

TRIBUNA LIBRE

EDICIÓN
DIGITAL

Artículos

Dr. Víctor Orozco Solano.
Licda. Priscilla Sánchez Conejo.
Lic. Joseph Sandí Gamboa.
M.Sc. Cinthya Morales Herra.
Dr. Alban Bonilla Sandí.
Licda. Alana Fonseca Lobo.

Instituto de Investigaciones
"Dr. Carlos Gómez Rodas".
Presentación del Libro:
"La Constitución 75 años después".

Documentos
Digitales

Décima Edición Digital

Edición 17/1
Abril 2025

ISSN 2953-7339 Tribuna Libre



ESCUELA LIBRE DE
DERECHO
UNIVERSIDAD

TRIBUNA LIBRE

REVISTA TRIBUNA LIBRE. DÉCIMA EDICIÓN DIGITAL

ISSN 2953-7339 Tribuna Libre

Dr. Ricardo Guerrero Portilla
Director

M.Sc. María Cristina Gómez Fonseca
Editora

Consejo Editorial

Licda. Andrea Gómez Ulloa
Dr. Albán Bonilla Sandí
M.Sc. 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. 17, No. 1 (01- 157). Enero - Abril, 2025. Décima 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

En este número de la Tribuna Libre la persona lectora encontrará seis artículos sobre diferentes temas jurídicos. Inicia con un tema provocador y de discusión universal como el derecho de objeción de conciencia. El Dr. Víctor Orozco Solano lo presenta haciendo un estudio del ordenamiento jurídico español y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en temas como el aborto, el servicio militar y la eutanasia.

Seguidamente la Licda. Priscilla Sánchez Conejo, realiza un análisis a profundidad sobre el impacto y los retos que genera la implementación del impuesto mínimo global en países con sistemas de renta territorial como Costa Rica. La autora examina desde las complejidades de su implementación hasta la posible vulneración de los derechos humanos y la soberanía de estos países.

El tercer artículo lo presenta el doctorando Joseph Sandí que estudia cómo la protección brindada a los socios en una Sociedad Anónima podría ser utilizada para quebrar el principio de buena fe y cómo se podría dar el levantamiento de ese velo societario cuando se encuentra que existe un grupo de interés económico que lo utiliza para evadir responsabilidades. En su investigación el licenciado Sandí explora, qué consideraciones se deben tener para establecer si existe un grupo de interés económico resaltando *“la importancia del principio de la buena fe y la teoría de la unidad de la empresa en la protección de derechos de terceros”* (Sandí Gamboa J. 2025).

La M.Sc. Cinthya Morales, minuciosamente, revisa herramientas anticorrupción en la Contratación Administrativa. En su artículo estudia los principios de transparencia, publicidad y rendición de cuentas para establecer su importancia en este tema, comparando su utilización o no, en un caso tan relevante como el ALCATEL-ICE. El Dr. Alban Bonilla ha publicado en esta Revista varios artículos relacionados con la ética en función notarial y en esta edición nos presenta el desarrollo comparativo de la ética en la función notarial con la ética en la función judicial, semejanzas y diferencias importantes sobre todo cuando se trata de asumir o no responsabilidades.

En el último artículo de esta edición nos propone la doctoranda Alana Fonseca, el estudio a profundidad de la figura de la cosa juzgada constitucional, analizando para esto la jurisprudencia generada por la Sala Constitucional durante estos años y como ha ido evolucionando. Para que la persona lectora tenga más claridad sobre el tema, la autora, hace al inicio una revisión exhaustiva de elementos como su concepto, naturaleza y fundamento.

Después de los artículos comentados y antes de los documentos digitales, en este ejemplar se incorporó una nueva sección llamada Instituto de Investigaciones Dr. Carlos Gómez Rodas. La Universidad Escuela Libre de Derecho se siente orgullosa de poder presentar al mundo académico, a las personas con vocación de investigación y al público en general un Instituto que ofrezca apoyo y salida a todas esos aportes e ideas generadas por docentes, estudiantes y particulares que se acerquen con la intención de plantear un proyecto de investigación. Esta revista Tribuna Libre, es parte del Instituto y en noviembre del 2024 se presentó en la Asamblea Legislativa el libro **“La Constitución 75 años después”**, dirigido por el jurista Dr. Rubén Hernández Valle. Invito a las personas lectoras a acompañarnos en esta nueva aventura, para seguir

ofreciendo espacios donde compartir ideas científicas, innovadoras y de trascendencia nacional e internacional.

M.Sc. María Cristina Gómez Fonseca
Editora

CONTENIDOS

1

Dr. Víctor Orozco Solano.

La objeción de conciencia en el contexto español y en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: una mirada jurisprudencial.

2

Licda. Priscilla Sánchez Conejo.

Pilar Dos: El Impuesto Mínimo Global y los retos de su implementación en países en vías de desarrollo con sistema de renta territorial en Latinoamérica.

3

Lic. Joseph Sandí Gamboa.

Levantamiento del velo societario y grupos de interés económico.

4

M.Sc. Cinthya Morales Herra.

Principios de Transparencia, Publicidad y Rendición de Cuentas: herramientas anti-corrupción de la Contratación Pública.

5

Dr. Alban Bonilla Sandí.

Comparación ética judicial - ética notarial.

6

Licda. Alana Fonseca Lobo.

Cosa Juzgada Constitucional: un análisis en retrospectiva de la jurisprudencia nacional.

7

Instituto de Investigación “Dr. Carlos Gómez Rodas.

Presentación del Libro: ***“La Constitución 75 años después”***.

8

Documentos Digitales.

Podcast.

Artículos

LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA EN EL CONTEXTO ESPAÑOL Y EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS: UNA MIRADA JURISPRUDENCIAL.

*CONSCIOUS OBJECTION IN THE SPANISH
CONTEXT AND IN INTERNATIONAL HUMAN
RIGHTS LAW: A JURISPRUDENTIAL VIEW.*

VÍCTOR EDUARDO OROZCO SOLANO

- Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla-La Mancha.
- Antiguo Letrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.
- Juez Contencioso Administrativo destacado en el área de Amparos de Legalidad.
- Profesor Universitario.





LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA EN EL CONTEXTO ESPAÑOL Y EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS: UNA MIRADA JURISPRUDENCIAL.

CONSCIOUS OBJECTION IN THE SPANISH CONTEXT AND IN INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW: A JURISPRUDENTIAL VIEW.

Resumen.

En este trabajo se analiza el derecho o la libertad de objeción de conciencia en el ordenamiento jurídico español, así como en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. No es uniforme la doctrina que se desprende de ambos tribunales, en relación con los alcances de esta libertad.

Palabras clave.

Objeción de conciencia, libertad ideológica, derechos humanos.

Summary.

This work analyzes the right or freedom of conscientious objection in the Spanish legal system, as in the jurisprudence of the European Court of Human Rights. The doctrine that emerges from both courts, in relation to the scope of this freedom, is not uniform.

Keywords.

Conscientious objection, ideological freedom, human rights.

Sumario.

I.- Introducción. II.- Objeto y delimitación con-

ceptual del derecho de objeción de conciencia. III.- La configuración del derecho de la objeción de conciencia en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español. III.1. La sentencia No. 15/1982, de 23 de abril, sobre la objeción de conciencia al servicio militar. III.2.- La sentencia No. 53/1985, de 11 de abril, sobre la regulación del aborto. III.3 Las sentencias Nos. 160/1987 y 161/1987 de 27 de octubre, en que se modifica el criterio sostenido anteriormente sobre la configuración del derecho de objeción de conciencia como fundamental. III.4.- La sentencia No. 55/1996, de 28 de marzo, también en materia militar. III.5.- La sentencia No. 151/2004, de 25 de septiembre, sobre la creación del registro de objetores de conciencia en materia de interrupciones voluntarias del embarazo. III.6.- La sentencia No. 145/2015, de 25 de junio, sobre la objeción de conciencia del farmacéutico de Sevilla. IV.- Reconocimiento jurisprudencial del derecho de objeción de conciencia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y, en concreto, en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. IV.1.- Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de objeción de conciencia al servicio militar. IV.2 Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de objeción de conciencia al aborto. IV.3.- Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos

Humanos sobre objeción de conciencia en materia de eutanasia. IV.4.- Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre objeción de conciencia en materia educativa. IV.5.- Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de objeción de conciencia frente a casos particulares. V.- Conclusiones. VI.- Bibliografía.

I.- Introducción.

En términos generales, en este trabajo se pretende analizar la configuración normativa y jurisprudencial del derecho de objeción de conciencia, teniendo en consideración, su desarrollo jurisprudencial en el contexto español, tanto por las sentencias del Tribunal Constitucional (máximo y supremo intérprete de la Constitución Española de 1978), cuanto las del Tribunal Supremo o juez de casación en España. Además, se analizará la jurisprudencia que, sobre el tema, se ha desarrollado en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, teniendo en cuenta, la que se desprende del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos, que poco tiene que decir en esta materia, así como la que se deriva del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que, como se ha indicado en otros trabajos, tiene a su cometido, la salvaguardia, tutela y protección del Convenio Europeo de Derechos y Libertades Fundamentales, de Roma, del 4 de noviembre de 1950, en relación con los 46 países que, en la actualidad, forman parte del Consejo de Europa.

En este orden de ideas, se examinarán algunos supuestos concretos de la objeción de conciencia, en primer lugar, frente al servicio militar, en segundo, frente a supuestos de aborto y, tercero, frente a la eutanasia, éstos dos últimos supuestos, en el caso de la prestación de servicios en el ámbito sanitario. Asimismo, se analizará la objeción de conciencia en el ámbito académico o educativo. De esta manera, es preciso adelantar que el derecho de objeción de conciencia ha sido configurado como derecho fundamental, a

partir de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y la del Tribunal Constitucional Español.

Así, en lo que atañe al derecho de objeción de conciencia, se trata de un derecho fundamental, al menos en el caso español y, además, en el costarricense, vinculado a lo dispuesto por el artículo 16 de la Constitución Española de 1978, relativo a la libertad de conciencia, ideológica y religión, sin dejar de lado, en este orden de consideraciones, su consagración, expresa, en el artículo 30 *ídem*, en lo que atañe a la prestación del servicio militar. También el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha entendido que la objeción de conciencia está vinculada al derecho contemplado en el artículo 9º del Convenio Europeo de Derechos y Libertades Fundamentales, de Roma del 4 de noviembre de 1950, en que se proclama la libertad de pensamiento, ideológica, de conciencia y de religión. De esta manera, en lo que respecta al derecho de objeción de conciencia, su examen comprenderá su configuración conceptual, para luego examinar su reconocimiento jurisprudencial, tanto por el Tribunal Constitucional Español, así como por el mencionado Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en diversos contextos, sea: la objeción de conciencia al servicio militar, el aborto, la eutanasia, en el ámbito educativo, entre otros.

II.- Objeto y delimitación conceptual del derecho de objeción de conciencia.

Como se adelantó, en este apartado se desarrollará una definición del derecho de objeción de conciencia. Así, en lo que atañe a la connotación del derecho fundamental de objeción de conciencia, GARCIMARTÍN MONTERO, lo desarrolla a partir de una serie de elementos que la doctrina ha involucrado en relación con esta libertad. De este modo, puede ser definido como: "la decisión de un individuo que, ante el conflicto que se produce entre una norma imperativa y su conciencia, opta por seguir el dictado de su conciencia, pero con la pretensión de

no ser sancionado por incumplir la norma. Otros aspectos de la objeción de conciencia resultan discutidos en mayor o menor medida, entre ellos su naturaleza jurídica, la necesidad de cobertura legal, los motivos en que se fundamenta o los casos en que es admisible¹. Por su parte, ALBERT MÁRQUEZ, agrega que la objeción de conciencia constituye, sin duda, la manifestación más polémica de la libertad de conciencia y la forma más cualificada de ejercerla, en la medida en que: “supone un incumplimiento de una conducta jurídicamente obligatoria, la no realización de un deber jurídico por razones ideológicas, religiosas o de conciencia. Así, la objeción de conciencia puede definirse como la negativa del individuo, por motivos de conciencia, a someterse a una conducta que en principio sería jurídicamente exigible (ya provenga la obligación directamente de la norma, ya de un contrato, ya de un mandato judicial o resolución administrativa)². De otro lado, y de forma más amplia, NAVARRO VALLS Y MARTÍNEZ TORRÓN, sostienen que la objeción de conciencia incluye: “toda pretensión contraria a la ley motivada por razones axiológicas –no meramente psicológicas–, de contenido primordialmente religioso o ideológico, ya tenga por objeto la elección menos lesiva para la propia conciencia entre las alternativas previstas por la norma, eludir el comportamiento contenido en el imperativo legal o la sanción prevista por su incumplimiento, o incluso, aceptando el mecanismo represivo, lograr la alteración de la ley que es contraria al personal imperativo ético”³.

A lo anterior, VALCARCEL GARCÍA, agrega

1 GarcíMartín Montero, M. (2021). La objeción de conciencia en España, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 57, pág. 3.

2 Véase Albert Márquez, M. (2010). Libertad de conciencia, conflictos biojurídicos en las sociedades multiculturales, *Cuaderno de Bioética*, XXI, 2010/1, págs. 63-64. Un estudio relevante sobre el tema puede ser hallado en Arguedas Rodríguez, G., *Criterios delimitadores del ejercicio de la objeción de conciencia aplicables a la objeción judicial*, *Revista de la Sala Constitucional*, No. 3 (2021), págs. 215-256.

3 Navarro Valls R., y otro. (1997). *Las objeciones de conciencia en el derecho español y comparado*, McGraw-Hill, Madrid, págs. 14-15.

que el concepto de objeción de conciencia es de definición compleja, habida cuenta de los componentes jurídicos como ideológicos, que involucra. En este orden, el Diccionario panhispánico de español jurídico la define como: “derecho a oponer excepciones al cumplimiento de deberes jurídicos cuando su cumplimiento implique una contravención de las convicciones personales ya sean religiosas, morales o filosóficas”⁴. Según la misma autora, de esta definición se pueden extraer tres componentes de la objeción de conciencia que son aplicables a cualquier ámbito de la actividad humana regulada por una norma, a saber: un deber jurídico inicial, unas convicciones personales y una oposición al cumplimiento de esos deberes⁵.

Además, el Comité de Bioética de España considera que concurren cuatro elementos que son necesarios para que una determinada actuación negativa de cumplimiento de un deber jurídico pueda ser considerada como objeción de conciencia. Tales son: Una norma jurídica imperativa de carácter previo y no forzosamente de carácter general, pero sí que afecte en forma necesaria a una persona, cuyo contenido encierre una actividad que pueda ser cuestionable o entre en franca colisión con las convicciones, en particular de tipo moral, ético o religioso de aquellos a los que esa norma obliga. Que dicha actividad colisione con esas convicciones, de forma tal que la persona sienta el dictado inequívoco de su conciencia para, en caso de realizar la actividad en particular, actuaría en contra de sus propias convicciones y conciencia. La ausencia de opciones que permitan cumplir la norma sin llevar a cabo la actividad que su conciencia repudia. La necesidad de una manifestación fehaciente del sujeto obligado por la norma a realizar la actividad que provoca el conflicto en su conciencia. Esta manifestación deberá ser de carácter individual y tener lugar ante

4 Diccionario panhispánico de español jurídico (DPEJ), Madrid, 2020. Citado por Valcárcel García, M., *El control de los objetores de conciencia tras la nueva ley de la eutanasia*, *Bioderecho.es*, Núm. 15, enero-junio 2022, pág. 2

5 Valcárcel García, M., *El control de los objetores de conciencia tras la nueva ley de la eutanasia*, op. cit., pág. 2.

aquella autoridad u órgano con competencias suficientes para valorarla⁶.

Tales elementos encuadran, de acuerdo con VALCÁRCEL GARCÍA, en la diversa configuración de la objeción de conciencia en abstracto, tanto la relativa al servicio militar, como las que se desprenden del contexto sanitario, las cuales, podrían ser más complejas y sobre todo más determinables⁷. Finalmente, GASCÓN ABELLÁN conceptualiza el derecho de objeción de conciencia como: “el incumplimiento de un deber jurídico motivado por la existencia de un dictamen de conciencia, que impide observar el comportamiento prescrito y cuya finalidad se agota en la defensa de la moralidad individual”⁸. Según MARTÍNEZ OTERO, de la anterior definición, se pueden extraer tres elementos que justifican particular atención:

- el primero, es la existencia de un deber jurídico susceptible de generar un conflicto de conciencia, como el que se analiza en el presente trabajo, en relación con el derecho de eutanasia y la ley orgánica que lo regula en el contexto español.

- el segundo, es la existencia del conflicto entre la obligación jurídica impuesta por el ordenamiento y el dictamen o norma de conciencia del sujeto obligado; lo anterior se produce, como se ha visto, en el contexto eugenésico y el choque que puede suponer la eutanasia en relación con el personal sanitario.

- y, tercero, lo constituye el carácter estrictamente privado de la objeción, que consiste en incumplir la obligación sin ser sancionado por ello⁹.

6 Comité de Bioética de España, Opinión sobre la objeción de conciencia en sanidad, Informe de 13 de agosto de 2011, Madrid, 2011. Citado por Valcárcel García, M., El control de los objetores de conciencia tras la nueva ley de la eutanasia, op. cit., pág. 3.

7 Valcárcel García, M., El control de los objetores de conciencia tras la nueva ley de la eutanasia, op. cit., pág. 3.

8 Garzón Abellán M. (1990). Obediencia al Derecho y Objeción de conciencia, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, pág. 85.

9 Martínez Otero, J. (2022). La objeción de conciencia institucional a la práctica de la eutanasia ¿Pretensión abusiva

III.- La configuración del derecho de la objeción de conciencia en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español.

Ahora bien, sobre el debate relativo a la configuración de la objeción de conciencia como derecho fundamental, inherente a todo ser humano viviente, dotado de dignidad, es particularmente relevante la discusión que se ha desarrollado a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español. Se trata de una conceptualización dubitativa y ambivalente, que no ha contribuido a resolver el debate doctrinal. De este modo, “mientras en algunas sentencias el TC admite de forma contundente la existencia de un derecho general a la odc derivado del artículo 16.1 CE –v. g. SSTC 15/1982, de 23 de abril, y 53/1985, de 18 de mayo–; en otros pronunciamientos se muestra contrario al mismo de forma no menos categórica –v. g. SSTC 160/1987 y 161/1987, ambas de 27 de octubre”¹⁰. Dicho debate en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español será analizado con mayor detenimiento a continuación.

III.1. La sentencia No. 15/1982, de 23 de abril, sobre la objeción de conciencia al servicio militar.

En esta sentencia el Tribunal Constitucional Español tiene la ocasión de referirse por vez primera a la objeción de conciencia en el servicio militar. En este orden, según VALCÁRCEL GARCÍA: “El caso que ocupa esta primera sentencia sobre la objeción de conciencia en España, se produce en el ámbito del servicio militar obligatorio, encajando con el artículo 30.2 CE, pero antes de promulgarse, como imponía este artículo, la Ley que lo desarrollara, hecho que se produce con la publicación de la Ley No. 49/1984 de 26 de octubre”¹¹. En efecto, en este caso se impug-

o derecho legítimo?, Revista de Derecho Político, UNED, No. 115, septiembre-diciembre, págs. 117-118.

10 Martínez Otero, J., La objeción de conciencia institucional a la práctica de la eutanasia ¿Pretensión abusiva o derecho legítimo?, op. cit., pág. 119.

11 Valcárcel García, M., El control de los objetores de conciencia tras la nueva ley de la eutanasia, op. cit., pág.

nó el acuerdo de la Junta de Clasificación y Revisión Jurisdiccional de la Zona Marítima del Estrecho de 26 de septiembre de 1980, la resolución del Almirante Capitán General de la Zona Marítima del Estrecho de 19 de noviembre de 1980 y el Auto del Consejo Supremo de Justicia Militar de 13 de mayo de 1981.

En su fallo o en la parte dispositiva de esta sentencia, el Tribunal Constitucional Español dispuso estimar en parte el recurso de amparo formulado por don A. B. C., a cuyo efecto acuerda: a) Reconocer el derecho del recurrente a que se aplace su incorporación a filas hasta que se dicte la ley, prevista en el artículo 30.2 de la Constitución, que permita la plena aplicabilidad y eficacia del derecho a la objeción de conciencia por él alegada y; b) Declarar la nulidad del acuerdo de la Junta de Clasificación y Revisión Jurisdiccional de la Zona Marítima del Estrecho de 26 de septiembre de 1980 y de las resoluciones que han venido a confirmarla. Sobre los alcances de esta sentencia, GARCÍMARTÍN MONTERO sostiene que: "La sentencia del Tribunal Constitucional 15/1982 abordó por primera vez la objeción de conciencia al resolver un recurso de amparo interpuesto contra la denegación de una prórroga al servicio militar que se había solicitado alegando objeción de conciencia por motivos personales y éticos. La negativa estaba fundamentada en la circunstancia de que la legislación entonces vigente solo admitía la objeción de conciencia por motivos religiosos"¹². Como se apuntó con anterioridad, el Tribunal Constitucional estimó el recurso y en sus fundamentos jurídicos reconoció que la objeción de conciencia es un derecho fundamental vinculado con el artículo 16.1 de la Constitución Española de 1978¹³, relativo a la libertad

ideológica.

III.2.- La sentencia No. 53/1985, de 11 de abril, sobre la regulación del aborto.

De acuerdo con VALCÁRCEL GARCÍA esta sentencia constituye la primera sentencia, en que el Tribunal Constitucional Español conoce y resuelve un caso relativo a la objeción de conciencia en materia sanitaria: "ya que su origen era el Recurso de Inconstitucionalidad interpuesto contra el proyecto de la que posteriormente sería la primera Ley del Aborto en España"¹⁴. En efecto, en dicha sentencia se impugnó, en concreto, el texto definitivo del Proyecto de la Ley Orgánica de reforma del artículo 417 bis del Código Penal, en tanto que la ley entró en vigor, con las modificaciones necesarias y suficientes, tres meses después de la sentencia. Así, en lo que atañe al derecho de objeción de conciencia, el Tribunal Constitucional Español, en la

artículo, cuando establece que «los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos». A su vez, el propio párrafo 2.º del artículo 53 equipara el tratamiento jurídico-constitucional de la objeción de conciencia al de ese núcleo especialmente protegido que son los derechos fundamentales y libertades públicas que se reconocen en el artículo 14 y en la Sección Primera del Capítulo II del Título I. Por otra parte, tanto la doctrina como el derecho comparado afirman la conexión entre la objeción de conciencia y la libertad de conciencia. Para la doctrina, la objeción de conciencia constituye una especificación de la libertad de conciencia, la cual supone no sólo el derecho a formar libremente la propia conciencia, sino también a obrar de modo conforme a los imperativos de la misma. En la Ley Fundamental de Bonn, el derecho a la objeción de conciencia se reconoce en el mismo artículo que la libertad de conciencia y asimismo en la Resolución 337, de 1967, de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa se afirma de manera expresa que el reconocimiento de la objeción deriva lógicamente de los derechos fundamentales del individuo garantizados en el artículo 9 de la Convención Europea de Derechos Humanos (RCL 1979\2421), que obliga a los Estados miembros a respetar las libertades individuales de conciencia y religión. Y, puesto que la libertad de conciencia es una concreción de la libertad ideológica, que nuestra Constitución reconoce en el artículo 16, puede afirmarse que la objeción de conciencia es un derecho reconocido explícita e implícitamente en la ordenación constitucional española, sin que contra la argumentación expuesta tenga valor alguno el hecho de que el artículo 30.2 emplee la expresión «la ley regulará», la cual no significa otra cosa que la necesidad de la «interposición legislatoris» no para reconocer, sino, como las propias palabras indican, para «regular» el derecho en términos que permitan su plena aplicabilidad y eficacia.

14 Valcárcel García, M., El control de los objetores de conciencia tras la nueva ley de la eutanasia, op. cit., pág. 7.

7.

12 GarcíMartín Montero, M., La objeción de conciencia en España, op. cit., págs. 9-10.

13 Sobre el reconocimiento jurisprudencial de la objeción de conciencia como derecho fundamental, el Tribunal Constitucional Español, en la sentencia supra referida, en su Fundamento Jurídico No. 6, indicó: "Nuestra Constitución declara literalmente en su artículo 53.2, «in fine», que el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional «será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30», y al hacerlo utiliza el mismo término, «reconocida», que en la primera frase del párrafo 1.º del citado

sentencia supra mencionada, dispuso: “No obstante, cabe señalar, por lo que se refiere al derecho a la objeción de conciencia, que existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no tal regulación. La objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el artículo 16.1 de la Constitución y, como ha indicado este Tribunal en diversas ocasiones, la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales”. Como se adelantó líneas arriba, este criterio es compartido en esta investigación, pues a nuestro juicio es muy clara la relación o la vinculación de la objeción de conciencia con la libertad ideológica y la religión (ver el artículo 16 de la Constitución Española de 1978), lo que le permite a un particular ejercer dicha libertad, sin que sea necesaria para ello la existencia de una regulación positiva en el ámbito legislativo o reglamentario¹⁵.

III.3 Las sentencias Nos. 160/1987 y 161/1987 de 27 de octubre, en que se modifica el criterio sostenido anteriormente sobre la configuración del derecho de objeción de conciencia como fundamental.

Estas sentencias fueron emitidas, también, en materia de servicio militar, en concreto, contra la llamada Ley de Objeción de conciencia en este ámbito, la primera, a propósito de un recurso de inconstitucionalidad planteado por el Defensor del Pueblo y, la segunda,

15 Sobre el tema GarciMartín Montero expresó: “unos años más tarde, el Tribunal Constitucional dictó la sentencia 53/1985 relativa al Proyecto de Ley Orgánica de Reforma del Código Penal para introducir un nuevo artículo 417 bis, que despenalizaba el aborto en determinados supuestos, que continúa la línea del razonamiento iniciada por la Sentencia de 1982”. Véase, al respecto, GarciMartín Montero, M., La objeción de conciencia en España, op. cit., pág. 10. Por su parte, Albert Márquez sostiene: “así, en la sentencia sobre la despenalización del aborto (53/1985, de 11 de abril), el Tribunal entendió la objeción de conciencia como una especificación de la libertad ideológica consagrada en el artículo 16. En consecuencia, consideró que la objeción de conciencia al aborto era un derecho fundamental y podía, como tal, alegarse directamente sin necesidad de desarrollo legislativo”. Ver, sobre el tema, Albert Márquez, M., Libertad de conciencia, conflictos biojurídicos en las sociedades multiculturales, op. cit., págs. 64-65.

una cuestión de inconstitucionalidad formulada por la Audiencia Nacional¹⁶. Así, según VALCÁRCEL GARCÍA, en la primera sentencia, al desestimar plenamente el recurso, en su fundamento jurídico 3, determina que: “en relación con la objeción de conciencia que se trata de un “derecho constitucional autónomo pero no fundamental”, rompiendo así su vinculación con el artículo 16 CE, lo que se opone a su anterior corriente jurisprudencial, aunque permite su regulación por Ley Ordinaria”¹⁷. Además, en lo que se refiere

16 Valcárcel García, M., El control de los objetores de conciencia tras la nueva ley de la eutanasia, op. cit., págs. 7-8.

17 Valcárcel García, M., El control de los objetores de conciencia tras la nueva ley de la eutanasia, op. cit., pág. 8. Al respecto, el Tribunal Constitucional Español, en la sentencia supra referida, consideró: “Sin embargo, el Defensor del Pueblo, para fundar su postura -y frente a las tesis del Letrado del Estado y del Fiscal, que califican el derecho como de simple configuración legal- sostiene que la objeción de conciencia constituye, per se o por derivación del art. 16 C. E. (libertad ideológica), un verdadero derecho fundamental. No aporta, ciertamente, el Defensor del Pueblo argumentos bastantes para justificar su tesis, limitándose casi a afirmarla, también con el apoyo de la STC 15/1982. Pero esta afirmación no puede ser aceptada, porque tampoco de esta Sentencia se infiere que se entendiera que el derecho cuestionado tuviera rango fundamental. Lo que en dicha Sentencia se hizo fue declarar la naturaleza constitucional del derecho a la objeción de conciencia, frente a la tesis que en la ocasión sostuvo el Abogado del Estado de que tal derecho no está reconocido en la C. E., porque el art. 30.2 se limita a remitir al legislador la tarea de regularlo y determinar su existencia. En la STC 15/1982, de 23 de abril, se dice que la objeción de conciencia, dada la interpretación conjunta de los arts. 30.2 y 53.2, es un derecho constitucionalmente reconocido al que el segundo de los artículos citados otorga la protección del recurso de amparo, lo que le equipara, a los solos efectos de dicho recurso, en su tratamiento jurídico constitucional con ese núcleo especialmente protegido que son los derechos fundamentales y libertades públicas, y es la Constitución, pues, la que reconoce el derecho de manera implícita y explícita, no significando otra cosa la expresión «la Ley regulará» del art. 30.2 que la necesidad de la interpositio legislatoris, no para reconocer, sino como las propias palabras indican, para «regular» el derecho en términos que permitan su plena aplicabilidad y eficacia. Se trata, pues, de un derecho constitucional reconocido por la Norma suprema en su art. 30.2, protegido, si, por el recurso de amparo (art. 53.2), pero cuya relación con el art. 16 (libertad ideológica) no autoriza ni permite calificarlo de fundamental. A ello obsta la consideración de que su núcleo o contenido esencial -aquí su finalidad concreta- consiste en constituir un derecho a ser declarado exento del deber general de prestar el servicio militar (no simplemente a no prestarlo), sustituyéndolo, en su caso, por una prestación social sustitutoria. Constituye, en ese sentido, una excepción al cumplimiento de un deber general, solamente permitida por el art. 30.2, en cuanto que sin ese reconocimiento constitucional no podría ejercerse el derecho, ni siquiera al amparo del de libertad ideológica o de conciencia (art. 16 C. E.) que, por sí mismo, no sería

a la prestación sustitutoria que la ley impugnada establecía, como reflejo del artículo 30.2 de la Constitución Española de 1978, en su fundamento jurídico 2, la conceptualiza como: "un mecanismo legal dirigido a establecer un cierto equilibrio con la excepción". De esta manera, siendo esta exención de una obligación por motivos de conciencia, a una actividad impuesta a todos de modo imperativo, el Tribunal Constitucional Español considera legítima la prestación que, "en sí, solo busca el equilibrio entre los que cumplen dicha obligación y los que por estos motivos no la cumplen"¹⁸.

Por su parte, GARCÍMARTÍN MONTERO afirma que en la sentencia No. 160/1987 se resolvió un recurso de inconstitucionalidad promovido por el Defensor del Pueblo contra la Ley 48/1984, reguladora de la objeción de conciencia. En este orden, entre los argumentos que justificaron el recurso, se mencionaba que al ser la objeción de conciencia un derecho fundamental su ley reguladora debería ser una Ley Orgánica. Dicho argumento fue rechazado por el Tribunal Constitucional Español al señalar que la objeción de conciencia no está contemplada dentro de los artículos 15 a 29 del Texto Fundamental español, con lo cual "sostiene que no se puede inferir de esta última que el derecho de objeción de conciencia tenga rango fundamental, ni que forme parte del núcleo especialmente protegido por la Constitución, constituido por los derechos fundamentales y libertades públicas"¹⁹. En efecto, de acuerdo con ALBERT MÁRQUEZ, al comentar esta decisión del Tri-

suficiente para liberar a los ciudadanos de deberes constitucionales o «subconstitucionales» por motivos de conciencia, con el riesgo anejo de relativizar los mandatos jurídicos. Es justamente su naturaleza excepcional -derecho a una exención de norma general, a un deber constitucional, como es el de la defensa de España- lo que le caracteriza como derecho constitucional autónomo, pero no fundamental, y lo que legitima al legislador para regularlo por Ley ordinaria («con las debidas garantías»), que, si por un lado son debidas al objeto, vienen asimismo determinadas por las exigencias defensivas de la comunidad como bien constitucional".

18 Valcárcel García, M., El control de los objetores de conciencia tras la nueva ley de la eutanasia, op. cit., pág. 8.

19 GarcíMartín Montero, M., La objeción de conciencia en España, op. cit., págs. 10-11.

bunal Constitucional Español, no existe en el ordenamiento jurídico un reconocimiento general de la objeción de conciencia como derecho y, por lo tanto, solo cabe admitirla en aquellos casos en que las objeciones están recogidas en la Constitución o en las leyes. En definitiva, según esta sentencia, el derecho de objeción de conciencia no es uno fundamental, dado su carácter meramente excepcional²⁰.

Ahora bien, en la otra sentencia, la No. 161/1987, en que se conoce otra impugnación contra la Ley Reguladora de la Objeción de Conciencia, se sostiene que la objeción de conciencia, aunque es un derecho que supone la concreción de la libertad ideológica reconocida por el artículo 16 de la Constitución Española de 1978, no puede deducirse de ello que nos encontremos frente a una simple aplicación de esta libertad²¹. En suma, y de acuerdo con lo sostenido por el Tribunal Constitucional Español en este pronunciamiento: "La objeción de conciencia con carácter general, es decir, el derecho a ser eximido del cumplimiento de los deberes constitucionales o legales por resultar ese cumplimiento contrario a las propias convicciones, no está reconocido ni cabe imaginar que lo estuviera en nuestro Derecho o en Derecho alguno, pues significaría la negación misma de la idea del Estado. Lo que puede ocurrir es que sea admitida excepcionalmente respecto a un deber concreto. Y esto es lo que hizo el constituyente español, siguiendo el ejemplo de otros países, al reconocerlo en el art. 30 de la Norma suprema, respecto al deber de prestar el servicio militar obligatorio. Debe, pues, considerarse el derecho a la objeción de conciencia a la prestación del servicio militar obligatorio como un derecho autónomo, cuya conexión con la libertad ideológica no impidió al constituyente configurarlo en la forma que estimó oportuna. Tanto es así que el art. 53.2 de la Norma su-

20 Albert Márquez, M., Libertad de conciencia, conflictos biojurídicos en las sociedades multiculturales, op. cit., pág. 65.

21 GarcíMartín Montero, M., La objeción de conciencia en España, op. cit., págs. 10-11.

prema le otorga de manera expresa la tutela del recurso de amparo, lo que sería innecesario si se tratase de una mera aplicación de la libertad ideológica garantizada en el art. 16, pues entonces bastaría para recurrir en amparo por posibles vulneraciones del derecho a la objeción de conciencia con invocar dicho art. 16, que de acuerdo con el mismo art. 53.2 está protegido por aquel recurso”.

Finalmente, de acuerdo con VALCÁRCEL GARCÍA, es preciso agregar que lo resuelto en esta decisión por el Tribunal Constitucional Español es aplicable a todos los tipos de objeción de conciencia, entre ellas, las de carácter militar, sanitario o educativo o de derecho civil, como sería, por ejemplo, el oficiar matrimonio entre parejas del mismo sexo²².

III.4.- La sentencia No. 55/1996, de 28 de marzo, también en materia militar.

En esta sentencia el Tribunal Constitucional Español resuelve diversas cuestiones de inconstitucionalidad, promovidas por varios órganos jurisdiccionales, entre ellos, la Audiencia Nacional, en contra de la Ley Orgánica 8/1994, de 26 de diciembre. En este caso se planteaba la despenalización del incumplimiento de las prestaciones sustitutorias contempladas como consecuencia de la exención del servicio militar por objeción de conciencia²³. Lo anterior fue negado, de manera categórica y rotunda, por el Supremo Intérprete de la Constitución Española de 1978, con arreglo al siguiente orden de consideraciones: “Este alegato no puede ser compartido ya que el derecho a la libertad ideológica no puede ser aducido como motivo para eludir la prestación social sustitutoria. Frente a esta prestación, amparada por la previsión contenida en el art. 30.2 CE, no puede oponerse la objeción de conciencia prevista por la Constitución en relación con

el servicio militar, como pretenden los autos de cuestionamiento. Esto es así, en primer lugar, porque ni la organización ni los servicios relativos a la prestación social sustitutoria -relacionados con protección civil, medio ambiente, servicios sociales, sanitarios, etc.- suponen en sí mismos considerados la realización de actividades que puedan violentar las convicciones personales de quienes se oponen al servicio militar. Como ha dicho este Tribunal en varias ocasiones, ambos servicios son distintos tanto en su contenido como en la forma de realizarse, careciendo la prestación social sustitutoria por su propia finalidad de naturaleza militar (STC 160/1987, fundamentos jurídicos 5.º y 6.º). Y, en segundo lugar, porque, aunque no puede negarse que entre ambas prestaciones existe una evidente relación, reconocida por el Preámbulo de la Ley 48/1984, reguladora de la objeción de conciencia y de la prestación social sustitutoria, y por este Tribunal (STC 160/1987, fundamento jurídico 5.º), no puede alegarse esa relación para justificar por motivos de objeción de conciencia al servicio militar el incumplimiento de una prestación social sustitutoria que, además como acabamos de recordar, deriva de una previsión constitucional (art. 30.2 CE)”²⁴.

24 A lo anterior añade el Tribunal Constitucional Español, en la sentencia supra referida: Ciertamente los autos de los Tribunales Superiores afirman que la negativa a cumplir esta prestación responde a los mismos motivos ideológicos que los que fundan la objeción de conciencia al servicio militar. Esta negativa sería, al decir de los referidos autos, «una forma de disenso ideológico radical al servicio militar (...); el objetor que se niega a cumplir el servicio civil sustitutorio lleva su oposición ideológica al servicio militar, más allá de su coherencia personal que le impide integrarse en una organización militar que rechaza, a retar lo que considera es una «militarización de la sociedad», como un intento de conseguir la quiebra del mismo modelo e incluso, como perspectiva final, la supresión de los ejércitos». Late, sin embargo, en este planteamiento una confusión que no podemos aceptar entre la concreta y personal afectación a las convicciones íntimas que genera el cumplimiento del deber general de prestar el servicio militar, conflicto a cuya solución sirve el reconocimiento de la eficacia exigente de la objeción de conciencia a dicho servicio, y la oposición ideológica a las normas que regulan este deber y el del cumplimiento de otras prestaciones sustitutorias, cuyo cauce natural de desarrollo se encuentra en un Estado democrático en las libertades públicas constitucionalmente proclamadas y, muy especialmente, en las de expresión, participación política y asociación. Dicho de otra forma, los objetores de conciencia al servicio militar tienen reconocido el derecho a no realizar el servicio militar o, más técnicamente, según ha establecido este Tribunal,

22 Valcárcel García, M., El control de los objetores de conciencia tras la nueva ley de la eutanasia, op. cit., pág. 8.

23 Valcárcel García, M., El control de los objetores de conciencia tras la nueva ley de la eutanasia, op. cit., pág. 8.

En este orden de ideas, de acuerdo con VALCÁRCEL GARCÍA, el Tribunal Constitucional Español en esta sentencia continúa su línea restrictiva en relación con la objeción de conciencia, y reacciona de manera específica: “no contra los objetores de conciencia sino con los conocidos como “insumisos”, personas entre las que se contaban aquellas que quedan exentas de una obligación por su objeción de conciencia, en esta ocasión al servicio militar obligatorio, y volvían a emplear el mismo argumento para no cumplir con las prestaciones sustitutorias que esta exención contemplaba”²⁵.

III.5.- La sentencia No. 151/2004, de 25 de septiembre, sobre la creación del registro de objetores de conciencia en materia de interrupciones voluntarias del embarazo.

Esta sentencia se produce con ocasión del recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la totalidad de la Ley Foral 16/2010, de 8 de noviembre, de Navarra, en la que se regula la implementación de un registro de profesionales objetores de conciencia, en relación con la Ley Orgánica No. 2/2010 de 3 de marzo, que regula las interrupciones voluntarias del embarazo²⁶.

De acuerdo con el contenido de esta sentencia, los Diputados recurrentes argumentan que la inconstitucionalidad de la Ley Foral se fundamenta en dos motivos. El primero se refiere a la falta de competencia de la Comunidad Foral de Navarra para regular por medio de una ley el procedimiento de declaración de objeción de conciencia de los profesionales sanitarios directamente implicados en la interrupción voluntaria del

embarazo, así como para crear un Registro de profesionales sanitarios objetores de conciencia a dicha práctica. En segundo término, los recurrentes aducen que los preceptos impugnados limitan de forma desproporcionada el ejercicio de la libertad ideológica y de la intimidad, al exigir, a quienes deciden ejercer el derecho a la objeción de conciencia, el cumplimiento de unas obligaciones que, a su juicio, exceden los términos de la normativa estatal. Sobre el primer punto, concluye el Tribunal Constitucional Español, que no existe ningún impedimento constitucional para que se pueda afirmar, con carácter general, que la Comunidad Foral de Navarra tiene competencia para establecer medidas legales, de naturaleza organizativa y procedimental, con la finalidad de garantizar tanto la prestación sanitaria de la interrupción voluntaria del embarazo en los supuestos legalmente previstos, como el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia de los sanitarios afectados, pues, una vez respetadas las bases fijadas en la L.O. 2/2010, de 3 de marzo, forma parte de la competencia de la Comunidad Foral la planificación y organización de sus servicios sanitarios con criterios de racionalización de los recursos, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 149.1.16 y 148.1.21 de la Constitución Española de 1978. Sobre el segundo, el Tribunal Constitucional Español advirtió que: “Por otro lado, la creación de un Registro no se contradice con la doctrina constitucional dictada hasta la fecha en materia de objeción de conciencia, concretamente en relación con el derecho a la objeción de conciencia como exención al servicio militar obligatorio, según la cual el ejercicio de este derecho no puede, por definición, permanecer en la esfera íntima del sujeto, pues trae causa en la exención del cumplimiento de un deber y, en consecuencia, el objetor “ha de prestar la necesaria colaboración si quiere que su derecho sea efectivo para facilitar la tarea de los poderes públicos en ese sentido (art. 9.2 CE [RCL 1978, 2836]), colaboración que ya comienza, en principio, por la renuncia del titular del derecho a mantenerlo -frente a la coacción externa- en la intimidad personal,

a que se les exima del deber de prestar ese servicio (§STC 15/1982, fundamento jurídico 7.º y 160/1987, fundamento jurídico 3.º), pero la Constitución no les reconoce ningún derecho a negarse a realizar la prestación social sustitutoria como medio para imponer sus particulares opciones políticas acerca de la organización de las Fuerzas Armadas o de su radical supresión” .

25 Valcárcel García, M., El control de los objetores de conciencia tras la nueva ley de la eutanasia, op. cit., págs. 8-9.

26 Valcárcel García, M., El control de los objetores de conciencia tras la nueva ley de la eutanasia, op. cit., pág. 9.

en cuando nadie está obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias (art. 16.2 CE [RCL 1978, 2836])" (STC 160/1987, de 27 de octubre [RTC 1987, 160] , FJ 4)". Por último, este recurso de inconstitucionalidad fue parcialmente estimado por el Tribunal Constitucional Español, teniendo en cuenta los alcances del derecho a la autodeterminación informativa y el manejo conforme a los estándares constitucionales y legales de las bases de datos en relación con el registro de objetores. En todo lo demás se declaró sin lugar el recurso de inconstitucionalidad²⁷.

III.6.- La sentencia No. 145/2015, de 25 de junio, sobre la objeción de conciencia del farmacéutico de Sevilla.

Pues bien, en esta sentencia el Tribunal Constitucional Español declaró con lugar, mediante una votación dividida y de manera parcial, un recurso de amparo planteado por un farmacéutico de Sevilla, quien se negó a dispensar diversos medicamentos, entre ellos la pastilla del día después, alegándose una objeción de conciencia. Con ese propósito, se había registrado en el archivo elaborado, con ese fin, por las autoridades competentes.

En efecto, en esa decisión el Tribunal Constitucional estimó el recurso de amparo inter-

²⁷ Al respecto, el Tribunal Constitucional dispuso, en la sentencia que nos ocupa, lo siguiente: "Los razonamientos expuestos conducen a la estimación parcial del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por los Diputados recurrentes y, en consecuencia, a declarar inconstitucional y nulo, por las razones vertidas en el fundamento jurídico séptimo, el inciso del art. 5 de la Ley Foral de Navarra 16/2010 (LNA 2010, 309) que señala que podrán acceder al Registro "aquellas personas que autorice expresamente la persona titular de la Gerencia del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, en ejercicio legítimo de sus funciones", y a declarar que el resto de la Ley Foral de Navarra 16/2010 (LNA 2010, 309) no es inconstitucional, toda vez que su contenido se ajusta al marco de las competencias asumidas por la Comunidad Foral de Navarra en materia de sanidad, respeta las bases establecidas en la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo (RCL 2010, 534) , de salud sexual y reproductiva de la interrupción voluntaria del embarazo, y sus exigencias no limitan desproporcionadamente el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia, sino que son acordes con la conciliación que debe concurrir entre el ejercicio de este derecho y la obligación de la Administración pública autonómica de garantizar la prestación sanitaria de la interrupción voluntaria del embarazo en los supuestos legalmente previstos".

puesto contra resoluciones de la Administración sanitaria de la Junta de Andalucía, en relación con una sanción pecuniaria al titular de la oficina de la farmacia, por no disponer del medicamento con el principio activo levonorgestrel 0,750 mg o "píldora del día después"; así como contra la Sentencia de 02-11-2011, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 13 de Sevilla, que confirmó dicha sanción y la providencia del mismo Juzgado de 22-12-2011, que inadmitió el incidente de nulidad promovido contra la sentencia. Así, esta decisión trata sobre la vulneración existente del derecho a la objeción de conciencia, vinculado al derecho fundamental a la libertad ideológica. Sobre el tema, VALCARCEL GARCÍA afirma que, en esta ocasión, "el Tribunal Constitucional vuelve al criterio de sus primeras sentencias al respecto, basando parte de su resolución en la citada STC 53/1985, que fue invocada por el recurrente. De nuevo expresa, en su FJ 4, que el derecho a la objeción de conciencia existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no tal regulación, confirmando su vinculación al artículo 16.1 CE"²⁸.

²⁸ Valcárcel García, M., El control de los objetores de conciencia tras la nueva ley de la eutanasia, op. cit., pág. 9. Sobre el tema que nos ocupa, es decir, sobre la relación entre el derecho de objeción de conciencia y la libertad ideológica proclamada por el artículo 16 de la Constitución Española de 1978, en esta ocasión el Tribunal Constitucional dispuso: "Una vez descartados los óbices procesales aducidos, procede abordar el motivo principal de fondo. El demandante sostiene, invocando en apoyo de su planteamiento la doctrina estatuida en la STC 53/1985, de 11 abril (RTC 1985, 53) que las resoluciones impugnadas han vulnerado su derecho a la objeción de conciencia, como manifestación de la libertad ideológica reconocida en el art. 16.1 CE (RCL 1978, 2836) al haber sido sancionado por actuar en el ejercicio de su profesión de farmacéutico siguiendo sus convicciones éticas sobre el derecho a la vida. Tales convicciones, afirma, son contrarias a la dispensación del medicamento con el principio activo levonorgestrel 0,750 mg, debido a sus posibles efectos abortivos si se administra a una mujer embarazada. El planteamiento del demandante, sintetizado en los términos expuestos, permite colegir que la exención del deber, que para sí reclama, de disponer y expedir el referido medicamento se anuda al efecto que atribuye al indicado principio activo, lo que colisiona frontalmente con sus convicciones sobre la protección del derecho a la vida. Hasta el momento presente, este Tribunal no había tenido ocasión de resolver sobre la problemática constitucional que suscita el demandante; esto es, el juicio de ponderación entre el invocado derecho a la objeción de conciencia, como manifestación del derecho fundamental a la libertad ideológica reconocida en el art. 16.1 CE, y la obligación de disponer del mínimo

Finalmente, VALCÁRCEL GARCÍA, sostiene que el Tribunal Supremo Español también ha desarrollado los alcances del derecho de objeción de conciencia, en términos menos favorables, en relación con el reconocimiento de este derecho, si se comparada con las líneas jurisprudenciales del Tribunal Constitucional Español. En efecto, de acuerdo con la misma autora, “en su STS de 11 de febrero de 2009, sobre la invocación de la objeción de conciencia del padre de un alumno a que cursara la asignatura de Educación para la ciudadanía, tras afirmar en su FJ Cuarto que: “en un estado democrático de derecho, es claro que la reacción frente a la norma inválida no puede consistir en reclamar la dispensa de su observancia, sino en reclamar su anulación”, y realizar un profundo análisis para determinar la existencia de un derecho general a la objeción de conciencia en España, finaliza concluyendo que en su FJ Octavo que “el constituyente nunca pensó que las personas puedan comportarse siempre según sus propias creencias, sino que tal posibilidad termina, cuanto menos, así donde comienza el orden público”, apoyándose en el artículo 9.1 CE que consagra el pleno sometimiento a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico de los poderes públicos y los ciudadanos”²⁹. Esta sentencia generó

de existencias del citado medicamento que le impone la normativa sectorial, para así poderlo dispensar a quienes lo soliciten. Desde ese prisma abordaremos la resolución del presente recurso. Ciertamente, en el fundamento jurídico 14 de la Sentencia objeto de cita rechazamos que cupiera considerar inconstitucional una regulación del aborto que no incluyera de modo expreso la del derecho a la objeción de conciencia, pues a ese respecto afirmamos que tal derecho «existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no tal regulación. La objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el art. 16.1 CE y, como ha indicado este Tribunal en diversas ocasiones, la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales». En relación con la doctrina expuesta debe destacarse la singularidad del pronunciamiento traído a colación, en tanto que el reconocimiento de la objeción de conciencia trascendió del ámbito que es consustancial al art. 30.2 CE (el servicio militar obligatorio), dadas las particulares circunstancias del supuesto analizado por este Tribunal; por un lado, la significativa intervención de los médicos en los casos de interrupción voluntaria del embarazo y, por otro, la relevancia constitucional que reconocimos a la protección del nasciturus.”

²⁹ Valcárcel García, M., El control de los objetores de conciencia tras la nueva ley de la eutanasia, op. cit., pág.

cinco votos particulares, lo que pone de manifiesto los problemas y la controversia que genera esta situación en el orden jurídico y político español.

IV.- Reconocimiento jurisprudencial del derecho de objeción de conciencia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y, en concreto, en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Pues bien, una vez analizada la configuración del derecho o libertad de objeción de conciencia en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español, y su desarrollo ambivalente, a continuación, se examinará la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el cual, como se sabe, tiene a su cometido la salvaguardia, tutela y protección del Convenio Europeo de Derechos y Libertades Fundamentales, de Roma del 4 de noviembre de 1950. Al respecto, se puede comentar que, también, de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se desprende la existencia de una discusión en cuanto a la vinculación del derecho de objeción de conciencia, en relación con el artículo 9º del Convenio supra referido, en cuya virtud se protege con amplitud la libertad ideológica, de conciencia y de religión.

En este orden de consideraciones, en otros trabajos se ha desarrollado que la libertad de religión comprende tanto aquellas creencias vinculadas con la existencia de un ser supremo, y la vida más allá de la muerte, como las que no lo comprenden, y la discusión que generan dichas ideas³⁰. En esta ocasión, se ha escogido analizar, únicamente, la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, habida cuenta que se trata del Órgano Jurisdiccional que, en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ha tenido la ocasión o la oportunidad de conocer, de manera amplia y detallada, esta materia, a diferencia de los otros sistemas regionales, es decir, el Sistema Inte-

10.

³⁰ Véase sobre el tema: Orozco Solano, V., Laicidad y libertad de Religión, op. cit, 2015.

americano de Protección de los Derechos Humanos y el Sistema Africano. También es preciso mencionar que, de las observaciones del Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, quien tiene a su encargo la vigilancia del Pacto Internacional en materia de Derechos Civiles y Políticos, de 1966, tampoco se desprenden algún precedente de importancia en la tarea que ahora nos ocupa³¹.

IV.1.- Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de objeción de conciencia al servicio militar.

En este apartado se analizarán los criterios jurisprudenciales que ha sostenido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con la objeción de conciencia al servicio militar. Este tema, según VALERO-ESTARELLAS, se perfila como la primera modalidad de rechazo al cumplimiento de obligaciones legales por imperativos de conciencia relacionados con el derecho a la vida y la que más ha sido desarrollada por la Jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, tras la abolición en el Consejo de Europa de la pena de muerte³². En este orden, de acuerdo con Navarro Valls y Martínez Torrón, la objeción de conciencia al servicio militar puede definirse como: “el rechazo individual, por motivos de conciencia, a la prestación militar, en período de guerra o fuera de él, bien rechazando simplemente el uso de las armas, bien rehusando toda integración en el ejército, y ya se trate de una prestación impuesta legalmente o de una prestación aceptada inicialmente de modo voluntario y ulteriormente rechazada tras la

31 Véase, sobre el tema, Navarro Casado, S. (2020) La objeción de conciencia en sanidad: contraprestación y registro de objetores, Programa de Doctorado en Derecho y Ciencia Política, Línea de Investigación: Bioética y Derecho, Universidad de Barcelona.

32 Valero-Estarellas, M., La objeción de conciencia ante Estrasburgo: derecho a la vida, autonomía y libertad de conciencia. En Martínez-Torrón, J., y Valero Estarellas, M., Objeciones de Conciencia y vida humana: el derecho fundamental a no matar, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Iustel, Instituto para el Análisis de la Libertad y la Identidad Religiosa, Cultural y Ética, Consorcio Latinoamericano de Libertad Religiosa, Madrid, 2023, pág. 48.

incorporación al ejército”³³.

Inicialmente, y a partir del caso *Grandrath vs, Alemania* (1966), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como la Comisión, rechazaron la interpretación en el sentido que la objeción de conciencia al servicio militar estaba vinculada con el artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos y Libertades Fundamentales. Así, se sostenía que el Convenio no contemplaba un derecho a la objeción de conciencia y que el artículo 9º *ídem* no imponía a los Estados la obligación de reconocer las reclamaciones de los objetores, o de legislar en esta materia³⁴.

En este caso, según VALERO-ESTARELLAS, se analizaba la situación de un recurrente, quien era ministro testigo de Jehová, y había sido condenado a una pena de prisión, por negarse a realizar tanto el servicio militar obligatorio, como la prestación civil sustitutoria al alegar motivos de conciencia. En efecto, en esta decisión: “La Comisión optó por rechazar la demanda no bajo el artículo 9 CEDH, que no consideró aplicable al caso, sino vía el artículo 4.3.b CEDH, al apreciar que dicho precepto expresamente reconocía que se podía imponer a los objetores de conciencia al servicio militar una prestación civil alternativa, por lo que no cabía interpretar que el Convenio permitiese sustraerse de tal obligación”³⁵.

33 Navarro-Valls, R., y otro, Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia, op. cit. pág. 83.

34 Valero-Estarellas, M., La objeción de conciencia ante Estrasburgo: derecho a la vida, autonomía y libertad de conciencia. En Martínez-Torrón, J., y Valero Estarellas, M., Objeciones de Conciencia y vida humana: el derecho fundamental a no matar, op. cit., págs. 48-49.

35 Valero-Estarellas, M., La objeción de conciencia ante Estrasburgo: derecho a la vida, autonomía y libertad de conciencia. En Martínez-Torrón, J., y Valero Estarellas, M., Objeciones de Conciencia y vida humana: el derecho fundamental a no matar, op. cit., pág 49. Sobre el particular, Cañamares Arribas afirma que: “el primer pronunciamiento habido en el ámbito del Consejo de Europa en relación con la objeción de conciencia al servicio militar corresponde a la ahora desaparecida Comisión de Derechos Humanos en *Grandrath v. Alemania*. En esta decisión se vino a declarar inadmisibile la demanda presentada por un Testigo de Jehová que se había negado, por motivos religiosos, a cumplir la prestación social sustitutoria prevista por el Derecho alemán para quienes se declararan objetores de conciencia al servicio militar”. Véase Cañamares Arribas, S, La evolución de la doctrina del Tribunal Euro-

En otras decisiones más recientes, es decir, en los casos *Löffelmann vs. Austria*, sentencia de 12 de marzo de 2009, *Gütl vs. Austria*, sentencia de 12 de marzo de 2009, y *Lang vs. Austria*, sentencia de 19 de marzo de 2009, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos comienza a revisar su añeja doctrina en relación con la objeción de conciencia al servicio militar. Así, de acuerdo con VALERO-ESTARELLAS, “Las sentencias traían causa de las demandas de tres testigos de Jehová que reclamaban a las autoridades austriacas su derecho a ser eximidos de toda prestación asociada al servicio militar, en los mismos términos que lo eran los ministros de las confesiones reconocidas por la legislación del país alpino como sociedades religiosas”³⁶. En estos casos se consideró que se había producido una injerencia indebida del artículo 9 del Convenio en relación con el artículo 14, estableciéndose un vínculo entre las libertades de religión, pensamiento y conciencia, así como la objeción de conciencia al servicio militar; además, se potencia la labor de los ministros de culto como garantía de la dimensión colectiva de la libertad religiosa, todo lo cual justifica las excepciones al servicio militar³⁷.

Pero la sentencia emblemática en esta materia es, sin duda, el caso *Bayatyan vs. Armenia*, sentencia de la Gran Sala de 7 de julio de 2011. En esta decisión, se conoce el supuesto de un joven armenio testigo de Jehová, quien tiene que sufrir una condena de prisión (que cumplió en parte), al negarse a realizar el servicio militar por motivos de conciencia. Así la Corte revisa su postura en esta materia y se vincula la objeción de conciencia al artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos y

Libertades Fundamentales, relativo a la libertad ideológica, de pensamiento, conciencia y religión, con el siguiente orden de consideraciones:

“108. The Court therefore concludes that since the Commission's decision in *Grandrath* (cited above), and its follow-up decisions the domestic law of the overwhelming majority of Council of Europe member States, along with the relevant international instruments, has evolved to the effect that at the material time there was already a virtually general consensus on the question in Europe and beyond. In the light of these developments, it cannot be said that a shift in the interpretation of Article 9 in relation to events which occurred in 2002-03 was not foreseeable. This is all the more the case considering that Armenia itself was a party to the ICCPR and had, moreover, pledged when joining the Council of Europe to introduce a law recognising the right to conscientious objection.

109. In the light of the foregoing and in line with the “living instrument” approach, the Court therefore takes the view that it is not possible to confirm the case-law established by the Commission, and that Article 9 should no longer be read in conjunction with Article 4 § 3 (b). Consequently, the applicant's complaint is to be assessed solely under Article 9.

110. In this respect, the Court notes that Article 9 does not explicitly refer to a right to conscientious objection. However, it considers that opposition to military service, where it is motivated by a serious and insurmountable conflict between the obligation to serve in the army and a person's conscience or his deeply and genuinely held religious or other beliefs, constitutes a conviction or belief of sufficient cogency, seriousness, cohesion and importance to attract the guarantees of Article 9 (see, *mutatis mutandis*, *Campbell and Cosans v. the United Kingdom*, 25 February 1982, § 36, Series A no. 48, and, by contrast, *Pretty v. the United Kingdom*, no. 2346/02, § 82, ECHR 2002 III). Whether and to what extent objection to military service falls within

peo de Derechos Humanos, en materia de objeción de conciencia, *Revista de Derecho Público*, año 23, núm. 46, diciembre 2014, pág. 43.

36 Valero-Estarellas, M., La objeción de conciencia ante Estrasburgo: derecho a la vida, autonomía y libertad de conciencia. En Martínez-Torrón, J., y Valero Estarellas, M., *Objeciones de Conciencia y vida humana: el derecho fundamental a no matar*, op. cit., pág 49.

37 Valero-Estarellas, M., La objeción de conciencia ante Estrasburgo: derecho a la vida, autonomía y libertad de conciencia. En Martínez-Torrón, J., y Valero Estarellas, M., *Objeciones de Conciencia y vida humana: el derecho fundamental a no matar*, op. cit., págs 49-52.

the ambit of that provision must be assessed in the light of the particular circumstances of the case.

111. The applicant in the present case is a member of the Jehovah's Witnesses, a religious group whose beliefs include the conviction that service, even unarmed, within the military is to be opposed. The Court therefore has no reason to doubt that the applicant's objection to military service was motivated by his religious beliefs, which were genuinely held and were in serious and insurmountable conflict with his obligation to perform military service. In this sense, and contrary to the Government's claim (see paragraph 81 above), the applicant's situation must be distinguished from a situation that concerns an obligation which has no specific conscientious implications in itself, such as a general tax obligation (see *C. v. the United Kingdom*, no. 10358/83, Commission decision of 15 December 1983, DR 37, p. 142). Accordingly, Article 9 is applicable to the applicant's case.»

De esta manera, y al examinar las circunstancias del caso concreto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tuvo por acreditada la afectación y la vulneración del artículo 9º del Convenio Europeo de Derechos y Libertades Fundamentales, de Roma del 4 de noviembre de 1950, y estimó la reclamación individual del particular. Al respecto, Cañamares Arribas señaló: “Esta vinculación de la objeción de conciencia con el artículo 9 del Convenio ha quedado, finalmente, consolidada por la Gran Sala del Tribunal de Estrasburgo en la sentencia *Bayatyan v. Armenia* (2011), donde se sostiene que la condena del objetor extrañó una injerencia en su derecho de libertad religiosa ya que el demandante, Testigo de Jehová, solicitó la exención del servicio militar en razón de convicciones religiosas sinceras. La Corte puso de manifiesto que aunque el artículo 4.3, en sí mismo, no reconozca ni excluya el derecho a la objeción de conciencia, una interpretación sistemática del Convenio lleva a concluir que la objeción de conciencia no es algo que quede abandonado al criterio de cada uno de

los estados miembros, sino que cuenta con una cobertura jurídica clara, especialmente al amparo de la libertad religiosa consagrada en el artículo 9 del Convenio”³⁸.

IV.2 Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de objeción de conciencia al aborto.

Pues bien, según Navarro Valls y Martínez Torró la objeción de conciencia al aborto se define como: “la negativa a ejecutar prácticas abortivas o a cooperar, directa o indirectamente, en su realización: es decir, participar como ejecutor o colaborador, en la práctica de abortos legales”³⁹. En este orden de ideas, y en relación con la protección de la objeción de conciencia frente a situaciones de aborto, VALERO-ESTARELLAS sostiene que, en la actualidad, la doctrina implementada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Bayatyan vs. Armenia*, en relación con la objeción de conciencia al servicio militar y su vinculación con el derecho proclamado en el artículo 9 del Convenio, no ha tenido reflejo o continuidad sobre las decisiones relativas a la negativa de los profesionales de la salud, de participar, en forma directa o indirecta en prácticas abortivas. Lo anterior, pese al contenido de resoluciones de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, entre ellas, la 1736 (2010)⁴⁰. En este sentido dicha autora afirma: “con excepción de la sentencia *Eweida* (que se comentará más adelante, en esta investigación) que resolvió dos supuestos de objeción de conciencia en el ámbito sanitario que nada tenían que ver con el derecho a la vida, hasta el momento en que se escribe este trabajo todas las demandas que han llegado a la Corte relacionada con objeciones de conciencia en el ámbito sanitario

38 Cañamares Arribas, S, La evolución de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en materia de objeción de conciencia, op cit, pág. 46.

39 Navarro-Valls, R., y otro, Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia, op. cit. pág. 129.

40 Valero-Estarellas, M., La objeción de conciencia ante Estrasburgo: derecho a la vida, autonomía y libertad de conciencia. En Martínez-Torrón, J., y Valero Estarellas, M., *Objeciones de Conciencia y vida humana: el derecho fundamental a no matar*, op. cit., págs. 65-66.

rio en general, y con la objeción directa o indirecta al aborto en particular, han sido declaradas inadmisibles. Así ocurrió en el 2001 en el caso *Pichon y Sajous c. Francia*, y así ha vuelto a ocurrir en 2020 en los casos contra Suecia *Grimmark y Steen*⁴¹. Así, en el caso *Pichon y Sajous* el Tribunal Europeo de Derechos Humanos conoció la situación de dos farmacéuticos franceses, quienes corregentaban una oficina de farmacia en una pequeña localidad cercana a Burdeos. Ambos profesionales habían objetado y se negaban a suministrar en su establecimiento medicamentos contraceptivos, alegándose con ese fin motivos religiosos. Tras agotar todas las instancias a lo interno del estado, acudieron, finalmente, ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sin embargo, la Sala Tercera inadmitió su impugnación: “apoyándose en el ya mencionado argumento de que el artículo 9 CEDH no garantiza que un individuo pueda siempre comportarse en el ámbito público de acuerdo con sus convicciones personales. La decisión incorporó una reflexión en el sentido de que, en el marco de una actividad legal y de una profesión reglada, como son en Francia tanto la venta de anticonceptivos como la gestión de una oficina de farmacia, no se puede dar prioridad a las propias creencias religiosas ni imponerlas a los demás”⁴². Al respecto, Mar-

41 Valero-Estarellas, M., La objeción de conciencia ante Estrasburgo: derecho a la vida, autonomía y libertad de conciencia. En Martínez-Torrón, J., y Valero Estarellas, M., *Objeciones de Conciencia y vida humana: el derecho fundamental a no matar*, op. cit., pág. 66. Sobre el tema, Martí Sánchez sostiene que: “A pesar de que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido una conexión entre objeción de conciencia al servicio militar obligatorio y libertad de conciencia, pensamiento y religión (art. 9 del Convenio), desde el caso (G.S.) *Bayatyan c. Armenia*, 7 de julio de 2011, hasta la fecha, la doctrina no se ha aplicado, como comentábamos antes, a los supuestos en que están afectados problemas importantes (de transmisión) de la vida, como el aborto o la contracepción. Esto ha sido considerado una laguna en el amparo para el que el tribunal se creó. No ha sido suficiente, para la ampliación de la objeción de conciencia, el repunte de la preocupación por la práctica del aborto la eutanasia, a partir de las normas introducidas o reforzadas sobre tales cuestiones”. Véase al respecto Martí Sánchez, J. *Panorama actual de la objeción de conciencia, en defensa de la vida y su evolución en el TEDH*, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 60 (2022), págs. 32-33.

42 Valero-Estarellas, M., *La objeción de conciencia ante Estrasburgo: derecho a la vida, autonomía y libertad de conciencia*. En Martínez-Torrón, J., y Valero Estarellas, M.,

tí Sánchez agrega que según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no se trata de un “agere licere” en relación con la libertad de conciencia y religión, sino de un contenido negativo de aquella, como exigencia de abstención “erga omnes”⁴³.

Por su parte, en los casos *Grimmark y Steen vs. Suecia*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos declaró inadmisibles, en concreto, por un Comité de Tres Jueces de la Sala Tercera, sendas demandas formuladas por dos enfermeras que habían recibido formación específica para trabajar como comadronas. A las dos se les negó la posibilidad de ser contratadas para desplegar esos servicios profesionales, tras haber manifestado a sus potenciales patronos una objeción al aborto por motivos éticos y religiosos. Según VALERO-ESTARELLAS, “ambas decisiones apreciaron que la interferencia con el derecho a la

Objeciones de Conciencia y vida humana: el derecho fundamental a no matar, op. cit., págs. 66-67.

43 Véase al respecto Martí Sánchez, J. *Panorama actual de la objeción de conciencia, en defensa de la vida y su evolución en el TEDH*, op. cit., pág. 33. Entre los argumentos que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos utilizó para declarar inadmisibles esa reclamación individual, se pueden mencionar los siguientes: “The Court would point out that the main sphere protected by Article 9 is that of personal convictions and religious beliefs, in other words what are sometimes referred to as matters of individual conscience. It also protects acts that are closely linked to these matters such as acts of worship or devotion forming part of the practice of a religion or a belief in a generally accepted form. The Court also reiterates that Article 9 lists a number of forms which manifestation of one’s religion or belief may take, namely worship, teaching, practice and observance (see the *Kalaç v. Turkey* judgment of 1 July 1997, Reports of Judgments and Decisions 1997-IV, p. 1209, § 27, and *Cha’are Shalom Ve Tsedek v. France* [GC] no. 27417/95, 27 June 2000, ECHR 2000-VII, § 73). However, in safeguarding this personal domain, Article 9 of the Convention does not always guarantee the right to behave in public in a manner governed by that belief. The word “practice” used in Article 9 § 1 does not denote each and every act or form of behaviour motivated or inspired by a religion or a belief. The Court notes that in the instant case the applicants, who are the joint owners of a pharmacy, submitted that their religious beliefs justified their refusal to sell contraceptive pills in their dispensary. It considers that, as long as the sale of contraceptives is legal and occurs on medical prescription nowhere other than in a pharmacy, the applicants cannot give precedence to their religious beliefs and impose them on others as justification for their refusal to sell such products, since they can manifest those beliefs in many ways outside the professional sphere. It follows that the applicants’ conviction for refusal to sell did not interfere with the exercise of the rights guaranteed by Article 9 of the Convention and that the application is manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 § 3 of the Convention”.

libertad de conciencia protegida por el artículo 9 CEDH de las señoras Grimmark y Steen estaba justificada y era necesaria en una sociedad democrática: Suecia ofrece acceso al aborto médico en todo su territorio y tiene en consecuencia la obligación positiva de organizar el sistema de salud de modo que el ejercicio de la libertad de conciencia de los profesionales sanitarios no impida la efectiva provisión de la prestación del aborto. En consecuencia, el requisito de que todas las comadronas en Suecia estén dispuestas a cumplir con las funciones propias de su puesto -incluida la intervención en aborto- está justificado y no resulta desproporcionado. Las demandantes habían elegido voluntariamente su profesión, y las dos deberían haber sido conscientes de que aceptar empleo como matronas suponía realizar todas y cada una de las funciones atribuidas a su categoría profesional”⁴⁴.

44 Valero-Estarellas, M., La objeción de conciencia ante Estrasburgo: derecho a la vida, autonomía y libertad de conciencia. En Martínez-Torrón, J., y Valero Estarellas, M., Objeciones de Conciencia y vida humana: el derecho fundamental a no matar, op. cit., pág. 67. De este modo, en la sentencia Grimmark vs. Suecia, textualmente se consideró lo siguiente: “ The Court notes that the applicant’s refusal to assist in abortions due to her religious faith and conscience constitutes such a manifestation of her religion which is protected under Article 9 of the Convention. There was thus an interference with her freedom of religion under Article 9 § 1 of the Convention. This interference was, as was considered also by the domestic courts, prescribed by law since, under Swedish law, an employee is under a duty to perform all work duties given to him or her (see Wretlund v. Sweden (dec.), no. 46210/99, 9 March 2004). The Court is satisfied that the interference thus had a sufficient basis in Swedish law and that it was prescribed by law. It also pursued the legitimate aim of protecting the health of women seeking an abortion. 26. The interference was also necessary in a democratic society and proportionate. The Court observes that Sweden provides nationwide abortion services and therefore has a positive obligation to organise its health system in a way as to ensure that the effective exercise of freedom of conscience of health professionals in the professional context does not prevent the provision of such services. The requirement that all midwives should be able to perform all duties inherent to the vacant posts was not disproportionate or unjustified. Employers have, under Swedish law, great flexibility in deciding how work is to be organised and the right to request that employees perform all duties inherent to the post. When concluding an employment contract, employees inherently accept these duties. In the present case, the applicant had voluntarily chosen to become a midwife and apply for vacant posts while knowing that this would mean assisting also in abortion cases. Moreover, as a result of the refusals, the applicant was not left unemployed but was able to continue to work as a nurse at Högland Hospital, where she had a post and where she worked until March 2016”.

Ahora bien, según MARTÍ SÁNCHEZ, ambos casos suponen un retroceso en la defensa de la objeción de conciencia, como un derecho inherente a todo profesional sanitario, en casos tan relevantes como son el aborto o las prácticas anticonceptivas⁴⁵; lo anterior, pese a que en relación con la objeción de conciencia al servicio militar ya se había reconocido la conexión con el artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos y Libertades Fundamentales, relativo a la libertad de pensamiento, ideológica, de conciencia y de religión. Al respecto es preciso tener en cuenta los alcances de la resolución emitida por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa No. 1736 (2010), sobre estos temas⁴⁶.

IV.3.- Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre objeción de conciencia en materia de eutanasia.

Como se adelantó al inicio de este trabajo, el derecho de eutanasia resulta ser un derecho fundamental, vinculado con el derecho a la vida, a la dignidad y a la autonomía de la voluntad. Así lo ha defendido el Tribunal Constitucional Español, en sus sentencias del año 2023, a propósito de sendos recursos de inconstitucionalidad planteados por agrupaciones parlamentarias conservadoras. Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos también ha tenido la ocasión de conocer diversas situaciones relacionadas con el derecho de eutanasia, como lo vimos con anterioridad.

Ahora bien, en lo que atañe al reconocimiento del derecho o libertad de objeción de conciencia en el marco de un procedimiento de eutanasia, ésta puede ser definida como: “la negativa de un profesional sanitario a participar directa o indirectamente en la realización de una eutanasia a un pacien-

45 Martí Sánchez, J. Panorama actual de la objeción de conciencia, en defensa de la vida y su evolución en el TEDH, op. cit., pág. 34.

46 Véase, sobre el particular, Valero-Estarellas, M., La objeción de conciencia ante Estrasburgo: derecho a la vida, autonomía y libertad de conciencia. En Martínez-Torrón, J., y Valero Estarellas, M., Objeciones de Conciencia y vida humana: el derecho fundamental a no matar, op. cit., págs. 67-71.

te que la solicita conforme a la ley, porque considera que dicho acto está en contra de sus más profundas convicciones éticas, morales, filosóficas y religiosas, y actuar de ese modo dañaría de manera importante su conciencia, su deontología y su integridad moral”⁴⁷. En este orden, de acuerdo con VALERO-ESTARELLAS, el Tribunal de Estrasburgo todavía no se ha pronunciado en relación con el ejercicio de la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios en aquellos países del Consejo de Europa donde se regula el derecho de eutanasia (véase los casos de Países Bajos, Bélgica, España, entre otros, que ya comentamos). Según la misma autora es poco probable que, ante una situación de este tipo de casos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos los resuelva de manera distinta en lo que respecta a la objeción de conciencia al aborto, teniendo en cuenta el criterio de margen de apreciación de los estados, que potencia el Tribunal en relación con los supuestos relativos al inicio y al fin de la vida⁴⁸.

IV.4.- Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre objeción de conciencia en materia educativa.

Además de los criterios jurisprudenciales que ha sostenido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de objeción de conciencia al servicio militar y en el ámbito sanitario (aborto y eutanasia), sin duda son relevantes, en este orden de consideraciones, las sentencias del Tribunal de Estrasburgo, donde se reclama la negativa de los padres de los menores en el sentido de que reciban ciertos programas académicos o materias de índole religiosas, lo que podría vulnerar el derecho que tienen los padres de escoger la educación religiosa de sus hijos,

47 Valero-Estarellas, M., La objeción de conciencia ante Estrasburgo: derecho a la vida, autonomía y libertad de conciencia. En Martínez-Torrón, J., y Valero Estarellas, M., Objeciones de Conciencia y vida humana: el derecho fundamental a no matar, op. cit., págs. 71-72.

48 Valero-Estarellas, M., La objeción de conciencia ante Estrasburgo: derecho a la vida, autonomía y libertad de conciencia. En Martínez-Torrón, J., y Valero Estarellas, M., Objeciones de Conciencia y vida humana: el derecho fundamental a no matar, op. cit., págs. 72-73.

en los términos en que está regulado en uno de los protocolos al Convenio Europeo de Derechos y Libertades Fundamentales, de Roma del 4 de noviembre de 1950. De esta manera, en este apartado analizaremos los casos “Karnell & Hardt vs. Suecia”, “Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen vs. Dinamarca” y el célebre caso: “Folgerø vs. Noruega”, en las cuales este Órgano Jurisdiccional ha tenido la oportunidad de conocer y desarrollar estos extremos.

De esta forma, en el caso *Karnell & Hardt vs. Suecia*, sentencia de 28 de mayo de 1973, se discutió la situación de dos miembros de la iglesia evangélico-luterana, pero pertenecientes a una rama escindida de esa iglesia, a quienes las autoridades administrativas y judiciales, les negaron el derecho de ocuparse ellos mismos de la educación religiosa de sus hijos, con el argumento, del gobierno sueco, en el sentido que las lecciones impartidas en la escuela pública resultaban aceptables para los fieles de cualquiera de las confesiones cristianas, toda vez que no privilegiaban a ninguna de ellas en particular. En este caso, sin embargo, la Comisión no tuvo ocasión de pronunciarse, dado que el gobierno de Suecia concedió de manera espontánea la dispensa a los recurrentes, durante la tramitación del procedimiento⁴⁹.

Por su parte, en el caso *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen vs. Dinamarca*, sentencia del 7 de diciembre de 1976, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos resolvió el conflicto suscitado por unos padres que se oponían a que sus hijos recibieran una asignatura obligatoria sobre educación sexual integrada, establecida por el gobierno de ese país⁵⁰. Este caso, de acuerdo con VALERO-ESTARELLAS se relaciona con la solicitud de quedar eximido de cursar contenidos curriculares o

49 Juzgado Ruiz-Capillas, M. y otro, La objeción de conciencia en el ámbito educativo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Folgerø v. Noruega, Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado, N°. 15, 2007, pág. 8.

50 Juzgado Ruiz-Capillas, M. y otro, La objeción de conciencia en el ámbito educativo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Folgerø v. Noruega, op. cit., pág. 9.

realizar actividades escolares que violan las propias creencias religiosas e ideológicas⁵¹.

Dicho reclamo fue desestimado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y, en su sentencia, "estableció una serie de principios para la interpretación del artículo 2 del Primer Protocolo Adicional al Convenio, donde se reconoce el derecho de los padres a educar a sus hijos conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas. En este sentido, se indicó que este derecho implica que aquellos, al cumplir un deber natural hacia a sus hijos de "asegurar la educación y la enseñanza" pueden exigir al Estado el respeto a sus convicciones. Adicionalmente se advierte que el verbo "respetar" significa mucho más que "reconocer" o "tener en cuenta", ya que además de un compromiso más bien negativo, implica para el Estado cierta obligación positiva. Al mismo tiempo, la palabra "convicciones", aisladamente, no es sinónimo de "opinión" e "ideas" sino solo de aquellas que revisten un cierto grado de "obligatoriedad, seriedad, coherencia e importancia"⁵².

A juicio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos la finalidad perseguida con esta ley era legítima, pues se trataba de combatir el número de embarazos fuera del matrimonio, el número de abortos y las enfermedades venéreas y, en ese sentido, apuntó que el Convenio no impide que los Estados difundan por la enseñanza o educación, conocimientos o informaciones que tengan, directamente o no, carácter religioso o filosófico. Su redacción no autoriza a los padres a oponerse a la integración de semejante enseñanza o educación en el programa escolar, ya que cualquier enseñanza institucionalizada correría el riesgo de volverse impracticable⁵³. Al contra-

rio, implica que el Estado vigile para que las informaciones y los conocimientos insertados en el programa se difundan de manera clara, objetiva, crítica y pluralista. En este orden, se prohíbe perseguir una finalidad que sea la de adoctrinar y que pueda interpretarse como no respetuosa de las convicciones religiosas y filosóficas de los padres⁵⁴.

Finalmente, en el caso "Folgerø vs. Noruega", sentencia de la Gran Sala de 27 de junio de 2007, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos resolvió una reclamación individual formulada por unos padres que se oponían a que sus hijos cursaran una asignatura sobre el hecho social religioso, sea: "Cristianismo, religión y filosofía", en la medida en que, aunque no se trata de una asignatura de religión, se apreciaba que su contenido se extralimitaba en relación con el deber de neutralidad, lo que generaba un adoctrinamiento para los menores en contra de sus convicciones filosóficas⁵⁵. En este orden, según CAÑAMARES ARRIBAS, si bien: "los padres compartían los objetivos de la asignatura -implantada para generar un clima de tolerancia y respeto

cho Eclesiástico del Estado, N.º. 15, 2007, pág. 9.

54 Juscado Ruiz-Capillas, M. y otro, La objeción de conciencia en el ámbito educativo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Folgerø v. Noruega, op. cit., pág. 9. Sobre el tema el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la referida sentencia, señaló: "56. The applicants also claim to be victims, in the enjoyment of the rights protected by Article 2 of Protocol No. 1 (P1-2), of a discrimination, on the ground of religion, contrary to Article 14 (art. 14) of the Convention. They stress that Danish legislation allows parents to have their children exempted from religious instruction classes held in State schools, whilst it offers no similar possibility for integrated sex education (paragraphs 70, 80 and 171-172 of the Commission's report). The Court first points out that Article 14 (art. 14) prohibits, within the ambit of the rights and freedoms guaranteed, discriminatory treatment having as its basis or reason a personal characteristic; by which persons or groups of persons are distinguishable from each other. However, there is nothing in the contested legislation which can suggest that it envisaged such treatment. Above all, the Court, like the Commission (paragraph 173 of the report), finds that there is a difference in kind between religious instruction and the sex education concerned in this case. The former of necessity disseminates tenets and not mere knowledge; the Court has already concluded that the same does not apply to the latter (paragraph 54 above). Accordingly, the distinction objected to by the applicants is founded on dissimilar factual circumstances and is consistent with the requirements of Article 14 (art. 14)".

55 Cañamares Arribas, S, La evolución de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en materia de objeción de conciencia, op cit, pág. 49.

51 Valero-Estarellas, M., La objeción de conciencia ante Estrasburgo: derecho a la vida, autonomía y libertad de conciencia. En Martínez-Torrón, J., y Valero Estarellas, M., Objeciones de Conciencia y vida humana: el derecho fundamental a no matar, op. cit., pág. 47.

52 Cañamares Arribas, S, La evolución de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en materia de objeción de conciencia, op cit, págs. 46-47.

53 Juscado Ruiz-Capillas, M. y otro, La objeción de conciencia en el ámbito educativo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Folgerø v. Noruega, Revista General de Derecho Canónico y Dere-

hacia otras religiones o filosofías de la vida, y para que la juventud conociera adecuadamente las raíces de la cultura europea y noruega- pero entendían que su contenido estaba escorado hacia planteamientos propios del cristianismo”⁵⁶.

Así, mientras los padres pretendían una exención total de la asignatura, para sus hijos, las autoridades noruegas regulaban el establecimiento de una excepción parcial en cuanto al contenido académico de esa materia, para quienes lo solicitaban de manera fundamentada. Esta situación fue denegada por los progenitores, mientras que la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en una decisión muy dividida, de 9 votos contra 8, entendió que Noruega: “al rechazar la exención total solicitada por los padres, no veló suficientemente para que las informaciones y conocimientos que figuran en el programa de esta asignatura fuesen difundidas de manera objetiva, crítica y pluralista, produciéndose, por consiguiente, la vulneración del derecho de los padres reconocido en el artículo 2 del Protocolo Adicional”⁵⁷, en el sentido de escoger la educación religiosa de sus hijos.

Asimismo, si comparamos estas dos últimas decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (el caso *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen vs. Dinamarca*, frente al caso “*Folgerø vs. Noruega*”) a fin de poner de manifiesto y clarificar la línea jurisprudencial de este Órgano Jurisdiccional en materia de objeción de conciencia sobre el ámbito educativo se aprecia que, en ambas situaciones, se trata de asignaturas en las que se mezclan componentes de tipo objetivo y valorativo, en un caso sobre educación sexual, mientras

que en el otro sobre conocimientos religiosos de índole cristianos. Así: “contrariamente a la posición mantenida en *Kjeldsen*, donde ni siquiera se admite una dispensa parcial de la asignatura, en *Folgerø* nos encontramos con una amplia protección de conciencia que lleva a considerar que ni siquiera una dispensa de este tipo -traducida en una adaptación curricular de la asignatura que tuviera en cuenta las convicciones de los padres- respetaría su derecho reconocido en el artículo 2 del Primer Protocolo Adicional, en tanto, supondría someterles a la pesada carga de tener que identificar qué partes exactamente del programa son contrarias a sus propias convicciones, y de explicar los detalles de sus planteamientos más íntimos ante el centro educativo”⁵⁸.

IV.5.- Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de objeción de conciencia frente a casos particulares.

58 Cañamares Arribas, S, La evolución de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en materia de objeción de conciencia, op cit, pág. 50. Así, en el criterio de mayoría de la sentencia dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Gran Sala, en el caso *Folgerø vs. Noruega*, se dice que: “103. The applicants argued that the system of partial exemption entailed difficulties and burdens for the parents that gave rise to discrimination. In contrast, the previous system with a general exemption and a non-confessional, pluralistic philosophy of life subject for those exempted would have satisfied both the school obligations and the parental rights as protected by the Convention. 104. The Government disputed the contention that requiring parents to request exemption from particular elements of the KRL subject (partial exemption) amounted to discrimination in violation of Article 14. The exemption clause of the Education Act 1998 was non-discriminatory. Exemptions were available to the same extent for all parents, regardless of, in the words of Article 14, “sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin ...”. The exemption clause did not draw a line between Christians on the one hand and non-Christians on the other hand. Other subjects, such as history, music, physical education and social studies, might also give rise to religious or ethical issues. The exemption clause included in section 2-4 of the Education Act 1998 applied to all subjects. In the reasoning of the parents, allowing for only partial exemption from these subjects would also be discriminatory. In the Government’s view, the only viable system both for those subjects and for the KRL subject was to allow for partial exemptions. If that were to constitute discrimination, Article 14 would render the implementation of most compulsory education impossible. 105. The Court, having regard to its findings above (see paragraphs 96 to 102 above), does not find it necessary to carry out a separate examination in relation to Article 14 of the Convention taken in conjunction with Articles 8 and 9 and Article 2 of Protocol No. 1.

56 Cañamares Arribas, S, La evolución de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en materia de objeción de conciencia, op cit, pág. 49.

57 Cañamares Arribas, S, La evolución de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en materia de objeción de conciencia, op cit, pág. 50. Un comentario relevante sobre el contenido de esta sentencia puede ser encontrado en Jusgado Ruiz-Capillas, M. y otro, La objeción de conciencia en el ámbito educativo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Folgerø v. Noruega*, op. cit..

Ahora bien, además de lo visto en las páginas que anteceden sobre el reconocimiento de la objeción de conciencia como libertad o derecho, vinculado con el derecho proclamado en el artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, es posible añadir las siguientes decisiones del Tribunal de Estrasburgo: la primera, la sentencia emitida en el caso *Ross vs. el Reino Unido* y la segunda, la sentencia dictada en el caso *Eweida vs. el Reino Unido*.

De esta manera, en la sentencia *Ross vs. el Reino Unido*, sentencia de 14 de octubre de 2010, se rechazaron las peticiones de exoneración en el pago de impuestos por motivos de conciencia⁵⁹. Finalmente, en el caso *Eweida y otros contra el Reino Unido*, sentencia de 15 de enero de 2013, sobre el uso de simbología religiosa, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos resuelve de manera conjunta cuatro casos sobre objeción de conciencia y libertad religiosa.

El primero estaba relacionado con el uso del crucifijo en el pecho por parte de una azafata de la aerolínea "British", en cuyo caso el Tribunal Europeo de Derechos Humanos declara la violación del artículo 9º del Convenio. Es distinta la consideración del Tribunal en el caso de una enfermera, en cuyo supuesto se estimó que las autoridades estatales estaban mejor situadas para apreciar o no la vulneración de la libertad religiosa de esta persona. Los dos últimos casos están relacionados con la objeción de conciencia, el primero, un registrador de matrimonios y, el segundo, un terapeuta de parejas, quienes se niegan a prestar sus servicios en relación con parejas con orientación sexual diversa, en cuyos supuestos, el Tribunal Europeo no apreció la violación de derechos humanos e indicó que los reclamantes no podían negar sus servicios en lo que atañe a estas uniones⁶⁰.

59 Valero-Estarellas, M., La objeción de conciencia ante Estrasburgo: derecho a la vida, autonomía y libertad de conciencia. En Martínez-Torrón, J., y Valero Estarellas, M., Objeciones de Conciencia y vida humana: el derecho fundamental a no matar, op. cit., pág. 47.

60 Véase, sobre el tema, Orozco Solano, V. (2023). El carácter exigible de los derechos económicos, sociales, cul-

Otras sentencias sobre objeción de conciencia en materia religiosa las podemos hallar en los casos *Leyla Sahín vs. Turquía*, sentencia de 26 de junio de 2004, *Dogru vs. Francia*, sentencia de 4 de diciembre de 2008, y *Kervanci vs. Francia*, sentencia de 4 de diciembre de 2008, en las cuales el Tribunal Europeo de Derechos Humanos resuelve sendos supuestos en materia de simbología religiosa dinámica, para sostener que, en estos asuntos, referidos al empleo del pañuelo musulmán en ambientes educativos, los estados gozan de un margen de apreciación para determinar si prohíben o no el uso de estos símbolos. En este orden, es preciso determinar que dichas sentencias fueron emitidas en relación con el contexto cultural de ambos países, Francia y Turquía, donde se potencia el principio de neutralidad y la laicidad, entendiéndose, esta última, como un límite de la libertad religiosa y no como su sustento o garantía institucional⁶¹. En otra ocasión se ha tenido oportunidad de analizar dichas sentencias, en las cuales se ha considerado, en relación con estudiantes en el contexto educativo, que se viola la vertiente externa de la libertad religiosa, en los términos en que ha sido proclamado y protegido en el artículo 9º del Convenio Europeo de Derechos y Libertades Fundamentales de Roma del 4 de noviembre de 1950⁶².

5.- Conclusiones.

Ahora bien, en el desarrollo del presente trabajo, se ha logrado obtener las siguientes conclusiones:

1.- En lo que atañe al derecho o libertad de objeción de conciencia, se ha defendido en este trabajo, a partir de una perspectiva analítica y comparada su reconocimiento como

turales y ambientales: Una aproximación desde el carácter multinivel o multidimensional de estos derechos, Anuario Parlamento y Constitución, No. 24, págs. 61-62.

61 Cañameres Arribas, S, La evolución de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en materia de objeción de conciencia, op cit, págs. 51-53.

62 Orozco Solano, V. (2015) Laicidad y libertad de Religión, UBIJUS, Centro de Estudios de Actualización en Derecho, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Ciudad de México.

derecho fundamental, primordialmente, en el ámbito educativo, laboral y sanitario, inherente a todo ser humano viviente. Es claro que, se parte en este trabajo desde una perspectiva de derecho natural, y su reconocimiento pleno como derechos implícitos a la dignidad de toda persona. Pero lo anterior, desde luego, no impide su configuración normativa como verdaderos derechos fundamentales, teniendo en cuenta su proclamación en diversos Textos Constitucionales, vinculándose con la libertad ideológica y de conciencia.

2.- En este trabajo, en relación con el derecho de objeción de conciencia, se analizó su objeto y se efectuó una precisión conceptual, así como, un estado del arte en relación con estos temas. Así, en lo que atañe primordialmente en el contexto español, se estudió y se examinó la figura de la objeción de conciencia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en diversos ámbitos, por ejemplo, en relación con el servicio militar (la sentencia No. 15/1982, de 23 de abril), la regulación del aborto (la sentencia No. 53/1985, de 11 de abril), o sanitario sobre la situación del farmacéutico de Sevilla (la sentencia No. 145/2015, de 25 de junio), y se puso de manifiesto la disparidad de criterios del Tribunal Constitucional Español en estos temas, pues si bien en algunos casos reconoce su condición de derecho fundamental, en otros, por ejemplo, en las sentencias Nos. 160/1987 y 161/1987 de 27 de octubre, el Tribunal Constitucional se mostró reticente a reconocer ese carácter.

3.- Pero también se analiza la objeción de conciencia en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, quien tiene a su cargo, como lo hemos señalado, la tutela, defensa y salvaguardia del Convenio Europeo de Derechos y Libertades Fundamentales, de Roma del 4 de noviembre de 1950. Así, de la jurisprudencia de este Órgano Jurisdiccional se desprenden sentencias muy controversiales y discutidas en materia de objeción de con-

ciencia al servicio militar, sobre la objeción de conciencia al aborto, en el contexto de la eutanasia, así como, en lo educativo y frente a ciertos casos particulares. Es claro que este tema, al igual, que otros similares como la libertad ideológica y de religión, constituyen, sin duda, una herida abierta que sangra en relación con la defensa de estas libertades, donde impera, como se ha visto en otros trabajos la relativización del principio de universalidad de los derechos humanos, ante las exigencias morales y culturales de cada sociedad que integra el Consejo de Europa, lo que se manifiesta en la observación del principio de subsidiariedad y el margen de apreciación nacional, contemplados, como se sabe, en el Protocolo No. 15 del Convenio.

Bibliografía.

- Albert Márquez, M., Libertad de conciencia, conflictos biojurídicos en las sociedades multiculturales, Cuaderno de Bioética, XXI, 2010/1.
- Arguedas Rodríguez, G., Criterios delimitadores del ejercicio de la objeción de conciencia aplicables a la objeción judicial, Revista de la Sala Constitucional, No. 3 (2021).
- Cañameres Arribas, S. (2014). La evolución de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en materia de objeción de conciencia, Revista de Derecho Público, año 23, núm. 46.
- Comité de Bioética de España (2011). Opinión sobre la objeción de conciencia en sanidad, Informe de 13 de agosto de 2011, Madrid.
- Diccionario panhispánico de español jurídico (DPEJ), Madrid, 2020.
- Garcimartín Montero, M. (2021). La objeción de conciencia en España, Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado, 57.
- Garzón Abellán M. (2020). Obediencia

al Derecho y Objeción de conciencia, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

- Juzgado Ruiz-Capillas, M. y otro (2007). La objeción de conciencia en el ámbito educativo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Folgerø v. Noruega, Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado, N°. 15, pág. 8.

- Martí Sánchez, J. (2022). Panorama actual de la objeción de conciencia, en defensa de la vida y su evolución en el TEDH, Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado, 60, págs. 32-33.

- Martínez Otero, J. (2022). La objeción de conciencia institucional a la práctica de la eutanasia ¿Pretensión abusiva o derecho legítimo?, Revista de Derecho Político, UNED, No. 115, septiembre-diciembre.

- Navarro Casado, S. (2020). La objeción de conciencia en sanidad: contraprestación y registro de objetores, Programa de Doctorado en Derecho y Ciencia Política, Línea de Investigación: Bioética y Derecho, Universidad de Barcelona.

- Navarro Valls R., y otro (1997). Las objeciones de conciencia en el derecho español y comparado, McGraw-Hill, Madrid.

- Orozco Solano, V. (2023). El carácter exigible de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales: Una aproximación desde el carácter multinivel o multidimensional de estos derechos, Anuario Parlamento y Constitución, No. 24, págs. 61-62.

- Orozco Solano, V. (2024). La eutanasia y la objeción de conciencia. Una aproximación mutidimensional. Derecho Global Editores, Ciudad de México y Lima.

- Orozco Solano, V. (2015). Laicidad y libertad de Religión, IBIJUS CEAD, Ciudad de México.

- Valcárcel García, M. (2022), El control de los objetores de conciencia tras la nueva ley de la eutanasia, Bioderecho.es, Núm. 15, enero-junio.

- Valero-Estarellas, M. (2023). La objeción de conciencia ante Estrasburgo: derecho a la vida, autonomía y libertad de conciencia. En Martínez-Torrón, J., y Valero Estarellas, M., Objeciones de Conciencia y vida humana: el derecho fundamental a no matar, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Iustel, Instituto para el Análisis de la Libertad y la Identidad Religiosa, Cultural y Ética, Consorcio Latinoamericano de Libertad Religiosa, Madrid.

PILAR DOS: EL IMPUESTO MÍNIMO GLOBAL Y LOS RETOS DE SU IMPLEMENTACIÓN EN PAÍSES EN VÍAS DE DESARROLLO CON SISTEMA DE RENTA TERRITORIAL EN LATINOAMÉRICA.

*PILLAR TWO: THE GLOBAL MINIMUM TAX
AND THE CHALLENGES OF ITS IMPLEMENTATION
IN DEVELOPING COUNTRIES WITH A
SOURCE-BASED TAXATION SYSTEM IN
LATIN-AMERICAN.*

PRISCILLA SÁNCHEZ CONEJO

- Licenciada en Derecho por la Universidad Escuela Libre de Derecho.
 - Especialista en Política Económica.
- Candidata a la Maestría de Derecho Tributario Internacional por la Universidad de Oxford, Reino Unido.

2



PILAR DOS: EL IMPUESTO MÍNIMO GLOBAL Y LOS RETOS DE SU IMPLEMENTACIÓN EN PAÍSES EN VÍAS DE DESARROLLO CON SISTEMA DE RENTA TERRITORIAL EN LATINOAMÉRICA.

PILLAR TWO: THE GLOBAL MINIMUM TAX AND THE CHALLENGES OF ITS IMPLEMENTATION IN DEVELOPING COUNTRIES WITH A SOURCE-BASED TAXATION SYSTEM IN LATIN-AMERICAN.

Resumen.

El Impuesto Mínimo Global es una iniciativa que pretende obligar a las empresas transnacionales a tributar en al menos una jurisdicción en particular, a través de la implementación de reglas que han sido divulgadas por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. No obstante, lo anterior, si bien estas reglas denominadas 'GloBE Rules' han sido promovidas como baluartes de la equidad y justicia tributaria, en realidad resultarán perjudiciales para los países en vías de desarrollo, que no tienen los recursos humanos y económicos para instaurarles y, por ende, aspirar a un aumento en la recaudación. Lo anterior prevé un importante reto para los países de Latinoamérica, al implementar un Impuesto Mínimo Global, que lejos de promover la equidad, es discriminatorio y contrario a los Derechos Humanos.

Abstract.

The Global Minimum Tax is an initiative that aims to compel Multinational companies (MNEs) to pay taxes in at least one particular jurisdiction, through the implementation

of rules that have been approved and enforced worldwide by the Organization for Economic Cooperation and Development. Notwithstanding the above, although these rules called 'GloBE Rules' have been promoted as bastions of tax equity and justice, in reality they will be detrimental to developing countries, which do not have the human and economic resources to successfully implement them and therefore, aspire to increase the collection of tax revenue. The above foresees an important challenge for Latin American countries, when implementing a Global Minimum Tax, which, far from promoting tax equity and justice, is discriminatory and contrary to Human Rights.

Palabras clave.

Impuesto Mínimo Global (IMG), países en vías de desarrollo, impuesto sobre la renta, evasión fiscal, elusión fiscal, Pilar 2 de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, BEPS, reforma fiscal internacional, sistema de renta territorial, convenios para evitar la doble tributación, fiscalidad internacional, justicia distributiva, Reglas GloBE.

Keywords.

Global Minimum Tax (GMT), developing countries, corporate income tax, tax evasion, tax avoidance, Pillar Two, Organisation for Economic Cooperation and Development, BEPS, tax international reform, source-based taxation system, double taxation conventions, international tax, distributive justice, GloBE Rules.

Sumario.

I. Introducción. II. Contexto histórico. III. Las reglas (normas modelo) de aplicación del Impuesto Mínimo Global. IV. Las complejidades en la implementación del Impuesto Mínimo Global para los países en vías de desarrollo. V. El sistema de renta de la fuente o territorial, frente al Impuesto Mínimo Global. VI. La vulneración a la soberanía y derechos humanos de los países en vías de desarrollo como resultado de la entrada en vigor del Impuesto Mínimo Global.

I. Introducción.

Esta investigación académica analiza la implementación del Pilar 2 o las reglas del *Global Anti-base Erosion* (GloBE) particularmente en los países en vías de desarrollo con sistema de renta territorial. En la primera sección se explicará el contexto histórico en el que se aprobó esta iniciativa, como parte de las medidas de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) y el grupo económico G7 para evitar la evasión y la elusión fiscal. La segunda sección explica las reglas modelo del Impuesto Mínimo Global y su aplicación entre las que se incluyen: La Regla sobre Inclusión de Rentas (RIR), conocida en inglés como: *Income Inclusion Rule* (IIR) y la Regla por Pagos insuficientemente gravados (RBIG), conocida en inglés como: *Undertaxed Payment Rule* (UTPR), entre otras.

En adición a lo anterior, en la tercera sección se exponen las complejidades de la implementación del Impuesto Mínimo Global para los países en vías de desarrollo, entre las que

se incluyen: los altos costos asociados a su implementación, la falta de coordinación internacional en Latinoamérica y la armonización institucional para establecer una ruta con sus respectivos plazos. Asimismo, se considera el poco interés por parte de los países de la Unión Europea y los Estados Unidos para suscribir Convenios para evitar la Doble Imposición con países de Latinoamérica, en particular con países en vías de desarrollo, lo cual incide en una potencial doble imposición tributaria, que desincentiva la inversión extranjera en las jurisdicciones en vías de desarrollo.

Por otra parte, la sección cuarta esgrime la implementación del Impuesto Mínimo Global en una jurisdicción cuyo sistema de renta es territorial o de la fuente, lo cual implica una distorsión del sistema impositivo a través de una cesión tácita de la potestad tributaria para gravar los réditos derivados de actividades que fueron llevadas a cabo en su territorio o para gravar réditos que fueron generados en el exterior, en una total deconstrucción del sistema de renta de la fuente, de conformidad con el principio de territorialidad. Finalmente, la sección quinta aborda la potencial vulneración de los derechos humanos y la soberanía de los países en vías en desarrollo al ser compelidos a implementar el Impuesto Mínimo Global.

En concordancia con lo expuesto, es importante destacar que la presente investigación académica es abordada desde la perspectiva de los países en vías de desarrollo, en particular los países en Latinoamérica como Costa Rica y Uruguay, que han potenciado su sistema de renta territorial, en conjunto con su estabilidad política para atraer inversión extranjera directa. Al respecto, se analizará si realmente los países en vías de desarrollo en Latinoamérica podrían aumentar su recaudación con la implementación del Pilar 2 o las reglas del *Global Anti-base Erosion* (GloBE), o si más bien, la implementación de estas reglas podría resultar perjudicial para los intereses económicos de estos países, los cuales más bien enfrentarían un menoscabo

en su recaudación.

II. Contexto histórico.

El Impuesto Mínimo Global (IMG) o como se le conoce: las reglas GloBE, surgió en junio de 2021 como una propuesta del grupo de países conocido como 'G7'¹ en contra de la evasión fiscal² y la elusión fiscal³ de grupos multinacionales, que aprovechaban los incentivos fiscales brindados por otros países para así trasladar su residencia fiscal a jurisdicciones más fiscalmente 'amigables'. El objetivo principal⁴ de esta propuesta se basó en la posibilidad de eliminar la deslocalización de ingresos a jurisdicciones con una menor tributación, eliminando así la competencia fiscal. Las reglas GloBE, requieren para su aplicación de la convergencia de dos circunstancias; en primer lugar, la existencia de un grupo multinacional que opere en diferentes jurisdicciones⁵, y en segundo lugar, que este grupo multinacional obtenga ingresos por encima de setecientos cincuenta millones de euros (€750 millones EUR) anuales.

En concordancia con lo anterior, es importante mencionar que el objetivo de esta propuesta; emerge a partir de la necesidad de los países desarrollados de prevenir la deslocalización de ingresos, y de eliminar la competencia fiscal⁶, lo cual irremediamente

resulta perjudicial para los países en vías de desarrollo, que otorgan incentivos o beneficios fiscales a empresas multinacionales (MNEs), como intercambio para la inversión extranjera directa. No obstante, más allá de prevenir la evasión fiscal y eliminar la competencia fiscal, esta iniciativa pretende, como lo explican Devereux y Vella⁷ "garantizar que las multinacionales paguen un mínimo de impuestos" en alguna jurisdicción, de forma tal que las prácticas fiscales abusivas que se han atacado a través, de las acciones BEPS (Base Erosion and Profit Shifting) sean finalmente erradicadas.

El final de la década de los 80s y el inicio de la década de los 90s definió la iniciativa de países como México, Venezuela, Ecuador, Bolivia y Argentina para suscribir Convenios para Evitar la Doble Imposición con países de la Unión Europea para incentivar la inversión extranjera directa. Es importante mencionar, que inclusive Costa Rica, firmó Convenios para Evitar la Doble Imposición con Alemania (1991) y Rumania (1993), no obstante, sería hasta el año 2016 que el convenio con Alemania entraría a regir, cual no fue el caso del establecido con Rumania, el cual se firmó pero entró en vigencia. Los países de Latinoamérica, en su condición de países en vías de desarrollo, han sido históricamente afectados por su inestabilidad política (Cuba, Venezuela, Nicaragua) y su infraestructura poco desarrollada, de ahí que resultase lógico que su forma de competir, sea a través del otorgamiento de incentivos y beneficios fiscales.

La globalización en conjunto con la economía digital ha generado oportunidades de expansión internacional para las empresas multinacionales (MNEs). Lo anterior, si bien resultó ser beneficioso para las empresas multinacionales, resultó ser perjudicial para los gobiernos, que veían imposibilitado su poder tributario para coaccionar la recaudación

1 His Majesty (HM) Treasury Department. [2021]. Link: <https://www.gov.uk/government/news/g7-finance-ministers-agree-historic-global-tax-agreement> El grupo de países G7 lo integran: El Reino Unido, Alemania, Francia, Italia, Estados Unidos de América, Canadá y Japón.

2 Zucman, G. 'The Hidden Wealth of Nations'. [2013] Ch 2, p. 34. De acuerdo al economista Gabriel Zucman, la evasión a través de cuentas bancarias extraterritoriales, alcanzó el monto de \$190 billones considerando los ingresos no declarados a los gobiernos alrededor del mundo.

3 James, S. and Nobes, C. 'The Economics of Taxation'. [2014]. Ch 3, p. 101. Tal cual afirman los autores, entre las causas de la elusión fiscal pueden incluir: altos impuestos, leyes imprecisas, insuficiencia en las penas y multas, e inequidad.

4 Devereux, M. y Vella, J. [2024]. 'The impact of the Global Minimum Tax on Tax Competition'. World Tax Journal, 15.3, 323-278. Oxford University Centre for Business Taxation.

5 CERP. Bucci, M., Gesualdo M., Gonzalez Cabral, A., Hugger, F., O'Reilly, P. [2024] 'How the global minimum tax changes the taxation of multinational companies?' <https://cepr.org/voxeu/columns/how-global-minimum-tax-changes-taxation-multinational-companies>

6 De la Feria, R. [2024]. The 'Pillar Two' Global Minimum Tax. The perceived (un) fairness of the Global Minimum

Corporate Tax Rate. 1st Ed. Pp. 58-83.

7 Devereux, M. y Vella, J. [2024]. 'The impact of the Global Minimum Tax on Tax Competition'. World Tax Journal, 15.3, 323-278. Oxford University Centre for Business Taxation.

tributaria. En este contexto histórico emerge el concepto de: *tax sparing*, el cual puede entenderse como una dispensa de la obligación tributaria o exención, que le permite al contribuyente evitar la tributación en ambas jurisdicciones, a través del uso de Convenios para Evitar la Doble Imposición tributaria. El abuso de dicha figura incentivó a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, a emitir un informe⁸ al respecto en 1998, en el que motivaba a los gobiernos a implementar una normativa para evitar el abuso que representaba esta figura.

El abuso de la figura del *tax sparing*, significó el auge de la creación de estructuras fiscales internacionales a través de las cuales, las empresas multinacionales (MNEs) se garantizaban no tributar en ninguna jurisdicción, generando una competencia fiscal ruinosa entre los diferentes países, en particular entre los países en vías de desarrollo. Bajo estas circunstancias, hacia el final del milenio, en 1998, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico emitió el informe *Harmful Tax Competition*⁹, a través del cual censuraba estas prácticas fiscales abusivas. En este contexto, bajo el liderazgo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico emergen las acciones BEPS¹⁰, en particular la número 5¹¹ para mitigar la erosión de las bases imponibles y la deslocalización de ingresos, lo cual según esta misma organización ha resultado ser más perjudicial para los países en vías de desarrollo.

La aprobación e implementación del Impuesto Mínimo Global fue promovida por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, bajo un incentivo de una proyección de ingresos anual de doscientos

veinte billones de dólares americanos (\$220 billones USD)¹², o el equivalente al nueve por ciento (9%) del Impuesto sobre la Renta (Utilidades) a nivel global. No obstante lo anterior, de forma paradójica, si bien esta iniciativa promueve la “equidad” y “justicia tributaria”, podría resultar ser más beneficiosa solo para los países de la Unión Europea, y los Estados Unidos de América, con ingresos proyectados de cincuenta y siete billones de euros (57 billones EUR), mientras que se prevé que países como Chile¹³ podrían no tener ningún beneficio derivado de esta implementación, todo lo cual resultaría perjudicial para los países en vías de desarrollo.

III. Las Reglas (Normas Modelo) de aplicación del Impuesto Mínimo Global (Pilar Dos).

La iniciativa del Pilar 2 o como se le conoce: El Impuesto Mínimo Global, fue acogida el 8 de octubre de 2021, por un consenso histórico de 136 países¹⁴, incluidos entre estos, Costa Rica, como país miembro de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. Posteriormente, el 20 de diciembre de 2021, el Marco Inclusivo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico aprobó el documento denominado “Desafíos fiscales derivados de la digitalización de la economía — Normas modelo contra la erosión de la base imponible (Pilar Dos)¹⁵” en el cual se establecieron las reglas o

12 OECD [2023], Revenue impact of international tax reform better than expected: OECD, OECD Publishing, Paris, <https://www.oecd.org/en/about/news/press-releases/2023/01/revenue-impact-of-international-tax-reform-better-than-expected.html>.

13 De la Feria, R. [2024]. The ‘Pillar Two’ Global Minimum Tax. The perceived (un) fairness of the Global Minimum Corporate Tax Rate. 1st Ed. Pp. 58-83. “These asymmetries are explored further by the EU Tax Observatory, which based also on static models, estimates that – in the absence of carve-outs – EU Member States as a whole would increase revenues by more than EUR 80 billion a year, whilst the US would gain about EUR 57 billion a year. On the contrary, rather unsurprisingly revenue gains would be substantially smaller in other countries: EUR 6 billion for China, EUR 4 billion for South Africa, EUR 1.5 billion for Brazil, EUR 0 for Chile and Korea.”

14 Devereux, M. y Vella, J. [2024]. ‘The impact of the Global Minimum Tax on Tax Competition’. World Tax Journal, 15.3, 323-278. Oxford University Centre for Business Taxation.

15 OECD [2021], ‘Tax Challenges Arising from Digitalisation of the Economy – Global Anti-Base Erosion Model Rules (Pillar Two): Inclusive Framework on BEPS, OECD/G20 Base

8 OECD [1998], ‘Tax Sparing: A Reconsideration’, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/9789264162433-en>.

9 OECD [1998], ‘Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue’, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/9789264162945-en>.

10 BEPS responde al acrónimo: Base Erosion and Profit Shifting, lo que se traduce como: Erosión de la base imponible y deslocalización del ingreso.

11 OECD [1998], ‘BEPS. Action 5. Harmful Tax Practices’, OECD Publishing, Paris, <https://www.oecd.org/en/topics/harmful-tax-practices.html>.

normas modelo para la implementación del Impuesto Mínimo Global. En este sentido, es importante destacar que el Impuesto Mínimo Global, no es un impuesto per se, sino más bien un conjunto de reglas o normas modelo, conocidas como 'GloBE Rules'.

La lógica del Impuesto Mínimo Global consiste en obligar a las empresas multinacionales (MNEs) a tributar un mínimo de un quince por ciento (15%) en una sola jurisdicción o en varias jurisdicciones. Lo anterior prevé dos aspectos medulares. En primer lugar, la inminente aplicación de reglas interconectadas, y en segundo lugar, la necesaria cooperación internacional entre diferentes jurisdicciones. Es importante destacar, que los países no están obligados *a priori* a adoptar alguna o todas las reglas del Impuesto Mínimo Global; sin embargo, la reticencia a dicha adopción les aislará como jurisdicciones potenciales de inversión extranjera directa (IED) por las complejidades que significará para las empresas multinacionales operar en jurisdicciones donde estas reglas no se hayan implementado, como sería potencialmente el caso de una doble o triple imposición tributaria internacional.

De previo a definir las reglas, es importante introducir el concepto de la Tasa Efectiva Impositiva (TEI), o lo que se conoce en inglés como: *Effective Tax Rate* (ETR). En este sentido, de conformidad con la Directriz del Consejo de la Unión Europea (UE) N.º 2022/2523¹⁶ del 14 de diciembre de 2022, la Tasa Efectiva Impositiva, es el factor utilizado para determinar la aplicación de las reglas conocidas como "GloBE" o el Impuesto Mínimo Global y que en consecuencia deben adoptar en su legislación, los países que pretendan incorporar esta iniciativa en su ordenamiento jurídico. La Tasa Efectiva Impositiva¹⁷ y su de-

terminación no son autónomas, en tanto de acuerdo a lo indicado en esta directriz, debe computarse cada año, para determinar el ingreso calificativo neto, y necesariamente debe calcularse atendiendo la siguiente fórmula:

Effective Tax Rate =

$$\frac{\text{adjusted covered taxes of the constituent entity in the jurisdiction}^{18*}}{\text{net qualifying income of the constituent entity in the jurisdiction.}}$$

En concordancia con lo estipulado en la fórmula, los impuestos incluidos (covered taxes) comprenden la suma de los impuestos ajustados de todas las entidades ubicadas en la jurisdicción, determinados por la información financiera consolidada de la empresa multinacional. Al respecto, la Tasa Efectiva Impositiva, como explica Devereux, and Vella J., et al.¹⁹, es el "numerador, comparable con el denominador que presupone un ingreso calculado de acuerdo a las "*International Accounting Standards (IAS)*"²⁰". Lo anterior, presupone una significativa inconsistencia al incluir en la Tasa Efectiva Impositiva impuestos que han sido calculados, utilizando para su consolidación diferentes normas financieras como las Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF), como es el caso de Costa Rica, y las "*General Accepted Accounting Principles*", conocidas como "US

18 La Tasa Efectiva Impositiva es igual a los impuestos aplicables a la entidad constituida en la jurisdicción, dividido en el ingreso neto determinado a la entidad constituida en la jurisdicción.

19 Devereux, M., Simmler, M., Vella, John, and Wardell-Burris, H. 'What is the Substance-Based Carve-Out under Pillar 2? And how will it affect Tax Competition?' [2021] EconPol Policy Brief. Oxford University Centre for Business Taxation.

20 International Financial Reporting Standards. International Tax Reform – Pillar Two Model Rules, Supplier Finance Arrangements and Lack of Exchangeability. [2023] Proposed Taxonomy Update 1. IFRS Accounting Taxonomy 2023. "To reflect the disclosure requirements arising from International Tax Reform— Pillar Two Model Rules in the IFRS Accounting Taxonomy, the IASB proposes to add:

(a) One element for the disclosure of the exception to deferred tax accounting (paragraph 4);
(b) Two elements for the disclosure requirements for periods in which Pillar Two legislation is enacted or substantively enacted but not yet in effect (paragraph 5-9); and
(c) One element for the disclosure requirements for periods when Pillar Two legislation is in effect (paragraph 10)."

Erosion and Profit Shifting Project', OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/782bac33-en>.

16 Council Directive (EU) 2022/2523 of December 14th, 2022 on ensuring the minimum level of taxation for multinational enterprise groups and large-scale domestic groups in the Union.

17 Devereux, M. y Vella, J. [2024]. 'The impact of the Global Minimum Tax on Tax Competition'. World Tax Journal, 15.3, 323-278. Oxford University Centre for Business Taxation.

GAAPs", que son las normas contables utilizadas por países como los Estados Unidos de América.

Es importante destacar que la Tasa Efectiva Impositiva, constituye el elemento esencial del cálculo del impuesto complementario ("Top-up tax"). En este mismo sentido, el Impuesto Mínimo Global comprende la intención de gravar a una empresa multinacional, con al menos un quince por ciento (15%) de imposición efectiva, en una jurisdicción determinada. Para estos efectos, la Tasa Efectiva Impositiva, es relevante a efectos de activar la aplicación de las reglas de imposición inter conexas, que presuponen las reglas "GloBE". Así, en el caso en que una empresa multinacional, en particular la casa matriz, no alcance el importe mínimo de un quince por ciento (15%) en una jurisdicción, se entenderá que otra jurisdicción podrá arrogarse los derechos impositivos, y aplicar el impuesto complementario ("Top-up tax"), en el tanto haya adoptado alguna de las reglas "GloBE" en su legislación local.

Conclusivamente, la aplicación de las reglas "GloBE" o propiamente el Impuesto Mínimo Global, incluye, como lo explican Devereux y Vella²¹ en primera instancia: el cálculo de la Tasa Efectiva Impositiva, y en segundo lugar, el cálculo del impuesto complementario ("Top-up tax"). A partir de la formulación de estos conceptos, emerge la implementación de las reglas impositivas que están interconectadas, es decir, dependen una de la otra; y que corresponden una regla prioritaria y una regla residual. De esta forma, la regla prioritaria, se entiende como i) La Regla sobre Inclusión de Rentas (RIR), o como se le conoce en inglés: "*Income Inclusion Rule*" (IIR) y la regla residual se entiende como la Regla por Pagos Insuficientemente Gravados (RPIG), o como se le conoce en inglés: "*Under-taxed Payment*²² Rule (UTPR)", como se

explican a continuación:

1) La Regla sobre Inclusión de Rentas (RIR):

La Regla sobre Inclusión de Rentas ("IIR" por sus siglas en inglés), es la principal²³ regla impositiva de las "GloBE Model Rules". En este sentido, en primer lugar, para efectos de aplicar la RIR, es necesario identificar la última entidad (matriz) del grupo multinacional, o lo que en inglés se conoce como: "Ultimate Parent Entity (UPE)²⁴". En segundo lugar, es importante entender que el grupo económico de la empresa multinacional está determinado por la consolidación de su contabilidad²⁵. De esta forma, la existencia de un grupo económico de la empresa multinacional, está supeditado a la existencia de control o propiedad accionaria en común, o en su defecto, la existencia de estados financieros consolidados, sin que se requiera la concurrencia de estos tres factores, siendo la existencia de uno solo suficiente para determinar la existencia del grupo económico.

Así, la Regla sobre Inclusión de Rentas establece una tarifa del quince por ciento (15%) a la última entidad del grupo económico, cuyo ingreso anual haya sido de al menos setecientos cincuenta millones de euros (€750 millones EUR) anuales, según sus estados financieros consolidados. La RIR aplica de "arriba hacia abajo" a las entidades con participaciones accionarias menores a un ochenta por ciento (80%); es decir, que la entidad que deberá tributar, será aquella que se encuentre en la parte superior de la estructura del grupo multinacional, la cual, por lo general es la UPE. El Estado que haya adoptado esta regla (RIR) estará legitimado para imputar al grupo el gravamen mínimo del quince por ciento (15%), siempre y cuando concurren dos circunstancias: en primer lugar, el Estado haya adoptado la regla so-

21 Devereux, M. y Vella, J. [2024]. 'The impact of the Global Minimum Tax on Tax Competition'. World Tax Journal, 15.3, 323-278. Oxford University Centre for Business Taxation.

22 Esta regla inicialmente fue concebida como: "Under-taxed Payment Rule", luego su nombre evolucionó a "Under-taxed Profits Rule", de acuerdo con el Pillar Two

Blueprint.

23 Galendi Jr. R. [2023]. 'The justification and Structure of the GloBE Model Rules'. Universität zu Köln.

24 Brokelind, C. [2024]. The 'Pillar Two' Global Minimum Tax. The scope of Pillar Two. 1st Ed. Pp. 84-103.

25 Galendi Jr. R. [2023]. 'The justification and Structure of the GloBE Model Rules'. Universität zu Köln.

bre inclusión de rentas (RIR) en su ordenamiento jurídico local, y en segundo lugar, la UPE esté localizado en su jurisdicción.

En este mismo sentido, la Regla sobre Inclusión de Rentas aplica de “arriba hacia abajo”, es decir, si el grupo económico multinacional tuviese su última entidad matriz (UPE por sus siglas en inglés) ubicada en una jurisdicción donde no se ha adoptado la RIR; el Estado que haya adoptado la RIR puede imputar la carga tributaria, a las entidades intermediarias, o lo que en inglés se conoce como: “Intermediate Parent Entity (IPE)²⁶”, si estas se ubicasen en su jurisdicción. Asimismo, de acuerdo a la Directriz 2022/2523²⁷ de la Unión Europea, en caso que el control o la propiedad accionaria haya sido diluida en hasta un porcentaje de ochenta por ciento (80%), la RIR se aplicará a las entidades que representen al menos un veinte por ciento (20%) de control o propiedad accionaria, a las entidades que sean ‘parcialmente’ controladas, las cuales en inglés se conocen como: “Partially-owned Parent Entity (POPE)”.

Conclusivamente, en particular referencia a países en vías de desarrollo con régimen de renta territorial como es el caso de Costa Rica, si bien esta destaca por la significativa inversión extranjera directa²⁸ en su territorio, esta no tiene en su jurisdicción un gran número de entidades que representen la casa matriz de un grupo multinacional. A partir de esta circunstancia, resultaría perjudicial para Costa Rica el verse compelida a adoptar una regla “GloBE”, como es el caso de la Regla de Inclusión de Rentas, extremadamente compleja, no solo en su aprobación a través de la Asamblea Legislativa, sino además (en caso de aprobarse en la Asamblea Legislativa) en su implementación. De ahí, que de

las reglas “GloBE”, la Regla sobre Inclusión de Rentas o “Income Inclusion Rule (IIR)” debería ser una regla cuya implementación, debería rechazarse de plano en Costa Rica.

2) La Regla por Pagos insuficientemente Gravados (RPIG).

La Regla por Pagos insuficientemente Gravados (“UTPR” por sus siglas en inglés), es la regla residual²⁹ impositiva de las “GloBE Model Rules”, o “Undertaxed Payments Rule”. En este sentido, más allá de una regla residual, la RPIG debe entenderse como una regla complementaria, que se aplicará cuando una UPE lleve a cabo actividades económicas en una jurisdicción que no haya adoptado la RIR o sea de baja tributación. En este mismo sentido, la RPIG debe entenderse como un respaldo (“backstop”) a la Regla sobre Inclusión de Rentas; en el eventual caso en que el Estado que ha implementado ambas reglas, no haya podido aplicar la primera, es decir la RIR. La Regla por pagos insuficiente gravados (RPIG) vincula su potestad impositiva considerando una fórmula compuesta por dos factores: activos y empleados ubicados en la jurisdicción que se pretenda aplicar la RPIG, la cual se define así:

$$50\% \times \frac{\text{número de empleados de la entidad en el estado miembro de la Unión Europea.}}{\text{número de empleados de la entidad en todas las jurisdicciones con RPIG.}} + 50\% \times \frac{\text{número de activos tangibles de la entidad en estado miembro de la Unión Europea.}}{\text{número de activos tangibles de la entidad en todas las jurisdicciones con RPIG.}}$$

De conformidad con lo anterior, la Directriz del Consejo de la Unión Europea (UE) N.º 2022/2523, ha determinado que la RPIG aplicará únicamente frente a dos escenarios: a. La última entidad (UPE) del grupo de empresas multinacionales (MNEs) está ubicada en una jurisdicción donde no se ha implementado la RIR, o, por otra parte, b. La última entidad (UPE) del grupo de empresas multinacionales (MNEs) está ubicada en una jurisdicción con baja tributación. La Regla por Pagos insuficientemente Gravados, o como

26 Brokelind, C. [2024]. The ‘Pillar Two’ Global Minimum Tax. The scope of Pillar Two. 1st Ed. Pp. 84-103

27 Council Directive (EU) 2022/2523 of December 14th, 2022 on ensuring the minimum level of taxation for multinational enterprise groups and large-scale domestic groups in the Union.

28 Evolution Free Zone. [2023] Costa Rica ranks first worldwide in Foreign Direct Investment. Link: <https://www.evolutionfz.com/costa-rica-ranks-first-worldwide-in-foreign-direct-investment/>

29 Galendi Jr. R. [2023]. ‘The justification and Structure of the GloBE Model Rules’. Universität zu Köln.

se le conoce en inglés: “UTPR” es la regla más controversial³⁰, en tanto legitima a los Estados a recaudar un ingreso extraterritorial, que no ha sido generado en su jurisdicción, lo cual deviene en disociación con el *principio de beneficio*³¹ (“the Benefit principle”), que debe prevalecer en los sistemas de imposición locales.

El Fondo Monetario Internacional (FMI)³² se ha referido a las complejidades que podrían enfrentar los países con baja tasa impositiva al implementar la RBIG. Entre las complejidades más relevantes asociadas a la implementación de la RBIG se encuentran: i) La potencial inconsistencia y violación a los Convenios para evitar la Doble Imposición Tributaria suscritos por los Estados, y en general inconsistencia con el Derecho Internacional³³, y ii) La necesaria cooperación internacional, no solo en términos de legislación internacional, como sería el caso de la existencia de los Convenios para compartir Información Tributaria (“Tax Information Exchange Agreements: TIEAs”), sino además en términos de operatividad, siendo que no todas las legislaciones estarían dispuestas o tendrían los recursos humanos y económicos para facilitar la información para realizar el cálculo de la RBIG.

3) La regla del Impuesto Mínimo Complementario Nacional Calificado (IMCNC).

El Impuesto Mínimo Complementario Nacional Calificado, como se le conoce en inglés: “Qualified Domestic Minimum Top-Up Tax” (QDMTT) se define como un impuesto mínimo

local aplicable a las empresas multinacionales (MNEs) constituidas en una jurisdicción en la que esta regla ha sido adoptada. La regla del IMCNC no inhibe la aplicación de la RIR o la RBIG; sin embargo, produce efectos que son aplicables a estas reglas, como la posibilidad de acreditar lo pagado, cuando a la entidad le sea aplicable también la RIR o la RBIG en otra jurisdicción. En este sentido, el Fondo Monetario Internacional (FMI)³⁴ ha afirmado que la Regla del IMCNC es la “mejor estrategia” de adopción para países de baja tributación y países cuyo sistema de tributación sea el de la fuente; esto en tanto otorga al Estado el “derecho de recaudar cualquier impuesto mínimo global”.

La Regla del IMCNC, o el “Qualified Domestic Minimum Top-Up Tax” (QDMTT) concede la prioridad con respecto a los derechos impositivos para los países cuya imposición está basada en el sistema de la fuente, como es el caso en Latinoamérica de Costa Rica y Uruguay³⁵. No obstante, lo anterior, Brasil, el cual tiene un sistema de renta mundial, se ha convertido en el primer país de Latinoamérica en implementar las reglas “GloBE”, en su legislación³⁶. En este sentido, Brasil ha descartado la implementación de la RIR y la RBIG, y ha implementado en cambio la regla del Impuesto Mínimo Complementario Nacional Calificado (IMCNC) o como se le conoce por su acrónimo en inglés: el “QDMTT”, la cual entró a regir el 1º de enero de 2025.

El “Qualified Domestic Minimum Top-Up Tax” (QDMTT) de acuerdo a Brokelind³⁷ “es el equivalente a la versión doméstica o local de la Regla sobre Inclusión de Rentas”. En el caso particular de Brasil, la implementación del

30 Cole, A. [2023]. Tax Foundation [2023]. ‘Why Does the UTPR Matter?’ Link: <https://taxfoundation.org/blog/utpr-pillar-two-us-tax-base/>

31 Escribano, E. [2020]. ‘The renaissance of the Benefit Principle for the 21st Century International Tax Reform’. SSRN. <https://ssrn.com/abstract=3771421> “El principio de beneficio es ampliamente reconocido como la justificación tradicional para la imposición de tributos”.

32 Hebous, S., Hillier, C., Mengistu, A. [2024] ‘Deciphering the GloBE in a Low-Tax Jurisdiction’. International Monetary Fund Working Papers. Pp. 15.

33 Chaisse, J., Chand, V., Debelva, F., Hongler, P., Mosquera, I. [2023] ‘UTPR – Potential Conflicts with International Tax Law?’ taxnotes. <https://www.taxnotes.com/special-reports/digital-economy/utpr-potential-conflicts-international-law/2023/07/07/7gy40>

34 Hebous, S., Hillier, C., Mengistu, A. [2024] ‘Deciphering the GloBE in a Low-Tax Jurisdiction’. International Monetary Fund Working Papers. Pp. 4.

35 Uruguay. Promoción de Inversiones, Exportaciones e imagen país. Enlace <https://www.uruguayxxi.gub.uy/es/quiero-invertir/guias-inversor/sistema-tributario/>

36 Medida Provisória Nº 1.262, de 3 de Outubro de 2024. Instituto Adicional da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido no processo de adaptação da legislação brasileira às Regras Globais Contra a Erosão da Base Tributária - Regras GloBE, e dá outras providências.

37 Brokelind, C. [2024]. The ‘Pillar Two’ Global Minimum Tax. The Scope of Pillar Two. 1st Ed. Pp. 84-103.

Impuesto Mínimo Complementario Nacional Calificado, se realizó a través de lo que denominaron como: 'Contribución Social sobre Ingreso Neto' (*Contribuição Social sobre o Lucro Líquido: CSLL*)³⁸ aplicable a empresas multinacionales cuyos ingresos excedan los setecientos cincuenta millones de euros (€750 millones EUR) anuales. En este sentido, Devereux y Vella³⁹ explican que: "la implementación del QDMTT legitima a un Estado a recaudar el ingreso que de otra forma hubiese sido recaudado a través de la RIR (IIR) o la RBIG (UTPR), lo que resulta en un gran incentivo para su adaptación", tal cual lo decidió el Reino Unido⁴⁰.

Si bien es cierto, la regla del "Qualified Domestic Minimum Top-Up Tax" (QDMTT) ha sido sugerida para los países en vías de desarrollo, en particular para los países con sistema impositivo de territorialidad, su conveniencia también ha sido cuestionada⁴¹. Este cuestionamiento deriva de la complejidad asociada a su implementación, que si bien no requiere la derogatoria del Impuesto sobre las Utilidades per se; en muchos Estados requerirá una significativa reforma de la legislación vigente como fue el caso de Brasil. Esta re-

gla; sin embargo, ha sido identificada como la más beneficiosa para los Estados que se dedican a la importación de capitales, a efectos de reforzar los derechos impositivos de la jurisdicción con sistema tributario en la fuente⁴² y procurar de alguna forma liberar la presión asociada a erradicar incentivos fiscales locales.

4) La Regla General de Sujeción a Impuestos ("STTR").

La regla general de sujeción a impuestos, o como se le conoce en inglés: "Subject-to-Tax Rule (STTR)" se aplica independientemente del tamaño de la empresa o de sus ingresos, es decir, no aplica, como en el caso de la RIR y la RBIG, el umbral de setecientos cincuenta millones de euros (€750 millones EUR) anuales. Esta regla afecta directamente las disposiciones de los Convenios para Evitar la Doble Imposición Tributaria (CDI). La "STTR" se trata de un "impuesto mínimo que se aplica sobre una base transaccional a los pagos procedentes de países de fuente que están sujetos a tipos impositivos nominales bajos en el Estado del beneficiario⁴³". Esta regla le permite al Estado de la fuente, aplicar una tarifa de hasta un nueve por ciento (9%) a los pagos intra-grupo de empresas multinacionales que generan ingresos tales como intereses, regalías, servicios y pagos por el uso de equipo, en su jurisdicción.

En este sentido, los Estados deben valorar⁴⁴ los CDI que han suscrito con otros Estados; en particular cuando estos apliquen un sistema de la fuente o territorial, siendo que esto les da prioridad para aplicar los derechos impositivos, ya de pleno derecho, sin necesidad de ninguna cláusula adicional. En la actualidad,

38 Medida Provisória Nº 1.262, de 3 de Outubro de 2024. Institui o Adicional da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido no processo de adaptação da legislação brasileira às Regras Globais Contra a Erosão da Base Tributária - Regras GloBE, e dá outras providências.

"Art. 2º Este Título altera a legislação da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL para instituir adicional do tributo, mantida a destinação, com a finalidade de estabelecer tributação mínima efetiva de 15% (quinze por cento) no processo de adaptação da legislação brasileira às Regras Globais Contra a Erosão da Base Tributária - Regras GloBE (Global Anti-Base Erosion Rules - GloBE Rules) elaboradas pelo Quadro Inclusivo (Inclusive Framework on Base Erosion and Profit Shifting) sob coordenação da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE e do Grupo dos Vinte - G20".

39 Devereux, M. y Vella, J. [2024]. 'The impact of the Global Minimum Tax on Tax Competition'. *World Tax Journal*, 15.3, 323-278. Oxford University Centre for Business Taxation.

40 UK Government (HMT and HRMC). Consultation, OECD Pillar 2 – Consultation on Implementation, p. 53.

41 IBFD. Das, R.R. [2024] 'Qualified Domestic Minimum Top-Up Tax: Should Developing Countries Adopt It?'. *Journal Article*, Vol. 78, Nº 3. "The Qualified Domestic Minimum Top-up Tax (QDMTT) is presented as the preferred choice for developing countries. However, given its unfamiliar design, complexity, limited revenue gain, peer review and resource burdens, the QDMTT is unsuitable for developing countries. Instead, such countries should reform their tax incentives, and consider an across-the-board minimum tax."

42 Englisch, J. [2023]. Pillar 2: QDMTT or Safe Harbour Minimum Top-Up Tax (SHDMMT)? *Kluwer International Tax Blog*: https://kluwertaxblog.com/2023/11/02/pillar-2-qdmtt-or-safe-harbour-domestic-minimum-top-up-tax-shdmtt/#_ftn5

43 Independent Commission for the Reform of International Corporate Taxation (ICRICT). [2024] La norma general de sujeción a impuestos. Una comparación de las versiones de la OCDE y de la ONU.

44 Heitmüller, F. [2024]. 'The Subject-to-Tax Rule (STTR) which one to choose?'. *International Centre for Tax & Development*

existen aproximadamente tres mil (3.000)⁴⁵ CDI firmados, de los cuales sólo el uno por ciento (1%) han sido firmados por países en vías de desarrollo. Particularmente en el caso de Latinoamérica, México lidera la firma de Convenios para Evitar la Doble Imposición Tributaria firmados con sesenta (60), seguido por Brasil y Chile, ambos con treinta y tres (33) y Argentina con veinte (20), mientras Costa Rica posee sólo cuatro (4), lo cual está muy distante de una red de CDI como la del Reino Unido, que alcanza los ciento veinticinco (125)⁴⁶ CDIs.

Es importante destacar que tanto el Marco Inclusivo del G20/OCDE y el Comité de Expertos de las Naciones Unidas sobre Cooperación Fiscal Internacional ("UNTC", por sus siglas en inglés) han desarrollado por separado una Norma General de Sujeción a Impuestos ("STTR", por sus siglas en inglés). Para efectos de los países en vías de desarrollo resulta más beneficioso implementar la STTR de las Naciones Unidas⁴⁷, en tanto les permite gravar todas las rentas y ganancias de capital, a una tarifa que puede ser convenida por las partes. En el caso particular de Costa Rica, lejos de beneficiarle, la implementación de la STTR podría más bien ser perjudicial, en tanto le obligaría a ceder o en el mejor de los casos negociar derechos impositivos, que su sistema de renta de la fuente aunado al principio de territorialidad, le concede de pleno derecho.

Conclusivamente, la potencial implementación de la regla STTR resulta poco viable en los países de Latinoamérica dada su limitada red de CDIs vigentes en comparación con los países de la Unión Europea. Particularmente, en el caso de países como Costa Rica y Uruguay, cuyo sistema de imposición de la renta sigue el principio de territorialidad, lejos de

brindarles un mecanismo para aumentar su recaudación, les representaría más bien, un debilitamiento de su potestad impositiva. La entrada en vigencia de la STTR traería además, una serie de complejidades asociadas a su implementación, las cuales de acuerdo a lo estimado por el Fondo Monetario Internacional (FMI) traerían ingresos adicionales para los países en vías de desarrollo de un 0,002 y 0,014⁴⁸ por ciento, lo cual deja entrever el limitado beneficio de la STTR para los países de Latinoamérica.

IV. Las complejidades en la implementación del Impuesto Mínimo Global para los países en vías de desarrollo en Latinoamérica.

La implementación de las reglas "GloBE" y en general el Impuesto Mínimo Global ha sido promovida por la OECD, como la forma más eficiente de cooperación⁴⁹, para erradicar la competición entre jurisdicciones que promueven una baja tributación como incentivo para captar inversión extranjera. En este sentido, la coordinación, como indica Devereux⁵⁰ puede lograr un incremento en los ingresos de un Estado, sin embargo, ese Estado requiere de la infraestructura para fomentar dicha cooperación. Al respecto, se ha referido también Dagan⁵¹ quien explica que la coerción a la que fueron sometidos los países en vías de desarrollo para adoptar este acuerdo, es un desincentivador para los países en vías de desarrollo, máxime cuando otros Estados tienen un poder excesivo en la toma de decisiones sobre estos Estados.

48 International Monetary Fund. [2023] 'International Corporate Tax Reform'. International Monetary Fund Working Papers. Pp. 15.

49 Devereux, M. [2023]. 'International Tax Competition and Coordination with a Global Minimum Tax'. World Tax Journal, Oxford University Centre for Business Taxation. Saïd Business School; University of Oxford.

50 Devereux, M. [2023]. 'International Tax Competition and Coordination with a Global Minimum Tax'. Opt. cit.

51 Dagan, T. GloBE: The potential costs of cooperations. [2023] Kluwer Law International. "Cooperative mechanisms may yield biases providing some actors with excessive power especially in the multilateral context. [...] Moreover, the cooperative accord and the newly created multilateral regime may be harbouring increased risk in the future for non-core-actors". Pp. 640. Oxford University Centre for Business Taxation. University of Oxford.

45 Dagan, T. GloBE: The potential costs of cooperations. [2023] Kluwer Law International. Pp. 12

46 Lang, M. Introduction to the Law of Double Conventions. [2013] 2nd ed, pp. 30.

47 Independent Commission for the Reform of International Corporate Taxation (ICRICT). [2024] La norma general de sujeción a impuestos. Una comparación de las versiones de la OCDE y de la ONU.

Los países en vías de desarrollo en Latinoamérica enfrentan una serie de complejidades para implementar alguna de las reglas del Impuesto Mínimo Global o “GloBE Rules”. Así, por ejemplo, la primera complejidad para estos países, se refleja en su limitado *expertise* para utilizar instrumentos multilaterales que le permitan gravar ingresos que provienen del exterior, como sería el caso, si eventualmente alguno de estos países optase por implementar la Regla por Pagos insuficientemente Gravados o el “UTPR” (por sus siglas en inglés). En este sentido, el Fondo Monetario Internacional (FMI)⁵² ha estimado que las administraciones tributarias de países en vías de desarrollo por lo general tienen experiencia en auditar y recaudar ingresos internos; sin embargo, no tienen experiencia recaudando ingresos que provengan del exterior.

En segundo lugar, la falta de armonización legal proveniente de un órgano normativo vinculante para todos los países de Latinoamérica. En este sentido, es importante destacar que el Consejo de la Unión Europea emitió la Directriz N.º 2022/2523⁵³ del 14 de diciembre de 2022 mediante la cual se reglamentaron las definiciones, reglas de aplicación, elementos de cálculo, fórmulas, entre otros, de las Reglas “GloBE”. La falta de armonización resulta contraproducente, siendo que la discrepancia en la implementación e interpretación de las reglas genera inseguridad jurídica. Un ejemplo de esto, lo representan Brasil, el cual implementó una ‘Contribuição Social sobre Ingresso Neto’ (*Contribuição Social sobre o Lucro Líquido: CSLL*)⁵⁴ o una versión

ajustada del ‘QDMTT’ y Colombia, el cual estableció una Tasa de Tributación Depurada (TTD)⁵⁵ aplicable a empresas no residentes, con su propia metodología de cálculo.

Finalmente, en tercer lugar, una limitación adicional que enfrentan los países de Latinoamérica para la implementación del Impuesto Mínimo Global o “GloBE Rules”, es su reducida red de Convenios para Evitar la Doble Imposición Tributaria, en comparación con países de la Unión Europea. Así, por ejemplo, solamente México, Venezuela y Chile (no ha entrado en vigor), han podido suscribir un CDI con los Estados Unidos de América⁵⁶, siendo este país uno de los principales socios estratégicos de la región. Esto resulta en una desventaja competitiva para los países en vías de desarrollo de Latinoamérica, siendo que tal y como indica Dagan⁵⁷ si bien es un mito que los Convenios para Evitar la Doble Imposición Tributaria aumentan la inversión extranjera directa, al menos generan la noción de seguridad jurídica, para evitar las arbitrariedades y la doble imposición tributaria.

V. El sistema de renta de la fuente o territorial en países en vías de desarrollo, y el efecto recaudatorio del Impuesto Mínimo Global. El caso particular de Costa Rica.

El Impuesto Mínimo Global y su implantación en el Derecho local de varios Estados han resultado ser un enorme reto para cada país que se ha comprometido a ser parte de esta iniciativa. Costa Rica, no es la excepción. Sin embargo, Costa Rica, aún en su condición de país miembro de la OCDE no ha sido ca-

52 International Monetary Fund. [2023] ‘International Corporate Tax Reform’. International Monetary Fund Working Papers. Pp. 19.

53 Council Directive (EU) 2022/2523 of December 14th, 2022 on ensuring the minimum level of taxation for multinational enterprise groups and large-scale domestic groups in the Union.

54 Medida Provisória N° 1.262, de 3 de Outubro de 2024. Institui o Adicional da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido no processo de adaptação da legislação brasileira às Regras Globais Contra a Erosão da Base Tributária - Regras GloBE, e dá outras providências.

“Art. 2º Este Título altera a legislação da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL para instituir adicional do tributo, mantida a destinação, com a finalidade de estabelecer tributação mínima efetiva de 15% (quinze por cento) no processo de adaptação da legislação brasileira

às Regras Globais Contra a Erosão da Base Tributária - Regras GloBE (Global Anti-Base Erosion Rules - GloBE Rules) elaboradas pelo Quadro Inclusivo (Inclusive Framework on Base Erosion and Profit Shifting) sob coordenação da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE e do Grupo dos Vinte - G20”.

55 República de Colombia. Gobierno Nacional, Ley N° 2277/22: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=199883>

56 Yonah, R. [2019] ‘If Not Now, When? U.S. Tax Treaties with Latin America after TCJA’. [University of Michigan Law School Repository. p.53

57 Dagan, T. [2000] ‘The Tax Treaties Myth’. Bar Ilan University Library. pp. 42.

paz de presentar un proyecto de ley, para al menos iniciar la discusión política que dicha implementación requiere. En este sentido, cabe destacar que, si bien Costa Rica es un país miembro de la OCDE, para efectos de su percepción ante la Unión Europea, es un país en vías de desarrollo, el cual además tiene un sistema de renta basado en el principio de territorialidad. En la actualidad, en Latinoamérica tienen un sistema de renta territorial: Bolivia, Guatemala, Nicaragua, Cuba, República Dominicana, Panamá, Paraguay y Uruguay⁵⁸.

Entre los países más afectados por la potencial implementación del Impuesto Mínimo Global en Latinoamérica se encuentran Costa Rica y Uruguay; estos dos países presentan políticas fiscales y económicas muy semejantes⁵⁹, y además comparten una característica fundamental: su sistema de renta territorial, el cual es un incentivo para la inversión extranjera directa (IED). No obstante lo anterior, el sistema de renta territorial que promueven ambos países, tanto Costa Rica como Uruguay fue recientemente objeto de presiones⁶⁰ por parte del Consejo Europeo de la Unión Europea, al punto de incluirlos en su "lista negra⁶¹", con el propósito de obligarles a modificar su legislación tributaria, para establecer un gravamen a las rentas pasivas extraterritoriales, lo cual en última instancia

fue acatado por Costa Rica⁶² y Uruguay⁶³.

Costa Rica, se enfrentará próximamente a la necesidad de decidir cuál de las reglas modelo del Impuesto Mínimo Global deberá implementar. Si bien no existen datos fidedignos, extraoficialmente se ha mencionado en el Ministerio de Hacienda, que únicamente existe un 0,001% de empresas multinacionales que tienen su casa matriz ubicada en Costa Rica. En adición a esta circunstancia, no existe además una empresa multinacional en la jurisdicción costarricense, que obtenga ingresos por encima de setecientos cincuenta millones de euros (€750 millones EUR) anuales. Lo anterior es relevante, para efectos de determinar que no sería conveniente para Costa Rica, implementar la Regla sobre Inclusión de Rentas ("IIR" por sus siglas en inglés), siendo que la recaudación que obtendría como resultado de esta implementación, sería mínima o nula.

Ahora bien, con respecto a la Regla por Pagos Insuficientemente Gravados ("UTPR" por sus siglas en inglés), surge un aspecto medular siendo que su inclusión en el Derecho local costarricense, significaría: i) Modificar las reglas de nexos⁶⁴, ya que el Estado de Costa Rica podría gravar ingresos que fueron generados fuera de sus límites geográficos, lo cual genera una colisión con el sistema tributario actual, en tanto la inclusión de esta regla en específico significaría: ii) La derogatoria del sistema de renta territorial que existe en la actualidad en Costa Rica. Lo anterior, en tanto

58 Sepulveda, J. [2014]. 'Los sistemas de impuesto a la renta de América Latina y los convenios de doble imposición vigentes'. Revista de la Facultad de Derecho PUCP. Pp. 19.

59 Ruz-Hidalgo, H. [2022] 'Ley de Inversiones de Uruguay: política fiscal que muestra un desempeño de interés para el estudio de Costa Rica'. Revista Nacional de Administración, UNED, Pp. 36. "Uruguay y Costa Rica son países pequeños de renta media alta, economías comparables, poblaciones y extensiones geográficas parecidas y políticas económicas aperturistas. Ambos países están entre los cinco de muy alto desarrollo humano, en América Latina".

60 Subrayado. [2021] Comunicado del Ministerio de Economía y Finanzas. 'La Unión Europea pidió a Uruguay actualizar su régimen tributario para rentas en el exterior'. Enlace:

61 Alonso, C., Alascio, F., Manera, J. [2021] 'Los paraísos fiscales, la competencia fiscal y la hipocresía de los Estos: un análisis crítico de la situación actual.' Pp. 17.

62 República de Costa Rica. Ley \square 10.381. Modificación a la Ley \square 7092. Ley del Impuesto sobre la Renta, de 21 de abril de 1988 para lograr la exclusión de Costa Rica de la lista de países no cooperantes en materia fiscal de la Unión Europea.

63 República de Uruguay. Dirección General Impositiva. Ministerio de Economía y Finanzas. Ley \square 20.095 del 25 de noviembre de 2022. Enlace: <https://www.impo.com.uy/bases/leyes-originales/20095-2022?tipoServicio=11>

64 Brokelind, C. [2024]. The 'Pillar Two' Global Minimum Tax. The Scope of Pillar Two. 1st Ed. Pp. 84-103. "The reform introduces new nexus rules for the determination of tax liability which basically replace conventionally agreed rules in corporate income tax legislation. The notion of tax residence based on the place of effective management as a tie-breaker, or the functional analysis of transfer pricing rules for allocating taxing rights between jurisdictions are not entirely relied upon here."

Costa Rica, se enfrentaría a la titánica tarea de gravar ingresos o réditos que no han sido generados en su territorio (ingresos extraterritoriales), lo que en consecuencia requiere la inversión de recursos públicos (empleados, tecnología, infraestructura) para mejorar la recaudación internacional.

Por otra parte, con respecto a la regla general de sujeción a impuestos, o como se le conoce en inglés: "Subject-to-Tax Rule (STTR)". Esta regla permite evitar la doble imposición que deriva de la aplicación de Convenios para Evitar la Doble Imposición Tributaria (CDI)⁶⁵, legitimando al Estado de la fuente a gravar los pagos intra-grupo de empresas transnacionales. En el caso de Costa Rica, la implementación de esta regla, lejos de ser beneficiosa, le sería perjudicial, siendo que los pagos intra-grupo transnacionales si son generados en Costa Rica, están ya gravados de conformidad con el Artículo 59 de la Ley del Impuesto sobre la Renta, con el Impuesto sobre Remesas al Exterior, considerando además que la red de CDIs de Costa Rica es muy limitada, siendo que únicamente están vigentes los Convenios con España (2011), Alemania (2016), México (2020) y Emiratos Árabes Unidos (2021).

Finalmente, pareciese que la opción más viable para Costa Rica, sería la de implementar el Impuesto Mínimo Complementario Nacional Calificado, ("Qualified Domestic Minimum Top-Up Tax" o "QDMTT" por sus siglas en inglés); siendo que de acuerdo con el Fondo Monetario Internacional⁶⁶: "Los países que tienen un impuesto sobre la renta superior al 15% tienen un incentivo para implementar el QDMTT, como impuesto adicional, para garantizar una tributación efectiva de multinacionales que generen en su jurisdicción una renta impositiva menor al 15%." Ahora bien, la implementación del QDMTT lleva consigo el necesario cuestionamiento de cómo debe

hacerse esta reforma a la Ley del Impuesto sobre la Renta de Costa Rica, e inclusive la valoración de si pueden ser compatibles estos dos regímenes (el actual más el QDMTT) de imposición y los incentivos del Régimen de Zona Franca.

En concordancia con lo anterior, tal y como explican Devereux y Vella⁶⁷ los países que adopten el QDMTT pueden optar por un Impuesto sobre la Renta *uniforme* o un Impuesto sobre la Renta *diferenciado*. Esto quiere decir que Costa Rica puede mantener su legislación sobre el Impuesto sobre la Renta incólume y adicionar el QDMTT, de forma tal que este último sea aplicado a las empresas multinacionales o puede homologar su legislación, de manera que las mismas reglas de imposición apliquen a entidades locales como empresas transnacionales. Ahora bien, cabe mencionar que Costa Rica tiene una *renta cedular*, en la que grava cada impuesto (utilidades, rentas de capital mobiliario e inmobiliario, ganancias y pérdidas de capital, rentas derivadas del trabajo dependiente y remesas al exterior), la cual es incompatible con el cálculo de la Tasa Efectiva Impositiva (TEI), que requiere la OCDE.

Conclusivamente, entre todas las reglas del Impuesto Mínimo Global, la más conveniente para Costa Rica sería la del Impuesto Mínimo Complementario Nacional Calificado, como se le conoce en inglés: "Qualified Domestic Minimum Top-Up Tax" (QDMTT). No obstante, dada la incompatibilidad actual de la legislación del Impuesto sobre la Renta vigente, con la aplicación de la Tasa Efectiva Impositiva (TEI) que requiere la OCDE, se requeriría una reforma integral de la Ley del Impuesto sobre la Renta en Costa Rica, que si bien puede aferrarse al principio de territorialidad en su reforma, deberá establecer una renta global, a partir de la cual sea más viable obtener la Tasa Efectiva Impositiva (TEI) y eso sí, disminuir la mayor cantidad de exoneraciones, que generan distorsiones en el cálculo

65 OECD [1998], 'Tax Sparring: A Reconsideration', OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/9789264162433-en>.

66 Hebus, S., Hillier, C., Mengistu, A. [2024] 'Deciphering the GloBE in a Low-Tax Jurisdiction'. International Monetary Fund Working Papers. Pp. 15.

67 Devereux, M. y Vella, J. [2024]. 'The impact of the Global Minimum Tax on Tax Competition'. World Tax Journal, 15.3, 323-278. Oxford University Centre for Business Taxation.

de la TEI y en general en el cálculo del Impuesto Mínimo Complementario Nacional Calificado.

VI. La vulneración a la soberanía y derechos humanos de los países en vías de desarrollo como resultado de la entrada en vigor del impuesto mínimo global.

El Impuesto Mínimo Global surgió como una propuesta para evitar la competencia fiscal nociva, mediante la cual algunos países ofrecían beneficios fiscales, entre los que se encontraban tarifas reducidas o exoneraciones, lo que resultaba en un atractivo para atraer inversión extranjera directa o capitales en general, pero que a la vez resultaba un perjuicio para los Estados de países desarrollados, en particular Estados Unidos de América y los países de la Unión Europea, que atestiguaban de forma impotente como las empresas transnacionales emergieron de sus países, pero optaron por optimizar fiscalmente sus operaciones, lo que les llevó a relocalizar su residencia fiscal, e inclusive mover sus capitales a dichas jurisdicciones, los cuales, la Unión Europea ha decidido categorizar como “paraísos fiscales⁶⁸” o “países no cooperantes en materia fiscal”.

No obstante lo anterior, lejos de la retórica de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, que promueve el Impuesto Mínimo Global como un conjunto de reglas que traerían consigo “justicia distributiva” y equidad; la realidad refleja que esta iniciativa de un grupo de países desarrollados será perjudicial para los países en vías de desarrollo, incluyendo los países en vías de desarrollo de Latinoamérica. Específicamente, la imperativa sugerencia (el uso del oxímoron es intencional) por parte de la OECD a los países en vías de desarrollo de adoptar al menos una de estas reglas “GloBE”, o una versión local del Impuesto Mínimo Global (ej. QDMTT), representa no sólo una violación a

la soberanía de los países en vías de desarrollo, sino además una expresa violación a los derechos humanos, en el tanto haya una disociación entre quien genera el ingreso y quien lo recolecta.

Particularmente, la Regla por Pagos insuficientemente Gravados (“UTPR” por sus siglas en inglés), resulta ser la más controversial, siendo que legitima a un Estado a recolectar el ingreso que ha sido generado en otro Estado, en una clara vulneración de la soberanía de los Estados y el *principio de beneficio*⁶⁹ que rige la imposición tributaria. En este sentido, los expertos de las Naciones Unidas⁷⁰, se han pronunciado de forma vehemente, indicando que, en general las reglas del Impuesto Mínimo Global, resultan ser *discriminatorias*, en tanto previenen que países en vías de desarrollo, en particular los conocidos en inglés como Global South⁷¹, puedan tener acceso a las herramientas necesarias (recurso humano y tecnología) para poder vincular la renta de una entidad multinacional, a su imposición local y en última instancia recaudar con las reglas del Impuesto Mínimo Global.

Conclusivamente, si bien es cierto que la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico ha promovido el Impuesto Mínimo Global, como la forma más eficiente de promover la equidad y justicia tributaria, lo cierto es que esta iniciativa no consideró el criterio de los países en vías de desarrollo para aprobar e imponer estas reglas, lo cual deja entrever una su inequidad⁷² y efecto po-

69 Escribano, E. [2020]. 'The renaissance of the Benefit Principle for the 21st Century International Tax Reform'. SSRN. <https://ssrn.com/abstract=3771421> "El principio de beneficio es ampliamente reconocido como la justificación tradicional para la imposición de tributos".

70 Tax Justice Network. [2024]. 'OECD tax reforms risk violating human rights law, UN experts warn in special intervention'. <https://taxjustice.net/press/oecd-tax-reforms-risk-violating-human-rights-law-un-experts-warn-in-special-intervention/>

71 El término "Global South" se refiere a países con bajos estándares de vida y altos niveles de pobreza, como son algunos países ubicados en África, Asia, Latinoamérica y el Caribe,

72 International Centre for Tax & Development. [2023]. A global minimum tax: is Pillar Two fair for developing countries. <https://www.ictd.ac/blog/global-minimum-tax-pillar-two-fair-developing-countries/>

68 Consejo Europeo de la Unión Europea. [2024] Lista de la UE de países y territorios no cooperadores a efectos fiscales. <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/eu-list-of-non-cooperative-jurisdictions/>

tencialmente contraproducente para países como Costa Rica y Uruguay, que atraen inversión extranjera directa en Latinoamérica, tienen democracias estables, y han sido ya objeto de presiones por parte de la Unión Europea, para que erosionen su sistema de renta territorial, en el nombre de la “cooperación fiscal”; lo que lejos de beneficiar a estos países más bien les menoscaba la posibilidad de ser parte de la competencia fiscal, que tanto ha perjudicado a los países desarrollados.

VII. Reflexiones finales

El Impuesto Mínimo Global y sus reglas de aplicación fueron concebidos a partir de la idea de obligar a las empresas multinacionales a tributar en alguna jurisdicción. No obstante, lejos de promover la equidad y justicia tributaria, estas reglas violentan la soberanía de los países en vías de desarrollo, en nombre de la “cooperación fiscal internacional”. Esta cooperación fiscal internacional, tienen un alto precio para los países de Latinoamérica, en particular países como Costa Rica y Uruguay, que han sido altamente atractivos para la inversión extranjera directa, por su estabilidad política y régimen tributario de territorialidad, por el que han sido compelidos por la Unión Europea a modificar su sistema de imposición, y a abandonar poco a poco su régimen tributario de territorialidad, so pena de seguir en la lista negra del Consejo de la Unión Europea.

Si bien es cierto la implementación del Impuesto Mínimo Global avanza de forma muy lenta en los países de Latinoamérica (sólo Colombia y Brasil lo han implementado), los retos económicos, las complejidades políticas e inclusive la potencial violación de los Derechos Humanos de las personas que habitan en estos países, dejan entrever que en una economía que se concibe como globalizada, siempre habrá quienes lleven la batuta. Así, de forma tácita los países desarrollados decidirán sobre los países en vías de desarrollo, generando una mayor brecha social, más desigualdad, menos oportuni-

dades para competir, todo en nombre de la “cooperación fiscal internacional”. El tiempo será el mejor juez que determinará que tan beneficioso o que tan perjudicial resultó ser esta reforma, o si al final los únicos ganadores fueron los países desarrollados.

VIII. Bibliografía

Alonso, C., Alascio, F., Manera, J. [2021] ‘Los paraísos fiscales, la competencia fiscal y la hipocresía de los Estos: un análisis crítico de la situación actual.’ Pp. 17.

Brokelind, C. [2024]. The ‘Pillar Two’ Global Minimum Tax. The scope of Pillar Two. 1st Ed. Pp. 84-103.

CERP. Bucci, M., Gesualdo M., Gonzalez Cабral, A., Hugger, F., O’Reilly, P. [2024] ‘How the global minimum tax changes the taxation of multinational companies?’ <https://cepr.org/voxeu/columns/how-global-minimum-tax-changes-taxation-multinational-companies>

Chaisse, J., Chand, V., Debelva, F., Hongler, P., Mosquera, I. [2023] ‘UTPR – Potential Conflicts with International Tax Law?’ taxnotes. <https://www.taxnotes.com/special-reports/digital-economy/utpr-potential-conflicts-international-law/2023/07/07/7gy40>

Cole, A. [2023]. Tax Foundation [2023]. ‘Why Does the UTPR Matter?’ Link: <https://taxfoundation.org/blog/utpr-pillar-two-us-tax-base/>

Council Directive (EU) 2022/2523 of December 14th, 2022 on ensuring the minimum level of taxation for multinational enterprise groups and large-scale domestic groups in the Union.

Dagan, T. GloBE: The potential costs of cooperations. [2023] Kluwer Law International. Pp. 12.

Dagan, T. [2000] ‘The Tax Treaties Myth’. Bar Ilan University Library. pp. 42.

De la Feria, R. [2024]. The ‘Pillar Two’ Global

Minimum Tax. The perceived (un) fairness of the Global Minimum Corporate Tax Rate. 1st Ed. Pp. 58-83.

Devereux, M. y Vella, J. [2024]. 'The impact of the Global Minimum Tax on Tax Competition'. *World Tax Journal*, 15.3, 323-278. Oxford University Centre for Business Taxation.

Englisch, J. [2023]. Pillar 2: QDMTT or Safe Harbour Minimum Top-Up Tax (SHDMTT)? *Kluwer International Tax Blog*:https://kluwertaxblog.com/2023/11/02/pillar-2-qdmtt-or-safe-harbour-domestic-minimum-top-up-tax-shdmtt/#_ftn5

Escribano, E. [2020]. 'The renaissance of the Benefit Principle for the 21st Century International Tax Reform'. SSRN. <https://ssrn.com/abstract=3771421> "El principio de beneficio es ampliamente reconocido como la justificación tradicional para la imposición de tributos".

Galendi Jr. R. [2023]. 'The justification and Structure of the GloBE Model Rules'. Universität zu Köln.

Hebous, S., Hillier, C., Mengistu, A. [2024] 'Deciphering the GloBE in a Low-Tax Jurisdiction'. *International Monetary Fund Working Papers*. Pp. 15.

Heitmüller, F. [2024]. 'The Subject-to-Tax Rule (STTR) which one to choose?'. *International Centre for Tax & Development*.

His Majesty (HM) Treasury Department. [2021]. Link: <https://www.gov.uk/government/news/g7-finance-ministers-agree-historic-global-tax-agreement>

IBFD. Das, R.R. [2024] 'Qualified Domestic Minimum Top-Up Tax: Should Developing Countries Adopt It?'. *Journal Article*, Vol. 78, N° 3.

Independent Commission for the Reform of International Corporate Taxation (ICRICT). [2024] La norma general de sujeción a impuestos. Una comparación de las versiones

de la OCDE y de la ONU.

International Centre for Tax & Development. [2023]. A global minimum tax: is Pillar Two fair for developing countries. <https://www.ictd.ac/blog/global-minimum-tax-pillar-two-fair-developing-countries/>

International Monetary Fund. [2023] 'International Corporate Tax Reform'. *International Monetary Fund Working Papers*. Pp. 15.

James, S. and Nobes, C. 'The Economics of Taxation'. [2014]. Ch 3, p. 101.

Lang, M. *Introduction to the Law of Double Conventions*. [2013] 2nd ed, pp. 30.

Medida Provisória Nº 1.262, de 3 de Outubro de 2024. Institui o Adicional da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido no processo de adaptação da legislação brasileira às Regras Globais Contra a Erosão da Base Tributária - Regras GloBE, e dá outras providências.

OECD [1998], 'BEPS. Action 5. Harmful Tax Practices', OECD Publishing, Paris, <https://www.oecd.org/en/topics/harmful-tax-practices.html>.

OECD [2021], 'Tax Challenges Arising from Digitalisation of the Economy – Global Anti-Base Erosion Model Rules (Pillar Two): Inclusive Framework on BEPS, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project', OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/782bac33-en>.

OECD [1998], 'Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue', OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/9789264162945-en>.

OECD [2023], Revenue impact of international tax reform better than expected: OECD, OECD Publishing, Paris, <https://www.oecd.org/en/about/news/press-releases/2023/01/revenue-impact-of-international-tax-reform-better-than-expected.html>.

OECD [1998], 'Tax Sparing: A Reconsideration', OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/>

g/10.1787/9789264162433-en.

Ruz-Hidalgo, H. [2022] 'Ley de Inversiones de Uruguay: política fiscal que muestra un des- empeño de interés para el estudio de Costa Rica'. Revista Nacional de Administración, UNED, Pp. 36.

Sepulveda, J. [2014]. 'Los sistemas de impues- to a la renta de América Latina y los conve- nios de doble imposición vigentes'. Revista de la Facultad de Derecho PUCP. Pp. 19.

Subrayado. [2021] Comunicado del Ministe- rio de Economía y Finanzas. 'La Unión Euro- pea pidió a Uruguay actualizar su régimen tributario para rentas en el exterior'. Enlace: <https://www.subrayado.com.uy/la-union-eu- ropea-pidio-uruguay-actualizar-su-regi- men-tributario-rentas-el-externo-n802353>

Tax Justice Network. [2024]. 'OECD tax refor- ms risk violating human rights law, UN experts warn in special intervention. <https://taxjusti- ce.net/press/oecd-tax-reforms-risk-violating- human-rights-law-un-experts-warn-in-special- intervention/>

UK Government (HMT and HRMC). Consulta- tion, OECD Pillar 2 – Consultation on Imple- mentation, p. 53.

Yonah, R. [2019] 'If Not Now, When? U.S. Tax Treaties with Latin America after TCJA. [Uni- versity of Michigan Law School Repository. p.53.

Zucman, G. 'The Hidden Wealth of Nations'. [2013] Ch 2, p. 34.

LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO Y GRUPOS DE INTERÉS ECONÓMICO.

Lifting the corporate veil and economic interest groups.

JOSEPH ANTONIO SANDÍ GAMBOA

- Doctorando en Derecho Comercial – Procesal Civil en la Universidad Escuela Libre de Derecho.
- Licenciado en Derecho de la Universidad Latina de Costa Rica.
- Especialista en Derecho Notarial y Registral de la Universidad de San José e incorporado a la Dirección Nacional de Notarial (DNN).
- Técnico en Dirección de Empresas en Frankfort Academy.
 - Autor de artículos en el ámbito jurídico.
 - Abogado litigante.

3



Levantamiento del velo societario y grupos de interés económico.

Lifting the corporate veil and economic interest groups.

Sumario.

I. Introducción. II. Exploración Temática. a. Fundamentos teóricos. b. Levantamiento del velo societario. c. Grupos de Interés Económico (GIE). d. Aplicación práctica. e. Análisis jurisprudencial. III. Conclusiones. IV. Bibliografía.

Summary.

I. Introduction II. Thematic Exploration a. Theoretical foundations. b. Lifting the corporate veil. c. Economic Interest Groups (EIG). d. Practical application. e. Jurisprudential analysis. III. Conclusions. IV. Bibliography.

Resumen.

Este artículo aborda el levantamiento del velo societario y los Grupos de Interés Económico (GIE) en el ámbito del Derecho Societario. Su objetivo principal es analizar la aplicación de estos conceptos para promover la transparencia en las relaciones comerciales y evitar abusos. Se empleó una metodología teórica-práctica que incluye la revisión de jurisprudencia y la presentación de casos hipotéticos. Los resultados destacan la importancia del principio de la buena fe y la teoría de la unidad de la empresa en la protección de derechos de terceros. Las conclusiones subrayan que la aplicación de estos conceptos es fundamental no solo en una rama del Derecho específica, sino también en otras áreas jurídicas como el Derecho laboral, familiar, comercial entre otros.

Palabras clave.

Levantamiento del velo societario, grupos de interés económico, buena fe, teoría de la unidad de la empresa, Derecho Societario, transparencia, abuso de personalidad jurídica, jurisprudencia, responsabilidad, relaciones comerciales.

Abstract.

The article addresses the lifting of the corporate veil and Economic Interest Groups (EIG) within the realm of corporate law. Its main objective is to analyze the application of these concepts to promote transparency in commercial relationships and prevent abuses. A theoretical-practical methodology was employed, which includes a review of judicial precedents and the presentation of hypothetical cases. The findings highlight the importance of the principle of good faith and the theory of the unity of the enterprise in protecting the rights of third parties. The conclusions emphasize that the application of these concepts is fundamental not only in a specific area of law but also in other legal fields such as labor, family, and commercial law, among others.

Keywords.

Lifting of the corporate veil, economic interest groups, good faith, theory of the unity of the enterprise, corporate law, transparency, abuse of legal personality, jurisprudence, liability, commercial relationships.

I. Introducción.

El objetivo de esta investigación es abordar

temas que adquieren especial relevancia en el ámbito del Derecho Societario, centrándose en el levantamiento del velo societario y los Grupos de Interés Económico (GIE). Desde sus inicios, estos temas están estrechamente relacionados con el Principio de la Buena Fe y la Teoría de la unidad de la empresa, analizando su aplicación en casos de abuso en determinadas situaciones jurídicas.

El alcance de este estudio incluye un análisis detallado de conceptos fundamentales, antecedentes y casos teórico-prácticos que ilustran su aplicación en situaciones reales. Se busca, además, examinar la definición, características y la responsabilidad de las sociedades miembros en el contexto de los GIE, así como los criterios utilizados para determinar su existencia, que pueden generar discusiones y distintas perspectivas.

Un aspecto relevante de la investigación es el examen del impacto del Principio de Primacía de la Realidad en casos laborales y su aplicabilidad en otras áreas del Derecho, resaltando su importancia en la interpretación de situaciones donde la forma jurídica puede no reflejar la verdadera naturaleza de las relaciones.

La metodología utilizada en esta investigación comprende un análisis jurisprudencial que destaca la influencia de estos principios en la toma de decisiones judiciales. Así, se adentra en la relevancia de aplicar el levantamiento del velo societario y las condiciones para identificar un Grupo de Interés Económico, enfatizando que el principio de Buena Fe puede ser un pilar fundamental en las relaciones jurídicas.

Siendo así, se explora cómo la Teoría de la unidad de la empresa puede trascender en la identificación de la verdadera unidad económica y de control, en este sentido, el levantamiento del velo societario es un tema central en esta investigación, considerado en profundidad junto con su concepto, antecedentes y el análisis correspondiente.

II. Exploración Temática.

En torno al levantamiento del velo societario, este acto puede constituir una herramienta legal que permita explorar verdaderamente la personalidad jurídica de una empresa y responsabilizar a quienes, finalmente, ostenten la calidad de socios, por cualquier acto que esta cometiere. Normalmente, se echa mano de esta herramienta cuando una empresa actúa de forma abusiva o presuntamente fraudulenta, en perjuicio de terceros.

Con alguna relación a esto, se tiene el tema de los Grupos de Interés Económico (en adelante también como GIE), y en los cuales se pueden encontrar agrupaciones de sociedades que actúan bajo una dirección única, por ello, se encuentra que tales sociedades del GIE pueden ser responsables de obligaciones, actos, deudas o cualquier otra situación jurídica del grupo.

La herramienta del levantamiento del velo societario y la determinación de GIE son herramientas para combatir el abuso empresarial y proteger a terceros, por ello, para su aplicación se requiere un análisis de hechos y del derecho aplicable, así las cosas, se desarrollan los siguientes títulos de interés.

a. Fundamentos teóricos.

Durante el desarrollo del presente artículo, se pretende explorar distintos fundamentos teóricos, pero inicialmente se presenta que, respecto al levantamiento del velo societario y de los Grupos de Interés Económico, las figuras permiten adentrar a conocer la personalidad jurídica de una sociedad y por ello es necesario saber del principio de la Buena Fe y de la Teoría de la unidad de la empresa, así como su aplicación en casos de abuso en distintas situaciones jurídicas.

1. Principio de la Buena Fe.

Es de conocimiento general, que el Derecho tiene la primacía y la exigencia de constante vigilancia sobre actuar con rectitud, honra-

dez y lealtad en las relaciones jurídicas. Por ello, en los asuntos que ocupan al presente artículo, se busca evitar que las personas jurídicas actúen de forma abusiva o fraudulenta en perjuicio de terceros.

De manera introductoria, pero necesaria, se presente el siguiente concepto de buena fe, según el Diccionario Usual del Poder Judicial de Costa Rica (2020):

“Principio general de derecho que entraña la descripción de un estado psicológico de rectitud y honradez. Comprende tanto la no ejecución de conductas contrarias a derecho —no defraudar, no falsear—, como la exigencia de actuar acorde a él, deber de diligencia, deber de cooperación. La buena fe es un concepto jurídico indeterminado. || Comportamiento adecuado a las expectativas de otro. || Creencia personal de que, al momento de adquirir un bien, la persona que lo está transfiriendo es dueño de él y puede traspasar el dominio. || En materia contractual, modo sincero, abierto y sin engaño, con el que se debe contratar. || Convicción de que lo que se hace está permitido o no es ilegal. || Convicción de que se hace algo o se posee alguna cosa con derecho legítimo. || Intención abierta o espontánea. || Ingenuidad. || Inexistencia de desconfianza.” (@Diccionario usual del Poder Judicial de Costa Rica, 2020)

Así las cosas, se deja ver que, el principio de la buena fe, es un estado rectitud y honradez que se refleja en las acciones de las personas, tanto físicas como jurídicas, y abarca diversos aspectos, desde evitar ciertas conductas ilícitas, hasta la vigilancia en el correcto actuar con diligencia y cooperación. En general, la buena fe es la base de un comportamiento ético y responsable que debe operar siempre entorno a las relaciones jurídicas, promoviendo la confianza y la justicia.

Esto será teoría fundamental para lo que, en secciones siguientes al presente trabajo se aborda; dado que en diversas situaciones jurídicas se pueden evidenciar actuaciones

contrarias a la buena fe, siendo una de esas, el abuso del derecho, a lo cual, la doctrina y la jurisprudencia han sido responsables en recordar y resolver, usando la teoría necesaria aplicable, que se puede reflejar en la siguiente cita de Soto (2001):

“(…) la Teoría del Abuso del Derecho no sólo tiene aplicación en aspectos de fondo, sino que también es extensiva al proceso lo cual evidencia su función orientadora sobre todo el Derecho. (...) tiene mayor valor el cumplimiento del principio de Buena Fe y los fines sociales perseguidos por el Derecho, que la mera apariencia o formalidad. Esto reafirma que el Derecho no debe aplicarse de forma meramente positivista o mecánica, sino que lleva consigo un elemento superior de moralidad y ética que no puede perderse de vista, por cuanto se desnaturalizaría la esencia misma del Derecho como instrumento garante de Justicia y Paz Social. Esta línea de pensamiento es la premisa para enfrentar situaciones problemáticas en las cuales el agente abusador se cierne a la formalidad o mera apariencia para pretender sobrepoderarla a las situaciones materiales que en realidad deber prevalecer sobre las primeras” (Soto, 2001, p. 238)

Lo anterior, sin perder de vista lo que constantemente sucede con la constitución de personas jurídicas para fines muy específicos y sin mayor cuidado a las afectaciones que pueda tener su actividad en contra de terceros, refleja que la aplicación mecánica del Derecho puede convertirlo en una herramienta fría e impersonal, que puede ser abusivo. Esto, en especial cercanía con la Teoría del Abuso del Derecho, cobra especial relevancia, pues invita a ir más allá de la literalidad de las normas y a buscar soluciones justas y equitativas en cada caso concreto.

2. Teoría de la unidad de la empresa y su aplicación en casos de abuso de situaciones jurídicas.

Desde un punto de vista amplio, la Teoría de la unidad de la empresa se encuentra estre-

chamente relacionado con los dos grandes temas que se desarrollan a lo largo de esta investigación, sean estos el levantamiento de velo societario y los Grupos de Interés Económico (GIE), dado que es un concepto que busca trascender la forma de las entidades para identificar la verdadera unidad económica y el control que les opera detrás. Por eso es que, esta teoría sostiene que es necesario considerar a todas las entidades relacionadas como una sola unidad empresarial, si se encuentran los criterios o características que las pueden unir, es decir, cuando se encuentra evidencia de que operan de manera conjunta.

Se debe entender que, la existencia de la Teoría de la unidad de la empresa, aplicada a determinado grupo de personas jurídicas, no hace por sí sola que tal grupo esté actuando abusivamente ante terceros, bien se puede hablar de unidades productivas que operan en un orden que mantiene su lógica empresarial y que funciona muy bien para su giro comercial, o simplemente, una manera de ordenar los principios, intereses y fines de una gran corporación.

Ahora bien, para el resorte de la presente investigación, se exploran las situaciones jurídicas donde la Teoría de la unidad de la empresa ostenta una búsqueda para evitar que las entidades utilicen una estructura legal de forma abusiva, sea para eludir responsabilidades, cometer fraudes o perjudicar a otros en distintas modalidades.

Resulta interesante ver que distintas fuentes doctrinales parecen enfocar el origen de la Teoría de la unidad de la empresa, desde una materia del Derecho específica: el Derecho Laboral, en donde, ciertas estructuras societarias han resultado, presuntamente abusivas. La siguiente cita ilustra un poco esa acotación, donde Echeverry (2022) menciona que:

“(…) propio del derecho laboral, que se establece con el fin de garantizar la transparencia en las operaciones empresariales y la

igualdad entre los trabajadores. Su importancia radica en que puede existir una situación en la que una empresa que tenga una posición económica fuerte se pretenda fraccionar artificialmente en varias compañías más pequeñas sin perder el control societario de las mismas, y ese fraccionamiento podría llevar a que una de las partes tenga una mejor posición económica que otra. Esto, a la luz del derecho de igualdad generaría eventualmente una afectación en las condiciones laborales de los trabajadores, por la existencia diferenciada de beneficios individuales o colectivos” (Echeverry, 2022)

Más adelante se puede ejemplificar que el abuso del derecho por estructuras societarias puede darse en numerosas materias del Derecho, aunque acá pareciera que la Teoría de la unidad de la empresa es un concepto desarrollado desde la materia del Derecho Laboral, sin perjuicio de la correlación que se pueda dar en otras situaciones, echando mano de su análisis doctrinal. Ahora bien, se encuentra una interesante correlación cuando se exploran las características de la Teoría de la unidad de la empresa, dado que, en lo que menciona Echeverry (2022), se puede extraer: (i) transparencia en las operaciones empresariales, (ii) igualdad entre los sujetos, (iii) protección de los derechos; que, aunque ya se dice que es enfocado a los derechos laborales, nada quita que también sean características aplicables a cualquier situación equivalente en alguna otra materia.

Entendiendo entonces, que la Teoría de la unidad de la empresa, encuentra lugar en la materia laboral, pero su contenido más puro, en situaciones de abuso, puede ser extensivo a situaciones jurídicas de otras materias, es que se puede encontrar ejemplos de tal aplicación como los siguientes:

1) En el **Derecho Comercial, de Obligaciones o Concursal**, puede ser relevante para determinar la responsabilidad de un grupo de empresas en una situación financiera difícil, sea porque están incumpliendo obligaciones contractuales, de crédito o que esa situación

los esté llevando a un proceso liquidatorio; y tiene relación porque todas esas entidades relacionadas, pueden valorarse como una sola unidad económica, para efectos de las responsabilidades aplicables.

2) En el **Derecho Tributario**, podría aplicarse por la concurrencia de elusión fiscal mediante la creación de estructuras empresariales complejas que buscan evadir impuestos, así las cosas, no muy distinto al ejemplo anterior, las autoridades fiscales podrían considerar a todas las entidades interconectadas como una única entidad para efectos de las responsabilidades tributarias que les pueda ser aplicables.

3) En el **Derecho Civil**, se pueden encontrar responsabilidades civiles, especialmente en situaciones donde varias entidades, aparentemente independientes, actúan en conjunto para cometer un acto en perjuicio de otro, pero, con la evidencia suficiente, se podría argumentar que todas las entidades forman parte de una única unidad económica y que deban responder por los daños ocasionados.

4) En el **Derecho de Familia**, podría aplicarse en situaciones donde se discute la distribución de bienes, en una determina situación de divorcio o separación judicial en trámite, en donde se compartieran negocios por medio de personas jurídicas en conjunto.

En fin, los ejemplos pueden ser varios y en variedad de situaciones jurídicas de diversas materias del Derecho, mismos que se intentarán rendir en secciones más adelante. Ahora bien, puede ser objeto de discusión, si se está en presencia de la aplicación de la teoría de la unidad de la empresa, a como la doctrina lo ha venido desarrollando, pero si no es ese el caso, se encuentra mucho sentido en la “concentración de la empresa”, concepto que también ha sido de análisis, y que al respecto se cita como: “la concentración alude a un proceso de modificación sustancial del poder de decisión económica de las empresas concentradas” (Castro, Po-

rras & Sittenfeld, 2007). Con este concepto de concentración de la empresa, se puede encontrar otra manera de denominar las situaciones jurídicas en las que un grupo de personas jurídicas, por algún presunto acto abusivo, requiera el levantamiento del velo societario, tema que se desarrolla seguidamente.

b. Levantamiento del velo societario.

Este concepto jurídico o instrumento, muchas veces procesal, permite observar más allá de la simple personalidad jurídica de una sociedad, para atribuir responsabilidades o derechos a individuos que la conforman o que ostentan su control internamente. De esta manera, en determinadas circunstancias, se puede considerar necesario levantar este telón, para evitar abusos, fraudes o situaciones que pongan en vulnerabilidad a otros, de modo que pueda determinarse la supuesta separación entre la persona jurídica y las personas físicas, en calidad de dueños o miembros, que se ha establecido para conculcar algún derecho de terceros o impedir la justa aplicación de las normas.

1. Concepto y antecedentes históricos

Para entrar a la **parte conceptual**, de inicio se merece conocer la definición a darle a la personalidad jurídica, entendiéndose a esta como la siguiente:

“(...) la personalidad jurídica es “la cualidad que tiene un ente de ser sujeto de derecho, centro de imputación normativa.” Gracias a la personalidad jurídica que se le atribuye a las sociedades, es posible que opere una separación del patrimonio de los socios y el de la compañía. Una sociedad se constituye con el fin de reunir esfuerzos de diferentes participantes por medio de sus aportes. Estos mismos van a delimitar su responsabilidad frente a las actividades que la sociedad realice. Con base en lo mencionado, es que se dice que no solamente se puede abusar de un derecho; también se puede abusar del “status” o de un conjunto de situaciones

jurídicas. Tal es el caso del abuso de la personalidad jurídica.’’ (Castro, Porras & Sittenfeld, 2009, p.56).

Entendiendo este concepto, se debe entrar a conocer otro concepto que es el abuso de la personalidad jurídica:

“(…) basada en interpretación de ciertas normas dentro de marcos regulatorios específicos y de la integración de los principios generales de la teoría del abuso del Derecho [3], el fraude de Ley, la buena fe, la protección de la confianza negocial y la responsabilidad por hechos ilícitos, en aquellos casos en que los remedios específicos previstos por el derecho general no sean suficientes para lograr el resultado de justicia que se persigue. De ahí que el Juez ante el hecho de que la persona jurídica sea utilizada para fines contrarios a Derecho, deba prescindir de la posición formal de aquélla y equiparar al socio y la sociedad para evitar la maniobra fraudulenta.’’ (Bonilla, 2021, PGR-OJ-165-2021, p.4)

Al pasar por el concepto de personalidad jurídica y su abuso, ahora se puede dar un concepto más integral al levantamiento del velo societario, para un mejor entendimiento; este se puede citar de conformidad con la jurisprudencia de la Sala Segunda de la Corte, mediante sentencia 110 de las 16:00 horas del 04 de febrero del 2000, que define el levantamiento del velo societario de la siguiente manera:

“(…) En procura de desatender las formas a que se recurre para esconder la realidad, doctrinariamente se han desarrollado varias teorías, todas con una única filosofía: romper el velo social, desentrañar la realidad y resolver los conflictos jurídico patrimoniales en estricta conformidad con esta última. De esas teorías, han destacado por su desarrollo doctrinario y aplicación, en términos generales, la del Abuso de la Personalidad abuso de derecho y en el campo particular del Derecho del Trabajo, la de la Primacía de la Realidad.’’ (Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, sentencia 110, 2000)

Con lo citado en esta parte conceptual, se entiende entonces que la personalidad jurídica ostenta la posibilidad de permitir separación del patrimonio entre sus socios y la compañía, definiendo responsabilidades según el ordenamiento jurídico y su pacto constitutivo como persona jurídica. Ahora bien, existe abuso de esta personalidad cuando se utilizan entidades para fines ilícitos o que, aun siendo lícitos, perjudican a terceros, lo que lleva al concepto de interés, del levantamiento del velo societario. Este levantamiento busca desentrañar la realidad detrás de las formas legales utilizadas, para evitar abusos y resolver conflictos patrimoniales, aplicando teorías como el abuso de derecho y la primacía de la realidad (esta última, aplicable al Derecho Laboral).

Para entrar a conocer los **antecedentes** del levantamiento del velo societario, desde ahora se expresan las dificultades de encontrar un tiempo y un lugar para estos, aun así, para iniciar con una percepción muy ampliamente general, el autor Monge (2020) expresa al respecto lo siguiente:

“La figura recibió particular impulso con las exploraciones colonizadoras emprendidas por España alrededor del siglo XV, donde la Corona, a fin de obtener financiamiento, limitaba la responsabilidad de quienes aportaban capital para las expediciones, exclusivamente a los bienes comprometidos para tales tareas. En este momento, su creación estaba marcada por un profundo interés público expansionista, más que en un afán privado de enriquecimiento. Fue hasta 1807 donde por primigenia ocasión, el primer Código de Comercio de la historia promulgado en Francia, consagró el contrato de sociedad, liberado de su vocación pública antecedente, para privilegiar la autonomía de la voluntad en el ejercicio de actividades negociales. En nuestros días, el concepto de sociedad anónima está fundado sobre dos pilares fundamentales, el de la personalidad jurídica y su derivado, el hermetismo patrimonial.

Aun cuando suele identificarse a la sociedad con la persona jurídica, este concepto

es de eclosión muy anterior. El instituto de la "personalidad" fue acuñado en el Derecho Romano, empero, su mayor desarrollo, específicamente en torno a la "personalidad jurídica", provino del movimiento conceptualista alemán, caracterizado por el afán de definir con rigurosidad los distintos conceptos jurídicos, desarrollado por los pandectistas del del siglo XIX, quienes con profundo celo procuraron demarcar sus linderos, adquiriendo, con algunos aportes que se hicieron luego, su configuración actual.

En el Derecho comercial, tal como hemos visto, también hay suficiente doctrina en torno a la personalidad jurídica. En el Derecho Romano no se encuentra una elaboración científica de un concepto para designar las especies de personas jurídicas. Cuando se referían a ellas los jurisconsultos utilizaban la expresión *personae vice fungitur*, porque en la vida jurídica ocupaban el lugar y cumplían funciones análogas a las personas físicas. Indiscriminadamente se utilizaba la expresión *universitas* para referirse a un concepto de individuos o a un conjunto de cosas. Al comenzar el siglo XIII la unión doméstica de capital y trabajo se presenta como simple comunión de hacienda, y prevalece para siempre el carácter familiar y mancomunado de las nacientes compañías. Debido a la necesidad de unir grandes capitales surgen los diferentes grupos societarios.

Por ello la doctrina mayoritaria y en particular la legislación costarricense asume la teoría de la naturaleza jurídica esbozada por Savigny. Señala este autor que la capacidad jurídica coincide con el concepto de hombre en particular, pero puede ser extendida a sujetos artificiales creados por simple ficción. Tal sujeto según esta teoría se llama persona jurídica. Subsistiendo solamente para un objeto jurídico. En ella se encuentra un nuevo sujeto de derecho, distinto del hombre particular. Por esto la persona jurídica se contrapone a la persona natural. Entiende la existencia de esta figura solo en virtud de este objeto.

Esta concepción coincide con la doctrina

del siglo XII y ha tenido hasta el siglo pasado indiscutible éxito. La persona jurídica es un sujeto creado artificialmente y capaz de tener propio patrimonio.' (Monge, 2020, pp. 278-279)

Resume este autor que, entonces, la evolución histórica de la figura debe remontarse al contexto de la sociedad anónima, con las exploraciones colonizadoras del siglo XV por el país español, posteriormente, con la promulgación del primer Código de Comercio en Francia en el año 1807, lo cual da pie para liberar el contrato de sociedad de su vocación pública inicial y priorizar autonomía de la voluntad en las actividades comerciales.

Es claro que, en la actualidad, y así lo deja ver el autor, que el concepto de sociedad anónima se fundamenta en la personalidad jurídica y cierto hermetismo patrimonial; pero eso solo brinda una noción inicial del levantamiento del velo societario, para lo cual es necesario explorar lo citado por otros autores tal y como lo desarrolla Morocho (2021), quien indica siguiente:

"Es pacífico afirmar que la figura del levantamiento del velo se originó como una práctica judicial, es decir, fue creada y aplicada de la mano de un juez, con todas las garantías propias de un proceso judicial. Sin embargo, conviene precisar que el sistema jurídico en el cual nació este mecanismo utilizado por los jueces, es el common law; sistema caracterizado por una "flexibilidad y adaptabilidad que en el sistema romano-germánico no poseemos" (Saavedra Gil, 2009, p.128), lo que, evidentemente, lo dota de un carácter empírico, más apegado a la evolución de los hechos y del caso en concreto (...) Todo ello, en consecuencia, supone que el levantamiento del velo, como institución jurídica, no es producto de un consenso legislativo (es decir, de un proceso en el que se extraen supuestos de hecho y consecuencias jurídicas que resuelvan un caso concreto), sino de la práctica judicial y del caso concreto.'" (Morocho, 2021, p.15)

Es difícil ubicar realmente un momento preciso, para situar las primeras manifestaciones que dan origen al levantamiento del velo societario, pero el desarrollo de ciertos autores apunta que solo surgió como una práctica judicial en el sistema jurídico, y lo ubican en las prácticas del *common law*. Se puede decir entonces, que esta figura fue creada y aplicada por los jueces, sin una norma expresa, lo que lo diferencia de los sistemas romano-germánicos, como lo es el costarricense; pues en el caso del *common law*, los jueces tienen la facultad de crear el derecho y recurrir a la equidad, convirtiéndola en un principio superior para aplicar la doctrina del velo societario, cosa que no ocurre en un sistema jurídico como el de Costa Rica. Aun así, esta institución se ha integrado en la ciencia del Derecho, siendo reconocida en diferentes jurisdicciones y sistemas legales como una herramienta para detectar la realidad oculta detrás de una entidad jurídica o un grupo de estas entidades, a fin de atribuir responsabilidades en casos de fraude, actos ilícitos o abusos en general.

2. Jurisprudencia relacionada con el levantamiento del velo societario

Es dable que la jurisprudencia sea fundamental en el desarrollo de temas tan amplios de discusión como lo es el levantamiento del velo societario, el cual, es el resultado del abuso de la personalidad jurídica, como se estudiaba en párrafos anteriores. Entonces, se puede observar que diversos sistemas jurídicos, como el costarricense, basan precedentes jurisprudenciales, en aplicación de la doctrina en relación con el tema del levantamiento del velo societario, pero no cabe duda que enfrentan desafíos al justificar su inclusión, razón de que el sistema aplicable a menudo, hace prevalecer las normas positivas.

Esta consideración, desde sus antecedentes hasta la aplicación del levantamiento del velo societario, presenta diversas aristas, mismas que el Tribunal de Familia, a través de la sentencia 237 de las 11:22 horas del 19 de

marzo de 2013, desarrolla ampliamente de la siguiente manera:

“VI.- Como se apuntó, la doctrina del levantamiento del velo, también estudiada como abuso de la personalidad jurídica, abuso de personificación o desestimación de la personalidad jurídica, tuvo su origen en un sistema jurídico cuyo remozamiento está basado en precedentes jurisprudenciales, emitidos por tribunales de equidad. De ahí que al procurar aplicarla en un sistema de origen romanista como el costarricense, las dificultades a zanjar son múltiples, sobre todo al intentar justificar su inclusión por medio de la jurisprudencia, basándose en criterios axiológicos de difícil delimitación y escasa intersubjetividad como la justicia, que se privilegia sobre las normas positivas. En la mayoría de los ordenamientos, ante el vacío legal existente, se adolece de parámetros o lineamientos claros para levantar el velo, por lo cual, a la postre, es la autoridad judicial, que enarbolando su libre arbitrio y guiada por su propio concepto de justicia, decide casuísticamente las circunstancias para hacerlo. Con el fin de evitar la arbitrariedad dado los riesgos que ello supone, algunos han recogido el instituto en diversas disposiciones legales, tal es el caso de Argentina, Uruguay y República Dominicana. No ha sucedido lo mismo con la legislación española, que ha dejado a la jurisprudencia la definición de sus linderos. En el derecho positivo costarricense no existe canon expreso que autorice el desconocimiento de la personalidad jurídica de la sociedad mercantil, ni la separación patrimonial que le asiste. Esa ausencia de norma legal escrita obliga a integrar adecuadamente el ordenamiento vigente. En primer lugar, es preciso tener en cuenta que, al tenor de lo previsto en el ordinal 41 de la Constitución Política, “Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerseles justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes.” Y, aun cuando es posible que, en virtud de ese precepto, podría estimarse que los tribunales

deben resolver las controversias sometidas a su conocimiento con base en textos legales expresos, no cabe olvidar que "(...) tienen el deber inexcusable de resolver, en todo caso, los asuntos que conozcan, para lo que se atenderán [sic] al sistema de fuentes establecido." (Artículo 6 del Código Civil). En idéntico sentido, los párrafos segundo, tercero y cuarto del numeral 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial prevé que "Los tribunales no podrán excusarse de ejercer su autoridad o de fallar en los asuntos de su competencia por falta de norma que aplicar y deberán hacerlo de conformidad con las normas escritas y no escritas del ordenamiento, según la escala jerárquica de sus fuentes. / Los principios generales del Derecho y la Jurisprudencia servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito y tendrán el rango de la norma que interpreten, integren o delimiten. Cuando se trate de suplir la ausencia y no la insuficiencia de las disposiciones que regulen una materia, dichas fuentes tendrán rango de ley. / Los usos y costumbres tendrán carácter supletorio del Derecho escrito." (...) Por consiguiente, del elenco normativo citado se deriva que la equidad no puede ser el fundamento jurídico de la doctrina del levantamiento del velo social, porque supondría una negación abierta de disposiciones expresas que, por mandato constitucional y legal, deben ser aplicadas en primer término. Sin embargo, ello no quiere decir que no pueda tener vigencia en Costa Rica. Dos institutos permiten hacerlo. Por un lado, la teoría del abuso del derecho y, por otro, la del fraude de ley, recogidas, por su orden, en los artículos 22 y 20 del Código Civil, (...) Ahora bien, la posibilidad legal que tienen los sujetos con capacidad jurídica, de constituir sociedades o formar parte de ellas, es manifestación concreta de las libertades fundamentales de asociación y de comercio, reconocidas, entre otros, en los artículos 25 y 46 de la Constitución Política. Por eso, no es dable presumir que abuse de su derecho quien, en ejercicio de ellas, cree o forme parte de sociedades mercantiles. Sin embargo, si lo hace con el propósito de ocultar o distraer

su patrimonio, indudablemente tergiversa los fines en función de los cuales se reconocen como derechos fundamentales y, por ello, a pesar de su apariencia de legalidad, constituye un ejercicio antisocial del derecho, ante lo cual no puede asumirse una actitud complaciente y desconocer los abusos que bajo el amparo de la entelequia jurídica societaria se constaten. El acto abusivo lo constituye tanto la acción como la omisión, en cuanto resulten contrarias o desviadas del destino o de la función económico-social del derecho o sobrepasen manifiestamente los límites normales de su ejercicio —ejercicio abusivo o antisocial—. Si, además, esos intereses inconfesables causan daños materiales o morales a terceros, no solo no pueden encontrar amparo legal, sino que obligan a repararlos y a disponer las medidas que impidan la persistencia en el abuso. El acto abusivo es una especie del género de los hechos ilícitos (artículo 632 del Código Civil), cuya conceptualización, como se infiere de lo indicado, no se agota en lo meramente formal; es decir, lo contrario a la ley escrita, sino que abarca una noción material de ilicitud. Su principal efecto jurídico es el deber de reparar el menoscabo causado. El fraude de derecho opera, por lo general, al margen de toda relación de reciprocidad y supone una infracción encubierta de la ley, realizada bajo la apariencia de licitud. Supone la existencia de dos normas: la de cobertura, que dota de apariencia legítima a un determinado acto jurídico, que, en realidad, pretende evadir las consecuencias o efectos de la otra, la defraudada. Tiene en común con el abuso del derecho, que la intención es obtener un resultado contrario al ordenamiento, disfrazando el acto o negocio de juridicidad, gracias a alguna disposición legal. Pero, a diferencia de aquel, no requiere la comisión de un daño concreto, la demostración de la voluntad de dañar a un tercero o que quien lo comete sea titular de un derecho subjetivo. Así las cosas, basta con acreditar el interés de eludir el cumplimiento del ordenamiento jurídico, en alguna de sus disposiciones específicas. Entre muchas otras hipótesis, existe fraude de ley tanto cuando la norma de cobertura

no confiere una protección completa y perfecta para quien se ampara en ella, como cuando se elude la realmente aplicable, adoptando la vestidura de una figura jurídica regulada por otra que responde a finalidad distinta. Tanto la teoría del abuso de derecho como la del fraude de ley encuentran su fuente primigenia en el principio de buena fe, recogido, entre otros preceptos, en el 21 del Código Civil, que debe inspirar el ejercicio de todos los derechos (...)” (Tribunal de Familia, Sentencia 237, 2013)

La extensa cita anterior, aborda con mucho sentido, puntos de especial relevancia en el tema del levantamiento del velo societario, mismo que se permiten en resumir de la siguiente manera:

Antecedentes doctrinales: En sección anterior, se hacía referencia a que la doctrina del levantamiento del velo societario y el abuso de la personalidad jurídica se origina en sistemas jurídicos basados en precedentes jurisprudenciales, como lo es el *common law*, pues en la anterior cita jurisprudencial también se señala de esa manera.

Dificultades en la aplicación del Derecho costarricense y aplicación de las fuentes: Entendiendo que el sistema del Derecho costarricense, predomina la norma positiva, la aplicación de esta doctrina presenta dificultades al intentar justificar su inclusión basándose en criterios axiológicos como la justicia y la equidad, en ausencia de norma escrita que regule el levantamiento del velo societario. Sin embargo, como bien lo apunta la cita, los Tribunales deben resolver, respondiendo a lo regulado en el artículo 41 de la Constitución Política, de manera que, inexcusablemente, los administradores de justicia deben emitir su resolución como una manifestación de su deber y potestad, pudiendo hacerlo, en ausencia de norma escrita, con el orden de fuentes establecido.

Abuso de la personalidad jurídica: Aunque se ostente con la posibilidad legal de constituir sociedades como una manifestación

de las libertades fundamentales de asociación y comercio, nada justifica los actos de abusar de este derecho, pues hacerlo será un ejercicio antisocial del mismo. Por ello, si se constata un fraude o encubrimiento, esto será operar al margen de la reciprocidad y supone una infracción encubierta de la ley, realizada bajo la apariencia de legalidad, con la intención de evadir las responsabilidades ante terceros o de la misma norma escrita. Se merece recordar que el fundamento es la Buena Fe, de manera que el ejercicio de los derechos debe inspirarse según el artículo 21 del Código Civil, que reza: “Los derechos deberán ejercitarse conforme con las exigencias de la buena fe” (Código Civil, art.21). Por ello, quien abuse de derecho o cometa fraude de ley, deberá reparar cualquier menoscabo ocasionado.

Para apreciar la aplicación del levantamiento del velo societario, en sus manifestaciones más claras, se permite citar el desarrollo realizado por la jurisprudencia del Tribunal de Familia, mediante sentencia 477 de las 11:02 horas del 12 de junio de 2014, que dice:

“La doctrina del levantamiento del velo social permite penetrar tras la formalidad jurídica de la sociedad, a efecto de verificar quién o quiénes se “ocultan” tras el velo de la personalidad jurídica. En caso de constatar que se haya dado un mal uso de la persona jurídica, con el fin de defraudar a terceros, se puede prescindir de los efectos de la personalidad jurídica y decretar que el patrimonio social, en realidad, es de la persona o personas que se ampararon tras los beneficios del dogma de la separación de patrimonios y de personalidad jurídica en general.

La doctrina del levantamiento del velo social, también conocida como disregard of the legal entity o inoponibilidad de la personalidad jurídica, entre otras acepciones, tiene su origen en la jurisprudencia anglosajona y se difundió en el mundo jurídico romano germánico gracias a la obra del profesor alemán Rolf Serick, llamada “Rechtsform und Realitat juristischer Personen” (“Apariencias

y Realidad en las Sociedades Mercantiles”), traducida al español por José Puig Brutau. En dicho libro, Serick plantea cuatro proposiciones básicas fundamentales frente a las cuales se puede aplicar la doctrina del levantamiento del velo social. Sobre las mismas, se ha dicho lo siguiente:

i. “Si la estructura formal de la persona jurídica se utiliza de manera abusiva, el juez podrá descartarla para que fracase el resultado contrario a Derecho que se persigue, para lo cual prescindirá de la regla fundamental que establece una radical separación entre la sociedad y los socios”: Evidentemente, se debe entender que el abuso ha sido cometido por una o varias personas que dominan plenamente la persona jurídica y que el fin perseguido por ellas es antijurídico. La determinación de ello es de carácter casuístico.

ii. “No basta alegar que si no se descarta la forma de la persona jurídica no podrá lograrse la finalidad de la norma o de un negocio jurídico. Sin embargo, cuando se trate de la eficacia de una norma de Derecho de Sociedades de valor tan fundamental que no deba encontrar obstáculos ni de manera indirecta, la regla formulada en el párrafo anterior debe sufrir una excepción”: En otras palabras, para descartar la forma de la persona jurídica hay que establecer, en el caso concreto, el valor y trascendencia de la norma que se está viendo violentada o incumplida, ya que no todas tienen la misma importancia. Es labor del juzgador(a) interpretar el espíritu de la norma y la voluntad teleológica del legislador.

iii. “Las normas que se fundan en cualidades o capacidades humanas o que consideran valores humanos también deben aplicarse a las personas jurídicas cuando la finalidad de la norma corresponda a esta clase de personas”: Esta proposición implica que la persona jurídica es un sujeto de Derecho equiparable al ser humano, en términos de cumplir obligaciones. Obviamente, siempre habrá que realizar la ponderación concreta de cada caso para concluir si la norma en cuestión

se puede aplicar a la persona jurídica de la misma forma que se previó para la persona física.

iv. “Si la forma de la persona jurídica se utiliza para ocultar que de hecho existe identidad entre las personas que intervienen en un acto determinado, podrá quedar descartada la forma de dicha persona cuando la norma que se deba aplicar presuponga que la identidad o diversidad de los sujetos interesados no es puramente nominal sino verdaderamente efectiva”: La penetración se puede dar cuando se interprete que el legislador previó una diversidad real, o sea no simplemente formal y el hecho de la identidad o diversidad tenga importancia por las diferentes consecuencias que se deriven de dicha situación. Si se deduce que la identidad o diversidad traerían consigo efectos trascendentes, operaría la penetración.

En términos generales Serick fue el impulsor de la doctrina del levantamiento del velo social en la Europa continental y de forma indirecta en Latinoamérica. Sus aportes vinieron a eliminar la discusión sobre la necesidad de modificar el concepto de persona jurídica, ya que gracias a sus ideas lo único que se debe cuestionar es dentro de cuáles límites se aplica la doctrina” (énfasis suplido) (Soto Castro, Rolando. La aplicación de la doctrina del levantamiento del velo social, como reflejo del cumplimiento de los derechos humanos de la mujer, dentro del régimen patrimonial de la familia. Tesis doctoral. UNED. 2013. páginas 169 y 170)” (Tribunal de Familia, Sentencia 477, 2014)

Para ser enfático en los puntos abordados por esta cita jurisprudencial, se permite señalar lo siguiente, para un mejor entendimiento:

Origen y fundamentos según los aportes doctrinales: surgió primeramente en la jurisprudencia anglosajona, para posteriormente difundirse en los sistemas jurídicos de origen romano-germánico, en especial porque el autor Serick, hace proposiciones fundamentales para aplicar la doctrina del levantamiento del velo social; en la cual su

contribución se puede resumir de la siguiente manera: i) eliminación de la discusión sobre modificar el concepto de persona jurídica; ii) enfoque en los límites de aplicación de la doctrina del levantamiento del velo social.

Consideraciones para su aplicación: se pueden determinar varias formas o consideraciones para aplicar el levantamiento del velo societario, pero diversos autores coinciden en los siguientes criterios: i) presunción de un abuso de la estructura formal de la persona jurídica; ii) valor y trascendencia de la norma incumplida; iii) aplicación de normas basadas en cualidades humanas a personas jurídicas; iv) ocultamiento de identidad real entre personas involucradas en determinado acto.

3. Casos prácticos de aplicación del levantamiento del velo societario

En esta sección de casos prácticos, se ofrecen algunos ejemplos generales, de situaciones en las cuales se ha considerado necesario levantar el velo societario, aun así, no se realiza un enfoque teórico-práctico, a fin de sustanciar las justificaciones que dan lugar al uso de esta herramienta.

Caso de abuso de la sociedad anónima: Como ya se ha señalado, la práctica de abusar de la personalidad jurídica corresponde a utilizar inapropiadamente las diversas estructuras societarias; tal y como lo expone el caso de la siguiente cita, donde habla de un uso abusivo con la sociedad anónima. En este contexto, la jurisprudencia habla de llevar a cabo el levantamiento del velo social, de la siguiente forma:

“(…) XII. En virtud de las diferentes formas de organización empresarial desarrolladas en el derecho contemporáneo se ha elaborado la teoría del abuso de la personalidad jurídica. El tratamiento básico del tema ha encontrado terreno fértil ante la utilización inapropiada de los diferentes esquemas societario y en particular el de la sociedad anónima. El análisis de este tema parte del

estudio de los límites y responsabilidad de la personalidad jurídica. Es así como se cambia el propósito para el cual fue creada la figura de la persona jurídica ya analizada en considerandos anteriores. La doctrina ha entrelazado conceptos básicos para el desarrollo de este tema. Acepta la unión de empresas con un fin económico. Pero rechaza de manera radical las uniones aparentes no regidas la buena fe. Solo son objeto de límites las uniones con ánimo de afectar las relaciones con terceros, o las realizadas específicamente para cometer un fraude. Al conjugarse la apariencia y la mala fe se ha considerado necesario dar un tratamiento en miras a proteger a los terceros. Básicamente se ha desarrollado a nivel jurisprudencial en el derecho comparado. Se inicia en el derecho anglosajón por medio del estudio del derecho de equidad. Se denomina la teoría del levantamiento del velo social.” (Tribunal de Familia, Sentencia 455, 2014)

En resumen, **lo que sucedió en este caso**, es que se llevó a cabo un proceso entre la parte “actora X” y la parte “demandada V”, en donde la “actora X” solicitó separación judicial, sin embargo, la “demandada V”, era representante legal de varias empresas, por lo que la “actora X” solicitó el levantamiento del velo social, dado que tal solicitud estaba relacionada con la idea de que el patrimonio de la “demandada V” y el de las empresas que representaba estaban confundidos en uno solo. Sin embargo, la litis consorcio pasivo necesario fue rechazada, y se indicó que temas como el levantamiento del velo social serían resueltos en sentencia; de tal manera se lleva a cabo un inventario de bienes, se presentaron recursos de apelación por parte de los representantes legales de las empresas demandadas. El Tribunal de Familia rechaza la defensa de litis consorcio pasivo necesario y no se hace el levantamiento de velo social.

Caso de relación laboral en supuesto del “socio-trabajador”: Ya se ha tenido la oportunidad de mencionar la gran variedad de situaciones en las que, el levantamiento del

velo social resulta un medio para determinar ciertas situaciones de abuso. En este caso, de materia laboral, la jurisprudencia emitida por el Tribunal de Trabajo, Sección IV, mediante sentencia 171 de las 19:20 horas del 14 de marzo de 2008, expone:

“(…) 3) El trabajo de los accionistas o partícipes importantes de una sociedad familiar o de reducidas dimensiones, que es donde se ubican los casos frontera, y al respecto señala que “la figura del socio empleado plantea problemas de calificación cuando se trata de sociedades de propiedad familiar y/o cuando la participación en las acciones de la sociedad es elevada.” Ahora bien, en este ámbito, la doctrina ha elaborado distintos criterios que ayudan a establecer si en un caso concreto se presenta o no trabajo subordinado, o si la prestación se enmarca dentro de una relación meramente societaria, siendo necesario “una indagación que vaya más allá de la apariencia jurídica sobre si efectivamente existe o no verdadera ajenidad en la prestación de trabajo…” y que “En estos supuestos en que es cuestionable la concurrencia de la nota de ajenidad con vendrá levantar el velo de la sociedad para apreciar la efectividad de las relaciones subyacentes, habiendo de estarse al resultado de esta indagación.” De manera general, Martín Valverde apunta que la calificación del vínculo se ha de determinar a la luz de factores como el tipo de sociedad, la clase de aporte y la cuota de participación en las acciones.” (Tribunal de Trabajo Sección IV, Sentencia 171, 2008)

En resumen, **lo que sucedió en este caso**, es que se destaca la importancia del levantamiento del velo societario para determinar si existen los elementos de relación laboral, en razón de un socio frente a la sociedad, por presuntamente ostentar verdaderamente subordinación o simplemente relación societaria. Hace referencia a que, en situaciones donde la ajenidad en la prestación de trabajo es cuestionable, es necesario indagar a profundidad dentro de la apariencia jurídica, por ello, enfatiza que el levantamiento

del velo societario es crucial para apreciar la efectividad de la relación y si se cumplen los elementos para lograr encontrar una relación laboral en este caso.

Rindiendo estos ejemplos prácticos del levantamiento del velo societario, en donde, el primero es de materia de Derecho de Familia y, el segundo del Derecho Laboral, se hace ver que este instrumento no es ajeno a otras materias, de modo que puede ser relevante en diversas áreas del Derecho. Siendo que ya se hizo referencia a esto en secciones anteriores, es necesario enfatizar algunos ejemplos generales, los cuales pueden ser:

- **En Derecho Comercial:** en situaciones donde se busca determinar la responsabilidad de una sociedad, como lo puede ser una “casa matriz” sobre las acciones de sus subsidiarias.

- **En Derecho Tributario:** para evitar el uso de estructuras societarias con el fin de eludir obligaciones fiscales o, a todas luces, evadir impuestos.

- **En Derecho Civil:** en casos de abuso de la personalidad jurídica porque se logra ver que una sociedad comete fraudes y/o evadir responsabilidades, afectando a terceros.

- **Específicamente en Derecho Societario:** en virtud de que es recurrente encontrar abusos o conductas evasivas de responsabilidad, de tal manera, el instituto existe para determinar tal responsabilidad de los socios o accionistas en situaciones de abuso o fraude.

- **En Derecho Concursal:** en donde se ven casos de situaciones financieras difíciles o procesos concursales ya entablados, en donde pueden concurrir grupos de interés económico.

Al respecto de este último ejemplo general, es necesario pasar al siguiente gran tema a desarrollar dentro de este artículo.

c. Grupos de Interés Económico (GIE)

Cuando se encuentran estructuras empresariales conformadas por varias entidades, en donde cada una de esas entidades, conservan su autonomía jurídica, pero se denota la coordinación de esfuerzos y el uso compartido de recursos, el presente tema toma lugar.

Los GIE son frecuentemente usados en el ámbito comercial y en las organizaciones empresariales con cierto potencial, sin embargo, debido a su complejidad, es necesario entrar a estudiar su actividad para prevenir abusos en determinadas situaciones jurídicas en las que puedan concurrir.

1. Definición de los GIE.

Entrando a conocer una definición de GIE, se presenta el siguiente concepto doctrinal:

“El concepto de GIE responde al concepto de concentración de diversas empresas. En la mayoría de los casos, se presenta en el mundo jurídico a través del esquema de grupo de sociedades, las cuales operan en la misma actividad o como parte de un ciclo productivo. Para Azzini, su formación es el instrumento mediante el cual diversas empresas pueden integrarse en un complejo unitario, o bien el medio por el que una empresa puede transformarse confiriendo independencia formal a algunos sectores.” (Castro, Porras & Sittenfeld, 2009, p.52)

Este concepto denota que, la noción tradicional de grupos de sociedades como entidades consolidadas que operan en conjunto, es entendida como un GIE, pero se puede desafiar esa visión al proponer una integración más flexible y dinámica de diversas empresas. Por lo que, el GIE se puede presentar como un mecanismo que permite a las empresas mantener su independencia formal, mientras al mismo tiempo, colaboran en áreas específicas, fomentando así una mayor agilidad y adaptabilidad en un entorno empresarial, así las cosas, esta interpretación del GIE como una red colaborativa y adaptable, exige que se entre a entender las estructuras tradicionales de los grupos de so-

ciudades, abriendo posibilidades a que sus fines no sean tan nobles como se presentan.

2. Responsabilidad de las sociedades miembros del GIE.

En el contexto de los GIE, para una determinación de la responsabilidad de las sociedades que lo integran, podrá considerarse conjunta; antes atendiendo a la evidencia de una dirección unitaria o unificada, en donde puedan concurrir decisiones y se tome en función un interés global del GIE. La pregunta a plantear es: ¿Qué elementos son suficientes para evidenciar esa dirección unitaria? Los autores Castro, Porras & Sittenfeld, (2009) concluyen lo siguiente:

“La finalidad conjunta que direcciona el actuar de los miembros, junto con otros indicios como el uso común de inmuebles, edificaciones y nombre comercial, entre otras, para obtener ganancias han sido criterios de reciente uso por parte de la Sala Primera para determinar que se está ante un GIE y que por lo tanto todos sus integrantes pueden considerarse como partes demandadas” (Castro, Porras & Sittenfeld, 2009, p.52)

Pareciera entonces, que el criterio es utilizar ciertos indicios como: su ubicación física, en oficinas o zona empresariales donde se situen varias de las empresas del grupo, así como su nombre frente a terceros, incluso, en los usos modernos de las tecnologías, podría hablarse de su publicidad y marketing por medio de redes sociales, página web, etcétera, o al menos, eso se puede interpretar de la cita anterior, en donde se le da lugar al criterio jurisprudencial de la Sala Primera de la Corte Primera de Justicia. Además, se hace especial observancia de que esos sean criterios para que las personas jurídicas del GIE se constituyan como demandadas en un eventual proceso.

Por lo que, en el contexto de la responsabilidad, se puede ahondar un poco más en esos criterios jurisprudenciales, como es el del Tribunal Segundo Civil, Sección Primera

(2014) que dicta:

“Lo anterior implica, que con independencia de la existencia o inexistencia del grupo, cada empresa responde autónomamente de sus obligaciones. Claro está, que esta regla se quiebra, cuando se logra acreditar el uso, fraudulento, abusivo o doloso de la personalidad jurídica, a fin de evadir responsabilidades jurídicas, supuesto en los que sí es posible proceder a ‘rasgar el velo’ societario y declarar la comunicación de las responsabilidades de las empresas del grupo” (Tribunal Segundo Civil Sección Primera, Sentencia 131, 2014)

En la anterior cita de la jurisprudencia, se puede encontrar otro elemento de especial relevancia para determinar la responsabilidad de todos los que integren el GIE, pues entonces, la autonomía de las personas dentro del grupo se respetará, en el tanto, no sea manifiesto el uso de fraude y/o abuso de la personalidad jurídica, justamente con el fin de evadir responsabilidades, haciendo proceder el tema anterior del levantamiento del velo societario.

3. Características y criterios para determinar la existencia de un GIE.

Ahora bien, según lo desarrollado en el subtítulo anterior de la responsabilidad de las sociedades miembros del GIE, se encuentra necesario reunir esas características y criterios de determinación de existencia de un GIE, entrando a conocer cuando puede ser abusivo y encontrándose en algún punto con la necesidad de proceder con el levantamiento del velo societario.

Anticipando lo anterior, se presentan las siguientes referencias de las características desarrolladas por las autoras Castro, Porras & Sittenfeld (2009), en donde se cita textualmente los títulos que las mencionadas autoras dan a estas características y criterios, además de algunas citas de las atinadas ideas que definen cada una:

a) “Dirección unitaria de la empresa”

Refieren las mencionadas autoras, que este elemento puede ser clave para constatar la existencia del GIE, para ello definen lo siguiente:

“La unidad en administración puede evidenciarse con la presencia de relaciones de dominio o control que ejerce una sociedad controlante sobre otras. También, se refleja con la emisión de directrices o políticas de un ente hacia otro u otros que tengan como propósito dirigir o direccionar el comportamiento de las sociedades parte hacia la obtención de un interés general colectivo. Este interés trasciende la personería jurídica de cada una de las dominadas e inclusive la de la sociedad controladora que emite las directrices.” (Castro, Porras & Sittenfeld, 2009, p.52)

Esto destaca la importancia de la unidad en la administración de las sociedades que, presuntamente se encuentra dentro del GIE, evidenciando las relaciones de dominio y control en la toma de decisiones y en el norte de comportamientos hacia la consecución de un interés colectivo.

b) “Principio de Supremacía de Interés del Grupo”

Estrechamente relacionado con lo anterior, se encuentra que el GIE se mueve para fines en común, por ello las citadas autoras expresan:

“La finalidad conjunta que direcciona el actuar de los miembros, junto con otros indicios como el uso común de inmuebles, edificaciones y nombre comercial, entre otras, para obtener ganancias han sido criterios de reciente uso por parte de la Sala Primera para determinar que se está ante un GIE y que por lo tanto todos sus integrantes pueden considerarse como partes demandadas.” (Castro, Porras & Sittenfeld, 2009, p.53)

c) “La participación recíproca o controlante

del capital de los miembros”

Para que tenga mayor sentido, las autoras dejan ver que el capital de las entidades que compone el GIE manifiesta un control directo, en sus palabras expresan:

“(…) la presencia de un GIE se manifiesta por el control accionario que una persona o sociedad ostenta sobre el capital de sus miembros. Es importante que la participación del ente controlador permita imponer sus directrices. No es posible guiarse por un porcentaje fijo de tenencia accionaria ya que el poder de control en el capital depende de la composición accionaria. El control debe considerarse según la potestad efectiva de imponer decisiones sobre el rumbo de la sociedad subordinada. Para la Sala Primera, la unidad o participación recíproca en el capital de diversas personas jurídicas es muy importante para detectar entre ellas la existencia de un GIE.” (Castro, Porrás & Sittenfeld, 2009, p.54)

De la anterior cita, se extrae un elemento muy importante, el cual es la participación accionaria o societaria dentro del capital social de las personas jurídicas que componen el supuesto GIE; a esto no se le puede dar una decisión muy apresurada, pues se debe discutir el porcentaje que deba suponer control o no, para determinar la autonomía de cierta sociedad y si forma parte o no del GIE, para lo cual, no se cuenta con norma escrita más allá del desarrollo jurisprudencial.

Aun con las desarrolladas ideas de las autoras anteriores, vale la pena explorar los planteamientos que hacen los autores Jorge Badilla y Antonio Villalobos (2024) en su presentación de *powerpoint* de Grupos de Interés Económico, entorno a las características de los GIE:

“El GIE es una de las formas de concentración económica, concepto que es económico y no jurídico. Conlleva una vinculación entre sus miembros haciendo que sean considerados como grupo, esta puede ir desde

la participación económica en el capital social, hasta la similitud de personas que ejercen la administración.

La doctrina coincide en que es necesaria la confluencia de una serie de elementos: a) una relación de dependencia o control societario y b) una dirección unitaria o unificada de la empresa.

La característica más importante es el ejercicio del poder de decisión a través de una unidad de decisión, de forma que debe existir siempre unidad de decisión. Se ha visto como la posibilidad de ejercer influencia sobre la actuación del resto de las sociedades. Para determinar la existencia de un GIE cobra importancia lo que la doctrina ha definido como “Principio de Supremacía de Interés del Grupo” (Badilla & Villalobos, 2024)

Un punto de partida importante, al intentar caracterizar el GIE, es que este tiene una justificación más económica que jurídica, lo cual, no logra comprenderse plenamente desde el punto de vista legal, porque lo que se ha pretendido en el desarrollo, es buscar las responsabilidades jurídicas cuando este existe, lo cual no es correcto porque no siempre se estará ante un actuar abusivo o anti-jurídico en cualquier sentido, sino, en una forma de organización empresarial por varias personas jurídicas.

d. Aplicación práctica.

A esta altura de la presente investigación, se puede observar que el Derecho mercantil moderno, está constantemente en evolución, y por las numerosas citas jurisprudenciales supra citadas, se pueden ver esfuerzos en plantear mecanismos jurídicos para combatir el abuso del derecho, el fraude y la evasión fiscal.

Dentro de los temas que acá ocupan, se han visto los mecanismos que destacan, los cuales son el levantamiento del velo societario y la figura de los Grupos de Interés Económico (GIE), por lo que, a través del análisis de casos, se puede brindar una visión clara y

comprensible de la aplicación de estos conceptos en el ámbito jurídico, destacando su importancia para garantizar la transparencia y la celebración de relaciones mercantiles justas; así las cosas, se presentan algunos análisis de casos.

1. Casos relevantes relacionados con el levantamiento del velo societario y los GIE.

Siendo que ya se ha presentado alguna exposición de casos reales en apartados anteriores, esta sección pretende plantear los casos que, aunque hipotéticos, son vistos numerosas veces en los tribunales, por ello, se presentan casos generales, que pueden ser considerados como típicos y reiterados:

Ejemplos prácticos de levantamiento del velo societario:

En un caso de Derecho de Familia, se puede encontrar un ejemplo muy recurrente cuando una persona crea una sociedad para ocultar activos durante un proceso de divorcio. Si se tienen indicios de que esa persona jurídica fue constituida con ese único propósito de ocultar bienes que potencialmente sean considerados en la división de bienes gananciales, el juez puede ordenar el levantamiento del velo societario para que los activos de la sociedad sean considerados como parte de los bienes gananciales.

Otro ejemplo clásico, es cuando una sociedad es utilizada por una o varias personas físicas, de manera fraudulenta, para evadir responsabilidades legales o para cometer actos ilícitos, por ejemplo con la venta de bienes o servicios, que, aunque pueden atenderse en sede penal, también puede evacuarse en una sede administrativa como la Comisión Nacional del Consumidor, o en un proceso ordinario civil por incumplimientos contractuales, lo cual, hace procedente que un tribunal pueda ordenar el levantamiento del velo societario para responsabilizar a los verdaderos beneficiarios de la sociedad por sus actos.

Ejemplos prácticos de GIE con levantamiento del velo societario:

El planteamiento común puede verse con un GIE, formado por varias sociedades que operan en el sector empresarial, y puede observarse a una de las sociedades del grupo incumpliendo algún contrato importante con un proveedor, lo que genera una deuda significativa. Sin embargo, solo una sola sociedad fue la firmante en dicho contrato y la misma no cuenta con ningún activo que pueda satisfacer la deuda, es decir, es lo que en el lenguaje más coloquial se puede decir como una sociedad "cascarón" porque no tiene nada dentro de ella y únicamente figura en uno o varios contratos.

En este caso, si existiendo indicios de que las demás sociedades del GIE han estado utilizando los recursos de manera intercambiable, compartiendo personal, oficinas o planteles y tomando decisiones en forma unificada con una misma dirección, un juez podría considerar el levantamiento del velo societario, y potencialmente, que las otras sociedades del grupo puedan ser consideradas responsables de la deuda a favor del proveedor afectado por la sociedad incumplidora. Esto sería procedente, porque se estaría observando la realidad económica y operativa del grupo en su conjunto.

Otro ejemplo muy dable en la práctica, se encuentra de cara a las responsabilidades con empleados en el ámbito del Derecho Laboral, pues es normal que un GIE compuesto por varias sociedades, quienes también comparten recursos financieros, humanos, de infraestructura, de estrategias de mercado, de dirección, etc, encuentren que una de sus sociedades es demandada por un caso de discriminación laboral, así las cosas, otras sociedades del GIE pueden ser involucradas en la toma de decisiones relacionadas con las políticas de recursos humanos y un juez podría aplicar el levantamiento del velo social en ese contexto.

2. Impacto del Principio de Primacía de la

Realidad en casos laborales y otros.

Dentro de todos los principios del Derecho en distintas materias que se puedan ver, y en el cual, tenga alguna injerencia el levantamiento del velo societario y la figura de los GIE, esta autoría pretende llamar especial atención a la aplicación del principio de la primacía de la realidad, pues en este se encuentran ciertas verdades en las relaciones jurídicas, o bien, situaciones de observancia que no se reflejan en la realidad formal de los documentos sobre los que se llevan a cabo distintas relaciones jurídicas.

Así las cosas, se presenta el siguiente concepto para su reflexión:

“El principio de la primacía de la realidad es aquel por el cual en caso de divergencia entre lo que ocurre en la realidad y lo que se ha plasmado en los documentos, debe darse prevalencia a lo que surge en la práctica, con éste principio se establece la existencia o no de una relación laboral y con ello se procede a la protección que corresponde como tal” (Silva, 2023, par. 2)

Este principio es un concepto para establecer que la verdadera naturaleza de una relación o situación, prevalezca sobre la forma o apariencia formal con la que se presenta, así que se aplica en diversos contextos, encontrando lugar en su aplicación, mayormente en casos laborales. Lo anterior, sin perjuicio de poder trasladar la génesis más pura de este principio, a otras materias o circunstancias de Derecho que lo demanden, de esta manera se plantea lo siguiente:

Impacto del principio de primacía de la realidad en casos laborales:

Como antes se señala, se utiliza para determinar la existencia y naturaleza de la relación laboral entre un empleador y un trabajador, esto en situaciones donde la forma contractual o la denominación de las partes no reflejan la verdad de la relación laboral, por lo que, con este principio se permite a los tribu-

nales ver la apariencia formal, considerando elementos que consideren sustanciales y puedan caracterizar una relación de trabajo puramente o circunstancias dentro de esa relación que son propias de su realidad.

Impacto del principio de primacía de la realidad en otros ámbitos:

Puede tener un impacto significativo en otros ámbitos, como lo puede ser el Derecho mercantil, tributario, societario, entre otros. En el ámbito mercantil, se puede ver aplicado para determinar la verdadera naturaleza de las transacciones comerciales y evitar prácticas fraudulentas o abusivas.

En el Derecho Societario, se puede utilizar para evitar la separación formal entre entidades que si son relacionadas entre sí por la existencia de los Grupos de Interés Económico (GIE), donde se pueda evitar el abuso de la personalidad jurídica para eludir responsabilidades legales, como ha sido reiterativo y abundante en el desarrollo del presente artículo.

En fin, el principio de primacía de la realidad, puede trasladar su impacto, de forma transversal, en diversos ámbitos, a fin de garantizar que la verdad sustancial prevalezca sobre la forma formal y promoviendo la justicia en la correcta aplicación del Derecho.

e. Análisis jurisprudencial.

Tal y como se puede ver, durante el desarrollo de este artículo, ya se hace un análisis de la jurisprudencia patria, según lo abarcado y contemplado a lo largo de cada título; por ello, se separan los siguientes votos que abordan con amplitud los temas, que corresponden a casos, que para efectos de reunir todo lo anterior, cumplen una función integral. A continuación, antecedentes jurisprudenciales que una reciente resolución en los temas en cuestión:

• **Tribunal de Apelación Civil y Trabajo de Alajuela (Sede Alajuela) (Laboral), sentencia**

2024000026 a las 09:25 horas del 30 de enero de 2024.

Corresponde al caso laboral de Enrique López López contra Costa Rican Tropical Fruits S.A. se resolvió en segunda instancia en el Tribunal de Apelación Civil y Trabajo de Alajuela. En la sentencia, se discutieron varios aspectos, como la jornada laboral, la existencia de un grupo de interés económico y la responsabilidad de las diferentes sociedades demandadas.

Respecto a la existencia de un grupo de interés económico, se evaluaron los indicios que apuntaban a esta estructura, como la representación conjunta de ciertas sociedades demandadas y la falta de inmuebles registrados a nombre de Producciones Llano Verde. Se concluyó que Costa Rican Tropical Fruits era responsable solidaria de los extremos condenatorios.

En relación con las pruebas presentadas, se destacó la falta de actividad probatoria intensa por parte de la parte actora para aclarar la situación de los inmuebles y la vinculación de las sociedades demandadas. Se mencionó la importancia de aportar pruebas como los libros de accionistas para desvincular a las codemandadas.

Al respecto, dice literalmente:

“(…) V. Los agravios planteados por los recurrentes comprenden tres ejes temáticos: la conformación de un grupo de interés económico, la posible determinación de la hora de almuerzo como tiempo de trabajo efectivo y la jornada descrita en el hecho cuarto de la demanda. A continuación, se tratarán cada uno de esos aspectos.

VI. En cuanto a la figura del grupo de interés económico, ciertamente es posible detectar más indicios que apuntan a la existencia de una estructura de esta naturaleza. Conforme con el documento aportado como prueba complementaria en la fase preliminar de la audiencia, Producciones Llano Verde no

aparece con bienes inmuebles inscritos a su nombre, a pesar de que desarrolla la actividad de producción de piña en una finca ubicada en El Concho de Pocosol de San Carlos. De acuerdo con lo expuesto, es fácil deducir que Producciones Llano Verde realiza dicha actividad productiva en un inmueble inscrito a nombre de una tercera persona.

VII. A partir de este elemento, se extrae un indicio sobre la conformación de un grupo de interés económico. En efecto, el desarrollo de la actividad agrícola en una finca a nombre de una tercera persona podría explicarse de dos formas: la existencia de un grupo de interés económico, en el cual el inmueble se inscribe a nombre de otra persona, en el marco de la distribución de funciones entre los sujetos que integran el grupo; en su defecto, la existencia de un contrato con una tercera persona que autoriza la explotación de la finca (por ejemplo, un contrato de arrendamiento).

VIII. Sin embargo, esta última hipótesis debe descartarse porque la parte demandada no tuvo la iniciativa de alegar un hecho de esta naturaleza ni mucho menos aportó fuentes de prueba para demostrarlo. En este sentido, debe considerarse que Producciones Llano Verde es la persona que cuenta con la facilidad y disponibilidad probatoria para demostrar bajo qué título explota la finca ubicada en El Poncho de Pocosol. De ahí que debe soportar las consecuencias de no demostrar este hecho, en aplicación del artículo 478, inciso 11 del Código de Trabajo.

XII. Se estima que los indicios descritos son suficientes para vincular a Producciones Llano Verde y Costa Rican Tropical Fruits dentro de la estructura de un grupo de interés económico, que funciona como una unidad productiva, en el cual, al menos estas dos sociedades, asumen diferentes roles **(la primera cancela los extremos laborales de los trabajadores y la segunda aporta la finca donde se desarrolla la actividad agrícola)**. En dicho contexto, ambas compañías deben responder solidariamente por el pago de las pres-

taciones del señor López López, aun cuando solo Producciones Llano Verde aparece como su patrona, reportándolo en planillas ante la Caja Costarricense de Seguro Social (...)' [El resaltado no es de su original] (Tribunal de Apelación Civil y Trabajo de Alajuela, 2024)

Con lo anterior se puede señalar puntualmente lo siguiente:

- **Responsabilidad solidaria:** Las empresas son responsables solidarias por las deudas del trabajador.
- **Conclusión de que existe el GIE:** La empresa opera en una finca de otra sociedad, lo que sugiere un grupo de interés económico.

Finalmente, se revocó la sentencia de primera instancia para reconocer al actor los extremos laborales que ahí se le estiman y, en lo que interesa en cuanto al GIE, se condenó a Producciones Llano Verde Sociedad Anónima y Costa Rican Tropical Fruits Sociedad Anónima a pagar solidariamente a la orden del actor.

• **Tribunal de Apelación Civil y Trabajo de Alajuela (Sede Alajuela) (Laboral), sentencia 2023000255 a las 16:17 horas del 25 de agosto de 2023, del expediente 21-000441-0694-LA**

En el caso analizado, se discutió la responsabilidad de los demandados en el pago de prestaciones adeudadas a un trabajador. En la sentencia de primera instancia, se argumentó que las sociedades anónimas Cofran, Mc Francos e Igeneration eran las empleadoras del actor, no los demandados de manera individual. El juez de primera instancia basó su decisión en que las obligaciones laborales recaían en las sociedades como personas jurídicas independientes de sus representantes y socios.

Sin embargo, en la apelación, se aplicó la teoría del abuso de la personalidad jurídica para sostener que los demandados debían responder por las obligaciones laborales del

trabajador. Se mencionó que los demandados permitieron maliciosamente la disolución de las sociedades citadas, lo que llevó al despido del actor y se argumentó que la dación en pago alegada no extinguía la deuda, ya que el negocio estaba destinado al cierre y los derechos del trabajador no fueron plenamente satisfechos.

Existieron hechos que no fueron desvirtuados por los demandados porque ni siquiera se presentaron a la audiencia programada y se consideró que los demandados, al permitir la disolución de las sociedades y el cierre del negocio, actuaron de manera fraudulenta y en perjuicio del trabajador. En lo que interesa, la resolución dice literalmente:

“(...) V. Conforme se expuso en el hecho probado primero, el establecimiento mercantil donde laboró el actor, en un principio, fue explotado por Cofran Sociedad Anónima y, posteriormente, por Mc Francos Sociedad Anónima. El cambio de las sociedades comerciales a cargo del negocio pone de relieve la existencia de un grupo de interés económico que, al menos, estaría conformado por ambas personas jurídicas. Más allá de lo anterior, en el presente caso subyace una situación de abuso de la personalidad jurídica. Cabe advertir que esta figura se encuentra virtualmente comprendida en el alegato concerniente a la existencia de un grupo de interés económico, planteado en la demanda y en el escrito de fecha 28 de febrero del año anterior. En efecto, el que una sociedad anónima sucediera a la otra en la explotación del negocio se concatena con la disolución de ambas compañías, después de que transcurrían tres períodos consecutivos sin que se pagara el impuesto a las personas jurídicas. De esta forma, cada una de las sociedades comerciales indicadas asumía temporalmente las obligaciones inherentes a la explotación del establecimiento mercantil aludido, para que, después, se le sustituyera y disolviera. En las condiciones descritas, se generaba un obstáculo para que los trabajadores pudieran reclamar el pago de las prestaciones que se les adeuda-

ban, pues, primero, tendrían que gestionar el nombramiento de liquidadores para las sociedades citadas, para, posteriormente, perseguir el activo de su patrimonio (si es que hubieran bienes a su nombre). VI. Es cierto que las sociedades comerciales han sido diseñadas como un mecanismo que facilita la realización de la actividad empresarial, en el tanto se crea una persona jurídica, con patrimonio independiente, que asume derechos y obligaciones tanto frente a los socios como las terceras personas con quienes se relaciona. Tratándose de las sociedades de capital, predomina la regla, conforme con la cual los socios únicamente responden por el pago de su aporte frente a la sociedad. Si bien es lícito constituir sociedades comerciales, no lo es utilizarlas con la finalidad de perjudicar a terceras personas. Recuérdese que la buena fe y la prohibición del abuso del derecho, reconocidos en los artículos 21 y 22 del Código Civil, sirven como límite al ejercicio de los derechos subjetivos. A partir de las normas citadas, encuentra sustento la teoría del abuso de la personalidad jurídica, que permite rasgar el velo societario, para responsabilizar a quienes se aprovechan de dicha estructura jurídica en perjuicio de otras personas. VII. En el caso que nos ocupa, **el juez no tuvo por demostrado que los demandados controlaran y dominaran a las sociedades anónimas denominadas Cofran y Mc Francos, porque no pudo acceder a las personerías jurídicas de ambas compañías.** De esta forma, no verificó la integración de las Juntas Directivas de ambas sociedades comerciales. Sin embargo, no tomó en cuenta que la imposibilidad de realizar esas consultas surgió como un efecto de la disolución de las sociedades anónimas indicadas, ante la morosidad en el pago del impuesto a las personas jurídicas (hecho que habría sido provocado por los propios demandados). Independientemente de lo anterior, **es posible inferir que ellos controlaban y dominaban a las sociedades mencionadas porque ofrecieron traspasarle el negocio a los trabajadores en pago de sus prestaciones.** En efecto, su condición de propietarios del capital social de ambas sociedades se confirma con el hecho de que

dispusieron del establecimiento mercantil, dándoselo en pago a los trabajadores. De lo contrario, no hubieran podido actuar de esa manera. En dicho contexto, sí es creíble el testimonio de [Nombre 003], quien los describió como los dueños de las sociedades (escuchar la grabación de la audiencia, a partir de dieciocho minutos, once segundos). VIII. En razón de lo expuesto, se discrepa con el criterio seguido en primera instancia. En su lugar, se estima que, en aplicación de la teoría del abuso de la personalidad jurídica, los demandados sí deben responder por el pago de las prestaciones que se le adeudan al actor(...)'' [El subrayado y resaltado no es de su original] (Tribunal de Apelación Civil y Trabajo de Alajuela, 2023)

Con lo anterior se puede señalar puntualmente lo siguiente:

- **Abuso de la personalidad jurídica:** las empresas disueltas pretendían evitar pagar deudas, ofrecieron negocio a trabajadores en pago de deudas (control sobre empresas), pero por no ser rentables y su inminente fracaso financiero, se debió responsabilizar por las deudas.

- **Conclusión de que existe el GIE:** el cambio de empresas en negocio sugiere grupo de interés económico, las empresas actuaban para beneficio propio y perjudicaron a los trabajadores, por lo que se confirma el GIE entre Cofran y Mc Francos.

Finalmente, se revocó la sentencia de primera instancia y se determinó que los demandados debían asumir las prestaciones adeudadas al trabajador, en aplicación de la teoría del abuso de la personalidad jurídica y se consideraron las obligaciones laborales que se discuten.

III. Conclusiones.

Del anterior desarrollo durante el presente artículo, esta autoría estima realizar las siguientes conclusiones puntuales:

- En lo que respecta al levantamiento del velo societario, la premisa de la realidad y la teoría de la unidad de empresa son conceptos fundamentales que han sido ampliamente estudiados en el contexto del Derecho Laboral, sin embargo, su aplicación se puede extender a otras ramas del Derecho, como el Derecho societario, de familia, concursal, comercial, tributario y otras situaciones conexas, por lo que, estos desarrollos doctrinales, al menos en su esencia, son extensivos y tienen interconexión en muchas otras situaciones jurídicas de otras materias distintas a la del Derecho Laboral.

- En relación con los Grupos de Interés Económico (GIE), es importante destacar que estos grupos tienen una finalidad conjunta que guía las acciones de sus miembros, quedando claro que se respeta la autonomía de cada persona jurídica dentro del grupo, sin embargo, es crucial evitar el uso de prácticas fraudulentas o abusivas de la personalidad jurídica para eludir responsabilidades, por lo que, no siendo casualidad abordar el tema de los GIE conjuntamente con el tema del levantamiento del velo societario, este último es el **mecanismo** que puede revelar la verdadera naturaleza de las relaciones empresariales, en la identificación de elementos que puede revelar el hallazgo de un GIE, y señalar las responsabilidades correspondientes, en situaciones de uso indebido de la estructura societaria (es decir: abuso de la personalidad jurídica).

- La justificación del GIE se basa principalmente en criterios económicos y de administración de empresas, lo cual genera complejidad al intentarlo comprender desde una perspectiva puramente jurídica, por lo que es importante reconocer que la existencia de un GIE no siempre implica un comportamiento ilegítimo o abusivo, sino más bien una forma de organización empresarial entre entidades jurídicas, por lo que, es crucial analizar cada caso de manera detallada para determinar si realmente se está frente a un uso indebido de la estructura del grupo (es decir: abuso de la personalidad jurídica).

- Dentro de los procesos laborales, en aplicación del artículo 478 del Código de Trabajo, en cuanto al traslado de la prueba, ante la presunta manifestación de un GIE por parte de la actora, (sea esta persona trabajadora), identificar la presencia de tal GIE puede plantear desafíos, principalmente porque en el traslado de la carga de la prueba a la demandada, (sea esta persona jurídica), y en ausencia de pruebas sólidas aportadas o dejadas de aportar por esta última parte, se podría presumir tal existencia de GIE, aún y cuando no se entre a analizar exhaustivamente los elementos necesarios para atribuir responsabilidades a las personas jurídicas en cuestión, por lo que, se concluye que se podría determinar un GIE de presunciones sin determinar la realidad.

IV. Bibliografía:

Badilla & Villalobos. (2024). Título de la presentación: Grupos de Interés Económico.

Bonilla, L (Procurador Adjunto). (2021). PGR-OJ-165-2021. Procurador Adjunto. Área de la Función Pública. Procuraduría General de la República, p.4

Castro, Porras & Sittenfeld. (2007). Grupos de Interés Económico: Abuso de las situaciones jurídicas y propuestas para su regulación, Tesis de grado para optar al título de Licenciatura en Derecho. Costa Rica: Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica

Castro, Porras & Sittenfeld. (2009). Régimen legal aplicable a los Grupos de Interés Económico. Revista Judicial, Costa Rica, (93), pp.51-61

Código Civil de la República de Costa Rica. Ley 30 de 1885. 19 de abril de 1885 (Costa Rica).

Código de Comercio de la República de Costa Rica. Ley 3284 de 1964. 30 de abril de 1964 (Costa Rica).

Constitución Política de la República de Costa Rica. 08 de noviembre de 1949 (Costa Rica).

Echeverry. (9 de diciembre de 2022). Unidad de empresa: ¿qué es y cuáles son las consecuencias de su declaratoria? Álvarez Liévano Laserna. Álvarez Liévano Laserna. <https://allabogados.com/noticias/declaratoria-de-unidad-de-empresa/>

Monge, I. (2020). Curso de Derecho Comercial. Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.

Morocho, O. (2021). La doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica: utilidad y aplicación al caso civil Tesis para optar el Título de Abogado. Perú: Universidad de Piura, p.15

Poder Judicial de la República de Costa Rica. (16 de junio de 2024). Diccionario usual del Poder Judicial. ©Diccionario usual del Poder Judicial de Costa Rica, 2020. Todos los derechos reservados.. Poder Judicial de la República de Costa Rica. https://diccionariousual.poder-judicial.go.cr/index.php/diccionario?query=buena+fe&search_type=contains&limit=10&__ncforminfo=w-C2Bvy_ZuFQrICzdbdyUAa8bzWnJz-bR1qg-New9pRg-_ofWYVhLz3NIpGXICB84fVRT-5cQHJqaZhPJHlgOkQuPWXizAwH9VYYU-j04fm1So7p7ZuVsrk0x6EBJ5pbCeY98Fxe-za4EB4pisMURlKY29vUVt2-5Wc2

Corte Suprema de Justicia. Sala Segunda. Sentencia 110; 04 de febrero del 2000.

Salazar, S. (2019). Jurisprudencia sobre Levantamiento del Velo Societario en Materia de Bienes Gananciales. Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL), (Régimen Patrimonial de la Familia), pp.8-30.

Silva, M. (2023) EL PRINCIPIO DE LA PRIMACÍA DE LA REALIDAD. www.derechoycambiosocial.com. Derecho y Cambio Social. <http://www.derechoycambiosocial.com/revisita014/primacia%20de%20la%20realidad.htm>

Soto Castro, R. (2001). La teoría del abuso del Derecho como premisa fundamental para aplicar la inoponibilidad de la personalidad jurídica. En Reflexiones sobre el Derecho de Familia Costarricense. Editorial Jurídica Continental. San José.

Poder Judicial de la República de Costa Rica. Tribunal de Apelación Civil y Trabajo de Alajuela (Sede Alajuela) (Laboral). Sentencia 2024000026; 30 de enero de 2024.

Poder Judicial de la República de Costa Rica. Tribunal de Apelación Civil y Trabajo de Alajuela (Sede Alajuela) (Laboral), Sentencia 2023000255; 25 de agosto de 2023.

Poder Judicial de la República de Costa Rica. Tribunal de Familia. Sentencia 237; 19 de marzo de 2013.

Poder Judicial de la República de Costa Rica. Tribunal de Familia. Sentencia 455; 10 de junio de 2014.

Poder Judicial de la República de Costa Rica. Tribunal de Familia. Sentencia 477; 12 de junio de 2014.

Poder Judicial de la República de Costa Rica. Tribunal de Trabajo Sección IV. Sentencia 171; 14 de marzo de 2008.

Poder Judicial de la República de Costa Rica. Tribunal Segundo Civil Sección I. Sentencia 131; 31 de abril de 2014.

Poder Judicial de la República de Costa Rica. Tribunal Segundo Civil Sección II. Sentencia 15; 31 de enero de 2003.

PRINCIPIOS DE TRANSPARENCIA, PUBLICIDAD Y RENDICIÓN DE CUENTAS: HERRAMIENTAS ANTICORRUPCIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.

*Principles of Transparency, Publicity and
Accountability: Anti-corruption Tools in Public
Procurement.*

CINTHYA MORALES HERRA

- Licenciada en Derecho y Notaria y Máster en Administración de Negocios, énfasis en Banca y Finanzas, títulos otorgados por la Universidad de Costa Rica con honores.
- Máster en Estudios Internacionales, énfasis en Organizaciones Internacionales extendido por la facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona, España.
- Actualmente, egresada del Doctorado en Derecho Público y Derecho Constitucional de la Universidad Escuela Libre de Derecho de Costa Rica.
- Ha ostentado diferentes cargos en la Administración Pública, en la Contraloría General de la República, Ministerio de Ambiente y Energía, Ministerio de Ciencia, Tecnología y Telecomunicaciones y actualmente ejerce como Jueza del Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda.

4



“Existe, pues, una correspondencia íntima entre la posición del poder y la obligación de cumplir ciertas actividades, de prestar ciertos servicios. (...) Esto basta para fundamentar la obligación jurídica de los gobernantes. No existe hoy, en el mundo civilizado, un solo espíritu que no se halle profundamente penetrado de la idea de que todos aquellos que tienen poder por un título cualquiera, Emperadores, Reyes, Presidente de la República, es, no para su provecho, sino para el de los gobernados, y la idea tiene tal fuerza, que todos los detentadores del poder la repiten a porfía, aun cuando en realidad traten de sacar el mayor beneficio posible de su situación”.

(Leon, 2022, pág. 58 y 59).

Principios de Transparencia, Publicidad y rendición de Cuentas: Herramientas anticorrupción de la Contratación Pública.

Principles of Transparency, Publicity and Accountability: Anti-corruption Tools in Public Procurement.

Sumario.

I. INTRODUCCIÓN

II. ANÁLISIS DE LA NUEVA LEY GENERAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y LOS PRINCIPIOS DE TRANSPARENCIA, PUBLICIDAD Y RENDICIÓN DE CUENTAS SU INCIDENCIA SOBRE LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

a. La incidencia de los principios de Transparencia, Publicidad y Rendición de Cuentas en la Lucha contra la Corrupción en materia de contratación pública

1. El Fenómeno de la Corrupción en la Contratación Pública

1.1 Aproximación de la Noción de la Corrupción Pública

1.2 Tipología del fenómeno de la Corrupción

1.3 La Incidencia de la Corrupción en materia de Contratación Pública

2. Los Principios de Transparencia, Publicidad y Rendición de Cuentas mecanismos para la Lucha contra la Corrupción en el ámbito de las compras públicas

2.1 Dimensiones Constitucionales del Principio de Transparencia como norte de los procedimientos de contratación pública

2.2 La Ley General de Contratación Pública y los Principios de Rendición de Cuentas, buen gobierno y participación

2.3 El Principio de Publicidad desde la Perspectiva Constitucional y su concreción en el ámbito de la contratación pública

b. La eficacia de los mecanismos jurídicos costarricenses contra la corrupción en la contratación pública

1. Las potestades de la Contraloría General de la República en materia de corrupción y transparencia, y la nueva Ley General de Contratación Pública

1.1 El Rol Constitucional de la Contraloría General de la República en la Lucha contra la Corrupción en la Contratación Pública

1.2 Los Mecanismos de Transparencia y Publicidad contenidos en la Nueva Ley General de Contratación Pública

1.3 Otros mecanismos para la Lucha contra la Corrupción en la Ley General de Contratación Pública

2. Análisis del Caso del Instituto Costarricense de Electricidad y Alcatel a la luz del nuevo marco jurídico de Contratación Pública

2.1 Los Hitos más relevantes sobre el Caso ICE-ALCATEL

2.2 Marco actual sobre Transparencia y Rendición de Cuentas, ¿son eficaces ante casos de corrupción en contratación pública?

2.3 Análisis del Caso ICE-ALCATEL y la Nueva Regulación en Contratación pública: ¿Mecanismo Idóneo para la Lucha contra la Corrupción?

III. CONCLUSIONES

IV. REFERENCIAS CONSULTADAS

ANEXO N° 1.

ANEXO N° 2

.

Abreviaturas.

CGR: Contraloría General de la República

CIDH: Comisión Interamericana de Derechos Humanos

ICE: Instituto Costarricense de Electricidad

LGAP: Ley General de la Administración Pública

LGCP: Ley General de la Contratación Pública

SIAC: Sistema Integrado de Actividad Contractual

SIBINET: Sistema informático que permite registrar y controlar los bienes de las instituciones de la Administración Central de Costa Rica

Resumen.

En un primer momento, la presente investigación perseguirá enfocarse en el fenómeno de la corrupción en la contratación pública, como base jurídica requerida para cumplir con el objetivo general perseguido en ésta. Para tal efecto, se procuró una aproximación sobre el alcance de la noción de dicho fenómeno, a través de la tipología, y el marco jurídico interno costarricense que permea sobre esta materia en pro de la sana administración del erario. En un segundo momento, se estudió la jurisprudencia constitucional sobre los principios de transparencia, rendición de cuentas y publicidad en la materia de contratación pública, como pilares del Estado Social y Democrático de Derecho, como lo constituye nuestro país, en particular, las aplicaciones concretas de dichos principios constitucionales en el ámbito de la contratación pública, y como mecanismos idóneos para la lucha contra la corrupción en la Administración Pública. En la última sección de este trabajo de investigación, se analizó el caso concreto conocido a nivel nacional como ALCATEL y el ICE, es decir, un hito en materia de corrupción en la contratación pública, para contrastarlo con la nueva regulación contenida en la Ley N° 9986 de 2021, Ley General de Contratación Pública del 27 de mayo de 2021 (LGCP), con el fin de determinar si el nuevo marco jurídico contractual que entró en vigor el 01 de diciembre de 2022 resulta ser un mecanismo eficiente para la lucha contra la corrupción en la contratación pública. Para ello se realizó, un estudio comparativo de la jurisprudencia nacional en relación con el examen de

los alcances de los principios constitucionales de transparencia, publicidad y rendición de cuentas, y el dimensionamiento del ámbito competencial constitucional de la Contraloría General de la República, como Rector en la Hacienda Pública. A partir de lo anterior se advirtió que, si bien es cierto existen grandes avances introducidos en la nueva reglamentación pública para mitigar los espacios para que surja conductas corruptas, lo cierto del caso es que los mecanismos que están previstos resultan ser insuficientes ante casos de corrupción estructural o cuando se produzca en las fases de ejecución de la contratación pública, por lo que todavía hay ámbitos en los que el marco jurídico costarricense en materia de contratación pública debe ser ajustado.

Summary.

The present research aims to examine the structure of corruption in public procurement. This analysis focuses on the scope of corruption in this sector, encompassing its typology and the domestic legal framework governing the matter in Costa Rica, with a view to safeguarding the sound administration of public funds. Subsequently, the research delves into constitutional and normative legal frameworks concerning the principles of transparency, accountability, and publicity in public procurement—cornerstones of the Social and Democratic Rule of Law upheld by the Costa Rican legal system. These constitutional principles are crucial in public procurement and serve as legal tools to combat corruption in public administration. The focus is on how these constitutional principles apply to public procurement and their role in combating corruption in public administration. In the last section, the study undertakes an in-depth examination of the ALCATEL-ICE case, a landmark precedent in public procurement corruption at the national level. This case is subsequently compared with the regulatory framework established under Law No. 9986 of 2021, the General Law on Public Procurement, which entered into force on December 1, 2022. The objective is to assess whether the

newly enacted statutory framework constitutes an effective legal mechanism for combating corruption in public procurement. This analysis examines domestic laws to explore constitutional principles of transparency, publicity, and accountability. It also assesses the jurisdictional competence of the Office of the Comptroller General in overseeing public finance. The new legal framework advances legislation to reduce corrupt practices, but current mechanisms still fail to address structural corruption or corruption during public procurement execution. Accordingly, certain legal gaps persist, necessitating further refinements to Costa Rica's regulatory framework governing public procurement.

Palabras Claves.

Corrupción, Noción, Tipos de Corrupción, Principios, Transparencia, Publicidad, Deber de Probidad, Contratación Pública, Hacienda Pública, Ley General de la Contratación Pública, Contraloría General de la República.

I. INTRODUCCIÓN.

En el Preámbulo de la Convención Interamericana contra la Corrupción, la comunidad interamericana reconoce que “la corrupción¹ socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos”²; de igual forma, “la democracia representativa, con-

1 El vocablo de corrupción de forma genérica es definido como “comportamiento consistente en el soborno, ofrecimiento o promesa a otra persona que ostenta cargos públicos, o a personas privadas, a los efectos de obtener ventajas o beneficios contrarios a la legalidad o que sean de naturaleza defraudatoria”. (Muñoz Machado, 2017, pág. 659). Término que alude a un sujeto público como privado. Ahora bien, la corrupción pública es conceptualizada por el mismo autor como “soborno de autoridad o funcionario público que acepta o solicita dádiva o regalo de un tercero a cambio de proporcionar a este un beneficio o ventaja en el ámbito de las funciones que el sujeto desarrolla en la Administración Pública”. (Muñoz Machado, 2017, pág. 659).

2 ASAMBLEA GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. Convención Interamericana contra la Corrupción de 29 de marzo de 1996. Ratificada por Costa Rica mediante Ley N° 7670 de 1997, de 17 de abril de 1997.

dición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región, por su naturaleza, exige combatir toda forma de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas, así como los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio”. En consonancia con dicho instrumento internacional, la Convención de Naciones Unidas Contra la Corrupción, en su numeral quinto, estipula como parte de los mecanismos de prevención a este fenómeno la formulación e implementación de “políticas coordinadas y eficaces contra la corrupción que promuevan la participación de la sociedad y reflejen los principios del imperio de la ley, la debida gestión de los asuntos públicos y los bienes públicos, la integridad, la transparencia y la obligación de rendir cuentas”.³

Bajo esta línea de pensamiento, Costa Rica descansa sobre los pilares del respeto de los derechos humanos, juntamente con una serie de garantías para su efectiva protección dentro de un Gobierno popular, representativo, participativo, alternativo y responsable⁴, así como a la luz de principios constitucionales, entre otros, los relativos a la separación de poderes, legalidad y rendición de cuentas⁵, los cuales se erigen como parámetros

3 ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Resolución N° 58/4 aprobada en de fecha 31 de octubre de 2003, Ratificada por Costa Rica mediante la Ley N° 8557 de 2006, de fecha 29 de noviembre de 2006.

4 Constitución Política de Costa Rica, artículo 9 de 07 de noviembre de 1949.

5 Ver ASAMBLEA LEGISLATIVA. Ley N° 6227 de 1978. Ley General de la Administración Pública de 02 de mayo de 1978, art. 11. El Tribunal Contencioso Administrativo sobre este principio de rango constitucional ha postulado que: ““El principio de legalidad, es efecto y manifestación directa del sometimiento del Poder Público al Derecho. En este sentido, todo el comportamiento de la Administración Pública está afecto y condicionado a una norma habilitadora, ya sea escrita o no escrita. De esta forma, el instituto se proyecta en su doble vertiente positiva y negativa. En su primera dimensión, se constituye como fuente permisiva de la conducta administrativa específica, en tanto se traduce en concretas potestades administrativas, que por ser tales, adquieren el carácter de funcionales, es decir, dispuestas al servicio de la colectividad y para el cumplimiento de los fines públicos. Son pues, apoderamientos que se confieren a la Administración, no para su ejercicio facultativo, sino por el contrario, para su obligada aplicación, ejecutando no sólo el mandato del legislador, sino, además, complementándolo mediante los diversos poderes que el Ordenamiento Jurídico le atribuye. Por ende, la función administrativa no puede verse como la ciega y cerrada ejecución

que orientan la actividad de la Administración Pública, y procuran que esta se dirija hacia la satisfacción del interés público. Así, la Sala Constitucional, en su Resolución N° 2004-14421 de las 11:00 horas del 17 de diciembre del 2004 indicó: "Bajo esta inteligencia, todos los requisitos formales dispuestos por el ordenamiento jurídico para asegurar la regularidad o validez en los procedimientos de la contratación, el acto de adjudicación y el contrato administrativo mismo, deben, también, **procurar la pronta satisfacción del interés general** a través de la efectiva construcción de las obras públicas y la prestación de los servicios públicos, consecuentemente no pueden transformarse en instrumentos para retardar la prestación eficiente y eficaz de los servicios públicos, y, sobre todo, su adaptación, a las nuevas necesidades socio-económicas y tecnológicas de la colectividad" (el resaltado no corresponde al original).

Así las cosas, los principios de eficiencia y eficacia exigen que toda actuación administrativa debe estar encaminada hacia el cumplimiento del fin público asignado, como derivados del principio de legalidad.⁶ Y de esta manera, el marco jurídico costarricense exige una adecuación del fin con el contenido del acto administrativo pues, caso contrario, además de una desviación de poder, se configurará una violación al deber de probidad⁷.

del precepto legal, sino como complementaria y ejecutiva de lo dispuesto por las normas superiores. Por otro lado, en su fase negativa, el principio se proyecta como límite y restricción del comportamiento público, pues cualquier actuación suya, deberá ajustarse a la norma de grado superior, so pena de invalidez." (El resaltado no corresponde al original). (Tribunal Contencioso Administrativo. Sección I, Resolución N° 274-2005 de las 10:55 horas del 06 de julio del 2005, citado por Procuraduría General de la República. Oficio N° C-317-2005, dirigido a la Municipalidad de Tibás, el 05 de setiembre de 2005).

⁶ Ver al respecto, entre otras normas, el artículo 269 de la Ley N° 6227 de 1978, Ley General de la Administración Pública, al disponer que: 1. La actuación administrativa se realizará con arreglo a normas de economía, simplicidad, celeridad y eficiencia."

⁷ Al respecto, el artículo 3° de la Ley N° 8422 de 2004, Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública de fecha 06 de octubre de 2004, positiva el deber de probidad al indicar que: "El funcionario público estará obligado a orientar su gestión a la satisfacción del interés público. Este deber se manifestará, fundamentalmente, al identificar y atender las necesidades colectivas

La importancia de analizar el tema de la corrupción radica principalmente en los efectos que implica para la democracia, la legitimación, y el bienestar de la población (paz). Por ello, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos recomienda un fortalecimiento de la institucionalidad democrática, a través del dictado de políticas públicas centradas en la persona y con enfoque de derechos humanos, que incentiven el ejercicio efectivo de la libertad de expresión⁸, y la participación real de la ciudadanía en el actuar del Estado (monitoreando y requiriendo cuentas), dentro de un marco de transparencia pública, y el acceso de la información pública (de calidad, completa, oportuna y de fácil acceso, rápido, efectivo y práctico) enfatizando en las materias de contratación pública, elección popular de representantes gubernamentales, nombramiento de funcionarios (principalmente jueces y jefes) y gasto público (salarios, beneficios y exenciones fiscales⁹); que posibilite a las personas indagar, cuestionar y verificar si se están cumpliendo adecuadamente las

prioritarias, de manera planificada, regular, eficiente, continua y en condiciones de igualdad para los habitantes de la República; asimismo, al demostrar rectitud y buena fe en el ejercicio de las potestades que le confiere la ley; asegurarse de que las decisiones que adopte en cumplimiento de sus atribuciones se ajustan a la imparcialidad y a los objetivos propios de la institución en la que se desempeña y, finalmente, al administrar los recursos públicos con apego a los principios de legalidad, eficacia, economía y eficiencia, rindiendo cuentas satisfactoriamente." (El resaltado es autoría propia).

⁸ Así la Sala Constitucional apuntó sobre el derecho fundamental a la libertad de expresión como límite al poder público que: "(...) La crítica de los usuarios, administrados en general y de los funcionarios públicos sobre el desempeño individual de algún servidor e institucional del ente u órgano público constituye una poderosa herramienta para el control y fiscalización de la gestión pública y, desde luego, para obtener mayores niveles de rendimiento -resultados-, rendición de cuentas y transparencia administrativa. Ningún funcionario público puede ser inquietado, perseguido, recriminado o sancionado por expresar sus opiniones, ideas, pensamientos o juicios de valor acerca de la gestión del ente público o las actuaciones de otro funcionario público." (Sala Constitucional. Resolución RA N°2005-10341 de 09 de agosto de 2005).

⁹ Véase que en Costa Rica se encuentra declarada de interés público: "la información relacionada con el ingreso, la presupuestación, la custodia, la fiscalización, la administración, la inversión y el gasto de los fondos públicos, así como la información necesaria para asegurar la efectividad de la presente Ley, en relación con hechos y conductas de los funcionarios públicos." Ley N° 8422 de 2004, Ley contra la corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública de fecha 06 de octubre de 2004, art. 7.

funciones públicas¹⁰. Lo anterior, sumado a los deberes del Estado de prevención (políticas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos), investigación (como centro de protección de los derechos humanos, derivado de los artículos 1.1., 2, 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos).

En el ámbito de la contratación pública, se debe señalar que, “de acuerdo con la información del Sistema Integrado de Actividad Contractual (SIAC) de la Contraloría General, el monto adjudicado durante el año 2019, por todas las entidades y órganos que realizaron alguna actividad contractual, ascendió a más de 2,0 billones de colones que fueron adjudicados en 57.003 procedimientos.”¹¹ Lo cual significa la relevancia de la eficacia y eficiencia de la regulación para evitar que el fenómeno de la corrupción se enraíce en las compras del Estado, siendo cada vez más común que los medios

10 En igual sentido la Sala Constitucional apuntó que “En el marco del Estado Social y Democrático de Derecho, todos y cada uno de los entes y órganos públicos que conforman la administración respectiva, deben estar sujetos a los principios constitucionales implícitos de la transparencia y la publicidad que deben ser la regla de toda actuación o función administrativa. Las organizaciones colectivas del Derecho Público -entes públicos- están llamadas a ser verdaderas casas de cristal en cuyo interior puedan escrutar y fiscalizar, a plena luz del día, todos los administrados. Las administraciones públicas deben crear y propiciar canales permanentes y fluidos de comunicación o de intercambio de información con los administrados y los medios de comunicación colectiva en aras de incentivar una mayor participación directa y activa en la gestión pública y de actuar los principios de evaluación de resultados y rendición de cuentas”. (Sala Constitucional. Voto RA N° 2120-03 de las 13:30 horas del 14 de marzo de 2003).

11 Asamblea Legislativa de Costa Rica. Comisión Especial Encargada de Analizar, Estudiar, Proponer y Dictaminar el Expediente N° 21546 “Ley General de Contratación Pública. Dictamen Afirmativo Unánime, Expediente Legislativo N° 21546, Ley General de Contratación Pública, de 26 de junio de 2020, p 24. Conforme a los datos que se referencian en el expediente legislativo de la Ley General de Contratación Pública, se deja entrever que “el procedimiento de Contratación Directa fue el más utilizado durante el 2019 con un 79,6% del total de procedimientos adjudicados, esto significa un 52,1% del monto total adjudicado. Por su parte, la Licitación Pública registró tan solo el 1,8% del total de procedimientos adjudicados y representó el 18,3% del monto total adjudicado”, y es por ello, que el nuevo marco jurídico de contratación pública tiene como finalidad el reforzamiento del concurso público como mecanismo idóneo para la contratación del Estado, al tenor del numeral 182 de la Constitución Política.” Íbidem, p25.

de comunicación social apunten la falta de probidad en esta materia. Este es el caso de corrupción conocido a nivel nacional en el año 2006 (y con reflejo a nivel internacional) como ICE-ALCATEL, este evidenció la forma en que dicho fenómeno puede generar un efecto pernicioso en las estructuras de las organizaciones públicas, desviando grandes cantidades de recursos públicos del interés general que deben atender las necesidades de la ciudadanía hacia unos pocos. Este caso puso en evidencia la debilidad del sistema de control interno del ICE, a su vez, implicó analizar los alcances de las competencias de la Contraloría General de la República en ejercicio de sus potestades de fiscalización superior, tanto previas como su control posterior.

Dieciséis años después, el 01 de diciembre de 2022, entró a regir la nueva Ley General de Contratación Pública en respuesta a la necesidad de actualización del régimen normativo para adecuarlo a las nuevas exigencias sociales, y un redimensionamiento de los procedimientos típicos que rigieron desde el año 1994 con la anterior Ley N° 7494 de 1995, Ley de Contratación Administrativa, de 02 de mayo de 1995. En el expediente legislativo N° 21546, bajo custodia de la Asamblea Legislativa de Costa Rica se puede inferir que el espíritu de los redactores del proyecto fue buscar, entre otras cosas, una maximización de la transparencia en cada una de las etapas del ciclo de contratación, mediante la utilización del sistema digital unificado y procedimientos claros de rendición de cuentas y control, así como un fortalecimiento de la publicidad y ética mediante la incorporación de diferentes registros de acceso al control ciudadano, relativos a datos de los proveedores, subcontratistas, utilización de excepciones a los procedimientos ordinarios por parte de las administraciones públicas sobre las declaraciones rendidas por parte de los diferentes sujetos participantes del proceso, y sanciones a personas funcionarias y físicas, o privadas intervinientes. Lo anterior, sumado a la incorporación de normas que establecen parámetros de probidad y actuación

ética en las personas intervinientes en todo el ciclo de la contratación, y sanciones en los supuestos que se logre comprobar que no se cumplan con dichos estándares legales y reglamentarios. Es en este contexto donde surge la siguiente interrogante:

¿Las regulaciones contenidas en la nueva Ley General de Contratación Pública dirigidas a promover los principios de transparencia, publicidad y rendición de cuentas son mecanismos eficientes para la lucha contra la corrupción en la contratación pública?

Ante dicha interrogante se ha planteado como posible respuesta que, los mecanismos contenidos en la nueva Ley General de Contratación Pública que se establecieron para asegurar el cumplimiento de los principios de transparencia, rendición de cuentas y publicidad, así como promover el actuar ético de los funcionarios y personas físicas o jurídicas privadas que intervienen en todo el ciclo de contratación pública no son eficaces para la lucha contra la corrupción.

Bajo esta perspectiva se formula como objetivo de esta investigación el "determinar el grado de eficacia de las regulaciones contenidas en la nueva Ley General de Contratación Pública para la lucha contra la corrupción en la contratación pública, a luz de los principios constitucionales de transparencia, rendición de cuentas y publicidad". Y como objetivos específicos los que prosigue:

a) Describir el impacto del fenómeno de la corrupción en la contratación pública, a través del estudio de su concepto, tipología y la línea jurisprudencial constitucional sobre los principios de publicidad, transparencia y rendición de cuentas en dicha materia.

b) Determinar el grado de eficacia de las regulaciones incluidas en la nueva Ley General de Contratación Pública y su Reglamento¹² en la lucha contra la corrupción pública, a

¹² Se hace referencia al Decreto Ejecutivo N° 43808-MH de 2022, Reglamento a la Ley General de Contratación Pública de 22 de noviembre de 2022.

partir de los principios constitucionales de publicidad, transparencia y rendición de cuentas.

Con el fin de cumplir con los objetivos de este estudio, y corroborar la hipótesis planteada se utilizará el método deductivo, a través del análisis lógico de lo universal a lo particular, esto es a partir del estudio de los instrumentos internacionales sobre la lucha contra la corrupción en la contratación pública, para luego enfocarse en la jurisprudencia constitucional sobre los principios de transparencia, rendición de cuentas y publicidad, y su incidencia en la materia.

Igualmente, se partirá de la identificación de los mecanismos regulatorios costarricenses para la lucha contra la corrupción en la contratación pública para aplicarlos a un caso concreto de corrupción, conocido como AL-CATEL-ICE¹³.

A su vez, se aplicará el método analítico, con miras a individualizar y distinguir los principios que se derivan de la línea jurisprudencial de la Sala Constitucional sobre los principios de transparencia, publicidad y rendición de cuentas en materia de contratación pública. Esta investigación es de carácter documental, y las fuentes de información primaria para llevarla a cabo serán la doctrina, las declaraciones y normas que han sido adoptadas por las organizaciones de carácter internacional, además de las leyes jurídicas y la jurisprudencia constitucional de carácter interno.

II. ANÁLISIS DE LA NUEVA LEY GENERAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y LOS PRINCIPIOS DE TRANSPARENCIA, PUBLICIDAD Y RENDI-

¹³ Acrónimo del Instituto Costarricense de Electricidad (ICE). Conforme a su ley de Creación, al Instituto se le "encomienda el desarrollo racional de las fuentes productoras de energía física que la Nación posee, en especial los recursos hidráulicos. La responsabilidad fundamental del Instituto, ante los costarricenses será encauzar el aprovechamiento de la energía hidroeléctrica con el fin de fortalecer la economía nacional y promover el mayor bienestar del pueblo de Costa Rica". Artículo 1, Ley N° 449 de 1949, Ley de Creación del Instituto Costarricense de Electricidad de 08 de abril de 1949.

CIÓN DE CUENTAS SU INCIDENCIA SOBRE LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.

A fin de iniciar esta exposición, como se indicó la intención es realizar una serie de reflexiones en torno a las vías jurídicas que están postuladas por el legislador, a iniciativa de la Contraloría General de la República en la Ley General de la Contratación Pública, en materia de transparencias, publicidad y rendición de cuentas, como instrumentos para combatir, reducir y sancionar las conductas de corrupción que pueden acontecer en el ámbito de la contratación pública.

a. La incidencia de los principios de Transparencia, Publicidad y Rendición de Cuentas en la Lucha contra la Corrupción en materia de contratación pública.

En el preámbulo de la Constitución Política de Costa Rica (1949) se consagra que “Nosotros, los Representantes del pueblo de Costa Rica, libremente elegidos Diputados a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando el nombre de Dios y reiterando nuestra fe en la Democracia”, de ahí se erige la decisión de los padres de la República costarricense, de establecer un modelo basado en la Democracia, el respeto de la libertad, la legalidad y especialmente, la rendición de cuentas. Este es el norte cuando se analiza el fenómeno de la corrupción, así como el principal ingrediente para su lucha. Una institucionalidad fuerte, abierta y dispuesta a transparentar sus decisiones.

1. El Fenómeno de la Corrupción en la Contratación Pública.

Al estudiar los eventuales efectos derivados de los actos corruptos, se disipan las dudas respecto a si la corrupción produce beneficios a la Administración y al país como tal, independientemente si se produce en administraciones caracterizadas por ser hipertróficas e inoperantes. Y es que una de sus características fundamentales, es que sustituye el interés público, por el interés tanto del fun-

cionario público como del externo que ofrece la dádiva, y su impunidad produce una generalización de ésta en toda la institucionalidad. Lo cual socava el Estado Democrático de Derecho.

1.1 Aproximación de la Noción de la Corrupción Pública.

En primer lugar, se debe señalar que Santiago Muñoz Machado define a la corrupción como el “Comportamiento consistente en el soborno, ofrecimiento o promesa a otra persona que ostenta cargos públicos, o a personas privadas, a los efectos de obtener ventajas o beneficios contrarios a la legalidad o que sean de naturaleza defraudatoria.” y a la corrupción pública como el “soborno de autoridad o funcionario público que acepta o solicita dádiva o regalo de un tercero a cambio de proporcionar a este un beneficio o ventaja en el ámbito de las funciones que el sujeto activo desarrolla en la Administración pública” (Muñoz Machado, 2017, pág. 59). Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos postuló que: “la corrupción es un complejo fenómeno que afecta a los derechos humanos en su integralidad -civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales-, así como al derecho al desarrollo; debilita la gobernabilidad y las instituciones democráticas, fomenta la impunidad, socava el Estado de Derecho y exacerba la desigualdad”. (CIDH, 2018).

Adicionalmente, los factores institucionales que han sido identificados por la CIDH que posibilitan la corrupción son: “a) debilidad institucional del Estado, que se caracteriza por su incapacidad de cobertura territorial y por instituciones incapaces de cumplir plenamente con sus funciones; b) el monopolio o concentración de poder en áreas con alto impacto económico o social (donde se manejan recursos o se toman decisiones con impacto político y social); c) amplio espacio de discrecionalidad en la toma de decisiones por parte de agentes estatales; d) falta de control de los actos de la autoridad, lo que se basa en poca transparencia y ren-

dición de cuentas en torno a las decisiones adoptadas por la autoridad así como en la naturaleza secreta de la corrupción; e) alto nivel de impunidad, ello permite que actos o sistemas de corrupción operen sobre la base de garantías de que el costo de la corrupción es ampliamente superado por los beneficios obtenidos." (CIDH, 2018, p52.)

1.2 Tipología del fenómeno de la Corrupción.

La corrupción es un fenómeno multidimensional, y podría clasificarse según la naturaleza y particularidades. Dichas tipologías, pueden o no, presentarse en la función pública, siendo que únicamente mediante un análisis casuístico, podrá determinarse si una tipología se presenta en la función pública. El caso seleccionado en esta investigación, tiene como particularidad el ser una corrupción vertical (de alto nivel y sistemática), pública (debido a la materia, contratación administrativa) y presuntamente política (por ser partícipes jerarcas políticos). Se procederá a realizar una breve enunciación de todas las modalidades.

En un primer lugar, la corrupción puede expresarse vertical u horizontalmente,¹⁴ esto es, los actos de corrupción pueden presentarse entre los funcionarios públicos bajos o de los mandos medios sin intervención alguna de los jefes de la institución (horizontal), o en su defecto, ésta puede afectar desde las autoridades máximas de la misma hasta los niveles bajos (vertical). Esta última corrupción es la que se concibe como de alto nivel, y que en todo caso, puede convertirse en un problema serio para la organización del Estado, puesto que además de tender a institucionalizar las prácticas corruptas como lenguaje ordinario en la prestación del servicio público, genera los mayores efectos perniciosos para un país, ya que implica que los proyectos y programas auspiciados no atienden a las necesidades de desarrollo y

crecimiento, sino al interés privado o de cierto grupo económico, independiente de si éstos son prioritarios e indispensables para el Estado, por lo que en muchos países en vías de desarrollo cuentan con el problema de la desviación de grandes montos del presupuesto público, del interés público hacia las arcas privadas.¹⁵

En segundo lugar, la corrupción puede presentarse en los ámbitos público o privado, según el sujeto que intervenga en la comisión del acto. En esta tipología, existe un desarrollo particular que realiza el economista y profesor de la Universidad de Reim, Jean Cartier. (Auditoría General de la República, 2000, pág. 79 y 80). Éste elabora diversos modelos según las interrelaciones que pueden presentarse entre los sectores público y privado. El primer modelo lo denomina "Monopolio Bilateral", e implica que existe una paridad entre la demanda pública y la oferta privada de corrupción, generando una posición de equilibrio entre ambos, afirma que este modelo se manifiesta en algunos países europeos, y es, por regla de principio, de dimensiones pequeñas.

El segundo modelo, que por lo general se presentan en los países en desarrollo, es el que se caracteriza por una prevalencia del empleado público, frente al privado, quedando los empresarios sustancialmente a merced del poder de los funcionarios públicos. Un ejemplo sería, en los procedimientos de compras públicas, cuando por omisión

15 Sobre este tema, la autora Susan ACKERMAN indica que: "La 'gran corrupción' se produce en los niveles superiores del gobierno e implica sus principales proyectos y programas. Los gobiernos transfieren con frecuencia grandes beneficios económicos a través de la cesión de contratos y de la asignación de concesiones. Los sobornos transfieren ingresos monopolistas a inversores en los que tienen participación los funcionarios corruptos. (...) Los pagos corruptos para obtener grandes contratos y concesiones constituyen generalmente el coto de los grandes negocios y funcionarios de alto nivel. Los casos importantes representan un gasto sustancial de fondos y ejercen un impacto fundamental en el presupuesto gubernamental y en las perspectivas de crecimiento del país. Estos negocios son por definición el coto privado de altos funcionarios y frecuentemente implican empresas multinacionales que operan solas o con socios locales. (Ackerman, 2001, pág. 36).

14 Esta tipología puede presentarse tanto en el sector público como en el privado, ya que se refiere a la forma en cómo se organiza el fenómeno de la corrupción a lo interno de las instituciones o empresas.

de reglas precisas del concurso administrativo, el comité evaluador “presiona” a los oferentes para que éstos paguen un soborno, a cambio de la interpretación del pliego de condiciones a favor de la empresa.

Al inverso del anterior modelo, el tercero, es el que se da en aquellos países pequeños que cuentan con organizaciones estatales débiles, y donde se encuentran instaladas grandes empresas transnacionales que condicionan e influyen en los mercados estatales. En estos casos, existe una relación de poder hegemónica del sector privado sobre el público, donde las multinacionales juegan un rol especialmente importante en las medidas gubernamentales que emplee el país, especialmente en materia de paraísos fiscales, apertura de monopolios, pago de aranceles o impuestos, entre otros.

Por último, Jean Cartier considera que existen casos donde compiten en igual condición la corrupción pública y privada. Este modelo es el que se presenta en algunos países de la ex unión soviética, y cuya particularidad es una extrema fragmentación entre la demanda y oferta de corrupción. (Auditoría General de la República, 2000, pág. 79 y 80).

Otra tipología de la corrupción es la que establece el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción de los Estados miembros de la Unión Europea o funcionarios de las Comunidades Europeas. Este convenio, en sus artículos 2 y 3, diferencia entre la corrupción pasiva y la activa. La primera es la que se manifiesta, cuando un funcionario, con dolo, ya sea directamente o por intermediación, solicita recibir ventajas de cualquier naturaleza, para sí o para un tercero, con el fin de cumplir o de abstenerse de cumplir, un acto propio de su función o un acto en el ejercicio de su función. Y por corrupción activa, se concibe, el hecho de prometer o conceder ventajas de cualquier índole a un funcionario público, con los objetivos indicados.¹⁶

Finalmente, según la materia, los actores y los fines perseguidos por los actos corruptos puede existir: corrupción política, administrativa pública, social o privada. Así, por ejemplo, la política se caracteriza por estar vinculada con las prácticas políticas, especialmente las electorales, expresándose en el ejercicio ilegítimo del poder estatal (gobierno central, función judicial, gobiernos locales) para fines personales o de grupos económicos. Ésta ordinariamente se presenta como resultado de la autoridad atribuida mediante un proceso democrático o, se ejerce para conseguir precisamente esa autoridad.¹⁷

1.3 La Incidencia de la Corrupción en materia de Contratación Pública.

En el área de la contratación administrativa, un nicho para el fenómeno de la corrupción es la existencia de vacíos o ambigüedades en las reglas del procedimiento, que le otorgan cierta arbitrariedad o discreción, el cual es un elemento, según KILTGAARD de la ecuación de la corrupción.¹⁸ En segundo lugar, puede ser que el “mercado” o la institución como tal, tenga al soborno, las dádivas o la colusión como patrón sistémico, por lo

letra c, del apartado 2 del Tratado de Ámsterdam, antiguo artículo K del Tratado de la Unión Europea, estableció el 26 de mayo de 1997 el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión europea. (Jorge F, 2000, pág. 99). En los presuntos casos de corrupción que se analizan en esta memoria son aparentemente de naturaleza pública bilateral, por cuanto existió un previo acuerdo de ambas partes tanto la empresa privada como la pública, en la que los funcionarios de alto nivel presuntamente ofrecieron sus conocimientos del mercado, de la organización de las instituciones públicas e influencias a cambio de una dádiva. Sin embargo, tanto la corrupción activa como la pasiva pueden ocurrir en el seno del sector público.

¹⁷ Sobre el particular Osvaldo HURTADO, en las palabras pronunciadas en la inauguración del seminario Reflexiones, experiencias y estrategias en torno a la corrupción, Quito, 19-21 de octubre de 1998, apuntó: “la corrupción es percibida por los ciudadanos como el medio a través del cual políticos y funcionarios públicos se enriquecen mediante el cobro de comisiones o la aceptación de sobornos, a cambio de lo cual conceden favores, adquieren bienes y contratan obras o, simple y burdamente, roban dineros del Estado y abusan de su patrimonio”. (Napoleón, 1995, pág. 99).

¹⁸ Recordemos la ecuación que propone dicho autor: Corrupción= Monopolio+Arbitrariedad-responsabilidad. (Robert, 1990, pág. 58).

16 El Consejo de la Unión Europea, sobre la base de la

que aún y cuando se promueva un concurso abierto y de amplia participación, no se logrará el fin. Ambas situaciones traen como consecuencia el incremento de inseguridad jurídica y la poca probabilidad de que se logre un precio eficiente. Se comentará cada una de estas situaciones.

En cuanto al primer aspecto, debe indicarse que los procedimientos de contratación administrativa no son un fin en sí mismos, sino que han sido dispuestos como un mecanismo de transparencia y para garantizar que la selección de una oferta, además de cumplir con los requisitos técnicos del cartel, sea aquella que cuente con el menor precio y presente la mayor calidad del bien y servicio. Para tal fin, el procedimiento se basa en la libertad de competencia y no discriminación entre los participantes: su éxito consiste precisamente en que cuanto mayor número de oferentes se presenten, mayores son las oportunidades de la institución de escoger eficientemente un bien o servicio, por cuanto la competencia genera una "guerra" técnica y económica entre las distintas ofertas.

Para que exista una libertad de competencia se requiere que la publicación o comunicación de la invitación a concursar en un procedimiento administrativo sea abierta y pública, y que además, se permita el acceso a toda la información contenida en el expediente administrativo. Lo cual está vinculado con el principio de publicidad.

El hecho, que se brinde acceso a toda la información relacionada con la contratación, permite que las empresas cuenten con los elementos necesarios para valorar el precio de los productos requeridos, además al ser libre y transparente el procedimiento brinda certeza jurídica a los participantes, disminuyendo riesgos. De manera que, los procedimientos de contratación administrativa son instrumentos de transparencia y garantía jurídica, tanto para la Administración como para el privado. Para la Administración, porque mediante ellos se logran tres resultados relevantes: a) al establecer los parámetros

objetivos y razonables, se delimita la potestad adjudicataria de la administración, fortaleciendo los controles, el equilibrio entre los poderes del estado, y la cultura de rendición de cuentas, b) se selecciona (en tesis de principio) la oferta que más satisfaga a la Administración, tanto en la calidad como en la eficiencia del precio de los bienes y servicios requeridos; y finalmente, c) con el cumplimiento de todos estos parámetros, se logra una sana administración de los recursos públicos.

En cuanto a la esfera privada, los procedimientos de contratación pública, brindan certeza a las participantes de las reglas a las cuales estarán sometidos en términos de igual de trato y no preferencia, de manera tal, que tendrán seguridad jurídica de que el Estado "arbitrará" y garantizará, en la práctica, que en la competencia a la cual van a estar sometidos, no se produzcan elementos distorsionantes, ni discriminadores. Por lo que tendrán claro que si sus ofertas son descartadas es por cuanto -y sólo por eso-, una vez realizados todos y cada uno de los trámites, y previa calificación según reglas establecidas, sus plicas no satisfacen la necesidad administrativa, y a la inversa, que la empresa adjudicataria del concurso, cumplió con cada una de las especificaciones económicas, técnicas y jurídicas del pliego de condiciones. En la medida que tengan claridad los trámites, requisitos y reglas en general a las cuales pueden ser sometidos, el riesgo inherente al negocio se reduce, generando un clima propicio para la competencia leal y libre.

Por lo que, al realizarse en un procedimiento bajo estos parámetros, es posible someter la decisión administrativa a los principios de transparencia y rendición de cuentas, propios de los sistemas de Derecho contemporáneos, reduciendo la arbitrariedad y mitigando los efectos del "monopolio del poder" que ostenta, en la decisión final, la Administración, los cuales son alicientes para la corrupción.

2. Los Principios de Transparencia, Publicación y Rendición de Cuentas mecanismos para la Lucha contra la Corrupción en el ámbito de las compras públicas.

A criterio de la autora, el Estado de Derecho se encuentra vinculado con el principio de buen gobierno consagrado en los artículos 140 inciso 8), 139 inciso 4) y 191 constitucionales: "La buena administración es el pilar donde ha de cimentarse, en este sentido, el control de la calidad de la decisión discrecional, pues la idea no se limita a consagrar el deber de la Administración de no ser irracional y arbitraria en sus decisiones, ni siquiera el de limitarse a cumplir con la legalidad, sino el deber jurídico de hacer un adecuado ejercicio de su función, que se acerca más a la idea de acertar (adoptando de modo diligente decisiones adecuadas, de calidad) que a la de no fallar (que representaría el parámetro de la legalidad)."¹⁹.

2.1 Dimensiones Constitucionales del Principio de Transparencia como norte de los procedimientos de contratación pública.

Tal y como se ha apuntado, la CIDH ha reiterado que uno de los mecanismos más eficientes contra la corrupción es la fortaleza institucional, la probidad de los funcionarios públicos y la reducción de los espacios de discrecionalidad administrativa, mediante la participación ciudadana en la toma de decisiones, y el establecimiento de procedimientos reglados que faciliten el control²⁰. En este

19 (J.A., 2020, pág. 1160). En igual sentido, ver Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución RA N° 4621-2013 de las 14:30 horas de fecha 10 de abril de 2013.

20 La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el Informe Corrupción y Derechos Humanos manifestó que: "Comisión Interamericana ha establecido una serie de principios fundamentales que permiten desarrollar estas políticas públicas anticorrupción con una perspectiva de derechos humanos. Estos principios son: la centralidad de las víctimas de la corrupción y la necesidad de medidas adecuadas de reparación; el fortalecimiento del Estado de Derecho y de la institucionalidad democrática; las garantías de igualdad y no discriminación; la participación e inclusión social; mecanismos de reclamo y acceso a la justicia, la producción y acceso a la información; la transparencia y rendición de cuentas; y la inclusión de las perspectivas de género y diversidad. Todos estos principios deben estar presentes en toda estrategia de lucha contra la corrupción que pretenda ser integral, efectiva y eficaz."

sentido, el ámbito de contratación pública es per se, discrecional. Desde la adopción de la decisión inicial del contrato, la propia identificación de la necesidad, así como la determinación de si lo recibido se ajusta a lo solicitado es parte del ejercicio pleno discrecional de la Administración.

Por ello, la transparencia en un sentido amplio²¹ resulta crucial para que los ciudadanos puedan conocer la razonabilidad de las decisiones administrativas, y la pertinencia de los mecanismos contractuales, de cara al interés público identificado. Sala Constitucional mediante la Resolución RA N° 2002-3816 de las 14:53 horas de fecha 24 de abril del 2002 manifestó: "(...) V. Conforme a lo establecido por el artículo 182 de la Constitución Política, la Administración Pública en cumplimiento de las finalidades establecidas por el ordenamiento jurídico y de satisfacer de manera eficiente y oportuna sus necesidades, debe recurrir a los procedimientos de contratación administrativa, con el fin de seleccionar la oferta que estima más conveniente para suplir la necesidad pública en beneficio de la colectividad. El ejercicio de la actividad contractual del Estado, está sujeta a una serie de principios que han sido delimitados por la Sala Constitucional a partir del voto 0998-98 de las 11:30 horas del 16 de febrero de 1998 y reiterado en los fallos posteriores, en donde se ha considerado lo siguiente: '(...) VI. LOS PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA. (...)4.- de legalidad o transparencia de los procedimientos, en tanto los procedimientos de selección del contratista deben estar definidos a priori en forma precisa, cierta y concreta, de modo que la administración no pueda obviar las reglas predefinidas

(CIDH, 2018, p14).

21 La Comisión Económica para América Latina y El Caribe estipula que "la transparencia gubernamental es un principio que se refiere a un modo de actuar de la Administración Pública. Consistente en que la información sobre las actividades de los organismos públicos sea creada y esté a disposición del público, con excepciones limitadas, de manera oportuna y en formatos de datos abiertos sin límite para la reutilización. La transparencia no solo es una barrera contra la corrupción y los abusos de poder, sino también de un derecho de todo ciudadano a recibir información sobre lo que hacen los gobiernos con el dinero de sus impuestos". (Alejandra & Concha, 2012, pág. 20).

en la norma jurídica que determina el marco de acción, como desarrollo de lo dispuesto al efecto en la Constitución Política; (...).”

Así las cosas, uno de los mecanismos que se han contemplado a nivel internacional para lograr la transparencia es disponer de mecanismos de acceso a la información pública mediante plataformas virtuales, y la contratación electrónica. Respecto a la primera, la Sala Constitucional indicó en su Resolución N° 2010012790 de las 8:55 horas del 30 de julio del 2010 lo siguiente: “(...) debe decirse que el avance en los últimos veinte años en materia de tecnologías de la información y comunicación (TIC’s) ha revolucionado el entorno social del ser humano. Sin temor a equívocos, puede afirmarse que estas tecnologías han impactado el modo en que el ser humano se comunica, facilitando la conexión entre personas e instituciones a nivel mundial y eliminando las barreras de espacio y tiempo. **En este momento, el acceso a estas tecnologías se convierte en un instrumento básico para facilitar el ejercicio de derechos fundamentales como la participación democrática (democracia electrónica) y el control ciudadano, la educación, la libertad de expresión y pensamiento, el acceso a la información y los servicios públicos en línea, el derecho a relacionarse con los poderes públicos por medios electrónicos y la transparencia administrativa,** entre otros. Incluso, **se ha afirmado el carácter de derecho fundamental que reviste el acceso a estas tecnologías, concretamente, el derecho de acceso a la Internet o red de redes.**” (El resaltado es de autoría propia).

2.2 La Ley General de Contratación Pública y los Principios de Rendición de Cuentas, buen gobierno y participación.

Como se ha indicado anteriormente, el Estado Social y Democrático de Derecho se encuentra vinculado con el principio de buen gobierno consagrado en los artículos 139 inciso 4), 140 inciso 8), y 191 de la Constitución Política. La Sala Constitucional en su Resolución N° 10109-2020 de las 9:25 horas de fe-

cha 20 de octubre de 2020 ha postulado que el buen funcionamiento de los servicios públicos corresponde a un derecho fundamental²², el cual se traduce en “(...) se traduce en la obligación de las distintas Administraciones Públicas de prestar servicios de forma continua, regular, celeridad, eficaz y eficiente. Asimismo, de la parte orgánica de la Carta Fundamental, se erigen una serie de principios de la organización y función de la Administración, los cuales han sido desarrollados por normas infra constitucionales, tales como la Ley General de la Administración Pública, que en sus artículos 4, 225, párrafo 1 y 269, párrafo 1, impone el deber de los órganos del Estado, de orientar y nutrir la organización y la función administrativa (...)”.²³ Igualmente, la rendición de cuentas se erige como pilar para transparentar la actuación pública, y como mecanismo para evaluar la eficiencia y eficacia del Estado hacia el interés público. Así lo ha determinado la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en la Resolución N° 00676 – 2020 de las 14:50 horas del 05 de marzo del 2020, al reseñar que: “(...) Ello es parte esencial del Estado de Derecho, asimismo, hace parte de la transparencia y el desempeño ético en el ejercicio de la función pública, relacionado también con la

22 Sobre el tema del buen funcionamiento de los servicios públicos como derecho fundamental, el tratadista León Duguít esbozó que: “¿Tiene derecho el particular al funcionamiento de los servicios públicos? (...) Preguntar si existe un derecho del particular al funcionamiento legal de un servicio, equivale a preguntar si existe una relación jurídica entre el particular y el Estado, relación de derecho en virtud de la cual el particular podría hacer que se condenase al Estado a ejecutar el servicios conforme la ley. (...) Cuando el servicio público ha sido creado y organizado debe funcionar conforme a su ley.” Para el referido autor, aparece aquí aún más clara la sustitución de la idea de soberanía por la de servicio público. “Si el Estado hubiera seguido siendo el poder soberano que manda, no se comprendería cómo el particular podría exigir de esta soberanía que interviniera para organizar los servicios públicos y asegurar su funcionamiento. El Estado sería, evidentemente, libre para obrar como él creyera conveniente y podría apreciar discrecionalmente cómo deben funcionar los servicios. Si el derecho moderno organiza garantías en pro de los particulares contra el Estado mismo; si todo interesado dispone de medios jurídicos para hacer anular todo acto del Estado contrario a la ley del servicio, es natural que el derecho público entero descansa sobre la noción de una regla de derecho que impone a los gobernantes una obligación de servicio”. (Duguít, 2022, pág. 70 y 71)

23 Ver, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 2016-000427 de las 09:30 horas de 15 de enero de 2016.

rendición de cuentas que debe hacer toda persona que ha desempeñado un cargo público, aunque ya no lo ejerza por voluntad propia. (...) No puede obviarse, la rendición de cuentas es un deber inherente a todo servidor público, en esa dirección consagra el numeral 11 de la Carta Magna: '(...) La Administración Pública en sentido amplio, estará sometida a un procedimiento de evaluación de resultados y rendición de cuentas, con la consecuente responsabilidad personal para los funcionarios en el cumplimiento de sus deberes. La Ley señalará los medios para que este control de resultados y rendición de cuentas opere como un sistema que cubra todas las instituciones públicas'."

Con la reciente publicación de la Ley General de la Contratación Pública, se crea a un nuevo Rector en materia de compras públicas, la Autoridad de Contratación Pública (artículo 128 Ley N° 9989), conformada por el ministro de Hacienda, quien lo presidirá; el ministro de Planificación Nacional y Política y el ministro de Ciencia, Tecnología y Telecomunicaciones. Estableciéndose la obligación de rendir cuentas anualmente al presidente de la República, a la Comisión Permanente Especial para el Control del Ingreso y el Gasto Público de la Asamblea Legislativa. De ahí que se establezca todo un subsistema dentro del ámbito nacional, y una institucionalidad que se encargará de rendir cuentas a la población. Además, se destaca que, en el numeral 129 como parte de sus funciones se encuentra el proponer directrices al Poder Ejecutivo, previa escucha de la opinión de los distintos actores así como de la ciudadanía, conforme a lo establecido en los artículos 99 y 100 de la Ley 6227, Ley General de la Administración Pública, de 2 de mayo de 1978, al menos para lo siguiente: i) Para establecer la vinculación entre el plan de compras y el presupuesto, con el Plan Nacional y los planes institucionales, según corresponda. ii) Para procurar la estandarización de bienes y la promoción de compra consolidada para generar ahorros mediante economías de escala. iii) Para propiciar el desarrollo regional, la innovación, la inclusión, la sostenibilidad y

promoción de pymes, todo lo anterior como valor público de las compras. iv) Para la profesionalización, certificación de idoneidad y la capacitación continua del personal dedicado a la contratación pública y acreditación de las unidades de compra.

2.3 El Principio de Publicidad desde la Perspectiva Constitucional y su concreción en el ámbito de la contratación pública.

Ha sido reconocido a nivel constitucional que una rendición de cuentas sin transparencia y sin la publicidad de las actuaciones de la Administración Pública se convierte en postulados vacíos, sin contenido. De esta manera, estos tres principios se conjugan para lograr una verdadera participación democrática por parte de los habitantes. La Sala Constitucional, en la Resolución N° 11750 – 2020 de las 9:05 horas del 26 de junio de 2020 apuntó: "En ese sentido Kant señalaba que 'Son injustas todas las acciones que se refieren al derecho de otros hombres cuyos principios no soportan ser publicados', de tal suerte, que la filosofía clásica alemana construyó un principio democrático de enorme importancia y de grandes consecuencias, una tríada absolutamente inseparable para la vida democrática formada por la publicidad que proporciona legitimidad y que soporta a la justicia. La visibilidad del poder vino así, a ser uno de los atributos esenciales de la democracia frente a otras formas de gobierno. Como cité supra, el filósofo italiano Norberto Bobbio prefería entre todas las nociones de democracia aquella que la presenta como 'el ejercicio del poder en público' para referirse a todos aquellos mecanismos institucionales que obligan a los gobernantes a tomar decisiones a la luz del día y a los gobernados a 'ver' cómo y dónde se toman dichas decisiones."

Así el Tribunal Constitucional señaló que la publicidad posibilita que la población pueda conocer cualquier actuación en el ámbito del poder público, y esto en materia de contratación pública es muy relevante para que los ciudadanos puedan controlar en

qué se invierten los recursos públicos. Así, en esta materia en la Resolución N° 998-98 de las 11:30 horas de 16 de febrero de 1998, la Sala Constitucional apuntó que el principio de publicidad en materia de contratación pública:

“constituye el presupuesto y garantía de los principios comentados, ya que busca asegurar a los administrados la más amplia certeza de la libre concurrencia en condiciones de absoluta igualdad en los procedimientos de la contratación administrativa, y que consiste en que la invitación al concurso licitatorio se haga en forma general, abierta y lo más amplia posible a todos los oferentes posibles, dándosele al cartel la más amplia divulgación, así como el más amplio acceso al expediente, informes, resoluciones y en general a todo el proceso de que se trate; (...)”.

Lo cual se complementa con el hecho que, mediante la contratación se erogan fondos de carácter público, por lo que en la Ley N° 8131 de 2001, Ley de Administración Financiera y Presupuestos Públicos del 18 de setiembre de 2001 en su numeral 5 inciso g) se dispone dicho principio como parte de los que orientan el sistema de presupuestos públicos, ligándolo con la transparencia, al definir que: “En aras de la transparencia, el presupuesto debe ser asequible al conocimiento público, por los medios electrónicos y físicos disponibles.”

b. La eficacia de los mecanismos jurídicos costarricenses contra la corrupción en la contratación pública.

Ante los casos de corrupción que se presentaron en Costa Rica, con la consecuente crisis institucional, política y democrática que éstos conllevaron, la Asamblea Legislativa aprobó la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública y creó la Procuraduría de la Ética Pública, las cuales, junto con las ya vigentes Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y Ley General de Control Interno, podrían ser consideradas como los pilares jurídicos

básicos existentes en este país en materia de lucha contra la corrupción. Por un tema de espacio, sólo se analizará el papel de la Contraloría General de la República (CGR) dentro de ese esquema de control a nivel administrativa, ya que no se puede dejar de lado la creación de la Fiscalía Adjunta de Probidad, Transparencia y Anticorrupción y de la Fiscalía Especializada de la Jurisdicción Penal de Hacienda y de la Función Pública²⁴, las cuales son dependencias del Ministerio Público en Costa Rica²⁵.

1. Las potestades de la Contraloría General de la República en materia de corrupción y transparencia, y la nueva Ley General de Contratación Pública.

Si bien como se indicó en líneas anteriores, la LGCP creó un nuevo Rector en materia de contratación pública, se mantiene la relevancia de la Contraloría General de la República, como un órgano de carácter constitucional, cuyo papel en este ámbito se mantiene vigente. Por este motivo se considera relevante analizar sucintamente las atribuciones que dentro de la Norma Fundamental y en el ordenamiento jurídico se le asigna a dicho órgano, concretizándose en la materia contra la corrupción en el ámbito de la Hacienda Pública.

1.1 El Rol Constitucional de la Contraloría General de la República en la Lucha contra la Corrupción en la Contratación Pública.

La Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, Ley N° 7428, establece que la Contraloría General de la República es un órgano constitucional fundamental del Estado, auxiliar de la Asamblea Legislativa en el control superior de la Hacienda Pública y rector del sistema de fiscalización. Este

²⁴ Ver respecto a esta Fiscalía especializada, lo estipulado en el numeral 5° de la Ley N° 10373 de 2023, Ley “Reformas a leyes en materia de anticorrupción para atender recomendaciones del grupo de trabajo sobre el soborno en las transacciones comerciales internacionales de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE)”, del 20 de setiembre del 2023.

²⁵ Fue creada mediante el Acuerdo del Ministerio Público, Circular N° 03-PPP-2010 de noviembre de 2010.

sistema de fiscalización tiene como objetivo garantizar la legalidad y la eficiencia de los controles internos y el manejo de los fondos públicos en los entes sobre los cuales tiene jurisdicción la Contraloría General de la República, de conformidad con esa Ley. Por eso, su papel es preponderante en la lucha contra la corrupción en cuanto al manejo de los recursos públicos.

Con la finalidad de asegurar el cumplimiento de esta función, la Constitución Política establece en su artículo 183 que la CGR cuenta con absoluta independencia funcional y administrativa en el desempeño de sus labores. La misma Constitución, en el numeral 184, delimita en forma más específica las competencias de ese órgano contralor, al establecer que son deberes y atribuciones de ésta fiscalizar la ejecución y liquidación de los presupuestos ordinarios y extraordinarios de la República; examinar, aprobar o improbar los presupuestos de las municipalidades e instituciones autónomas y fiscalizar su ejecución y liquidación; enviar anualmente a la Asamblea Legislativa, en su primera sesión ordinaria, una memoria de movimientos correspondiente al año económico anterior, con detalle de las labores del Contralor General y exposición de las opiniones y sugerencias que éste considere necesarias para el mejor manejo de los fondos públicos; examinar, glosar y fenecer las cuentas de las instituciones del Estado y de los funcionarios públicos; y las demás que la Constitución y las leyes le asignen.

Este artículo constitucional se encuentra desarrollado en el Capítulo II de la Ley Orgánica de la Contraloría, en el que se definen una serie de potestades dadas a favor de este órgano contralor para el cumplimiento de sus fines, dentro de las cuales se encuentran la potestad de control de eficiencia, de control presupuestario, de aprobación de actos y contratos, de realizar auditorías, de investigación, potestad reglamentaria, potestades de fiscalización en materia de fiscalización, potestad sobre control de ingresos y exone-

raciones; entre otras²⁶.

La CGR ejerce su competencia sobre las instituciones, corporaciones y empresas públicas, sean entes u órganos, propietarios o encargados, por cualquier título, de la administración del patrimonio público. Estos sujetos pasivos de fiscalización es lo que se conoce como Administración activa, extendiéndose a aquellos entes y órganos sobre los cuales la Contraloría tiene competencia facultativa y que se encuentran previstos en el artículo 4 de su Ley Orgánica. Junto a este papel rector en materia de fiscalización como un órgano de control externo por excelencia, se encuentran la Administración activa y las Auditorías Internas, las cuales, desde la óptica del control interno, tienen importantes funciones fiscalizadoras. No obstante lo anterior, para el caso de análisis la CGR intervino en su control a priori, y no fue efectivo. Lo que pone de manifiesto la necesidad de fiscalización posterior y más intensa frente a la Administración.

1.2 Los Mecanismos de Transparencia y Publicidad contenidos en la Nueva Ley General de Contratación Pública

En el artículo 8 de la LGCP se plasma que los principios generales de la contratación pública deberán regir transversalmente toda la actividad contractual en la que medie fondos públicos, y durante todo el ciclo de ésta. Como uno de sus principios está la transparencia (inciso c) enunciando que: “todos los actos que se emitan con ocasión de la

²⁶ Estas competencias fueron reconocidas en la nueva Ley General de Contratación Pública, al establecer en el artículo 6 que: “Todas las disposiciones de esta ley deberán ser interpretadas para propiciar y facilitar las labores de fiscalización superior de la Hacienda Pública, incluido el principio de control que le corresponde a la Contraloría General de la República. La Contraloría General de la República, como órgano rector del ordenamiento de control y fiscalización superior de la Hacienda Pública, con ocasión de los recursos de apelación y de objeción o cualquier otro trámite que le sea presentado, podrá requerir a los entes, los órganos, las personas sujetas a su control, o bien, a asesores externos, las consultas o los requerimientos que estime pertinentes, los cuales deberán ser atendidos en los términos y plazos estipulados en el respectivo requerimiento. La desatención de lo anterior originará la causal de sanción prevista en la presente ley.”

actividad de la contratación pública deben ser accesibles de manera libre e igualitaria por parte de los intervinientes y de cualquier persona interesada. La información que se ponga a disposición debe ser cierta, precisa, oportuna, clara y consistente”. Según lo apuntado líneas atrás, uno de los mecanismos sobre los cuales se basa la LGCP para reducir la corrupción en las compras públicas es la utilización del mecanismo de la contratación electrónica.

Así, en primer lugar, en el Capítulo III, artículos 16 a 19 regulan que toda la actividad de contratación debe estar incluida en una misma plataforma, denominada “sistema digital unificado”. Como parte de las garantías de uso de los datos abiertos en contratación, dispone que este sistema “garantizará los principios de publicidad, transparencia, seguridad, integridad, no repudio y neutralidad tecnológica de cada uno de los procedimientos, documentos e información relacionados con dichos procesos de compras; así como cumplir con lo establecido en la Ley 8454, (...).”

Así como,
“deberá contener, como mínimo, la disponibilidad de la información, sin costo al usuario, en forma indexada y bajo formatos abiertos que permitan su acceso y procesamiento, de modo que al menos se almacene en formatos digitales abiertos y aptos para que cualquier persona pueda descargarlos, copiarlos y manipularlos mediante interfaces de programación de aplicaciones y reproducirlos sin necesidad de requerir la información a la Dirección de Contratación Pública o el operador del sistema digital unificado.”

De hecho, en diversas etapas de todo el ciclo de contratación se enuncia que dichos actos deben estar publicitados en este sistema como requisito de validez, y en todos los procedimientos ordinarios o especiales regulados en éstos. Así por ejemplo, se pueden citar los artículos: 9, 14 (contrataciones internacionales); 31 (planificación y alertas tempranas); 51 (publicación de tiempos de

celebración del procedimiento); 56 incisos g), h) e i) (requisitos de licitación mayor); 58 (licitación con precalificación); 61 incisos g), h) e i) (requisitos de la licitación menor); 63 incisos e) y f) (requisitos de la licitación reducida, en donde incluso apunta que, “deberá constar un registro del uso de las licitaciones reducidas que trimestralmente realice cada Administración); 64 (remate); 65 (subasta inversa electrónica); 66 (contrataciones de urgencia); 68 (servicios en competencia); 84 (convenios marco); 95 (recurso de objeción); 97 (recurso de apelación); entre otros.

Adicionalmente, incluye que:
“deberá constar un registro de los plazos de las contrataciones por Administración, en el que se generen alarmas del vencimiento de los contratos. En el sistema se visualizará, a la vez, el listado de prórrogas aplicadas por cada Administración. Dicha información deberá ser pública y cualquier interesado podrá acceder a ella”.

Esto es importante, por cuanto casos de corrupción respecto a contrataciones con el Consejo Nacional de Viabilidad (Caso conocido como “Cochinilla”) ha versado sobre el pago de dádivas para efectos de que los pagos sean más expeditos (en fases de ejecución contractual).

Finalmente, y sin pretender ser exhaustivos, la LGCP (artículo 125 incisos c y o) dispone que la omisión de no tramitar el procedimiento en el sistema unificado, o no incorporar, dentro del plazo fijado en los artículos 56, inciso g); 61, inciso g) y 63, inciso e) de la citada ley, la información en el sistema digital unificado, conlleva a una responsabilidad administrativa del funcionario. Ahora bien, considera la autora que el mecanismo de contratación electrónica permite mayor transparencia, publicidad y rendición de cuentas, mas no todas, sino aquellas cuyas plataformas sean usables, con información organizada y de fácil acceso y comprensión.

1.3 Otros mecanismos para la Lucha contra la Corrupción en la Ley General de Con-

Contratación Pública.

Aunado a la contratación electrónica (ejercida a través del SICOP) en la LGCP se establecen una serie de controles para lograr un control sobre la contratación pública. Tal vez el más crucial es el hecho de una restricción de la utilización de las figuras de excepción y la supresión de la competencia de la CGR para autorizar dicha excepción en casos donde el interés público lo permitiera (aún cuando fueran materias que no estaban excluidas o situaciones que típicamente no podían ser excepcionadas). De hecho se eliminó la contratación directa como un procedimiento ordinario dispuesto, y ahora sólo son Licitación Mayor, Menor y Restringida.

El segundo mecanismo fue el fortalecer el proceso de planificación para la compra pública. Sin embargo, hay que ponderar el costo-beneficio en compras pequeñas o que sean de suministro a baja escala, donde los procesos se han puesto más rigurosos lo que puede afectar también la eficiencia y eficacia, y más bien convertirse en una camisa de fuerza que promueva no realizar el proceso concursal. Debería en este caso establecerse un proceso diferenciado entre una obra pública de construcción o de gran escala, en la que hay mayor uso de recursos públicos, y no para todas.

Otros de los aspectos regulados, son los múltiples tipos de registros que se prevén como los de precios (previa elaboración de estudios de mercado internos y externos, pero que a la postre han estado desactualizados e incluso son más costosos que los que se identifican en el mercado), de los bienes y servicios (catálogo que tiene sus inconvenientes por cuanto a veces dificulta encontrar cuál es el que corresponde, especialmente cuando versa sobre algún producto innovador o nuevo), ambos supuestos regulados por el numeral 17; de proveedores y subcontratistas (-artículo 18-, véase que esta parte es importante de cara a la verificación de la idoneidad de las personas que ejecutan la contratación, y que no sea un mecanismo la subcontra-

tación para evadir controles), registro de las contrataciones excepcionadas que utilizan las entidades (-artículo 4-, a fin de transparentar cuántas instituciones han estado sin utilizar los procesos de concurso, lo cual a criterio de la autora no es lo más conveniente, dado que hay supuestos por ejemplo casos de publicaciones en el Diario Oficial La Gaceta donde per se por su naturaleza debe estar excluida), además del registro de sanciones e inhabilitaciones de las empresas (artículo 123 LGCP).

También se establecieron mayor cantidad de supuestos o se concretó dónde cabría una incompatibilidad o una prohibición para contratar, pero no se reguló el caso de los grupos de interés económico o consorcios, y se mantuvo el registro de las declaraciones juradas rendidas por los proveedores y subcontratantes (artículo 29), estableciendo que su omisión de verificar su existencia es causal de responsabilidad del funcionario (numeral 125), sumado a la excusión de la oferta cuando se compruebe una violación al régimen de prohibición y de la resolución contractual cuando se detecte en la fase de ejecución, y una imposición de sanciones (artículos 118 y 119 incisos c) y g) de la LGCP).

Aunado a lo expuesto, se modificó la Ley N° 8131 para darle un papel más preponderante a la Contabilidad Nacional, la cual llevará el registro de las obras y los bienes dados en concesión por órganos o entes de la Administración central conforme al régimen de concesión de obra pública, el de concesión establecida en la Ley General de Contratación Pública o de conformidad con otras disposiciones legales aplicables (artículo 93 Ley N° 8131), y los inventarios de todos los bienes que actualmente para el caso del Poder Ejecutivo se lleva mediante el SIBINET.

Lo anterior dentro de una serie de normas concretas donde se regularon el deber ético de los funcionarios que intervengan dentro de las compras públicas (artículo 10), y de los propios oferentes (numeral 13), y la obligación de atención y cumplimiento a los

requerimientos, so pena de responsabilidad administrativa (artículo 12) y de caducidad del procedimiento (artículo 51) o de la ejecución propia del contrato (artículo 112). Lo cual favorece los casos, en donde la morosidad administrativa ha abierto un portillo para que haya colusión, a fin de que se favorezca a una empresa para que pague o resuelva una petición como es el caso del reajuste del precio.

Por último, se endurecieron y se ampliaron los supuestos de sanciones y responsabilidad administrativa a los funcionarios infractores, y la inhabilitación de las empresas, regulándose para este caso, dos tipos, la simple y calificada, en donde esta última se opone a cualquier entidad pública contratante y no sólo con la empresa que contrató.

2. Análisis del Caso del Instituto Costarricense de Electricidad y Alcatel a la luz del nuevo marco jurídico de Contratación Pública.

Como se adelantó en la introducción del presente artículo, décadas después de haber acontecido los casos de corrupción que en su momento fueron muy conocidos por la población a través de los diferentes medios de comunicación, como el caso del Instituto Costarricense de Electricidad y la empresa ALCATEL, se considera oportuno analizar bajo el tamiz del nuevo orden jurídico en materia de contratación administrativa, a fin de determinar si mediante los instrumentos que están previstos en ésta, se hubiera podido evitar un evento tan pernicioso para el país.

2.1 Los Hitos más relevantes sobre el Caso ICE-ALCATEL.

El Instituto Costarricense de Electricidad (en adelante ICE), fue constituido durante la presidencia de José Figueres Ferrer, padre del expresidente José María Figueres Olsen, también implicado en los hechos de corrupción.²⁷

²⁷ En su norma de creación, se le encomienda al ICE el desarrollo racional de las fuentes productoras de energía física que la Nación posee, en especial los recursos hidráulicos, por lo que será responsabilidad fundamental el

En ejercicio de sus competencias, en ese momento monopolísticas realizó una contratación, cuyo objeto era "el arrendamiento del equipo con opción de compra (leasing), más los servicios y componentes asociados, para que el Instituto Costarricense de Electricidad brinde 400.000 soluciones integrales telefónicas inalámbricas tecnología GSM en la Banda 1.800 MHz", suscrito entre el ICE, el Banco Centroamericano de Integración Económica y la empresa ALCATEL CIT, el cual fue aprobado por la Contraloría General de la República de Costa Rica.²⁸

En su momento se generaron dos acusaciones formales contra dos de los supuestos implicados en los casos de corrupción. Estos son el Ex directivo del ICE, Hernán Bravo y el ex ejecutivo de la empresa francesa de telecomunicaciones ALCATEL y representante en Centroamérica, el señor Christian Sapsizian. Este último fue acusado de corrupción en los Estados Unidos, por soborno a funcionarios costarricenses, lo detuvieron el 20 de noviembre del 2006, y el Tribunal Federal de Miami le impuso una fianza de medio millón de dólares, finalmente en el año 2008 lo condenó a 30 meses de cárcel.²⁹

A nivel de medios de comunicación se identificó la participación de los ex Directivos de la Junta Directiva del ICE, encargados de adoptar las decisiones finales de adjudicación de los contratos, y los Ex Presidentes

encauzar el aprovechamiento de la energía hidroeléctrica con el fin de fortalecer la economía nacional y promover el mayor bienestar del pueblo de Costa Rica. (Artículo 1, Ley N° 449 de 1949). Posteriormente, por medio de la Ley N° 3226 de 1963, se le confirió al ICE el objetivo de establecer, mejorar, extender y operar los servicios de comunicaciones telefónica, radiotelegráficas y radiotelefónicas. Tomado de la página web oficial del Instituto Costarricense de Electricidad. (<http://www.ice.go.cr/esp/tele/infobase/hist.html>.)
²⁸ Oficio No. 2543 (DI-AA-698) del 07 de marzo del 2002, emitido por la Unidad de Autorizaciones y Aprobaciones de la División de Desarrollo Institucional de la Contraloría General de la República.

²⁹ La acusación se basó en la Ley de prácticas corruptas extranjeras, que prohíbe a las empresas nacionales o extranjeras que cotizan en bolsa pagar sobornos a funcionarios públicos extranjeros. Además, parte del dinero pasó por el Banco ABN Amor Bank, de Nueva York. NACION (periódico). "Sapsizian habló voluntariamente", del 07 de diciembre del 2006. En: www.nacion.com/ln_ee/2006/diciembre/07/pais.html.

de la República, Miguel A. Rodríguez Echeverría³⁰ (del Partido Unidad Social Cristiana) y José M. Figueres Olsen (del Partido Liberación Nacional).³¹ La denuncia estadounidense en contra de Christian Sapsizian, sostiene que la red de soborno consistió en una relación tripartita entre ALCATEL París, la filial costarricense ALCATEL CIT, y una firma de notarios costarricenses Servicios Notariales Q.C., mediante la cual, entre los años 2001 al 2003, Sapsizian desde las oficinas parisienses de ALCATEL, transfirió más de \$US14.5 millones a CIT, por concepto de pago de servicios de consultoría prestada por Servicios Notariales Q.C. Esta última era encargada de distribuir los sobornos entre los diversos funcionarios públicos del ICE (Directivos de la Junta Directiva del ICE), presuntamente desde su cuenta bancaria en Bahamas.

En esta acusación se detalla que se giraron \$US2.4 millones a la cuenta bancaria de la esposa de José Antonio Lobo, actualmente ex directivo del ICE, de la cual se trasladó \$US140.000, \$US370.000 (en efectivo) y \$US20.000 (como pago a las deudas de las tarjetas de crédito) al expresidente Miguel A. Rodríguez. Este alegó que el dinero recibido fue por un préstamo, y que desconoció en todo momento el origen de dichos fondos (provenían de ALCATEL).

Además se trasladaron las siguientes sumas: \$US1.2 millones al ex directivo del ICE Joaquín A. Fernández Alfaro, \$US900.000 al ex presidente José Ma. Figueres Olsen, \$US 929.000 al ex directivo del ICE, Hernán Bravo y un monto de \$US300.000 a favor de Christian Sapsizian, éstos últimos que fueron depositados en una cuenta de un Banco Panameño.³² Comple-

30 Días antes de haberse publicado los supuestos hechos de corrupción, había sido nombrado Secretario General de la Organización de Estados Americanos (OEA), sin embargo, se vio obligado a renunciar al cargo. (Ver Anexo I. Carta de Renuncia ante la OEA).

31 Fue un hecho público y notorio que los juicios se llevaron a cabo desde abril del año 2010 y finalizaron en el año 2016, con la absolutoria de Miguel Ángel Rodríguez Echeverría.

32 Ver al respecto NACION (periódico). "Justicia de EE. UU. entrevistó a testigo clave en Costa Rica", del 07 de diciembre del 2006. http://www.nacion.com/ln_ee/2006/diciembre/07/pais921507.html.

mento de lo anterior, el acusado Christian S. afirmó ante las autoridades de Estados Unidos, que ordenó desde la casa matriz de ALCATEL en París, el pago de hoteles y transporte de varios funcionarios del ICE que visitaron París en el 2003, transacción que se realizó de forma oculta y en efectivo, con el fin de no dejar evidencia contable.³³ En el caso de ALCATEL LUCENT fue multada por los tribunales franceses al pago de 150 mil euros por corrupción en Costa Rica.³⁴

2.2 Marco actual sobre Transparencia y Rendición de Cuentas, ¿son eficaces ante casos de corrupción en contratación pública?

De los hechos descritos en la sección anterior, se deduce que no era prioridad del ICE evaluar riesgos de la exclusión de los procedimientos de contratación, ni menos de las altas esferas, por cuanto, hubiera implicado en primer lugar, mayor transparencia que permite una rendición de cuentas de la decisión administrativa, y además la pérdida de control y de la situación de poder de decisión, ingredientes necesarios para la fórmula de corrupción que Robert KLITGAARD postula, y que se reitera por su importancia al caso en concreto: Corrupción = Monopolio + Arbitrariedad – rendición de cuentas.

Estos hechos demostraron una vulnerabilidad de los sistemas de compras del Estado ante

33 Tomado de NACION (periódico). "Ex Directivo de ALCATEL acusado por sobornos", del 06 de diciembre del 2006. http://www.nacion.com/ln_ee/2006/diciembre/06/pais920587.html. En igual sentido, NACION (periódico). "Sapsizian habló voluntariamente". Op.cit, se afirma que dicho ex gerente de ALCATEL, dijo haber ordenado el pago en efectivo (para evitar evidencias) de los gastos de viáticos de funcionarios costarricenses, en su visita a París. Asimismo, declaró que en ningún momento cuestionó los montos de las facturas enviadas por la empresa Servicios Notariales (consultores costarricenses), a pesar de que consideró que el monto cobrado por los servicios prestados era excesivo (\$US 14 millones). Además confesó que Servicios Notariales entre marzo del 2004 a julio de ese mismo año, le hizo transferencias por más de \$US 300.000, los cuales fueron depositados en la cuenta bancaria de la firma Casconsult S.A (constituida bajo las leyes de Panamá), en la que era apoderado.

34 FRANCE24 (periódico). "Condena en firme en Francia contra Alcatel-Lucent por sobornos en Costa Rica, del 16 de junio de 2021. <https://www.france24.com/es/minuto-a-minuto/20210616-condena-en-firme-en-francia-contra-alcatel-lucent-por-sobornos-en-costa-rica>

la existencia de importantes redes de colusión para la comisión de hechos corruptos, el cual es la falta de instrumentos adecuados de fiscalización para detectar riesgos e irregularidades, todo a pesar de la emisión de importante normativa al respecto.

En relación con esta situación, es importante transcribir lo señalado en el décimo primer Informe del Estado de la Nación, en que se manifestó lo siguiente:

“Pese a lo anterior, la principal debilidad de este proceso de renovación no está en el campo normativo, sino en el hecho de que no ha sido acompañado por un fortalecimiento correlativo en las capacidades de las instituciones, mediante la dotación de mayores recursos y personal calificado, para ejercer control sobre las acciones del sector público. Es preciso indicar que, si bien las potestades para el control y la sanción administrativa han aumentado, no fue posible para este Informe registrar un incremento en su uso. Adicionalmente, y a pesar de su precariedad, la información disponible parece señalar la existencia de importantes limitaciones para sancionar, desde el Derecho Penal, la corrupción (gráfico 1.4). Entre 1987 y 1997 los delitos contra la función pública apenas representaron entre el 2,0% y el 2,7% del total de denuncias recibidas por el Ministerio Público, y desde 1998 esta proporción no llega al 2,0%. La mayor parte de estas denuncias son por abuso de autoridad. Aunque se estableció una entidad especializada (la Fiscalía de Delitos Económicos y Corrupción), entre 2002 y 2004 solo uno de cada cinco expedientes que ingresó a ella estuvo relacionado con delitos contra los deberes de la función pública.”

Lo sostenido en este informe, debe analizarse profundamente. En primer lugar, confirma que se está ante un problema de limitación de la capacidad del Estado, tanto en sus recursos como en la capacitación de sus funcionarios para ejercer controles eficientes. Esta limitación es grave, puesto que, a pesar de marcos legales, existe un problema pro-

fundo en el actuar administrativo, que imposibilita un eficiente clima de transparencia, rendición de cuentas y gobernabilidad. Es decir, existe una voluntad del Estado para fomentar la transparencia y la rendición de cuentas, pero las instituciones no cuentan con controles de prevención de actos irregulares, y menos si éstos son tan complejos y técnicos como la corrupción de alto nivel.

Sumado al problema de prevención, el informe también señala un problema de detección de los actos corruptos, dado que aun cuando incrementaron los tipos penales que sancionan la corrupción, no implica un incremento automático del develamiento de éstos. Ello no significa menospreciar las figuras penales, de hecho son indispensables, pero para poder aplicarlas se requiere descubrir la existencia de actos de corrupción. Aspecto que ha sido difícil para los órganos de control interno (auditorías) y externos (CGR), por lo que no se resuelve la raíz del problema incrementando penas y las conductas punibles.

Finalmente, otro aspecto que preocupa de la afirmación del informe del Estado de la Nación, es que una vez que se han logrado detectar hechos de corrupción, o delitos en contra de la función pública o, delitos económicos, no se han podido penar. Se comentó en el presente trabajo, que la impunidad es clave para que se origine el fenómeno de la corrupción, por cuanto existe una relación intrínseca entre la corrupción y el hecho de que no se sancione a aquellas personas que violentan sustancialmente el sistema democrático y los procedimientos de toma de decisiones públicas instituidos, siendo el efecto principal de la impunidad la legitimación o la creencia en la opinión pública que la comisión de actos corruptos no va a ser perseguida ni penada judicialmente, y por lo tanto, que en alguna medida, el poder estatal autoriza la comisión de dichos actos.

2.3 Análisis del Caso ICE-ALCATEL y la Nueva Regulación en Contratación Pública: ¿Mecanismo Idóneo para la Lucha contra la Corrupción?

Luego del análisis de este caso y de las herramientas dispuestas en la LGCP en la lucha contra la corrupción se determina que, si bien cuenta con nuevos mecanismos no existentes en el año 2001, a hoy sería factible que otra vez se perpetren los actos de corrupción como los ocurridos en el caso ICE-ALCATEL. El contrato de ICE con ALCATEL tuvo como particularidad, que en el año 2001, la Contraloría General de la República, autorizó al ICE a prescindir del procedimiento de licitación pública, y emplear un procedimiento abreviado normado en el Reglamento de Adquisiciones del ICE. En un primer momento, la autorización se extendió para realizar una contratación de equipo Terminal en tecnología móvil GSM en la banda de 1800 MHz por un monto de \$US 80.000.000.³⁵ Mediante oficio N° 1098 (DAGJ-154-2001), se amplió dicha autorización con el fin de que el ICE contratara adicionalmente la ampliación de las centrales telefónicas (se le denominó el objeto del contrato la negociación de soluciones completas de GSM).

Posteriormente, se autorizó una tercera ampliación, esta vez en cuanto al monto de la contratación, ascendiendo el mismo a \$US 163,9 millones.³⁶ En todos estos oficios³⁷ se condicionó dicha autorización a que el ICE cumpliera una serie de requisitos que garantizaran la libre concurrencia, la publicidad, objetividad tanto en lo relativo a las reglas del concurso como en la calificación de las ofertas, la transparencia, la no discriminación entre los distintos oferentes y la seguridad jurídica.³⁸

35 Oficio No. 813 del 23 de enero del 2001, emitido por la División de Asesoría y Gestión Jurídica de la Contraloría General de la República.

36 Ver oficio No. 6169 (DAGJ-936-2001) del 07 de junio del 2001, emitido por la División de Asesoría y Gestión Jurídica de la Contraloría General, <http://www.cgr.go.cr>.

37 Primero se indicó en el oficio No. 813-2001, luego se volvió a incorporar en el oficio 1098-2001 los requisitos establecidos en la autorización original y finalmente, en el oficio No. 6169-2001 se recordó al ICE que debía ajustarse a las condiciones establecidas en las anteriores oportunidades.

38 Estos requisitos consistían en: "1. Deberá cursarse invitación a los potenciales oferentes mediante publicación en, al menos, dos diarios de circulación nacional. Dadas las características de la tecnología GSM, habrán de ser consideradas ofertas no sólo de las empresas actualmente proveedoras de centrales telefónicas, sino también de

Esta posibilidad de utilizar un procedimiento no regulado por la LGCP, pareciera que puede reducirse, sin embargo está la posibilidad de aplicar el artículo 85 LGCP de tipos abiertos, mediante una reglamentación dictada por parte de la Junta Directiva del ICE. Debe matizarse dicho análisis, ya que, la Sala Constitucional mediante la Resolución N° 022483 del 7 de agosto de 2024, determinó que los artículos 1, 2, 68, 69 y 70, por lo que, en su lugar le resultan aplicables los numerales 12, 20, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28 y 29 de la Ley 8660 de 2008, Ley Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones, de 8 de agosto de 2008.

Por otra parte, según la manifestación de las autoridades de ALCATEL, el soborno se dio para lograr una cuota de participación en las licitaciones internacionales promovidas por el Instituto Costarricense de Electricidad, ya que aparentemente antes del 2000, la empresa ALCATEL no había podido obtener ningún contrato de telecomunicaciones, siendo la práctica que solamente la empresa Ericsson resultaba adjudicataria. De acuerdo con lo manifestado por el imputado, esto era así, por cuanto los técnicos de esa institución costarricense sostenían que al ser las bases de telefonía costarricenses estableci-

cualesquiera otras que se ajusten fielmente a los protocolos que regulan la implementación de esta tecnología. 2. El cartel respectivo deberá constituir un cuerpo de especificaciones técnico, claro, suficiente, concreto, objetivo y amplio en cuanto a la oportunidad de participar, amén de contemplar un sistema de evaluación y comparación de ofertas, con indicación expresa de los factores a considerar, el grado de incidencia de cada uno en comparación global de las ofertas, así como el método para la asignación del puntaje. 3. Contra el pliego de condiciones y el acto adjudicatario cabrán los recursos de objeción al cartel y de apelación que regula la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento General. 4. Dada la cuantía de la negociación, deberá de exigirse de los participantes en el concurso, la rendición de garantías de participación y de cumplimiento, conforme los porcentajes que llegue a fijar ese Instituto al tenor de las regulaciones en la materia. 5. El procedimiento de contratación directa que por este medio se concede deberá dar inicio (publicación de la invitación al concurso) dentro de los treinta días naturales contados a partir de la siguiente notificación del presente oficio. 6. El monto del contrato del equipo terminal, sumado al de las ampliaciones de las centrales, no podrá exceder de la estimación indicada en la página 18 del documento anexo al primer oficio, a saber \$ 80.0 millones, moneda de los Estados Unidos".

das bajo la tecnología de Ericsson, resultaba incompatible la tecnología de ALCATEL. De manera que, mediante el soborno se logró una apertura del mercado, consiguiendo ser adjudicataria junto con la empresa Ericsson. Esto conlleva a que hay serias deficiencias en la elaboración de las fases previas de la contratación, las cuales no están vinculadas con la realización de los procedimientos en sí.

Aunado a que, como indicó el Programa de la Nación existe un tema importante de aplicación de la Ley, redireccionamiento de los procesos hacia el curso legalmente correcto, fiscalización y deficiencias en la ejecución contractual, lo cual no está regulado en la LGCP (ya que esas fases no están referidas al procedimiento en sí, sino a la propia administración y probidad de los funcionarios).

III. REFLEXIONES CONCLUSIVAS

La corrupción resulta un fenómeno multifactorial, en el cual no sólo se produce una transgresión al código ético del funcionario público, sino que es causa de la violación de derechos fundamentales, especialmente de las personas en condiciones de vulnerabilidad, dado que sustituye el interés público, por el interés tanto del funcionario público como del externo que ofrece la dádiva, y su impunidad produce una generalización de ésta en toda la institucionalidad. Lo cual socava el Estado Democrático de Derecho. En el área de la contratación administrativa, un nicho para dicho fenómeno es la existencia de vacíos o ambigüedades en las reglas del procedimiento, que le otorgan cierta arbitrariedad o discreción. Por lo que, la CIDH ha reiterado que uno de los mecanismos más eficientes contra la corrupción es la fortaleza institucional, la probidad de los funcionarios públicos y la reducción de los espacios de discrecionalidad administrativa, mediante la participación ciudadana en la toma de decisiones, y el establecimiento de procedimientos reglados que faciliten el control.

El caso seleccionado en esta investigación,

tiene como particularidad el ser una corrupción vertical (de alto nivel y sistemática), pública (debido a la materia, contratación administrativa) y política (por ser partícipes jerarcas políticos). También se ha advertido que es sistemática.

La LGCP cuenta con mecanismos de rendición de cuentas, como la generación de informes sobre los procesos de contratación pública a cargo del Rector de Contratación Pública, y dispone instrumentos que fomentan la transparencia y la publicidad, a través de la reducción de supuestos para excepcionar llevar a cabo el concurso público; contratación electrónica en todo el ciclo del procedimiento de concurso; gran cantidad de registros de acceso público, establecimiento de lineamientos que contengan normas de prohibición e inhibitorias, sanciones rigurosas tanto para funcionarios como para los demás entes contratantes, entre otros. Sin embargo éstos resultan ser ineficaces, cuando se trata de corrupción en las fases de planificación (elaboración del cartel) o en la ejecución contractual, (modificaciones contractuales o el reconocimiento del reajuste de precios, como el caso seleccionado).

La CGR aun cuando mantiene su importancia como órgano constitucional Rector de la Hacienda Pública (a pesar de la existencia del Rector de Contratación Pública) debe analizar ajustar su ámbito de actuación, por cuanto para el caso en concreto, intervino en su control a priori, y no fue efectivo. De hecho, se han dado nuevos hechos de corrupción, lo que pone de manifiesto la necesidad de fiscalización posterior y más intensa frente a la Administración, y adoptar estrategias (políticas públicas) más integrales que conjunten esfuerzos públicos y privados, de largo plazo, y participación ciudadana.

REFERENCIAS CONSULTADAS.

A. Libros, revistas y tesis.

Ackerman, S. R. (2001). La corrupción y los gobiernos: Causas, consecuencias y refor-

- mas. Editorial Siglo Veintiuno de España Editores.
- Araujo-Juárez, J. (2011). *Derecho administrativo general: Acto y contrato administrativo*. Ediciones Paredes.
- Ariño Ortiz, G. (2003). *Principios de derecho público económico*. Fundación de Estudios de Regulación.
- Auditoría General de la República. (2000, 29-30 de noviembre). *Memorias Foro Internacional Estado y Sociedad frente a la corrupción en un mundo globalizado*. Bogotá D.C.
- Cabanellas de Torres, G. (2017). *Diccionario jurídico elemental*. Editorial Heliasta.
- Camacho Méndez, R. (2019). *El valor público de los controles previos ejercidos por la Contraloría General de la República en la contratación pública. El refrendo. Bases jurídicas que tienden a solucionar la problemática para el desarrollo del Estado (Tesis doctoral)*. Universidad Libre de Derecho.
- Carrillo Donaire, J. A. (2010). Buena administración, ¿un principio, un mandato o un derecho subjetivo? En J. A. Santamaría Pastor, *Los principios jurídicos del derecho administrativo* (pp. 1137-1165). Editorial La Ley.
- Carrillo Donaire, J. A. (2020). Buena administración, ¿un principio, un mandato o un derecho subjetivo? En J. A. Santamaría Pastor, *Los principios jurídicos del derecho administrativo* (p. 1160). Editorial La Ley.
- Córdoba Ortega, J. (2016). *Ley general de la administración pública: Con jurisprudencia constitucional, laboral, penal, agraria y contencioso-administrativa* (6.a ed.). Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.
- Córdoba Ortega, J., & González Porras, A. (2020). *Constitución política de la República con concordancias y resoluciones de la Sala Constitucional* (2.a ed., Tomo I). Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.
- Dromi, R. (1995). *Licitación pública* (2.a ed.). Ediciones Ciudad Argentina.
- Duguit, L. (2022). *Las transformaciones del derecho público*. Ediciones Olejnik.
- Farrando, I. (2002). *Contratos administrativos*. Editorial Abeledo Perrot.
- García de Enterría, E. (1998). *Curso de derecho administrativo* (Tomo IV). Editorial Civitas.
- Gordillo, A. (2009). *Tratado de derecho administrativo* (9.a ed., Tomo 2). Fundación de Derecho Administrativo.
- Gordillo, A. (2013). *Tratado administrativo y obras selectas* (1.a ed., Tomo VIII). Fundación de Derecho Administrativo.
- González de Zárate Lorente, R. (2022). *Contratación pública y libre concurrencia* (1.a ed.). Editorial Aranzadi, S.A.U.
- Hernández Valle, R. (2017). *Constitución política de la República de Costa Rica: Comentada y con citas de jurisprudencia* (3.a ed.). Editorial Juricentro.
- Illescas Ortiz, R. (2019). *Derecho de la contratación electrónica* (3.a ed.). Editorial Civitas.
- Jiménez Meza, M. (2012). *Derecho constitucional y administrativo* (5.a ed.). Editorial Jurídica Continental.
- Jinesta Lobo, E. (2010). *Contratación administrativa: Tratado de derecho administrativo* (Tomo IV). Ediciones Guayacán.
- Klitgaard, R. (1990). *Controlando la corrupción*. Editorial Quipus.
- Malem Seña, J. F. (2000). *Globalización, comercio internacional y corrupción*. Editorial Gedisa S.A.
- Muñoz Machado, S., & Real Academia Española. (2017). *Diccionario panhispánico del español jurídico* (Vol. 1). Editorial Santillana Educación S.L.

Murillo Arias. (2008). Ensayos de derecho público (Vol. IV). Editorial Juricentro S.A.

Naser, A., & Gastón, C. (2012). El desafío hacia el gobierno abierto en la hora de la igualdad. Documentos de Proyectos No. 465 (LC/W.465), CEPAL.

Palomar Olmeda, A. (2018). Contratación administrativa electrónica (1.a ed.). Editorial Aranzadi, S.A.U.

Parejo Alfonso, L. (2022). Lecciones de derecho administrativo (12.a ed.). Editorial Tirant Lo Blanch.

Piza Escalante, R., et al. (2008). Principios constitucionales. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.

Ramón Fuentes i Gasó, J., & Gfreu i Font, J. (2022). Esquemas de contratación administrativa. Editorial Tirant Lo Blanch.

Romero Pérez, J. E. (2003). Contratación pública. Editorial Instituto Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica.

Saltos Galarza, N. (1995). Ética y corrupción: Estudios de casos. Proyecto Responsabilidad Anticorrupción de las Américas. Banco Mundial.

Sánchez del Castillo, V. (2018). Comercio electrónico: Del derecho uniforme del comercio internacional al derecho de la contratación electrónica (1.a ed.). Editorial Investigaciones Jurídicas.

Santamaría Pastor, J. A. (2010). Los principios jurídicos del derecho administrativo. Editorial La Ley.

Solano Ghiorisi, A., et al. (2008). Los principios en el derecho administrativo iberoamericano: Actas del VII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Editorial Netbiblo S.L.

Solera Viquez, J. A. (2001). El cartel de la lici-

tación. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.

B. Tratados Convenciones, declaraciones, leyes y documentos internacionales.

Asamblea General de la Organización de Estados Americanos. (1988, noviembre 17). Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador).

Asamblea General de la Organización de Estados Americanos. (1996, marzo 29). Convención Interamericana contra la Corrupción. Ratificada por Costa Rica mediante Ley N° 7670 de 17 de abril de 1997.

Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas. (1966, diciembre 16). Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Asamblea General de las Naciones Unidas. (2003, octubre 31). Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Resolución N° 58/4). Ratificada por Costa Rica mediante la Ley N° 8557 de 29 de noviembre de 2006.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2018, marzo 2). Corrupción y Derechos Humanos (Resolución N° 1/18), Bogotá, Colombia.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2019, diciembre 6). Corrupción y derechos humanos: Estándares interamericanos (Documento N° OEA/Ser.L/V/. Doc.236/19).

Ley de Contratos del Sector Público, por la que se Transponen al Ordenamiento Jurídico Español, la Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE. (2017, noviembre 8). Ley N° 9/2017.

Organización de Estados Americanos. (1969, noviembre 22). Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). Organización Mundial del Comercio. (2012, marzo 30). Acuerdo sobre Contratación Pú-

blica.

Parlamento Europeo y Comisión de la Unión Europea. (2014, febrero 26). Directiva N° 214/25/UE relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores de agua, la energía, los transportes y los servicios postales (L 94/243).

Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea. (2014, febrero 26). Directiva N° 2014/24/UE sobre Contratación Pública (L 94/65).

Unión Europea. (2012, octubre 26). Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2012/C 326/02).

C. Constitución Política, Leyes y Reglamentos.

Constitución Política de Costa Rica de 07 de noviembre de 1949 y publicada en la Colección de Leyes y Decretos Año 1949, Semestre 2, Tomo 2, página 724.

Código Penal. Ley N° 4573 de 04 de mayo de 1970 y publicada en el alcance N° 120 A al Diario Oficial La Gaceta N° 257 de fecha 15 de noviembre de 1970.

Ley N° 449 de 1949. Ley de Creación del Instituto Costarricense de Electricidad (ICE), de 08 de abril de 1949.

Ley N° 6227 de 1978. Ley General de la Administración Pública, de 02 de mayo de 1978. Ley N° 7428 de 1994. Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, de 07 de setiembre de 1994.

Ley N° 7593 de 1996. Ley de la Autoridad Reguladora de Servicios Públicos (ARESEP), de 09 de agosto de 1996.

Ley N° 8131 de 2001. Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos de 18 de setiembre de 2001.

Ley N° 8292 de 2002. Ley General de Control Interno, de 31 de julio de 2002.

Ley N° 8422 de 2004. Ley contra la corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública. de 06 de octubre de 2004.

Ley N° 8720 de 2009. Ley de Protección a Víctimas, Testigos y demás sujetos intervinientes en el proceso penal, reformas y adición al Código Procesal Penal y al Código Penal, de 04 de marzo de 2009.

Ley N° 9986 de 2021, Ley General de Contratación Pública, de 27 de mayo de 2021. Decreto Ejecutivo N° 43808-MH, Reglamento a la Ley General de Contratación Pública de 22 de noviembre de 2022.

D. Jurisprudencia

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución RA N° 3495-92 de las 14:30 horas de fecha 19 de noviembre de 1992.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución RA N° 998-98 de las 11:30 horas de fecha 16 de febrero de 1998.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución RA N° 2002-3816 de las 14:53 horas de fecha 24 de abril del 2002.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución RA N° 2120-03 de las 13:30 horas de fecha 14 de marzo de 2003.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución RA N° 2004-14421 de las 11:00 horas de fecha 17 de diciembre del 2004.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución RA N° 2005-10341 de fecha 09 de agosto de 2005.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución RA N° 000308-F-2006 de las 10:30 horas de fecha 25 de mayo de 2006.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución RA N° 2006-009197 de las 14:55 horas de fecha 04 de julio de 2006.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución RA N° 5402-2008 de las 17:24 horas de fecha 09 de abril de 2008.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución RA N° 2010-12790 de las 8:55 horas del fecha 30 de julio de 2010.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución RA N° 4621-2013 de las 14:30 horas de fecha 10 de abril de 2013.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución RA N° 11854-2014 de las 11:34 horas de fecha 18 de julio de 2014.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 2016-000427 de las 09:30 horas de 15 de enero de 2016.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 00676 – 2020 de las 14:50 horas del 05 de marzo del 2020.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 11750 – 2020 de las 9:05 horas del 26 de junio de 2020.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 10109-2020 de las 9:25 horas de fecha 20 de octubre de 2020.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 22483-2024 de las 12:00 horas de fecha 07 de agosto de 2024.

Tribunal Contencioso Administrativo. Sección I, Resolución N° 274-2005 de las 10:55 horas de fecha 06 de julio de 2005.

E. Dictámenes

Contraloría General de la República. Oficio N° 1098 (DAGJ-154), dirigido al Instituto Costarricense de Electricidad, en el año 2001.

Contraloría General de la República. Oficio N° 813, dirigido al Instituto Costarricense de Electricidad, el 23 de enero de 2001.

Contraloría General de la República. Oficio N° 6169 (DAGJ-936), dirigido al Instituto Costarricense de Electricidad, el 07 de junio de 2001.

Contraloría General de la República. Oficio N° 2543 (DI-AA-698), dirigido al Instituto Costarricense de Electricidad, el 07 de marzo de 2002.

Procuraduría General de la República. Oficio N° C-317-2005, dirigido a la Municipalidad de Tibás, el 05 de setiembre de 2005.

Asamblea Legislativa de Costa Rica. Comisión Especial Encargada de Analizar, Estudiar, Proponer y Dictaminar el Expediente N° 21546, Ley General de Contratación Pública. Dictamen Afirmativo Unánime, Expediente Legislativo N° 21546, Ley General de Contratación Pública, de 26 de junio de 2020.

F. Periódicos

NACION (periódico). “Sapsizian habló voluntariamente”, del 07 de diciembre del 2006. En: www.nacion.com/ln_ee/2006/diciembre/07/pais.html.

NACION (periódico). “Justicia de EE. UU. entrevistó a testigo clave en Costa Rica”, del 07 de diciembre del 2006. http://www.nacion.com/ln_ee/2006/diciembre/07/pais921507.html.

NACION (periódico). “Ex Directivo de AL-CATEL acusado por sobornos”, del 06 de diciembre del 2006. http://www.nacion.com/ln_ee/2006/diciembre/06/pais920587.html.

FRANCE24 (periódico). “Condena en firme en Francia contra Alcatel-Lucent por sobornos en Costa Rica, del 16 de junio de 2021. <https://www.france24.com/es/minuto-a-minuto/20210616-condena-en-firme-en-francia-contra-alcatel-lucent-por-sobornos-en-costa-rica>

ANEXO N° I.

CARTA DE RENUNCIA DEL SECRETARIO GENERAL DE LA OEA, MIGUEL ANGEL RODRIGUEZ.

8 de octubre de 2004

Excelentísimo Señor Presidente:

La elección unánime como Secretario General de la Organización de Estados Americanos constituye el mayor honor que podría haber jamás recibido por parte de los Estados miembros.

Al asumir el cargo, hace unos días, lo hice con múltiples programas y proyectos, y con la convicción profunda y la esperanza firme de que, con base en los valores que guían a los pueblos de este nuevo continente, los Estados y la Secretaría General podríamos dar un nuevo impulso a nuestra acción interamericana: consolidar la protección de los derechos humanos, la democracia y la gobernabilidad; acelerar el crecimiento compartido y la disminución de la pobreza; asegurar la paz y consolidar la nueva visión de la seguridad hemisférica.

Durante los dos años previos me preparé para afrontar con eficiencia y eficacia esa responsabilidad. El propio 15 de Septiembre planteamos la primera etapa de la reestructuración de la Secretaria General, con el aporte y sacrificio generosos de nuestros funcionarios, para resolver la difícil situación presupuestaria que enfrentábamos, y focalizar la acción en las cuatro grandes áreas de acción mencionadas. A la vez se sentaron las bases para una administración por objetivos, a fin de destinar los recursos presupuestarios a las prioridades de la OEA, así como poder evaluar resultados y establecer incentivos apropiados.

En todas estas tareas y en lo mucho que en pocos días hemos ejecutado, encontré en los Estados miembros apoyo leal y sincero, consejo oportuno y verdadero deseo de progreso, tal como lo expresaron con determinación desde los más altos niveles de sus gobiernos y sus representaciones ante la

organización. Igual apoyo, consejo y determinación me dieron el Secretario General Adjunto, Embajador Luigi Einaudi, los funcionarios de la Secretaría y mi pequeño y consagrado equipo de asesores. http://www.oas.org/documents/eng/biography_sga.asp Creo de enorme importancia mantener, defender y profundizar estos cambios en beneficio de los ideales interamericanos de libertad, dignidad, justicia, solidaridad, paz y progreso. Y creo que quienes amamos la historia y aspiraciones de las Américas, la diversidad y riqueza de nuestras culturas y la bondad de sus gentes, debemos pedir a Dios su guía y dedicar nuestros mejores esfuerzos a la consecución de esos nobles cometidos. El jueves de la semana pasada se me ha relacionado con una investigación sobre pagos a diversas personas efectuados por proveedores de entes públicos de Costa Rica.

Se me abrían dos caminos. Permanecer en la Secretaría para estar en capacidad de continuar impulsando las reformas preparadas con tanto cariño y tiempo, asumiendo a la vez en lo personal mi lucha por la exoneración de esos dichos, o separarme del cargo para consagrarme exclusivamente a mi defensa y la aclaración de los hechos ante las autoridades judiciales costarricenses.

Todos los estados diferentes a mi país a los que pude consultar en estos días, me ofrecieron su apoyo para optar por la primera opción y me recordaron la regla elemental de los derechos humanos de que nadie debe ser considerado culpable antes de serlo así declarado en juicio y que menos se podría asumir esa culpabilidad si ni siquiera se había planteado una acusación.

Pero los elementos me han llevado a una profunda reflexión sobre la conveniencia o no de esa alternativa. Por una parte deseaba cumplir con impulsar los proyectos que con tanta ilusión discutimos y ahora estamos lanzando. Por otra parte deseo evitar costos a mi familia y a la OEA y en estos días me he dado cuenta de que estaba subestimando el tiempo y el esfuerzo que tomará mi defen-

sa en Costa Rica.

La OEA es una extraordinaria organización que en sus 115 años de existencia ha obtenido grandes logros de los que debemos estar orgullosos, y que constituyen motivo de aliento para enfrentar con decisión los enormes retos aún pendientes, para bien de las mujeres y hombres de este continente.

Por ello, no quiero someterla al costo de una cruel y larga persecución de su Secretario General no solo en estrados judiciales sino también en los medios, del mismo modo que no quiero hacer sufrir a mi amada familia el costo de una defensa a la distancia.

Desde el primer momento señalé que defenderé y aclararé los hechos ante las autoridades judiciales costarricenses, y así lo haré.

Por lo anterior y con profundo dolor que es solo comparable en su intensidad a la gratitud con Usted, Señor Presidente del Consejo Permanente, con sus colegas Embajadoras y Embajadores representantes permanentes, sus Jefes de Gobierno y sus Cancilleres, renuncié al cargo de Secretario General de la Organización de Estados Americanos a partir del próximo 15 de Octubre.

Ocuparé los días que restan en el ejercicio del cargo para transferir toda la responsabilidad y la información al Señor Secretario General Adjunto.

Con humildad, dolor y angustia pido a Uds. y a sus países perdón por hacerles pasar por este difícil trance y espero que mi decisión contribuya a que la Organización pueda enfocar toda su atención en las altas tareas que le han sido encomendadas.

Pido a Dios que guíe los pasos del Consejo Permanente, del Secretario General Adjunto y de los funcionarios de la Secretaría General para que nuestra América avance con firmeza en la vivencia de nuestros valores para beneficio de todas y todos los americanos y para luchar contra la pobreza, la exclusión y

la inequidad.

Con las muestras de mi mayor consideración y estima personal,

Miguel Ángel Rodríguez
Excelentísimo señor Arístides Royo Presidente
Consejo Permanente Organización de Estados Americanos.

ANEXO N° 2

RECUESTO DE SENTENCIAS DE IMPLICADOS CASO CORRUPCIÓN ICE-ALCATEL

Haciendo un recuento, a partir de más de una década de este acto de corrupción contra la Hacienda Pública las sentencias que se dictaron fueron las siguientes:

- i. Miguel Ángel Rodríguez: 5 años de prisión por instigador y corrupción agravada. Se le inhabilita por 12 años para ejercer cargos públicos. Se le absuelve de 4 delitos de enriquecimiento ilícito. Absuelto.
- ii. Eliseo Vargas: 2 años de prisión por enriquecimiento ilícito. Quedó inhabilitado por 12 años para ejercer cargos públicos.
- iii. Guido Sibaja: 15 años de prisión por corrupción agravada y fraude de simulación. 12 años de inhabilitación para ejercer cargos públicos. Debió cumplir con 18 meses de prisión preventiva.
- iv. Edgar Valverde: 20 años de prisión por penalidad de corruptor. Debió cumplir con 12 meses de prisión preventiva.
- v. Joaquín Fernández: 5 años de prisión preventiva por corrupción agravada. Quedó inhabilitado por 12 años para ejercer cargos públicos.
- vi. Luis Adrián Quirós: 15 años de prisión por penalidad del corruptor. Debió descontar 18 meses de prisión preventiva. (Absuelto por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia)

vii. Eduardo Fonseca: 2 años de prisión por enriquecimiento ilícito. Ejecución condicional de la pena por 5 años.

viii. Alfonso Guardia: 10 años de prisión por penalidad del corruptor.

COMPARACIÓN ÉTICA JUDICIAL - ÉTICA NOTARIAL.

Comparison of judicial ethics - notarial ethics.

ALBAN BONILLA SANDÍ

- Licenciado en Filosofía, Universidad de Costa Rica.
- Doctor en Derecho, Universidad Escuela Libre de Derecho.
- 45 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 Catedrático de la Escuela Libre de Derecho.
- Ha sido Decano de la Facultad de Filosofía y Letras de la UNA, Presidente de la Comisión 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.

5



Comparación ética judicial - ética notarial.

Comparison of judicial ethics - notarial ethics.

Resumen.

Este trabajo es un estudio comparativo, desde la perspectiva deontológica, entre dos actividades propias de los operadores jurídicos: los jueces y los notarios. Por la función pública que están llamados a cumplir ambos, se establecen tanto semejanzas como diferencias, en cuanto a fines y medios. El artículo concluye con un cuadro en el que se establecen 52 ítems comparativos entre ambas actividades profesionales.

Abstract.

This work is a comparative study, from a deontological perspective, between two activities typical of legal operators: judges and notaries. Due to the public function that both are called to fulfill, both similarities and differences are established, in terms of ends and means. The article concludes with a table in which 52 comparative items are established between both professional activities.

Palabras clave.

Imparcialidad-objetividad- función pública-salario-honorarios- impedimentos y excusas- inter partes-supra partes- acuerdos- conflictos-función preventiva-función reparadora-adelanto de criterio-régimen disciplinario-órganos de control.

Keywords.

Impartiality-objectivity-public function-salary-fees-impediments and excuses-inter-partes-supra-partes-agreements-conflicts-preventive function-remedial function-advancement of criteria-disciplinary

nary regime-control bodies.

Sumario.

I. Aspectos introductorio, II Semejanzas. III. Diferencias, IV Conclusión, V. Cuadro comparativo, VI. Fuentes

Summary.

I. Introductory Aspects, II. Similarities, III. Differences, IV. Conclusion, V. Comparative Table, VI. Sources

I. Aspectos introductorios.

En general la comparación entre la deontología judicial y la notarial ha sido poco abordada por la doctrina, menos aún por la jurisprudencia y hay que hacer esfuerzos por encontrar los referentes dogmáticos.

No obstante, resulta interesante hacer un esfuerzo comparativo, sobre todo porque en mi artículo anterior (Comparación ética abogadil - ética notarial (2024). Tribuna Libre - Octava Edición Digital Vol. 15 Núm. 1) hice mucho énfasis en establecer las diferencias deontológicas existentes entre abogados y notarios y, en esta tarea, no pocas veces se ha asimilado la figura del notario a la del juez. Sin embargo, esta similitud también carece de fundamento. Aunque se pueden establecer más semejanzas entre un juez y un notario, que, entre un notario y un abogado, las figuras tienen diferencias que no se pueden obviar.

Entre el juez y el notario hay diferencias y semejanzas. Desde luego que éstas se derivan de las diferentes funciones que están llama-

dos a cumplir: mientras los notarios solamente actúan donde hay acuerdo, los jueces, por lo regular deben actuar donde hay desacuerdo, y se sitúa por encima de los contendientes.

La posición del notario se asemeja en algunos aspectos a la del juez más que a la del abogado. Tanto el juez como el notario deben ser independientes frente a las partes, es decir, frente a los intereses, efectos jurídicos y fines de los actos. Jueces y notarios tienen grandes responsabilidades que exigen grandes virtudes, en esto coinciden plenamente. La delegación costarricense ante el Seminario de Ética Judicial, Nicaragua 1994, dejó establecidas las condiciones que se le exigen a un juez:

a) Capacidad, es decir, suficiente conocimiento de las leyes procesales y de fondo según su materia y las materias anejas; b) Calidad de conciencia que significa conocimiento de la moralidad de los actos humanos, de la ley moral, del hombre y las implicaciones de sus propios actos respecto de su vida personal y social; c) Integridad o imparcialidad derivada de la práctica de las virtudes personales y sociales entre las que cabe mencionar: honestidad, honradez, laboriosidad, integridad, orden, respeto por el derecho ajeno, sobriedad, aprovechamiento del tiempo, fortaleza, coraje, etc. Y d) No venalidad o estar libre de avaricia. Hildalgo, (1996)

Esas y otras son las virtudes que deben también adornar a un notario.

II. Semejanzas.

Ambos profesionales son imparciales, ambos actúan en nombre del Estado, ambos fundan su majestad en la rectitud de sus actuaciones y en la imagen que proyectan a la comunidad. La majestad no es solo un mérito que la ley confiere, es una actitud moral. No solo deben ser, también deben parecerlo¹.

“Tiene su punto de partida y se encuentra en la delegación que el Estado le hace para que dé fe pública notarial sobre los actos y contratos para los cuales exige su intervención; en la investidura oficial que le permite a él —y solo a él—, impartir legitimidad y fuerza probatoria y ejecutiva a los actos de su competencia; en la credibilidad social y pública habida cuenta de su seriedad profesional; de su carácter, de su entereza, de su sabiduría, de su honestidad, cualidades todas estas que conducen necesariamente a su imparcialidad. Pero esa majestad no le llega como “un regalo” procedente del Estado y de las normas que, en su letra y en su espíritu, la consagran, la cuidan y la exigen desde el momento en que el profesional recibe la unción notarial. No. Esa majestad, además de estar consagrada en la normatividad, tiene que “ganársela” el notario con su vida y su ejercicio ético, jurídico, honesto y probo. En otros términos, el concepto en comentario, no es mera forma; es también contenido” (Fernández, s.f.).

Deben ser ejemplo en la vida pública y privada. A pesar de que no hay norma que permita sancionar a un notario por desaguisados en su vida privada, sí hay norma en los instrumentos abogadiles, que posibilite la aplicación de una suspensión al abogado (artículo 10 inciso 5 LOCA, artículo 84 inciso c. CM). Esta sanción se traduciría en inhabilitación notarial. Por su parte, el juez también debe observar una vida privada intachable, so pena de ser sancionado (artículo 188 inciso 2. LOPJ). En ambos casos, la imagen refuerza o debilita, según sea el caso, la imparcialidad de la que son portadores.

Esta imparcialidad los orienta hacia en el mismo fin: la paz social, pero no les exige utilizar los mismos medios.

Estado y a la comunidad, no debe fundamentarse en la protección legal, sino en su conducta, de la que debe irradiar seguridad y certeza merced al real cumplimiento de las formalidades que la regulan en vista a obtener efectos que alcanzan a todos por igual” (VILLALBA WELSH, Alberto. Los valores esenciales del notariado. *Revisa Notarial*, N° 826, Bs. As. 1976, Págs. 437-438)

1 “La confianza pública de que goza el notario frente al

La figura del notario es peculiar y distinta a la del abogado, el juez, el fiscal, el magistrado o a la de cualquier otro servidor público que lidie con el derecho. Con el primero tiene en común la actividad de asesoría jurídica, pero la que presta el notario debe ser completamente imparcial, al servicio del derecho social, por encima de los intereses personales, sin poder interferir la voluntad negocial, salvo si tiene visos de ilegalidad o inmoralidad, porque debe ejercer el control del derecho y la ética jurídica. Con los demás comparte la función de administrar justicia social, pero la suya se sustenta en la paz jurídica, al margen de la litis, fuera del conflicto. El notario es funcionario público, consultor jurídico, guardián del derecho y administrador de la justicia pacífica como desarrollo del derecho negocial al servicio comunitario de la persona, la sociedad civil y el Estado. (ORTIZ, s.f.).

Todos estos operadores jurídicos, en última instancia, están al servicio de la paz social, solamente que en diferentes momentos y utilizando métodos y poderes distintos. La realidad es múltiple y por eso el ordenamiento ofrece distintas posibilidades para enfrentarla. Al notario se le ha reservado la sede extrajudicial voluntaria, son las partes las que voluntariamente se someten a su control y que permiten que moldee sus voluntades adecuándolas al derecho; con los jueces las partes no se someten voluntariamente a su competencia, ésta es forzosa, es el Estado el que en ejercicio de su monopolio de la fuerza designa al juez para que la autorice.

Desde competencias diferentes los jueces y notarios deben garantizar la libertad negocial. Señala la doctrina alemana que:

el legislador ha previsto para una serie de negocios jurídicos la colaboración forzosa del notario. Con ello el notario —y lo mismo sucede con el juez— queda obligado a servir igualmente tanto a la libertad contractual como a la garantización de la justicia contractual. En ese ámbito podrá cumplir con su cometido solamente cuando no sea representante de una parte, sino como asesor im-

parcial de los interesados. (FESSLER, 1984)

Ante los notarios se presentan personas interesadas concurrendo hacia el mismo punto; ante el juez personas interesadas en hacer prevalecer sus propios intereses sobre los de la contraparte. Dos formas de imparcialidad diferentes en razón de los actores que intervienen.

Igualmente, notarios y jueces, al ser imparciales se ubican, técnicamente, en función de tercería frente a las partes. Ninguno de estos atributos caracteriza a los abogados.

III. Diferencias

El notario es pagado por ambas partes² para que se mantenga equidistante entre ellos, pues recibe honorarios prefijados por el Estado. El juez es pagado por el Estado para que le dé la razón a una de las partes.

El notario, por consiguiente, necesita —igual que el juez— esa cierta independencia que libera a su persona de las influencias subjetivas y ajenas al caso. La independencia existe en tres direcciones: independencia frente a los clientes, independencia frente al Estado e independencia frente a la persona. La administración de justicia de un estado de derecho no puede prescindir que cada uno sea libre para elegir notario y que el notario por su parte se mantenga al margen de toda clase de influencias ajenas al caso. Un notario libre, sujeto exclusivamente al derecho, a la ley y a la obligación profesional, deberá decidir él mismo respecto al modo de desempeñar su cargo. Sólo el notario independiente ofrece la garantía para el cumplimiento objetivo de sus funciones: ser mediador entre los objeti-

² Decreto de Honorarios. "Artículo 66. —Responsabilidad de pago. Salvo por acuerdo entre las partes, o por convenio escrito entre los contratantes, o por disposición expresa de Ley, los honorarios profesionales, así como el pago de derechos, timbres e impuestos en su conjunto que correspondan al acto o contrato, se pagarán por partes iguales entre los interesados o las partes, excepto en las constituciones de hipotecas y sus cancelaciones que serán por cuenta del deudor, en los testamentos que son a cargo del testador y en los casos en que sólo haya un interesado, quien deberá cubrirlos por entero".

vos del Estado y los intereses particulares de cada uno. (FESSLER, 1984)

La independencia se cimenta, entre otros factores, en el aspecto económico. En el mundo de economía masificada, el notario es más vulnerable que el juez, frente a comparecientes poderosos y frecuentes. El juez no depende de esos recursos para su subsistencia y es más invulnerable a las influencias y presiones económicas, e incluso, cuando una de las partes es pagada por el Estado, porque el juez está protegido por la inamovilidad, su puesto no sufre mengua porque falle a favor o en contra del Estado. Además, en asuntos en donde el Estado es parte, una condena no afecta pecuniariamente a ningún funcionario público, por lo que la presión no viene de ahí. Quizá los jueces interinos pueden sufrir una influencia, más bien proveniente de los vaivenes políticos, pues a veces conseguir su propiedad en el cargo podría requerir de ciertas complacencias.

Sin embargo, hay diferencia entre la imparcialidad del notario y la del juez.

A éste le está prohibido toda indicación sobre la acción más conveniente acerca del procedimiento de ataque y defensa, y no es imposible ni difícil el caso de que tenga necesidad de fallar un pleito a favor de persona determinada por no haber utilizado la parte contraria los verdaderos elementos de prueba o por no haber planteado debidamente el problema jurídico. Pero el notario ha de tener una intervención personal, inquisitiva en el acto, no puede hacerse cómplice de añagazas ni malas artes, y debe impedir que nadie se comprometa ni obligue más allá de lo usual en casos análogos, sin que conste que penetrados los otorgantes de la diferencia y especialidad del caso propuesto, lo admitan libremente. Esta imparcialidad le obliga a explicarles el alcance y las consecuencias de la relación jurídica que se proponen establecer, y a no proceder a la autorización del contrato hasta que no esté convencido de que los otorgantes se hallan bien penetrados de ello. (PÉREZ, s.f.)

“...el Juez siempre está en el proceso supra-partes: demandante y demandado son sujetos sub iudice. Se dice, entonces, que hay una relación de subordinación, al menos, desde el punto de vista procesal-formal”, (FERNÁNDEZ, s.f.).

Esta relación de subordinación no se encuentra en la relación notario-rogante. El notario aconseja y persuade, pero si los rogantes no aceptan el negocio, este no se instrumentaliza; hasta ahí llega la función notarial³. En cambio, la vinculación de las partes del proceso con el juez es necesaria, pues el proceso es conducido por el juez con “imperium”, sin asesorar, sin que las partes tengan la opción de escoger porque el juez está por encima de ellas, es una autoridad, cuyas resoluciones producen cosa juzgada. El notario propone, el juez impone. El magistrado GONZÁLEZ de la Sala Primera, considera que el notario tiene poderes transferidos, para autorizar actos, y podría no autorizarlos, pero lo que no podría, a diferencia de un funcionario público, es imponerlos⁴.

3 El notario carece de imperium es decir, no puede imponer a los otorgantes el contenido del documento que se le solicita y que elabora sobre esto dice JIMÉNEZ ARNAU: “... EL Notario, aun siendo funcionario carece de jurisdicción, le falta “imperium”, el Notario carece en su actuación de fuerza legal para imponer a las partes el contenido y fuerza obligatoria del documento que él elabora y otorgan las partes. Los “otorgantes” son las partes que intervienen, no el Notario. Este se limita a “configurar” el documento, lo cual, VALLET supone la traducción jurídica de la voluntad empírica de las partes” (Citado por DELGADO DE MIGUEL, Juan-Francisco. La función notarial. En: VI Jornada Notarial Iberoamericana, Quito, 1993. Consejo General del Notariado, México, 1993, Pág. 239)

4 Entrevista al magistrado de la Sala Primera GONZÁLEZ, concedida el 1º de diciembre del 2004. A la pregunta: ¿Tiene El notario potestad de imperio? Contestó: “En la medida que el notario es un privado en ejercicio de funciones públicas y como fedatario en el otorgamiento, de alguna manera tiene una situación de poder frente a los particulares. De tal manera que en los actos que él patrocina tiene el ejercicio de una potestad pública y por tanto de una potestad de imperio. En principio solo la administración pública tiene potestades de imperio y el mismo artículo 66 de la Ley General de la Administración Pública así lo dice. Sin embargo, hay un reconocimiento implícito por transferencia estatal de una función pública que lleva implícitas potestades públicas, el no reconocerlo es casi un autismo de los administrativistas. La misma esfera constitucional y el mismo control de constitucionalidad han admitido el amparo frente a sujetos en situación de poder ¿Cómo no hablar de una situación de poder entre quien es autorizado en una función restringida, para el ejercicio de una función pública?”.

Mientras la función del notario es coordinar a las partes, la del juez es resolver un litigio realidad.

Al frente del esquema del juez está el del notario. Este no se encuentra supra-partes y, en consecuencia, no se puede hablar de relación de subordinación, sino de coordinación. El notario está en medio de las partes, como 'fiel de la balanza' y su posición inicial frente a estas se va desplazando hacia arriba, poco a poco, a lo largo de su trabajo notarial en el proceso de formación del contrato, por razón de su prudencia, su investidura, su función, su prestancia, su juridicidad y otra serie de factores que lo colocan, en virtud de la dinámica propia de la actividad notarial, en cierta posición de supremacía. (FERNÁNDEZ, s.f.)

Al notario le corresponde formar voluntades, al juez sustituirlas. El notario es fiel de la balanza porque su función le exige siempre encontrar el equilibrio, mientras el juez debe restablecer un equilibrio que ha sido roto.

MORELLO, FERRARI Y SORGATO (s.f.) establecen la diferencia entre el juez y el notario de la siguiente manera:

Por lo demás, el juez impone su juicio con el mandato; el notario también él concluye el juicio, solamente que no manda, sino que sugiere, induce a querer así y de tal manera, persuade, es decir, invita por medio de consejo y sugerencia. El juez reconduce las partes a la norma a través del mandato, el notario por medio del convencimiento, propiamente en el sentido de conquista realizada juntos; el juez juzga, decide y manda siempre y solamente él; el notario a su vez juzga, escoge y por tanto decide; la voluntad, el marchamo final, es de las partes que así asumen, haciéndolo suyo, el juicio del notario y por consiguiente se lo autoimponen.

No hay que olvidar que la naturaleza de la función notarial es autorizativa, y aunque el notario no impone actos positivos, sí impone actos negativos. Su negativa es un portillo

cerrado para que el negocio nazca a la vida jurídica. El juez niega o da lugar, no para que nazca, sino para modificar lo ya preconstituido. El juez no necesita convencer porque se impone, el notario necesita convencer porque no puede obligar a las partes al realizar un negocio, si no las ha convencido de su bondad⁵. El notario, entonces, es un gestor, el juez, un digestor.

El principio de libre elección del notario, sobre la base de la confianza que genera en las partes, lo coloca inter-partes, pues ellas se mantendrán con el notario mientras confíen en él. El juez es impuesto por la competencia, su relación no es de confianza, las partes no lo eligen, las partes no pueden removerlo, precisamente porque queda situado en una posición de poder, ajena a la función notarial.

... el notario no está en posición de supremacía frente a las partes del negocio. Y no lo está, porque son éstas quienes lo seleccionan y le presentan la solicitud (rogación) de asesoría para el contrato al cual ellas aspiran, con la consecuencial posibilidad de cambiar de notario, naturalmente, mientras el trámite y los análisis del contrato deseado no hayan culminado, tanto en lo sustancial-jurídico, como en lo notarial. (FERNÁNDEZ, s.f.)

Así el notario busca que las partes realicen el negocio, el fracaso del negocio, de alguna manera es el fracaso del notario. En cambio, el éxito del juez consiste en consolidar un fallo que le da la razón a una de las partes, aunque una de ellas quede insatisfecha. El éxito del juez consiste en que el "a quem" le otorgue la razón. El juez no tiene que quedar bien con las partes, por eso se sitúa encima de ellas.

Ante el juez, el compareciente espera obtener sus favores. Las partes del proceso buscan la victoria. Las partes ante el notario,

⁵ GIACOBBE no comparte la tesis de que el notario no manda nada, no decide sino que se encuentra "extra y no super partes" (Citado por RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio. Op. Cit, Pág. 1467)

persiguen un instrumento que les favorezca. Pero, ante el juez, se presentan partes asesoradas por diferentes abogados; no así ante el notario porque él es asesor único, de modo que tiene que ser el fiel de la balanza y el que debe inquirir las intenciones de las partes para adecuarlas al derecho, para que los actos nazcan jurídicamente.

La persona ante el juez espera un fallo a su favor, para lo cual matiza los hechos, dando a conocer lo que a sus intereses y fines que busca no le perjudica y alega razón partiendo de consideraciones de hecho y de disposiciones de derecho que juzga aplicables. Tal comportamiento de las partes, evidentemente se origina en un proceso contencioso, arrojando al Juez la responsabilidad de considerar las versiones de hecho y de derecho de las partes que en sí mismo se excluyen, son contradictorias, y, por lo tanto, el fallo tras el estudio del Juez, razonará arguyendo razones y excepciones de cada uno de los mismos, pero fallando a la postre a favor de uno. Es decir, tarde o temprano no obstante que el Juez debe actuar imparcialmente, sin tomar partido, llega a una decisión que obligatoriamente lo impele a inclinarse y dar la razón a uno de los litigantes, toma partido, en razón a las pruebas, a la justicia y al derecho. (FIGUEROA, 2004)

Esto significa que el juez al final del proceso debe decidir quién tiene la razón y dársela en el fallo, es decir, resolver a favor de parte, parcial en el buen sentido del término. El fin del proceso es determinar quién tiene la justicia en el litigio. El proceso supone litigio. El fin de la instrumentación es mantener el equilibrio constitutivo, el fin del notario no es darle la razón a una de las partes, sino lograr un acuerdo en el que ambas partes resulten satisfechas.

La del juez y la del notario son distintas imparcialidades. El notario tiene una actividad extraprocesal, no contenciosa, preventiva, mientras el juez tiene una imparcialidad reparadora, procesal, en litigio.

... el notario no opera el proceso y no es asimilable a un juez, también es cierto que su actividad desemboca en una opinión, al igual que sucede en la jurisdicción. Por ello se ha definido a su función como antiprocesal, sosteniendo que ella abarcaría también la actividad del consejo y reafirmando en este marco que la independencia, la imparcialidad y la terceridad son aspectos deontológicos esenciales de la función. (CELESTE, 2004)

Mientras la opinión del juez es impuesta a las partes, la del notario solo les es sugerida. Ambas son terceridades que se despliegan en diferentes sedes y, en consecuencia, asumen características distintas. La terceridad judicial, en sede contenciosa, "post-facto", la terceridad notarial, en sede voluntaria, "pre-facto". "La función jurisdiccional y la notarial se mueven en planos distintos. La primera actúa sobre los efectos y es reparadora, mientras que la segunda es esencialmente preventiva y actúa sobre las causas" (GALLINO, 1996). La función notarial se agota en el intento del acuerdo, la sede judicial intenta el acuerdo como primer recurso. En su defecto despliega su particularidad: el fallo judicial. La delegación costarricense en el Seminario de Ética Judicial de 1994 sostuvo que "...en un Estado que se precie de ser un Estado de Derecho el juez seguirá siendo el encargado de solucionar los conflictos a través de la conciliación o del proceso". Dos son las alternativas que tiene un juez (conciliar o juzgar), única es la alternativa que tiene un notario: conciliar.

La doctrina nacional ha desarrollado esta misma idea:

El notario es juez preventivo, no correctivo —mucho menos punible—. Es asesor imparcial consultor jurídico y guardián de la legalidad, términos altamente próximos a la ética; de ahí que no sea desmedido decir que el Notario debe ser un contralor ético, por medio del cual las acciones que encamina en su ejercicio siempre deben de estar sometidas a un estricto examen moral. (MORA, s.f.)

El notario es contralor de legalidad y de moralidad (artículos 6 y 36 Código Notarial), por eso, a diferencia del juez, puede excusarse por razones morales.

Prevenir, lamentar. El juez interviene, donde el notario fracasa. Donde el notario es exitoso, el juez se queda sin trabajo.

Entre defensor y notario, o entre abogado y notarios, o entre juez y notario, la diferencia es la misma que separa la terapéutica de la higiene, esto es, la acción represiva, de la acción preventiva. Se podría afirmar sin rodeos una diferencia fundamental entre el juez y el notario: cuanto más notario tanto menos juez; cuanto más consejo del notario, tanta menos posibilidad de litis, y cuanta menos posibilidad de litis, tanta menos necesidad de juez. (...) el notario, como no defiende a parte alguna, elude el pleito tratando de 'dar a cada uno lo suyo' y sólo defiende a todos contra lo injusto y lo ilegal. (GONZÁLEZ, 1971)

Aunque ambos buscan los equilibrios, uno lo establece, el otro lo restablece.

El notario tiene una función calificadora para constituir, el juez tiene una función calificadora de lo ya constituido. El notario trata de adecuar los negocios a las leyes, el juez debe buscar la ley aplicable a un negocio ya constituido,

(...)el llamado juicio notarial de legalidad o control notarial de juricidad que ha de conducir al notario a autorizar o denegar, constituye ya la prestación del ministerio notarial y es, por tanto, verdadera función notarial y no presupuesto de tal función... lo que se deduce de los textos (reglamentarios) es la obligación del notario de calificar la obligación pretendida con el instrumento público para saber si es o no conforme a las leyes... tarea calificadora que ya es propia función del notario, y por tanto supone prestación del ministerio notarial, y que ha de conducir a una de dos alternativas: autorizar el instrumento, si hay conformidad con las leyes, o denegar

la autorización, si no hay tal conformidad. /// Así, con esta idea, resulta que la misión legal del notario no es sólo la de emitir criterio negativo, controlar, calificar y rechazar, sino, además, y esto es clave, guiar a los particulares por el camino del Derecho consiguiendo que la Ley se aplique a la realidad social. Y si no lo consigue, eso sí, negarse a "funcionar". Así la función notarial aun teniendo que ser crítica, es más activa, porque no se trata de calificar algo que ya existe (función de jueces y registradores), sino de algo (voluntad de los particulares), que aún no existe en forma definitiva, y como vimos "hay que adecuar". La misión del notario no es conformarse con decir, no; es aspirar a conseguir la máxima adecuación del negocio a las leyes. (SIMÓ, s.f.)

Tanto jueces como notarios son contralores de legalidad, pero sobre realidades distintas: en un caso crear, corregir, en otro: crear. El juez puede ser tan original y creativo como el notario en la redacción de sus fallos (puede sentar jurisprudencia), pero el notario despliega su creatividad sobre una expectativa de negocio.

Por eso la naturaleza de los actos judiciales y de los actos notariales es diversa.

El acto judicial se caracteriza por la declaración hecha por este Poder, de la norma de derecho aplicable a una determinada relación, sometida a su conocimiento en virtud de controversia. /// El acto o función notarial se caracteriza, en cambio, por la conversión del acto jurídico en auténtico, cierto y exigible./// Todo acto judicial finiquita necesariamente por sentencia; el acto notarial sólo fija una relación jurídica y sencillamente es una forma probatoria de una manifestación de voluntad./// En el acto notarial, es necesaria y esencial la concurrencia de voluntad, mientras que en el judicial esa concurrencia puede ser suplida por la autoridad del Estado, emanada de las leyes./// El acto notarial supone la creación de relaciones jurídicas ciertas y obligatorias, y el acto judicial implica la declaración de normas legales, por las

que las relaciones ya creadas se rigen. (PAZ, s.f.)

El acto notarial prueba la manifestación de voluntad de las partes, el acto judicial interpreta la voluntad de las partes. Por eso uno es declarativo y otro constitutivo. Uno da origen a la vida jurídica, el otro la constata y declara.

Mientras el notario juzga realidades, es decir, califica realidades (su mundo es el mundo comercial de las partes); el juez juzga expedientes. El mundo del juez es el mundo del expediente, lo que no está en el expediente no está en el mundo; el notario en cambio hace un juicio de la realidad y si ésta es adecuada y adecuada a la legalidad, formaliza el acto.

La obligación suprema del notario consiste en atestiguar la verdad para así garantizar el tráfico jurídico. Deberá contribuir en que haya justicia en el tráfico jurídico. Por supuesto no podrá, como el juez, fallar decisiones en firme para equilibrar intereses divergentes; únicamente le compete el intento de influir en la voluntad de las partes y sólo hasta el punto en que ellas se muestren dispuestas a escuchar las palabras de información, asesoramiento y exhortación del notario. En ello tendrá que guiarse por su conciencia y sentido de tacto, es decir, tendrá que seguir por tanto sus propios principios morales. Y estos no se dejan fijar por disposiciones concretas del legislador. Como principio rige sin embargo que el notario cumpla, de manera imparcial y de acuerdo con su juramento, sus deberes profesionales. (FESSLER, 1984)

Al juzgar (calificar) la realidad ofrece la solución jurídica a las partes, que, libremente, pueden aceptarla o rechazarla. El juez juzga el expediente para imponer la solución jurídica por encima, e incluso, en contra, de la voluntad de las partes.

IV. Conclusión

Como se ha visto hay coincidencias y diferencias entre la figura del notario y la del juez. Ambos servidores de la justicia desde sus tribunas. El notario, al igual que el juez, tiene particularidades que no corresponden a ningún otro operador jurídico. Cabe hacer la siguiente pregunta: ¿la función notarial es administrativa?, no. ¿Es privada o judicial?, tampoco. MARTINEZ SEGOVIA, afirma la autonomía del derecho notarial, señala que "La función notarial tiene, pues, su significado propio, autónomo. Cuando se nos pregunte si la función notarial es pública o privada, deberíamos responder que es notarial. Cuando se nos pregunte si el notario es juez o funcionario administrativo, digamos simplemente: el notario es notario"⁶.

Las comparaciones entre notarios y jueces únicamente han servido para acercarse, por diferencia específica, a la figura del notario, y a las diferencias deontológicas, más que funcionales, entre estos operadores jurídicos.

Ambas funciones son esenciales para el desenvolvimiento de la convivencia pacífica de la sociedad, desde perspectivas diferentes, aunque guardando semejanzas.

V. Cuadro comparativo

Cuadro comparativo
Semejanzas y diferencias entre jueces y notarios
(Con implicación deontológica)

NOTARIO	JUEZ
1) Servidor de la justicia	Servidor de la justicia
2) Imparcial e independiente (35 CN)	Imparcial e independiente
3) Cartula	Juzga
4) Función rogada (6- 36 CN)	Función rogada (5 LOPJ)
5) Oficina abierta al público	Oficina pública
6) Sin horario	Con horario
7) Impedimentos, excusas, recusaciones	Impedimentos, excusas, recusaciones
8) Puede excusarse por razones morales	No puede excusar por razones morales

⁶ Citado por GÓMEZ, Néstor. Op. Cit. Pág. 448

NOTARIO	JUEZ
9) No puede ejercer si está quebrado o insolvente	No puede ejercer si está quebrado o insolvente
10) Impedimento relativo por parentesco	Impedimento relativo por parientes
11) Puede participar en política	No puede participar en política
12) Puede adelantar criterio sobre asuntos que se sometan a su conocimiento y trámite	No puede adelantar criterio sobre los asuntos que conoce ni los de otro despacho.
13) Puede ejercer la abogacía	No puede ejercer la abogacía
14) Función pública ejercida privadamente	Función pública ejercida públicamente
15) Requisito: postgrado académico	Requisito: grado académico
16) Puede ser extranjero	Debe ser costarricense
17) Puede ejercer aunque tenga auto de elevación a juicio	No puede ejercer si está procesado con auto de elevación a juicio
18) Locación de obra	Relación laboral
19) Fe pública universal	Fe pública judicial
20) Opera en sede pacífica (donde las partes están de acuerdo)	Opera en sede contenciosa (donde las partes están en desacuerdo)
21) Autoriza y constituye actos	Declara actos (ya existentes)
22) Asesora a las partes	No puede asesorar a las partes
23) Competencia en todo el país (32 CN)	Deber de residencia (36 LOPJ)
24) Inter-partes	Supra-partes
25) Siempre estará Inter-partes	Al fallar debe decidirse por una de las partes.
26) Juzga (califica) realidades	Juzga expedientes
27) Termina su función con la inscripción	Termina su función con el fallo
28) Agota su función con el intento de acuerdo	Intenta el acuerdo, en su defecto debe resolver quien tiene la razón
29) Relación horizontal con las partes	Relación vertical con las partes
30) Sugiere a las partes, sin imponerse	Sustituye la voluntad de las partes
31) No hay <i>imperium</i>	<i>Imperium</i>
32) Lo seleccionan las partes	Lo selecciona el Estado
33) Las partes pueden cambiarlo	Las partes no pueden cambiarlo
34) Lo pagan las partes	Lo paga el Estado
35) No puede ser empleado público	Es empleado público
36) Ejerce el notariado	No puede ejercer el notariado

NOTARIO	JUEZ
37) Honorarios (no es empleado ni público ni privado)	Salario (es empleado público)
38) Puede actuar en todo el territorio nacional	Solo puede actuar en su jurisdicción
39) Puede actuar cualquier día y a cualquier hora	Puede actuar en horas hábiles
40) Recibe remuneración de los interesados en el asunto	No puede recibir remuneración de los interesados en el caso.
41) Gestiona a favor de ambas partes	Falla a favor de una de las partes
42) Actúa sobre causas	Actúa sobre efectos
43) Acción preventiva	Acción reparadora
44) Controlado por la Dirección Nacional de Notariado	Controlado por el Consejo Superior del Poder Judicial
45) No existe la figura de pérdida de confianza como causal de suspensión	Puede ser separado para mejor servicio público por pérdida de confianza
46) Suspensión por prisión preventiva	Suspensión por prisión preventiva
47) No puede ser suspendido por asuntos de vida privada	Puede ser suspendido por asuntos de vida privada (alcoholismo, etc.)
48) No se considera causal disciplinaria que le cobren judicialmente deudas	Es falta grave que le cobren judicialmente una deuda (192 inc. 9 LOPJ)
49) No puede ser suspendido por simular enfermedad	Puede ser suspendido por simular enfermedad
50) Responsabilidades civiles, penales, disciplinarias (profesionales)	Responsabilidades civiles, penales, laborales
51) Póliza de Responsabilidad Civil	Responde solo con su patrimonio ⁷
52) Puede externar parecer sobre los asuntos pendientes en los tribunales	No puede externar parecer sobre los asuntos pendientes en los tribunales

En general, de acuerdo con los Lineamientos de la Dirección Nacional de Notariado el notario tiene competencias de las que carecen los jueces y abogados, a saber:

“Artículo 22. Del contenido del servicio notarial. De conformidad con los alcances del ejercicio del notariado, el notario, por ley, está autorizado para brindar los siguientes servicios notariales:

- a) Asesoría jurídico-notarial.
- b) Estudios de registro.
- c) Confección, autorización de instrumentos

⁷ Salvo los magistrados que deben rendir caución antes de juramentarse conforme al artículo 159 inciso 5 de la Constitución Política y 51 de la LOPJ

públicos e inscripción cuando el acto o contrato así lo determine.

d) Autenticación de firmas y huellas digitales.

e) Expedición de certificaciones notariales.

f) Tramitación de los asuntos de la competencia judicial no contenciosa.

g) Traducción notarial.

h) Cualquier otra labor que le asigne la ley"⁸.

VI. Fuentes

Celeste, G. (2004). La imparcialidad del notario: garantía de orden contractual. XXIV Congreso Internacional de Notariado Latino, México.

Delgado de Miguel, J. F. (1993). La función notarial. VI Jornada Notarial Iberoamericana, Quito. Consejo General del Notariado.

Fernández Herrera, M. (2004). La imparcialidad del notario, garantía del orden contractual. XXIV Congreso Internacional de Notariado Latino, México.

Fessler, H. (1984). El cometido social de la redacción imparcial. Revista Internacional del Notariado, (80).

Figuroa Márquez, D. (2004). La imparcialidad del notario en asuntos extrajudiciales y sucesorios. XXIV Congreso Internacional de Notariado Latino, México.

Figuroa Márquez, D. (2004). La imparcialidad en derecho positivo mexicano. XXIV Congreso Internacional de Notariado Latino, México.

Gallino, E. (1996). Notariado y seguridad jurídica. Revista Notarial del Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba, (72).

Gómez, N. (1982). Función registral y función notarial. Revista Notarial del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, (861).

González, C. E. (1971). Derecho notarial. La Ley.

Hidalgo, J. D., et al. (1996). Ponencia de la delegación de Costa Rica. Seminario de Ética Judicial, Nicaragua. Mundo Gráfico.

Mora Vargas, H. (1999). Manual de derecho notarial. Investigaciones Jurídicas.

Ortiz Rivas, H. (1993). Ética notarial. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

Paz, J. M. (1939). Derecho notarial argentino. Compañía Argentina de Editores.

Pérez Montero, H. (1981). Necesidad social de la imparcialidad del notario. Revista Notarial del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, (854).

Rodríguez Adrados, A. (1981). El notario: función privada y función pública. Su inescindibilidad. Revista Notarial del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, (858).

Simó Santonja, V. (1998). El notario y los derechos fundamentales. Ponencias del notariado español al XXII Congreso Internacional de Notariado Latino, Buenos Aires. Consejo General del Notariado Español.

Villalba Welsh, A. (1976). Los valores esenciales del notariado. Revista Notarial, (826).

Normativa:

a. DECRETO EJECUTIVO N° 41930-JP Presidencia de la República, 22 de mayo del 2019: Arancel de Honorarios de Abogados y Notarios

a. https://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=29512&nValor3=31202&strTipM=TC

b. <https://www.abogados.or.cr/uploads/CMS/Articulo/9.5Arancel2015.pdf>

⁸ LINEAMIENTOS: Resolución de la DNN de las 16:20 horas del 6 de julio del 2005

b. Asamblea Constituyente de Costa Rica, 7 de noviembre de 1949. Constitución Política de Costa Rica

a. https://www.pgrweb.go.cr/scij/busqueda/normativa/normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=871

c. Asamblea Legislativa de Costa Rica, 5 de mayo de 1993: Ley Orgánica del Poder Judicial

a. https://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=33635

d. Asamblea Legislativa de Costa Rica, 2 de abril de 1998: Código Notarial:

a. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=42683&nValor3=95897&strTipM=TC

e. Dirección Nacional de Notariado, 26 de enero de 2022: Lineamientos para el Ejercicio y Control del Servicio Notarial

a. https://pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=60147&nValor3=87151&strTipM=TC

Otros

Entrevista al magistrado de la Sala Primera OSCAR GONZÁLEZ, concedida el 1º de diciembre del 2004.

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL: UN ANÁLISIS EN RETROSPECTIVA DE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL.

Constitutional Res Judicata: a retrospective analysis of national jurisprudence.

ALANA FONSECA LOBO

- Licenciada en Derecho y especialista en Derecho Notarial y Registral por la Universidad Escuela Libre de Derecho; jueza interina, actualmente destacada en el Tribunal Contencioso Administrativo. Egresada del Programa de Formación Inicial para Aspirantes a la Judicatura, generación XI; Egresada del Doctorado académico en Derecho por la Escuela Libre de Derecho, con énfasis en derecho administrativo y constitucional.





Cosa Juzgada Constitucional: un análisis en retrospectiva de la jurisprudencia nacional.

Constitutional Res Judicata: a retrospective analysis of national jurisprudence.

Resumen.

El objetivo de la siguiente monografía es analizar la figura de la cosa juzgada desde el punto de vista constitucional, por ello, se tomará como punto de partida los elementos más básicos de su estudio, como su concepto, naturaleza y fundamento. Adicional a ello, se examinará la línea jurisprudencial que ha sostenido la Sala Constitucional y cuál ha sido su evolución a lo largo de los años.

Abstract.

The systems for the processing and analysis of This monograph attempts to explain the concept of res judicata from a constitutional perspective. Therefore, the study will begin with the most basic elements, such as its concept, nature, and foundation. Additionally, the jurisprudential line maintained by the Constitutional Court will be examined, along with its evolution over the years.

Palabras clave.

Cosa Juzgada, Cosa juzgada constitucional, cosa juzgada de legalidad, jurisprudencia, Derecho Constitucional, Sala Constitucional.

Keywords.

Res Judicata, Constitutional Res Judicata, Res Judicata of Legality, Jurisprudence, Constitutional Law, Constitutional Court.

Sumario.

- Introducción.
- Capítulo Único: de la cosa juzgada.
- Sección I: Desarrollo histórico naturaleza y fundamento de la cosa juzgada.
- Sección II: Concepto de cosa juzgada.
- 1.2.1 Vinculatoriedad de la cosa juzgada.
- 1.2.1.1 Obligatoriedad subjetiva de la cosa juzgada.
- 1.2.1.2 Obligatoriedad objetiva de la cosa juzgada.
- 1.2.1.3 Obligatoriedad temporal de la cosa juzgada.
- Sección III: Análisis jurisprudencial de la cosa juzgada.
- 1.3.1 Inicios Jurisprudenciales.
- 1.3.2 Voto Salvado, el inicio del cambio de paradigma.
- 1.3.3 Voto 12825-2014 de la Sala Constitucional.
- 1.3.3.1 Cosa Juzgada Constitucional vs Cosa Juzgada de Legalidad.
- 1.3.3.2 Sentencias que producen cosa juzgada constitucional.
- 1.3.3.3 Identidad de sujetos como presupuesto para que opere el derecho a la cosa juzgada su relatividad respecto de la cosa juzgada constitucional.
- Conclusión.
- Referencias.

Summary.

- Introduction.
- Single Chapter: Res Judicata.
- Section I: Historical Development, Nature, and basis of Res Judicata.
- Section II: Concept of Res Judicata.

- 1.2.1 Binding of Res Judicata.
- 1.2.1.1 Subjective Binding of Res Judicata.
- 1.2.1.2 Objective Binding of Res Judicata.
- 1.2.1.3 Temporal Binding of Res Judicata.
- Section III: Jurisprudential Analysis of Res Judicata.
- 1.3.1 Jurisprudential Beginnings.
- 1.3.2 Dissenting Vote, the Beginning of Paradigm Shift.
- 1.3.3 Vote 12825-2014 of the Constitutional Court.
- 1.3.3.1 Constitutional Res Judicata vs Legal Res Judicata.
- 1.3.3.2 Rulings that Produce Constitutional Res Judicata.
- 1.3.3.3 Identity of Subjects as a Requirement for the Operation of the Right to Res Judicata and its Relativity Concerning Constitutional Res Judicata.
- Conclusion.
- References.

I. Introducción.

El principio de la cosa juzgada es un pilar fundamental en el sistema legal, el cual confiere estabilidad y certeza a las decisiones judiciales, de forma que impide que la misma sea modificada, pues le otorga una eficacia total a la sentencia que se haya vertido. Este principio, no se ha mantenido estático, sino que ha evolucionado a lo largo del tiempo, y de la mano de la sociedad moderna.

La investigación que presento remontará a los fundamentos históricos, desarrollando los desafíos conceptuales y jurisprudenciales contemporáneos, que enmarcan a la figura, y cuál ha sido el tratamiento que la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia le ha dado a la misma.

En una primera sección se analiza el camino desde los inicios de la historia legal, hasta la actualidad, explorando cómo la cosa juzgada ha sido moldeada por las corrientes jurisprudenciales y las necesidades cambiantes de la sociedad. Se adentrará en la naturaleza de este principio y en los fundamentos que le confieren su poder y autoridad.

Por su parte, la investigación desarrolla también el núcleo conceptual de la cosa juzgada, desglosando sus elementos esenciales, analizando sus dimensiones subjetivas y objetivas, así como su aspecto temporal, revelando cómo este principio obliga y perdura en el tiempo.

Finalmente, se realizará un análisis jurisprudencial, tomando como punto de partida los años noventa, hasta hitos más recientes, como el voto salvado en la sentencia de la Sala Constitucional 01302-2012 del tres de febrero del dos mil doce, el cual marcó un cambio de paradigma, he hizo tambalear los cimientos de la figura; para posteriormente analizar la sentencia clave de la misma Sala Constitucional, del seis de agosto del dos mil catorce, voto 12825-2014.

Este último voto, tendrá un papel vital en la investigación, toda vez que, a nivel nacional, lo en el desarrollado ha permitido entender con mayor claridad, cuando una sentencia de la Sala Constitucional puede tener autoridad y eficacia de cosa juzgada. Como se verá, el voto explora la distinción entre cosa juzgada constitucional y cosa juzgada de legalidad, así como la crucial identidad de sujetos como un requisito fundamental para que opere el derecho a la cosa juzgada, destacando su relativa naturaleza en comparación con la cosa juzgada constitucional.

En síntesis, esta investigación no solo pretende ofrecer un panorama exhaustivo sobre el principio de la cosa juzgada, sino también explorar cómo este ha sido interpretado y aplicado en contextos contemporáneos por la Sala Constitucional. El estudio busca contribuir a la comprensión de la evolución y el impacto de la cosa juzgada en el marco del Derecho Constitucional, invitando a una reflexión crítica sobre su vigencia y pertinencia en un entorno jurídico en constante cambio.

Capítulo Único: De la cosa juzgada.

Al hablar de la cosa juzgada podemos hacerlo al menos en dos sentidos. Se dice que

"[...] "ya hay cosa juzgada" o "eso es cosa juzgada [...]" (Garrote Campillay, 2012); de modo que, cosa juzgada hace referencia al estado jurídico en que se encuentran algunas cuestiones o asuntos que han sido objeto de enjuiciamiento de manera definitiva en un proceso; pero también la cosa juzgada hace referencia a determinados efectos de ciertas resoluciones judiciales.

No obstante, de previo a analizar la figura de la cosa juzgada constitucional, considero importante remontar a sus inicios, para posteriormente desarrollar un poco el concepto que se tiene de la figura de manera genérica y finalizar así, con el desarrollo jurisprudencial que la Sala Constitucional le ha dado a esa figura.

Por ello, la primera sección de este capítulo analizará la parte histórica que rodea a la figura, para dar paso a su naturaleza y fundamento. Luego, la sección dos, desarrollará el concepto, analizando entre otras cosas los alcances vinculatorios de obligatoriedad de la cosa juzgada.

Sección I: Desarrollo Histórico, naturaleza y fundamento de la cosa juzgada.

El comienzo histórico de la cosa juzgada, lo encontramos en el Derecho Romano. Al respecto, GOZAÍNI señaló que: "[...] antes de Justiniano ya existía la regla non bis in idem, que proclamó la no reiteración de procesos donde el juez hubiese ya condenado o absuelto. Solamente había res judicata, en las cuestiones sustanciales porqué únicamente esas reconocían o negaban el bien de la vida que era propio a una de las partes [...]" (Gozaíni, Revisión de la Cosa Juzgada: irrita y fraudulenta, 2015).

Desde ese momento, y hasta el nacimiento de los recursos, la cosa juzgada se dimensiona como tal, "[...] una sentencia que adquiere definitividad por lógica racional que de sus conclusiones surge [...]" (Gozaíni, Revisión de la Cosa Juzgada: irrita y fraudulenta, 2015).

Ahora bien, no quiere decir que sus inicios son exclusivos, en el Derecho Romano, pues no se puede dejar de lado tampoco el Código de Napoleón, según el cual la cosa juzgada era vista, pero como una presunción legal, tomando en consideración lo que hoy en día se conoce como conexidad, igualdad de sujeto, objeto y causa (Gozaíni, Revisión de la Cosa Juzgada: irrita y fraudulenta, 2015).

En Costa Rica, el principio de la Cosa Juzgada, remonta al artículo 48 del Proyecto de Constitución Política de la Segunda República. La propuesta que se planteaba era la siguiente: "[...] Un mismo juez no puede serlo en diversas instancias, tratándose de la decisión de un mismo punto. Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo hecho punible. Se prohíbe reabrir causas penales fenecidas y juicios civiles fallidos con autoridad de cosa juzgada salvo los casos en que es procedente el recurso de revisión [...]" (Rodas Seas, 1999).

Como vemos, el artículo que fue base, hoy en día se encuentra en el numeral 42 de la Constitución Política¹, de manera tal que se puede afirmar que, este principio, y el derecho como tal de la cosa juzgada, es un verdadero derecho fundamental, consagrado y reconocido sin ninguna duda en nuestro ordenamiento jurídico y así lo ha desarrollado la jurisprudencia: "[...] configura la cosa juzgada como un claro e indiscutido derecho fundamental ubicado en la parte dogmática [...]" (voto 12825-2014, 2014).

Respecto a la naturaleza jurídica de este fenómeno, han sido desarrolladas dos teorías. La primera de ellas refiere a la impulsada por autores alemanes, y se ha denominado teoría sustancialista, en ella se sostiene que "[...] la cosa juzgada es una fuente autónoma de creación de relaciones jurídicas. La declaración de certeza que expide el magistra-

¹ Artículo 42 Constitucional: Un mismo juez no puede serlo en diversas instancias para la decisión de un mismo punto. Nadie podrá ser juzgado más de una vez por el mismo hecho punible. Se prohíbe reabrir causas penales fenecidas y juicios fallados con autoridad de cosa juzgada, salvo cuando proceda el recurso de revisión.

do en su fallo no tiene efectos declarativos, sino constitutivos, y por ellos mismos aceptan y perdonan hasta la sentencia injusta [...]” (Rodas Seas, 1999). La objeción fundamental que esta teoría tiene es que, si se parte de esta tesis, las decisiones finales que sí constituyen, modifican o extinguen relaciones jurídicas otorgándoles nacimiento a la fecha de la promoción de la litis, no podrían retrotraerse.

Por otra parte, se tiene también la teoría procesal, según la cual la naturaleza de la cosa juzgada reside en “[...] la fuerza vinculante de la declaración de certeza [...]”. (Rodas Seas, 1999). En cuanto a la objeción que se le atribuye a esta tesis, es la separación en demasía que se da entre el derecho sustancial y el procesal, lo cual, a entender de muchos, rompe con la misma naturaleza de la cosa juzgada, inmersa también en el derecho sustancial. Podría decirse entonces que, el instituto de la cosa juzgada no es exclusivamente procesal, sino que involucra también el derecho material; así lo ha dicho el Doctor Rubén Hernández Valle:

“[...] Dicho instituto en el ámbito de Derecho Procesal Constitucional no es una cuestión exclusivamente procesal, sino que involucra, además un problema de Derecho Constitucional material, dado que se pone en juego el valor de las sentencias de los tribunales constitucionales y, por ende, se afecta el equilibrio de sus relaciones con los restantes órganos fundamentales del Estado [...]” (Hernández Valle, Derecho Procesal Constitucional, 2001).

En esencia, la naturaleza de la cosa juzgada es nada más que un efecto normal de los pronunciamientos, los que, por razones de seguridad y disciplina del orden jurídico, impiden reiterar iguales circunstancias en otros procesos.

Finalmente, corresponde agregar que el fundamento de la cosa juzgada, lo constituye una sentencia favorable o desfavorable, esto quiere decir que una vez que se dicte la sen-

tencia, independientemente de su resultado, debe existir un momento donde toda la posibilidad de discusión finalice, y es ahí donde la cosa juzgada toma relevancia, puesto que “[...] al finalizar el sendero y el recorrido de la controversia culmina con un resultado, existe un pronunciamiento de la jurisdicción, concreto y efectivo que de acuerdo cómo se interprete, actuará el derecho o habrá compuesto la litis [...]” (Gozáini, Revisión de la Cosa Juzgada: irrita y fraudulenta, 2015).

Es así entonces que, la cosa juzgada es un principio jurídico fundamental que asegura la estabilidad y la certeza en las relaciones jurídicas, evitando la perpetuación de los conflictos legales, y que estos se conviertan en un círculo sin fin que no permita a las partes que intervienen en los procesos, tener seguridad, que la decisión que fue tomada, una vez culminado el camino recursivo, permanecerá invariable en el tiempo, y por ello, es un instituto clave para el funcionamiento del sistema judicial.

Sección II. Concepto de cosa juzgada.

Uno de los primeros conceptos que quienes estudian Derecho conocen, es el de cosa juzgada. No obstante, la terminología no deja de causar controversia. Muchas pueden ser las definiciones que se brinden, pero todas tendrán en común, que lo que se pretende es no fallar de nuevo un caso. Para SANCHEZ GIL, la cosa juzgada puede definirse como ese vínculo jurídico público que obliga a los jueces a no fallar de nuevo lo ya decidido (Sánchez Gil, 2013). Por su parte, nuestra jurisprudencia ha dicho que “[...] la cosa juzgada es la declaración de certeza contenida en la sentencia, con el carácter de obligatoria e indiscutible, que impide una nueva sentencia diferente... impide toda nueva decisión de fondo sobre el mismo litigio y no solamente una que sea diferente [...]” (Voto 01302-2012, 2012). Cosa juzgada será entonces el efecto jurídico que el ordenamiento jurídico atribuye a una resolución judicial firmada dentro de un proceso judicial, dictada por una persona juzgadora competente.

Podemos además señalar que esa cosa juzgada debe necesariamente verse desde dos puntos de vista. Uno formal, según el cual “[...] hay una imposible deducción de recursos contra una sentencia dictada en el proceso [...]” (Gozáini, Revisión de la Cosa Juzgada: irrita y fraudulenta, 2015); quiere decir entonces que, desde esta arista, la sentencia no puede ser modificada dentro del mismo proceso, más no así en un proceso posterior. Por otra parte, tenemos el punto de vista material, si hay una imposibilidad de poder conocer lo dictado, en el proceso, o bien en uno posterior. De esta última podemos concluir que la cosa juzgada material cumple dos funciones: una negativa; que se resume en la prohibición de las partes de cuestionar la decisión que fue tomada, y también la imposibilidad de plantear una nueva acción judicial. Y la positiva; que es la forma de impedir que, en un nuevo proceso, se emita una decisión contradictoria a lo que ya había sido resuelto.

Ahora bien, la cosa juzgada no opera de manera autónoma, sino que requiere de la configuración y existencia de varios elementos; estos son: sujeto, objeto y causa, la cual incluye también los antecedentes fácticos y jurídicos. Esto quiere decir, que, si no se cumple esa triple identidad, no podemos hablar de cosa juzgada.

De igual forma, para una comprensión holística del contexto de la cosa juzgada, no podemos dejar de lado otros conceptos que, sin duda alguna, se entrelazan y van de la mano de esta figura, y que juntos permiten una concepción y configuración sistemática de la misma. El primero de ellos responde a la seguridad jurídica, que, sin duda alguna, forma parte de los pilares de la cosa juzgada en el tanto es producto de la certeza que deben producir las decisiones judiciales (Gozáini, Revisión de la Cosa Juzgada: irrita y fraudulenta, 2015). Esta seguridad entonces permite que la ciudadanía tenga una mayor confianza en los jueces al momento en que le son sometidos los casos a su conocimiento, permitiendo que quienes se acercan a estra-

dos judiciales, tengan una expectativa razonable sobre las consecuencias de sus actos; y sobre todo, tener plena certeza de que, su situación jurídica no varará, sino que solo lo hará mediante el sistema recursivo, el cual a la vez no puede ser infinito, sino que ha de culminar con los procedimientos de las diversas instancias superiores.

Otro concepto que debemos considerar es el de la predictibilidad, la cual se relaciona con los antecedentes judiciales que se tengan; básicamente refiere entonces cuando la decisión judicial está liberada de precedentes, independientemente de la jurisdicción que se trate, lo cual, como afirma GOZAINI, permite “[...] realizar una lectura del derecho que al caso corresponde aplicar, de forma que la cosa juzgada puede encontrar variaciones producto de interpretaciones disímiles[...]” (Gozáini, Revisión de la Cosa Juzgada: irrita y fraudulenta, 2015).

Finalmente, configurando esta triada de conceptos, nos encontramos con la separación de poderes, donde indiscutiblemente el respeto y acatamiento de lo dicho por los distintos tribunales debe imperar, evocándose únicamente la revisión de recursos de alzada cuando así lo disponga expresamente la normativa.

Consecuentemente, con lo anterior, la definición de la cosa juzgada constitucional como un derecho fundamental por el constituyente originario, no es una cuestión menor o irrelevante, por el contrario, reviste la mayor trascendencia desde la óptica de la hermenéutica y aplicación constitucional, por cuanto, hace posible que cualquier persona puede aducir su infracción en la sede del proceso de amparo.

La Sala Constitucional ha resaltado entonces, la importancia de la cosa juzgada de la siguiente forma: “[...] En definitiva, la cosa juzgada constitucional cumple un doble rol de derecho fundamental y de garantía institucional de los principios y valores apuntados (seguridad jurídica y paz social), condición

que comparte con otras figuras reguladas en la parte dogmática de la Constitución [...]” (voto 193-1992, 1992). Este doble rol de la cosa juzgada constitucional subraya su relevancia no solo como una herramienta jurídica, sino también como un pilar esencial para garantizar la estabilidad y previsibilidad del ordenamiento jurídico; por ello, la consolidación de sus efectos refuerza la confianza de los ciudadanos en la administración de justicia y en la seguridad de que las decisiones judiciales serán definitivas y respetadas.

Por otra parte, se debe destacar que, para establecer el alcance y la vinculatoriedad de la cosa juzgada, el único competente para hacerlo es la Sala Constitucional, excluyendo a los jueces ordinarios o de legalidad. En esta línea de pensamiento, desde los años noventa, la Sala Constitucional se ha manifestado:

“[...] Ningún Tribunal o juez ordinario de legalidad tiene competencia, so pena de infringir palmariamente la Constitución y la Ley de la Jurisdicción Constitucional de definir cuándo o bajo que circunstancias una sentencia verificada por la Sala Constitucional tiene efectos de cosa juzgada material o eficacia vinculante ante terceros, tales extremos deben ser determinados, exclusivamente, por el intérprete último y definitivo de la Constitución, el derecho internacional de los derechos humanos y la Ley de la Jurisdicción Constitucional. Cualquier tribunal o juez de legalidad ordinaria que pretenda definir tales alcances quebranta los artículos 9, 10 y 48 constitucionales al arrogarse y usurpar, a contrapelo de la Constitución y la ley, competencias que no tiene y lesionando, gravemente, el principio constitucional de la separación de funciones que distingue, nítidamente, entre la jurisdicción constitucional y la jurisdicción de mera legalidad [...]” (voto 193-1992, 1992).

1.2.1 Vinculatoriedad de la Cosa Juzgada.

Una vez analizado el concepto, la investigación se centrará en analizar los efectos de la vinculatoriedad que la cosa juzgada envuel-

ve. Este análisis contestará tres preguntas, a quiénes obliga, a qué obliga, y por cuánto tiempo obliga la cosa juzgada.

1.2.1.1 Obligatoriedad subjetiva de la cosa juzgada.

Este primer apartado envuelve a los sujetos sobre los cuales los efectos de la cosa juzgada tienen efecto y responde lógicamente al cuestionamiento ¿a quiénes obliga la cosa juzgada? Siendo así, debemos considerar que tratándose de la cosa juzgada, -de legalidad-, involucra a los sujetos que forman parte del expediente; no obstante, en la cosa juzgada constitucional, el Estado, se encuentra envuelto, ya sea de una forma directa o bien, indirecta; obligando a todos los órganos o entes estatales al cumplimiento y respeto de lo decidido; consecuentemente, “[...] el Estado tiene prohibición absoluta de reproducir, total o parcialmente los actos o disposiciones anulados por medio de la misma administración recurrida o de cualquier autoridad administrativa [...]” (Hernández Valle, Escritos Sobre Justicia Constitucional, 1997).

Esa prohibición, la podemos ver desarrollada en el voto de la Sala Constitucional del año 1992, donde previamente la Sala, se había pronunciado sobre la violación constitucional del artículo 27 de la ley N. 7233 del 8 de mayo de 1991:

“Como se observa de lo expuesto, el legislador reiteró en lo esencial el contenido del artículo 27 de la derogada ley de psicotrópicos, en el numeral 33 de la Ley N°7233 del 8 de mayo de 1991, en virtud de que la única modificación que introdujo fue una limitación de los supuestos en los que se debe denegar la excarcelación, a los casos en los que el extremo menor de la pena, con la que se sancionan los delitos imputados, sea de seis u ocho años de prisión. En consecuencia se ha emitido una norma que nuevamente transgrede principios consagrados constitucionalmente, al volver a crear un régimen específico de denegatoria de excarcelación para

ciertos casos regulados en la Ley N°7233, que rompe el esquema general establecido en el Código de Procedimientos Penales y discrimina también respecto de otros delitos estatuídos en la misma ley sobre estupefacientes que se sancionan con penas menores a las indicadas, por lo que el artículo 33 de la ley de cita es violatorio del principio de igualdad consagrado en el artículo 33 de la Constitución Política". Lo resaltado es propio. (voto 193-1992, 1992).

1.2.1.2 Obligatoriedad objetiva de la cosa juzgada.

Este apartado responde a la pregunta, a qué obliga la cosa juzgada. Doctrinariamente ha existido una divergencia referente a si la eficacia alcanza únicamente la parte dispositiva, o bien; cobija a la parte considerativa. La doctrina italiana, sostiene que solo abarca la parte dispositiva. La alemana por su parte sostiene lo contrario, de manera que la eficacia, comprende la totalidad de la sentencia, incluyendo el, por tanto (Hernández Valle, Derecho Procesal Constitucional, 2001).

En nuestro país la jurisprudencia no ha sido uniforme, para el año 92, la Sala sostenía que esa eficacia abarcaba únicamente la parte dispositiva (Voto 1934-1992, 1992)². Posterior a ello, para el año 1995, la tesis que venía sosteniendo, fue variada, y afirmó que "[...] la vinculatoriedad que caracteriza a la Jurisprudencia Constitucional se refiere tanto a la parte considerativa como dispositiva de la sentencia, en el tanto que aquella claramente condiciona y determina ésta [...]" (voto 7062-1995, 1995).

Desde esta época, podemos ver entonces el abordaje diverso que la ha dado la jurisprudencia a la vinculatoriedad de las sentencias de la Sala Constitucional, para cambiar su tesitura e ir dando cabida, a la postura que

se vería reflejada muchos años después, tesis que valga decir refleja una comprensión más integral de los efectos de la cosa juzgada y subraya la importancia de los razonamientos fácticos y jurídicos en la interpretación y aplicación de las sentencias constitucionales.

Para ejemplificar lo anterior, vemos como en el voto 12825-2014, la tesis sostenida de que la cosa juzgada, abarca tanto la parte considerativa y el por tanto de la sentencia, fue plasmada de forma unánime, lo anterior en el tanto, a criterio de la Sala Constitucional, la parte considerativa o razonamientos de hecho y de derecho expuestos son parte vital de la sentencia, y para su comprensión íntegra, no puede darse una lectura aislada o parcial, del por tanto de la resolución.

Evidentemente, la tesis inicial es del todo cuestionable, no puede hablarse de la cosa juzgada, sin entrar a considerar los argumentos fácticos y jurídicos que se plasman en la sentencia, mucho menos si se parte del hecho de que el por tanto de la sentencia, es únicamente un resumen laxo de lo que se dispuso, por ello, el cambio jurisprudencial que se dio ha sido vital para poder entender la cosa juzgada.

1.2.1.3 Obligatoriedad temporal de la cosa juzgada.

Para concluir este apartado resta analizar, por cuánto tiempo obliga la cosa juzgada. Desde el ámbito constitucional, evidentemente el fallo no puede ser eterno, debe darse la posibilidad de cambiar los fallos y posturas que se sostenían, todo como consecuencia de lo cambiante que resulta el Derecho y la sociedad, argumento que encuentra sustento en la Ley de la Jurisdicción Constitucional.³

Siendo así, se ha dicho que la eficacia temporal de la cosa juzgada constitucional "[...] queda enervada si en relación con un resultado obligatorio en la sentencia se produce

² En igual sentido, puede consultarse el voto 1528-1992, de la Sala Constitucional, de las quince horas dieciocho minutos del diez de junio de mil novecientos noventa y dos. (Voto 1528-1992, 1992)

³ Artículo 13: La jurisprudencia y los precedentes de la jurisdicción constitucional son vinculantes erga omnes, salvo para sí misma.

un cambio fundamental en las relaciones de la vida o de la opinión jurídica general [...]” (Hernández Valle, Derecho Procesal Constitucional, 2001).

Sección III. Análisis Jurisprudencial de la Cosa Juzgada.

Este apartado, merece iniciar con un interrogante ¿puede entonces un juez o jueza de jurisdicción ordinaria entrar a conocer una cosa juzgada constitucional?, la respuesta es sencilla, y sería un no rotundo, la única persona juzgadora que puede entrar a conocer la cosa juzgada desde el punto de vista constitucional es el juez o la jueza constitucional. Como veremos de seguido, hay un voto fundamental para poder comprender la cosa juzgada constitucional, y es el voto 12825-2014; en el vemos quizá un esquema comparativo de la cosa juzgada constitucional y la cosa juzgada de legalidad; permitiendo hasta el día de hoy marcar claras diferencias entre ambas.

1.3.1 Inicios jurisprudenciales.

Desde los años noventa, la Sala Constitucional ha emitido pronunciamientos al margen de la Cosa Juzgada, o específicamente, de los efectos que las resoluciones de la Sala tenían, tanto a lo externo, como a lo interno, resaltando en todos los casos el numeral 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, el cual como se sabe refiere a la vinculatoriedad erga omnes de las sentencias que dicta la sala.⁴ De esta forma, se refleja con claridad, cuán importante es la labor realizada por el máximo órgano constitucional a nivel nacional, al generar para los tribunales ordinarios, un marco delimitante al dictar sus resoluciones, pero que no impide a la propia Sala, cambiar su tesis respecto a algún tema en específico, cuando lo estime pertinente.

Es claro que, al emanar de esa máxima au-

toridad, las resoluciones que se dicten carezcan de recursos, puesto que de nada serviría esa vinculatoriedad que rodea a las resoluciones que de la Sala proceden, si las mismas pudieran ser revisadas por otra instancia. En esta línea, se ha mencionado que “[...] las sentencias constitucionales le son aplicables los principios generales del derecho procesal y por ello los efectos de la sentencia son definitivos e inmutables. En otro sentido, la cosa juzgada corresponde a los efectos jurídico-procesales del proceso, en su alcance declarativo, que tiene que ver con la imposibilidad de que cualquier órgano jurisdiccional dicte un nuevo fallo sobre el mismo asunto [...]” (Voto 512-1995, 1995).

Pese a esos pequeños matices que se enuncian en los votos, la verdadera evolución empieza a partir del año dos mil doce; donde iniciando con notas adicionales o votos salvados, se empieza a desarrollar que una vez que se entra a dilucidar y resolver los aspectos alegados, los efectos del pronunciamiento en ese sentido producen cosa juzgada material en el ámbito interno y es de carácter erga omnes salvo para la misma Sala (Voto 01302-2012, 2012).

1.3.2 Voto salvado, el inicio del cambio de paradigma.

Como lo señalé previamente, en el año dos mil doce, los cimientos de la eficacia o vinculatoriedad de las resoluciones que emanan de la Sala Constitucional empiezan a tambalearse, pues la Sala venía sosteniendo de manera enfática;

“[...] la procedencia del recurso de amparo está condicionada no sólo a que se acuse la existencia de una violación -o amenaza de violación- a uno o más de los derechos o garantías fundamentales consagrados por el Derecho de la Constitución; sino, además, a que se trate de una amenaza o quebranto directo y grosero, que por su carácter apremiante no permita esperar a que surtan efecto los remedios ordinarios. La procedencia del recurso de amparo está condicionada

⁴ En esta línea de pensamiento se pueden ver los votos de la Sala Constitucional: 1934-1992: 22 de julio, 1992, 15:09 horas; 1528-1992: 10 de junio, 1992, 15:18 horas; 7062-1995: 22 de diciembre, 1995, 10:45 horas.

no sólo a que se acuse la existencia de una violación -o amenaza de violación- a uno o más de los derechos o garantías fundamentales consagrados por el Derecho de la Constitución; sino, además, a que se trate de una amenaza o quebranto directo y grosero, que por su carácter apremiante no permita esperar a que surtan efecto los remedios ordinarios [...]”. (voto 01302-2012, 2012).

En ese momento, la magistrada Ana Virginia Calzada Miranda empieza a poner nota separada en los casos, donde los recursos se declaraban sin lugar, pero entra a analizar aspectos alegados:

“[...] Dejo expresa constancia que, en este caso, aún y cuando el amparo es declarado sin lugar, por haberse entrado a dilucidar y resolver los aspectos alegados, los efectos de este pronunciamiento en ese sentido producen cosa juzgada material en el ámbito interno y es de carácter erga omnes salvo para la misma Sala, según lo establecen los artículos 7 y 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional ... la fuerza vinculante de las sentencias de nuestro Tribunal no proviene únicamente de su parte dispositiva, sino de los fundamentos, análisis y valoración dada por la Sala cuando resuelve por el fondo un asunto, lo cual también vincula a la administración pública y a la jurisdicción judicial a lo resuelto por ésta en cada proceso. Diferente es el caso en el que la Sala declare sin lugar el recurso advirtiendo que no entra a conocer el asunto porque no es de su competencia y no emite pronunciamiento alguno en ese sentido, quedando en dicho supuesto abierta la posibilidad de discutir la cuestión planteada en otra vía, lo que no ocurre en el presente caso, en el cual sí se hace un análisis de fondo sobre lo expuesto; y respecto del cual este Tribunal no puede renunciar a conocer, toda vez que así lo impone la Constitución Política en los artículos 10 y 48, tratándose de un derecho constitucional expresamente establecido en el artículo 50 constitucional [...]” Lo resaltado es propio.

Como vemos, es quizá la última estrofa la

que merece mayor relevancia. Es correcto el análisis que plasma y que como se dijo, sirve de fundamento a la tesis jurisprudencial que se sostiene hoy en día. El admitir, no solo que los efectos de la cosa juzgada se deducen única y exclusivamente del por tanto le resta relevancia a la figura, situación que se ve mucho más agrietada, si se considera, que aún y cuando la sala no admite el recurso por escapar de su competencia, dejando huérfano a quienes se aproximan a la instancia en busca de una solución efectiva de sus derechos violentados, incluyendo entre ellos el de la cosa juzgada.

Este mismo voto plasma que “[...] en un Estado Social y Democrático Constitucional de Derecho, no solo se debe preservar el sistema constitucional, sino también garantizar la plena vigencia y respeto de los derechos fundamentales, otorgando la tutela efectiva a las personas que se ven perjudicadas frente a los actos o decisiones que los restrinjan o supriman, lo cual requiere de esta jurisdicción sin duda alguna, de una incuestionable validez constitucional [...]” (Voto 01302-2012, 2012).

Este extracto destaca la importancia de preservar el sistema constitucional en un Estado Social y Democrático Constitucional de Derecho. Se subraya la necesidad no solo de mantener la estructura legal sino también de garantizar la plena vigencia y respeto de los derechos fundamentales. La mención de la tutela efectiva enfatiza la responsabilidad de la jurisdicción en asegurar que las personas perjudicadas por actos o decisiones que restrinjan o supriman sus derechos reciban un recurso legal adecuado. Además, se destaca la importancia de que esta jurisdicción tenga una validez constitucional incuestionable.

Desde una perspectiva crítica, es vital considerar cómo se implementa esta garantía de derechos fundamentales en la práctica. La eficacia de la jurisdicción y la tutela efectiva puede depender de factores como la independencia del sistema judicial, la claridad y

aplicabilidad de las leyes, y la accesibilidad a la justicia para todos los ciudadanos. Además, la noción de “validez constitucional incuestionable” podría ser objeto de debate, ya que diferentes interpretaciones de la Constitución pueden surgir y podría haber tensiones entre la estabilidad del sistema y la necesidad de adaptarse a los cambios sociales y políticos.

Ese pensamiento se mantuvo incólume a lo largo de los años. Para inicios del 2014, con el voto 03030-2014, donde también mediante un voto salvado, se considera que es necesario entrar a definir el concepto y los alcances de la cosa constitucional, resaltando que ello resulta una facultad exclusivo y excluyente resorte de la Sala Constitucional de conformidad con el numeral 7 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional:

“[...] el rechazo de la acción no puede ni debe fundamentarse en el hecho de que el asunto debe resolverse por la vía de amparo, y no a través del proceso constitucional de la acción de inconstitucionalidad, toda vez que las lesiones a la cosa juzgada constitucional y el efecto erga omnes de las sentencias de la Sala Constitucional se materializó en afectaciones a derechos fundamentales, tales como los que se consagran en los artículos 11, 34, 39 y 42 de la Carta Fundamental. Sin embargo, la razón por la que se presenta la acción es otra, y es que la pretensión que se alega en el amparo no está relacionada con la vulneración de un derecho fundamental, por más que se afirme en el voto de mayoría, sino con la infracción del bloque de constitucionalidad, concretamente con el instituto procesal de la cosa juzgada material, el que contribuye a la seguridad jurídica y a la paz social, con el fin de evitar que los conflictos jurídicos y sociales se vuelvan eternos [...]” (voto 03030-2014, 2014).

Comparto en forma totalitaria lo desarrollado en ese momento, puesto que el rechazo de la acción de amparo no debería basarse únicamente en la premisa de que el asunto debería ser resuelto a través del amparo y no

mediante la acción de inconstitucionalidad. Evidentemente si ya se reconoce a la cosa juzgada como un derecho fundamental, su lesión debe ser entrada a conocer.

El extracto plantea una distinción crucial entre la pretensión del amparo y la vulneración de un derecho fundamental, señalando que la razón detrás de la acción no está relacionada con la vulneración de un derecho fundamental, a pesar de lo afirmado en el voto de mayoría. En cambio, se sostiene que la pretensión del amparo se vincula con la infracción del bloque de constitucionalidad, específicamente con el instituto procesal de la cosa juzgada material.

1.3.3 Voto 12825 – 2014 de la Sala Constitucional.⁵

Pese a lo señalado anteriormente, fue hasta agosto del 2014, donde se da un cambio fundamental en la historia jurisprudencial en torno a la cosa Juzgada Constitucional. A manera de contexto, el recurrente acude a la Sala Constitucional mediante la vía del amparo, porque considera que la Sección Tercera del Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda en la resolución impugnada, se pronunció sobre los mismos alegatos que fueron conocidos por la Sala Constitucional.

En este voto el amparado señaló que, si bien la Sala Constitucional había venido sosteniendo que las sentencias desestimatorias de dicho órgano jurisdiccional no tienen autoridad de cosa juzgada formal o material, lo cierto es que, en esa misma ocasión, se dijo que lo anterior es aplicable cuando se arribe a una conclusión distinta “[...] con sustento en otros elementos probatorios [...]”. Sostuvo, que es la propia Sala Constitucional la que está facultada para cambiar su criterio o resolver de forma diferente si se presentan circunstancias novedosas sobre un caso que

⁵ Las citas que se incluyen en este apartado responden al voto 12825-2014 del 6 de agosto del 2014, de la Sala Constitucional.

ha sido desestimado de previo. Sin embargo, aclaró que el asunto no encuadra en dicho supuesto.

En este sentido, “[...] si la cosa juzgada en esta materia reviste la condición de un derecho fundamental, y por ende es protegida por el principio de supremacía constitucional, ello implica que todos los demás órganos jurisdiccionales deberán atenerse a lo resuelto en esa sede [...]” (Carvajal Perez, 2017).

Siendo así, desde una perspectiva crítica, es importante considerar el razonamiento detrás de los votos emitidos por la magistrada y el tribunal en relación con la cosa juzgada y su impacto en el sistema judicial. La decisión de considerar las resoluciones de la Sala Constitucional como vinculantes y erga omnes, incluso cuando se declara sin lugar un recurso, resalta la importancia de analizar en profundidad los fundamentos de cada caso. Esto no solo fortalece la seguridad jurídica, sino que también garantiza que se respete la Constitución y los derechos fundamentales de los ciudadanos.

La distinción entre la incompetencia de la Sala y los casos en los que sí se realiza un análisis de fondo subraya la necesidad de claridad en los procedimientos legales y la responsabilidad de la jurisdicción en proteger los derechos constitucionales. Además, la evolución jurisprudencial hacia el reconocimiento de la cosa juzgada como un derecho fundamental implica un compromiso con la justicia, el debido proceso y por ello, es crucial que todos los órganos jurisdiccionales respeten las resoluciones de la Sala Constitucional para mantener la coherencia y la integridad del sistema legal.

1.3.3.1 Cosa Juzgada Constitucional vs Cosa Juzgada de Legalidad.

Este voto despliega una serie de matices que distinguen a la cosa juzgada de legalidad y a la cosa juzgada constitucional.

Sobre la primera señala que, el derecho en la

cosa juzgada de legalidad u ordinaria debe ser invocado y resuelto ante las instancias de legalidad y los tribunales comunes, mediante los cauces que prevé el ordenamiento jurídico sea, la excepción de cosa juzgada, puesto que, no es competencia del órgano Constitucional determinar cuándo un asunto de legalidad ordinaria fue resuelto o no con autoridad de cosa juzgada de legalidad ordinaria, dado que, se trata de cotejar criterios de mera legalidad.

Por el contrario, tratándose del derecho fundamental a la cosa juzgada constitucional sólo la Sala Constitucional tiene competencia -exclusiva y excluyente- para determinar los alcances y contenido de sus sentencias estimatorias y desestimatorias. Este último aspecto, es quizá el de mayor relevancia, ya que esas competencias de fiscalización constitucional le fueron exclusivamente atribuidas a la Sala Constitucional y este Tribunal en sus sentencias zanja y dirime, definitivamente, sin posibilidad de ulterior recurso, si fue quebrantado o no un derecho fundamental, humano o bien un valor, principio o precepto constitucional.

Adicional a ello, el voto que se analiza resalta tres características que distinguen a la cosa juzgada constitucional de la cosa juzgada de legalidad:

a) No cabe ningún recurso, ni siquiera el extraordinario de revisión contra una sentencia constitucional: Esta característica resalta la firmeza y la inmutabilidad de las decisiones de la Sala Constitucional y encuentra su sustento en el artículo 11 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, que expresamente señala que contra las sentencias, autos o providencias de la jurisdicción constitucional no cabrá recurso (Asamblea Legislativa, 2019).

El no permitir algún recurso tiene sentido, pues tal y como lo señalé, el permitir la revisión sería negar la estabilidad y certeza a las decisiones constitucionales.

b) La cosa juzgada constitucional se extiende a la parte dispositiva (por tanto) como a la parte considerativa o razonamientos de hecho y de derecho expuestos por la Sala Constitucional: La inclusión de la parte considerativa o los razonamientos de hecho y derecho dentro de la cosa juzgada constitucional es una característica importante. Esto implica que no solo las decisiones específicas están protegidas, sino también los fundamentos y argumentos que llevaron a esas decisiones.

c) La eficacia de la cosa juzgada constitucional absoluta y general: Esta característica destaca la universalidad de la cosa juzgada constitucional, asegurando que sus efectos no están limitados a las partes directamente involucradas en el proceso constitucional, extendiéndose entonces a cualquier sujeto de derecho, garantizando de esta forma una uniformidad en la interpretación y aplicación de la ley.

Cuando el derecho fundamental a la cosa juzgada constitucional resulta infringido bien puede ser invocado para la defensa de su goce y ejercicio en el proceso de amparo que fue instituido a tenor del artículo 48 constitucional.

Es importante también resaltar la importancia política que envuelve a la sentencia de un Tribunal Constitucional, “[...] más que un acto procesal que pone término a un conflicto jurídico, como ocurre con las sentencias de los tribunales ordinarios de justicia, es además una decisión con trascendencia política, ya que realiza una labor de interpretación de valores y principios y una actividad integradora del derecho [...]” (Gozáini, Sobre sentencias constitucionales y el efecto erga omnes, 2008).

1.3.3.2 Sentencias que producen cosa juzgada constitucional.

Adicional a todo lo dicho, el voto zanja de una vez por todas y establece con claridad qué sentencias son las que originan la cosa

juzgada constitucional, y para ello merece analizar la tipología de sentencias que se dictan a la luz del recurso de amparo y que revelan la forma en que la Sala Constitucional aborda los casos que son puestos a su conocimiento:

1) Absolutorias de la instancia: No entran a conocer el mérito del asunto y que ad limine litis resuelven el asunto como lo son los rechazos de plano y por el fondo.

A. Rechazo de plano: En estas sentencias la Sala Constitucional considera que el asunto es manifiestamente improcedente o está relacionado con la legalidad ordinaria, lo que escapa a su competencia constitucional, y por ello no realiza un pronunciamiento sobre el mérito del asunto; como consecuencia, no generan cosa juzgada.

B. Rechazo por el fondo: En estas sentencias nuevamente hay una abstención de pronunciamiento en cuanto al fondo del asunto. En su lugar, la Sala aborda el caso, tomando como punto de partida sus propios precedentes, en los cuales ya ha rechazado casos de índole similar al no ser competencia de la Sala.

2) Conocen el fondo del asunto: En estas es claro que la sala argumenta fáctica y jurídicamente sus resoluciones, señalando o no la existencia de alguna violación.

A- Estimatorias: El artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional menciona lo siguiente: “Las sentencias que declaren la inconstitucionalidad y pronuncien la anulación consecuyente de la norma o los actos impugnados, producirán cosa juzgada y eliminarán la norma o acto del ordenamiento [...]” (Asamblea Legislativa, 2019).

Entonces, siendo así, las sentencias estimatorias o parcialmente estimatorias producen cosa juzgada constitucional de carácter material y, además, vinculan erga omnes. En cuanto a estas sentencias se ha dicho que, al declarar la inconstitucionalidad, producen

un efecto anulatorio y consecuentemente elimina la norma del ordenamiento, e implica que no pueda entonces aplicarse por ninguna otra persona juzgadora, evidenciando de esta forma ese carácter vinculante y erga omnes que se menciona. Debe considerarse además que los efectos de esta anulación serán a futuro, pues tal y como lo menciona el artículo 90 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, dicha eliminación rige a partir de la publicación en el diario oficial.

B- Desestimatorias: Según el artículo 87 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, las resoluciones que denieguen la acción deberán examinar todos los motivos de inconstitucionalidad que se hubieren alegado para fundamentarla, implica entonces que el órgano jurisdiccional encargado de decidir sobre la acción debe revisar y considerar todos los argumentos presentados por la parte que busca impugnar la norma o acto, pero su vinculación será única y exclusivamente para el caso concreto y como lógica no establece tampoco una vinculatoriedad hacia el futuro.

De esta forma, se ha dicho que las sentencias desestimatorias, en la mayoría de los supuestos, también producen cosa juzgada constitucional material, por cuanto, la Sala Constitucional al conocer y resolver la pretensión descarta que exista una infracción de un derecho fundamental o humano. No obstante, no producen cosa juzgada constitucional material, única y exclusivamente, en los supuestos excepcionales en que la Sala Constitucional estima que lo pretendido es una cuestión de legalidad ordinaria y así lo indica expresamente, en tal supuesto serán los órganos administrativos y jurisdiccionales quienes deberán resolver el asunto.

Estos se tratan de supuestos excepcionales, por cuanto, por regla general, la Sala Constitucional rechaza de plano las cuestiones de legalidad ordinaria, sin embargo, puede en ocasiones presentarse una duda, por lo que se decide darle curso, y hasta que se recaba la prueba se determina que se trata de

un asunto de legalidad ordinaria. La sentencia en análisis, señala que: “ [...] También sucede esto cuando el recurrente en amparo formula un conjunto de agravios y pretensiones, siendo que combina unas de legalidad con otras de constitucionalidad, por lo que la Sala Constitucional, al estar presentes las últimas decide darle curso, instruir el proceso y resolver, indicando en la sentencia que hay una serie de extremos de legalidad ordinaria sobre los que no se pronunciará por no ser de su competencia [...]” (voto 12825-2014, 2014).

1.3.3.3 Identidad de sujetos como presupuesto para que opere el derecho a la cosa juzgada: su relatividad respecto de la cosa juzgada constitucional.

Como se mencionó al inicio de la investigación, para la configuración de la Cosa Juzgada, se requiere la existencia paralela de 3 requisitos, sujeto, objeto y causa. Es quizá el primero de ellos el que, tratándose de la Cosa Juzgada Constitucional, cambia diametralmente.

En principio, la sentencia ha de producir efecto, únicamente entre las partes, consecuentemente no puede ser invocada ni opuesta por terceros (Rodas Seas, 1999). No obstante, en materia constitucional las sentencias que se dicten tienen una fuerza vinculante que afecta a todos los sujetos del ordenamiento jurídico, superando las limitaciones típicas de la cosa juzgada en la jurisdicción común.

De esta manera al tener las sentencias de la Sala Constitucional, incluso las vertidas en el proceso de amparo, una eficacia vinculante erga omnes (artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional), sus efectos se extienden, sin excepción a todos los sujetos del ordenamiento jurídico, tanto las partes principales o accesorias como a todos los que no participaron en el proceso, de manera que en materia constitucional la identidad absoluta y rígida de los sujetos se encuentra matizada por esa eficacia extraordinaria (eficacia absoluta y general de la cosa juzgada

constitucional) (voto 12825-2014, 2014).

La afirmación de que en materia constitucional la identidad absoluta y rígida de los sujetos se encuentra matizada por esta eficacia extraordinaria resalta la flexibilidad que introduce la jurisdicción constitucional en comparación con la mayoría de los procesos comunes. En la jurisdicción ordinaria, la cosa juzgada tiende a tener una eficacia relativa, limitándose estrictamente a las partes principales o accesorias involucradas en el caso. Sin embargo, en el ámbito constitucional, la cosa juzgada se caracteriza por su eficacia absoluta y general, afectando a todo el ordenamiento jurídico.

Conclusión.

Esta investigación ha proporcionado una visión holística de la cosa juzgada, destacando su importancia histórica, conceptual y jurisprudencial. La relatividad de la identidad de sujetos en relación con la cosa juzgada constitucional resaltando la flexibilidad y dinamismo de este principio, que, a pesar de sus fundamentos sólidos, se adapta a las complejidades cambiantes del sistema legal.

Como vimos, la cosa juzgada constitucional se erige como un verdadero derecho fundamental en el entramado legal, y si bien su reconocimiento como tal no fue inicialmente unánime, lo cierto del caso, es que hoy en día, no existe duda en cuanto a su carácter fundamental.

Destacar el año 2014, que tal y como se desarrolló, fue el punto de inflexión, marcando un cambio crucial en la percepción y aplicación de la cosa juzgada constitucional, consolidando su posición en el ordenamiento jurídico y zanjando de una vez por todas las competencias de la Sala Constitucional en torno al tema. El análisis detenido de la tipología de la cosa juzgada constitucional revela su complejidad y variedad de manifestaciones, y si bien podría solo destacarse las sentencias estimatorias o desestimatorias, es evidente que su núcleo va más allá y trajo

consigo múltiples interpretaciones.

En suma, la cosa juzgada constitucional emerge como un verdadero derecho fundamental, cuyo comienzo no fue uniforme y que ha experimentado cambios significativos hasta alcanzar su vigencia actual. Este análisis integral, desde su tipología hasta la participación de los sujetos procesales, permite apreciar la complejidad y relevancia de este principio en el contexto jurídico contemporáneo.

Bibliografía.

Asamblea Legislativa. (2019). Ley N. 7135, Ley de la Jurisdicción Constitucional. San José: Investigaciones Jurídicas.

Asamblea Nacional Constituyente. (2020). Constitución Política de Costa Rica. San José: Investigaciones Jurídicas S.A.

Carvajal Perez, M. (2017). Estructura de la sentencia y efecto vinculante de las sentencias constitucionales. En *Constitucionalismo Costarricense: Libro en Homenaje al Doctor Rubén Hernández Valle* (pág. 175). San José: Juricentro.

Curaca Kong, A., & Roel Alva, L. (2016). "La inmutabilidad de la cosa juzgada constitucional: ¿se puede anular una sentencia del Tribunal Constitucional?". *Revista Peruana de Derecho Constitucional*(9), 151-181.

Garrote Campillay, E. A. (2012). Cosa Juzgada Constitucional Sui Generis y su efecto en las sentencias del Tribunal Constitucional en materia de inaplicabilidad e inconstitucionalidad. *Revista de estudios constitucionales* año, 391-428.

González Segura, E. (2017). ¿Tienen las sentencias desestimatorias en recursos de amparo de la Sala Constitucional efecto de cosa juzgada frente a la jurisdicción contenciosa administrativa?". *Revista de Ciencias Jurídicas*,(144), 57-77.

Gozaíni, O. (2008). Sobre sentencias constitu-

cionales y el efecto erga omnes. En Anuario de derecho constitucional latinoamericano (pág. 165). Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer.

Gozaíni, O. (2015). Revisión de la Cosa Juzgada: irrita y fraudulenta. Buenos Aires, Argentina: Ediar S.A.

Hernández Valle, R. (1997). Escritos Sobre Justicia Constitucional. San José: Biblioteca Jurídica Dike.

Hernández Valle, R. (2001). Derecho Procesal Constitucional. San José: Juricentro.

López Medina, D. E., & Molano Sierra, E. (2021). "La cosa Juzgada Constitucional a sus 30 años de evolución: flexibilización del principio y nuevo balance entre estabilidad y cambio en el control constitucional de las leyes. Revista Derecho del Estado(50), 261-291.

Rodas Seas, I. (1999). Cosa Juzgada Constitucional. Costa Rica: Universidad de Costa Rica.

Sánchez Gil, R. (2013). Cosa Juzgada y precedente de la acción de inconstitucionalidad mexicana. En Panorámica del Derecho Procesal constitucional y convencional (pág. 619). Madrid: Marcial Pons.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. (6 de agosto de 2014). voto 12825-2014 de las quince horas y cinco minutos del seis de agosto del dos mil catorce.

Voto 01302-2012, 11-010271-0007-CO (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia 3 de febrero de 2012).

Voto 01302-2012, 11-010271-0007-CO (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia 3 de febrero de 2012).

Voto 03030-2014, 13-002469-0007-CO (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia 2014 de marzo de 2014).

Voto 12825-2014, 12-002127-0007-CO (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia 6 de agosto de 2014).

Voto 1528-1992, 92-000527-0007-CO (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia 10 de junio de 1992).

Voto 193-1992, 91-002575-0007-CO (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia 28 de enero de 1992).

Voto 1934-1992, 92-000527-0007-CO (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia 22 de julio de 1992).

Voto 512-1995, 95-003876-0007-CO (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 13 de octubre de 1995).

Voto 7062-1995, 95-005899-0007-CO (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia 22 de diciembre de 1995).

**Instituto de Investigaciones
“Dr. Carlos Gómez Rodas”.**

7

PRESENTACIÓN DEL LIBRO “La Constitución 75 años después”.

La Universidad Escuela Libre de Derecho y su Instituto de Investigaciones Dr. Carlos Gómez Rodas, presentaron el libro **“La Constitución 75 años después”**, dirigido por el jurista Dr. Rubén Hernández Valle.

Este acto se realizó el lunes 18 de noviembre de 2024 a las 6:00 p.m., en el Salón de Jefes de Estado de la Asamblea Legislativa.

Se trata de una obra desarrollada en dos tomos con la participación de 43 connotados especialistas costarricenses en Derecho Constitucional, quienes realizaron un análisis de cada uno de los capítulos que conforman la Norma Suprema para entender cuál ha sido su evolución a lo largo de 75 años, mediante el estudio del significado del texto original comparándolo con su interpretación actual a la luz de la praxis política y de la jurisprudencia constitucional (mismo que se puede adquirir en la Universidad al teléfono 2283-5533).

A continuación las participaciones del Dr. Rodrigo Arias Sánchez, Presidente de la Asamblea Legislativa de Costa Rica, Dr. Ricardo Guerrero Portilla, Rector de la Universidad Escuela Libre de Derecho y Dr. Rubén Hernández Valle, Doctor Honoris Causa de la Universidad Escuela Libre de Derecho, director de la investigación.



Dr. Rodrigo Arias Sánchez
Presidente de la Asamblea Legislativa
Costa Rica

Presentación del Libro “La Constitución 75 años después”

Hoy tengo el privilegio de participar en la presentación de esta obra que conmemora los 75 años de nuestra Constitución Política.

El libro que hoy presentamos, coordinado por el Dr. Rubén Hernández Valle, amigo de toda una vida y uno de los juristas más reconocidos del país, ofrece un análisis profundo sobre el significado y la evolución de nuestra Constitución a través de los años.

Gracias a los valiosos aportes de constitucionalistas destacados, esta obra se convierte en una referencia para comprender cómo el espíritu de nuestra Carta Magna se ha adaptado a los cambios y desafíos de la sociedad costarricense.

En un momento histórico marcado por desafíos a nuestras instituciones y al Estado de Derecho, este texto nos invita a reflexionar con gratitud sobre nuestra historia y a asumir el compromiso de seguir fortaleciendo la democracia y los valores que han sustentado nuestra paz y progreso.

Por eso, más allá de celebrar la longevidad de este documento, nos corresponde reflexionar sobre su rol fundamental y su vigencia en nuestra sociedad, especialmente en tiempos de grandes desafíos.

Como compartí en una reciente ocasión, esta conmemoración tiene para mí un significado muy personal, pues mi abuelo, Juan Rafael Arias Bonilla, tuvo el honor de ser uno de sus constituyentes y dedicó sus esfuerzos a este gran proyecto de país. Su legado, que me toca honrar desde mi rol actual, me inspira a defender y preservar los principios que han guiado a Costa Rica durante estas décadas de paz y progreso.

A lo largo de estos 75 años, nuestra Constitución ha demostrado ser un verdadero bastión de estabilidad.

Ha permitido a Costa Rica sortear momentos difíciles y construir un espacio de bienestar y justicia para todas y todos. Es un acuerdo que ha sostenido nuestros valores democráticos, sociales y económicos, y su permanencia ininterrumpida refleja no solo su solidez, sino también la adhesión de nuestra ciudadanía a los principios que nos definen como nación.

Es imposible hablar de la Constitución sin destacar el rol clave del Tribunal Supremo de Elecciones, una institución de cuya independencia nos enorgullecemos y que ha sido fundamental para mantener la legitimidad y la transparencia en nuestros procesos democráticos. De igual manera, nuestra Asamblea Legislativa ha jugado un papel central, no solo en la creación de leyes, sino en el control político, defendiendo la responsabilidad y la transparencia en la gestión pública.

El régimen de garantías individuales y sociales consagrado en nuestra Constitución ha sido clave para proteger los derechos de las personas y construir una sociedad más justa.

En ese marco, el Poder Judicial se erige como un pilar indispensable del Estado de Derecho, asegurando la aplicación imparcial de la ley, el equilibrio entre los poderes del Estado y la defensa de las libertades ciudadanas.

Su independencia fortalece la confianza en nuestras instituciones y actúa como un escudo frente al autoritarismo, recordándonos que una democracia sólida depende de un sistema de justicia justo y transparente.

Por su parte, la creación de instituciones como la Contraloría General de la República y la Sala Constitucional nos recuerda el compromiso de nuestra Carta Magna con la transparencia y el respeto por los derechos fundamentales, valores que debemos preservar y proteger en todo momento.

Son numerosos los aportes de nuestra Constitución a la vida política, social, cultural y económica de nuestro país; y el libro que hoy se presenta les hace un reconocimiento justo y merecido.

Señoras y señores:

Reitero la felicitación al Dr. Rubén Hernández y a todas y todos los colaboradores por esta valiosa obra.

Sus estudios y sus reflexiones, transformados en palabras de razón y mesura en tiempos convulsos, sirven de herramienta para combatir los embates de quienes procuran, con triste pesimismo, denostar el progreso de nuestra nación.

Que nuestra Constitución sirva como la fortaleza del mortero y de la cuerda que se utiliza para levantar los puentes que necesitamos para avanzar, y que sea siempre ese pacto social el que prevalezca ante la pólvora que pretende derribarlos para detener nuestro caminar.

Por ello, llevando siempre la Constitución en nuestras manos y nuestros corazones, sigamos construyendo esa Costa Rica de prosperidad, de paz y de justicia, hasta que seamos capaces de alcanzar nuestros sueños.

Muchas felicidades por el libro y muchas gracias.



“La Constitución 75 años después”

Ricardo Guerrero Portilla
Rector
Universidad Escuela Libre de Derecho

18/11/2024

Pletóricos de orgullo y alegría acudimos hoy, aquí, a la casa del Foro Legislativo costarricense a cumplir con uno de los compromisos adquiridos por la Universidad Escuela Libre de Derecho con el Sistema Nacional de Acreditación de la Educación Superior (SINAES), pues uno de ellos, adquirido en la reacreditación de nuestra carrera de Derecho, es dar un mayor impulso a la investigación, lo cual hemos hecho, fundamentalmente, a través de nuestra revista digital indexada “Tribuna Libre”.

Sin embargo, dando un paso más adelante, se creó el “Instituto de Investigaciones Dr. Carlos Gómez Rodas”, con la intención de generar una producción jurídica de mayor calado.

Precisamente, dentro de esta tesitura, no existía mejor excusa, motivo o justificación para iniciar un proceso investigativo, que el septuagésimo quinto aniversario de la promulgación de nuestra Constitución Política vigente.

Para celebrar estas efemérides, la Universidad desarrolló un proyecto de investigación, a través de su Instituto de Investigaciones “Dr. Carlos Gómez Rodas”, denominado **“La Constitución 75 años después”**, dirigido magistralmente y con gran poder de convocatoria por el maestro Dr. Rubén Hernández Valle, Doctor Honoris causa de esta universidad, quien a principios de este año planteó la idea, la cual hoy nos permite presentar al Foro Jurídico Nacional, una obra monumental de 2 tomos de más de 1200 páginas, con artículos de 43 grandes juristas costarricenses, en análisis de temas específicos referidos a los distintos capítulos de la Constitución.

El jurista francés Guy Carcassone señala que:

“Una Constitución no puede por sí misma hacer feliz a un pueblo. Una mala sí puede hacerlo infeliz.”

Guy Carcassonne (1951-2013) Jurista francés.

Mucho y muy bueno ha de tener la Carta Política costarricense para haber resistido el paso de los años, ser garante de su envidiado Estado de Derecho, de las instituciones que creó, de su sistema político, de la versatilidad con la que el Poder Legislativo ha hecho uso del poder constituyente reformador para ajustarla cada vez que ha sido necesario e introducirle reformas puntuales, algunas muy profundas y que la presentan como una Constitución robusta, estable y duradera.

Nuestra Constitución, entre reformas y adiciones, según SINALEVI (Sistema Nacional de Legislación Vigente) ha recibido no menos de 93 modificaciones. De los 18 títulos que conforman

la estructura de la Constitución Política, solamente 4 no han recibido reformas: Título III: Los Extranjeros; Título XV: El Servicio Civil; Título XVI: El Juramento Constitucional y el Título XVIII: Disposiciones Finales.

Si la revisión se hace por capítulos, de los 28 capítulos que conforman la Constitución Política, aparte de los 4 anteriormente mencionados, que son capítulos únicos de los títulos correspondientes, solamente 5 capítulos más no han recibido modificaciones: Capítulo I: El Presidente y los Vicepresidentes de la República, Capítulo III: Los Ministros de Gobierno y el Capítulo IV: El Consejo de Gobierno, todos del Título X: El Poder Ejecutivo. Del Título XIII: La Hacienda Pública, el Capítulo II: La Contraloría General de la República y el Capítulo III: La Tesorería Nacional. En resumen, no se han modificado 9 capítulos de los 28 que conforman la Constitución Política, siendo, por otra parte los más reformados el Título VII: La Educación y la Cultura con 11 reformas y el Título IV: Derechos y Garantías Individuales con 9 reformas.



Esto puede llevarnos a muy diversas reflexiones o conclusiones, las cuales, necesariamente, deben ir acompañadas del análisis específico de cada norma dentro de todo el sistema estructural constitucional.

Lo que definitivamente es cierto, es que nuestra sociedad es un ente complejo y vívido, que ha tratado de evitar, a lo largo de todos estos años, la infelicidad, por lo que se ha visto obligada a venir ajustando su Carta Magna a las necesidades, visiones y retos de las nuevas generaciones. El reto constitucional inmediato es analizar, conocer y normativizar lo relacionado con el advenimiento y el avance galopante de la tecnología y sus efectos. El Derecho 4.0.

También llama la atención que en nuestra sociedad, los últimos conflictos de poder, se han dado entre entes constitucionales que no han recibido ninguna modificación en estos 75 años. Pareciera ser que hay alguna tarea pendiente.

Curiosamente, a diferencia de cómo nació **la Constitución, 75 años después**, ella no permitiría y, además, nos parecería inconcebible, que se convoque a un proceso electoral democrático para la elección de una Asamblea Nacional Constituyente, vía decreto ejecutivo, dictado por un órgano de facto, como lo fue la Junta Fundadora de la Segunda República.

De igual manera, tampoco permitiría y nos parecería inconcebible, como sucedió en ese momento y por razones históricas conocidas, no elegir, de los 60 diputados constituyentes, 45 titulares y 15 suplentes, ni a una sola mujer como diputada constituyente, propietaria o suplente, quedando pendiente una evidente deuda y reivindicación histórica con todas esas mujeres, inteligentes y valientes, que también fueron parte de la fundación de la segunda república. Hoy, la mujer participa activamente del poder constituyente derivado.

Algunos sectores estiman que la Ley Fundamental amerita ser revisada o sustituida. Sin embargo, no es este el propósito de la presente investigación, contrario sentido, se apuesta por

convocar a lo más selecto de los juristas que integran el Foro Jurídico Nacional: expertos, líderes de opinión, miembros de los supremos poderes, y aquellos que, por su condición o liderazgo en la sociedad civil, son llamados para reflexionar y repensar sobre los temas de los que se ocupa el reparto constitucional costarricense y que son propios de su parte dogmática y orgánica.

Dentro de este selecto grupo de 43 juristas, se encuentran 17 que son o han sido profesores de la **Universidad Escuela Libre Derecho**. A todos ellos, como a los demás participantes o colaboradores, hombres y mujeres de gran talla, formación y responsabilidad cívica y académica, la Universidad les agradece el esfuerzo, la dedicación y el compromiso con esta obra. Igual agradecimiento para todo el equipo de trabajo de la Universidad, quienes junto con don Daniel Lara el editor, se dejaron la piel para que esta obra hoy pudiera ver la luz. Especial agradecimiento a don Rodrigo Arias Sánchez, Presidente de la Asamblea Legislativa, nieto del diputado constituyente don Juan Rafael Arias Bonilla, quien nos hizo el honor de redactar la introducción de este libro. Y, por supuesto, nuestro agradecimiento imperecedero al maestro Rubén Hernández Valle, quien, con su poder de convocatoria extraordinario, ha dirigido magistralmente todo el proceso para que el mismo llegara a buen puerto.

La Constitución 75 años después es un texto vivo que está en constante cambio y evolución, no sólo por sus reformas parciales, sino, fundamentalmente, por la praxis política cotidiana de los órganos del Estado. Por lo que, al cumplirse setenta y cinco años de su vigencia, se convierte en imperativo e importante aporte científico, el análisis de la norma, su aplicación e interpretación ante los cambios sociales y políticos que han sucedido en estos años, pero, sobre todo, por la aparición de la jurisprudencia constitucional.

No resulta ser un secreto para nadie, que durante los primeros cuarenta años de vigencia de nuestra Constitución Política, el estudio del Derecho Constitucional no resultaba ser más



allá, generalmente, que el cumplimiento de un requisito para culminar la carrera de derecho. Sin embargo, en los últimos treinta y cinco años, a partir de 1989, con el advenimiento de la Sala Constitucional, esto cambió radicalmente, pues el Tribunal Constitucional vino a darle vida y esencia a la Constitución Política, desarrollando una muy prolifera y fructífera jurisprudencia, generándose lo que denominamos el Derecho de la Constitución.

Las sentencias de la Sala Constitucional, a partir de 1989, tornan al Derecho Constitucional en una rama fundamental en la formación jurídica. Por la amplia competencia que tiene nuestra Sala, sus sentencias, única jurisprudencia vinculante, intervienen en todas las ramas del Derecho. Además, de poner en vigencia y darle vida plena a la Cons-

titución Política, la jurisprudencia constitucional, rescató los Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos.

Por esto y más, debe entenderse que ahora el Derecho Constitucional es la rama más im-

portante de las ciencias jurídicas costarricenses, que permea o atraviesa a todas las demás ramas del Derecho, por lo que se puede afirmar que es un Derecho transversal. Así, para efectos académicos el Derecho Constitucional y el Derecho de la Constitución, son un eje curricular vertical, horizontal y transversal en todos los planes de estudios, modernos y actualizados, de la carrera de Derecho en Costa Rica.

La **Universidad Escuela Libre de Derecho**, presentando esta obra, que a futuro será de consulta obligatoria en la enseñanza e investigación de las ciencias jurídicas, desea celebrar la Constitución Política costarricense, evidenciar su importancia en el establecimiento y mantenimiento de un envidiado Estado de Derecho, así como evidenciar y celebrar los más preciados valores de la civilidad democrática costarricense. Todo esto, a través del análisis de juristas expertos, revisando su fundamento y poniendo en discusión y comentario su evolución y adaptación a los cambios y movimientos de una sociedad globalizada. En fin, aportar a la sociedad una obra investigativa que exponga un conocimiento jurídico, científico, veraz, innovador y de suma importancia, siendo así: **“La Constitución 75 años después, una investigación necesaria.”**

Para finalizar, a propósito de lo dicho y para la reflexión Thomas Macaulay señaló:

“Una buena Constitución es infinitamente mejor que el mejor déspota.”

Thomas Macaulay (1800-1859) Historiador y político británico



LA CONSTITUCIÓN 75 AÑOS DESPUÉS

Dr. Rubén Hernández Valle

Doctor Honoris Causa en Derecho de la Universidad Escuela Libre de Derecho.

Director de la investigación.

En enero del 2024 le propuse tanto a don Rodrigo Arias Sánchez, Presidente de la Asamblea como al Dr. Ricardo Guerrero Portilla, Rector de la Universidad Escuela Libre de Derecho, la publicación de un libro para conmemorar los 75 años de la promulgación de nuestra Constitución vigente.

Ambos aceptaron gustosamente mi sugerencia, por lo que me di a la tarea de contactar inmediatamente a los posibles colaboradores. Desgraciadamente, cinco de los que consulté declinaron la oferta por razones personales o de salud (Walter Antillón Montealegre, Carlos Arguedas Ramírez, Hugo Muñoz Quesada, Víctor Pérez Vargas y Jorge Araya García).

El programa del libro se planteó bajo la idea de que cada título de la Constitución tuviera algún artículo, lo cual se logró cabalmente. Sólo quedó pendiente el relativo al Preámbulo, por lo que, al final, asumí su redacción.

¿Por qué el libro se llama “La Constitución 75 años después”? Por la sencilla razón de que el texto original ha ido cambiando en sus contenidos, a pesar de mantener su redacción original. Como todo texto jurídico, la Constitución de 1949 ha evolucionado conforme a las coordenadas tiempo y espacio.

Antes de abordar cuáles han sido esos cambios introducidos a lo largo de 75 años mediante reformas parciales, la promulgación de una profusa legislación que ha desarrollado sus principios y valores en campos específicos, pero, sobre todo, por el papel vital que ha jugado la jurisprudencia de algunos de los principales órganos estatales: la Sala Constitucional, el TSE y la CGR en sus respectivas materias.

En efecto, su rica jurisprudencia ha permitido adaptar, de manera paulatina pero sostenida, los ricos contenidos doctrinarios de la Carta Política de 1949 a la realidad del siglo XXI.

Dentro de este orden de ideas, recordemos que la Constitución de 1949 fue promulgada cuando el país tenía alrededor de 800.000 habitantes y su economía se basaba, casi exclusivamente, en la actividad agrícola exportadora (café, banano, ganado vacuno, cacao, hortalizas y frutas de diversa índole). Hoy día, sin embargo, el mismo texto constitucional se sigue aplicando a una sociedad distinta en la que convivimos 5.500.000 habitantes y nuestra economía se fundamenta en la producción y exportación de productos de alta tecnología. Ahora bien, ¿cuáles eran los rasgos fundamentales de la Constitución de 1871 que nos rigió antes de la promulgación de la actual?

Luego de los hechos armados del 48, la Junta Fundadora de la Segunda República convocó a una Asamblea Constituyente para restablecer el orden constitucional y nombró una Comisión para que redactara un proyecto de Constitución que serviría como base de discusión de la nueva Carta Política en el seno de la Asamblea Constituyente.

No obstante, en la Asamblea Constituyente el Partido Unión Nacional, de extracción conservadora y que se oponía radicalmente a las ideas socialdemócratas de la Junta de Gobierno,

obtuvo la mayoría de los escaños. Por ello, al instalarse la Constituyente se desechó el citado proyecto y se tomó como base de discusión la derogada Constitución de 1871.

Los pocos diputados socialdemócratas que integraban la Asamblea Constituyente, sin embargo, presentaron mociones de reforma para cada Capítulo de la parte orgánica y pocas reformas a la parte dogmática de la Carta Política de 1871. De esa forma, lograron introducir importantes cambios en el texto de 1871. Estos se dieron, de manera fundamental, en lo relativo a la atemperación de la forma de gobierno, que pasó de un Presidencialismo clásico a un sistema presidencialista racionalizado por la introducción de instituciones propias del régimen Parlamentario.



Por cierto, la introducción de estos institutos jurídicos del Parlamentarismo en nuestra Constitución se hizo siguiendo el ejemplo de la efímera Constitución cubana de 1940, que sólo estuvo vigente hasta 1944 cuando Fulgencio Batista asumió el poder e inmediatamente la derogó.

El resultado final es que nuestra Constitución vigente no es ni socialista ni totalmente conservadora, pues otorga poderes de intervención al Estado en los campos económico y social al mismo tiempo que respeta los derechos económicos de los particulares (propiedad privada, libertad empresarial, libertad de trabajo, etc). Por ello, repetimos, la Constitución de 1949 es el resultado del compromiso de las fuerzas políticas dominantes al momento de su promulgación.

Se puede afirmar, sin temor a equivocaciones, que la Carta Política 1949 transforma a Costa Rica de Estado de Derecho, como lo era en la Constitución de 1871, a un Estado social de Derecho. Modernamente, este concepto ha evolucionado hacia el de constitucionalismo social.

La Constitución de 1949, como reacción a los abusos que se dieron durante los dos Gobiernos de los años cuarenta, planteó una reforma importante al sistema de gobierno imperante en la Carta Política de 1871. De un típico presidencialismo, que Rodrigo Facio denominara "luisicatorcismo republicano", se pasó a un sistema más moderado y equilibrado, en el que las competencias públicas se distribuyeron con el criterio de establecer contrapesos y controles, especialmente respecto del Poder Ejecutivo.

El Poder Ejecutivo pasó de ser un órgano unipersonal, como es lo típico de los regímenes Presidencialistas, a un órgano compartido. Por ello, la mayoría de las atribuciones administrativas del Poder Ejecutivo se ejerce conjuntamente por el Presidente y el respectivo Ministro del ramo. Verbigracia, la iniciativa en la formación de la ley, la ejecución y reglamentación de las leyes, la emisión de reglamentos y decretos ejecutivos, la celebración de contratos administrativos, etc.

Algunos asuntos de carácter político fueron atribuidos a un órgano colegiado denominado Consejo de Gobierno, creado a imitación de los Gabinetes de los regímenes Parlamentarios. Verbigracia, el nombramiento de Embajadores, el ejercicio del derecho de gracia, etc. El Presidente sólo conservó tres atribuciones exclusivas: a) nombrar y destituir discrecionalmente a los Ministros; b) ser el Jefe Supremo de la Fuerza Pública y c) representar oficialmente a la Nación.

Todas las actividades electorales, compartidas hasta ese momento entre el Presidente de la República y el Congreso, fueron atribuidas a un órgano especializado en la materia: el Tribunal Supremo de Elecciones, al cual se le reconoció rango de Poder.

Se creó la Contraloría General de la República a nivel de órgano constitucional, como fiscal supremo de la Hacienda Pública.

Se constitucionalizaron algunas de las pocas instituciones descentralizadas existentes en esa época y se sentaron las bases de su futuro régimen jurídico, lo que dio lugar a que rápidamente comenzaran a proliferar. A tales instituciones se les dotó de autonomía en materia administrativa y de gobierno, lo cual debilitó al Poder Ejecutivo. Posteriormente, en 1968, se reformó la Constitución para someterlas a la ley en materia de gobierno.

Las Municipalidades fueron elevadas a la categoría de entes autónomos, desligándolas totalmente de la tutela político-jurídica que, hasta entonces, había ejercido el Poder Ejecutivo sobre ellas.

Se introdujeron algunas instituciones propias del sistema Parlamentario de gobierno, tales como las interpelaciones ministeriales, los votos de censura contra los Ministros y la creación de Comisiones de Investigación al interno del órgano legislativo. Tales son, en apretada síntesis, las principales transformaciones que sufrió el régimen político costarricense en la Constitución de 1949.

Por tanto, el régimen político que emerge de la Constitución Política de 1949 presenta caracteres propios del Presidencialismo y otros del régimen Parlamentario.

Durante 19 años el Poder Ejecutivo dejó de ser el Poder hegemónico del Estado, salvo en el gobierno presidido por don José Figueres, cuyo caudillismo estaba más allá de la regulación constitucional del Estado costarricense. Él ejerció la Presidencia de la República (1953-58) como si todavía estuviera vigente la Constitución de 1871, a lo cual coadyuvó el hecho de que gobernó con una lujosa mayoría parlamentaria, lo que le permitió convertir en leyes sus principales iniciativas de gobierno. Por ello, dentro de su Administración, se crearon varias instituciones autónomas y se dictaron leyes de gran importancia tanto en el campo social como económico.

Sin embargo, las presidencias siguientes acusaron el problema de la debilidad del Poder Ejecutivo, cuyo otrora poder omnipotente había sido radicalmente cercenado en la Constitución de 1949 y distribuido entre una pluralidad de detentadores de poder independientes entre sí.

Ahora bien, ¿cuál fue la consecuencia inmediata de ese mosaico de instituciones con poderes autónomos desmedidos? Desde luego que no podía ser otra que la proliferación de centros de poder, con las consecuentes interferencias y traslapes de competencia, descoordinación y anarquía administrativa y política. Su resultado final fue un Estado burocratizado,

ineficiente, entabado y jurídicamente complicado.

Durante la década de los años setenta el modelo entró en crisis y partir de ese momento se inició un movimiento político tendente a reformarlo para convertir al Poder Ejecutivo nuevamente en el centro político del Estado costarricense.

En 1968 se reformó el artículo 188 de la Constitución para eliminar la autonomía política a las instituciones autónomas, sometiéndola al dominio de la ley.

Esta reforma constitucional fue vital para que posteriormente el legislador comenzara a dictar normas que devolvieron al Poder Ejecutivo su hegemonía como el principal poder político del Estado costarricense.

A partir de ese momento, se inicia un paulatino itinerario cuyo único objetivo era reforzar los poderes legales del Presidente y convertirlo nuevamente en la figura política central del Estado costarricense.

A esta reforma siguieron varias reformas legales a lo largo de los siguientes años que devolvieron nuevamente parte del poder al Ejecutivo. Verbigracia, la Ley número 5525 de 1974 que creó el sistema nacional de planificación; la Ley de Presidencias Ejecutivas de 1974 y la Ley General de la Administración Pública en 1978, entre las principales legislaciones que se promulgaron para fortalecer nuevamente al Poder Ejecutivo.

Paralelamente al sometimiento jurídico- político de las instituciones autónomas al Poder Ejecutivo, comenzó a proliferar la creación de importantes empresas públicas, cuyo esquema normativo se basó en el modelo italiano, donde se organizan como sociedades anónimas.

Este fenómeno permitió también la concentración efectiva de poder en manos del Poder Ejecutivo, pues el nombramiento de los administradores de tales empresas era potestad exclusiva del Consejo de Gobierno. Como tales empresas estaban exentas, por su propia naturaleza de sociedades anónimas, de controles presupuestarios, de los procedimientos de contratación administrativa para adquirir bienes y servicios y de otros controles de legalidad a que están sometidas las demás instituciones públicas, el Poder Ejecutivo las utilizó, con bastante frecuencia, para la realización de actividades en las que el Estado estaba interesado en participar y que, en el pasado, no había podido hacerlo por la carencia de estructuras jurídicas adecuadas. El resultado final fue que el Estado costarricense se convirtió en un Estado- empresario, todopoderoso y embarcado en aventuras muy riesgosas y altamente deficitarias.

Toda esta transformación fue en una dirección muy clara: el fortalecimiento del Poder Ejecutivo y la consecuente concentración de poder en sus manos, de manera que la toma y ejecución de las decisiones políticas fundamentales se concentraron en el Presidente y en sus más inmediatos colaboradores.

Todas esas potestades terminaron por devolverle al Poder Ejecutivo su hegemonía como órgano político fundamental dentro del Estado costarricense.

Como contrapartida, el legislador comenzó a fortalecer los órganos de control. En primer lugar, la Asamblea Legislativa comenzó a ejercer su función de control político hasta entonces no utilizada, sobre todo a través de la creación de Comisiones de Investigación.

También en 1966 se promulgó la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa encargada de velar por la legalidad de la actividad administrativa.

Luego, en 1989 se creó la Sala Constitucional, la cual ha tenido una incidencia notable en el funcionamiento del Estado en sus diversas manifestaciones.

Al ejercer competencias tan amplias, inevitablemente la Sala Constitucional ha terminado interviniendo en campos en los que anteriormente se consideraba vedada la introducción de los tribunales de justicia. Verbigracia, el tema de la reelección presidencial fue atacado por los opositores bajo el argumento de que la Constitución sólo la puede reformar la Asamblea Legislativa mediante el procedimiento de reforma parcial de la Constitución y no por medio de resoluciones de la Sala Constitucional.

La Sala ha venido a llenar los vacíos dejados por otros Poderes en importantes campos de la acción pública, lo que, en muchos casos, ha creado malestar entre los diputados y miembros de la Administración Pública por las órdenes de ejecución o de abstención que les imparte la Sala. Por ejemplo, con frecuencia ordena a las Municipalidades la construcción de obras, anula Estudios de Impacto Ambiental por lo que se paralizan obras públicas importantes, como carreteras, puertos, etc.

También en 1992 se creó la Defensoría de los Habitantes, la cual se constituyó en otro mecanismo de control de legalidad para el Poder Ejecutivo y los demás entes públicos descentralizados.

A mediados de los años noventa del siglo pasado se introdujeron importantes reformas a la ley Orgánica de la Contraloría General de la República y en el 2002 se promulgó la Ley General de Control Interno.

En el año 2000 se había reformado el artículo II de la Constitución para introducir el control de eficiencia de la Administración Pública, mediante la evaluación de resultados y la rendición de cuentas.

En conclusión: el sistema de gobierno consagrado inicialmente en la Constitución de 1949 se ha transformado a lo largo de los últimos 75 años para pasar de un Ejecutivo débil a uno fortalecido política y administrativamente, pero sujeto al estricto control de constitucionalidad que ejerce la Sala Constitucional sobre sus conductas, al cotidiano control político de la Asamblea Legislativa y al control de eficiencia que se realiza por medio de la Contraloría General de la República.

El libro en comentario refleja cabalmente esa evolución de nuestro sistema de gobierno, así como también el evidente fortalecimiento de nuestro régimen de derechos fundamentales que se ha producido a través de la jurisprudencia vinculante de la Sala Constitucional.

LA CONSTITUCIÓN 75 AÑOS DESPUÉS

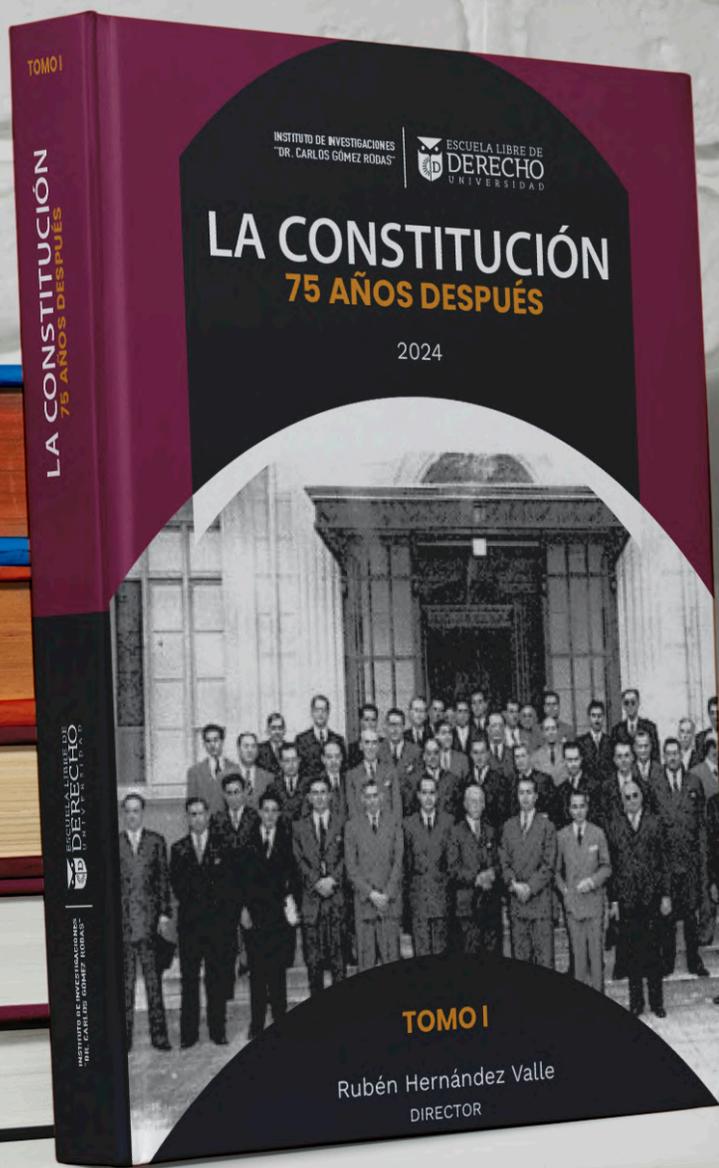
Del Instituto de Investigaciones Jurídicas
"Dr. Carlos Gómez Roa"



DISPONIBLES EN LA

Universidad Escuela Libre de Derecho

2
TOMOS



2283-5533



8672-6331

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES
"DR. CARLOS GÓMEZ RODAS"



ESCUELA LIBRE DE
DERECHO
UNIVERSIDAD

**DOCUMENTOS
DIGITALES**

8



PODCAST

Temporada 8 ▶

¡Escúchalo ahora!

Invitado
**MS.c Carlos
Gómez
Fonseca**

Episodio #10

Retos del sistema
**tributario
actual**



 ESCUELA LIBRE DE
DERECHO
UNIVERSIDAD

Temporada 9 ▶

Invitada:
**Licda. Jennifer
Salazar Ramírez**

EPISODIO 1:

**LA INTELIGENCIA
ARTIFICIAL**

COMO ALIADO ESTRATÉGICO EN EL DERECHO

REFLEXIONES Y OPORTUNIDADES

0:50 -4:30

SINTONIZANOS EN:



 ESCUELA LIBRE DE
DERECHO
UNIVERSIDAD



TRIBUNA LIBRE

EDICIÓN
DIGITAL

Edición 17 / 1, Abril 2025

Costa Rica