de fiscalización. Los jueces tienen, además, sistema de fiscalización en el Poder Judicial.

Precisamente los sistemas de fiscalización y control apuntan a corregir estos aspectos. De esta forma el Colegio de Abogados y Abogadas, la Dirección Nacional de Notariado, el Juzgado Notarial y el Tribunal Notarial asumen una función pública; en el primer caso por delegación del Estado, en los otros casos por control directo del Estado. El ejercicio del control profesional es una función que, en forma primigenia, le corresponde al Estado, y que éste, en la mayor parte de los casos, delega en los colegios profesionales, que son entes públicos **NO** estatales; **salvo en el caso de los notarios que es la única profesión controlada directamente por el Estado**. Este hecho constituye, hasta hoy, una particularidad costarricense, pues en otros países donde rige el notariado latino existen colegios de notarios, o colegios de abogados y notarios.

Los datos indican que quienes ejercen la función notarial están más expuestos a incurrir en faltas de diversa índole que quienes ejercen la función abogadil. Esto tiene que ver con varias hipótesis: el volumen de operaciones notariales es indudablemente mayor que la cantidad de casos atendidos por los abogados, pues las personas necesitan cotidianamente del notario para el tráfico común, consensuado. Obviamente el riesgo que tie-

nen los notarios de cometer una falta es mayor que el que tienen los abogados. Por otro lado, mientras los abogados operan usualmente en presencia de conflictos, los notarios operan donde hay acuerdos, y hay más cantidad de acuerdos que de conflictos. A pesar de que la cantidad de notarios es (y con el actual sistema seguirá siendo) menor que la cantidad de abogados, el ejercicio del notariado requiere de sumo cuidado, pues la cantidad de detalles que hay que cuidar es muy grande y cambiante. Por esa razón los notarios pueden caer fácilmente en errores sancionables, que muchas veces tienen origen técnico y no moral. Asimismo, los notarios, por estar insertos directamente en el tráfico mercantil cotidiano, están más expuestos que los abogados a las tentaciones, por lo que deben tener bases morales más sólidas. A esto hay que agregar que los notarios tienen más fiscales naturales que los abogados y por eso sus faltas son percibidas con mayor facilidad.

Aunque hay estadísticas sobre aspectos disciplinarios, tanto en el Colegio de Abogados y Abogadas como en la Dirección Nacional de Notariado, éstas solamente reflejan los **efectos** de la patología profesional. No hay estudios sobre las **causas** de tal patología que permitan un diagnóstico y, en consecuencia, un planteamiento científico para solucionar el problema de la patología profesional. No es recomendable seguir planteando soluciones solamente sobre la base del análisis de discurso, como se hace en este trabajo, pero para asumir otros enfoques se requiere, precisamente, de financiamientos como el indicado.

Desde luego que las patologías son distintas, porque distintas son las funciones y los principios deontológicos que las informan, a pesar de los elementos en común que, evidentemente, puedan tener las diferentes ciencias jurídicas.

En este trabajo interesa señalar las diferencias deontológicas (en sus diferentes expresiones) que pueden existir entre la normativa

y la práctica de la abogacía y del notariado, a efecto de plantear algunas soluciones que puedan servir para lograr un mayor nivel deontológico y técnico de ambas profesiones que, en varios aspectos, muestran principios deontológicos contradictorios, lo que puede ser parte de la patología profesional que el gremio de los abogados y notarios sufre.

Antes de hacer la comparación, una advertencia: este es un trabajo de deontología notarial y no de sociología notarial, de modo que no se va a describir cómo **son** los abogados ni los notarios, sino cómo **deben ser** de acuerdo con los fundamentos ideológicos de las normativas que los disciplinan y de la concepción deóntico-jurídica vigente en la juridicidad costarricense.

II. Comparación deontológica entre notarios y abogados.

En este apartado del trabajo se van a establecer algunos contrapuntos deontológicos entre la abogacía y el notariado, lógicamente derivados de su diferente situación ante la sociedad y de su diversa funcionalidad e historia.

Carnelutti es quien más ha insistido en estas ideas, contraponiendo la labor del notario, no ya a la del juez, sino a la del abogado, utilizando para ello la clásica trilogía romana del **cavere, respondere, postulare**: “**Postulare** es la actividad del **defensor**. **Respondere** es una actividad común al **defensor** y al **notario**. En esto, cualquiera se puede dirigir tanto al uno como al otro para la resolución de una **duda jurídica**. **Cavere** es, en fin, la función específica del notario. Y es preciso entender bien en qué consisten su carácter y su dificultad. El negocio puede ocultar en su regazo una litis; ahora bien, entre el abogado y el notario el cometido está distribuido de tal forma que, mientras aquél interviene cuando la litis ya ha estallado o está para estallar, la obra del notario tiende primordialmente a que no estalle; por eso la figura del defensor es diversa de la del notario, más bien inversa. (Rodríguez)

guez Adrados, 1981) (resaltado original)

Para establecer estas diferencias en el ordenamiento jurídico costarricense este estudio se fundamenta en la forma en que están organizadas ambas profesiones y en las normas deontológicas que las diferencian según la normativa vigente, sin que se pretenda ser exhaustivo:

a) Los requisitos morales para el ejercicio de la abogacía y del notariado son diferentes.

1. El **primer requisito** para ser notario es **ser de buena conducta** (artículo 3 inc. a. del Código Notarial), es un requisito deontológico y no técnico, en cambio el primer requisito para ser abogado es técnico y no deontológico (artículo 2 Ley Orgánica del Colegio de Abogados y Abogadas). Los requisitos morales que se le exigen a un notario son mayores que los que se exigen al abogado, según está estipulado en las leyes respectivas. La razón es muy simple: en el notario los aspectos deontológicos están por encima de los técnicos, pues al ser el notariado una función pública, los efectos de sus errores y faltas tienen mayor incidencia en la comunidad que los del abogado. A la idoneidad técnica del notario hay que agregar la idoneidad moral. El notario "es sobre todo un hombre de buena fe, y en lo íntimo de quien acude a él, se busca un consejo jurídico, pero transido de Justicia y de sentido ético, ese sentido ético civil, válido para todos, y que entre todos debemos encontrar para averiguar los puntos fundamentales de la sociedad" (Garrido Cerda, 1995). El ejercicio del notariado se obtiene demostrando la idoneidad moral y se puede perder por razones morales, aunque también técnicas. Por eso, igualmente, el Estado, puede denegar la licencia notarial a quienes no cumplen con este esencial requisito. Cuando se discutió el proyecto de ley del actual Código Notarial (Torres Vicenzi, 1996) quedó así consignado:

"... el notariado es una autorización o facultad que el Estado confiere a ciertas personas y no un derecho propio de estas. /// El ejer-

cicio del notariado es un acto de confianza que el Estado otorga a personas que reúnen ciertos requisitos de capacidad y buen comportamiento. Bien puede negar esa confianza a quien no muestre claridad en sus actuaciones. ¿Por qué retirar esa confianza como se cancelan credenciales o se cancela una concesión o se revoca el nombramiento de un funcionario? No se trata de sanciones en el sentido penal o administrativo, sino de regulación de una facultad otorgada por el Estado. Se persigue mantener la dignidad y prestigio del Notario como persona y profesional de respeto y confianza. Por eso, para evitar equívocos quizá es conveniente cambiar de terminología y en vez de penas o sanciones decir "correcciones".

O sea, la moral es un elemento sustantivo y no adjetivo en la función notarial. Por eso sorprende que en Costa Rica la licencia sea vitalicia, pues mientras se exigen altos estándares morales para conseguirla, no se exigen altos estándares morales para mantenerla, pues, aunque los órganos disciplinarios, sean administrativos o judiciales, a lo sumo pueden suspender a un notario 10 años por falta, pero nunca cancelarle la licencia. Por eso el elemento deontológico que se le exige al notario es **esencial** no adjetivo. "En algunas profesiones, el componente deontológico es uno más a considerar para un correcto ejercicio de la misma, junto con el científico, el organizativo, etc. Es un elemento "natural" a tener en cuenta por cada profesional. En nuestra profesión, sin embargo, estamos ante un elemento 'esencial' de la misma" (Delgado de Miguel, 1998).

A esta doctrina reciente, hay que agregar la posición de la Iglesia Católica sobre el tema, en boca de Pío XII (1998), cuando se refiere al notariado latino: "El prestigio y la autoridad que suele unirse al ejercicio de una profesión liberal supone en el intercambio la presencia de dos condiciones: Una competencia técnica reconocida y una integridad moral indiscutible. Estas cualidades, el notario deberá poseerlas sobre todo en el momento en que se convierte en intermediario oficial en-

tre el particular que recurre a sus servicios y el orden jurídico de que se hace intérprete". De hecho, esto se refleja en la rigurosidad de los diferentes sistemas disciplinarios a que están sometidos los notarios y los abogados, y a la conducta de los órganos de fiscalización: mientras el Colegio de Abogados solo es reactivo, puesto solo actúa a petición de parte, la Dirección Nacional de Notariado es reactiva y proactiva, pues que ejerce función de inspección, actividad en la que no incursiona el Colegio de Abogados y Abogadas.

Es por el carácter de fedatarios públicos que esta exigencia es la primera y mayor que se le hace a un notario, la doctrina nacional más señalada así lo indica (Jiménez Carmiol, 2003):

"Los Notarios Públicos ejercemos la función pública de fedatarios, es decir, damos fe de hechos y contratos a solicitud de personas interesadas y la consecuencia de nuestra fe pública es lo manifestado bajo esas condiciones, tiene carácter de plena prueba, y es susceptible, entre otras cosas, de inscribirse en Registros Públicos y usarse como prueba privilegiada ante los Tribunales de Justicia. Se presume, espera y exige de los Notarios Públicos en el ejercicio de la función, una conducta que sea ejemplo de honradez, altos principios morales y éticos, rectitud, confiabilidad, decencia, y en términos generales que produzca credibilidad y confianza de parte de los ciudadanos".

Las faltas de un abogado no quebrantan la confianza pública, las faltas de un notario debilitan la fe pública que es depositada en ellos. La primera es función privada, la segunda pública.

El requisito de "**Buena conducta**" se prueba aportando una declaración jurada que indique que el solicitante no tiene los impedimentos de ley (artículos 4, 5 y 10 inciso f. Código Notarial). Según estas normas no pueden ser notarios los condenados por delitos contra la propiedad, buena fe, administración de la justicia, confianza pública o delitos relativos

a la **Ley sobre estupefacientes**, y el "...impedimento regirá por todo el plazo establecido en la sentencia condenatoria, sin posibilidad de ser disminuido por los beneficios que, de conformidad con la legislación procesal penal, puedan otorgarse al condenado" (artículo 4 inc. c. Código Notarial). Tampoco pueden ser notarios los concursados¹, quebrados ni en estado de interdicción (artículo 4 inc. e. Código Notarial). El Código Notarial mantiene la vieja terminología de "estado de interdicción", pero hay que recordar que de conformidad con la Ley 9379 del 18 de agosto del 2016 ahora la figura es **salvaguardia**, y en este caso habría que atenerse a lo que indique la sentencia que declare al salvaguardia, que bien podría autorizar el trabajo, con base en un dictamen médico-forense. Adicionalmente se le exige al solicitante la publicación de un aviso o edicto en un periódico de circulación nacional y en La Gaceta, donde se invita al público a informar de "...hechos o situaciones que afecten la conducta del interesado para el ejercicio de la función notarial" (artículo 11 Código Notarial). También se solicita una certificación del Registro Judicial de Delincuentes sobre los antecedentes penales del solicitante (artículo 11 Código Notarial), que si bien es cierto es potestativo de la Dirección Nacional de Notariado, lo cierto es que lo hizo obligatorio, en este caso dicho Registro solo enervaría el otorgamiento de la licencia si el solicitante se encuentra condenado por alguno de los delitos señalados en el artículo 4 inciso c. del Código Notarial (ut supra), y no ha cumplido la totalidad de la pena, señalando que no se beneficia, para efectos de la licencia, ni de la ejecución condicional ni de la libertad condicional. En cambio, para ser abogado el único impedimento que hay es no estar inhabilitado para el ejercicio de las profesiones liberales y cargos públicos, ni estar cumpliendo condena penal por delito (artículo 3 Ley Orgánica del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica). En este caso, la inhabilitación solamente se aplica mientras

¹ Una persona "concurada" no está en posición de la imparcialidad necesaria para el ejercicio del cargo, y podría prevalerse de él para solventar sus carencias económicas.

el condenado esté en la cárcel, y es rehabilitado cuando sale, aunque sea bajo el régimen de libertad condicional, circunstancia que no opera en el caso de los notarios. Para la incorporación del abogado no es requisito la presentación de ninguna publicación o edicto que permita a la ciudadanía reportar la conducta del solicitante, y podría incorporarse un quebrado, concursado y hasta un declarado en salvaguardia. De hecho, la declaratoria de interdicción (salvaguardia) es causal expresa de inhabilitación como notario, pero no así como abogado (artículo 4 inciso a y e. del Código Notarial). En la práctica lo que ha sucedido es que cuando un abogado resulta en estado de interdicción (hoy salvaguardia) el Colegio de Abogados y Abogadas, con criterio de justicia, colabora económicamente con el abogado, recurre al Fondo de Mutualidad y Subsidios, pero le mantiene la licencia. Con los notarios sucede al revés, pues los impedimentos se convierten en causales de inhabilitación cuando son sobrevenidos (artículo 4 inciso a y e. Código Notarial) y el notario declarado en estado de interdicción (salvaguardia) no recibe ningún subsidio.

2. Otro requisito para obtener la licencia de notario público es "No tener impedimento legal para el ejercicio del cargo" (artículo 3 inciso b. Código Notarial). Estos impedimentos pueden ser de dos tipos: los establecidos en el artículo 4 Código Notarial o las inhabilitaciones judiciales. El artículo 4 Código Notarial establece impedimentos con contenido moral (artículo 4 incisos c, d, e Código Notarial), e impedimentos más bien de orden organizativo (artículo 4 incisos b, f y g) o de condiciones personales necesarias para la dación de fe pública (artículo 4 inciso a. Código Notarial), pero en este caso, también existe una diferencia entre notarios y abogados: un ciego puede ser abogado pero no notario (artículo 4 inciso a. Código Notarial, artículo 6 inciso 1 Reglamento Interior del Colegio de Abogados y Abogadas), pues en esta materia solo la incapacidad mental es impeditiva. Para comprometer al solicitante con su condición moral es que se le solicita una

declaración jurada de que no posee ninguno de estos impedimentos (artículo 10 inciso f. Código Notarial), además, por medio de edictos se le pide al público que reporte la existencia de impedimentos, pues perfectamente pueden existir impedimentos no registrados en el país, por ejemplo una condena penal en el extranjero.

3. "En cuanto a los requisitos que deben cumplirse para poder ejercer el notariado, la mayor parte de la doctrina los clasifica en aquellos relativos a aspectos físico, a aspectos morales y a aspectos intelectuales" (Ayub Rojas, 1999). Para ser notario se requiere ser abogado (artículo 3 inciso c del Código Notarial)², salvo en el caso de los notarios consulares, que lo son por ministerio de ley (artículo 14 Código Notarial), mientras que para ser abogado no se requiere ser notario. Lógicamente, tal y como están organizadas ambas profesiones actualmente en el país, el derecho de fondo se aprende como abogado, y el de forma como notario, y ambos en las universidades, con la diferencia de que actualmente se exige un postgrado en Derecho Notarial y Registral (artículo 3 inciso c. Código Notarial) para obtener la habilitación como notario. La Dirección Nacional de Notariado mediante Resolución N° 1611 del 04 de agosto del 2004, interpretó: "aclarando que el grado académico mínimo para ser Notario Público es el de Especialista en Derecho Notarial y Registral". Mientras que para ser abogado el Colegio solo le exige al incorporando una Licenciatura en Derecho, a pesar de que la ley no exige la licenciatura (artículo 2 de la Ley Orgánica del Colegio de Abogados y Abogadas), el curso de Deontología Jurídica y aprobar el examen de incorporación. Lamentablemente la Dirección Nacional de Notariado no exige ni curso de Deontología ni examen de habilitación, lo que constituye una seria falencia. Dentro de las aptitudes intelectuales: "Se exige título

2 "El notario público activo, es también un profesional en derecho, debidamente incorporado al Colegio de Abogados y Abogadas y habilitado para el desempeño de ambas actividades, que en algunas ocasiones coinciden o coexisten en la atención de un mismo asunto". (Directriz N° 015-99, CONSIDERANDO VI)

universitario de abogado, expedido o revalidado..." (Gattari, 1997). El notario es un jurista, alguien que sabe Derecho, por eso, en el medio costarricense, resulta inseparable la condición de abogado de la condición de notario, a pesar de los inconvenientes que esto tiene para el servicio, puesto que muchas veces se confunden los roles. De hecho, si un profesional es suspendido como abogado es inhabilitado como notario, pero si es suspendido o inhabilitado como notario, no lo es como abogado, al menos por la misma causa. Jiménez Carmiol solicitó, ante la comisión que analizó el proyecto de Código Notarial, que sobre este tema no quedara duda, pues señaló que en el artículo 148 debe aparecer, expresamente, que cuando un abogado es suspendido, sea suspendido como notario porque le falta un requisito para ser notario (el ser abogado)³.

Al aspirante se le exigen requisitos académicos (título de notario), profesionales (título de abogado) y otros requisitos. Las universidades únicamente tienen competencia para extender títulos académicos. De acuerdo con nuestra legislación, los títulos académicos no autorizan por sí mismos el ejercicio de una profesión, pues además de dicho crédito, el aspirante debe incorporarse al colegio profesional respectivo. En Costa Rica, es el Colegio de Abogados y Abogadas el que otorga el título profesional de abogado, que, a su vez, es requisito para obtener el título profesional de notario⁴. Tan es así que, una persona que tiene el título académico de licenciado en derecho y el título académico de notario, si no está incorporada o no tiene la licencia otorgada por la Dirección Nacional de Notariado, puede tener responsabilidad penal bajo el tipo de intrusismo profesional o ejercicio ilegal de la profesión,

sancionado por el artículo 322 del Código Penal. Cuando un notario es temporalmente inhabilitado por razones disciplinarias o penales, no pierde el título académico, solamente se le suspende el título profesional, no deja de **ser** notario, pierde temporalmente la **capacidad de actuar**. Quien otorga la licencia notarial habilitante (título profesional) es la Dirección Nacional de Notariado, no la universidad. "Siendo como son, los diplomas, certificados de idoneidad universitarios, escolares o de otra índole solamente **académicos** y no **habilitantes**. Esta calidad la adquieren por decisión de la autoridad de contralor o disciplinar y ello se acredita en el punto de partida que es la anotación o inscripción en un elenco, lista o matrícula, oportunidad en que se demuestra el cúmulo de requisitos o condiciones necesarios para darle comienzo, por regla general, lucrativo. Esta aceptación asignando calidad de **habilitante** al certificado o diploma **académico** es una función del Estado" (Martínez Segovia, 1989). (Resaltado original)

Adicionalmente, una de las novedades del Código Notarial vigente es la exigencia de que para ser notario se requiere un postgrado en Derecho Notarial y Registral. Esta fue una condición introducida en la Ley el 22 de noviembre de 1998, que se impuso a los notarios, motivada en el hecho evidente de que los problemas de los notarios eran, también, de orden técnico. Pero cuya exigencia se pospuso por 5 años, hasta el 22 de noviembre del 2003 (Transitorio VII Código Notarial), por presión de los estudiantes de Derecho de la época. Sobre este tema Vega Salazar (s.f.), en su condición de vicepresidente de la Unión Costarricense de Abogados, señaló en la Comisión de Asuntos Jurídicos de la Asamblea Legislativa el 9 de agosto de 1988: "...una vez que se obtenga el título de licenciado en Derecho, la Universidad de Costa Rica debe dar un curso de postgrado por uno o dos años de derecho notarial". Estos requisitos deben ser satisfechos por todos los aspirantes al ejercicio del notariado, como lo

3 Expediente Legislativo N° 7764 Folio 1644- 6/11

4 En Costa Rica los notarios tienen el doble rol de notarios y abogados, los primeros disciplinados por la Dirección Nacional de Notariado y los segundos por el Colegio de Abogados y Abogadas "... las responsabilidades en uno y otro ámbito son excluyentes" Arias Sancho, M. y otra. (2001). La Dirección Nacional de Notariado como ente rector de la actividad notarial en Costa Rica. Tesis para optar al grado de licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica, San José, Pág. 235

ha señalado la Sala Constitucional⁵.

4. El problema es que en el imaginario colectivo entre abogado y notario no hay diferencia. Pero técnicamente se trata de dos profesiones que, aunque conexas (una es requisito de la otra), son independientes. Hay "...confusión entre abogado y notario. Y al nombrarse un abogado trata de sobreentenderse que también se cuenta con los servicios notariales. La realidad es que son dos funciones perfectamente definidas e independientes una de la otra, por lo cual deben remunerarse por aparte" (Torres Vicenzi, 1996). No solo lo concerniente a la remuneración debe tratarse por aparte, sino el tipo de relación que debe tener cada profesional con los requirentes (clientes o comparecientes).

5. El hecho de que para ser notario se necesita ser abogado, explica por qué de los 35.000 abogados que hay, solamente 10.700 ejercen el notariado, es decir, la relación nunca podría ser invertida. Desde luego las causas de este fenómeno son diversas, pues hay abogados que no pueden ejercer el notariado porque son jueces, empleados públicos o simplemente porque no desean ejercer el notariado, pero también están los que tienen impedimentos éticos para ser notarios, pero no para ser abogados.

b) Inhabilitación por pérdida de la condición de abogado.

Esto tiene una implicación en materia de habilitación. Si un abogado renuncia a la colegiatura (artículo 4 Ley Orgánica del Colegio de Abogados y Abogadas) o es suspendido o inhabilitado como abogado, automáticamente es inhabilitado como notario (artículo 148 Código Notarial), salvo en el caso de los notarios consulares, que lo son por ministerio de ley y no por cumplimiento de los requisi-

⁵ "... no es posible permitir que un notario que no cumple con los requisitos legales ejerza su profesión, ya que, en caso contrario, se estarían creando odiosas discriminaciones en perjuicio de aquellos que sí satisfacen los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico" (Sala Constitucional, voto 2000-07874)

tos (artículos 3 y 14 Código Notarial). Se trata, en este caso, de una inhabilitación y no de una suspensión, pues no tiene carácter sancionatorio, sino que es la pérdida temporal de la licencia por la falta de un requisito (la abogacía)⁶. En cambio, si un notario es suspendido o inhabilitado, eso no implica la inhabilitación o suspensión automática de la abogacía, pues el notariado no es requisito para el ejercicio de la abogacía. La suspensión como notario podría convertirse también en suspensión como abogado, si la falta que la originó simultáneamente infringe alguna norma del **Código de Moral**, pero en ese caso, se requerirían, procesos diferentes. El decreto de suspensión emitido por la Dirección Nacional de Notariado o el Juzgado Notarial, podría servir de prueba ante la Fiscalía del Colegio de Abogados y Abogadas, pero la suspensión decretada en sede notarial no es de aplicación automática en la abogadil.

c) Ambas profesiones operan por delegacio-

⁶ Existen tres diferencias claramente establecidas entre una inhabilitación y una suspensión. 1) La suspensión tiene carácter sancionatorio, mientras que la inhabilitación es la pérdida de la licencia por falta de un requisito. 2) La suspensión tiene plazo definido (se sabe cuándo termina), la inhabilitación es indefinida (termina solo cuando se cumple de nuevo el requisito). 3) Al concluir la suspensión, el profesional (abogado o notario) queda habilitado para el ejercicio profesional de pleno derecho, en cambio cuando se cumple el requisito que dio origen a la inhabilitación, la rehabilitación requiere resolución expresa. Sobre este tema dijo Alicia Bogarín en entrevista concedida el 11 de noviembre del 2004: "Si el Colegio suspende, la Dirección Nacional de Notariado inhabilita, porque si no habría doble sanción. Lo que hay es la pérdida de un requisito. Si el Colegio levanta la suspensión, tenemos que rehabilitarlo. La rehabilitación es constitutiva, requiere resolución, mientras que la suspensión es declarativa, de fecha a fecha, al concluir, el disciplinado queda rehabilitado de pleno derecho". También consúltense los Lineamientos "Artículo 88. ".....El cese forzoso acontece por vía del control notarial de competencia exclusiva de la D.N.N. y tiene su origen cuando sobreviene a su ejercicio una causal personal que suspende temporalmente la vigencia de la función en él, por no tener algún requisito, condición o que se encuentre en estado de inhabilitación legal, situación que por su naturaleza no implica una sanción. Tiene los mismos efectos respecto de la nulidad absoluta del acto o contrato: el instrumento no valdrá como tal. El cese sea voluntario o forzoso tendrá efectos registrales y publicitarios". Y el "Artículo 89. Rehabilitación. Se considera rehabilitado para ser y ejercer aquel notario el que estando cesado por resolución firme cumpla con todos los requisitos y condiciones que la ley le exige probar o bien que demuestre que la causa que motivó su inhabilitación haya desaparecido." Lineamientos: Resolución de la DNN de las 16:20 horas del 6 de julio del 2005

nes diferentes.

1. Las funciones que desempeñan ambos profesionales responden a delegaciones distintas. El notario actúa siempre por delegación del Estado⁷, que es el titular originario de la fe pública (artículo 12 Código Notarial)⁸, es decir, aunque ejerza liberalmente su profesión lo hace en nombre del Estado;

“La investidura está a cargo del Estado., que por vía de delegación de facultades le impone una función a un profesional del derecho que reúne determinados requisitos legales. Es el Estado, de quien emana la delegación de la fe pública y de quien depende el registro cuya titularidad pone a cargo del notario, quien vela el contralor de aquellos profesionales que ha investido por ese atributo que le pertenece: fiscalizando la tarea que le compete a través —en determinadas materias— de los colegios notariales”. (Schnirman, 1998)

Por eso la investidura es competencia del poder administrativo, la extiende un órgano de naturaleza administrativa: la Dirección Nacional de Notariado, que es un órgano del Estado, es quien confiere el poder de la fe pública delegándola. En el caso costarricense no existe el Colegio de Notarios. El notario es “... un funcionario investido por el Estado de la fe pública extrajudicial en el orden civil (...) autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales” (Viguri Perea, 2000). Es delegación por la sencilla razón de que el Estado es el

titular originario y único de la fe pública, que debe delegar porque materialmente no la puede ejercer en forma directa, pero la regula y controla. De tal manera que su objetivo es que se ejerza correctamente como si fuera el Estado el que lo hace. “La función autenticadora que tiene el Notario es monopolio del Estado” (Oviedo Sánchez, 2003). Además, esta función la delega el Estado en su propio beneficio: por economía procesal, pues por el carácter preventivo de la función notarial, el Estado evita muchos procesos. Al respecto ha dicho OTT (1998): “En el ejercicio de estas funciones que se le han atribuido, el notario contribuye en principio esencialmente a **descargar al estado de las funciones administrativas de justicia**, que de otro modo tendría que asumir él mismo” (Resaltado original). La justicia notarial es justicia preventiva, la justicia judicial es justicia restaurativa.

2. El abogado ejerce una función privada y parcial, aun cuando trabaje en el sector público, pues en todos los casos le corresponde representar a una de las partes, sea del sector público o del privado (artículos 2 y 3 de la Ley Orgánica del Colegio de Abogados y Abogadas, 14-31-39 Código de Moral)⁹. Por eso los abogados tienen clientes, mientras que los notarios tienen rogantes, comparecientes, otorgantes, usuarios o partes.

3. En el sentido anterior, el notariado se define como una función pública¹⁰, ejercida privadamente¹¹, es decir, liberalmente¹², salvo

7 Sobre este tema véase el siguiente texto sobre las FACULTADES DELEGADAS del notario “Entre las diversas facultades que el pueblo ha delegado en el gobierno, como parte de los derechos que constituyen y representan su soberanía, está la de poder investir a ciertas personas que ejercen profesiones consideradas como cargos públicos, del privilegio de compartir la fe pública, que es una pertenencia del Estado, y que sirve como medio para establecer la verdad entre el hecho y el derecho, con respecto a ciertos actos y procedimientos derivados de las relaciones de los ciudadanos entre sí o con el Estado o Estados nacionales y extranjeros y que afectan la capacidad de las personas, su estado civil, sus intereses, sus fortunas y hasta el honor y la tranquilidad de sus familias” (Paz, José Máximo, Op. Cit. Pág.51)

8 “FE PÚBLICA: Cualidad ínsita en los documentos e instrumentos emitidos por el Estado o por quienes éste autoriza, que resguardan la veracidad y seguridad de su contenido” (Gattari, Carlos Nicolás. Op. Cit. Pág. 73)

9 El código Deontológico del Colegio de Abogados y Abogadas se llama Código de Deberes Jurídicos, Morales y Éticos del Profesional en Derecho, que en adelante llamaremos Código de Moral.

10 Para VALLET el notario es “... un profesional que ejerce una función pública” (Citado por Delgado De Miguel, J.F. (1993). La función notarial. En: VI Jornada Notarial Iberoamericana, Quito, 1993. Consejo General del Notariado, México, Pág. 244

11 “... el notariado público es la función pública ejercida privadamente, es por medio de ella que se presumen ciertas las manifestaciones del notario habilitado legalmente que consten en los instrumentos y demás documentos autorizados por él; por sí mismos producen los efectos jurídicos que deban derivarse de la voluntad de los otorgantes, y prueba de los hechos, situaciones y demás circunstancias que el notario haya dado en ejercicio de su función” (Directriz N° 001-99, CONSIDERANDO I)

12 Por eso PELOSI señala que “... la caracterización más adecuada es la de profesional del derecho encargado de

el caso de los notarios del Estado o los consulares (artículos 1-5c-14 Código Notarial). El Tribunal Supremo español indica que: “El notario no es un simple profesional del derecho. Es también una persona que ejerce funciones públicas, lo cual no quiere decir, ni dice, que el notario ejerza dos profesiones. Es una y la misma, montada a doble vertiente, de manera que realiza un oficio público — la llamada función certificante y autorizante — y un oficio privado— la que es propia de un profesional del derecho llamado a prestar tareas de pericia legal, de consejo o de adecuación—. Dos vertientes —privada y pública— que configuran una misma función, la notarial, dotándola de una especial coloración que la hace distinta de la una y de la otra” (Garrido Melero, 2004). Es decir, mientras la función notarial tiene naturaleza mixta, la función abogadil tiene naturaleza estrictamente privada. Mixta no significa que lo privado y lo público no estén jerarquizados, no quiere decir que sean equivalentes, Isotti (1979) sostiene que: “La investidura de oficial público prevalece en el notario sobre la figura del profesional liberal. Esto significa que él no representa a una sola de las partes (su cliente), sino a todas las partes contratantes, procediendo imparcialmente en el negocio jurídico que le es confiado. El representante también, en cierto sentido, al tercero no participante en la relación entre notario y cliente, porque también el notario debe resarcir al tercero de los daños que hubiere provocado con su error”. Con respecto a sus otorgantes el notario tiene responsabilidad contractual conforme al artículo 702 del Código Civil, con respecto a los terceros no comparecientes tiene responsabilidad extracontractual a tenor del artículo 1045 del Código Civil. Figueroa Márquez (2004) expresa mejor esta doble condición del notario: “Posee una naturaleza compleja: es pública en cuanto proviene de los poderes del Estado y de la ley, que obran en reconocimiento público de la actividad profesional del notario y de la documentación notarial al servicio de

la sociedad; y por otra parte, es autónoma y libre, para que el notario la ejerza, actuando con fe pública”. Es un profesional liberal que ejerce una función pública.

4. La abogacía se define como una función privada, independientemente de que sea ejercida en el sector público o privado, porque no es el régimen de empleo lo que la define, sino el régimen de representación. A diferencia del abogado “El notario es el principal servidor público de la actividad fedataria, por delegación del Estado reviste de credibilidad ciertos documentos contentivos de negocios o hechos jurídicos que redacta o revisa, cuya conservación asegura en el protocolo y reproduce en copias auténticas de gran fuerza probatoria (escrituras públicas), presta asesoría ético-jurídica absolutamente imparcial a las personas que demandan el servicio a su cargo y se erige en el guardián del derecho y administrador de la justicia no contenciosa en determinadas relaciones jurídicas” (Ortiz Rivas, 1993). El abogado no es un servidor público, pues no ostenta poderes que exclusivamente le pertenezcan al Estado, como sí sucede con los notarios, cuya delegación les viene de las potestades del Estado, titular de la fe pública originaria.

5. Por eso, en algunos países, la función de notario y abogado es excluyente, por el conflicto que se deriva del hecho de que ambas funciones se conjuguen en una sola persona, pues representan intereses diversos. En países como Costa Rica la abogacía y el notariado están unidos, lo que no deja de significar un conflicto funcional de intereses, por eso hay proyectos de ley que han pretendido hacer ambas funciones incompatibles.

“... no es posible pensar en la conjunción de las labores del notario y del abogado, es importante reflexionar sobre la separación de estas dos funciones: abogado y notario, puesto que resulta difícil concebir las dos en una sola persona; el abogado actúa en casos en donde existe contienda, donde se pretende que el interés de uno prevalezca sobre el de otro, en tanto que el notario se

una función pública” (Pelosi, C, (1980). El documento notarial. Ed. Astrea, Bs. As. 1980, Pág. 176).

encarga de crear, objetivamente, ese interés; en otras palabras, si el abogado con su intervención busca que los tribunales impartan justicia, dándole a cada quien lo suyo, el notario con su intervención buscará determinar qué es lo suyo de cada quien” (Figueroa Márquez, 2004) (resaltado original).

De hecho, la tesis que estamos tratando de desarrollar es la incompatibilidad deontológica entre el notariado y la abogacía (ver cuadro comparativo al final del artículo que aparecerá en la II Parte del artículo).

d) Imparcialidad.

De este principio se deriva la principal diferencia deontológica entre un abogado y un notario¹³: el notario es imparcial (artículo 35 y 168 Código Notarial), mientras el abogado es parcial (artículos 14-31-39-44 Código de Moral), por la naturaleza misma de la función que realiza. Por eso es que un abogado no debe usar como pruebas documentos que ha autorizado como notario. Esto es una consecuencia del régimen de prohibiciones, pues **en esta materia hay un interés contrapuesto entre ambas profesiones**¹⁴. Lo que en un notario es una virtud (la imparcialidad) puede constituir un vicio en un abogado, pues la “imparcialidad” del abogado puede

13 “...el principio de imparcialidad, que tanto nos separa del ejercicio puro de la abogacía” Pérez Montero, H. Op. Cit. Pág. 5

14 “La imparcialidad es presupuesto ineludible de su función, recogido en todas las legislaciones Notariales de tipo latino, zanjando una clara diferencia de la función del abogado. /// (...) La ética del abogado y la del Notario riñen; el abogado actúa profesionalmente cuando defiende a su cliente, cuando patrocina adecuadamente una causa con todos los recursos que la ley le ofrece; el Notario es juez entre las partes”. Mora Vargas, Herman. Op. Cit. Pág. 96-97. “...es requisito inevitable que quien ejerce estas funciones sea de reconocida capacidad y solvencia moral y que sus actuaciones sean de esa misma naturaleza. En la mayoría de los países que siguen este sistema, quien ejerce como Notario Público se encuentra inhibido para actuar simultáneamente como abogado, pues se las considera actividades antagónicas, ya que el Notario Público debe ser imparcial mientras que el abogado, por naturaleza, representa y defiende a su cliente” (Jiménez Carmiol, Marco Antonio. Op. Cit., Pág. 5) En el XVI Congreso Internacional del Notariado Latino de Lima 1981, consideró: (En: Memorias del Cincuentenario 1948-1998 de la Unión Internacional de Notariado Latino. Bs As, 1998 se dice taxativamente que “Debe considerarse incompatible con la actividad del Notario el patrocinio procesal en materia contenciosa” (Pág. 637)

revestir diferentes formas (doble patrocinio o patrocinio infiel), el abogado es parcial por definición, siempre representa a una de las partes.

1. ¿En qué consiste la imparcialidad?

La función notarial es una función pública, por lo que el notario es facultado con la autoridad del Estado, no actúa en nombre propio sino en nombre y por delegación del Estado. Esta autoridad es ejercida de forma imparcial e independiente, constituye una función pública ejercida **privadamente** (artículo 1 Código Notarial) y no está situada jerárquicamente entre los funcionarios del Estado. El notario actúa por delegación del Estado, y, en consecuencia, “el notario deberá ejercer su oficio manteniéndose fiel a su juramento. No es representante de una parte, sino asistente imparcial de todos los interesados”, (GAUPP, 1998). El artículo 168 del Código Notarial, que es el juramento a que están sometidos los notarios, les exige “Ejercer el notariado en espíritu y conciencia, con toda integridad, honestidad e imparcialidad” (Resaltado original), no solo objetividad sino sin desequilibrar la balanza.

Por eso: “Se afirma que no hay notario de parte” (Barrantes Gamboa, 2001). Celeste (2004) (Resaltado original) es más preciso al decir que “El ejercicio de la función notarial, por lo tanto, ya sea en lo que se refiere al desarrollo de las incumbencias de certificación o por lo que concierne a las actividades de adecuación y garantía, debe desarrollarse en condiciones de independencia e imparcialidad. En otros términos, el notario no debe ubicarse ni en defensa de una parte, ni súper partes, sino extra partes” (Resaltado original). No sorprende, entonces, que autores como García Cima (1997) consideren que la principal característica del notario es su imparcialidad, Lo que significa en un sentido riguroso, que a los usuarios de sus servicios no se les pueda llamar clientes sino comparecientes, rogantes, otorgantes o el neutro “partes” (que también se usa en la abogacía), porque se supone que los servicios notariales,

por lo regular, son requeridos por personas que tienen intereses diversos, y es en medio de ellos que el notario debe ejercer su función pública, para asegurar la transparencia del negocio: “La imparcialidad es verdaderamente la impronta más característica de la función del notario./// Es la que le propicia el respeto y la confianza que detenta en la comunidad./// Porque el notario latino, se halla equidistante de las partes en los otorgamientos, no tiene clientes sino comparecientes”. El notario no es parte, es oficiante, es un tercero, fiel de la balanza. El abogado siempre será abogado de parte. “El notario es, debe ser, un tercero imparcial frente a las partes, es un tercero en virtud de que no tiene intervención ni está involucrado en los hechos o en los actos jurídicos de lo que debe dar fe, o a los que debe de revestir de las formalidades o con las solemnidades legales, según sea el caso, o a los que debe estructurar dentro de un marco de legalidad, haciendo con esto posible las finalidades de las partes. (...)” (Figueroa Márquez, 2004); su misión lo sitúa por encima de las diferencias entre los comparecientes, y solo actúa cuando logran superar estas diferencias, o cuando ya comparezcan convencidos.

A veces el problema se presenta por la forma en que se caracteriza el notariado. El artículo 1º Código Notarial es claro al decir que “El notariado público es la función pública ejercida privadamente”. En este aspecto es donde puede colisionar la imparcialidad con los intereses que rondan a su alrededor. Garrido Cerda (1995) lo ve de la siguiente manera: “... la imparcialidad es un principio que afecta a la naturaleza privada del ejercicio profesional. No se puede hablar de imparcialidad respecto al ejercicio de la función pública, regida por otros principios, como la verdad y el de aplicación estricta de la ley. /// Es pues la función social y privada del Notario el campo específico de la imparcialidad: su actividad jurídica o profesional, sus misiones de consejo y de adecuación necesaria, su jurisprudencia cautelar”.

La dogmática extranjera se pronuncia en el

mismo sentido, baste reproducir el artículo 7º del Decreto Ley 960 de 1970 de la República colombiana que señala: “el notario está al servicio del derecho y no de ninguna de las partes; prestará su asesoría y consejo a todos los otorgantes en actitud conciliadora”. No solo debe ceñirse a las normas jurídicas, sino que debe ponerse en posición de servidor de todos los otorgantes, por igual, en “actitud conciliadora” que es precisamente la que sustenta la verdadera imparcialidad, pues, le permite trabajar para que las partes superen sus diferencias de enfoque, y si no las superan, el servicio es denegado por falta de voluntad negocial de las partes. El notario solo puede actuar dónde hay acuerdo, en términos jurídicos.

Aunque no existe una única definición de lo que es la imparcialidad, pueden encontrarse aproximaciones como la siguiente: “La imparcialidad es una de las columnas en que se apoya la función notarial. Se le define como “falta de designio anticipado o de prevención a favor o en contra de personas o cosas, de que resulta poderse juzgar o proceder con rectitud. Ese deber proviene de la justicia distributiva: todos tienen derecho a un documento auténtico, legal y justo.” (Márquez González, 1998). Imparcialidad y veracidad son las columnas principales que sostienen el notariado, aunque no las únicas.

La objetividad notarial tiene dos pilares: la imparcialidad y la independencia (artículo 35 Código Notarial). Tanto la una como la otra son rasgos funcionales sin los cuales no se concibe el notariado latino “La imparcialidad, así entendida, no solamente es una obligación del Notario. Es una condición objetiva, un requisito sin el cual no puede desarrollar su función privada, no, por tanto, su función pública. Mejor todavía que calificar de esencial a la imparcialidad del Notario, se puede decir que es una imparcialidad funcional, porque forma parte de su misma función de seguridad jurídica. /// Porque sólo así se puede lograr aquella seguridad jurídica integral, impregnada de los principios de Justicia y concepción social del Derecho”

(Garrido Cerda, 1995). Un ejercicio parcializado atentaría contra la seguridad en el tráfico de los negocios jurídicos. ¿Qué seguridad podría tener una persona que llega a hacer un negocio adonde un notario que lo sabe favorable a la otra parte? Esta objetividad funcional la otorga la naturaleza pública de la función. González, Presidente del Colegio de Abogados y Abogadas en la Comisión de Asuntos Jurídicos de la Asamblea Legislativa que fue la que tramitó el Código Notarial, Subcomisión N° 6, el 14 de octubre de 1996 afirma: "... el notario no puede serlo de su cliente como abogado (...) ¿cómo voy a dar fe pública o a actuar como notario, si soy el abogado de la parte? La otra contraparte queda en desventaja"¹⁵. Es esta una forma de expresar la incompatibilidad funcional entre abogado y notario.

Esta objetividad-imparcialidad permea toda la actividad notarial, desde la rogación hasta la inscripción. "La imparcialidad notarial se relaciona con la justicia, la independencia con la autonomía funcional en el sentido jurídico señalado. Ambos deberes tienen una jerarquía concatenada y una axiología semejante: se refieren a valores esenciales del derecho notarial y la ética fedataria. La imparcialidad abarca toda la actividad notarial desde la llamada 'rogación' del servicio hasta la documentación autorizada". (Ortiz Rivas, 1993, subrayado agregado), equidistancia y eficiencia caracterizan su actuación, pues un notario no solo tiene el deber de autorizar únicamente actos acordes con el bloque de juridicidad, hacerlos bien e inscribirlos a tiempo, pues el tiempo también forma parte de la justicia y de la imparcialidad. Un notario que no es diligente ni oportuno en la inscripción, podría estar perjudicando a una de las partes y por ello podría estar incurriendo en diferentes responsabilidades.

Figueroa Márquez (2004) enumera una serie de características que debe tener la imparcialidad, al señalar que "... como característica primordial del notario, la imparcialidad,

resaltando las virtudes de ésta como son: a) El ser equitativo, es decir, dar a cada quien lo que le corresponde. b) Íntegro, es decir, de una perfecta probidad. c) Honesto, es decir, honrado, razonable, justo. d) Insobornable, es decir, que no admite remuneración extra por inclinar a su saber o hacer a ninguna de las partes. e) Ecuánime, es decir, que tiñe igualdad u constancia de ánimo hacia las partes e imparcialidad en el juicio que emite. f) Incorruptible, que no se puede pervertir, sobornar, ni abusar. g) Que es neutral, es decir, que procede con rectitud. En fin, que, por su proceder, en ciencia y conciencia, siempre actúa con moralidad, ética, razón, igualdad y objetividad hacia las partes que solicitan sus servicios" (subrayado original). Esta lista de características no estaría completa si no se incluye el régimen de incompatibilidades, la libertad de elección que el notario debe garantizar a los rogantes (nunca ponerse en situación de notario obligado, como los notarios bancarios o de algunas compañías de ventas de automóviles o desarrolladoras de complejos urbanos), la independencia, y sobre todo, que no se entienda la neutralidad como indiferencia ante las asimetrías de los comparecientes.

Finalmente hay que agregar que la imparcialidad no solo debe ser sincera, de fondo, verdadera, sino que también debe serlo de forma. El notario cuando actúa lo hace en nombre del Estado, y debe guardar su imagen de imparcial, porque con ella compromete la imagen del gremio entero. "La ecuanimidad e imparcialidad es exigida al punto de pedirle al notario o solo que sea, sino que también lo **parezca**" (SIRI, 1998) (Resaltado original).

2. Imparcialidad según el tipo de negocio.

Desde luego que la imparcialidad tiene diferentes expresiones según el tipo de negocio en el que el notario interviene. No es lo mismo levantar un acta notarial, sobre todo si versa sobre un hecho en el que no hay manifestación de voluntad, consignar una declaración jurada o un testamento, que cele-

brar un divorcio por mutuo acuerdo, donde las partes están pasando, generalmente, por una experiencia traumática.

Romero Herrero (1998) indica que "... la imparcialidad tiene diferencias claras según el notario actúe en un negocio bilateral o en un negocio unilateral. /// En el primer caso, negocio bilateral, la neutralidad o imparcialidad del notario implica que, como autor único del documento a suscribir por ambas partes, tenga consideración el equilibrio de las prestaciones, para lo que puede y debe penetrar en el fondo del asunto, incluso económico, de todo el negocio, incluso cuando el mismo venga predeterminado por la suscripción de un documento privado previo, generalmente incompleto en muchos aspectos, especialmente fiscales. /// Y en el segundo caso, acto unilateral, la neutralidad o imparcialidad del notario tiene una especial tinta, como nos dice José M^a SEGURA, la preocupación por terceras personas que, sin ser parte, van a ser afectadas". No hay que olvidar que el notario lo es por delegación y en representación del Estado, de modo que debe velar tanto por los intereses del o los comparecientes, como de la comunidad en general. El suyo es un servicio público que no puede sustraerse de considerar el daño que puede provocar a no a los comparecientes (terceros) o a la sociedad en general, por ejemplo, cuando arriesga la fe pública.

3. Imparcialidad e incompatibilidades.

Los abogados no tienen incompatibilidades, pueden defenderse o defender a sus parientes más cercanos, pueden ser empleados públicos, trabajar por salario, tener parientes testigos, etc. eso no es extraño a su función. En cambio, el notariado latino considera que la imparcialidad no solo es un deber moral, sino que debe estar tutelada por una serie de institutos que van orientados a garantizarla. No es suficiente garantía la probidad del notario, sino que el Estado considera que ésta debe reforzarse con seguros que pueden actuar, precisamente, contra los notarios cuya probidad es dudosa. Existen controles preci-

samente porque algunos son transgresores. Además, para dar seguridad jurídica, el derecho ha creado las incompatibilidades, que son reglas orientadas a impedir que el notario caiga en tentaciones contra la imparcialidad. En general se encuentran en el artículo 7 de nuestro Código Notarial, bajo la denominación de "**prohibiciones**". Hay que señalar que el Código Notarial no distingue entre prohibiciones e incompatibilidades, pues son términos que suele usar indistintamente. Nos interesa, en este apartado, lo que esté vinculado con el tema de la imparcialidad.

Las prohibiciones contenidas en el artículo 7 del Código Notarial van orientadas a garantizar esta imparcialidad. Lógicamente el notario no puede autorizar actos donde tengan algún interés él, sus parientes o intérpretes. "... la prohibición se refiere a la autorización de actos o contratos; no incluye la extensión, por ejemplo, de certificaciones. Esto tiene su razón de ser, pues en dicho documento la labor de redacción del Notario se ve (o debería verse) limitada a la información que arroja la realidad de los asientos o documentos a certificar, siendo que el grado interpretativo o valorativo del Notario es mínimo" (Mora Vargas, 1999). En una certificación no hay ninguna valoración, ni siquiera mínima, pero sí hay fe pública, y las certificaciones no se emiten en abstracto sino "**A solicitud de...**", por lo que la prohibición no abraza el poder certificador, pero sí las demás actuaciones notariales.

De La Torre Díaz (2000) dice que "Esta imparcialidad se garantiza con una serie de incompatibilidades y de motivos de abstención en determinados actos. La primera incompatibilidad que tiene el notario es la del ejercicio de la abogacía, en la medida que si la ejerce perdería su imparcialidad, su labor de conciliación de intereses, su deber de consejo sin inclinarse a ninguna de las partes". Esa incompatibilidad que señala el autor, no existe en Costa Rica, lo que evidentemente ha sido fuente permanente de problemas con los abogados-notarios, pues esa incompatibilidad objetiva y funcional, propicia que

con frecuencia ambas profesiones entren en colisión. Por ejemplo, un notario no puede levantar un acta notarial que usará como abogado en un proceso judicial.

En el sistema costarricense las incompatibilidades se traducen en prohibiciones, también como impedimentos sobrevenidos (artículo 4 Código Notarial), los impedimentos sobrevenidos constituyen causales de inhabilitación. La tentación de los abogados de utilizar sus poderes notariales en beneficio de sus clientes es un riesgo para la imparcialidad. Las prohibiciones del sistema costarricense más bien apuntan a la independencia (artículos 4 inciso f. y 166 Código Notarial), a proteger la imparcialidad frente a las influencias familiares o negociales (artículo 7 inciso c. del Código Notarial).

La Unión Internacional de Notariado Latino entre sus Principios del Notariado Latino prescribe: "El notario debe cumplir su función de forma escrupulosamente imparcial. Se establecerán al efecto las incompatibilidades que se estimen pertinentes"¹⁶. Estas incompatibilidades a veces se revisten de incompetencias, sobre todo territoriales o funcionales, pero en Costa Rica no existen con relación al territorio por así determinarlo el artículo 32 del Código Notarial, pero sí la funcionales pues son puede ser funcionario público y notario a la vez como indica el Código Notarial en su artículo 4 inciso f. o bien no puede serlo en más de tres instituciones públicas a tenor del artículo 7 inciso e. del Código Notarial.

4. Imparcialidad y libre elección.

Aunque en el ordenamiento costarricense no se encuentra una norma que tutele expresamente la libre elección del notario, como mecanismo orientado a proteger la imparcialidad, sí existen normas que, en su conjunto, podrían tener este efecto. Por ejemplo, el carácter rogado de la función (artículos 6 y 36 Código Notarial) hace obligatoria la inter-

vención notarial¹⁷, con las salvedades indicadas en esos artículos. La rogación supone, por sí misma, la libre elección pues impide, por un lado, la acción del notario tendiente a elegir a los comparecientes, y por otro, lo inhibe de seleccionarlos cuando es requerido, como sucede con el juez que no puede elegir a los usuarios, pero no sucede con los abogados que están protegidos por el principio de libre aceptación de los encargos conforme al artículo 37 del Código de Moral del Colegio de Abogados y Abogadas, y esto se refleja en el hecho de que el notario tiene la obligación de motivar la negativa a dar el servicio, no así el abogado que puede libremente rechazar un requerimiento.

Hay abogados de planta, hay defensores públicos, hay fiscales, en esos casos no existe libre elección, pues, si bien se trata de funcionarios públicos en la mayoría de los casos o bien abogados de empresas, también lo es que les pagan para que sus servicios estén a disposición de determinadas causas, públicas o privadas. Pero sí existe libre elección con respecto al notario.

En otros ordenamientos se protege taxativamente la libre elección. El Reglamento Notarial español señala en el artículo 142.1 "Los Notarios, en aras de su deber de imparcialidad, cuidarán de que se respete el derecho de libre elección de Notario". Y el párrafo 4 agrega que "Lo Notarios se abstendrán de facilitar toda práctica que implique la imposición de Notario por una de las partes con abuso de derecho, o de modo antisocial o contrario a las exigencias de la buena fe contractual" (Garrido Cerda, 1995). Aquí se protege tácitamente al hacer obligatoria la rogación.

La práctica de algunas instituciones o empresas de tener notarios de planta (así creados por la Sala Constitucional mediante los

16 En: Memorias del Cincuentenario 1948-1998 de la Unión Internacional de Notariado Latino. Bs. As, 1998, Páginas 48 a 51

17 "La libertad de elección de notario por el público, principio común con otras profesiones, tiene, sin embargo, a diferencia de éstas, un reverso: la obligatoriedad, por parte del notario, de prestar el servicio solicitado" (Romero Herro, Honorio. Op. Cit. Pág. 466)

votos N° 444-2000, 5417-2003 y 13672-2004) que imponen a sus comparecientes, lesiona la imparcialidad de los notarios. Desgraciadamente la Sala Constitucional no ha tutelado la libre elección, al permitir los notarios de planta o de remuneración fija (ver sentencia de la Sala Constitucional N°2000-444). Un notario impuesto tenderá a proteger los intereses de la empresa o institución a la que sirve. Afortunadamente, el notario por honorarios prevalece.

5. Imparcialidad y salario (independencia).

Un notario por salario es un empleado, aunque al salario se le llame retribución fija. Cuando hay retribución fija se configura un contrato laboral porque convergen los tres elementos que se requieren para que haya contrato laboral: salario, prestación personal y subordinación jurídica. De acuerdo con el artículo 18 del Código de Trabajo, el notario que recibe salario, está sometido a la subordinación jurídica, lo que pone en serio predicado la imparcialidad. Y aunque se tutelara la imparcialidad del notario por retribución fija, éste no estaría exento de las presiones que recibe por parte de su patrono, que se encuentra siempre en una situación de poder. El salario y la retribución fija (un eufemismo para no pagar cargas sociales) condicionan la imparcialidad y la independencia.

A pesar de que el artículo 166 del Código Notarial señala taxativamente que “Los notarios Públicos cobrarán honorarios...” norma que se ve reforzada por lo que indica el artículo 143 inciso f. del mismo cuerpo normativo que establece suspensión a los notarios que “No se ajusten a las tarifas fijadas para los honorarios notariales y cobren menos o se excedan en el cobro”, lo cierto es que se dan dos situaciones: la Sala Constitucional ha estado permitiendo los notarios por remuneración fija y por otro lado, están los cónsules y los notarios del Estado que solamente reciben salario¹⁸, pero cobran tasas en nom-

bre y por cuenta del Estado.

Que un abogado sea empleado no tiene nada de peligroso, su deber es defender los intereses del cliente que le paga. Un notario asalariado es un peligro por la función pública que ejerce. El notario de planta, en cambio, rompe con la concepción del notariado latino: se rompe el principio de rogación, el Estado podría adquirir responsabilidad objetiva por aplicación del artículo 1048 del Código Civil, se rompe la independencia y la objetividad.

El Código de Moral señala en su artículo 37 que los abogados “No deberán aceptar asuntos en que hayan de sostener tesis contrarias a sus convicciones”, la pregunta es: cuando labora bajo régimen laboral, ¿qué alternativas tiene?, ¿rebelarse? ¿renunciar? Precisamente el salario es una limitante porque los casos se aceptan oficiosamente. Lo mismo sucede con los defensores públicos y fiscales, que carecen de libre elección. Eso precisamente es lo que no debe pasarles a los notarios.

Jiménez Carmiol (1996) dejó establecido este aspecto en la Comisión Legislativa que estudió y dictaminó el Código Notarial: “... el empleado es un obstáculo para lo que es el ejercicio imparcial y objetivo de una profesión”. Ya con anterioridad había dicho que la Ley de Contratación Administrativa permite que los bancos e instituciones contraten notarios como asalariados “... eso no puede ser (...) sería violatorio del principio de imparcialidad (...) porque no podría ser imparcial quien es asalariado, trabaja para su patrono y así se estaría violando un principio esencial del notariado”.

consulares no reciben honorarios, reciben un salario, es un funcionario público, que es agente de comercio, agente de migración, es un agente judicial, etc. y además cumple función notarial. Tiene un salario base y una asignación por costo de vida, y cobra un arancel consular que recibe el Estado; estas tarifas se cancelan por medio de timbres. El salario incluye la función notarial”. En la entrevista con la Licda. Gladis Herrera Raven, Notaria Pública del Estado, de la Procuraduría General de la República, 15 de noviembre del 2004, dijo: “Un notario del Estado es un Procurador que lo pasan a desempeñar el cargo de notario”

18 En la entrevista que hicimos a la Licda. Xinia Vargas, jefa del Departamento Consular del Ministerio de Relaciones Exteriores, el 25 noviembre del 2004, dijo que “Los notarios

6. Imparcialidad, poder económico y tráfico masivo.

Pérez Fernández del Castillo (1993) había llamado la atención sobre los peligros que se cernían sobre los notarios con fenómenos como el reforzamiento del Estado y la masificación de la economía, hoy en proceso de globalización "... el notario se encuentra presionado por los intereses de los poderosos, sea el Estado o los grandes consorcios que, por su gran fuerza política y económica, tratan de doblegar la imparcialidad del notario a su favor. Esta presión es mayor cuando existe una relación de dirección y dependencia". Cuando se defienden intereses como abogado es legítima y deseable la dirección, no así cuando se ejerce el notariado.

El notario es un servidor de la justicia, y en su función pública no debe ligarse a intereses económicos de unos u otros sectores porque desnaturalizaría su función "... lo que nos califica, lo que nos distingue, lo que constituye nuestra razón de ser es la imparcialidad y la independencia, porque no estamos, o por lo menos no debemos estar, al servicio de ningún cliente en concreto, por importante y poderoso que sea, sino al servicio por igual de las partes, de la sociedad entera y sobre todo de la justicia" (Fraguas, 1974).

En el medio costarricense el fenómeno indicado se acentúa por la sobreoferta de notarios que tiene el país, que hace que la competencia por abarcar mercado obligue a muchos de ellos a aceptar condiciones que ponen en duda su imparcialidad. "La independencia —dice Ortiz Rivas (1993)— también cubre la totalidad del proceso notarial, pero debe ser un estado permanente antes, en y después del ejercicio de la función, en su aspecto económico puntualizado porque (...) la competencia desleal tiene como fuente principal la conquista del 'mercado' que se basa en la independencia pecuniaria del 'cliente'". La cantidad de notarios existentes: 10.700, para atender a una población de cinco millones y medio de habitantes, los obliga a aceptar condiciones por debajo de

las exigencias deontológicas: remuneración fija, contratos de adhesión, u honorarios por debajo del Decreto de Honorarios. En este aspecto la reiterada jurisprudencia tanto del Juzgado Notarial como el Tribunal Notarial (véase por ejemplo el voto 163-2020 del Tribunal Notarial) ha sido que debe cumplirse con las exigencias del artículo 143 inciso f del Código Notarial en cuanto la obligación de aplicar el Arancel de Honorarios, incluso dicho voto testimonió piezas para reportar a Tributación Directa a una notaria que estaba cobrando menos honorarios que los de ley.

Además, en una sociedad de consumo, el aspecto económico también condiciona otros temas relativos al ejercicio notarial: el prestigio y la disponibilidad de recursos para llevar una vida en el nivel que esta sociedad exige, por eso dice Fessler (1984) que "...el mayor peligro para su imparcialidad radique en la dependencia económica. Tal dependencia podrá existir ante todo frente a empresas grandes o, de todos modos, frente a los clientes, a los cuales el notario tendrá que agradecer la mayor parte de su actuación en autorizaciones. En ello no tendrán que entrar solamente puntos de vista económicos que amenazan la imparcialidad del notario, hay que añadir también el reconocimiento vinculado a ella, su satisfacción científica, su acrecentado prestigio social. Todos estos aspectos van dirigidos a puntos de contacto en su personalidad, es decir, constituyen pues, problemas, psicológicos". Entonces, ya no solo se trata del notario inserto en el mercado de servicios, sino del notario como consumidor y portador de una determinada imagen.

Dadas las características de la economía actual "...el notario en un afán de obtener más ingresos, en ocasiones se responsabiliza de patrocinar asuntos contenciosos que lo convierten en juez y parte, distrayéndolo y desvirtuando su ocupación de fedatario. /// Cuando el notario actúa debe hacerlo libre de cualquier nexo que le impida aconsejar a las partes y redactar los instrumentos con intereses distintos a los de la equidad, la justicia

y la seguridad jurídica”, (Márquez González, 1998). Un abogado, por su naturaleza parcial defiende intereses particulares de empresas o instituciones, esa es su función; pero que lo haga un notario contraría su función y naturaleza deontológica.

Otro aspecto que ha puesto en serio peligro la imparcialidad de los notarios es el tráfico mercantil masivo, tan usual en la economía actual, **sobre todo en lo relativo a los contratos de adhesión**. Generalmente hay un notario que participa en la redacción del contrato original¹⁹. Pero sobre el resto de los contratos, convertidos en fórmulas, el notario no tiene ninguna influencia, pues por lo regular su papel se circunscribe a autenticar las firmas, aunque técnicamente es responsable del contenido del contrato, a pesar de no ser su autor²⁰ ni tener el poder de modificarlo. CÁMARA ALVAREZ señala, refiriéndose a los contratos de adhesión y a la imparcialidad, que “... siendo especialmente el notario de la parte más fuerte el que redacta la minuta, debe procurar controlar **a priori** el texto del documento que se formalizará; debe ilustrar a la parte o partes menos fuertes sobre todas las consecuencias que se derivan del contrato y de las que muchas veces no serán plenamente conscientes; debe negarse a transcribir aquéllas cláusulas a las que falte la corrección o claridad debidas”²¹. Este precisamente es el problema, porque desde el momento en que se habla de “notario de la parte más fuerte”, ya se desnaturaliza la función notarial, pues no debe existir el notario de parte, así no está concebido el sistema. Igual sucede con el autenticador y tramitador de los subsiguientes contratos de adhesión, en los que si siquiera ha podido intervenir. Garrido Cerda (1995) apuesta a

19 “... la particularidad del contrato de adhesión —la existencia de una redacción impuesta por el contratante situado en posición superior—, es incuestionable que la labor notarial deviene disminuida, lo que no significa que el notario la tenga renunciada” (Sáenz Juárez, L. Op. Cit. Pág.63)

20 “Ante el contrato de adhesión, el notario debe controlar la licitud de las obligaciones de las partes, e ilustrar especialmente a quienes no han preparado su texto, sobre todos los efectos que el contrato está llamado a producir” (Sáenz Juárez, L. Op. Cit. Pág.67)

21 Citado por Sáenz Juárez, Luis Felipe. Op. Cit. Pág.63

la legislación para enfrentar este problema “La imparcialidad notarial no solo es formal, sino sustantiva, y en una sociedad masificada el Notario tiene que proteger, desmasificando, lo que requiere atención individual en cada caso. /// Lo que ocurre es que al Notario, aisladamente, le resulta imposible imponer criterios de justicia. De ahí que tenga que verse apoyado por disposiciones legales que se impongan a quienes pretenden actuar abusivamente”. Sin embargo, la pregunta es: ¿acaso la legislación actual no tiene suficientes normas como para exigir la imparcialidad del notario? ¿Es realmente un problema normativo? ¿Acaso no harán falta medidas adicionales que le garanticen la independencia económica al notario? Tampoco puede obviarse el problema moral. Afortunadamente las estadísticas de la Dirección Nacional de Notariado indican que solo una minoría de notarios sucumbe a la tentación de parcialidad y en consecuencia de lesionar la fe pública y la imparcialidad, quizá compelidos por la competencia desleal, véase al respecto el artículo sobre la competencia desleal entre notarios²².

La macro notaría o actividad notarial en el comercio masivo hace que los principios deontológicos cobren especial interés. El volumen de documentación autorizada puede despersonalizar el servicio y volver la asesoría y los principios de equilibrios casi inexistentes. Al contratante débil, en el comercio masivo, se le deja sin posibilidad de discusión contractual.

Y finalmente, con relación a este tema, no se pueden olvidar los consumidores, que son también comparecientes débiles en los contratos de adhesión. La imparcialidad también debería ser una garantía para ellos, pues esperan encontrar equilibrio en el notario, que, en caso de no otorgárselo, estaría incumpliendo sus deberes. El consumidor es el contratante débil que el notario debe proteger explicándole los alcances del negocio

22 <https://semanariouniversidad.com/opinion/la-competencia-desleal-entre-notarios/>

que va a realizar, especialmente el alcance de sus renunciaciones (artículo 34 inciso b. del Código Notarial).

7. Imparcialidad activa.

En tanto el notario realiza una función pública, se convierte en un controlador de legalidad, y más que contralor, en garante de legalidad. El artículo 7 inciso d. prohíbe a los notarios "Hacer actos o contratos contrarios a la ley, ineficaces o los que para ser ejecutados requieran autorización previa, mientras esta no se haya extendido, o cualquier otra actuación o requisito que impida inscribirlos en los registros públicos". Aunque el Código Notarial recurre a una norma prohibitiva, resulta imperativa. En este sentido, el notario no es un simple reflejo pasivo de la voluntad de los comparecientes, pues, los moldea jurídicamente, y solamente autoriza el acto o contrato si esa voluntad corresponde a la voluntad jurídica. Por esto, una de las funciones del notario es calificar los actos que se le piden, y buscar dentro del ordenamiento la figura jurídica que más se amolde a la voluntad de los comparecientes.

Sobre este tema GARRIDO CERDA (1995) observa que "La imparcialidad del Notario es, en consecuencia, una imparcialidad activa, operativa, porque cualifica unas actuaciones positivas propias, derivadas de la autoría del documento, y no la pasiva recepción y ulterior representación de actuaciones ajenas y, en su caso, debe partir de la realidad de una posible desigualdad entre las partes, prestando al "contratante débil" la información, asesoramiento y consejo jurídico de que carece." O sea, el notario interviene tanto en la forma como en el fondo del negocio, por eso es el autor responsable de la totalidad del instrumento (forma y fondo). No solamente debe velar por adecuar la voluntad de las partes a las normas escritas, a la forma, sino también, como servidor de la justicia, debe autorizar actos en los cuales se produzca un equilibrio informado. La imparcialidad notarial dispone esto, no así la parcialidad abogado, dado que compete a los abogados la

obligación de velar solamente por los intereses de su cliente, pues su deber es "... poner en su defensa todos sus esfuerzos" (artículo 14 Código de Moral) y solo está obligado a procurar que sus relaciones profesionales se sitúen en el marco de la justicia (artículo 7 Código de Moral).

8. Imparcialidad y secreto profesional.

¿Qué relación hay entre imparcialidad y secreto profesional?, eso pretendemos contestar en este apartado.

En razón de su cargo, el notario está obligado a guardar secreto profesional sobre todas las manifestaciones, confidencias y noticias que reciba, y que tengan naturaleza extraprotocolar (artículo 38 Código Notarial); esta es una obligación funcional. Existe la posibilidad que, en algún momento, el deber de imparcialidad colisione con el deber de guardar el secreto profesional. Ante dos valores en colisión ¿cuál escoger?

Por ejemplo, por razones funcionales, el notario conoce información de uno de los comparecientes, que es perjudicial al otro y que, si se lo revelara al otro, éste desistiría del negocio. ¿Debe advertir al otro? En este caso, lo prudente y ético es hacer desistir al otro del negocio, sin revelarle el secreto; en todo caso, debe negarse a autorizar el negocio excusándose por razones morales, tal y como lo indican los artículos 6 y 36 del Código Notarial.

La deontología notarial es un todo orgánico, cuyos elementos no están aislados. El deber de imparcialidad también se relaciona con el deber de guardar los secretos profesionales y ambos con el deber de información. Mientras el primero es un deber típico de la función notarial, los dos últimos son deberes que tienen todos los operadores jurídicos. La doctrina informa del tema así: "...otro problema bastante delicado: el de la colisión del deber de información con el deber de guardar el secreto profesional y el deber de imparcialidad del notario. En estos casos, el

notario ha de ponderar cuidadosamente los intereses de los contratantes”, (Kralik, 1982).

Agrega Kralik (1982) sobre este tema: “El notario, al informar a los interesados, tiene que observar la más estricta imparcialidad. En eso no es lícito hacer una distinción entre un viejo cliente y uno que se asome por primera vez en la notaría, ni favorecer al que le trajo el negocio al notario ni a quien le va a pagar. Eso explica que ambas partes están obligadas a pagar sus honorarios. El notario debe informar a todos los interesados en el negocio que autoriza, incluso a los que no firman el documento, siempre que acudan a él”. El problema se presenta cuando el deber de informar entra en contradicción con el deber de guardar secreto profesional, cuando no se pueden cumplir simultáneamente ambos, en aras de la imparcialidad.

Hay otro deber que el notario está obligado a cumplir: el de mantener el desinterés. Por el ánimo de ganarse unos honorarios no debe sacrificar el interés legítimo de los comparecientes. Los deberes notariales forman unidad, no es posible seleccionar los que se desea cumplir. Si entran en colisión tampoco se pueden seleccionar. Información, desinterés, imparcialidad y secreto profesional, forman una unidad, cuya salida deontológica, como se ha dicho, es la excusa para cumplir con todos esos deberes. La excusa más que un valor es un mecanismo para salvaguardar la imparcialidad, en este caso, por omisión obligada.

9. Imparcialidad no significa neutralidad.

Al actuar por delegación estatal el notario está obligado a buscar el equilibrio entre las partes, mientras que el abogado no. El notario debe ser imparcial, si bien tal imparcialidad se expresa, igualmente, mediante la prestación de una asistencia adecuada a la parte que se encuentre en situación de inferioridad respecto de la otra. De esta manera se obtendrá el equilibrio necesario para que el contrato sea celebrado en pie de igualdad.

El notario es un servidor de la justicia “El notario sirve a la justicia en tanto desempeña su oficio con imparcialidad, incluso reequilibrando a las partes que ostentan gran desigualdad o relación de superioridad-inferioridad” (Highton, 1998); no es un simple tramitador, ni un reflejo pasivo de las intenciones manifiestas de las partes. Por lo anterior debe cerciorarse, antes de autorizar el acto, que las partes están conscientes de sus alcances.

En países como Costa Rica, en donde impera el notariado latino, pero a la vez el subdesarrollo económico social, persisten desigualdades sociales muchas veces ofensivas. En estas condiciones, la imparcialidad cobra mayor importancia. En países, como los sajones, donde las desigualdades no tienen los mismos niveles de asimetría resulta más frecuente encontrar comparecientes en igualdad relativa. “El deber de imparcialidad es especialmente significativo en los países subdesarrollados, donde existe analfabetismo e ignorancia del derecho, toda vez que las personas requieren de un especial asesoramiento y protección jurídica” (Pérez Fernández Del Castillo, 1993). En el mismo sentido otro autor señala que la imparcialidad “... también hay que practicarla principalmente con el cliente subdesarrollado, con la pobre viuda, voluble e irresoluta, que no sabe lo que quiere, con el que atraviesa una grave crisis económica, con los matrimonios desavenidos, y con esta juventud impaciente, audaz y extraviada, procurando corregir el ademán airado, la palabra violenta o la impronta de la insumisión” (Faus Estevbe, 1974).

La Unión Internacional de Notariado Latino ha establecido clara y sintéticamente el siguiente principio del notariado latino “El Notario debe ser imparcial, pero extremando su diligencia respecto del contratante más débil”²³. El Código Notarial es omiso en ese sentido, pero la Sala Constitucional ha sido reiterativa en cuanto a la interpretación del artículo 33 de nuestra Carta Magna que

²³ En: Memorias del Cincuentenario 1948-1998 de la Unión Internacional de Notariado Latino. Bs. As, 1998, Pág. 637

dispone que "... no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana".²⁴ Diversos fallos han consagrado el principio de justicia distributiva, ya enunciado por Aristóteles "a los iguales, igual; a los desiguales, desigual", que en el lenguaje constitucional costarricense se ha traducido: **En igualdad de condiciones jurídicas, igual trato jurídico; en desigualdad de condiciones jurídicas, desigual trato jurídico.** Evidentemente, a un compareciente débil económica, psicológica, intelectual, funcional o políticamente, debe dársele desigual trato, y el equilibrio consiste en velar que el fuerte no se aproveche de la debilidad de la otra parte. La función del notario en este caso consiste en darle la debida información y en no autorizar un acto abiertamente lesivo para el interés del débil y, cuando menos, que el débil otorgue un consentimiento informado.

Según Delgado De Miguel, (1993) el significado de la imparcialidad es el siguiente:

"El notario debe ser imparcial, pero ello no significa que para el Notario "todos los otorgantes sean iguales". Cuando hablamos de igualdad de los otorgantes ante el documento estamos suponiendo la **imparcialidad** del Notario en cuanto a su actuación, pero no la imparcialidad "formal" sino "sustantiva" en terminología de Rodríguez Adrados, "tendente, dice, a corregir la inferioridad del llamado contratante débil (débil en medios económicos, en experiencia, en conocimientos y asesores jurídicos) para situarlo en condiciones de defender sus propios intereses. Es decir, situándole en condiciones de igualdad con la otra parte contratante a efectos del otorgamiento, conocimiento del mismo y de sus consecuencias jurídicas y económicas"

Al respecto Honorio Romero (1989) agrega que "En los asuntos en que exista una evidente desproporción de asesoramiento previo en las partes del negocio jurídico, pensemos en préstamos de las entidades de crédito o

compras de pisos a grandes constructoras, el notario debe explicar el alcance y efectos del mismo hasta que la parte menos informada tenga pleno conocimiento de todo ello. Es una labor imprescindible para el correcto ejercicio de la función notarial. El principio de igualdad implica tratar desigualmente lo desigual". Sobre este tema de la imparcialidad se terminará citando nuevamente a Romero Herrero (1998):

"El asesoramiento propiamente dicho: es el que el notario ha de prestar de oficio a aquella de las partes que lo precise y que aparezca en situación de desequilibrio respecto a la otra, más poderosa, más culta o con asistencia jurídica propia. Asesoramiento específico que —como dice Mezquita— no choca con el deber de imparcialidad del notario, sino que constituye precisamente una manifestación del mismo, "la imparcialidad compensadora". Así, en esa "compensación" no habrá nunca parcialidad del notario; sino que cuando la habría es precisamente cuando no existiera, manteniéndose así el desequilibrio o desigualdad por la omisión o pasividad del notario. Y esta pasividad no sería imparcialidad sino "neutralidad", y no se puede ser neutral ante el riesgo de injusticia, fraude o abuso, ni ante la falta de libertad civil en la emisión de voluntad. Piénsese en el amplio campo que brinda —para este asesoramiento— la contratación en masa, con "minuta" impuesta, en el ámbito de un mercado, como es el financiero, tantas veces distorsionado por una publicidad sesgada".

Entonces, la imparcialidad no puede ser receptiva ni neutra, como algunos piensan, sino que debe ser una imparcialidad compensadora de las falencias del contratante débil, proactiva, por lo que debe procurar el equilibrio entre las partes, cumpliendo así los fines del Derecho, y evitando los abusos, como lo ordena el artículo 22 del Código Civil. El notario no puede ser un simple reflejo de lo que quieren las partes porque las partes bien pueden estar mal informadas del negocio, o bien condicionadas por la otra parte, por la parte que goza de alguna for-

24 Al respecto véanse los siguientes Votos de la Sala Constitucional: 4675-03, 2349-03, 4451-02, 11932-01, 5496-00, 5797-98, 1019-97, 2531-94, 1770-94, 1045-94, 316-93

ma de poder (económico, psicológico, intelectual, funcional o político). Por eso no es aceptable la afirmación de Figueroa Márquez de que la imparcialidad es solo formal y no sustantiva. Señala el autor mencionado que "Si el notario cumple con su deber de asesoría, no por eso desvirtúa su obligación de ser imparcial, pues podría decirse que se inclina por la parte más débil al aconsejarle y crearle conciencia que podría, en casos extremos impugnar el contrato por error o vicio en su voluntad; más bien cumple fiel y puntualmente con su obligación, pues debe informar a las partes (aun cuando la que confeccionó el contrato no lo necesite) sobre el valor y **consecuencias jurídicas** del contrato que celebran; no le corresponde al notario hacerles saber o explicarles el valor y **consecuencias económicas** del contrato que celebran, pues esto está alejado de su responsabilidad, si el notario explica el valor y consecuencias jurídicas, cumple con su deber de obrar imparcialmente, pues en su calidad de jurisperito, debe advertir de esta circunstancia y si, a pesar de ello, las partes deciden contratar, en el caso específico, la parte débil decida contratar, las consecuencias económicas debe tenerlas presentes, pues le tocará cumplirlas o sufrirlas en toda su dimensión". (Figueroa Márquez, 1995) (Resaltado original)

Precisamente, el compareciente más débil, por lo regular, lo es económica e intelectualmente. Salvo excepciones, el compareciente económicamente más fuerte es precisamente también, el más fuerte intelectualmente, y cuando menos tiene más probabilidades de estar mejor asesorado. Casualmente es el compareciente débil el que más soportará las consecuencias del acto, y el que necesita más de la función equilibrante del notario, de modo que las consecuencias económicas del negocio también deben ser explicadas. En este juego inter partes el notario no debe perder el norte de que realiza una función pública, por delegación del Estado.

Posiblemente más por falencia técnica que por otros motivos, la Sala Constitucional con-

funde imparcialidad con neutralidad: "Del notario debe exigirse, entonces, contrariamente a lo que sucede en el caso del abogado, que sea neutral, objetivo, y que actúe dando fe de lo que en su presencia se acordó en beneficio de las partes que comparecen ante él y no de una sola de ellas"²⁵.

Bibliografía.

Carnellutti, F. (1954). La figura jurídica del notario. Tr. Sergio González. Editorial Reus, Anales de la Academia Matritense del Notariado, Tomo VIII, Madrid.

Celeste, G. (2004). La imparcialidad del notario: garantía de orden contractual. En: XXIV Congreso Internacional de Notariado Latino. México.

De La Torre Díaz, F. (2000). Ética y deontología jurídica. Ed. Dykinson S.L., Madrid.

Delgado De Miguel, F. (1998). Pautas para la elaboración de aportes doctrinales, XXII Congreso Internacional de Notariado Latino (1998) En: ARMELLA, C. (1998) (Directora). Tratado de Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario. Más de cincuenta años de jurisprudencia agrupada y comentada. T.I, AD-HOC s.r.l., Villela Editor, Bs.As.

El arte notarial en México. (2004). Ed. Casa Aldo Manuzio, México.

Faus Estevebe, R. (1974). Examen de conciencia a los 100 años de la Ley. En: Jornadas Notariales de Poblet (años 1962-1971), con la colaboración de los colegios Notariales de Barcelona, Zaragoza, Valencia, Madrid, La Coruña, Valladolid, Sevilla y Brugos, Colegio Notarial de Barcelona, Barcelona.

Figueroa Márquez, D. (2004). La imparcialidad. Atributo de la función notarial. En: XXIV Congreso Internacional de Notariado Latino. México.

²⁵ VOTO N° 649-93 de la Sala constitucional de 14:45 horas del 9 de febrero de 1993

Fraguas, R. (1974). *Proyectos para el porvenir*, Jornadas Notariales de Poblet, Colegio de Notarios, Barcelona.

Frese, A. (1998). *Incompatibilidades e inhabilidades*. En: Armella, C. (Directora). *Tratado de Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario*. Más de cincuenta años de jurisprudencia agrupada y comentada. T.I, AD-HOC s.r.l., Vilella Editor, Buenos Aires.

Garrido Cerda, E. (1995). *Funciones públicas y sociales del notariado*. En: XXI Congreso Internacional de Notariado Latino, Berlín, 1995. Gráficas Minaya, Guadalajara.

Gaupp, R. (1998). *La importancia del Código deontológico notarial para clientes, colegas y estado*. En: XXII Congreso Internacional de Notariado Latino (Ponencias de la delegación alemana) Bs.As.

Gómez Pérez, R. (1991). *Deontología Jurídica*. Ed. Universidad Navarra SA, Pamplona.

Guillo, M. y otros (1998). *Obligación de escriturar*. En: Armella, C. (Directora). *Tratado de Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario*. Más de cincuenta años de jurisprudencia agrupada y comentada. T.III, AD-HOC s.r.l., Vilella Editor, Buenos Aires.

Highton, E. (1998). *El escribano como tercero neutral*, Rev. Not. 850-87, 1997. En: Armella, C. (Directora). *Tratado de Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario*. Más de cincuenta años de jurisprudencia agrupada y comentada. T I, AD-HOC s.r.l., Vilella Editor, Buenos Aires.

Jiménez Carmiol, M. (1998). *Op. Cit.*, Pág. 5) En el XVI Congreso Internacional del Notariado Latino de Lima 1981, consideró: (En: *Memorias del Cincuentenario 1948-1998 de la Unión Internacional de Notariado Latino*. Bs As.

Larraud, R. y otros. *Curso de Derecho Notarial*, Depalma, Buenos Aires (1966).

Memorias del Cincuentenario 1948-1998 de

la Unión Internacional de Notariado Latino. Buenos Aires.

Mora Vargas, H. (1999). *Manual de Derecho Notarial*, Ed. Investigaciones Jurídicas, San José.

Ortiz Rivas, H. (1993). *Ética Notarial*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá.

Ossorio, A. (1989). *El Alma de la Toga*. Ediciones Jurídicas EuroAmerica. Buenos Aires.

Paz, J. (1939). *Derecho notarial argentino*. Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires.

Peisino, C. (1998). *Asesoramiento*. En: Armella, C. (Directora). *Tratado de Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario*. Más de cincuenta años de jurisprudencia agrupada y comentada. T.I, AD-HOC s.r.l., Vilella Editor, Buenos Aires.

Peisino, C. (1998). *Imparcialidad*. En: Armella, C. (Directora). *Tratado de Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario*. Más de cincuenta años de jurisprudencia agrupada y comentada. T.I, AD-HOC s.r.l., Vilella Editor, Buenos Aires.

Pelosi, C. (1980). *El documento notarial*. Ed. Astrea, Buenos Aires.

Pérez Fernández Del Castillo, B. (1993). *Ética Notarial*. Editorial Porrúa S.A., México.

Romero Herrero, H. (1998). *La deontología notarial en relación con los clientes, en relación con los compañeros y en relación con el Estado*. En: *Ponencias del notariado español, al XXII Congreso Internacional de notariado latino*, Buenos Aires, 1998. Publicado por el Consejo General del Notariado Español, Madrid.

Schnirman, L. (1998). *Investidura*. En: Armella, C. (Directora). *Tratado de Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario*. Más de cincuenta años de jurisprudencia agrupada y comen-

tada. T.I, AD-HOC s.r.l., Vilella Editor, Buenos Aires.

Siri, F. (1998). Competencia. En: Armella, C. (Directora). Tratado de Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario. Más de cincuenta años de jurisprudencia agrupada y comentada. T.I, AD-HOC s.r.l., Vilella Editor, Buenos Aires.

Viguri Perea, A. (2000). Algunos aspectos de la actividad notarial como pilar fundamental del tráfico jurídico. En *Ars Notariae (El Arte Notarial)*, dirigido por Joaquín Serrano Yuste y otra. Ed. Fundación Caja Castellón-Bancaja.

Asamblea Legislativa. Expediente Legislativo N° 7764.

Carta de Álvaro Torres Vicenzi de 25 de octubre de 1996, en Expediente Legislativo N° 7764 # 5/11, folio 1365.

Carta de Álvaro Torres Vicenzi de 25 de octubre de 1996, en Expediente Legislativo N° 7764 # 5/11, folio 1350.

Asamblea Legislativa. Expediente Legislativo N° 7764 Folio 1644- 6/11

Asamblea Legislativa. Expediente Legislativo N° 7764 # 2/11, folio 492. Intervención del señor Henry Vega Salazar.

Revistas.

Arias Sancho, M. y otra. (2001). La Dirección Nacional de Notariado como ente rector de la actividad notarial en Costa Rica. Tesis para optar al grado de licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica, San José.

Ayub Rojas, Z. y otras. (1999). Código Notarial: régimen disciplinario, historia, alcances y evolución. Informe de Seminario de Graduación presentado para optar al Grado de Licenciados en Derecho, en la Universidad de San José.

Barrantes Gamboa, J. (2001). La función notarial. En: *IVTITIA notarial y registral*. N° 2 San

José, Noviembre-diciembre.

Bhürmann, S. (1971). Revitalización de los valores esenciales del notariado. *Revista Notarial del Colegio de Escribanos de Buenos Aires*. N° 796.

Calvo Masís, A. (2003). El papel del Ministerio Público en Materia Notarial. Tesis para optar al Grado de Licenciado en Derecho, UCR.

Castillo Prado, M. (1987). Elementos subjetivos en la función notarial. Tesis de grado para optar el grado de Licenciada en Derecho, UCR, San José.

Delgado De Miguel, J. (1993). La función notarial. VI Jornada Notarial Iberoamérica, Quito. Consejo General del Notariado, México.

Fessler, H. (1984). El cometido Social de la Redacción Imparcial. *Revista Internacional del Notariado*, N° 80, Buenos Aires.

Figa Faura, L. El deber de consejo del notario. *Revista Notarial, del Colegio de Escribanos Provincia de Buenos Aires*, N° 776.

García Cima De Esteve, E. (1997). Editorial de la *Revista Notarial*. Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba. N° 73- 1997-1.

Garrido Melero, M. (2004). La imparcialidad del notario: garantía del orden contractual. XXIV Congreso Internacional de Notariado Latino. México.

Gattari, C. (1997). *Manual de Derecho Notarial*, Ed. Depalma, Buenos Aires.

<https://semanariouniversidad.com/opinion/la-competencia-desleal-entre-notarios/>

Icoden. Jiménez Carmiol, M. (2003). LA NACIÓN, 1 junio 2003, Viva

Isotti, A. (1979). El notario, profesional liberal. *Revista Internacional de Notariado*. N° 75, Buenos Aires.

Kralik, W. (1982). El deber de informar el notario. *Revista Internacional de Notariado*. N° 78, Buenos Aires.

Lamber, R. (1997). Dictamen Comisión de Consultas sobre Secreto Profesional. *Revista Notarial, del Colegio de Escribanos Provincia de Buenos Aires*, N° 927.

Lasgna, J. (1975). Figura jurídica y función del notario. *Revista Notarial del Colegio de Escribanos Provincia de Buenos Aires*, N° 823.

Márquez González, J. y otro. (1998). La Deontología Notarial frente a los clientes, al colegio y al Estado. *Revista Notarial, del Colegio de Escribanos Provincia de Buenos Aires*, N° 930.

Martinez Segovia, F. (1989). Responsabilidad disciplinaria. *Revista Notarial, del Colegio de Escribanos Provincia de Buenos Aires*, N° 903

Ott, W. (1998). El notario como garante de la seguridad jurídica en la economía de mercado. XXII Congreso Internacional de Notariado Latino (Ponencias de la delegación alemana) Buenos Aires.

Oviedo Sánchez, A. (2003). Delitos cometidos en sede notarial y su responsabilidad penal. Tesis para optar al grado de Licenciado en Derecho, UCR, San José.

Pérez Montero, H. (1981). Necesidad social de la imparcialidad del notario. *Revista Notarial del Colegio de Escribanos Provincia de Buenos Aires*, N° 854.

Pérez Sanz, A. (1991). El Notario y la Sociedad. *Revista Internacional de Notariado. Unión Internacional de Notariado Latino*. N° 87, Buenos Aires.

Pío XII (1998). Último discurso pronunciado al V Congreso de Unión Internacional de Notariado Latino (5-10-58). *Memorias del Cincuentenario 1948-1998 de la Unión Internacional de Notariado Latino*. Buenos Aires.

Rodríguez Adrados, A. (1981). El notario: función privada y función pública. Su inescindibilidad. *Revista Notarial del Colegio de Escribanos Provincia de Buenos Aires*, N° 858.

Sáenz Juárez, L. (1984). La imparcialidad del Notario Latino en la Realidad. *Revista Internacional del Notariado*, N° 80, Buenos Aires.

Sandí Baltodano, G. (2002). La función notarial en Costa Rica. *IVSTITIA notarial y registral*. N° 3, San José, marzo-abril.

Trigo Represas, F. (2000). Responsabilidad civil del Escribano Público. *Revista Notarial, del Colegio de Escribanos Provincia de Buenos Aires*, N° 937.

Trigo Represas, F. Responsabilidad de los abogados y escribanos. *Revista Notarial, del Colegio de Escribanos Provincia de Buenos Aires*, N° 870.

Resoluciones.

Directriz Dirección Nacional de Notariado N° 001-99, CONSIDERANDO I

Directriz Dirección Nacional de Notariado N° 015-99, CONSIDERANDO VI

Lineamientos: Consejo Superior Notarial en sesión 002-2014 del 29 de enero del 2014

Lineamientos: Resolución de la Dirección Nacional de Notariado de las 16:20 horas del 6 de julio del 2005

Resolución de la Sala Constitucional 3932-95; 2000-07874; 4675-03, 2349-03, 4444-00; 4451-02, 11932-01, 5496-00, 5797-98, 1019-97, 2531-94, 1770-94, 1045-94, 316-93; 649-93; 5417-03

Tribunal de Notariado, Voto N° 46-2004

Tribunal de Notariado Voto N° 130-2001

Tribunal de Notariado Voto N° 24-1999

Códigos y otras normas

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Código de Deberes Jurídicos, Morales y Éticos del Profesional en Derecho (Código Deontológico del Colegio de Abogados y Abogadas) del 10/01/2005.

http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=54060&nValor3=94777&strTipM=TC

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Código Notarial del 22/11/1998.

http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=42683

Entrevistas.

Alicia Bogarín, Directora de la Dirección Nacional de Notariado, en entrevista concedida el 11 de noviembre del 2004.

Gladis Herrera Raven, Notaria Pública del Estado, de la Procuraduría General de la República, 15 de noviembre del 2004.

Jaime Weisleder, Presidente del Consejo Superior Notarial, el 24 de noviembre del 2004.

Oscar González, Magistrado de la Sala Primera, realizada el 1º de diciembre del 2004.

**DOCUMENTOS
DIGITALES**





PODCAST



Ayer y Hoy
En La Libre

ESCUELA LIBRE DE
DERECHO
UNIVERSIDAD



amazonmusic

CAPÍTULO
08

M.Sc. Andrés Bogarín Bustamante
TEMA: Todo lo que debes saber sobre el
Derecho al consumidor

5TA TEMPORADA



Ayer y Hoy
En La Libre

ESCUELA LIBRE DE
DERECHO
UNIVERSIDAD



amazonmusic

CAPÍTULO
09

Lic. Ronald Cortés Coto
TEMA: Responsabilidad civil derivada
del delito.

5TA TEMPORADA



ESCUELA LIBRE DE
DERECHO
UNIVERSIDAD



amazonmusic

Sexta Temporada - Ep. 1
Alcances del artículo 2, inciso 12, del
Código Procesal Agrario, a la luz del
Numeral 49 de la Constitución Política.

Lic. Diego Rudín

Ayer y Hoy
En La Libre



ESCUELA LIBRE DE
DERECHO
UNIVERSIDAD



amazonmusic

Sexta Temporada - Ep. 2
Transformación del Derecho laboral
dentro del estado social.

Lic. Erick Briones

Ayer y Hoy
En La Libre

PODCAST

ESCUELA LIBRE DE DERECHO UNIVERSIDAD



amazonmusic

Sexta Temporada - Ep. 3
La tutela del debido proceso en la apertura del secreto bancario al contribuyente.

Licda. Priscilla Sánchez

Ayer y Hoy
En La Libre

ESCUELA LIBRE DE DERECHO UNIVERSIDAD



amazonmusic

Sexta Temporada - Ep. 4
El principio de no regresión en materia ambiental.

Dr. Víctor Orozco

Ayer y Hoy
En La Libre

ESCUELA LIBRE DE DERECHO UNIVERSIDAD



amazonmusic

Sexta Temporada - Ep. 5
Los Testamentos.

Lic. Braulio Alvarado

Ayer y Hoy
En La Libre

ESCUELA LIBRE DE DERECHO UNIVERSIDAD



amazonmusic

Sexta Temporada - Ep. 6
Aumentos de alquiler en casas de habitación y locales comerciales.

Lic. Edgar Alvarado

Ayer y Hoy
En La Libre

TRIBUNA LIBRE

EDICIÓN
DIGITAL

Edición 13 / 1, Diciembre 2023

Costa Rica